

Proponente: Daniela Sanchez Ita Ferreira e Hamilton Neto Funchal

Área de Atividade: Criminal

SÚMULA

A prisão domiciliar cautelar prevista no artigo 318 do CPP não impede o exercício do direito ao trabalho externo.

ASSUNTO

Prisão Preventiva; Prisão Domiciliar Cautelar; Direito ao Trabalho.

ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES

INSTUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Lei Complementar 988/2006

“Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

(...)

III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;

VI - promover: (...)

i) a tutela dos direitos das pessoas necessitadas, vítimas de qualquer forma de opressão ou violência; (...)

l) a tutela das pessoas necessitadas, vítimas de discriminação em razão de origem, raça, etnia, sexo, orientação sexual, identidade de gênero, cor, idade, estado civil, condição econômica, filosofia ou convicção política, religião, deficiência física, imunológica, sensorial ou mental, cumprimento de pena, ou em razão de qualquer outra particularidade ou condição;

VII - atuar nos estabelecimentos policiais, penais e de internação, inclusive de adolescentes, visando a assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais; ”

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Prisão Domiciliar Cautelar

É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem-estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males desta vida (Cesare Beccaria, "Dos delitos e das Penas", 1764, pag. 96)[1].

A presente proposta versa sobre a tutela do direito ao trabalho, contemplado pela Constituição da República, no artigo 6º[2], como um direito social do cidadão, bem como estabelecido pela Lei de Execução Penal, como um dever social e condição de dignidade humana (art. 28), sendo também aplicável ao preso em regime domiciliar, em sede cautelar.

A prisão albergue domiciliar cautelar é um instituto previsto como medida cautelar substitutiva da prisão preventiva, com redação dada por meio da Lei das Medidas Cautelares (Lei nº. 12.403/2011), cujo objetivo precípuo foi o de romper com o rígido binômio prisão ou liberdade e, assim, fomentar a concretização de que a liberdade é a regra e a prisão exceção. Tal instituto determina que a pessoa processada criminalmente permaneça em sua residência durante 24 horas, só podendo se ausentar mediante autorização judicial.

Ocorre que o art. 41, da Lei 7.210/84[3], prevê como direito da pessoa em situação prisional o direito ao trabalho. Ainda, o art. 28, do mesmo diploma legal, esclarece que o trabalho do preso condenado deve ser encarado como um dever social e condição de dignidade humana, que terá finalidade educativa e produtiva.

Ainda, no art. 115 da Lei de Execuções Penais consta que *"o juiz poderá estabelecer condições especiais para a concessão de regime aberto, sem prejuízo das seguintes condições gerais e obrigatórias: (...) II - sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados"*.

Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que é possível o benefício do trabalho externo ao condenado no regime semiaberto, independente do cumprimento de 1/6 de pena, se as condições fáticas e pessoais o favorecerem:

STJ - HABEAS CORPUS : HC 17035 SP 2001/0070162-8 - EXECUÇÃO PENAL. PENA DE RECLUSÃO. PRISÃO DOMICILIAR. PRESSUPOSTOS. INEXISTÊNCIA. LEP, ART. 117. BENEFÍCIO DO TRABALHO EXTERNO. CONCESSÃO DE OFÍCIO. - Somente é admissível o cumprimento de pena em residência particular se o condenado beneficiário do regime aberto, enquadra-se em uma das situações previstas no art. 117, da Lei de Execução Penal. - Admite-se o benefício do trabalho externo ao condenado que inicia o cumprimento da pena em regime semiaberto, independentemente do cumprimento de 1/6 da pena, se a situação fática e as condições pessoais do paciente o favorecerem. Precedentes. - Na espécie, a paciente é possuidora de bons antecedentes, tem residência fixa e trabalha há três anos como empregada doméstica para a mesma família, possuindo ainda dois filhos menores que vivem as suas expensas. - Habeas corpus concedido.

Não obstante o direito ao trabalho, para o acusado que se encontra em prisão domiciliar cautelar, não encontrar amparo legal em nosso ordenamento jurídico, é necessário que seja realizada uma interpretação sistemática de referidos dispositivos, devendo o hermeneuta analisá-los em conformidade com a Constituição Federal e com o Processo Penal do século XXI.

Isso porque, sendo a prisão albergue domiciliar cautelar uma medida que traz sérias restrições ao direito de locomoção, tal qual a prisão domiciliar como cumprimento de pena, nada mais justo que considerar que o acusado faz jus ao direito ao trabalho tal como aquele que se encontra preso e condenado.

Dessa maneira, verificando-se que o acusado, sujeito à "*prisão domiciliar como medida cautelar*", e o réu, sujeito à "*prisão domiciliar como prisão-pena*", estariam, neste aspecto, em situação equivalente, mas sendo tratados de forma diversa pela lei, especificamente quanto ao direito ao trabalho, há de se concluir pela ocorrência de ofensa ao princípio da isonomia.

Sob outro prisma, não se afigura correto imaginar que aquele que responde por determinado crime tenha situação mais gravosa do que aquele que se encontra definitivamente condenado por decisão judicial transitada em julgado, sob pena de ofensa ao princípio da não-culpabilidade e ao próprio princípio da razoabilidade.

Em outras palavras, o preso provisório está numa situação mais desvantajosa do que o preso condenado por decisão judicial transitada em julgado, conquanto incida sobre aquele o princípio da presunção de não-culpabilidade.

Nos termos do ordenamento jurídico vigente, não se pode descurar da importância dos princípios, que, de acordo com Robert Alexy[4], são mandados de otimização, normas que ordenam que algo seja cumprido na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, a partir de um juízo de ponderação.

Segundo a máxima aristotélica e de acordo com a interpretação conferida por Ruy Barbosa, por força do princípio da isonomia, há de se tratar as pessoas iguais de forma igual e as desiguais de forma desigual, na medida de sua desigualdade.

Há algum tempo foi consagrado que o preceito da isonomia é norma dirigida quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Segundo Hans Kelsen[5]:

"a igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres".

No presente caso, vê-se a inexistência de efetivo *discrímen* a incidir nas hipóteses de prisão domiciliar trazidas pelo art. 117, da LE, e pelo art. 318, do CPP, inobstante tratar-se de prisões domiciliares substancialmente diversas, conforme anotado acima.

Nesse sentido, não se afigura razoável impor a restrição do direito ao trabalho externo às pessoas que se encontram em prisão domiciliar, em sede cautelar, pelo simples fato de não estar prevista esta possibilidade no ordenamento jurídico, se tal direito é previsto para os condenados em regime domiciliar e em regime semiaberto.

Ante todo o exposto, resta demonstrada, por fundamentos legais, doutrinários e constitucionais, a possibilidade de aplicação do direito ao trabalho externo, previsto aos condenados em regime domiciliar, aos acusados em situação de prisão domiciliar cautelar.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

A prisão domiciliar em sede cautelar tem sido aplicada nos casos expressos no art. 318, do Código de Processo Penal.

Em recente alteração legislativa, trazida pela Lei nº 13.257/2016[6], surgiram novas hipóteses de cabimento da prisão domiciliar cautelar, como a exemplo dos casos em que a mulher tenha filho menor de 12 anos ou que o homem tenha filho menor de 12 anos e seja o único responsável pelos seus cuidados.

Desse modo, restringir o trânsito de uma pessoa à sua casa pode prejudicar sua garantia de direitos, desde dificultar, no caso de mulheres, o enfrentamento da violência doméstica, podendo agravar outras formas de violências, em detrimento de sua dignidade e integridade física, moral e psicológica e, em relação a ambos os gêneros, conseguir independência financeira por meio de trabalho externo, para fins de subsistência de sua família, além de contribuir para o processo de socialização, evitando, assim, conseqüentemente, futura reincidência.

Assim, deve ser requerido ao juiz do conhecimento o direito ao trabalho externo, com cópia da carteira de trabalho (nos casos em que o acusado trabalhava formalmente antes da prisão), declaração do empregador, comprovantes da hipossuficiência financeira da família, a fim de que seja conferido tal direito.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

A operacionalização da presente proposta requer a adoção do entendimento nela exposto pelos Defensores Públicos, com sua defesa em todas as fases do processo e instâncias judiciais.

Procedendo-se desta forma, o Defensor Público conduzirá o processo exigindo que se atribua ao acusado em regime domiciliar cautelar o direito ao trabalho externo, assim como concedidos aos condenados em regime domiciliar ou em regime semiaberto.

Assim, deve ser requerido ao juiz do conhecimento o direito ao trabalho externo, juntando os seguintes documentos: cópia da carteira de trabalho (nos casos em que o acusado trabalhava formalmente antes da prisão), declaração do empregador e comprovantes da hipossuficiência financeira da família, a fim de que seja conferido tal direito. Na hipótese de indeferimento, deve ser pleiteado nas instâncias judiciais superiores.

Referências

[1] www.culturabrasil.pro.br/zip/beccaria.pdf (acessado em 04/04/2017)

[2] Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, **o trabalho**, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

[3] Art. 41 - Constituem direitos do preso: (...) II - atribuição de trabalho e sua remuneração; III - Previdência Social; (...) V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; (...).

[4] ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª edição. Editora Malheiros, 2011

[5] KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 2ª edição. Paris: Dalloz, 1962. Tradução francesa da 2ª edição alemã, por Ch. Einsenmann.

[6] Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (...) V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI - prisão domiciliar para HOMEM que seja o único responsável pelos cuidados do filho menor de 12 anos.