



A PRISÃO PREVENTIVA DOMICILIAR E SUAS EXCEÇÕES: DIREITO DA MULHER OU DA CRIANÇA? ARTS. 318 E 318-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Olivar Augusto Roberti Coneglian

Juiz de Direito em Mato Grosso do Sul. Doutorando em Direito do Estado na Universidade de São Paulo. Mestre em Direito do Estado pela ITE/Bauru. Graduado pela Universidade Federal do Paraná. Diretor. Professor da Escola Superior da Magistratura de Mato Grosso do Sul.

Rogério Turella

Professor de Ensino Superior na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS). Procurador Jurídico na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS). Doutorando em Direito do Estado na Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Processual e Cidadania - UNIPAR. Coordenador do Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Segurança Pública e Fronteiras. Membro do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Segurança Pública da UEMS - (NUPeSP).

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar o instituto da prisão preventiva domiciliar e as recentes alterações legais e jurisprudenciais sobre o tema no Brasil. Para isso, será apresentado como foi o processo que promoveu a inversão na interpretação para a concessão ou não do benefício em estudo. Dentro da evolução interpretativa, busca-se apresentar que este é um direito necessário, embora existam determinados requisitos para sua concessão. Além disso, aborda-se o fato de que mães ou responsáveis por crianças ou deficientes são os beneficiários diretos da medida, mas são os vulneráveis que devem efetivamente ser resguardados. Assim, ao final, demonstrar-se-á que existem exceções ao direito em análise, mas sempre com o objetivo de preservar os direitos da criança ou do deficiente.

Palavras-chave: Prisão domiciliar. Exceção. Mãe. Criança.

1 INTRODUÇÃO

A prisão preventiva domiciliar é um direito e, como tal, apresenta exceções. Nesse sentido, o objetivo deste trabalho é apresentar quais são tais restrições. E mais, demonstrar-se-á que fora necessário, principalmente por parte do Poder Judiciário, realizar uma interpretação quase que imediata em relação às leis que foram editadas sobre o tema.

O debate sobre a prisão preventiva domiciliar e suas exceções é necessário, pois, no Brasil, em um período de aproximadamente dois anos (entre 2016 e 2018), foram editadas duas leis e, no intervalo entre uma e outra, fora proferida uma decisão pelo Supremo Tribunal Federal que, dependendo da forma como for analisada, pode causar um verdadeiro desrespeito aos valores que se pretende proteger, ou seja, os direitos das crianças e das pessoas com deficiência.

Nessa linha, necessário apresentar parâmetros para o intérprete, mostrando que não se deve invadir o espaço do Poder Legislativo, mas sim complementá-lo, dar sentido às regras jurídicas, resolver os casos concretos e garantir a segurança jurídica. Para tanto, na sequência, será detalhada a cronologia das normas sobre a prisão domiciliar da mãe ou de responsável por criança no Brasil e, com estas bases, seguir-se-á para as exceções ao referido direito e para como estas foram analisadas pelos tribunais superiores.

2 INTERPRETAÇÃO

A criação de normas busca captar os valores sociais e regulamentar as situações concretas. Ocorre que o sistema positivo não é capaz de apresentar soluções para todos os casos. Como fenômeno humano, as normas são plurais, limitadas e dinâmicas e, por tais motivos, devem ser analisadas diante dos valores de cada sociedade.

O Judiciário, como um dos intérpretes das normas e garantidor da soberania popular, deve se preocupar, quando da análise dos casos, em buscar uma análise que não distorça o direito, evitando que as decisões provoquem uma politização ou violem a soberania popular. Por outro vértice, não deve o julgador praticar um ato reduzido ao automatismo, estabelecendo mera subsunção lógico-formal, ao contrário, tem que utilizar sua discricionariedade.

Envolvendo a decisão uma discussão sobre conceitos indeterminados, com amplitude horizontal ou vertical de debate, se está diante de um campo para a discricionariedade judicial.

| Revista Transgressões: ciências criminais em debate, v. 8, n. 2, dezembro de 2020

Nessa linha, e como as “decisões judiciais constituem manifestação do poder discricionário inerente à atividade interpretativa” (RAMOS, 2015, p. 124), deve o julgador seguir métodos que impeçam conclusões contrárias ao poder constitucional que deriva do povo.

O julgador deve evitar arbitrariedades e irracionalidades, procurando usar não somente critérios morais, mas também o critério da equidade, sem negar que, quando busca este equilíbrio, utiliza valores que de outra sorte ampliam o seu poder.

Tendo em consideração estas duas matrizes (regramento não autossuficiente *versus* interpretação necessária), “a fronteira entre estes dois grupos não é rigorosamente definível, porque as decisões em causa podem, de um ângulo, ser vistas como alterações do teor da Constituição, enquanto de outro ser entendidas como uma ‘legiferação’ interpretativa” (FERREIRA FILHO, 2017, p. 129).

O julgador deve, então, enfrentar os espaços não preenchidos de forma direta pela legislação através de um processo de caráter “multidimensional” (CAMPOS, 2014, p. 164). E mais: em alguns casos, a resposta do Judiciário deve ser rápida para evitar que ocorra insegurança jurídica. A atuação judicial deve seguir o ordenamento jurídico e o Direito não pode ser visto como algo estanque, inflexível.

No sistema da legalidade, a lei mesma oferece ao juiz os meios para não perdê-la nunca de vista, para se manter sempre em contato com ela, mesmo que mudem os tempos com mais velocidade que as leis: a interpretação evolutiva, a analogia, os princípios gerais, janelas abertas ao mundo, pelas quais, se o juiz se assoma a tempo, pode entrar o ar oxigenado da sociedade que se renova (CALAMANDREI, 1999, p. 205).

Ao contrário, deve ser entendido como um sistema de regras que se consolida pela análise e escalonamento dos valores assumidos diante do caso concreto. Para tanto, aqui se apresentará como evoluiu o instituto da prisão preventiva domiciliar da mulher no Direito brasileiro e quais as exceções ao referido direito.

3 CRONOLOGIA DA PRISÃO DOMICILIAR DA MULHER NO BRASIL

A Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, que alterou dispositivos relativos à prisão processual e demais medidas cautelares, regulamentou, nos arts. 317 e 318 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva domiciliar, elegendo como situações cabíveis aquelas em

que o investigado (ou alguém sob os seus cuidados) estivesse em situação de extrema vulnerabilidade.

O que fez a legislação foi procurar adaptar os casos em que ao mesmo tempo é necessária a manutenção da prisão, mas, também, a proteção de terceiras pessoas que dependem do encarcerado. O art. 318, IV, do Código de Processo Penal, especificamente colocou que teria direito a tal medida a gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou em qualquer mês sendo a gravidez de alto risco.

O regramento foi posteriormente ampliado por ocasião da Lei nº 13.257, de 08 de março de 2016, chamada de Estatuto da Primeira Infância, que dispõe sobre políticas públicas para a primeira infância e, dentre outras inovações, alterou e acresceu incisos ao art. 318 acima referido. Nessa linha “a história da Humanidade geralmente reserva diferentes funções para a prisão, especialmente a de custódia daqueles que aguarum julgamento (a atual ‘prisão preventiva’)” (PUIG, 2006, p.682, tradução nossa)¹.

As referidas alterações legislativas partem de bases que não serão aqui questionadas, mas sim aceitas e adotadas como, por exemplo, a premissa de que os cuidados dispensados à mulher gestante têm reflexos sobre o seu filho; de que a separação de qualquer um dos geradores (principalmente da mãe) da criança lhe causa efeitos físicos e psíquicos negativos; de que a prisão dos geradores aumenta a fragilidade econômica e social de todo o grupo familiar; de que a consistência no afeto dos pais é extremamente relevante para a formação de filhos saudáveis; de que a segregação em presídios (junto com seus pais), ou em entidade de acolhimento, tem grande potencial de causar danos irreparáveis à criança. O Estatuto da Primeira Infância trouxe as seguintes alterações ao cabimento da prisão preventiva domiciliar:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: [...]
IV - gestante;
V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;
VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos (BRASIL, 1941).

Contudo, com a edição das referidas leis, surgiram dúvidas interpretativas decorrentes, principalmente, da utilização do verbo “poder” ao invés de “dever” no *caput* do artigo. O questionamento colocado aos intérpretes foi no sentido de saber se, apresentado o caso ao

¹ “*La historia de la Humanidad reservó generalmente a la prisión funciones distintas, en especial la de servir de custodia de quienes esperaban ser juzgados (la actual «prisión preventiva»)»*”.

jugador, este deveria de pronto conceder a prisão preventiva domiciliar ou se tal deferimento ficaria a seu critério (discricionariedade).

Vários foram os julgados no sentido de que a concessão da prisão domiciliar seria uma faculdade do julgador frente ao caso concreto, devendo a pessoa interessada demonstrar, dentro dos autos, que não tinha condições de garantir a gestação ou o desenvolvimento mínimo da criança no estabelecimento em que estava presa. Em pouco tempo (menos de dois anos da edição do Estatuto da Primeira Infância), a referida dúvida e a consequente divergência jurisprudencial foram levadas ao Supremo Tribunal Federal que, por maioria, através do julgamento do *Habeas Corpus* coletivo nº 143.641/SP (BRASIL, 2018), trouxe parâmetros a serem seguidos.

O relator do julgamento foi o Ministro Ricardo Lewandowski e figuraram como pacientes todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional que ostentavam a condição de gestantes ou de mães de crianças até 12 (doze) anos de idade. Segundo o Ministro Relator, para evitar a arbitrariedade judicial, a ordem deveria ser em regra concedida, “estabelecendo parâmetros a serem observados, sem maiores dificuldades, pelos juízes, quando se depararem com a possibilidade de substituir a prisão preventiva com a domiciliar” (BRASIL, 2018, p.33). E, ainda de acordo com o voto, teria direito à prisão preventiva domiciliar toda mulher presa: 1) gestante; 2) puérpera; ou 3) mãe de crianças ou deficientes.

Esta interpretação dada em relação à mãe, por determinação do art. 318, VI, do Código de Processo Penal, deve ser também aplicada ao pai quando este for o único responsável pelos cuidados dos filhos de até 12 (doze) anos incompletos ou deficiente. Contudo, o voto estabeleceu exceções, ou seja, a prisão domiciliar não deveria ser aplicada nos casos de: 1) crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça; 2) crimes cometidos contra seus descendentes; e 3) situações excepcionalíssimas, a serem devidamente fundamentadas pelo juiz que denegar o benefício.

Realizou-se, ainda no julgado, uma ressalva que deve ser entendida como uma quarta exceção, qual seja, no caso de ser a presa reincidente, deverá o juiz observar as circunstâncias do caso concreto para estabelecer, ou não, a prisão domiciliar (BRASIL, 2018, p. 8). As exceções foram estabelecidas de forma não cumulativa, de maneira que basta que se verifique a ocorrência de apenas uma delas para a não concessão da prisão domiciliar. A aplicação do entendimento do Supremo quanto ao dever do juiz em conceder a prisão preventiva domiciliar

passou a ser feita rapidamente. O mesmo ocorreu com as exceções, conforme precedente sistematizado no Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2018).

E mais, a aplicação determinada pelo Supremo Tribunal Federal foi de fácil aceitação por ter ampliado os direitos e as garantias fundamentais ao estabelecer que o julgador deverá, em regra, deferir a prisão domiciliar, salvo as exceções. Inverteu-se a ordem interpretativa anteriormente aplicada a casos semelhantes ao determinar que a regra é, nos casos previstos, conceder o benefício da prisão provisória domiciliar, não devendo ser o benefício deferido só em casos excepcionais. No estudo “Maternidade no Cárcere e a Lei nº 13.769/2018”, do Centro de Apoio Operacional das Promotorias do Estado do Paraná, afirmou-se que:

A partir de 20 de fevereiro de 2018, com o julgamento do HC nº143.641/SP, foi reconhecida expressamente a existência de ‘uma gravíssima deficiência estrutural como regra’ dos estabelecimentos penais. Uma circunstância que, em certa medida, teve o potencial de inverter a lógica de apreciação e análise dos casos a partir de então, ainda que, igualmente, longe estivesse de gerar a concessão generalizada do benefício da prisão domiciliar (MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ, 2019).

Em continuidade à cronologia, e pelo fato de no julgamento do *Habeas Corpus* nº 143.641/SP o Supremo Tribunal Federal ter aclarado a condição da mulher encarcerada e aplicado os efeitos às presas provisórias, o Legislativo, através do Projeto de Lei do Senado nº 64/2018 (de autoria da Senadora Simone Tebet MDB/MS), entendeu que o direito das gestantes e mães de crianças também deveria alcançar as presas definitivas.

O Senador Antônio Anastasia (PSDB/MG), relator na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, esclareceu em seu parecer que o objetivo do projeto foi justamente flexibilizar as regras de progressão do regime prisional para as mulheres já condenadas que forem mães ou que forem responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência.

O projeto deu origem à Lei nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018, que, dentre outros pontos, acrescentou o art. 318-A ao Código de Processo Penal, o qual é objeto do presente estudo. O referido dispositivo passou a existir com a seguinte redação:

Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que:
I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;
II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente (BRASIL, 1941).

Contudo, o dispositivo em questão, ao invés de simplesmente aclarar o que já se aplicava, deu origem a outras dúvidas.

4 AS EXCEÇÕES À PRISÃO PREVENTIVA DOMICILIAR PREVISTAS NO ART. 318-A DO CPP

Apresentado o novo texto legislativo, necessário que se realize uma conformação do mesmo não só com a legislação que já existia, mas também com a decisão do Supremo Tribunal Federal relativa à prisão provisória domiciliar da mulher.

O primeiro ponto a se considerar vem no sentido de que o novo texto reafirma o que já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, já que no art. 318-A é utilizada a expressão “será”, o que elimina mais uma vez a dúvida se é uma discricionariedade do julgador conceder ou não o benefício da prisão preventiva domiciliar (contrariamente ao art. 318, redigido com a expressão “poderá”, e que o STF entendeu ser um “deverá”).

A segunda consideração é que foi ampliado o rol de pessoas protegidas pela norma. O art. 318 do Código de Processo Penal previa somente o benefício para mães com filhos de até 12 (doze) anos incompletos, e agora se estendeu o benefício também para mães ou para o responsável por crianças ou pessoas com deficiência.

O art. 318 do Código de Processo Penal já previa, em seu inciso III, esta possibilidade quando o agente era responsável pelos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência, sendo que, com a edição da Lei nº 13.257/2016, foram acrescentados os incisos V e VI, que apresentam a possibilidade de prisão domiciliar para os pais de crianças com até 12 (doze) anos de idade incompletos.

A nova lei agora amplia a expressão para “mãe ou responsável” de criança ou pessoa com deficiência, ou seja, independe se este responsável é a mãe, o pai ou mesmo a pessoa tenha a guarda de quem deve ser protegido.

Outro ponto que chama a atenção diz respeito às exceções ao direito da prisão preventiva domiciliar, já que agora foram positivadas. Pelo art. 318-A do Código de Processo Penal o julgador tem o poder-dever de conceder o benefício (prisão domiciliar), mas não deverá fazê-lo quando o crime for cometido contra o filho ou for cometido com violência ou grave ameaça (BRASIL, 1941).

Estas duas exceções já estavam elencadas no julgamento parâmetro do Supremo (HC nº 143.641/SP). A questão é que a nova lei não previu a exceção de não se conceder a prisão domiciliar para o que denominou de “situações excepcionais”, e também não fez nenhuma ressalva no caso de a pessoa presa ser reincidente. Assim, não foram positivadas justamente as hipóteses em que surge um maior poder discricionário do julgador.

5 O ART. 318-A E O *HABEAS CORPUS* Nº143.641/SP

Como a não concessão da prisão domiciliar é uma restrição a direito público subjetivo, é possível que o intérprete chegue à conclusão de que a omissão legislativa foi proposital e, desta forma, não seria o caso de indeferir a prisão domiciliar por “situações excepcionais” ou mesmo de reincidentes (observadas as circunstâncias do caso).

Poderia também se concluir que a concessão da prisão domiciliar é um dever do julgador e que este não a pode indeferir, salvo as situações (restrições) previamente estabelecidas na legislação. Da mesma forma, poderia ser apresentado o argumento que, quando da fixação das exceções por parte do Supremo no *Habeas Corpus* nº 143.641/SP, o art. 318-A do Código de Processo Penal ainda não estava em vigência, motivo pelo qual o julgado não pode mais servir de parâmetro.

A pergunta que deve ser respondida é: devem ainda prevalecer as hipóteses de não concessão da prisão provisória domiciliar apresentadas pelo Supremo Tribunal Federal? A terceira e quarta exceções estabelecidas pelo Supremo no *Habeas Corpus* nº 143.641/SP devem ser aplicadas ou ficam afastadas pela nova legislação?

A conclusão de que não mais se aplica a terceira e quarta exceções estabelecidas pelo Supremo não parece ser a melhor.

Em resposta às demandas, não há como não se lembrar de que as exceções apresentadas no julgamento do *Habeas Corpus* nº 143.641/SP não estavam realmente expressas na legislação, mas decorreram de uma interpretação teleológica, do próprio sistema penal e processual penal.

O procedimento ou processo criminal, considerado em sua generalidade compreensiva das diferentes espécies que a lei estabelece, pode ser definido como o modo ou antes os diversos modos pelos quais Ela regula o andamento das ações criminais, e juntamente os atos da justiça pública no juízo criminal, com o fim de

conseguir o descobrimento da verdade e a justa aplicação da lei (BUENO, 1922, p. 78).

No caso de afastamento da terceira e quarta hipóteses, chegar-se-ia a situações absurdas em que a criança e/ou o deficiente, que devem ser os protegidos pela legislação, seriam colocados em clara situação de risco. Seria a automatização da prisão domiciliar. Bastaria para uma pessoa processada criminalmente ser mãe ou responsável (mesmo que não convivesse com o filho) para concessão da prisão domiciliar. Crimes cometidos sem violência e em que a vítima imediata não é a criança, não seriam capazes de impedir a concessão da prisão domiciliar. O tráfico praticado dentro do imóvel em que reside a criança, a participação em organização criminosa, o terrorismo, o racismo, a reincidência, nada disto seria suficiente para o indeferimento de um pedido de prisão domiciliar. Mesmo os crimes “mais leves” exigem uma reflexão. Responsáveis por crianças poderiam fazer do furto a sua forma de vida eis que, ainda que reincidentes, acaso presos, teriam direito a prisão domiciliar.

Mas esta posição não deve e não foi aceita pelos tribunais. Em imediata reação aos pedidos formulados com base na interpretação meramente gramatical, os tribunais estão indeferindo pedidos de prisão domiciliar em atenção a situações excepcionais. O Judiciário, em ato de interpretação (não para o enfrentamento do Legislativo, mas pela necessidade de velocidade da análise do tema – sob o risco de uma instabilidade no sistema prisional), considerou que as exceções do art. 318-A do Código de Processo Penal não são taxativas.

Sem esquecer que “na grande maioria dos casos a prisão preventiva fere a presunção de inocência [...] embora, como algumas penas excepcionais, possa ser legitimada em certos casos como coerção direta” (ZAFFARONI, 2002, p.168, tradução nossa)², especificamente, no dia 30 de janeiro de 2019, o Ministro João Otávio de Noronha, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, em decisão liminar no *Habeas Corpus* nº 491.003/PB, ressaltou que o objetivo da nova lei é a proteção à criança e, mesmo não tendo sido o crime cometido contra o infante ou com violência ou grave ameaça, deve ser “considerada a gravidade concreta do delito” (BRASIL, 2019).

Já no início de fevereiro de 2019, ou seja, em um prazo menor do que 60 dias da publicação da Lei nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça analisou a nova norma (HC nº 426.526/RJ, j.12/02/2019, Rel. Min Joel Ilan Paciornik;

2 “La gran mayoría de los casos la prisión preventiva lesiona la presunción de inocencia [...] si bien, al igual que algunas penas excepcionales, puede legitimarse en ciertos casos como coacción directa”.

| Revista Transgressões: ciências criminais em debate, v. 8, n. 2, dezembro de 2020

HC nº470.549/TO, j. 12/02/2019, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; HC nº 104.145/MS, j.26.02.2019, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca) e decidiu que, para a concessão do benefício da prisão domiciliar, necessário que se verifique a excepcionalidade da situação (BRASIL, 2019).

E se não fosse essa a posição adotada, diante da situação concreta, o próprio ordenamento jurídico e a ordem social estariam sendo colocados em risco. E mais, não só a ordem social, mas principalmente as crianças e pessoas com deficiência é que ficariam expostas a situações que lhes prejudicam.

Assim, como a norma criada objetivou alcançar uma maior proteção da criança e das pessoas com deficiência, os julgadores estão autorizados a negar o pedido de prisão domiciliar quando a concessão de tal “benefício” vier a prejudicar a própria condição da pessoa em desenvolvimento. E mais, pensar o contrário é também querer as mulheres em situação de maior risco social. É colocar a mulher como alvo preferido de organizações criminosas.

A prova quanto a tal afirmativa é objetiva. O Ministério da Justiça, que analisa os dados disponíveis a partir da perspectiva para garantia do direito das mulheres, esclarece que, no ano 2000, menos de 6.000 mulheres estavam no sistema prisional nacional e, em 2016, este número subiu de forma exorbitante para 42.000 (BRASIL, 2017, p.14). Por amostragem, chegou-se à conclusão que 74% das mulheres privadas de liberdade têm filhos (BRASIL, 2017, p.51). Verificando todas as mulheres presas, a maioria absoluta (62%) o estava em decorrência do crime de tráfico (BRASIL, 2017, p.54).

Com base neste estudo, pode-se afirmar que as mulheres, nos últimos anos, passaram a ser uma ferramenta poderosa para a traficância e, caso se admita a interpretação do art. 318-A do CPP no sentido de que o fato de serem mães acarreta na colocação automática em prisão domiciliar – não se analisando as situações excepcionais –, o que está se fazendo é fomentar a transformação das mulheres em alvo desse tipo de delito.

O Ministro Reynaldo Soares da Fonseca foi firme em seu voto no HC nº 470.549/TO ao afirmar que “o fato de o legislador não ter inserido outras exceções na lei, não significa que o Magistrado esteja proibido de negar o benefício quando se deparar com casos excepcionais” (BRASIL, 2019, p. 2). Como se só isto não bastasse, tão importante quanto os argumentos e os relatos que foram apresentados, é colocar que existem sim fundamentos jurídicos que demonstram que a decisão que indefere a prisão domiciliar em decorrência de situações excepcionais tem base infraconstitucional e constitucional.

5.1 As situações excepcionais e a legislação infraconstitucional

Lastreado na legislação infraconstitucional, deve-se rememorar que a prisão domiciliar inserida no Código de Processo Penal é uma das espécies das medidas de natureza cautelar penal (Livro I, Título IX) e, como tal, deve ter seus parâmetros fixados de acordo: 1) com a necessidade (art. 282, I); 2) com a adequação da medida à gravidade do crime (art. 282, II); e 3) com as circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado (art. 282, II) (BRASIL, 1941).

Assim, antes de se chegar às espécies de medidas cautelares (art. 318), devem ser analisadas as regras gerais (art. 282 e seguintes). Nesta linha, por uma interpretação sistemática do Código de Processo Penal, não deve ser concedido o benefício da prisão domiciliar se este não for adequado ao delito que está se investigando; se não for suficiente para a garantia da ordem pública; se não for suficiente para a preservação da instrução criminal; e, de acordo com o art. 312 do referido código, se não estiver assegurada a aplicação da lei penal (BRASIL, 1941).

Nas lições de Claus Roxin a prisão preventiva tem fim e significado:

A prisão preventiva em processo penal é a privação da liberdade do arguido de forma a garantir o processo de conhecimento ou a execução da pena.

Ela serve a três propósitos: 1. Visa garantir a presença do arguido no processo penal (§112, II, n.º 1 e 2). 2. Visa garantir a apuração dos factos, em devida forma, pelos órgãos do Ministério Público (§ 112, II, n.º 3). 3. Visa assegurar a execução criminal (§ 457) (ROXIN, 2000, p.257, tradução nossa)³.

Nesta linha, se a prisão domiciliar não garantir ou assegurar os objetivos acima mencionados deve, a princípio, ser negada.

Só com esta base na legislação infraconstitucional e na doutrina apresentada já é possível dizer que as exceções do art. 318-A do Código de Processo Penal não são absolutas. Se a prisão preventiva domiciliar não garantir a ordem pública, não preservar a instrução criminal ou não assegurar a aplicação da lei, deve ser indeferida pelo julgador quando solicitada.

³“La prisión preventiva en el proceso penal es la privación de la libertad del imputado con el fin de asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena. Ella sirve a tres objetivos: 1. Pretende asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal (§112, II, n.º 1 y 2). 2. Pretende garantizar una investigación de los hechos, en debida forma, por los órganos de la persecución penal (§ 112, II, n.º 3). 3. Pretende asegurar la ejecución penal (§ 457)”.

5.2 As situações excepcionais e a base constitucional

A legalidade não pode ser entendida como forma limitada de cumprimento de uma lei, mas sim em seu conjunto com a Constituição, com os direitos internacionais e com os princípios ali estabelecidos, tanto expressamente, como implicitamente. Com explica Konrad Hesse: “a Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas” (HESSE, 1991, p. 15).

O sistema jurídico como um todo é formado por regras legais e regras morais, ou seja, por valores. Assim, a questão que deve ser respondida é: quais valores a nova regra quis proteger? A resposta para esse questionamento é que a nova regra quis sim proteger o direito da mãe, da maternidade, da mulher e de quem for o responsável por criança ou pessoa com deficiência. E aqui, a eventual não concessão da prisão domiciliar sob o fundamento de um motivo excepcional que não os previstos no art. 318-A do CPP, poderia – o que não se aceita – ser taxado de inconstitucional.

Poder-se-ia argumentar que esta interpretação fere a Constituição a ponto de o julgador criar uma discriminação atentatória aos direitos e liberdades (art. 5º, I), fazer com que a restrição passe da pessoa do condenado (art. 5º, II) e não assegurar que as pessoas investigadas possam permanecer com seus filhos (art. 5º, L) (BRASIL, 1988).

Mas a base para a interpretação e os valores que o art. 318-A do CPP quis proteger não foram só a mãe ou o responsável pela criança, mas sim, e principalmente, a criança e a pessoa com deficiência. Deve-se verificar se a situação da pessoa sob investigação prejudicará ou auxiliará a formação e construção de valores de uma criança que está em desenvolvimento. Se está se respeitando a dignidade desta criança ou deficiente. Note-se que “toda pessoa deverá ter direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, na medida em que não viole os direitos de terceiros, nem ofenda a ordem constitucional ou moralidade” (BARROSO, 2013, p. 21).

A mãe ou os responsáveis são o instrumento para o desenvolvimento da pessoa a ser protegida. Mas estes instrumentos não podem prejudicar o ser humano a ser protegido. Os valores constitucionais que aqui devem prevalecer são os direitos à vida (art. 5º, *caput*), à liberdade (art. 5º, *caput*), à segurança (art. 5º, *caput*), à saúde (art. 6º, *caput*), à educação (art. 6º, *caput*) e à alimentação (art. 6º, *caput*), todos eles entendidos como direitos da criança (art. 227), todos da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Deve-se verificar a natureza do instituto

para a qual (ou em relação ao qual) está sendo lançada uma decisão e pensar quais são os valores dignos de reconhecimento e proteção para o caso em análise.

A conceituação da ciência do processo penal vive dentro das fronteiras da ordem pública desde que a sua finalidade é a proteção dos direitos, não do indivíduo considerado isoladamente, mas da coletividade social, a repressão dos delitos e a punição dos seus agentes, ou seja, a reintegração da ordem jurídica violada (FARIA, 1960, p. 32)

A verificação do direito fundamental que deve ser protegido torna-se uma importante ferramenta para que a decisão seja modificada conforme as circunstâncias do caso concreto. Isso porque só por uma análise do caso concreto é que será possível dizer se a situação é excepcional e não acarreta uma violação ao direito à prisão domiciliar.

Os responsáveis por uma criança que utilizam o quarto do infante para guardar a droga que traficam devem ser colocados em prisão domiciliar? Os responsáveis, já reincidentes, que fazem do furto o seu modo de vida e utilizam crianças para auxiliar na prática de novos delitos desta espécie, devem ter o benefício da prisão preventiva domiciliar? Deve-se verificar qual é a natureza do que está se decidindo e procurar descobrir o propósito da concessão ou não do benefício da prisão domiciliar, se ela causará mais ou menos benefícios às crianças ou ao deficiente.

6 CONCLUSÃO

Sendo impossível ao ordenamento jurídico completar ou regulamentar todas as situações, é dever do julgador, como um dos seus intérpretes, completá-lo quando da apresentação dos casos concretos. Os julgadores são chamados a interpretar, esclarecer e transformar o direito. E tal atitude pode ser visa, em algumas situações, como violação da função dos outros poderes.

Ocorre que, em determinados casos, esta interpretação/reação dos julgadores, tem que ser quase que automática diante de novas regras que surgem. Tal fenômeno pode até aparentar violação às atribuições e divisões dos poderes, mas, na verdade, o que se está fazendo é complementar um ao outro. O sistema jurídico, assim como a sociedade, é um organismo vivo, mutável e suscetível às influências de todos os seus agentes. A possibilidade da prisão

domiciliar para mulheres ou responsáveis por crianças de até 12 (doze) anos ou por pessoa com deficiência, no Brasil, é um típico exemplo disso.

Em menos de três anos, entraram em vigor duas novas leis sobre o tema e, entre a edição de uma e outra, o Supremo Tribunal Federal julgou um caso como parâmetro, o que provocou uma série de possíveis interpretações. Dentre as questões que surgiram, um ponto não pode ser deixado de lado para o debate: deve-se discutir qual é o objetivo das normas, qual é o bem jurídico que procuram proteger. Pois bem, o ponto base para a interpretação é o bem-estar e o desenvolvimento da criança ou da pessoa com deficiência.

Nesta perspectiva, o que se deve perguntar é se, nestes casos analisados a partir de fevereiro de 2019 pelos tribunais, agiu o Judiciário dentro dos limites que lhe são estabelecidos. Especificamente nos casos das decisões relativas às prisões domiciliares, os julgadores não exacerbaram a função do legislativo?

Em vista disso, tem-se que o Judiciário agiu sim dentro de suas funções, e não adentrou na a função legislativa. Decidiu de forma constitucional ao proteger os direitos da criança e da pessoa com deficiência ao afirmar que permanecem incólumes a terceira e quarta exceção ao direito de prisão preventiva domiciliar aclarados pelo *habeas corpus* coletivo nº 143/641/SP do STF.

Assim, com a ponderação de valores e a eleição dos bens jurídicos a serem protegidos é possível afirmar a existência das quatro exceções para o direito a prisão domiciliar da mulher ou do responsável por pessoa com deficiência. São elas: I – não ter o crime sido cometido com violência ou grave ameaça (art. 318-A, I, do CPP); II – não ter o crime sido cometido contra seu filho ou dependente (art. 318-A, II, do CPP); III – situações excepcionais, devidamente fundamentadas pelo julgador (*habeas corpus* coletivo nº 143/641/SP); IV – o preso é reincidente, devendo o julgador também observar as circunstâncias do caso concreto (mesmo que não seja excepcional).

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução Humberto Laport de Mello. – 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

| Revista Transgressões: ciências criminais em debate, v. 8, n. 2, dezembro de 2020

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

_____. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento nacional de informações penitenciárias. INFOPEN MULHERES. Brasília: Ministério da Justiça, 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 143.641-SP**. Segunda Turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Sessão de 24/10/2018. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25/10/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 438.607-CE**. Quinta Turma. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Sessão de 20/03/2018. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05/04/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 491.003-PB**. Presidente do Superior Tribunal de Justiça Ministro João Otávio de Noronha. Sessão de 30/01/2019. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 04/02/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 470.549-TO**. Quinta Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Sessão de 12/02/2019. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20/02/2019.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos. 1922.

CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandes Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FARIA, Bento de. **Código de processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Record Editora. v. I. 1960.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Lições de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

HESSE, Konrad. **A Força normativa da constituição** (Die normative Kraft de Verfassung) Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ - MPPR. **Maternidade no Cárcere e Lei n. 13.769/2018**: Apontamentos sobre a prisão domiciliar como substituto da prisão preventiva e do regime de cumprimento de pena e como instrumento da progressão especial de regime. Curitiba, 2019.

PUIG, Santiago Mir. **Derecho penal parte general**. 8. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. 25. ed. Trad. Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editora Del Puerto s.r.l, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandri. **Derecho penal – parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, 2002.

HOME PREVENTIVE PRISON AND ITS EXCEPTIONS: WOMEN'S OR CHILD'S RIGHT? ARTS. 318 AND 318-A OF THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE CODE

ABSTRACT

This article aims to analyze the institute of preventive house arrest and the recent legal and jurisprudential changes on the subject in Brazil. For this, it will be presented how the process that promoted the inversion in the interpretation for the granting or not of the benefit under study. Within the interpretative evolution, it is intended to present that this is a necessary right, although there are certain requirements for its concession. In addition, it addresses the fact that mothers or guardians of children or disabled people are the direct beneficiaries of the measure, but it is the vulnerable ones that must be effectively safeguarded. Thus, in the end, it will be demonstrated that there are exceptions to the right under analysis, but always with the objective of preserving the rights of the child or the disabled.

Keywords: House arrest. Exception. Mother. Child.