

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

**FERNANDES, Gleisson Pucino Fernandes¹
PINTO COELHO, Vânia Maria B. Guimarães**

¹ Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Varginha, 6º período.

Resumo: o presente artigo objetiva analisar o instituto da prisão preventiva domiciliar e as recentes alterações legais e jurisprudência do 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 as mães ou responsáveis pelas crianças deficientes são beneficiários diretos da medida, são vulneráveis que devem efetivamente ser resguardados. Assim, ao final, demonstrar-se-á que existem exceções ao direito em análise, mas sempre com objetivo de preservar os direitos das crianças e deficientes.

Palavras - chave : Prisão domiciliar. Exceções. Mãe criança.

Abstract: This article aims to analyze the estitute of preventive house arrest and the recent legal and juris prudential changes on the subject in brazil. forthis, it will be presented how the process that promotedthe inversion in the interpretation for thin granting or not of thebenefit under study.within the interpretative evolution, it is inteded to present that this isa necessary right, although there are certain requiriments for its concession. addition, it addresses the fact that mothers or guardians of children or disabled people are the direct beneficiares of the measure , but it is the vulnerable ones that must be effectively.safeguarded. thus, in the end, it will be demostrated that

there are exceptions to the preserving the rights right under analysis, but always with the objective of of the child or the disabled.

Keywords: House arrest. Exception. Mother. Child.

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 as leis que forma editadas sobre o tema .

O debate sobre a prisão preventiva domiciliar e suas exceções é necessário, pois, no Brasil, emum período de aproximadamente dois anos (entre 2016 e 2018), foram editadas duas leis e, no intervalo entre um e outra, fora proferida uma decisão pelo Supremo Tribunal Federal que, dependendo da forma que 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 parâmetro para o interprete, mostrando que não se deve invadir o espaço do Poder Legislativo, mas sim complementá-lo , dar sentido as regras jurídicas, resolver casos concretos e garantir a segurança jurídica. Para tanto, na sequência, será detalhada a cronologia das normas sobre prisão domiciliar da mãe ou de responsável por criança no Brasil e, com estas bases, seguir- se -á para exceções ao referido direito e para como estas foram analisadas pelos tribunais superiores.

Cronologia da prisão domiciliar da mulher no Brasil

A Lei n* 11. 403, de maio de 2011, que alterou dispositivos relativos a prisão processual e demais medidas cautelares, regulamentou , nos art. 317 e 318 do Código Processo Penal, a prisão preventiva domiciliar, elegendo como situações cabíveis aquelas em que o investigado (ou alguém sob seus cuidados) estivessem em situação extrema de 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 Processo Penal, especificamente colocou que teria direito a tal medida gestante a partir do 7º período (sétimo) mês de gravidez ou em qualquer mês sendo a gravidez a 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 dispõem sobre políticas públicas para 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 aguardam julgamento (a atual prisão preventiva) (PUIG, 2006, p. 682, tradução nossa).

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 tem reflexo sobre seu filho; de que a separação de qualquer um dos geradores (principalmente da mãe) da criança lhe causa efeitos físicos psíquicos negativos; de que a prisão dos geradores aumenta a fragilidade econômica e social de todo grupo familiar; de que a consistência no afeto dos pais é extremamente relevante para a formação dos filhos saudáveis; de que a segregação em presídios (junto com seus pais), ou 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.

No Art. 318 poderá o juiz substituir prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for (...)

IV- gestante;

V- mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompleto;

VI- homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompleto (BRASIL 1941).

Contudo, com a edição da referida lei, 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 julgador, este deveria de ponto conceder a prisão preventiva domiciliar se tal deferimento ficaria ao seu critério (discricionariedade).

Vários foram os julgados no sentido que a concessão da prisão domiciliar seria uma faculdade do julgador frente ao caso concreto, devendo a pessoa interessada 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 consequente divergência jurisprudencial foram levados ao Supremo Tribunal Federal que, por maioria, através do julgamento do Habeas Corpus n 143. 641/ SP (Brasil, 2018), trouxe parâmetros a serem seguidos. O relator do julgamento foi o Ministro Ricardo Lewandowski e figuraram como paciente todas as mulheres submetidas a prisão cautelar no sistema penitenciário nacional que ostentavam a condição de gestante ou mãe de criança de até 12 (doze) anos, incompletos ou deficientes. 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 3) situações excepcionalíssimas, serem devidamente fundamentada pelo juiz que denegar o benefício.

Realizou-se, ainda no julgado, uma ressalva que deve ser entendida com uma quarta exceções, qual seja, no caso de ser reincidente, devera 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 não concessão da prisão domiciliar. A aplicação do entendimento do Supremo quanto ao dever do juiz em conceder a prisão preventiva domiciliar passou 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 seu direitos e 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 beneficiada prisão provisória domiciliar, não devendo ser o benefício ser deferido só em casos excepcionais. No estudo “Maternidade no Cárcere e a Lei n * 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 n*143. 641/SP, foi reconhecida expressamente a existência de uma gravíssima deficiência estrutural como regra dos estabelecimentos penais. Uma circunstância que, em certa medida, teve potencial de inverter a lógica de apreciação e análises 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 á cronologia, pelo fato de no julgamento Habeas Corpus n*143, 641/SP o Supremo Tribunal Federal ter aclarado a condição da mulher encarcerada e aplicado os efeitos ás presas provisórias, o Legislativo, através do Projeto de Lei do Senado n* 64/2018 (de autoria de Senadora Simone Tebet MDS/MS), entendeu que os direitos da gestante e mãe de criança 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 mãe sou que forem responsáveis por crianças ou por pessoas com deficiência.

O projeto deu origem á Lei n* 13. 769, de 19 de dezembro de 2018, que dentre outros pontos, acrescentou o art. 318-A ao Código Processo Penal, que objeto do presente estudo. O referido dispositivo passou existir com a seguinte redação:

Art. 318- A. A prisão preventiva imposta á mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas 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 que já se aplicava, deu origem as outras dúvidas.

As exceções á prisão preventiva domiciliar prevista no art. 318- a do CPP

Apresentado o novo texto legislativo, necessário que se realize uma conformação do mesmo não só como legislação que já existia, mas também com a decisão do Supremo Tribunal Federal relativa a 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 o art. 318, redigido com expressão “poderá “ que o STF entendeu ser um “deverá “.

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

O art. 318 do Código Processo Penal já previa, em seu inciso III, esta possibilidade quanto o agente era responsável pelos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência, sendo que, com a condição da Lei n° 13. 257/ 2016, foram acrescentados os incisos V e VI, que apresentam 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 crianças ou pessoas com deficiência, ou seja, independe que este responsável é a mãe , ou pai ou mesmo a pessoa tenha a guarda de quem deve ser protegido.

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

Estas duas exceções já estavam elencadas no julgamento parâmetro do Supremo (HC n° 143.641/SP). A questão é que a nova lei não previu a exceção de se concedera prisão domiciliar para o que denominou de “situações

excepcionais” , e também não fez nenhuma hipóteses em que surge um maior poder discricionário do julgador.

o Art. 318-A e o Habeas Corpus n *143. 641/SP

Como a não concessão da prisão domiciliar é uma restrição a direito público subjetivo, é possível que o interprete chegue á 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 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 situações (restrições) previamente estabelecidas na legislação. Da mesma forma, poderia ser apresentado o argumento que, quando a fixação das exceções por parte do Supremo no Habeas Corpus n* 143. 641/SP, o art. 318- A do Código de Processo Penal ainda não estava em vigência, motivo pela qual o julgado não pode mais servir de parâmetro.

A pergunta que deve ser respondida é: devem ainda prevaleceras hipóteses de não concessão da prisão provisória domiciliar apresentadas pelo Supremo Tribunal Federal ? A terceira e quarta exceções estabelecidas pelo Supremo no Habeas Corpus n*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 respostas as demandas, não há como não se lembrar de que as exceções apresentadas no julgamento do Habeas Corpus n* 143. 641/SP não estava realmente expressas na legislação, mas decorrem 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 pelo quais ela regula o andamento das ações criminais, e juntamente os atos da justiça publica 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 deve ser protegidos pela legislação, seriam colocadas em clara situações de risco. Seria a automatização da prisão domiciliar. Bastaria para pessoa processada criminalmente ser mãe responsável (mesmo que não convivesse com filho) para concessão da prisão domiciliar. Crimes cometidos sem violência em que a vítima imediata não é criança, não seriam capazes impedir a concessão da prisão domiciliar. O criminoso, o terrorismo, o racismo, a reincidência, nada disso seria suficiente para o indeferimento de um pedido de prisão domiciliar. Mesmos os crimes “mais leves” exigem 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 enfretamento do Legislativo, mas pela necessidade de velocidade de análise do tema – sob o risco de uma instabilidade no sistema prisional), considerou que as exceções do art. 318-A do Código Processo Penal não são taxativas.

Sem esquecer que “na grande maioria dos casos a prisão preventiva fere a presunção de inocência (...) embora, com algumas penas excepcionais, possa ser legitimadas em certos casos como coerção direta (ZAFRARONI ,2002, P. 168, tradução nossa), 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 n*491. 003/PB, ressaltou que o objetivo da nova lei é a proteção á criança e, mesmo não tendo sido o crime cometido contra 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 de 60 dias da publicação da Lei n* 13. 769, de 19 de dezembro 2018, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça analisou a nova norma (HC n* 426.526/RJ, j. 12/02/ 2019, Rel. Min Joel Ilan Pacornik;

HC n* 470.549/TO, J. 12/02/2019, Rel. Min.Reynaldo Soares da Fonseca; HC n*470.529/MS, j. 26. 02. 2019, Reynaldo Soares da Fonseca) e decidiu que, pra a concessão do benefício da prisão domiciliar, necessário que se verifique a excepcionalidade da situação (BRASIL, 2019).

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

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

A prova quanto tal afirmativa é objetiva. O Ministério da Justiça, que analisa dados disponíveis a partir da perspectiva para garantia do direito das mulheres, esclarece que, no ano de 2000, menos de 6.000 mulheres estava no sistema prisional nacional e, em 2016, esse numero subiu de forma exorbitante para 42.000 (BRASIL, 2017, p. 51). Verificando todas mulheres presas, a maioria absoluta (62%) o estava em decorrência de crime de trafico (BRASIL, 2017 p. 54).

Com base nesse estudo, pode-se afirmar que as mulheres, nos últimos anos, passaram ser uma ferramenta poderosa para traficância e, caso se admita a interpretação do art. 318 –A do CPP no sentido que o fato de serem mães acarreta na colocação automática em prisão domiciliar – não se analisando situações excepcionais – 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 N* 470. 549/TO ao afirmar que“ o fato do legislador não ter inserido em 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.

As situações excepcionais e a legislação excepcionais

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

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

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

A prisão preventiva em processo penal é a privação da liberdade do arguido de forma a garantir processo de conhecimento ou a execução da pena. Ela serve para três propósitos: 1. Visa garantir a presença do arguido no processo Penal (& 112, II, n 1 e 2) 2. Visa garantir a apuração dos fatos, em devida forma, Pelos órgãos do Ministério Público (& 112, II, n 3) 3. Visa assegurar a execução Criminal (&457) (ROXIN, 2000, p 257, tradução nossa)3

Nessa linha, se a prisão domiciliar não garantir e assegurar os objetivos acima mencionados deve, a principio, deve ser negada.

Só com está base na legislação infraconstitucional e na doutrina apresentada já e possível que as exceções do art. 318- A do Código 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.

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 Constitucional, com direitos internacionais e com os princípios ali estabelecido, tanto expressamente, como implicitamente. Como explica Korand Hesse: “a Constituição não figura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que um 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 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 que for responsável por criança ou por 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 do julgador criar uma discriminação atentatória aos direitos e liberdades (art. 5^o , I), fazer que a restrição passe da pessoa do condenado (art. 5, II) e não assegurar que as pessoas investigadas possam permanecer com seus filhos (art. 5 L) (BRASIL , 1988).

Mas a base para 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 auxiliara a formação e construção de valores de uma criança que está em desenvolvimento. Se está se respeitando a dignidade dessa criança ou deficiente. Note- se que “toda pessoa deverá ter ao livre desenvolvimento de 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 educação (art. 6º caput) e a alimentação (art. 6º caput), todos entendidos como direitos da criança (art. 227), todos da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Deve-se verificar a natureza do instituto para qual (ou em relação ao qual) está sendo lançada uma decisão e pensar quais são os valores dignos de reconhecimento e proteção para caso em análise.

A conceituação da ciência do processo penal vive dentro das fronteiras da Ordem pública desde que sua finalidade é a proteção dos direitos, não do indivíduo considerado isoladamente, mas da coletividade social, a repressão dos delitos e a punição de 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 torna-se uma importante ferramenta para que a decisão seja modificada conforme as circunstâncias do caso concreto. Isso porque só por uma análise de 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 colocadas 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, deve ter benefício da prisão domiciliar? Deve-se verificar qual é a natureza do que está se decidindo e procurar decidir o propósito da concessão ou não do benefício da prisão domiciliar, se ela causará mais ou menos benefício às crianças ou ao deficiente.

Considerações finais

Sendo impossível ao ordenamento jurídico completar ou regulamentar todas as situações, é dever do julgador, como um dos 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 vista, 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 apresentar 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 seus agentes. A possibilidade da prisão domiciliar para mulheres ou responsável por crianças de até 12 (doze) 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 de outra, o Supremo Tribunal Federal julgou um caso como parâmetro, o que provocou uma série de possíveis interpretações. Dentre 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 procura proteger. Pois bem, o ponto base para a interpretação é o bem estar é o desenvolvimento da criança ou da pessoa com deficiência.

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

Em vista disso, tem-se que o Judiciário sim dentro de suas funções, e não adentrou na função legislativa. Decidiu de forma constitucional ao proteger os direitos da criança e de pessoa com deficiência ao afirmar que permanecem incólumes a terceira e quarta exceção ao direito de prisão preventiva domiciliar aclarados pelo habeas corpus coletivo n° 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 da 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 n* 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 Luiz Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico á jurisprudência mundial**. Tradução Humberto LAPORTde Mello. – reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2103.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.**

_____ Decreto- Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – **Código 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 n * 143. 641- SP**. Segunda Turma. Relator Ministro Ricardo LENWANDOWSKI. Sessão 24/10/ 2018. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25/ 10 /2018.

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

_____ Superior Tribunal de Justiça **Habeas Corpus n*491.003-PB**. Presidente do Superior Tribunal de Justiça Ministro João Otávio de Noronha. Sessão. 30/01/2019. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 04/02/2019.

_____ Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n*470. 549-TO**. Quinta Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Sessão 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: Jacinto Ribeiro dos Santos. 1922.

CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Trad. LuizABEZIA 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 Antônio 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 de regime de cumprimento de pena como instrumento da progressão especial de regime. Curitiba, 2019.

PUIG, Santiago Mir. **Derecho Penal Parte General**. 8. ed. Barcelona: Editorial, 2006.

REVISTA TRANSGRESSÕES : ciência criminais em debate, v. n. 2, dezembro 2020 -“La Historia De La Humanidad Reservó Generalmentelá Prisión Funciones Distintas, Em Especial La De Servir De Custodia Quienes Esperaban Juzgados (La Actual “Aprisión Preventiva).

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

ROXIN, CLAUS. **DERECHO PROCESSUAL PENAL**. 25 ed. Trad Gabriela E. CÕRDOBA y Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editora Del Puerto s. r, 1, 2000.

ZAFRARONI, Eugenio Raul; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Derecho Penal Parte General**. 2. ed. Buenos Aires. Sociedade Anônima Editora, 2002.