



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**

**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**LUDMILA CRISTINA ARAÚJO CORTIZO**

**A PRISÃO DOMICILIAR DE MÃES E MULHERES  
GRÁVIDAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO HABEAS  
CORPUS COLETIVO 143-641-STF E DA LEI 13.769/2018 NO  
PODER JUDICIÁRIO**

Salvador

2019

**LUDMILA CRISTINA ARAÚJO CORTIZO**

**A PRISÃO DOMICILIAR DE MÃES E MULHERES  
GRÁVIDAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO HABEAS  
CORPUS COLETIVO 143-641-STF E DA LEI 13.769/2018 NO  
PODER JUDICIÁRIO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, da Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Mestre Roberto Gomes

Salvador

2019

**TERMO DE APROVAÇÃO**

**LUDMILA CRISTINA ARAÚJO CORTIZO**

**A PRISÃO DOMICILIAR DE MÃES E MULHERES  
GRÁVIDAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO HABEAS  
CORPUS COLETIVO 143-641-STF E DA LEI 13.769/2018 NO  
PODER JUDICIÁRIO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_/\_\_\_/ 2019

Aos meus pais, à minha irmã e à  
minha avó. Por todo o amor e com  
todo o amor.

## AGRADECIMENTOS

Neste momento de grande importância na minha vida, preciso agradecer àqueles que estiveram comigo durante toda essa jornada, marcada por desafios e dificuldades, onde achei, por muitas vezes, que não conseguiria chegar ao fim.

Agradeço primeiramente a Deus, pela fé que me nutre e que torna toda e qualquer caminhada possível.

À minha mãe, Sandra, personificação de honestidade e responsabilidade, por ter sido a minha base durante toda essa fase e me mostrar, nos momentos mais difíceis, que tudo passa. A meu pai, Lino, fonte inesgotável de amor, por sempre acreditar em mim, não medindo esforços para tornar este sonho possível de ser concretizado. À minha irmã, Duda, por ser a certeza que nunca estarei sozinha neste mundo. À minha avó, Leda, por ser luz na minha vida, me guiando e confortando nos momentos que mais precisei. A Antônio, por todo amor, carinho e apoio, se fazendo tão presente mesmo de longe. A eles, a minha eterna gratidão!

A Roberto Gomes, meu orientador e amigo, por ter sido peça essencial nesse trabalho, transmitindo seu enorme conhecimento e sempre disposto a me ajudar. Foi incrível que, mesmo com a correria do dia-a-dia, sempre dava um jeito de me atender, se fazendo extremamente presente nessa fase. Não poderia ter escolhido orientador melhor, meu eterno agradecimento!

Aos meus queridos amigos (não poderia citar todos), pela amizade e companheirismo – por tornar essa caminhada muito mais leve e feliz. Em especial, às amigas Fernanda, Luciana, Paulinha, Gabi, Renata, Julyana, Camila, Nathalia Bittencourt, Nina, Raquel, Natalia Lacerda, Yasmin, Ane e Nathalia Carvalho. Vocês foram fundamentais para a concretização desse trabalho. Amo vocês!

Aos escritórios Pessoa e Pessoa e Aurélio Pires, por me proporcionarem tamanha e valiosa bagagem de aprendizado, contribuindo exponencialmente na minha formação.

À minha tia, Luciana Isabella, excelente promotora de Justiça e exemplo de ser humano, por ter sido o verdadeiro alicerce na escolha da área de escrita do presente trabalho de conclusão. Nunca serei grata o suficiente pelo período de estágio no Ministério Público, que me fez crescer não só como pessoa, mas, acima de tudo, como profissional. Fica aqui a minha eterna gratidão!

Por fim, a todos que contribuíram de alguma forma ao longo desse caminho.

## RESUMO

O presente trabalho tem como escopo central a problemática que gira em torno dos efeitos decorrentes do julgamento do Habeas Corpus coletivo nº 143-641-STF e da Lei nº 13.769/2018 perante o Poder Judiciário, ante a uma realidade de carência de uma maternidade digna no sistema carcerário brasileiro. Inicialmente, serão demonstradas as principais dificuldades enfrentadas pelas mulheres em período gestacional e que tenham filhos pequenos dentro do cárcere, de modo a justificar o próprio contexto da impetração e posterior julgamento favorável da medida coletiva pelo Supremo Tribunal Federal e, posteriormente, da aprovação da lei, no final do ano de 2018. A pesquisa tem por escopo, portanto, expor os principais obstáculos enfrentados pelo habeas corpus coletivo na prática forense dos tribunais, trazendo as principais razões do indeferimento exacerbado das prisões domiciliares. Assim, para viabilizar a aludida discussão, serão colacionadas na presente pesquisa uma diversidade de decisões dos mais diversos tribunais brasileiros, demonstrando assim as dificuldades em recepcionar a decisão proferida pelo STF. De mais a mais, sendo a recente lei aprovada nº 13.769/2018, também objeto do presente estudo, serão demonstrados os principais obstáculos a serem vencidos por ela, ponderando assim algumas diretivas que deveriam ser tomadas pelo legislador de modo a torná-la efetiva no caso concreto, alcançando assim o maior número de mulheres a serem contempladas pelo benefício. A partir disso, evidenciados os pressupostos, nota-se um cenário propício, portanto, para permanência das denegações das prisões domiciliares por parte dos juízes e tribunais brasileiros, de modo a não ter resolvido lei a problemática que pretendia.

**Palavras-chave:** Habeas corpus 143-641; Lei 13.769/2018; Prisões domiciliares; Denegações; Tribunais.

## ABSTRACT

This paper focuses on the effects of the judgment of the collective Habeas Corpus n. 143-641-STF and Law 13.769 / 2018 before the Judiciary, in the face of a reality of a lack of maternity in the Brazilian prison system. Initially, the main difficulties faced by gestational women and having small children in jail will be demonstrated, in order to justify the context of the imprisonment and subsequent favorable judgment of the collective measure by the Federal Supreme Court and, later, of the approval of the law in the end of the year 2018. The research is therefore intended to expose the main obstacles faced by the collective habeas corpus in the forensic practice of the courts, bringing the main reasons for the exacerbated rejection of the house arrest. Thus, in order to facilitate the aforementioned discussion, a variety of decisions of the most diverse Brazilian courts will be included in the present research, thus demonstrating the difficulties in receiving the decision pronounced by the STF. Moreover, since the recent approved law 13.769 / 2018, which is also the object of this study, will demonstrate the main obstacles to be overcome by it, thus pondering some directives that should be taken by the legislator in order to make it effective in the concrete case, thus reaching the largest number of women to be considered for the benefit. From this, given the assumptions, there is a favorable scenario, therefore, for the permanence of denials of domestic prisons by Brazilian judges and courts, in order not to have resolved the problem that was intended.

**Keywords:** Habeas corpus 143-641; Law 13,769 / 2018; Household arrests; Denials; Courts



## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AVC	Acidente Vascular Cerebral
CADHu	Coletivo de Advogados em Direitos Humanos
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
HC	<i>Habeas Corpus</i>
HIV	<i>Human Immunodeficiency Virus</i>
INFOPEN	Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias
LEP	Lei de Execução Penal
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
SIDA	<i>Syndrome Immunodeficiency Acquired</i>
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>2 DO MODELO PRISIONAL BRASILEIRO.....</b>	<b>15</b>
2.1 DA PRISÃO CIVIL, PENAL CONDENATÓRIA E PROCESSUAL.....	15
2.2 DA PRISÃO PREVENTIVA E O SEU REGRAMENTO NO SISTEMA JURÍDICO INTERNO.....	17
<b>2.2.1 Conceito e pressupostos para a sua decretação.....</b>	<b>18</b>
<b>2.2.2 Das razões para a deflagração da constrição da liberdade.....</b>	<b>20</b>
<b>2.2.3 O encarceramento cautelar como uma medida de exceção: da restrição do legislador quanto às hipóteses de cabimento e a mitigação ao princípio da presunção de inocência.....</b>	<b>24</b>
2.3 DA PRISÃO DOMICILIAR.....	29
<b>2.3.1 Contexto histórico e conceito.....</b>	<b>30</b>
2.3.1.1 Prisão-domiciliar pena.....	32
2.3.1.2 Prisão-domiciliar processual.....	35
<b>2.3.2 Hipóteses de cabimento.....</b>	<b>36</b>
<b>2.3.3 A prisão domiciliar como uma medida cautelar alternativa à prisão preventiva.....</b>	<b>37</b>
<b>3 O CÁRCERE E A MATERNIDADE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO.....</b>	<b>39</b>
3.1 BREVE HISTÓRICO NORMATIVO DO DIREITO À MATERNIDADE E A IMPORTÂNCIA DE SE PENSAR ATRELADA AO CONTEXTO PRISIONAL BRASILEIRO.....	39
3.2 AS GARANTIAS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS DAS PRISIONEIRAS.....	41
<b>3.2.1 O viés constitucional protecionista: o princípio da proteção integral da criança.....</b>	<b>41</b>
<b>3.2.2 O direito à maternidade no âmbito infraconstitucional.....</b>	<b>44</b>
3.3 ANÁLISE DA ESTRUTURA DOS PRESÍDIOS OFERECIDOS ÀS MÃES E AOS BEBÊS.....	48
3.4 GESTAÇÃO, PARTO E PÓS PARTO NO CÁRCERE.....	51
<b>3.4.1 A vulnerabilidade no contexto prisional e a violação ao princípio da proteção integral da criança.....</b>	<b>51</b>
<b>3.4.2 O parto e os primeiros cuidados com o bebê no cárcere.....</b>	<b>54</b>

<b>4 O HC 143-641-SP E AS DIFICULDADES DA SUA EFETIVAÇÃO.....</b>	<b>57</b>
4.1 DA MOTIVAÇÃO E TEOR DO HC.....	57
4.2 DA FALTA DE AMPARO CONSTITUCIONAL PARA A ACEITAÇÃO DO EFEITO VINCULANTE PARA A DECISÃO DO HABEAS CORPUS 143-651-SP.....	63
4.3 A LACUNA JURÍDICA CRIADA PELO LEGISLADOR NO QUE TANGE ÀS SITUAÇÕES EXCEPCIONALÍSSIMAS.....	63
<b>4.3.1 Da comprovação da situação de filiação ou da existência de circunstância de perda ou suspensão do poder familiar com relação à mãe presa.....</b>	<b>65</b>
4.3.1.1 Casos de denegação em virtude da ausência de prova da indispensabilidade dos cuidados maternos.....	68
<b>4.3.2 Do estudo e análise de casos de tribunais que não aplicaram o habeas corpus em razão das mães envolvidas com tráfico de entorpecentes.....</b>	<b>71</b>
4.4 DAS REPERCUSSÕES DE ORDEM PRÁTICA: ASPECTOS GERAIS.....	75
<b>4.4.1 Da repercussão no Conjunto Penitenciário Feminino de Salvador no ano de 2018.....</b>	<b>77</b>
<b>5 A ALTERAÇÃO DO ART. 318 PELA LEI 13.769/2018 E OS OBSTÁCULOS A SEREM VENCIDOS.....</b>	<b>79</b>
5.1 O CENÁRIO JURISPRUDENCIAL ATÉ A LEI 13.769/2018: UMA INVERSÃO DA LÓGICA DE APRECIÇÃO E ANÁLISE DE CASOS.....	81
5.2 DA NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR E A VIOLAÇÃO AO ARTIGO 292 DO CPP.....	85
5.3 DA OMISSÃO DO LEGISLADOR QUANTO A EXIGÊNCIA DA GUARDA EFETIVA DA CRIANÇA: UMA BRECHA PARA DENEGAÇÕES NO CASO CONCRETO.....	89
5.4 DAS SITUAÇÕES EXCEPCIONALÍSSIMAS: OMISSÃO OU SUPERAÇÃO?....	91
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>95</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>98</b>
<b>ANEXO A.....</b>	<b>107</b>
<b>ANEXO B.....</b>	<b>110</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 representa o marco jurídico da transição democrática no Brasil, sobretudo no que tange a institucionalização dos direitos humanos. Assim, aliada com a Lei de Execução Penal de 1984, acabou por reconhecer que as pessoas privadas de liberdade necessitam ter seus direitos garantidos como todo e qualquer indivíduo.

Ocorre que, no sistema penitenciário brasileiro, a deficiência de garantia a esses direitos mínimos é, infelizmente, uma realidade que persiste há muito tempo no país. A falta de condições mínimas de sobrevivência no ambiente carcerário é, sobretudo, reflexo de um governo que atua com total descaso a essa parcela da sociedade. Trata-se, portanto, de um retrato fiel de uma sociedade caracterizada pela falta de políticas públicas para tratar de situações específicas que o cárcere vivencia, sobretudo, que no tange às mulheres.

Em recente julgamento, o Supremo Tribunal Federal, por intermédio do HC 143-641, ao reconhecer a gravíssima deficiência estrutural carcerária ante a imposição exacerbada de prisões provisórias às mulheres pobres e vulneráveis, resolvera por admitir a possibilidade de substituir a prisão cautelar pela domiciliar para mulheres que apresentam condição de gestante, com filhos de até 12 anos ou que sejam responsáveis por pessoas com deficiência, excepcionando os casos de crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça contra os seus próprios filhos, ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, mediante justificativa do juiz.

Pois bem. O que parecia ser uma solução do problema, em verdade, se tornou um prolongamento deste. Ante a carência de efetividade do habeas corpus coletivo no Poder Judiciário brasileiro, pelos mais diversos motivos que serão abordados no presente trabalho monográfico, o legislador, no final do ano de 2018, por intermédio da Lei nº 13.769/2018, resolvera por acrescentar os artigos 318-A e 318-B no Código de Processo Penal, ampliando assim as hipóteses de concessão da prisão domiciliar.

Acontece, contudo, como será concluído ao final do presente estudo, a lei também caminhará no mesmo sentido, de modo que ambos não irão resolver, de forma efetiva, a problemática que pretendiam.

Para viabilizar tal discussão, foi utilizado o método cartesiano, idealizado por René Descartes, através do qual inicia-se com a análise de pontos gerais até se chegar ao recorte específico do estudo.

O recurso metodológico da pesquisa girará em torno da espécie exploratória, que tem o propósito de definir o problema e, após, analisá-lo criticamente. Por este método, torna-se possível esclarecer mais o tema pesquisado, trazendo assim um levantamento bibliográfico acerca do problema, bem como decisões dos mais diversos tribunais do país, para, posteriormente, construir reflexões críticas.

Assim, no segundo capítulo, buscou-se tratar acerca dos aspectos gerais do modelo prisional brasileiro, percorrendo os caminhos dos mais diversos tipos de prisões existentes no ordenamento pátrio, dando ênfase maior as chamadas prisões processuais, para, assim, tratar das prisões domiciliares, objeto de estudo da presente pesquisa.

Mais adiante, no terceiro capítulo, foi realizado um breve levantamento normativo do direito à maternidade e a sua importância de se pensar atrelada ao contexto prisional brasileiro, tratando posteriormente das garantias legais e constitucionais das prisioneiras, de modo a consolidar as premissas fundamentais acerca da crise do sistema carcerário, esmiuçando assim as causas e as principais consequências que repercutem no direito.

De mais a mais, foi abordado ainda nesse capítulo a violação generalizada dos direitos fundamentais das mulheres gestantes e que tenham filhos pequenos dentro do ambiente prisional, analisando assim a gestação, parto e pós-parto no cárcere, trazendo ainda dados fornecidos pelo INFOPEN e pela própria OAB, com o ímpeto de embasar ainda mais o debate.

Em seguida, no quarto capítulo, passa-se a um exame do Habeas Corpus coletivo nº143-641-STF e das dificuldades para a sua efetivação. Far-se-á uma exposição acerca dos principais obstáculos enfrentados no âmbito do Poder Judiciário, sendo colacionada neste momento uma gama de decisões dos mais diversos tribunais brasileiros a respeito da temática, demonstrando assim a não recepção da decisão emanada do Supremo pelas instâncias inferiores do país.

Pressupostos consolidados, ainda no quarto capítulo, foram avaliadas as repercussões gerais de ordem prática do habeas corpus no Brasil para, ao final,

tratar da repercussão no Conjunto Penitenciário Feminino de Salvador, no ano de 2018, de modo a tornar a pesquisa ainda mais próxima à realidade.

Por fim, no quinto capítulo, tratou-se da introdução dos artigos 318-A e 318-B no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.769/2018, ponderando algumas diretivas que deveriam ser tomadas com a recente criação legislativa, com o intuito de se chegar a uma solução mais coerente para fins de observância ao próprio princípio da proteção integral da criança amplamente tutelado.

Diante do exposto, o presente trabalho tem como intuito desenvolver o estudo sobre o tema lançado, trazendo a lume as principais dificuldades de efetivação do habeas corpus coletivo, bem como os principais obstáculos que serão enfrentados pela recente lei aprovada ante ao Poder Judiciário.

## 2 DO MODELO PRISIONAL BRASILEIRO

O modelo prisional brasileiro é composto, sobretudo, de algumas modalidades de prisões que dependerão, por sua vez, da esfera em que se esteja analisando. Assim, serão discutidos, nesse primeiro momento, a despeito de diferentes tipos prisões adotadas pelo legislador, para ao fim tratar acerca das prisões domiciliares, alcançando assim o tema do presente trabalho.

### 2.1 DA PRISÃO CIVIL, PENAL CONDENATÓRIA E PROCESSUAL

É cediço observar que, no ordenamento jurídico brasileiro, existem inúmeras formas de uma pessoa ser encarcerada, que dependerão, por sua vez, das circunstâncias e peculiaridades de cada caso. Desse modo, será objeto de estudo do presente capítulo as formas de prisões adotadas pelo constituinte, dando ênfase maior às chamadas prisões processuais.

Pela própria origem etimológica da palavra, prisão, a palavra prisão, cuja origem provém do latim, é comumente denominada como “*prehensio, ãnis*” que, em português, significa “ato de prender”. Desse modo, trata-se de um mecanismo de cerceamento da liberdade de locomoção através do chamado encarceramento.<sup>1</sup> Tal medida, como já fora abordado anteriormente, pode advir de situações diversas, de modo a se fazer necessária a distinção das espécies de prisão no ordenamento jurídico brasileiro.

A prisão civil é aquela que se realiza no âmbito do direito privado e que decorre de uma medida coercitiva, econômica e social com o fim de fazer cumprir as obrigações do devedor de alimentos e do depositário infiel, tal como preconiza o artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal. Desse modo, tal espécie de prisão não tem caráter de pena criminal, mas sim de obrigar o punido a satisfazer o seu débito.<sup>2</sup>

Cumprе esclarecer ainda que a prisão civil não é execução e sim coerção. Trata-se, portanto, de uma medida coercitiva e processual, instituída para forçar o obrigado,

---

<sup>1</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 701.

<sup>2</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Prisão Civil por Dívida**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.51.

em obediência à lei, ao Judiciário e à própria Justiça a adimplir uma dada obrigação.<sup>3</sup>

Assim sendo, não tem a prisão civil qualquer vinculação com a pena imposta ao infrator em um dado juízo criminal, bem como não tem a prisão regulada pelo código civil a índole de penalização, retribuição, educação e ressocialização tal como será observada na prisão regulada pelo código penal.

Diferentemente do contexto inserido na prisão civil, a prisão na esfera penal tem como finalidade precípua a reeducação do condenado para uma futura ressocialização, reinserção e reintegração na comunidade. E mais, tem-se aqui não uma coerção para forçar o obrigado a cumprir uma dada obrigação, e sim como um mecanismo de retribuição ao mal praticado.<sup>4</sup>

Assim sendo, se tem na seara criminal a prisão decorrente de sentença penal condenatória irrecorrível, também denominada como prisão-pena, bem como aquela conhecida de forma genérica de prisão sem pena, amplamente conhecida como prisão processual, tendo esta a finalidade de resguardo do próprio processo como será visto mais adiante.<sup>5</sup>

A prisão penal condenatória é aquela decorrente do trânsito em julgado de uma dada decisão. Trata-se, portanto, de uma prisão satisfativa em resposta estatal do delito ocorrido, sendo a forma mais conhecida de prisão que se tem no ordenamento.

No decorrer de persecução penal, contudo, é possível que se faça necessário o encarceramento do indiciado do réu mesmo antes do marco final do processo. Isto se deve a uma necessidade premente devidamente motivada por hipóteses estritamente previstas em lei, traduzidas no risco demonstrado de que a permanência em liberdade do agente é um mal a ser evitado. Surge assim a possibilidade da prisão sem pena, também conhecida por prisão cautelar, provisória ou processual, que milita no âmbito da excepcionalidade, afinal a regra é que a prisão só decorra com o advento da sentença definitiva, em razão do preceito esculpido no art. 5º, inciso LVII da CF, pois “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.<sup>6</sup>

Há de se esclarecer, ainda, que a prisão processual ou cautelar possui como escopo resguardar o processo de conhecimento. Entende-se, portanto, que, caso não venha

---

<sup>3</sup> MARMITT, Arnaldo. **Prisão Civil por Alimentos e Depositário Infiel**. São Paulo: Aide, 1989, p.9.

<sup>4</sup> FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Manual de Processo Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 634.

<sup>5</sup> *Ibidem. loc.cit.*

<sup>6</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 9 ed. Rio de Janeiro: JusPodivm, 2014, p. 701.



a ser adotada, em uma futura sentença definitiva, não será mais possível a aplicação da lei penal.<sup>7</sup>

Desse modo, foi devido ao seu caráter de urgência e necessidade que o legislador constituinte resolvera por manter no ordenamento jurídico pátrio as chamadas prisões cautelares que, após a reforma do Código de Processo Penal, entendeu por não admitir mais a prisão decorrente de sentença penal recorrível<sup>8</sup>, prisão em decorrência de pronúncia e a prisão decorrente de acórdão recorrível como tais espécies de prisão, admitindo apenas a prisão temporária, a prisão em flagrante e a prisão preventiva, que será objeto de estudo a seguir.

## 2.2 DA PRISÃO PREVENTIVA E O SEU REGRAMENTO NO SISTEMA JURÍDICO INTERNO

Em uma sociedade que sofre com tamanha violência e que é impulsionada ao punitivismo, não é tarefa fácil a justificção de certos atos processuais, na medida em que o lapso temporal entre o fato e aplicação da pena gera muitas vezes frustração naqueles que clamam e almejam por uma punição.

Tal explicação se dá, sobretudo, pela existência de uma diversidade de direitos sociais que protegem o indivíduo na sua condição de cidadão. Desse modo, é devido ao direito constitucional à liberdade que se exige o aguardo do deslinde de todo o processo, a fim de que, havendo condenação do acusado, possa vir a ser restringido.

Desse modo, se torna extremamente importante a discussão de como um suposto inocente por meio da prisão preventiva poderia vir a ser aprisionado, antes mesmo de ser declarado culpado em uma dada sentença definitiva, vez que soaria como um ato de contrariedade plena ao texto constitucional.

---

<sup>7</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 752.

<sup>8</sup> Muito embora a doutrina tenha entendido não mais existir a possibilidade de prisão decorrente de sentença penal recorrível, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo de forma contrária, a exemplo do julgamento dos ADC 43 e 44, como será visto mais adiante.

### 2.2.1 Conceito e pressupostos para a sua decretação

No que tange a origem histórica da prisão preventiva, sabe-se que este instituto jurídico encontra vestígios desde a antiguidade. Nesse período, com o desenvolvimento do processo inquisitório, a encarceração preventiva representava sofrimento imposto ao acusado para que se arrependesse de um determinado ato de censura da igreja, sujeitando-o assim a uma espécie de tortura.<sup>9</sup>

Entretanto, não há dúvidas de que a posição mencionada resta completamente superada, à vista de diplomas normativos internos e internacionais dos quais o Brasil é signatário. O art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, consigna o princípio da desconsideração prévia de culpabilidade, e sob a mesma diretriz, o art. 14, n. 2, do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos de 1966; o art. 6º, n. 2, da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, e o art. 8º, n. 2, da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, referem-se à presunção de inocência. Por conseguinte, toda prisão que não advenha do cumprimento de sentença penal condenatória transitada em julgado deve ser exclusivamente cautelar, sob pena de representar punição antecipada.

Assim, a prisão preventiva se refere a uma espécie do gênero da prisão cautelar de natureza processual. Trata-se, portanto, de uma medida restritiva de liberdade determinada pelo juiz que, em qualquer fase da investigação criminal ou do processo penal, pode vir a decretar, a fim de ser resguardado não só uma eventual execução, como também como um mecanismo de preservação da própria ordem pública e/ou econômica, bem como por conveniência da própria instrução criminal.<sup>10</sup>

Desse modo, importa frisar nesse contexto que a prisão preventiva não representa nem sanção, nem muito menos pena. Trata, por sua vez, de um instrumento utilizado no processo para assegurar a eficácia de um futuro provimento jurisdicional, tal como será abordado mais adiante.

A prisão preventiva se refere, portanto, a uma medida que constitui nítida desvantagem provisória à pessoa humana por se ter um cerceamento provisório do

---

<sup>9</sup> DALABRIDA, Sidney Eloy. **Prisão Preventiva**: Uma análise à luz do Garantismo Penal. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 85.

<sup>10</sup> FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Manual de Processo Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 634.

status *libertatis*, desde o momento quando foi decretada até enquanto subsistentes os fundamentos de tal medida judicial. Veja-se:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.<sup>11</sup>

Tal previsão também encontra respaldo no artigo 282, do Código de Processo Penal, alterados pela lei 12.403/201 no que se concerne à prisão processual e as demais medidas cautelares. Observa-se:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:  
I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;  
II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.<sup>12</sup>

Pode-se dizer, portanto, que é a comprovada necessidade, e não apenas a alegada, que fundamenta a criação da prisão preventiva. Assim, para o doutrinador Guilherme Nucci, haverá de ser realizado, para fins de decretação de toda e qualquer medida cautelar, um juízo de proporcionalidade quanto à pertinência da cautelar para o delito praticado, o contexto e os fins a que pretende assegurar.<sup>13</sup>

Por isso mesmo, entre nós, a prisão preventiva somente poderá ser decretada dentre daquele mínimo indispensável, por ser de incontestável necessidade e, assim mesmo, sujeitando-a a pressupostos e condições, evitando-se o comprometimento do direito de liberdade que o próprio ordenamento jurídico tutela e ampara.<sup>14</sup>

Destarte, no que se concerne aos pressupostos e condições para a sua decretação, se torna fundamental para a decretação da prisão preventiva a demonstração de prova da existência do crime bem como indícios suficientes de autoria ou de uma participação da infração.

A necessidade de comprovação da ocorrência do delito se configura como um mecanismo de revelar a existência e ocorrência do fato. Esta materialidade, por sua

---

<sup>11</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Brasília, DF. 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)> Acesso em: 16 mar. 2019.

<sup>12</sup> BRASIL. **Lei Nº 12.403, de 04 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm)> Acesso em: 16 mar. 2019.

<sup>13</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade de acordo com a Lei 12.403/11**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 34-35.

<sup>14</sup> FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Manual de Processo Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 634.

vez, poderá vir a ser corroborada das mais diferentes formas quais sejam: prova pericial, documental, testemunhal, interceptação telefônica autorizada judicialmente ou quaisquer outros elementos idôneos, impedindo assim a medida cautelar quando houver qualquer dúvida quanto a existência do crime.<sup>15</sup>

No que se concerne à autoria, se tem aqui a necessidade de fazer de reunião de indícios com o ímpeto de vincular o indivíduo a uma dada ocorrência criminosa. Assim, não se tem a necessidade aqui de uma concepção de certeza tal como se vislumbra em uma dada condenação. Desse modo, se conforma o legislador para a sua decretação de um lastro superficial mínimo vinculando o agente ao delito objeto da investigação.<sup>16</sup>

Assim, há de se falar, portanto, que os pressupostos para a deflagração da prisão preventiva materializam o denominado *fumus commissi delicti*, dando dessa forma um mínimo de segurança na decretação da cautelar, com a constatação probatória da infração e do próprio autor.

Não basta, porém, para a decretação da prisão preventiva, a comprovação da materialidade e indícios de autoria. Além da justa causa, simbolizada pela presença primordial desses dois elementos, é necessário que se apresente o fator de risco a justificar a efetividade da medida, dando as razões, portanto, para a deflagração da à constrição de liberdade que será vista a seguir.

### **2.2.2 Das razões para a deflagração da constrição de liberdade**

Se a prisão, quanto ao seu fundamento, deve estar pautada na extrema necessidade, a legislação preocupou-se ainda em preestabelecer quais os fatores que representam o perigo da liberdade do agente (*periculum libertatis*), justificando assim o encarceramento cautelar.

Até o advento da Lei nº 12.403/2011, a prisão preventiva restava configurada como única medida cautelar de cunho pessoal, o que impulsionava inúmeras críticas por parte da doutrina. Desse modo, mudanças eram necessárias com o ímpeto de

---

<sup>15</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 9 ed. Rio de Janeiro: ed JusPodivm, 2014, p. 732.

<sup>16</sup> *Ibidem*, loc. cit.

serem dadas ao juiz alternativas de cautelaridade diversas, exigindo assim a aplicação racional dos subprincípios da proporcionalidade. Nesse sentido, Antônio Scarance assevera:

Deve-se caminhar no sentido do estabelecimento de várias medidas cautelares entre a liberdade e a prisão, escalonando-as com base em critérios relacionados com o crime e com o agente. Isso porque, às vezes, o juiz não precisa prender, mas também não deve manter inteiramente livre o acusado, faltando-lhe, no sistema brasileiro, uma medida que fosse ajustada ao caso.<sup>17</sup>

Se a prisão, quanto ao seu fundamento, deve estar pautada na extrema necessidade, a legislação preocupou-se assim em preestabelecer quais os fatores que representam o perigo da liberdade do agente (*periculum libertatis*), justificando assim o encarceramento cautelar.

Desse modo, são muitas as razões previstas no ordenamento que vem sendo apontadas pela doutrina e pela jurisprudência como um dos principais elementos que contribuem para a aplicação abusiva das prisões preventivas no Brasil.

Enquanto medida cautelar, que visa à instrumentalização do processo, tal instituto jurídico apresenta como pressupostos alguns requisitos que encontram paralelo na jurisdição civil, os denominados *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Em que pese à celeuma doutrinária e sua divergência quanto aos conceitos utilizados, importa trazer à tona duas visões utilizadas pela doutrina quanto à expressão *fumus boni iuris*, enquanto pressuposto da aplicação da medida cautelar.

Julio Fabbrini Mirabete, se utilizando da aplicação pura e simples dos institutos processuais civis, entende ser necessário que o juiz verifique a presença do *fumus boni iuris*, ou seja, a “fumaça do bom direito”, apontando o acusado como autor do delito.<sup>18</sup> Por outro lado, Aury Lopes Jr, discordando desse posicionamento, arremata:

Como se pode afirmar que o delito é a fumaça do bom direito? Ora, o delito é a negação do direito, sua antítese! No Processo Penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível logo, o correto é afirmar que o requisito para decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus commissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na

---

<sup>17</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. **Funções e limites da prisão processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 251.

<sup>18</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.417.

sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.<sup>19</sup>

Passadas as considerações quanto à divergência doutrinária, procede-se a uma análise das razões sob o prisma do artigo 312 do Código de Processo Penal:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.<sup>20</sup>

Por ordem pública, deve-se entender como paz e tranquilidade no seio social.<sup>21</sup> Assim, se o indiciado continuar em liberdade a praticar ilícitos penais, haverá a nítida perturbação da ordem, de modo a se fazer necessária a aplicação da medida extrema, desde que presente os demais requisitos legais.

Para uma parte da doutrina, tal como assevera Paulo Rangel, muito embora se pareça, a ideia de ordem pública não deve ser considerada como um conceito vago. Assim, quando o juiz diz que “*decreta a prisão preventiva para a garantia da ordem pública*”, a vagueza da decisão não se encontra no seu conceito e sim na decisão do magistrado que não demonstrou como a liberdade do acusado a ameaça.<sup>22</sup>

Por outro lado, se tem no posicionamento da Dra. Maria Ignez Lanzellotti Baldez Kato uma posição contrária a esse entendimento:

A prisão como garantia da ordem pública rompe com o princípio da legalidade, pelo seu conceito indefinido, subjetivo, vago e amplo. É exatamente nesse conceito de conteúdo ideológico que se verifica a possibilidade do exercício arbitrário das prisões, em desrespeito aos direitos fundamentais, tornando legítimas decisões injustas e ilegais.<sup>23</sup>

Por conveniência da instrução criminal, se tem aqui uma preocupação do legislador em impedir que o agente destrua provas, ameace testemunhas ou comprometa, de alguma forma, a busca da verdade.<sup>24</sup> Tal importância decorre do fato de que a instrução criminal não é conveniente, mas, sim, necessária, pois, diante dos princípios do devido processo legal, da verdade processual e do contraditório, é

<sup>19</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional**. 1 ed. Curitiba: Lumen Juris, 2009, v. 2, p.58.

<sup>20</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Brasília, DF. 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)> Acesso em: 16 mar. 2019.

<sup>21</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 11 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 590.

<sup>22</sup> *Idem*. **Direito Processual Penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 796.

<sup>23</sup> KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. **A (Des) razão da prisão provisória**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2005, p. 117.

<sup>24</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 9 ed. Rio de Janeiro: JusPodivm, 2014, p. 796.

imprescindível a sua ocorrência a fim de assegurar ao acusado todos os meios constitucionais de defesa exigidos em um Estado Democrático de Direito.<sup>25</sup>

A ordem econômica, tal como preconiza o legislador, refere-se a situações em que a liberdade do acusado esteja perturbando o livre exercício de qualquer atividade econômica, visando com seu comportamento à dominação de mercados, eliminação de mercados, bem como um aumento arbitrário dos lucros. Frisa, porém, que tal pressuposto somente poderá vir a ser alegado pelo juiz desde que se trate de crimes previstos nas Leis nº 8.137/90, 8.176/1991, 8.078/1990 e 7.492/1986 e demais normas que se referem à ordem econômica.<sup>26</sup>

Há de se perceber, nesse contexto, a absoluta ociosidade desse dispositivo. Tal desídia decorre do fato de que, havendo temor da prática de novas infrações, afetando ou não a ordem econômica, já haveria o enquadramento na própria ordem pública, não havendo a necessidade de disposição nesse sentido.<sup>27</sup>

E por fim, também será indispensável e salutar a segregação provisória do indigitado autor do crime como um instrumento de garantia a segurança da aplicação da lei penal. Assim, em situações em que o indiciado ou o réu esteja em iminente possibilidade de fuga, por exemplo, se desfazendo de forma injustificada dos seus bens, se “lhe é indiferente a vida errante dos perseguidos pelos órgãos da repressão penal”, com o ímpeto de se evitar o *periculum libertatis*, a medida cautelar se impõe assegurando, assim, a aplicação da lei penal.<sup>28</sup>

Cumprido ressaltar, por fim, que tais razões vistas anteriormente devem ser interpretadas de forma restritiva, por ser a norma que regula as prisões preventivas serem de natureza de exceção.

---

<sup>25</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.p. 797.

<sup>26</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 796.

<sup>27</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 9 ed. Rio de Janeiro: JusPodivm, 2014, p. 796.

<sup>28</sup> FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Manual de Processo Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 674.

### **2.2.3 O encarceramento cautelar como uma medida de exceção: da restrição do legislador quanto às hipóteses de cabimento e a mitigação ao princípio da presunção de inocência**

O postulado do princípio da presunção de inocência se figura como um dos princípios basilares do sistema processual penal. Assim, a Constituição Federal preconiza no seu artigo 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Tal preceito também encontra raízes na Convenção Americana de Direitos Humanos, quando esta estabelece em seu artigo 8º que: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma a sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Em decorrência da existência desse princípio, o réu só poderá deixar de ser considerado inocente quando houver sentença condenatória transitada em julgada. Até que isso ocorra, a presunção de inocência corre em seu favor, de modo que, qualquer prisão que porventura esteja sujeita terá de ser de natureza cautelar, a fim de evitar qualquer violação à norma constitucional.

Percebe-se, portanto, que foi a partir dessa garantia constitucional que o acusado deixou de ser mero objeto do processo para ser um sujeito de direitos da relação jurídica originada da lide.

Acontece, contudo, em uma nítida contrariedade ao preceito constitucional, sendo inclusive atualmente alvo de duas importantes ações declaratórias de constitucionalidade, quais sejam 43 e 44, o Supremo Tribunal Federal, por maioria do seu plenário, já vêm decidindo que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impede o início da pena após a execução em segunda instância, permitindo assim a execução provisória da pena.<sup>29</sup>

É importante trazer a baila, ainda, que esse estado de inocência que permeia o acusado, muito embora esteja em um momento de crise em razão do recente entendimento do STF, apresenta duas consequências precípuas, tendo Eugênio Paccelli abordado perfeitamente sobre essa temática:

---

<sup>29</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF admite execução da pena após condenação em segunda instância**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>> Acesso em: 16 mar. 2019.



O princípio da presunção de inocência, ou estado ou situação jurídica de inocência, impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de tratamento, segundo a qual o réu, em nenhum momento do iter persecutório, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de cunho probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação.<sup>30</sup>

Assim foi que, visando a concretização da referida garantia, o instituto jurídico da respectiva medida cautelar fora amplamente alterado pela Lei nº 12.403/2011, com a qual consagrou-se com ares definitivos o caráter de exceção da prisão preventiva.

Nesse contexto, importa frisar que, no texto originário do Código de Processo Penal, havia uma modalidade de prisão preventiva obrigatória para os casos de acusação, que se tinha como objeto crimes cuja pena máxima fosse igual ou superior a 10 anos, tendo tal previsão já extinta desde a edição da lei 5.349 de 03 de novembro de 1967<sup>31</sup>. Tratava-se, portanto, de um simples coronário automático da imputação, independentemente de qualquer verificação do *periculum libertatis*.

O fundamento jurídico que originou a alteração legislativa se deu no sentido de que, a supressão desse princípio ao se decretar a prisão preventiva, além de ser uma afronta a constituição contrária o próprio Estado Democrático de Direito. Assim, a prisão ou a constrição da liberdade antes de findar o procedimento representa, para uma parte da doutrina, como um verdadeiro retrocesso autoritário e inquisitório.<sup>32</sup>

Assim, o jurista italiano Luigi Ferrajoli, no seu livro, aduz:

Quando a inocência dos cidadãos não é garantida, também pouco é a liberdade. Disso decorre-se e é verdade que os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos, mas também pelas penas arbitrárias – que a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança ou, se quisermos, de defesa social: da específica “segurança” fornecida pelo Estado de Direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica “defesas” destes contra o arbítrio punitivo. Por isso, o sinal inconfundível da perda de legitimidade política da jurisdição, como também de sua involução irracional e autoritária, é o temor que a justiça incute nos cidadãos.<sup>33</sup>

<sup>30</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 48.

<sup>31</sup> ROMANO, Rogério Tadeu. **Da prisão e da liberdade provisória**. Disponível em: <[https://www.jfrn.us.br/institucional/biblioteca-old/doutrina/Doutrina254\\_daPrisaoEhDaLiberdadeProvisoria.pdf](https://www.jfrn.us.br/institucional/biblioteca-old/doutrina/Doutrina254_daPrisaoEhDaLiberdadeProvisoria.pdf)> Acesso em: 02 abril 2019.

<sup>32</sup> CANTONE, Kelen Lobo Custódio Del. A prisão preventiva no Estado Democrático de Direito. In: CASTRO, João Antônio Lima (Coord.). **Direito Processual**. Belo Horizonte: Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2012, p. 640.

<sup>33</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal**. Trad. Ana Paula Sica *ét al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 506.

Desse modo, foi com base nesses impasses enfrentados acerca da temática que, agora, para que seja determinada em sede cautelar a prisão do acusado, é necessário além dos requisitos fáticos que sejam demonstrado inequivocadamente a presença de algumas das condições que autorizam a sua decretação. É que dispõe o artigo 313 do Código de Processo Penal:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.<sup>34</sup>

Desse modo, dispõe no art. 313, do CPP, que a regra geral é a permissão da prisão preventiva apenas para os crimes dolosos e cuja pena máxima, privativa de liberdade, seja superior a 04 anos. Assim, fora afastado do plano fático a prisão preventiva autônoma para os crimes culposos e para as contravenções penais.

É claro observar ainda que, para os demais crimes dolosos com pena igual ou inferior a 04 anos, somente será possível a adoção da medida cautelar se presentes também as circunstâncias do artigo 312: ou seja, se o acusado for reincidente (artigo 64, I, CP), por condenação transitada em julgado pela prática de outro crime doloso (artigo 313, CPP).

No que se concerne à hipótese do crime envolver violência doméstica, importa ressaltar que a Lei nº 11.340/2006 já incluía a modalidade de autorização da prisão preventiva. Ocorre que, foi com a Lei nº 12.403/2011 que houve uma ampliação para a proteção da criança, do adolescente e do idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, de modo a garantir a execução das medidas protetivas previstas em lei.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Brasília, DF. 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)> Acesso em: 16 mar. 2019.

<sup>35</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 560.

E por fim, a última hipótese enfrentada pelo legislador para a decretação da prisão preventiva seria nos casos de dúvida quanto à identidade civil do acusado<sup>36</sup>, devendo o preso ser colocado em liberdade tão logo seja esclarecida a questão.

Ocorre, mesmo com a alteração legislativa, existe ainda uma corrente mais garantista que considera inadmissível qualquer forma de restrição da liberdade antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. Assim, para Aury Lopes Jr., a prisão-pena e a prisão cautelar não divergem entre si, importando ambas em restrições significativas a direitos fundamentais, implicando assim em um sofrimento ímpar para o detido.<sup>37</sup>

Acontece, contudo, o que se tem sedimentado da doutrina e na jurisprudência atual dos tribunais pátrios é o oposto a esse entendimento. Assim, não há incongruência entre a prisão preventiva e o modelo jurídico constitucional, desde que se caminhe dentro dos limites legais impostos. É o que dispõe a súmula nº 9, do STJ, “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”.<sup>38</sup>

É importante trazer à baila ainda o posicionamento de Samuel Miranda Arruda, ao esclarecer quanto à importância de se observar a razoabilidade no prazo da restrição provisória de liberdade:

Restou evidenciado que também como consequência do princípio da presunção de inocência é reconhecível a existência de um direito ao processo em tempo razoável. [...] Aplicar corretamente esse preceito corresponde a reconhecer que sendo excepcionais as situações em que se pode restringir a liberdade antes de condenação definitiva, a partir de então o processo deve transcorrer no menor espaço de tempo possível. Por outro lado, sendo considerado inocente por expressa determinação constitucional, a permanência na incerta condição de argüido deve limitar-se ao período minimamente necessário ao julgamento da causa com observância das demais garantias processuais.<sup>39</sup>

Foi assim que, dentre tantas preocupações quanto ao uso abusivo do instituto da prisão preventiva pelos juízes, que se fazia urgente a adoção de medidas

---

<sup>36</sup> A dúvida quanto à identidade civil do acusado como uma das hipóteses previstas pelo legislador acaba por se confundir com uma das possibilidades de prisão temporária, conforme se extrai da Lei nº 7.960/89, artigo 1º, inciso II.

<sup>37</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. 3 ed. São Paulo: Lumen Juris, 2005, p. 39.

<sup>38</sup> SÍTIO ELETRÔNICO CONTEÚDO JURÍDICO. **Súmula 9, do STJ**. Disponível em: <<<http://www.conteudojuridico.com.br/sumula-organizada,stj-sumula-9,269.html>>> Acesso em: 17 mar. 2019.

<sup>39</sup> ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 102.

substitutivas à prisão, como forma de evitar o seu uso arbitrário. Desse modo, passou a dar aos magistrados a opção de verificar a necessidade, adequação e proporcionalidade da decretação de medida cautelar penal.

Desta forma, a mesma lei que restringiu as hipóteses de cabimento, qual seja a Lei nº 12.403/2011, estabeleceu um rol de medidas cautelares, substitutivas e diversas da prisão e que, inclusive, podem ser decretadas independentemente, de forma isolada ou cumulativamente com outra medida cautelar.<sup>40</sup> É o que prevê o artigo 282, §1; e 2º do CPP, *verbis*:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.<sup>41</sup>

Desse modo, percebe-se, portanto, que a prisão preventiva pode vir a ser decretada de forma independente de outras medidas cautelares ou até mesmo substituindo-as, desde que na forma do quanto exposto nos artigos 282, §6º, e, ainda dos artigos 311 a 313 do CPP, podendo ainda ser imposta quando descumprida obrigação de medida cautelar não restritiva de liberdade (vide art. 282, §4º e art. 312, § único).

Assim, são medidas cautelares diversas da prisão:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

<sup>40</sup> POLASTRI, Marcellus. **A Tutela no Processo Penal**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 255.

<sup>41</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Brasília, DF. 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)> Acesso em: 18 mar. 2019.

- VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- IX - monitoração eletrônica.<sup>42</sup>

Para além das medidas cautelares diversas da prisão, a lei prevê ainda uma modalidade de prisão que poderá ser utilizada como alternativa à prisão preventiva, qual seja a de prisão domiciliar, sendo esta de extrema importância ante a realidade em que se vive às mulheres encarceradas no Brasil, tal como será visto em momento oportuno.

### 2.3 DA PRISÃO DOMICILIAR

Falar de prisão domiciliar, por sua vez, não é um tema fácil de ser discutido. Assim, cumpre destacar de logo que se trata de um instituto divergente entre os operadores do direito, pois alguns acreditam que gera impunidade<sup>43</sup>, enquanto outros a sustentam como solução à crise do sistema carcerário.<sup>44</sup>

Acontece, contudo, que, mesmo diante da emblemática que surge ao seu redor, uma ideia não se questiona: sua estreita relação com o caráter de humanização da execução penal, na medida em que se deve buscar, cada vez mais, uma preocupação em se conservar a dignidade do indivíduo dentro do cárcere.

---

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> Para o renomado doutrinador Guilherme de Souza Nucci, a concessão da prisão domiciliar para presos que não apresentem as condições do artigo 117 da Lei de Execução Penal gera impunidade, em razão, sobretudo, da ausência de fiscalização para o cumprimento das condições fixadas pelo juiz. In: NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

<sup>44</sup> Como para o Ministro Luís Roberto Barroso, defendendo a tese de que a prisão domiciliar monitorada deveria ser usada no caso de condenados não violentos. In: ROVER, TADEU. **Barroso defende prisão domiciliar para suprir falta de vagas em presídios**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-05/barroso-defende-prisao-domiciliar-suprir-falta-presidios>> Acesso em: 17 mar. 2019.

### 2.3.1 Contexto histórico e conceito

A primeira legislação brasileira que tratou acerca da prisão domiciliar foi a Lei nº. 5.256, de 06 de abril de 1967, promulgada e sancionada pelo Presidente Artur da Costa e Silva, durante o Regime Militar. Assim, com a promulgação da respectiva lei, tornou-se possível o cumprimento da prisão provisória em ambiente familiar, isto é, no domicílio do réu ou indiciado, desde que não houvesse estabelecimentos adequados às peculiaridades dos denominados presos especiais.<sup>45</sup>

Posteriormente, foi dado ao preso definitivo, que cumpria a pena em regime aberto, sob a égide da Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, a possibilidade de cumprir a sua respectiva pena em ambiente domiciliar. Tais concessões passaram a ser concedidas por diversos Tribunais dos estados diante à escassez de estabelecimentos adequados.<sup>46</sup>

Com o advento da Lei Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 julho de 1984) toda a legislação que se tinha sobre a prisão domiciliar fora revogada, de modo a estabelecer hipóteses taxativas de recolhimento em âmbito domiciliar. Nesse contexto, percebe-se que não seria mais aceita a sua decretação em razão da superlotação das penitenciárias, tal como se tinha em épocas passadas.<sup>47</sup>

Assim, passadas breves considerações no que se concerne ao seu emaranhado histórico, passa-se a expor sobre o seu conceito e suas modalidades, que dependerão, por sua vez, do momento da sua decretação.

A prisão domiciliar, como próprio nome indica, consiste no recolhimento ou do indiciado, se for na fase investigativa, ou do acusado, caso esteja se tratando de ação penal já instaurada, só podendo dela se ausentar-se com a devida autorização judicial. É o que dispõe o art. 317 do CPP:

Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 22.

<sup>46</sup> *Ibidem. loc. cit.*

<sup>47</sup> BOSCHI, José Antônio Paganella. **Execução Penal**: Questões controvertidas. Porto Alegre: Estudos MP, 1989, v.3, p. 52.

<sup>48</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Brasília, DF. 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)> Acesso em: 21 mar. 2019.

Acontece, contudo, muito embora o Código de Processo Penal regule os critérios para que essa medida seja aplicada, as quais serão vistas em momento oportuno, é omissivo, entretanto, quanto às suas formas de fiscalização. Assim sendo, acaba que o juiz, no exercício da sua discricionariedade, fixe algumas restrições já previstas em lei, como as do artigo 319, do CPP, ou outras que considere necessárias no caso concreto, como a proibição do uso de celulares.<sup>49</sup>

Dentre as formas de fiscalização utilizadas, têm-se as chamadas restrições judiciais. Assim, o comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo mesmo, para informar e justificar atividades, se configura como um importante mecanismo de fiscalização, muito embora tal responsabilidade esteja hoje nas mãos dos juízes de direito, dos promotores de justiça e dos defensores públicos, o que acaba por acarretar em uma falta de efetividade.<sup>50</sup>

O monitoramento eletrônico, por sua vez, previsto no próprio artigo 319, inciso IX, refere-se a um tipo de equipamento que funciona a base do GPS e, ao determinar a localização da pessoa em tempo real por meio do sinal de celular, representaria um instrumento eficaz de controle.

Acontece, porém, o que vem ocorrendo na prática é uma falha até mesmo dessas tornozeleiras eletrônicas que, em muitos dos casos, acabam por fornecer informações divergentes sobre o mesmo reeducando ou até mesmo inexistir qualquer controle do sistema penitenciário, de modo a perdurar aquela prática delitiva.

Nesse diapasão, segundo dados da própria Secretaria de Estado de Justiça e Direitos Humanos (Sejudh), no estado do Mato Grosso, no ano de 2015, 214 de 2.568 que utilizavam do equipamento passaram quase 01 ano sem qualquer controle do estado, ratificando assim em inúmeros casos a falta de efetividade.

Todavia, mesmo com esses impasses, não são todos os presos domiciliares que utilizam desse equipamento. Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), no ano de 2017, 51.250 pessoas eram monitoradas no Brasil, de

---

<sup>49</sup> PRUDENTE, Neemias. **Lei não prevê fiscalização em casos de prisão domiciliar**. Disponível em: <<https://neemiasprudente.jusbrasil.com.br/noticias/448837300/lei-nao-preve-fiscalizacao-em-casos-de-prisao-domiciliar>> Acesso em: 21 mar. 2019.

<sup>50</sup> SÍTIO ELETRÔNICO VALERIO SAAVEDRA. **Juiz auxiliar do CNJ fala sobre aprendizado com multirões carcerários**. Disponível em: <[http://www.valerosaavedra.com/rss-noticia\\_5890\\_juiz-auxiliar-do-cnj-fala-sobre-aprendizado-com-mutiroes-carcerarios.html](http://www.valerosaavedra.com/rss-noticia_5890_juiz-auxiliar-do-cnj-fala-sobre-aprendizado-com-mutiroes-carcerarios.html)> Acesso em: 21 mar. 2019.

modo que 17,19% dessa totalidade referem-se aos casos de utilização no que se concerne as medidas cautelares diversas da prisão enquanto que 29,99% para prisões domiciliares já em fase de execução.<sup>51</sup>

Ocorre que, garantir que essas restrições sejam cumpridas no curso da prisão domiciliar de modo a tornar efetivos os mecanismos de fiscalização não é uma tarefa fácil de ser feita, em razão, sobretudo, da falta de estrutura que acomete o Brasil. Assim, acaba que, em muito dos casos, a fiscalização incumbe apenas à pessoa que cumpre a decisão que, em muito dos casos, voltam a delinquir.

Desse modo, diante da ausência de regulamentação, entende o CNJ que caberia ao STF em um momento oportuno elaborar uma súmula vinculante a fim de estabelecer os mecanismos de fiscalização quando o preso estiver em prisão domiciliar, de modo a tornar efetiva a medida.<sup>52</sup>

Isto posto, passadas essas considerações, importa tratar ainda que, a depender do momento que a prisão é decretada, tem-se a prisão domiciliar-pena e prisão domiciliar processual, sendo esta última de extrema importância face à todas aquelas considerações vistas anteriormente no que tange as prisões preventivas no ordenamento jurídico brasileiro.

#### 2.3.1.1 Prisão-domiciliar pena

A prisão-domiciliar pena é aquela em que se tem a medida como um cumprimento de pena já imposto. Assim, trata-se de uma medida oriunda de uma sentença penal condenatória irrecorrível, desde que cumprido certos requisitos legais.

Diferente do que ocorrera na década de 1977, em que se tinha a prisão domiciliar como regra para presos que cumpriam a pena em regime aberto, tem-se hoje o recolhimento domiciliar como uma modalidade excepcional de prisão. Assim, em sede de cumprimento de pena, pode ser decretada apenas ao condenado em

---

<sup>51</sup> DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Diagnóstico sobre a política de monitoração eletrônica**. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/monitoracao-eletronica/arquivos/diagnostico-monitoracao-eletronica-2017.pdf>> Acesso em: 21 mar. 2019.

<sup>52</sup> SÍTIO ELETRÔNICO VALERIO SAAVEDRA. **Juiz auxiliar do CNJ fala sobre aprendizado com multirões carcerários**. Disponível em: <[http://www.valerosaavedra.com/rss-noticia\\_5890\\_juiz-auxiliar-do-cnj-fala-sobre-aprendizado-com-mutiroes-carcerarios.html](http://www.valerosaavedra.com/rss-noticia_5890_juiz-auxiliar-do-cnj-fala-sobre-aprendizado-com-mutiroes-carcerarios.html)> Acesso em: 21 mar. 2019.



regime aberto desde que observadas às hipóteses taxativas elencadas pelo legislador. Eis a redação do art. 117, da Lei de Execução Penal, que trata do tema:

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:  
 I - condenado maior de 70 (setenta) anos;  
 II - condenado acometido de doença grave;  
 III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;  
 IV - condenada gestante.<sup>53</sup>

O STJ, por sua vez, vem decidindo que se não há Casa de Albergado, onde o apenado deveria cumprir o regime aberto, admite-se o recolhimento domiciliar. Por outro lado, se o apenado é condenado ao regime semiaberto e não há vagas no sistema penitenciário em presídios próprios para o cumprimento desse regime, em respeito a não violação ao constrangimento ilegal, passou-se a autorizar em Habeas Corpus, a concessão em regime aberto ou, se não houver Casa de Albergado, em prisão domiciliar.<sup>54</sup> Observa-se:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE. PENAA SER CUMPRIDA NO REGIME ABERTO. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DEESTABELECIMENTO ADEQUADO. PLEITO DE PRISÃO DOMICILIAR. ESTABELECIMENTO NA COMARCA CONDIZENTE COM AS CARACTERÍSTICAS DOREGIME ABERTO. ORDEM DENEGADA. 1. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que, na falta de vagas em estabelecimento compatível ao regime fixado na condenação, configura constrangimento ilegal a submissão do réu ao cumprimento de pena em regime mais gravoso, devendo o mesmo cumprira reprimenda em regime aberto, ou em prisão domiciliar, na hipótese de inexistência de Casa de Albergado. 2. Contudo, na hipótese dos autos o ora Paciente, segundo informações prestadas pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, está cumprindo pena em estabelecimento compatível com o regime aberto, não evidenciando qualquer constrangimento ilegal. 3. Habeas Corpus denegado.<sup>55</sup>

Importa ressaltar ainda que, até mesmo nas hipóteses previstas no artigo 117, da Lei de Execução Penal, a interpretação deve ser restritiva. Desse modo, se tem uma preocupação do legislador em manter a modalidade excepcional da prisão domiciliar que só deve ser concedida, por sua vez, em razão de condições pessoais excepcionalíssimas do apenado.

Em se tratando da hipótese prevista no inciso II, por exemplo, leciona o Supremo Tribunal Federal que apenas será admitida a prisão domiciliar no apenado que cumpra a pena em regime aberto caso se demonstre que a moléstia grave

<sup>53</sup> BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)> Acesso em: 21 de março 2019.

<sup>54</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 863.

<sup>55</sup> SITIO ELETRÔNICO JUS BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça STJ - HABEAS CORPUS**: HC 150683 MG 2009/0202082-1. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21103870/habeas-corpuz-hc-150683-mg-2009-0202082-1-stj?ref=amp>> Acesso em: 21 mar. 2019.

acometida exiga cuidados especiais insuscetíveis de serem prestados no local da prisão ou em estabelecimento hospital adequado. Veja-se:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. PRISÃO DOMICILIAR. DOENÇA GRAVE. NÃO-COMPROVAÇÃO. TRATAMENTO POSSÍVEL NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. 1. Habeas Corpus impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que denegou a ordem, em que se pretenda o reconhecimento da prisão domiciliar. 2. O art. 117, da Lei de Execução Penal, somente admite a prisão domiciliar nos casos de execução da pena privativa de liberdade em regime aberto. 3. Ainda assim, é indispensável a demonstração cabal de que o condenado esteja acometido de doença que exiga cuidados especiais, insuscetíveis de serem prestados no local da prisão ou em estabelecimento hospitalar adequado (HC Nº 83.358/SP, rel. Min. Carlos Brito, 1ª Turma, DJ: 04.06.2004). 4. Não havendo prova de doença grave do paciente, tampouco da inadequação ou insuficiência de eventual tratamento médico ministrado no estabelecimento prisional do paciente, é caso de denegação do writ. 5. Ordem denegada.<sup>56</sup>

Nessa mesma linha de raciocínio, em que o deferimento da prisão domiciliar só será atrelado a casos em que se demonstre o nítido despreparo do estado para com esses indivíduos que exijam cuidados especiais, tem-se o pensamento de Julio Fabbrini Mirabete ao tratar possibilidade de concessão da prisão domiciliar do inciso II:

[...] tem direito à prisão domiciliar o condenado acometido de doença grave, ou seja, de moléstia de difícil cura, que exige longo tratamento ou que coloca em risco a vida do doente. Entre elas pode-se destacar a AIDS: segundo estatísticas de 1989, em cada nove presidiários um está contaminado com o vírus da moléstia. É evidente, porém, que não têm direito à prisão domiciliar o condenado apenas portador do vírus ou mesmo por já ter contraído a moléstia. É indispensável que, para além de se ter deferido o regime aberto, não possa ser ele devidamente assistido pelo serviço médico do estado na casa de Albergado e se encontre em fase terminal da doença.<sup>57</sup>

Noutro giro, tem-se o posicionamento ainda do doutrinador René Ariel Dotti a despeito dessa modalidade excepcional de prisão:

O recolhimento domiciliar baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, que deverá, sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer atividade autorizada, permanecendo recolhido nos dias e horários de folga em residência ou em qualquer local destinado a sua moradia habitual, conforme estabelecido na sentença.<sup>58</sup>

<sup>56</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 85.092/RJ**. Relatora Ministra Ellen Gracie, Julgado em 03 de Junho de 2008. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/514410158/habeas-corpus-hc-148216-rj-rio-de-janeiro-0010879-8420171000000>> Acesso em: 23 mar. 2019.

<sup>57</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p.393.

<sup>58</sup> DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 3 ed. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 558.

Assim, passadas as considerações acerca da prisão-domiciliar no seu caráter de pena, importa trazer à baila a denominada prisão preventiva domiciliar, sendo sua abordagem de suma importância para fim de compreensão do presente trabalho monográfico.

### 2.3.1.2 Prisão-domiciliar processual

A prisão-domiciliar processual, diferente da prisão-domiciliar pena vista anteriormente, engloba situações em que o sujeito ainda não foi condenado. Assim, por se tratar de uma medida de natureza processual, há ainda o resguardo do processo de conhecimento, que poderá acarretar em uma condenação ou não do acusado.

Frise-se ainda que, a prisão-domiciliar processual poderá ser analisada sob duas perspectivas: como uma ação autônoma ou como uma medida substitutiva da prisão preventiva.

No que se concerne a sua forma autônoma, alguns autores, como Luiz Flavio Gomes, entendem que o juiz, verificando desnecessária a prisão preventiva e suficiente a prisão domiciliar, mesmo não presente os requisitos legais para a sua decretação, poderá aplicá-la ao indiciado.<sup>59</sup> É o que se depreende-se, por exemplo, do artigo 319 inciso VI do Código de Processo Penal. Veja-se:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:  
V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;<sup>60</sup>

Por outro lado, a prisão domiciliar, como uma medida substitutiva da prisão preventiva, se refere a casos em que mesmo presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, devido a circunstâncias específicas do acusado, o mesmo pode ter modificada sua segregação em estabelecimento estatal para domiciliar.

Desse modo, percebe-se de forma clara e precisa que o pressuposto da prisão

---

<sup>59</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Prisão e Medidas Cautelares**: Comentários à Lei 12.403/11. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 312.

<sup>60</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Brasília, DF. 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)> Acesso em: 23 mar. 2019.

cautelar domiciliar substitutiva é, antes de qualquer coisa, a decretação da prisão preventiva. Assim, cumprindo o supracitado pressuposto legal e sendo demonstrada algumas das hipóteses de cabimento que demandarão prova cabal e idônea, o juiz poderá optar pela substituição.

### 2.3.2 Hipóteses de cabimento

O legislador, no seu artigo 318, do CPP, elencou algumas hipóteses em que o indiciado, preso preventivamente, poderá ter a sua prisão substituída pela domiciliar. Eis a redação do artigo que trata do tema:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

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.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.<sup>61</sup>

Em relação às questões de natureza mais subjetiva, tal como ocorre nas hipóteses dos incisos II e III, a fim de se demonstrar a necessidade da sua presença na residência, há que se exigir provas técnicas, tais como atestados médicos e diagnósticos, de modo a comprovar tais circunstâncias pessoais do acusado.<sup>62</sup>

Importa falar, porém, que muito embora o legislador tenha estabelecido um rol taxativo para a possibilidade de concessão, é cediço que não existe um direito absoluto à prisão domiciliar. Assim, terá o juiz à faculdade de admitir ou não, dentro das hipóteses legais e diante a sua eficácia no caso concreto.

Assim, o doutrinador Renato Brasileiro, no seu livro, aduz:

O princípio da adequação também deve ser aplicado à substituição (CPP, art. 282, II), de modo que a prisão preventiva somente pode ser substituída pela domiciliar se se mostrar adequada à situação concreta. Do contrário, bastaria que o acusado atingisse a idade de 80 (oitenta) anos para que tivesse direito automático à prisão domiciliar, com o que não se pode

<sup>61</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Brasília, DF. 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)> Acesso em: 23 mar. 2019.

<sup>62</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 572.

concordar. Portanto, a presença de um dos pressupostos do art. 318 do CPP funciona como requisito mínimo, mas não suficiente, de per si, para a substituição, cabendo ao magistrado verificar se, no caso concreto, a prisão domiciliar seria suficiente para neutralizar o periculum libertatis que deu ensejo à decretação da prisão preventiva do acusado.<sup>63</sup>

Nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça, ao longo de suas decisões, vêm decidindo no sentido de que a conceder a prisão domiciliar como substituição a prisão preventiva não se trata de um direito que deve ser reconhecido de forma automática. Assim, para além das hipóteses elencadas no art. 318 do CPP, se torna indispensável analisar as circunstâncias da prisão, a fim de se tomar a medida mais adequada à luz de princípios constitucionais. Eis uma parte de uma decisão do Supremo que demonstra de forma clara esse entendimento:

A previsão insculpida na lei reformadora do art. 318 do Código de Processo Penal não é de caráter puramente objetivo e automático, cabendo ao magistrado avaliar em cada caso concreto a situação da criança e, ainda, a adequação da benesse às condições pessoas da presa.<sup>64</sup>

Começou-se a pensar, porém, a prisão domiciliar não como uma substitutiva da prisão preventiva, mas como uma medida cautelar, tal como ocorre com as medidas previstas no artigo 319, do CPP. Assim, ante a uma cultura de encarceramento que se tem cada vez mais no país, não há dúvidas de que, a depender das circunstâncias do caso concreto, uma medida cautelar de natureza alternativa seria extremamente propícia.

### 2.3.3 A prisão domiciliar como uma medida alternativa à prisão preventiva

Em um primeiro momento cumpre destacar que o regramento visto anteriormente, qual seja o artigo 318, do CPP, são hipóteses que foram estabelecidas pelo legislador do juiz, a depender das características e/ou circunstâncias do acusado, substitua a prisão preventiva pela domiciliar em certos casos específicos. Assim, são

---

<sup>63</sup> LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Direito de Processo Penal**. 3 ed, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 998.

<sup>64</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 76.476/MG**. Relator Ministro Jorge Mussi, Julgado em 08 de Agosto de 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/490422205/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-76476-mg-2016-0255168-4/inteiro-teor-490422215>> Acesso em: 23 mar. 2019.

hipóteses de substituição e não de medidas cautelares alternativas tal como prevê o art. 319.

Ocorre que, ante as dificuldades enfrentadas pelo sistema prisional brasileiro, em que se observa constantes violações a normas e princípios constitucionais, começou-se a pensar a prisão preventiva em um caráter subsidiário, de modo a serem utilizadas apenas em último caso.

É claro observar pelas mídias, noticiários, dados do fornecidos pelo INFOPEN e pela própria OAB, os inúmeros problemas enfrentados nesse “universo”, em razão do seu superlotamento, acabam por não oferecer as condições mínimas para a manutenção dos seus encarcerados. Dentre os fatores que contribuíram para essa dura realidade vivida no Brasil tem-se a falta de investimento estatal que, aliada com o clamor da sociedade de penas cada vez mais severas, se tem cada vez mais estabelecimentos que carecem de condições para atender toda a essa demanda. Desse modo, em meio a esse contexto caótico, o cerceamento da liberdade acaba por não conseguir cumprir a sua função de ressocialização desses indivíduos.<sup>65</sup>

Assim, ante a frequência que são decretadas as prisões cautelares, somadas às próprias condições de cumprimento de pena e os efeitos decorrentes do próprio encarceramento, vem a ratificar a necessidade de medidas alternativas<sup>66</sup>. Desse modo, com o ímpeto de enfrentar a realidade ora apresentada e mitigar as mazelas do cárcere, surge à prisão domiciliar como uma medida alternativa.

Todavia, a prisão domiciliar deve ser entendida não uma espécie como panaceia para todos os males do sistema penal, nem tampouco o condão de reverter o quadro atual, mas sim minorar os malefícios do sistema penitenciário. Assim, não há dúvidas que, se utilizada com cautela, e com o devido respeito aos princípios constitucionais que devem servir de baliza para toda e qualquer decisão dos magistrados, inúmeras vantagens podem advir dessa medida.

Desse modo, ao tratar de maneira particularizada situações que fogem da normalidade dos casos e que, em razão disso, estão a exigir, por questões humanitárias e de assistência, o arrefecimento do rigor carcerário, tem-se a

---

<sup>65</sup> ARRUDA, Sande Nascimento. **A ineficiência, as mazelas e o descaso presentes nos presídios superlotados e esquecidos pelo poder público**. 2016. Revista Jurídica. Disponível em: <<https://dagmarvulpi.blogspot.com/2013/01/a-ineficiencia-as-mazelas-e-o-descaso>> Acessado em: 27 mar. 2019.

alternativa uma solução viável, sobretudo no que se trata às mulheres gestantes no cárcere como será visto a seguir.

### **3 O CÁRCERE E A MATERNIDADE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO**

Tratar do tema cárcere e a maternidade no sistema penitenciário se mostra de suma importância diante da realidade em que se vive no país. Assim, analisar os aspectos que envolvem a maternidade no ambiente do cárcere, levando em conta os momentos da gravidez, do parto, da amamentação e da convivência entre mãe e filho dentro da prisão torna-se essencial, tal como será visto posteriormente.

#### **3.1 BREVE HISTÓRICO DA PROTEÇÃO À MATERNIDADE E A IMPORTÂNCIA DE SE PENSAR ATRELADA AO CONTEXTO PRISIONAL BRASILEIRO**

É notório observar que as experiências na maternidade no sistema prisional brasileiro têm crescido de forma significativa em detrimento do aumento do número de mulheres presas. A complexidade dessa condição e os obstáculos a serem enfrentados por essas mulheres acabam por convocar cada vez mais pesquisadores a aprofundar seus conhecimentos nessa realidade vivenciada, a fim de retirá-las da invisibilidade social.

No entanto, embora se tenha um interesse em tutelar esse fenômeno da maternidade no sistema carcerário, há de se ressaltar que a maternidade como é concebida hoje é resultado de um processo sociohistórico que, ao longo dos anos, veio se desenhando e modificando, de modo a torná-la um objeto do interesse social.<sup>67</sup>

Por muitos e muitos séculos, o poder paterno acompanhou de forma exacerbada a autoridade marital, de modo a ser considerado um direito absoluto do homem julgar tanto os filhos como as mulheres. Nesse contexto, a mulher ocupava um lugar de semi-humanas de modo que, aquelas que não estavam dentro do padrão eram

---

<sup>67</sup> BADINTER, Elizabeth. **Um amor conquistado**: o mito do amor materno. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985, p. 345.

punidas, de modo a serem consideradas como bruxas, feiticeiras, em uma época que não existia estabelecimentos prisionais.<sup>68</sup>

Importa trazer a baila que, nessa época, o exercício da maternidade não conferia qualquer tipo de valor social, de modo que, só foi a partir dos séculos XVI e XVII que passaram a ocorrer constantes transformações de modo a aproximar o papel da mãe à maternidade, na medida em que a figura feminina vinha buscando cada vez mais espaço na sociedade.<sup>69</sup>

Pode-se dizer, portanto, que foi apenas em meados do século XVIII, na França, que começaram a surgir uma série de publicações quanto aos cuidados e deveres que as mães deveriam ter com seus filhos, de modo que a amamentação começou a se figurar a partir daí como medida indispensável desses cuidados. Assim, percebe-se que a figura da mãe, bem como a sua importância vinha sendo alterada de forma expressiva.<sup>70</sup>

Ocorre que, pensar a maternidade nos mesmos moldes que se tem hoje atrelada ao encarceramento, coloca o pesquisador do direito em um embate direto ainda com os aspectos de desigualdade. Diante de uma população carcerária composta basicamente por mulheres pobres, negras e usuárias de drogas, há uma intensa deslegitimação como mães e mulheres dentro de um contexto social em que a “criminosa” e a figura materna ocupam lugares opostos dentro dos papéis designados às mulheres na sociedade.<sup>71</sup>

Há se de considerar, portanto, que não há como estudar a maternidade no âmbito do encarceramento sem, contudo, realizar esse resgate histórico dos ideais machistas que se tem até hoje em torno das expressões “boa mãe” e “boa mulher”.

Desse modo, o sistema prisional que se tem hoje é nada mais, nada menos do que uma extensão da vida, reproduzindo toda a cultura “extramuros”. Falar das mulheres encarceradas, sobretudo aquela que é mãe, pode ser vista em diversas perspectivas, desde a sua estrutura até as questões menos aparentes, tratada, por exemplo, pela criminologia crítica.

---

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>69</sup> BADINTER, Elizabeth. **Um amor conquistado**: o mito do amor materno. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985, p. 271.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p.206.

<sup>71</sup> BRAGA, Ana Gabriela Mendes. **Entre a soberania da lei e o chão da prisão**: a maternidade encarcerada. Revista de Direito GV, 2015, vol.11, n.2, p. 538.



## 3.2 AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS DAS PRISIONEIRAS

Em meio a um sistema em que se observa cada vez mais problemas enfrentados pelas mulheres em ambientes carcerários, não há dúvidas que essas preocupações são ainda maiores para aquelas que, para além de se preocuparem com o ônus de viver em um ambiente precário e insalubre, ainda têm que viver em locais como esse não só no curso da gravidez, bem como no momento do nascimento e nos primeiros meses dos seus filhos.

Assim, ante a esse cenário, se tem uma preocupação cada vez maior do legislador tanto em âmbito constitucional, como infraconstitucional à proteção desse grupo de mulheres que, por suas condições, se encontram em situação de intensa vulnerabilidade.

### 3.2.1 O viés constitucional protecionista: o princípio da proteção integral da criança

Não há dúvidas de que o princípio da proteção integral da criança representa um avanço em termos de proteção de direitos fundamentais. Representa uma evolução vez que, vigia no Brasil, mais especificamente na Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, a denominada doutrina da Situação Irregular em que apenas eram considerados sujeitos de direitos aquelas crianças que se encontravam uma dada situação irregular, assim definida em lei.

Desse modo, percebe-se, portanto, que havia nesse período uma intensa atividade discriminatória quanto à proteção do menor, vez que só recebia proteção jurisdicional, aqueles que se encontravam em situação de irregularidade, tal como expõe a doutora e mestra Martha de Toledo Machado em seu livro:

Em suma, o ordenamento jurídico cindia a coletividade de crianças e adolescentes em dois grupos distintos, os menores em situação regular e os menores em situação irregular, para usar a terminologia empregada no Código de Menores brasileiros de 1979. E ao fazê-lo não reconhecia a incidência do princípio da igualdade à esfera das relações jurídicas envolvendo crianças e adolescentes.<sup>72</sup>

---

<sup>72</sup> MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e direitos humanos**. 1 ed. São Paulo: Manole, 2003, p. 146.

Assim, no Brasil, o princípio da proteção integral da criança e do adolescente tem como marco de origem a Constituição Federal de 1988 e, mais tarde, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, mais conhecido como ECA, houve uma efetiva expansão desse princípio de modo a dispor de meios e instrumentos necessários para a garantia desses direitos ora tutelados.

Sobre esse princípio, os doutrinadores Cury e Maçura asseveram que:

A proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a idéia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento.<sup>73</sup>

Pode se entender ainda que o termo proteção se figura em um ambiente em que se tem um ser humano dependendo de outro ser humano, diante da sua vulnerabilidade. Assim, o egrégio Juiz de Direito da Itália, Paolo Verdone, defende que:

Deve-se entender a proteção integral como o conjunto de direitos que são próprios apenas dos cidadãos imaturos; estes direitos, diferentemente daqueles fundamentais reconhecidos a todos os cidadãos, concretizam-se em pretensões nem tanto em relação a um comportamento negativo (abster-se da violação daqueles direitos) quanto a um comportamento positivo por parte da autoridade pública e dos outros cidadãos, de regra dos adultos encarregados de assegurar esta proteção especial. Em força da proteção integral, crianças e adolescentes têm o direito de que os adultos façam coisas em favor deles.<sup>74</sup>

Diante disso, há de se verificar, portanto, que as crianças e adolescentes passaram a ganhar um “status” não mais de objetos de compaixão e repressão, mas sim de sujeitos de direito dentro do ordenamento em toda e criança e adolescente devem ser protegidos sem qualquer distinção.<sup>75</sup> É o que preconiza o caput do artigo 227, da Constituição Federal de 1988:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.<sup>76</sup>

<sup>73</sup> CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de; MARÇURA, Jurandir Norberto. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>74</sup> *Ibidem*.

<sup>75</sup> SILVA, Pereira Tania Da. **Direito da Criança e do Adolescente**: uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 27.

<sup>76</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 11 abril 2019.

Percebe-se, dessa maneira, a prioridade do poder constituinte em proteger de forma absoluta toda e qualquer criança e adolescente. Desse modo, a partir de um viés garantista, se tem um ordenamento jurídico envolvendo toda a coletividade como detentoras de direitos fundamentais, o que não impede, por sua vez, o legislador de reconhecer situações jurídicas específicas de modo a criar tratamentos para cada uma delas.<sup>77</sup>

No que se concerne à maternidade, sob a égide do próprio princípio da proteção integral da criança, deve entender que tal situação vai muito além do conflito de gênero, pois, antes de qualquer coisa, trata-se da capacidade de gerar uma vida. Assim, a Constituição de 1988 inseriu a maternidade no rol de direitos sociais, no artigo 6º, de modo a proteger a vida e a sua espécie. Observa-se:

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.<sup>78</sup>

No que se concerne à maternidade no cárcere de forma específica, a Carta Magna, no seu artigo 5º, inciso L, aborda o tema da amamentação, assegurando a toda e qualquer detenta a possibilidade de permanecer com os seus filhos durante o período. Veja-se:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.<sup>79</sup>

Além dos artigos supramencionados, se tem ainda na constituição ainda uma passagem, qual seja o artigo 5º, inciso XLV, que possui uma forte ligação com o tema da maternidade no cárcere. Desse modo, como o próprio legislador constituinte preconiza, em consonância com o princípio da pessoalidade, a pena “não pode passar da pessoa do condenado”. Diante disso, o Estado deve gerenciar os direitos da mulher e de seu filho de maneira efetiva, pois, segundo o jurista Alexandre Moraes:

---

<sup>77</sup> MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e direitos humanos**. 1 ed. São Paulo: Manole, 2003, p. 146.

<sup>78</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 11 abril 2019.

<sup>79</sup> *Ibidem*.

[...] concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação em detrimento da liberdade individual [...].<sup>80</sup>

Isto posto, percebe-se, portanto, o forte viés garantista da constituição no que tange a proteção integral da criança, sobretudo perante àquela que acabou de ser “concebida”, ou aquela que ainda nem nasceu, de modo que tais garantias irão refletir em diversos outros textos normativos infraconstitucionais, como será demonstrado a seguir.

### 3.2.2 O direito à maternidade no âmbito infraconstitucional

Como já fora abordado em tópico anterior, no âmbito constitucional, o direito à maternidade veio assegurar à mulher presa condições para que possa permanecer com os seus filhos durante o período da amamentação. Acontece, porém, que tal previsão, está longe de ser o único marco normativo que veio a tratar sobre a maternidade no âmbito carcerário vez que, se tem no ordenamento jurídico brasileiro, diferentes diplomas que tratam sobre o tema.

Em um primeiro momento, importa tecer comentários a despeito de um dos mais importantes diplomas normativos que tratam da maternidade no sistema prisional, qual seja o Lei nº 7.210/84, amplamente conhecida como a Lei de Execução Penal. Assim, no seu artigo 82, §2º, o legislador se preocupou em trazer á tona como os estabelecimentos prisionais femininos devem ser estruturados. Observa-se:

Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva.

§ 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.<sup>81</sup>

Para além desse artigo, se tem ainda no artigo 89 do supracitado diploma normativo a exigência de um espaço destinado para essas gestantes bem como a exigência de creches no estabelecimento prisional a fim de assistir a criança desamparada:

Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar

<sup>80</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 50.

<sup>81</sup> BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)>. Acesso em: 11 abril 2019.

crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

Parágrafo único. São requisitos básicos da seção e da creche referidas neste artigo:

- I – atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e
- II – horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável.<sup>82</sup>

Ainda dentro desse viés, se tem na Lei nº 8.069/99, qual seja o Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu artigo 8º, §10º, que incumbe ao poder estatal garantir que a unidade de privação da liberdade esteja em conformidade com as normas da vigilância sanitária, bem como atendimento pré e pós-natal, de modo a ser considerado um espaço propício para o desenvolvimento daquela criança. Veja-se:

Art. 8º É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde.

§10º. Incumbe ao poder público garantir, à gestante e à mulher com filho na primeira infância que se encontrem sob custódia em unidade de privação de liberdade, ambiência que atenda às normas sanitárias e assistenciais do Sistema Único de Saúde para o acolhimento do filho, em articulação com o sistema de ensino competente, visando ao desenvolvimento integral da criança.<sup>83</sup>

Tem-se ainda no artigo 9º a exigência de que o poder público garanta condições adequadas para o aleitamento materno, não excluindo dessa tutela as mulheres encarceradas:

Art. 9º O poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade.<sup>84</sup>

Se não bastassem tais diplomas infraconstitucionais, integra ainda esse arcabouço normativo previsões infralegais de modo a trazer uma completude quanto ao regramento da maternidade no âmbito carcerário. Nesse seguimento, o artigo 7º, §2º, da Resolução nº 14, do Conselho Nacional de Política Criminal, ratifica o quanto exposto nas legislações vistas anteriormente:

Art. 7º. Presos pertencentes a categorias diversas devem ser alojados em diferentes estabelecimentos prisionais ou em suas seções, observadas características pessoais tais como: sexo, idade, situação judicial e legal, quantidade de pena a que foi condenado, regime de execução, natureza da

<sup>82</sup> BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Lei de Execução Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm). Acesso em: 11 abril. 2019.

<sup>83</sup> BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm). Acesso em: 11 abril 2019.

<sup>84</sup> *Ibidem*.

prisão e o tratamento específico que lhe corresponda, atendendo ao princípio da individualização da pena.

§ 1º. As mulheres cumprirão pena em estabelecimentos próprios.

§ 2º. Serão asseguradas condições para que a presa possa permanecer com seus filhos durante o período de amamentação dos mesmos.<sup>85</sup>

Dentro desse contexto, tem-se como um dos temas mais delicados ao tratar de maternidade no cárcere a questão do tempo de convivência da mãe e do bebê. Diversos são os textos legais que visam tratar sobre a temática, tal com dispõe o artigo 83, da Lei de Execução Penal, que já fora abordado anteriormente, qual seja o mínimo de 06 meses. Acontece, porém, que fora a Resolução n° 3, do Conselho Nacional de Política Criminal, de 2009, que veio como forma de elucidar a matéria. Observa-se:

Art. 2º Deve ser garantida a permanência de crianças no mínimo até um ano e seis meses para as (os) filhas (os) de mulheres encarceradas junto as suas mães, visto que a presença da mãe nesse período é considerada fundamental para o desenvolvimento da criança, principalmente no que tange à construção do sentimento de confiança, otimismo e coragem, aspectos que podem ficar comprometidos caso não haja uma relação que sustente essa primeira fase do desenvolvimento humano; esse período também se destina para a vinculação da mãe com sua (seu) filha (o) e para a elaboração psicológica da separação e futuro reencontro.

Art. 3º Após a criança completar um ano e seis meses deve ser iniciado o processo gradual de separação que pode durar até seis meses, devendo ser elaboradas etapas conforme quadro psicossocial da família, considerando as seguintes fases:

(...)<sup>86</sup>

Nesse diapasão, sendo a resolução uma espécie de recomendação que, por sua vez, não tem força vinculante, o aludido texto normativo, no seu art. 2º, preconiza que deve ser garantida a permanência da criança com a sua mãe de no mínimo até 1 ano e seis meses. Ocorre que, prevê no artigo subsequente que, após esse período, haverá de ser iniciado um processo gradual de separação que pode durar até 06 meses, de modo que a criança poderá permanecer por quase 02 anos junto à sua mãe.

Acontece, contudo, que, por se tratar de uma resolução, percebe-se que na prática tal recomendação não é seguida pela maior parte do país. A maior parte das prisões, representada por 58,09% autoriza a permanência de crianças até os 6 meses de

<sup>85</sup> CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Resolução N° 14, de 11 de novembro de 1994**. Disponível em: <<http://www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/regras-minimas-para-tratamento-dos-presos-no-brasil.pdf>>. Acesso em: 11 abril 2019.

<sup>86</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. **Resolução do CNPCP disciplina situação de filhos de mulheres encarceradas**. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/noticia/13345-Resolucao-do-CNPCP-disciplina-situacao-de-filhos-de-mulheres-encarceradas>> Acesso em: 22 mar. 2019.

vida, 12,9% até 4 meses de idade e 9,7% enquanto amamentar e 6,5% até dois anos de idade.<sup>87</sup> O complexo feminino de Salvador, por exemplo, adota como tempo o regramento previsto na Lei de Execução Penal, qual seja de 06 meses.<sup>88</sup>

Diante ainda da importância da matéria, no ano de 2016, fora publicada a Lei Federal nº 13.257, intitulada como “Lei da Primeira Infância”, que implicou importantes inovações tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, na Lei de Execuções Penais e no próprio Código de Processo Penal. Assim, fora um instrumento normativo que fora promulgado com o claro objetivo de estabelecer diretrizes para a formulação de políticas públicas em atenção especial para o período da primeira infância.<sup>89</sup>

Frisa-se ainda nesse contexto que, visando garantir a convivência do pai com a mãe, que uma importante inovação no CPP fora trazida pela supracitada lei, de modo a viabilizar a concessão da prisão preventiva pela domiciliar à mulher presa provisoriamente. Ocorre que, quanto a essa matéria, dada a sua importância na elaboração do presente trabalho, será vista de forma mais detalhada no capítulo subsequente.

Assim, percebe-se, por sua vez, que são inúmeros os textos normativos que visam regular a maternidade no sistema carcerário. Ocorre que, mesmo em meio a toda essa pluralidade normativa que visa estabelecer condições mínimas de desenvolvimento para essas crianças, percebe-se que o governo brasileiro não tem sido capaz de garantir esses cuidados ora tutelados. Diante disso, os estabelecimentos prisionais, dia após dia, tem se mostrado cada vez menos preparados para atender à mulher presa, especialmente, aquela que é gestante e mãe.

---

<sup>87</sup> ARMELIN, Bruna Dal Fiume; MELLO, Daniela Canazaro de; GAUER, Gabriel José Chittó. **Filhos do cárcere**: Estudo sobre as mães que vivem com seus filhos em regime fechado. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/graduacao/article/viewFile/%207901/5586>> Acesso em: 22 mar. 2019.

<sup>88</sup> AMARAL, Luana. **Presas enfrentam o drama da separação dos filhos**. Disponível em: <<https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/presas-enfrentam-o-drama-da-separacao-dos-filhos/>> Acesso em: 22 mar. 2019.

<sup>89</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. **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. Disponível: <[http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Maternidade\\_no\\_Carcere\\_e\\_Prisao\\_domiciliar\\_-\\_versao\\_2019\\_-\\_versao\\_atualizada\\_em\\_26-2-2019.pdf](http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Maternidade_no_Carcere_e_Prisao_domiciliar_-_versao_2019_-_versao_atualizada_em_26-2-2019.pdf)> Acesso em: 22 mar. 2019.

### 3.3 ANÁLISE DA ESTRUTURA DOS PRESÍDIOS OFERECIDOS ÀS MÃES E AOS BEBÊS

É inegável que o Brasil não tem sido capaz de garantir cuidados relativos à maternidade. Tal conclusão se dá, sobretudo, em razão do caráter punitivo da pena, de modo a retribuir ao transgressor a partir das normas gerais, tudo quando ele subtraiu da sociedade. Desse modo, pode-se afirmar que o Sistema Penitenciário Feminino está imerso em um contexto de violações aos direitos humanos, vez que não respeita o tanto quanto tutelado pelas normas dispersas no ordenamento.

Com o propósito de controlar e acompanhar a Lei de Execução Penal, como as próprias diretrizes da Política Penitenciária Nacional, fora criado o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), sendo, portanto, um órgão do Poder Executivo concebido para essas finalidades. Assim, dentre as suas atribuições, tem-se o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) que busca, sinteticamente, realizar a coleta de dados dos presídios brasileiros, de modo a resultar em estatísticas dos estabelecimentos prisionais.<sup>90</sup>

De acordo com INFOPEN Mulheres, 2ª edição, a partir de dados coletados no ano de 2016, da análise do total de estabelecimentos femininos ou mistos, foram identificados que apenas 55 unidades em todo o país contam com cela ou dormitórios adequados para custodiar gestantes, qual seja de 16%, de modo que, no Estado da Bahia, por exemplo, esses estabelecimentos contam com apenas 14% da totalidade.<sup>91</sup>

Em relação à capacidade das mulheres privadas de liberdade contar com um espaço adequado para oferecer cuidados ao longo do período de amamentação, fora constatado que apenas 14% das unidades femininas ou mistas contavam com berçários ou centro de referência materno-infantil (espaços aos cuidados de bebês

---

<sup>90</sup> DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional De Informações Penitenciárias INFOPEN Atualização – Junho de 2016**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017.

<sup>91</sup> DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN Mulheres**. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres\\_arte\\_07-03-18.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf)> Acesso em: 23 mar. 2019.



com até 02 anos de idade). No estado da Bahia, por sua vez, esse percentual chega a 29%.<sup>92</sup>

De acordo com o relatório de visitas de presídios realizado pela Comissão Especial de Sistema Prisional e Segurança Pública da Ordem dos advogados do Brasil, seção Bahia, a partir de uma visita ao Presídio Feminino do Complexo Penitenciário da Mata Escura em 2016, fora observado que inexistia berçário na unidade, mesmo havendo, naquela época, recém-nascidos nas celas.<sup>93</sup>

Nesse mesmo seguimento, no dia 22/03/2019, fora realizado um questionário com a única gestante que havia no Conjunto Penal Feminino de Salvador por intermédio da diretora adjunta Fernanda Costa de Carvalho Lima. Assim, ao ser indagada sobre a estrutura do complexo, esta respondeu que não fora construído berçários até então, de modo que o conjunto não dispõe de um ambiente adequado tal como prevê o artigo 82, da Lei de Execuções Penais.<sup>94</sup>

Por outro lado, afirmou que já foram realizadas mais de 04 consultas pré-natais dentro desses 05 meses de gestação em que se encontra, considerando-as ainda como adequadas.

Retornando aos dados do INFOPEN, no que tange á presença de creches nos estabelecimentos prisionais, qual sejam espaços destinados a receber crianças com mais de 02 anos de idade, fora verificado que apenas 3% das unidades de todo o país contam com essa estrutura, de modo a somar uma capacidade de receber apenas 72 crianças.<sup>95</sup>

Pode-se afirmar ainda que, dentre os inúmeros problemas enfrentados por essas mulheres, a falta de assistência médica talvez seja um dos mais fortes. Em virtude do tratamento médico que se submetem, muitas mulheres se recusam a comparecer quando agendado, acarretando em grandes riscos para a sua saúde e a do bebê.<sup>96</sup>

---

<sup>92</sup> DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN Mulheres**. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres\\_arte\\_07-03-18.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf)> Acesso em: 23 mar. 2019.

<sup>93</sup> OAB-BA. Comissão Especial de Sistema Prisional e Segurança Pública. **Relatório Visita aos Presídios**. Disponível em: <[http://gestor.oab-ba.org.br/fileadmin/user\\_upload/Transparencia/C\\_omissao\\_Especial\\_de\\_Sistema\\_Prisional\\_e\\_Seguranca\\_Publica/relatoriovisitapresidios\\_web.pdf](http://gestor.oab-ba.org.br/fileadmin/user_upload/Transparencia/C_omissao_Especial_de_Sistema_Prisional_e_Seguranca_Publica/relatoriovisitapresidios_web.pdf)> Acesso em: 23 mar. 2019.

<sup>94</sup> Vide Anexo A

<sup>95</sup> DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *op.cit.*

<sup>96</sup> *Ibidem*.

Muitas mulheres perdem a guarda dos filhos enquanto presas e, às vezes, até perdem a guarda permanente – sem qualquer audiência e muitas vezes sem conhecimento do processo de destituição do poder familiar. A falta de qualquer informação sobre o local em que as crianças estão e os cuidados que estão recebendo também gera muita angústia para as mães presas.<sup>97</sup>

Em São Paulo, por exemplo, na Penitenciária Feminina de Butantã, se tem uma estrutura um pouco melhor se comparada com as demais localidades. Nesse presídio, há uma ala especial para as gestantes e, para as puérperas, com bebês de até 06 meses, há ainda outra ala denominada como Casa-Mãe que contam, por sua vez, com pequenos quartos individuais, dotados de sala conjunta com tapete emborrachado, televisão, camas, produtos de higiene e leite tipo NAN.<sup>98</sup>

A doutoranda Rosângela Peixoto Santa Rita, ao realizar uma pesquisa em sistemas penitenciários de três estados, quais sejam: Rio Grande do Sul (Penitenciária Feminina Madre Pelletier), Rio de Janeiro (Penitenciária Feminina Talavera Bruce) e em São Paulo (Centro de Atendimento Hospitalar à mulher presa), constatou que em razão do sofrimento e das péssimas condições que os bebês estavam submetidos, que, o que se observava nesses locais, era uma própria extensão da prisão, de modo que denominou como uma espécie de “prisão por tabela”.<sup>99</sup>

Assim, percebe-se, portanto, a partir dos dados ora apreciados, que, de modo geral, o que se conclui é uma total falta de estrutura e despreparo dos estabelecimentos prisionais para acolher indivíduos em estado de desenvolvimento que exigem um cuidado especial, como recém-nascidos e crianças pequenas.

E, para, além disso, se tratando ainda da saúde da mulher grávida ou mãe dentro da prisão, também é uma área de deficiência, pois falta atendimento ginecológico ou obstétrico na maioria dos locais, como será visto a seguir.

---

<sup>97</sup> SÍTIO ELETRÔNICO PASTORAL CARCERÁRIA. “**Penitenciárias são feitas por homens para homens**”. Disponível em: <[http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/relatorio-mulherese-presas\\_versaofinal.pdf](http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/relatorio-mulherese-presas_versaofinal.pdf)> Acesso em: 02 abril 2019.

<sup>98</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. **Dar a luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão**. Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015. p. 65.

<sup>99</sup> SANTA RITA, Rosângela Peixoto. **Mães e crianças atrás das grades: em questão o princípio da dignidade da pessoa humana**. Dissertação (Mestrado em Política Social) – Universidade de Brasília, Brasília, 2007. p. 12.

### 3.4 GESTAÇÃO, PARTO E PÓS PARTO NO CÁRCERE

É manifesto que o período gestacional, o nascimento e o puerpério representam, por si só, um momento de inquietação para as mulheres e que exigem, indubitavelmente, cuidados especiais. Diante disso, se tais momentos já ocasionam insegurança e medo, não há dúvidas que no contexto do cárcere há uma intensificação ainda maior desses sentimentos.

#### **3.4.1 A vulnerabilidade no contexto prisional e a violação ao princípio da proteção integral da criança**

No que se concerne ao contexto prisional, à privação de recursos materiais, as tensões sofridas, bem como a precariedade no acesso à saúde demonstram, de maneira inequívoca, a intensa vulnerabilidade e ampla violação ao princípio da proteção integral da criança que acomete o Brasil.

Diante à debilidade que abala o próprio sistema carcerário brasileiro, há uma busca incessante por parte das detentas de se buscar estratégias de sobrevivência em um cotidiano solitário em virtude, sobretudo, do afastamento da própria família. Ademais, aliada a todas essas inquietações, tem-se ainda um sentimento de culpa que permeia a vida de muitas dessas mulheres em razão da gravidez ter sido gerada em um momento tão delicado - na prisão.<sup>100</sup>

Assim, em um ambiente em que o indivíduo vai perdendo a sua individualidade, vez que muitas vezes é tratado por meros números, o que se tem é uma mortificação do réu. E, para, além disso, há ainda um fenômeno denominado aculturação, que é de agregar novos valores em um ambiente de violência. Diante disso, valeria à pena manter essa cultura do encarceramento, característica da sociedade brasileira?

No Brasil, são sistemáticas em torno do acesso à saúde das mulheres em situações de aprisionamento, sobretudo quando se trata da gestação e parto. Assim, o que se observa com frequência é um sofrimento pelo desamparo vivenciado diante dos

---

<sup>100</sup> MATOS, Khesia Kelly Cardoso; COSTA E SILVA, Susanne Pinheiro; LIMA, Juciara Karla de Souza. Representações de mulheres encarceradas sobre gestar na prisão. In: **Revista de Enfermagem UFPE On Line**. ISSN: 1981-8963. Universidade Federal de Pernambuco. Disponível em: <<https://doi.org/10.5205/1981-8963-v12111a235006p3069-3077-2018>> Acesso em: 29 mar. 2019.

riscos que acometem tanto à mãe quanto ao bebê, em meio a uma etapa tão delicada e permeada por tamanha insegurança.<sup>101</sup>

Há de se afirmar que são inúmeras as condições que podem intervir para uma condição normal de gestação. Não há dúvidas de que as peculiaridades do próprio ambiente em que se desenvolve a gravidez vão exercer influência direta no estado nutricional do feto, sobretudo no segundo e terceiro trimestre de gestação. Desse modo, o fator emocional, o ganho de peso adequado e a absorção de nutrientes são requisitos determinantes para um desenvolvimento saudável do bebê. Assim, é cediço que, quanto maior o número de fatores inadequados, pior será o diagnóstico e maior será a probabilidade de um desenvolvimento debilitado.<sup>102</sup>

Em meio a esse contexto caótico, as preocupações em torno da gestação são ainda mais intensificadas ante a ausência a cuidados relativos a doenças como SIDA<sup>103</sup> ou HIV.<sup>104</sup> Assim, a precariedade quanto ao acesso a tratamento preventivo, como os mecanismos que devem ser adotados para evitar a contaminação do bebê na hora do parto são situações que muito acontecem no dia-a-dia do cárcere. Veja um depoimento de uma detenta que teve sua filha exposta ao vírus em razão das mazelas do sistema, em uma pesquisa realizada na dissertação apresentada à Faculdade de Medicina da Faculdade de São Paulo por Priscilla Feres Spinola:

[...] a criança nasceu de parto normal e acabou contraindo o vírus do HIV. Precisou tomar coquetel, um monte de remédio... E foi desnecessário! Você sabe que é uma coisa que a bebê não precisava passar, independente da mãe dela ser soropositivo, ela poderia ter nascido em segurança. Bastava que eles tivessem tido o cuidado de mandar o prontuário dela e o médico tivesse feito o favor de fazer uma cesárea. A criança não teria que passar

<sup>101</sup> VIAFORE, Daniele. **A gravidez no cárcere Brasileiro: uma análise da Penitenciária Feminina Madre Pelletier**. In: Direito & Justiça Revista de Direito da PUC-RS. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/571/401>> Acesso em: 26 mar. 2019.

<sup>102</sup> VITOLLO, Márcia Regina. **Nutrição: da gestação à adolescência**. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso Editores, 2003, p. 04.

<sup>103</sup> A doença SIDA significa Síndrome da Imunodeficiência Humana Adquirida. Trata-se de uma doença com sintomas bem definidos em decorrência da infecção pelo VIH. Quando o indivíduo é infectado, há um lapso temporal até que surjam os primeiros sintomas, sendo esse período denominado como fase assintomática da infecção. Nesta fase a infecção é detectada apenas se forem realizadas exames específicos para a descoberta do VIH que, se descoberto, denomina-se o indivíduo como soropositivo. Ver mais: SÍTIO ELETRÔNICO MINISTÉRIO DA SAÚDE. **SIDA**. Disponível em: <<https://www.minsaude.gov.br/index.php/sua-saude/sida>> Acesso em: 24 mar. 2019.

<sup>104</sup> HIV trata-se de uma sigla em inglês do vírus da imunodeficiência humana causador da aids. Através da alteração do DNA do indivíduo, acaba por atacar o sistema imunológico, atingindo os denominados linfócitos T CD4+. Assim sendo, depois de se multiplicar, rompe os linfócitos em busca de outros para continuar a infecção. Ver mais: SÍTIO ELETRÔNICO MINISTÉRIO DA SAÚDE. **SIDA**. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/pt-br/publico-geral/o-que-e-hiv>> Acesso em: 24 mar. 2019.

por nada daquilo. Mas ela contraiu o vírus no nascimento... uma judiação".<sup>105</sup>

O que se observa, portanto, é um ambiente que acaba influenciando, no todo ou em parte, para a eclosão de doenças já latentes ou seu desencadeamento.<sup>106</sup> Desse modo, por não terem condições de, por seus próprios meios, buscarem outro tipo de tratamento bem como medicamentos diversos, acabam por serem reféns dos maus tratados incorporados na falta de cuidados ali existentes.<sup>107</sup>

Nesse diapasão, resta claro que esta vulnerabilidade acometida no ambiente carcerário acaba se agravando ainda mais diante das especificidades ligadas à maternidade e ao nascimento de seus filhos no ambiente da prisão. Assim, são inúmeros os cuidados que deviam ser prestados e que, infelizmente, não são.

Outro tema importante que merece uma análise mais minuciosa diz respeito ao próprio atendimento pré-natal. Segundo o Ministério da Saúde, tal acompanhamento se configura como de extrema importância vez que, é a partir dele que há uma efetiva diminuição da mortalidade materna e fetal, bem como para uma efetiva preparação para a maternidade e paternidade. Acontece, contudo, o que se observa com frequência é um atendimento pré-natal significativamente reduzido de modo que, na maioria dos estabelecimentos, o que se constata é a realização de apenas um ultrassom no período de nove meses de gestação.<sup>108</sup>

Em um importante estudo realizado pela Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), fora constatado que mais da metade das mulheres que foram entrevistadas tiveram menos consultas pré-natais do que o recomendado. No que se concerne aos números, estes são ainda mais alarmantes: o acesso à assistência pré-natal fora considerado inadequado para 36% das mulheres entrevistadas, 15% alegaram ter sofrido qualquer tipo de violência durante o período em que estavam hospitalizadas, 32%

<sup>105</sup> SPINOLA, Priscilla Feres. **A experiência da maternidade no cárcere: Cotidiano e trajetórias de vida.** Dissertação (Mestrado em Ciências da Reabilitação) – Universidade de São Paulo. 2016, 251 f. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5170/tde-11052017-140243/publico/PriscillaFeresSpinola.pdf>> Acesso em: 24 mar. 2019.

<sup>106</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal: comentários à Lei n.º 7.210, de 11-7-84.** 9 ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2000, p. 66.

<sup>107</sup> COMISSÃO DE CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS. **Relatório Azul – Garantias e Violações dos Direitos Humanos;** 1999/2000. Porto Alegre: Assembleia Legislativa, 2000, p. 407.

<sup>108</sup> LANGELLA, Jordana. **Falta acompanhamento médico, pré-natal e papel higiênico às mulheres no cárcere brasileiro.** Disponível em: <<http://www.justificando.com/2016/06/20/falta-acompanhamento-medico-pre-natal-e-papel-higienico-as-mulheres-no-carcere-brasileiro/>> Acesso em 28 mar. 2019.

das grávidas afirmaram não ter feito qualquer exame de sífilis bem como 4,6% das crianças já nasceram com a doença.<sup>109</sup>

O que deve se entender nesse contexto é que as apenas grávidas, em que pese estejam sendo punidas por um ato ilícito que cometeram, não podem ser mais uma vez castigadas pela precariedade e muitas vezes pela própria escassez da assistência médica, vez que, tal violação, vai de encontro ao próprio princípio da individualização da pena.

Isto posto, em meio a todo esse ambiente caótico e de tamanha vulnerabilidade, o que se observa é que o feto acaba sendo o principal prejudicado. À vista disso, a saúde, como direito humano universal e fundamental, deve ser prestada pelo estado com a maior dignidade humana possível, independente para quem seja.

### 3.4.2 O parto e os primeiros cuidados com o bebê no cárcere

Em meio à realidade da maternidade no sistema prisional, o que se observa é que o momento do parto não se configura como um direito humano, nem tampouco considerado como um momento de tamanha vulnerabilidade em que a mãe e o bebê necessitam de cuidados.

Como forma de fundamentar o tanto quanto alegado, Nana de Queiroz, em seu livro “Presos que Menstruam”, ao trazer diversas histórias de presidiárias, aborda muito bem essa temática. Veja-se:

Tem mulher que até dá a luz algemada na cama. Como se ela pudesse levantar parindo e sair correndo. Só homem pode pensar isso. Porque mesmo que ela pudesse levantar, qualquer policial com uma perna só alcançaria ela [...]. Já nasceu muita criança dentro do presídio porque a viatura não chegou a tempo, ou porque a polícia se recusou a levar a gestante para o hospital, já que provavelmente não acreditou – ou não se importou – que ela estava com as dores do parto. Aconteceu em alguns casos de as próprias presas fazerem o parto, ou a enfermeira do presídio.<sup>110</sup>

Em meio a esse cenário, também fora realizado um estudo pela Fundação Oswaldo Cruz, nos anos de 2012 e 2014, em que a despeito do parto, 16% das puérperas aduziram ter sido vítimas de maus tratos ou violência durante o trabalho de parto

---

<sup>109</sup> EAL, Maria do Carmo et al. **Nascer na Prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil**. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413\\_81232016000702061&lng=en&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413_81232016000702061&lng=en&nrm=iso&tlng=pt)>. Acesso em: 15 abril 2019.

<sup>110</sup> QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 1 ed. São Paulo: Record, 2015, p. 42.

pelos próprios funcionários de saúde e, para, além disso, 36% afirmaram ter utilizado algemas.<sup>111</sup>

No que se concerne à legislação quanto ao uso de algemas, todavia, a Lei nº 13.434, de abril de 2017, fora considerada uma grande conquista feminina no universo carcerário vez que, ao acrescentar um parágrafo no artigo 292, do Código de Processo Penal, trouxe de forma expressa a proibição do seu uso:

Art. 292. Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto suscrito também por duas testemunhas.

Parágrafo único. É vedado o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato.<sup>112</sup>

Ademais, o que se percebe com frequência para além dos maus tratos sofridos no momento do parto, é ainda uma péssima assistência e abuso de poder dos funcionários responsáveis pelos cuidados vez que, em muito dos casos, resistem em levar as presas gestantes para os hospitais enquanto “não verem a criança aparecendo ali embaixo”.<sup>113</sup>

No que se concerne aos primeiros cuidados com o bebê, como já fora abordado em tópicos anteriores, a falta de estrutura tal qual é exigida em lei é precária no país. Desse modo, após o parto, o que acontece geralmente é que as mulheres retornam com os seus recém-nascidos para a prisão e, em virtude da ausência de berçários, são improvisados locais para o recebimento desses bebês, de modo que acabam se sujeitando às condições de total descaso e vulnerabilidade:

Quando não há vagas nesses locais, o procedimento é enviar as lactantes para berçários improvisados nas penitenciárias, onde elas podem ficar com os filhos e amamentá-los, mas não têm acesso a cuidados médicos específicos. O benefício não é estendido a todas as mulheres, sobretudo

<sup>111</sup>AYRES, Barbara Vasques da Silva *et al.* **Nascer na prisão gestação e parto atrás das grades no Brasil**. Departamento de Epidemiologia e Métodos Quantitativos em Saúde, Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413;-](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413;-)> Acesso em: 15 abril 2019.

<sup>112</sup>BRASIL. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Brasília, DF. 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)> Acesso em: 15 abril 2019.

<sup>113</sup>SPINOLA, Priscilla Feres. **A experiência da maternidade no cárcere: Cotidiano e trajetórias de vida**. Dissertação (Mestrado em Ciências da Reabilitação) – Universidade de São Paulo. 2016, 251 f. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5170/tde-11052017-140243/publico/PriscillaFeresSpinola.pdf>> Acesso em: 24 mar. 2019.

não às que cumprem pena em locais impróprios e precisam sujeitar os recém-nascidos às mesmas condições subumanas em que vivem.<sup>114</sup>

Assim, ante a falta de berçários e de um ambiente dotado de estrutura mínima para atender esse recém-nascido faz com que, muitas mulheres, optem por devolvê-lo a família ou entregar para a adoção, não esperando, portanto, os 06 meses permitidos:

O último levantamento do Ministério da Justiça mostrava que 166 crianças viviam no sistema prisional do país. Destas, apenas 62% estavam em locais dignos. As demais moravam em presídios mistos, com pouca ou nenhuma adaptação para recebê-las. Cadeias de homens e mulheres ainda predominam fora das capitais e, quando nascem em locais assim, as crianças vivem em celas superlotadas, úmidas e malcheirosas, chegando até mesmo a dormir no chão com as mães. Apiedadas pelos filhos, muitas presas preferem devolvê-los à família ou entregar para adoção a vê-los vivendo em tais condições.<sup>115</sup>

De mais a mais, observa-se ainda que a falta de produtos de higiene pessoal, tal como lenços umedecidos e fraldas, bem como a própria dificuldade de acesso à alimentação também fazem parte da vivência da maternidade:

[...] falta de assistência médica a elas e principalmente às crianças, a solidão no momento do parto, o tempo ocioso na prisão, as limitações ambientais que influenciaram o estado emocional materno, a dificuldade de acesso à alimentação, como o leite em pó, materiais e produtos para a higiene e cuidados infantis, como lenços umedecidos, fraldas, falta de brinquedos para as crianças, queixas em relação ao preparo e condição da alimentação alternativa, falta de espaços adequados para os filhos, como um local mais apropriado para o banho de sol.<sup>116</sup>

Diante de tudo quanto analisado anteriormente, percebeu-se que os estabelecimentos prisionais femininos não são dotados de condições que possam vir atender a mulher gestante. Desse modo, mecanismos foram dotados pelo judiciário e pelo legislativo com o ímpeto de reduzir tais prejuízos, qual seja o Habeas Corpus nº 143-641-STF e posteriormente a recente lei aprovada em dezembro de 2018 de nº 13.769/2018.

Acontece, contudo, como será visto a seguir, em se tratando de forma específica do habeas corpus, este careceu de aplicabilidade ante ao poder judiciário, enquanto que a lei também caminhará no mesmo sentido, de modo que ambos não irão resolver, de forma efetiva, a problemática que pretendiam.

<sup>114</sup> BRAGA, Ana Gabriela Mendes; ANGOTTI, Bruna. **Da Hipermaternidade à Hipomaternidade no Cárcere Feminino Brasileiro**. Disponível em: <[http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/101231/hipermaternidade\\_hipomaternidade\\_carcere\\_braga.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/101231/hipermaternidade_hipomaternidade_carcere_braga.pdf)>. Acesso em: 15 abril 2019.

<sup>115</sup> QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 1 ed. São Paulo: Record, 2015, p. 65.

<sup>116</sup> TORQUARTO, A. L. **Percepção de mães sobre o vínculo e separação de seus bebês em uma unidade prisional feminina na cidade de São Paulo-SP**. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, 2014, p. 133-134.



## 4 O HC 143-641-SP E AS DIFICULDADES DA SUA EFETIVAÇÃO

Em meio a jurisprudência dos tribunais brasileiros, há de se notar a dificuldade de efetivação do habeas corpus coletivo. Assim, muito embora tenha vindo com o claro intuito de resolver uma problemática existente no país, observa-se, as dificuldades enfrentadas na prática forense, tal como será discutido a seguir.

### 4.1 DA MOTIVAÇÃO E TEOR DO HC

Como já fora objeto de análise no capítulo anterior, não é de hoje que os estabelecimentos prisionais não se mostram preparados para atender de forma adequada à mulher presa, especialmente, aquela que é gestante e mãe. Muito embora a Lei de Execução Penal - LEP determine como obrigatória nos estabelecimentos penais a presença de instalações para atendimento a gestantes e crianças, não é essa a realidade que se vivencia no país.

Assim, foi que o legislador brasileiro, ao considerar que constitui tratamento desumano confinar mulheres grávidas em estabelecimentos prisionais precários, isto é, desprovidos de qualquer assistência regular na gestação e no pós-parto, admitiu a possibilidade de substituir a prisão cautelar pela domiciliar para mulheres que apresentam em condição de gestante ou com filhos de até 12 anos, através da entrada em vigor da Lei nº 13.257/2016, a qual veio a alterar o Código de Processo Penal, em seu artigo 318. Observa-se:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

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.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.<sup>117</sup>

---

<sup>117</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Brasília, DF. 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)> Acesso em: 17 set. 2018.

Acontece, contudo, que o que parecia ser uma solução para o problema tornou-se, em verdade, um prolongamento deste. Muito embora a lei tenha trazido essa possibilidade ao Poder Judiciário, em grande parte dos casos, os juízes optaram pelo seu indeferimento no caso concreto por razões, sobretudo, da gravidade do delito supostamente praticado por essas detidas, vez que representariam uma ameaça à segurança pública e, em muitos dos casos, aos próprios filhos, bem como em razão da insuficiência probatória quanto à inadequação carcerária no caso concreto.

E foi diante dessa realidade, que a Defensoria Pública da União, por iniciativa dos membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos, e com a presença de diversos *amicus curiae*, com o intuito de uniformizar a jurisprudência nacional, impetraram o habeas corpus coletivo, com pedido de medida liminar, em favor de todas as mulheres presas preventivamente que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade.

Dentre os argumentos trazidos pela parte impetrante, aduziram que a política criminal responsável pelo expressivo encarceramento feminino é discriminatória e seletiva, de modo a impactar desproporcionalmente as mulheres pobres e as suas famílias.<sup>118</sup>

De mais a mais, alegaram que a prisão preventiva, ao confinar mulheres grávidas em estabelecimentos prisionais dotados de alta precariedade, subtraindo-lhes a um efetivo acesso a programas de saúde pré-natal, constituiu, indubitavelmente, tratamento degradante, violando assim os postulados constitucionais relacionados à individualização da pena, à vedação de penas cruéis bem como o desrespeito à própria integridade moral e física da presa.<sup>119</sup>

Ao tratarem sobre os casos de denegação da concessão da prisão domiciliar trazidas pela Lei nº 13.257/2016, alegaram que o argumento da gravidade do delito apontado pelos juízes no caso concreto não tem a menor consistência para provocar, por si só, a manutenção da prisão, diante do entendimento do próprio STF, que já reconheceu o estado de inconstitucionalidade do sistema prisional brasileiro.

---

<sup>118</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 143.641**. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 16 abril 2019.

<sup>119</sup> *Ibidem*.

Por toda a extensão do habeas corpus, os membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos trouxeram perante o STF, como forma de embasar ainda mais a sua fundamentação, diversos casos de violações a direitos humanos das gestantes e seus filhos, da mesma forma que dados do INFOPEN Mulheres de 2017, de modo a corroborar com o tanto quanto alegado. Aduziram ainda tais males poderiam ser evitados, porque muitas das mulheres presas preventivamente no Brasil são, ao final, absolvidas, ou têm a pena privativa de liberdade substituída por penas alternativas.

Em seu voto, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski iniciou tratando da importância da medida coletiva, considerando-a como um instrumento eficaz para fins de garantia do acesso à justiça de grupos mais vulneráveis tanto socialmente quanto economicamente. Assim, trouxe a baila que o STF já vem admitindo os mais diversos institutos que visam salvaguardar interesses de determinadas coletividades que estão sob a ameaça de sofrer lesões graves aos seus direitos, tal como a ação de descumprimento de preceito fundamental e o mandado de injunção coletivo.

Ao adentrar no mérito da decisão, reconheceu a gravíssima deficiência estrutural carcerária, de modo que esta é agravada pela excessiva “cultura do encarceramento”, se relevando, sobretudo, em meio à imposição exacerbada de prisões provisórias às mulheres pobres e vulneráveis. Alegara ainda que as evidências trazidas na exordial demonstram um descumprimento sistemático das regras constitucionais, convencionais e legais das presas gestantes, ao tempo que “cabe ao tribunal exercer a função típica de racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal de modo a minimizar o quadro”.<sup>120</sup>

Diante disso, ao fim do relatório proferido pela 2ª turma do STF, em sua maioria dos votos, entendeu por conceder à ordem, estabelecendo, entretanto, parâmetros a serem observados, conforme se verifica na decisão:

Em face de todo o exposto, concedo a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras

---

<sup>120</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 143.641**. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 16 abril 2019.

autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício.(...) Caso se constate a suspensão ou destituição do poder familiar por outros motivos que não a prisão, a presente ordem não se aplicará.<sup>121</sup>

Noutro giro, ao decidir sobre a concessão da medida domiciliar, considerando que a prisão preventiva se mostra muitas vezes desnecessárias quando se tem uma prisão domiciliar com uma efetiva fiscalização, deixou de estabelecer mecanismos eficientes de fiscalização desse benefício, de modo que apenas tratou da fiscalização no que se concerne a avaliação do cabimento da intervenção, sendo sucinto e breve ao tratar do tema:

Deverá ser oficiado, igualmente, ao Conselho Nacional de Justiça - CNJ, para que, no âmbito de atuação do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, avalie o cabimento de intervenção nos termos preconizados no art. 1º, § 1º, II, da Lei 12.106/2009, sem prejuízo de outras medidas de reinserção social para as beneficiárias desta decisão.<sup>122</sup>

Assim sendo, muito embora se almeje um efeito vinculante, por ser uma decisão emanada do órgão de cúpula do Poder Judiciário, o que se verificou na prática foi uma carência de efetividade. Assim, excetuando os casos de crimes cometidos com violência ou grave ameaça, a alegação da falta de amparo constitucional para a aceitação do efeito vinculante, bem como a lacuna jurídica criada pelo Judiciário, no que tange às situações excepcionalíssimas e na ausência de prova da indispensabilidade dos cuidados maternos e crimes relacionados com o tráfico de drogas, foram alguns dos problemas que justificaram a constante denegação da medida na prática forense dos tribunais.

Diante disso, nos próximos tópicos, serão abordados de forma sistemática tais problemáticas, como serão trazidas recentes decisões de tribunais que denegaram, no caso concreto, a concessão da prisão domiciliar.

---

<sup>121</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 143.641**. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 16 abril 2019.

<sup>122</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 143.641**. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 16 abril 2019.

#### 4.2 DA FALTA DE AMPARO CONSTITUCIONAL PARA A ACEITAÇÃO DO EFEITO VINCULANTE PARA A DECISÃO DO HABEAS CORPUS 143-641-STF

Em meio a toda repercussão gerada pela medida, importa tratar se é de fato possível, pelo ordenamento jurídico brasileiro, que uma decisão proferida por maioria de uma turma do STF, em sede de habeas corpus, tem condão de vincular todo o Poder Judiciário. Para fins de estudo, torna-se necessário fazer uma análise do sistema constitucional pátrio, de modo a aferir acerca da possibilidade de um possível efeito vinculante do habeas corpus coletivo.

Analisando o texto constitucional, verifica-se a existência de um remédio hábil à análise de questões concernentes ao desrespeito de princípios e direitos fundamentais dos seres humanos. Tal recurso denomina-se como arguição de descumprimento de preceito fundamental, estando presente no artigo 102, §1º, da Carta Magna, e regulamentado pela Lei nº 9.882/99.<sup>123</sup>

Importa ressaltar nesse contexto que, no que tange a discussão relacionada a lesões de princípios fundamentais decorrentes da precariedade do modelo prisional brasileiro, fora reconhecido no trato da população carcerária como um “estado de coisas constitucionais” em razão, sobretudo, de uma ADPF proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), qual seja a ADPF nº 347, em que o STF decidiu no sentido de que os juízes, quando possível, estabeleçam penas alternativas à prisão ante as mazelas do ambiente prisional.<sup>124</sup>

Ao passo que se observa o próprio teor do artigo 10, §3º, da Lei nº 9.882/99, há de se constatar que o legislador, de forma expressa, outorgou uma força vinculante da decisão aos demais órgãos do poder público, desde que tomada por pelo menos dois terços dos ministros, quórum este necessário para que seja declarado o descumprimento, conforme se extrai do artigo 8º da Lei supramencionada.<sup>125</sup>

Acontece, porém, que a mesma realidade jurídica-processual não se observa no tratamento dado ao habeas corpus. Assim, não há, nem no patamar constitucional nem no legal, uma dada autorização normativa que possibilite um efeito vinculante

---

<sup>123</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Ações Constitucionais**. 6 ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 583.

<sup>124</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>> Acesso em: 30 mar. 2019.

<sup>125</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. *op. cit.*, p. 607.

para as decisões tomadas em sede de habeas corpus, mesmo quando emanadas de um órgão de cúpula.<sup>126</sup>

Essa restrição, todavia, se torna ainda mais evidente no caso em questão. Não obstante ao fato de inexistir uma previsão normativa de vinculação erga omnes e vinculante de decisões tomadas em sede de habeas corpus, incumbe ressaltar ainda que na sistemática da própria corte, para fins de efeito vinculante das deliberações, sobretudo no que tange as decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade, há uma exigência quanto à necessidade do voto da maioria absoluta dos ministros daquele colegiado. Diante disso, considerando a decisão do habeas corpus coletivo fora tomada pela maioria de apenas uma das duas turmas, se torna ainda mais evidente quanto à falta de amparo constitucional do efeito vinculante na decisão.<sup>127</sup>

Assim sendo, não há dúvidas que o Supremo se utilizou de um mecanismo eficaz no controle e garantia de direitos fundamentais, diante da precariedade do sistema prisional que acomete o país. Acontece, contudo, ao analisar o próprio teor do artigo 102, I, “I” da CF tem-se:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância.<sup>128</sup>

Desse modo, ao observar o próprio conteúdo normativo, não parece cabível a corte julgar, em sede de habeas corpus coletivo, pacientes que estejam submetidos a situações completamente heterogêneas. Assim, estando às mulheres emergidas nas mais diversas situações fáticas, em que as particularidades de cada caso se tornam extremamente essencial no deslinde da questão, acaba por se tornar questionável a sua aplicação.

<sup>126</sup> TERRA JÚNIOR, João Santa. **Habeas Corpus nº 143.641/SP, do STF**: Da ausência do caráter vinculante e das contradições de exequibilidade da sua decisão. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Investigacao\\_Criminal/Artigos\\_e\\_Noticias/Seguranca\\_publica/Artigo%20%20Habeas%20Corpus%20143.641%20STF%20%20aus%C3%Aancia%20de%20efeito%20vinculante%20e%20das%20contradi%C3%A7%C3%B5es%20da%20exequibilidade%20da%20sua%20decis%C3%A3o](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Investigacao_Criminal/Artigos_e_Noticias/Seguranca_publica/Artigo%20%20Habeas%20Corpus%20143.641%20STF%20%20aus%C3%Aancia%20de%20efeito%20vinculante%20e%20das%20contradi%C3%A7%C3%B5es%20da%20exequibilidade%20da%20sua%20decis%C3%A3o)> Acesso em: 30 mar. 2019.

<sup>127</sup> *Ibidem*.

<sup>128</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 25 abril. 2019.

Todavia, não se pretende no presente trabalho monográfico, negar por completo a aplicação de um importante instrumento normativo ante a situação vivenciada no Brasil. Há uma defesa, porém, à luz da boa técnica processual, a impetração de um habeas corpus coletivo em benefício a um grupo de indivíduos que se encontrem em situações fáticas e jurídicas similares, de modo a não assumir o Supremo uma complicada competência originária, bem como de proferir uma decisão com um elevado grau de abstração e exceções, tal como ocorrera com a recente decisão.<sup>129</sup>

Desse modo, muito embora esteja o Poder Judiciário vivenciando uma realidade de saturação de ações constitucionais nesse sentido, não parece razoável generalizar posições muitas vezes incompatíveis entre si. Assim, muito embora seja inarredável que o mérito da medida tenha sido de forma a olhar para a realidade social, a falta de amparo constitucional é inquestionável nos moldes em que fora proferido.

Isto posto, em se tratando de habeas corpus, pode-se até aceitar através da sua via procedimental o trato de lesões jurídicas difusas a direitos fundamentais, vez que o próprio ordenamento jurídico possibilita ao regulamentar o instituto. Entretanto, para fins de reconhecimento, ante a cabal ausência de regulamentação constitucional e legal bem como pelo quórum aclamado, não há como atribuir os mesmos moldes dos efeitos que decorrem a ADPF para o habeas corpus de modo a ser questionável o efeito vinculante da decisão.

#### 4.3 A LACUNA JURÍDICA CRIADA PELO STF NO QUE TANGE ÀS SITUAÇÕES EXCEPCIONALÍSSIMAS

Cabe falar ainda, talvez, de um dos pontos mais polêmicos e que, na prática, acaba por se tornar a principal razão da resistência dos tribunais dos estados brasileiros de aplicarem o habeas corpus coletivo às mães presas. Tal questão encontra-se no próprio teor da decisão.

Observando o conteúdo da decisão e com o intuito de atribuir isonomia às partes envolvidas no litígio, de modo a salvaguardar os direitos fundamentais das gestantes

---

<sup>129</sup> LORDELO, João Paulo. **O Habeas Corpus Coletivo na Jurisprudência do STF**: Comentários ao julgamento do HC N 143.641. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/o-habeas-corpus-coletivo-na-jurisprudencia-do-stf-comentarios-ao-julgamento-do-hc-n-143-641>> Acesso em: 30 mar. 2019.

e dos seus filhos, o HC 143.641-SP, impetrado por membros do Coletivo de Advogados de Direitos Humanos, ao ser parcialmente acolhido pela 2ª Turma do STF, determinou que a prisão preventiva de todas as mulheres nas condições de presas grávidas e mães de crianças de até 12 anos de idade ou que sejam responsáveis por pessoas com deficiência, assim como às adolescentes do sistema socioeducativo em situação semelhante, fosse substituída pela prisão domiciliar, excepcionando as condenadas da prática de crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça contra os seus próprios filhos, ou, ainda, em situações excepcionabilíssimas, mediante justificativa do juiz.

Percebe-se, portanto, que, muito embora no voto do Ministro relator Ricardo Lewandowski tenha restado demonstrado os casos em que o magistrado se torna obrigado a conceder a liberdade provisória, por outro lado, criou uma lacuna, vez que não especificou de forma clara e precisa o que deva a ser enquadrada uma “situação excepcionalíssima”.

Assim sendo, observa-se que a última ressalva feita pelo Supremo Tribunal Federal, sem qualquer definição objetiva, acabou por fundamentar uma série de negativas em conceder a prisão domiciliar no caso concreto, vez que, indubitavelmente, abriu espaço novamente para que o magistrado decida na prática, tal como previsto artigo 318 do CPP.

Passadas essas considerações acerca da lacuna jurídica criada pelo Supremo, ao julgar o habeas corpus em fevereiro de 2018, importa aludir alguns episódios que tem sido considerados pelos estudiosos do direito e pela própria Suprema Corte como sendo os principais motivos de denegação no caso concreto, de modo a lograr uma das finalidades do presente trabalho monográfico, qual seja: “desvendar” os caminhos da medida ante ao Poder Judiciário.

Percebeu-se na prática forense dos tribunais que inúmeras foram as situações em que os juízes de 1º grau ou até mesmo as Câmaras Criminais denegaram a medida. Em São Paulo, por exemplo, a 6ª Câmara de Direito Criminal, ao julgar o Habeas Corpus nº 2039982-60.2018.8.26.0000, acordou por denegar a medida a uma paciente que possuía na época um filho menor de 07 anos e que fora acusada de desvio de verba pública. A decisão da Câmara, por sua vez, foi no sentido de que a decisão do STF fora uma medida que visava salvaguardar “mulheres pobres e



vulneráveis”, de modo que não se vislumbrava no caso da paciente, por estar sendo representada por uma “aguerrida” e “eficiente” banca de advogados.<sup>130</sup>

Nesse diapasão, a própria defensora e assessora criminal Maíra Coraci, que coordena o núcleo da Defensoria Pública do Estado de São Paulo alertou que são inúmeros os casos em que há a visível tentativa de criar uma dificuldade à aplicação do HC e com justificativas difíceis de aceitar. Assevera ainda serem absurdas as justificativas adotadas pelos tribunais ao denegar em razão da falta de prescindibilidade dos cuidados maternos, por ser uma prova extremamente difícil de ser realizada.<sup>131</sup>

Isto posto, como bem aludiu a defensora pública Maíra Coraci, a ausência de prova da indispensabilidade dos cuidados maternos talvez seja um dos temas mais polêmicos por estar sendo utilizado em diversos casos como fundamento para a denegação da prisão domiciliar. Assim, importa fazer uma análise da própria decisão do Supremo quanto a essa matéria para seguidamente trazer recentes decisões dos tribunais que decidiram nesse sentido.

#### **4.3.1 Da comprovação da situação de filiação ou da existência de circunstância de perda ou suspensão do poder familiar com relação à mãe presa**

Na decisão emanada pelo Supremo Tribunal Federal, os ministros do meritório órgão de cúpula acordaram que, caso fosse comprovado que houvesse a suspensão ou a destituição do poder familiar por motivos que não estejam relacionados com a permanência da detenta na prisão, a ordem no que se concerne à concessão da prisão domiciliar não será estendida. É o que se depreende de uma parte do *decisum* que muito deixa claro a despeito da matéria:

Para apurar a situação de guardiã dos seus filhos da mulher presa, dever-se-á dar credibilidade à palavra da mãe, podendo o juiz, na dúvida, requisitar a elaboração de laudo social, devendo, no entanto, cumprir desde

<sup>130</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **HC 2039982-60.2018.8.26.0000**. Relator Marcos Correa. 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo. Julgamento em 12 de abril de 2018. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/568907960/20399826020188260000-sp-2039982-6020188260000/inteiro-teor-568907972?ref=serp>> Acesso em: 03 abril 2019.

<sup>131</sup> VITAL, Danilo. **Com brecha do Supremo, tribunais resistem a aplicar HC coletivo a mães presas**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-26/brecha-stf-tjs-resistem-aplicar-hc-coletivo-maes-presas>> Acesso em: 02 abril 2019.

logo a presente determinação. **Caso se constate a suspensão ou destituição do poder familiar por outros motivos que não a prisão, a presente ordem não se aplicará.**<sup>132</sup> (grifos)

Ainda nesse sentido, fora decidido que, para fins de apuração de guardiã dos filhos da mulher presa, deverá ser dada a credibilidade da palavra da mãe, de modo que poderá ser facultado ao juiz determinar a elaboração de um laudo pericial social para eventual reanálise do benefício concedido.<sup>133</sup>

À vista disso, num documento emitido pela Suprema Corte com o propósito de acompanhar o cumprimento da ordem concedida, fora relatado a partir de um documento acostado aos autos pela Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul que apenas 68 mulheres foram beneficiadas pela decisão em um universo de quase 448 com filhos de até 12 anos, segundo dados da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (Agepen), de modo que, a maioria dos indeferimentos possui como fundamento a suposta ausência de comprovação da indispensabilidade dos cuidados maternos ou, eventualmente, de que a gestação é de alto risco.<sup>134</sup>

Assim, em razão da supracitada realidade fática que acomete os tribunais de todo o país, antes de fazer um exame de algumas das decisões que denegaram a prisão domiciliar em detrimento da ausência da mencionada verificação, importa trazer à baila de forma sucinta o que se trata, de forma efetiva, o poder familiar e em quais circunstâncias acarretariam em sua suspensão ou até mesmo a sua destituição.

Em um primeiro momento, cumpre salientar que a origem do poder familiar está na própria essência dos filhos necessitarem da proteção e dos cuidados dos seus pais. Assim, segundo o autor Rolf Madaleno, haveria uma absoluta dependência com o seu nascimento e reduzindo essa intensidade na medida do seu crescimento, até se desligarem de forma completa quando se atingisse a maioridade civil ou através da sua emancipação.<sup>135</sup>

Como próprio ensina Jorge Adolfo Mazzinghi, o menor necessita de cuidados e proteção dos seus pais por nascerem indefesos, dependentes e impedidos de

---

<sup>132</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 143.641**. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 25 abril 2019.

<sup>133</sup> *Ibidem*.

<sup>134</sup> *Ibidem*.

<sup>135</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 678.

atenderem sozinhos às suas necessidades pessoais, motivo este que precisa ser educado e alimentado pelos seus progenitores.<sup>136</sup>

No que tange ao conteúdo do poder familiar, sua gênese encontra-se prevista no próprio artigo 229, da Constituição Federal, quando esta prescreve como deveres inerentes dos pais assistir, educar e criar os filhos menores. Já no que tange aos deveres decorrentes do pleno exercício do poder, estes estão elencados no próprio art. 1634, do Código Civil, tendo como exemplo “exigir-lhe obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição”, tal como se observa no inciso IX do supracitado artigo.

A despeito da perda do poder familiar, existem algumas hipóteses elencadas em lei que configuram tal ocorrência. Dentre as situações mais comuns se tem como pressuposto a ideia de “deixar o filho em abandono”. Assim sendo, entende-se por abandono quando há a privação da prole da convivência familiar e dos cuidados inerentes aos pais de zelarem pela formação moral e dos seus dependentes. Isto posto, partindo da ideia de que é direito fundamental da criança usufruir da convivência com a família, não poderá ser admitido que um genitor venha a abandonar materialmente, emocionalmente ou psicologicamente o seu filho.<sup>137</sup>

E por fim, para fins de entendimento do legislador, entende-se por suspensão do poder familiar em hipóteses em que há um abuso de autoridade do pai ou da mãe nos cuidados dos seus filhos. Observa-se:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.<sup>138</sup>

Assim sendo, a partir dessas lacônicas considerações sobre o que se entende por poder familiar bem como pela suspensão ou destituição deste, nos próximos tópicos serão abordadas algumas decisões de tribunais que denegaram em detrimento de

---

<sup>136</sup> MAZZINGHI, Jorge Adolfo. **Derecho de Família**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1981, p. 412 *apud*. MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 678.

<sup>137</sup> MAZZINGHI, Jorge Adolfo. **Derecho de Família**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1981, p. 412.

<sup>138</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 693.

<sup>138</sup> BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 25 abril 2019.

tais circunstâncias de modo a se desvendar os reflexos da decisão emanada pelo Supremo ante ao Poder Judiciário.

#### 4.3.1.1 Casos de denegação ausência de prova da indispensabilidade dos cuidados maternos

Com o ímpeto de observar as nuances do habeas corpus coletivo nos tribunais brasileiros, serão trazidas no presente item algumas decisões proferidas em que fora considerada, como um dos argumentos basilares da denegação, a ausência de prova da indispensabilidade dos cuidados maternos.

Serão observados, ao longo do presente tópico, que a maior parte das decisões tiveram como fundamento legal o fato da criança menor de 12 anos estar sob os cuidados de outros integrantes familiares, representando, portanto, para os tribunais, uma nítida circunstância da perda ou suspensão do poder familiar da mãe presa, de modo que a prisão não se tornou, naquele momento, um óbice para o desenvolvimento daquele indivíduo.

O primeiro caso que será trazido no presente trabalho se refere ao Habeas Corpus nº 2024628-92.2018.8.26.0000, onde a 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acordou pela denegação do pedido concernente a aplicabilidade do habeas corpus coletivo referente à paciente Tatiane dos Santos.<sup>139</sup>

Na situação em análise, aduz o impetrante que a paciente fora presa em flagrante, porquanto apontada como autora de tráfico de drogas, de modo que alega o constrangimento ilegal decorrente do ato de Juíza de Direito da 8ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo ao converter a custódia em preventiva, mesmo tendo filha menor de 12 anos de idade.<sup>140</sup>

Acontece, contudo, o entendimento adotado pela Colenda Turma foi de que não fora demonstrada no presente caso a imprescindibilidade de sua soltura para cuidar da

---

<sup>139</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Habeas Corpus 2008590-05.2018.8.26.0000**. Relator Sérgio Coelho. 9ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo. Julgamento em 22 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/decisao-camara-tj-sp-nega-hc-mae2.pdf>> Acesso em: 04 abril 2019.

<sup>140</sup> *Ibidem*.

criança, tarefa igualmente possível aos pais ou responsáveis, de modo que a própria paciente provocou o seu afastamento com o filho ao se envolver no crime, não cabendo assim à aplicação do HC 143-641, por restar enquadrada nas exceções explicitadas pela STF.<sup>141</sup>

É possível atentar, também, para decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na qual fora possível observar a aplicação da hipótese trazida pelo ministro Lewandowski, no julgamento do Habeas Corpus nº 70077052017, pela Oitava Câmara Criminal vez que, segundo a corte, a paciente interessada na concessão da prisão domiciliar, por ter filha menor de 12 (doze) anos, não cuidava nem muito menos dispensava atenção à filha, deixando-a muitas vezes sozinha. Vejamos uma parte da decisão que rejeitou o pedido liminar, transcrita pelo Relator Dálvio Leite Dias de Almeida com o ímpeto de manter a denegação da ordem:

[...] E embora a defesa sustente que a paciente vinha proporcionando assistência psiquiátrica particular à filha, nada trouxe a comprovar a alegação, ônus que lhe incumbia.

Nesse sentido, considerando que a paciente não vem assegurando os cuidados necessários à condição particular de sua filha, tal conjuntura, a princípio, não se modificará com a sua soltura, não se mostrando adequada, ao caso, a substituição da segregação preventiva por prisão domiciliar.

Em sendo assim, não verifico a existência de flagrante ilegalidade, razão pela qual tenho que, por ora, se mostra justificada a manutenção da segregação cautelar da paciente.[...]<sup>142</sup>

Podem ser vislumbradas, ainda, decisões nesse mesmo sentido pelo Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, onde, durante o julgamento do Habeas Corpus nº 0009874-77.2018.8.19.0000, a Terceira Câmara Criminal, por unanimidade, acordou por denegar a ordem, nos termos do voto da douta Relatora Desa. Mônica Tolledo de Oliveira, que entendeu que, em razão do menor estar sob os cuidados da avó materna, com o qual já mantinha e ainda mantém convivência diária, se revela inadequada a concessão da prisão domiciliar. Veja-se:

<sup>141</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Habeas Corpus 2008590-05.2018.8.26.0000**. Relator Sérgio Coelho. 9ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo. Julgamento em 22 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/decisao-camara-tj-sp-nega-hc-mae2.pdf>> Acesso em: 04 abril de 2019.

<sup>142</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Habeas Corpus 70077052017**. Relator Dálvio Leites Dias Teixeira. 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Julgamento em 25 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/acordao-camara-tj-rs-hc-mae-crianca-12.pdf>> Acesso em: 04 abril de 2019.

[...] Pelas suas várias passagens criminais, não me parece que a paciente tenha se preocupado com o bem-estar do filho, eis que se permitiu continuar na criminalidade praticando o mesmo tipo de delito. Não se desconsidera o transtorno familiar originado da prisão da genitora, todavia, como exaustivamente fundamentado na decisão que decretou a prisão da denunciada e, bem assim, diante das circunstâncias em que os fatos teriam se dado, tenho que a hipótese está a exigir o acautelamento provisório. Ademais, repita-se, o menor está sob os cuidados da avó materna, com a qual mantinha e mantém convivência diária.<sup>143</sup>

No estado do Mato Grosso do Sul, por sua vez, a situação não foi diferente. No julgamento do Habeas Corpus nº 1402982-65.2018.8.12.0000, a 3ª Câmara Criminal, por intermédio do Desembargador Relator Jairo Roberto de Quadros, entendeu pela não revogação da prisão cautelar da paciente que possuía duas filhas, uma de 04 e outra de 09 anos, tendo como um dos fundamentos o fato de que em momento algum do processo restou comprovado à convivência das filhas com a mãe, vez que durante a audiência de custódia, externou ser solteira e que as crianças estariam morando com a sua tia.<sup>144</sup>

Analisando as decisões acima colacionadas, observa-se que a grande maioria tivera como fundamento legal o fato da criança menor de 12 anos já estar sob os cuidados de outros entes familiares no momento da prisão ou ainda ter outros responsáveis para ficarem sob a sua guarda durante o momento que a mulher permanece nesta condição. Ocorre que, muito embora pareçam situações similares entre si, não há como negar as suas particularidades.

No acórdão proferido pelo STF, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski deixou claro que não haveria a aplicabilidade da decisão em situações de suspensão ou de destituição do poder familiar. Como já fora visto em tópico anterior, ao tratar sobre esses dois institutos do Código Civil, não é qualquer situação que acaba por acarretar tais fenômenos.

Assim, não há dúvidas de que a situação de um menor de 12 anos que já esteja sob os cuidados de outros responsáveis, antes mesmo da decretação da prisão, poderia representar uma destituição ou suspensão do poder familiar. Acontece, porém, que a

---

<sup>143</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Habeas Corpus 0009874-77.2018.8.19.0000**. Relatora Mônica Tolledo de Oliveira. 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Julgamento em 15 de maio de 2018. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/584446113/habeas-corporus-hc-98747720188190000-rio-de-janeiro-niteroi-4-vara-criminal?ref=serp>> Acesso em: 04 abril 2019.

<sup>144</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Habeas Corpus 1402982-65.2018.8.12.0000**. Relator Jairo Roberto de Quadros. 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Julgamento em 05 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/decisao-tj-ms-negando-substituicao.pdf>> Acesso em: 04 abril 2019.

situação se torna completamente diferente quando os tribunais deixam de conceder a liminar ao considerar que existem outros parentes que possam ficar com o menor, a exemplo das avós maternas, vez que, não haveria nesses casos, uma efetiva ausência do poder familiar, tal como pretendia a suprema corte ao excepcionar tais casos.

Diante disso, observa-se que, na prática, os tribunais, no que se concerne a esse argumento em específico, não estão seguindo a rigor o que pretendia a Corte Suprema, de modo que estão se valendo da lacuna jurídica criada para denegar uma gama de situações não contempladas pelo STF.

De mais a mais, cumpre ainda destacar no próximo tópico uma situação que já se encontra no azo do cenário jurídico nacional, qual seja a exacerbada denegação em razão de presas envolvidas com tráfico de entorpecentes, tendo esse contexto, inclusive, sido alvo do Ministro Relator Ricardo Lewandowski ao derrubar decisões de instâncias inferiores que vieram a rejeitar o pedido em detrimento de tais circunstâncias.

#### **4.3.2 Do estudo e análise de casos de tribunais que não aplicaram o habeas corpus em razão das mães envolvidas com tráficos de entorpecentes**

Permeia na realidade jurídica dos tribunais uma gama de situações em que fora decidido pela denegação da ordem ante a necessidade de separação da mãe de sua prole, haja vista a possibilidade de serem colocadas as crianças no submundo do crime e próximas de drogas altamente viciantes. Nesse diapasão, merece trazer a baila o posicionamento do Ministro Edson Fachin por entender pela necessidade concreta e individualizada dos interesses das crianças para fins de decretação da medida cautelar:

É evidente que a decisão que fixa a custódia cautelar ou definitiva de um dos pais ou responsáveis atinge a vida da criança e, como tal, sempre que possível, deve ela manifestar-se sobre seu destino. Situações haverá em que o melhor interesse da criança exigirá a custódia cautelar, em outras talvez não. Apenas à luz das especificidades dos casos concretos é que será possível ao juiz determinar qual será o melhor interesse da criança..

[...]

Ante o exposto, defiro a ordem de habeas corpus coletivo exclusivamente para dar interpretação conforme aos incisos IV, V e VI do art. 318 do Código

de Processo Penal, a fim de reconhecer, como única interpretação constitucionalmente adequada, a que condicione a substituição da prisão preventiva pela domiciliar à análise concreta, justificada e individualizada, do melhor interesse da criança, sem revogação ou revisão automática das prisões preventivas já decretadas.<sup>145</sup>

É nesse contexto que muitos dos tribunais do país vêm denegando a medida por considerar um risco para as crianças quando se tem presas envolvidas no tráfico de drogas, de modo que, essas situações, se tornam ainda mais gravosas quando tais substâncias são encontradas dentro da própria residência da presa.

A sexta turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus nº 459.366, entendeu por manter a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que denegou a medida cautelar a uma presa mãe de crianças menores de 12 anos e gestante e que fora denunciada pela prática do crime previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. Nos termos do voto do relator, entendeu-se que a conduta da ré amolda-se às situações excepcionais ressalvadas no habeas corpus coletivo, de modo a ser necessária a medida. É o que se depreende de uma parte da decisão do presente tribunal que aborda muito bem a matéria:

[...] Outrossim, destaca-se que, ao que consta, a ré cometeria o crime na presença dos filhos, expondo os infantes aos perigos inerentes aos locais em que ocorre o tráfico de drogas, o que afasta, por óbvio, o 'dever' da acusada de salvaguardar a proteção integral da prole.

Na hipótese, cabe referir que segundo a denúncia a ré traficaria juntamente à sua mãe e avó, além da irmã adolescente. Nestas condições, inquestionável que o ambiente doméstico que a ré tem a oferecer certamente não se reveste das características necessárias ao bem-estar de uma criança.

Nestas condições, verifica-se que os pressupostos estabelecidos pela STF não se amoldam ao caso, uma vez que o ambiente doméstico que a ré tem a oferecer aos infantes em nada se aproxima de um ambiente sadio.

[...] <sup>146</sup>

Nesse mesmo sentido, merece destaque o julgamento do HC nº 9001135-48.2018.8.23.0000, em que a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Roraima, por unanimidade e em consonância com o parecer do Ministério Público, acordou por denegar a ordem nos termos do voto do Desembargador Relator Leonardo Cupello a uma paciente com um filho menor de dois meses de idade, por esta

<sup>145</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 143.641 São Paulo**. Ministro Edson Fachin. Voto. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-fachin-minuta.pdf>> Acesso em: 03 abr. 2019.

<sup>146</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 459.366**. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Julgamento em 03 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631917101/habeas-corpus-hc-459366-rs-2018-0174189-5/inteiro-teor-631917110?ref=amp>> Acesso em: 05 abr. 2019.



traficar na sua própria residência, de modo a por em risco a vida da própria criança:

[...] Não merece prosperar o pedido de prisão domiciliar por dois motivos: i. não há comprovante nos autos de que a flagranteadada possui a filha indicada de 2 meses; ii. Ainda que tivesse comprovado, a presente hipótese entra na terceira exceção disposta no HC coletivo julgado pelo STF, e confirmada pelo STJ, que quando a mãe pratica tráfico de drogas dentro da própria residência, com apreensão de grande quantidade de drogas (700g de drogas), na frente da sua própria filha, ainda mais utilizando criança e adolescente na empreitada criminosa (adolescente WDNA apreendida enquanto dormia também na residência), inclusive participando ativamente de organização criminosa, não há direito à prisão domiciliar em razão da grande periculosidade social (...)<sup>147</sup>

Já no estado de São Paulo, a 9ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, no julgamento do HC nº 2064952-27.2018.8.26.0000, decidiu por manter a denegação do juiz de direito da 1ª Vara Criminal ao entender que a paciente, mesmo possuindo filhos menores de 12 anos, ao ser encontrada com 852,4 gramas de maconha, não ensejaria a automática prisão domiciliar em detrimento da nítida e acentuada periculosidade do agente de modo a ser imprescindível a garantia da ordem pública. Observa-se:

[...] Embora triste a situação, impossível se negar a periculosidade avaliada em face da real e intensa culpabilidade, além do que as circunstâncias fáticas em realce recomendam a manutenção da paciente no cárcere para garantia da ordem pública e aplicação da lei penal. Do mesmo modo, não se demonstrou a imprescindibilidade de sua soltura para cuidar da prole, tarefa igualmente possível aos pais ou familiares (cuja inexistência sequer se cogitou ou, muito menos, comprovou-se), cabendo salientar ter a própria paciente provocado seu afastamento das crianças ao se envolver em crime equiparado a hediondo. [...] <sup>148</sup>

Decisões análogas vistas acima também foram de praxe do Tribunal de Justiça do estado de Minas Gerais, em meio ao julgamento pela 3ª Câmara Criminal do Habeas Corpus nº 1.0000.18.132667-9/000 a uma paciente gestante e com filha menor de 12 anos<sup>149</sup>, bem como no julgamento do HC nº 2024628-92.2018.8.26.0000 pela 4ª

<sup>147</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. **Habeas Corpus 9001135-48.2018.8.23.0000**. Relator Leonardo Cupello. Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de Roraima. Julgamento em 04 de setembro de 2018. Disponível em: <<https://tj-rr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631593083/habeas-corpus-hc-90011354820188230000-9001135-4820188230000/inteiro-teor-631593104?ref=serp>> Acesso em: 03 abr. 2019.

<sup>148</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Habeas Corpus 2064952-27.2018.8.26.0000**. Relator Julio Caio Farto Salles. 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo. Julgamento em 12 de abril 2018. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/566710459/20649522720188260000-sp-2064952-2720188260000/inteiro-teor-566710479?ref=serp>> Acesso em: 03 abr. 2019.

<sup>149</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Habeas Corpus 1.0000.18.132667-9/000**. Relator Antônio Carlos Cruvinel. 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Julgamento em 11 de dezembro de 2018. Disponível em: <<https://tj->

Câmara de Direito Criminal do Estado de São Paulo, ao denegar a medida a uma paciente com três filhos menores, bem como de possuir uma mãe com AVC que se dizia ser indispensável aos seus cuidados, por entender pelo tráfico um delito gravíssimo de modo acarretar riscos à criança.<sup>150</sup>

Assim, percebe-se diante das decisões colacionados anteriormente, que está sendo uma prática do dia a dia forense dos tribunais em considerar como situações excepcionálísimas o tráfico de entorpecentes. Ante a toda essa repercussão jurídica nacional, o Ministro Relator do habeas corpus coletivo, Ricardo Lewandowski, se pronunciou sobre a situação e alegou se tratar em uma nítida resistência dos juízes em executarem a determinação do Supremo Tribunal Federal, determinando a soltura de 09 presas por tráfico. Assim, em um parecer emitido pelo STF, em 24 de outubro de 2018, sobre o acompanhamento do cumprimento da ordem concedida pela 2ª turma da Suprema Corte aduziu:

[...] Esclareço que o fato de a presa ser flagrada levando substâncias entorpecentes para estabelecimento prisional não é óbice à concessão da prisão domiciliar e, em hipótese nenhuma, configura a situação de excepcionalidade a justificar a manutenção da custódia cautelar. Ademais, a concepção de que a mãe que trafica põe sua prole em risco e, por este motivo, não é digna da prisão domiciliar, não encontra amparo legal e é dissonante do ideal encampado quando da concessão do habeas corpus coletivo. Outrossim, não há razões para suspeitar que a mãe que trafica é indiferente ou irresponsável para o exercício da guarda dos filhos, nem para, por meio desta presunção, deixar de efetivar direitos garantidos na legislação nacional e supranacional.[...]<sup>151</sup>

Passadas essas considerações e analisando o próprio teor da decisão, não há dúvidas de que a conversão da prisão preventiva pela domiciliar é antes de tudo um direito da criança do que da própria mãe encarcerada. Assim, se no próprio ambiente domiciliar para onde pleiteia ser encaminhada para fins de convivência com o menor permeia uma acusação de traficar drogas, não há incoerência em excepcionar tais situações ante ao direito que se pretende tutelar no precedente fixado pelo STF.

---

mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/665750394/habeas-corpus-criminal-hc-10000181326679000-mg/inteiro-teor-665750580?ref=serp> Acesso em: 03 abril 2019.

<sup>150</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Habeas Corpus 2024628-92.2018.8.26.0000**. Relator Ivan Sartori. 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo. Julgamento em 27 de março de 2018. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/562687551/20246289220188260000-sp-2024628-9220188260000/inteiro-teor-562687572?ref=serp>> Acesso em: 03 abr. 2019.

<sup>151</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 143.641 São Paulo**. Ministro Ricardo Lewandowski. Voto. P. 06. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338913041&ext=.pdf>> Acesso em: 03 abr. de 2019.

O Desembargador Relator Leonardo Cupello no julgamento do HC 9001135-48.2018.8.23.0000 bem explicitou tal posicionamento. Veja-se:

[...] O interesse do Pretório Excelso, sem dúvidas, é que a criança sofra minimamente com o *strepitus iudicii* imposto à sua genitora, e que o cumprimento de segregação cautelar não comprometa o seu direito à convivência familiar em um ambiente domiciliar saudável. Se a própria mãe pesa acusação de comprometer a higidez do ambiente familiar, não pode alegar que tem direito à prisão domiciliar, justo porque o domicílio teria se convertido em ponto de venda de drogas [...].<sup>152</sup>

Por fim, há de se notar, portanto, a partir dos julgados destacados, que o entendimento do STF ainda não é unânime perante as instâncias inferiores, sem medo de afirmar ainda que as lacunas criadas pelo julgado vêm sendo reiteradamente utilizadas para possibilitar constantes denegações de modo a acarretar ainda, em muito dos casos, em decisões contraditórias e não abarcadas pelo Supremo, a exemplo da prova de indispensabilidade dos cuidados maternos.

#### 4.4 DAS REPERCUSSÕES DE ORDEM PRÁTICA: ASPECTOS GERAIS

Não é difícil notar a importância do julgamento do habeas corpus coletivo pelo STF. Assim, a decisão por ela proferida veio com o intuito de não apenas produzir impacto na situação de todas as mulheres submetidas à prisão cautelar que ostentem a condição prevista em lei, como também na situação das próprias crianças. Ocorre que, muito se esperava que a medida acarretasse em maior concretude às garantias constitucionalmente asseguradas a toda e qualquer criança, não há dúvidas, pelas decisões colacionadas, que o julgamento não fora bem recepcionado pelas instâncias inferiores. Assim, serão abordados a seguir dados coletados por diferentes organizações e instituições no final do ano de 2018, de modo a corroborar com o quanto tanto alegado.

Fora informado ao STF pelo Coletivo de Advocacia em Direitos humanos, que, no estado de São Paulo, cerca de 1.229 mulheres foram beneficiadas com a prisão domiciliar. Ocorre que, em razão de uma falta de controle jurisdicional efetivo, outras

---

<sup>152</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. **Habeas Corpus 9001135-48.2018.8.23.0000**. Relator Leonardo Cupello. Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de Roraima. Julgamento em 04 de setembro de 2018. Disponível em: <<https://tj-rr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631593083/habeas-corporus-hc-90011354820188230000-9001135-4820188230000/inteiro-teor-631593104?ref=serp>> Acesso: 03 abril 2019.

1.325, que seriam contempladas com a decisão por cumprir os requisitos legais, continuavam encarceradas.<sup>153</sup>

Nesse mesmo estado, segundo o Instituto de Direito de Defesa, ao sistematizar informações acerca do cumprimento do habeas corpus coletivo na Penitenciária Feminina “Sandra Aparecida Lario Viana”, em Pirajuí, fora informado que ao menos 122 presas tiveram a substituição negada por questões processuais, sobretudo no que tange a ausência de certidões de nascimento bem como da prova da indispensabilidade dos cuidados maternos, excetuando ainda os casos concernentes à natureza do crime ou em razão da reincidência criminal.<sup>154</sup>

No estado do Rio de Janeiro, segundo a CADHu, em um universo de 217 mulheres que desfrutariam da concessão, apenas 56 tiveram a substituição, demonstrando assim a intensa resistência dos tribunais desse estado a conceder a medida cautelar. No estado do Pernambuco, por sua vez, pela Secretaria de Direitos Humanos Estadual fora dito que de 111 mulheres presas que fariam jus a concessão, apenas 47 foram liberadas.<sup>155</sup>

Pela Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul, fora relatado que apenas 68 mulheres foram beneficiadas pela medida, dentro de um universo de cerca de 448 que cumpriam os requisitos legais para a concessão. Verificou-se ainda que a maior parte das concessões foram realizadas apenas após recurso ao Superior Tribunal de Justiça, evidenciando assim a forte negativa dos juízes de 1ª instância em conceder a medida.<sup>156</sup>

Em números gerais, o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) informou ao STF que havia em média no Brasil cerca de 10.693 mulheres que seriam, em princípio, elegíveis para a concessão da prisão domiciliar nos moldes previstos pelo habeas corpus coletivo. Acontece, porém, que dentro dessa totalidade, apenas 426 tiveram a ordem concedida, representando em menos de 4%.<sup>157</sup>

Isto posto, observando os dados apresentados, conclui-se que os efeitos do Habeas Corpus Coletivo 143.641 no cenário jurídico nacional se mostram deficitários, visto

---

<sup>153</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 143.641 São Paulo**. Ministro Ricardo Lewandowski. Voto. p. 09. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338913041&ext=.pdf>> Acesso em: 03 abril de 2019.

<sup>154</sup> *Ibidem. loc. cit.*

<sup>155</sup> *Ibidem. loc. cit.*

<sup>156</sup> *Ibidem. p. 07.*

<sup>157</sup> *Ibidem. p. 08.*

que muitas decisões judiciais têm insistido em contrariar as determinações do acórdão. Acontece, porém, que essa não foi a realidade que se observou no Conjunto Penitenciário Feminino de Salvador como restará demonstrado a seguir.

#### **4.4.1 Da repercussão no Conjunto Penitenciário Feminino de Salvador no ano de 2018**

O Conjunto Penitenciário Feminino de Salvador destina-se à custódia de presas condenadas em regime fechado e semiaberto, no Provimento da Corregedoria Geral de Justiça nº 03/2016, bem como de presas provisórias da Comarca de Salvador. Ocorre que, diferente do que se observou nas penitenciárias do restante do país, a decisão emanada pelo STF lhe trouxe efeitos positivos que acarretou em um número significativo de internas que foram contempladas com o habeas corpus ao longo do ano de 2018.

De acordo com documento eletrônico disponibilizado pela Secretaria do Estado de Administração Penitenciária (SEAP), no ano de 2018, cerca de 37 detentas foram contempladas com a medida<sup>158</sup> que, para a ex-diretora do conjunto, Luz Marina Silva, durante o evento acadêmico coordenado pela Liga Baiana de Direito Público “I Colóquio Mulher e Cárcere”, considerou ter sido uma quantidade que demonstrou uma aceitação significativa dos juízes ante a decisão emanada pelo STF.

Ao analisar a planilha, observa-se que das 37 detentas que foram liberadas para cumprir a prisão preventiva em âmbito domiciliar, 09 foram denunciadas pelo artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, enquanto que 14 foram acusadas pelo crime de associação por tráfico, previsto pelo artigo 35 dessa mesma lei. Assim, observa-se, que 62,1% da totalidade foram para mulheres acusadas por crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes, o que se demonstra um resultado “fora da curva” se comparado à posição dos tribunais do restante do país.<sup>159</sup>

Dando continuidade aos resultados obtidos através da planilha, observa-se que 01 fora liberada ao estar sendo denunciada pela incidência no art. 171, do Código

---

<sup>158</sup> Vide Anexo B

<sup>159</sup> *Ibidem*

Penal, 01 fora presa acusada pela prática do delito tipificado no artigo 2º, da Lei nº 12.850/13, e 02 detentas pelo crime previsto no artigo 155, do CP.<sup>160</sup>

Acontece, porém, que tais resultados se mostram ainda mais surpreendentes quando se observa que foram contempladas pelo habeas corpus coletivo 02 detentas denunciadas pelo delito tipificado no artigo 157, §2º, do CP, 01 pelo artigo 157, §1º, 01 pelo artigo 158, §1º, 01 pelo artigo 159, §1º, e ainda 03 pelo crime previsto no artigo 121, qual seja de homicídio.<sup>161</sup>

Desse modo, percebe-se que no Conjunto Penitenciário Feminino de Salvador, os resultados quanto aos efeitos da decisão do STF foram positivos, de modo que os juízes, diferente do que se observou no restante do país, receberam o entendimento proposto pela Suprema Corte, até mesmo diante de crimes como homicídio e extorsão mediante sequestro, como fora observado.

Acontece, contudo, muito embora essa tenha sido uma realidade da cidade de Salvador, o que fora observado ao longo do presente trabalho foi uma não recepção da medida no cenário jurídico nacional, razão pela qual mecanismos foram adotados pelo Legislativo ao aprovar a Lei nº 13.769/2018 no final do ano passado, que veio alterar o artigo 318 do CPP que, por sua vez, carecerá também de efetividade, como restará demonstrado a seguir.

---

<sup>160</sup> Vide Anexo B

<sup>161</sup> *Ibidem*.

## 5 A ALTERAÇÃO DO ART. 318 PELA LEI Nº 13.769/2018 E OS OBSTÁCULOS A SEREM VENCIDOS

Em meio a todo esse contexto de não receptividade da decisão proferida pelo STF, em uma imensa maioria das decisões dos tribunais brasileiros, e de modo a ratificar o quanto decidido no Habeas Corpus Coletivo, o legislador, por intermédio da Lei nº 13.769/2018, resolvera de um lado efetivar o benefício para um determinado grupo de mulheres e, por outro lado, vetar expressamente aqueles casos já excepcionados pelo julgado ao inserir os artigos 318-A e 318-B, no Código de Processo Penal<sup>162</sup>.  
Veja-se:

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.

Art. 318-B. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código.<sup>163</sup>

Como já fora objeto de análise em tópico anterior, observa-se que a lei processual penal já previa a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar, conforme se extrai do artigo 318, incisos IV e V. Acontece, contudo, com a recente alteração legislativa, em substituição à locução verbal “poderá substituir” prevista no caput do artigo 318, o legislador agora prevê que a prisão preventiva “será substituída”, ressalvada as hipóteses previstas nos incisos.

Desse modo, observa-se que o que pretendeu o legislador, na prática, fora criar um poder-dever para o juiz onde, somente para os crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa ou que tenha cometido contra o filho ou dependente, que a prisão preventiva não seria substituída pela domiciliar para mulheres gestantes ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência.

---

<sup>162</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. **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. Disponível em: <[http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Maternidade\\_no\\_Carcere\\_e\\_Prisao\\_domiciliar\\_-\\_versao\\_2019\\_-\\_versao\\_atualizada\\_em\\_26-2-2019.pdf](http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Maternidade_no_Carcere_e_Prisao_domiciliar_-_versao_2019_-_versao_atualizada_em_26-2-2019.pdf)> Acesso em 21 mar. 2019.

<sup>163</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Brasília, DF. 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)> Acesso em: 03 mai. 2019.

Ainda nesse contexto, no que se concerne a alteração legislativa, pode-se afirmar ainda que houve, efetivamente, uma situação de complementaridade com o quanto disposto no artigo 318, já que o juiz concederá a prisão domiciliar em substituição a prisão preventiva, desde que inexista as hipóteses previstas nos incisos I e II do artigo recém-incluído pela lei.<sup>164</sup>

De mais a mais, percebe-se que a nova lei trouxe ainda um resgate constitucional ao próprio princípio da fraternidade. Assim, a partir de uma justiça restaurativa, do respeito aos direitos humanos, bem como da humanização da própria aplicação da lei penal, tal princípio também poderá ser concretizado nessa seara do direito.<sup>165</sup>

Percebe-se ainda, que houve, com a alteração legislativa, hipóteses de ampliação e de restrição no que se concerne ao regime anterior, a depender de qual viés esteja sendo observado.

Assim sendo, se por um lado, houve ampliação das hipóteses de concessão, uma vez que, teve-se como incontestável a intenção de conceder a todo grupo de mulheres que ostentem as condições legais, excetuando apenas as circunstâncias previstas nos incisos I e II já excepcionados pelo julgado, por outro lado, fora mais restritiva ao excluir de plano todos os crimes cometidos com violência ou grave ameaça na sua redação.

Isto posto, como restara demonstrado em tópicos subsequentes, o que houve, em verdade, fora uma mera tentativa do legislador de mudança no cenário jurisprudencial no que se concerne a substituição da prisão preventiva pela domiciliar vez que as denegações de prisões domiciliares persistirão no âmbito das decisões judiciais mesmo com a promulgação da nova legislação pelas razões que serão expostas a seguir.

---

<sup>164</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. **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. Disponível em: < [http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Maternidade\\_no\\_Carcere\\_e\\_Prisao\\_domiciliar\\_-\\_versao\\_2019\\_-\\_versao\\_atualizada\\_em\\_26-2-2019.pdf](http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Maternidade_no_Carcere_e_Prisao_domiciliar_-_versao_2019_-_versao_atualizada_em_26-2-2019.pdf)> Acesso em 21 mar. 2019.

<sup>165</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 470.549**. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Julgamento em 12 de fevereiro 2019. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/678480137/habeas-corpus-hc-470549-to-2018-0247260-3/inteiro-teor-678480149?ref=serp>> Acesso em: 04 abril 2019.



## 5.1 O CENÁRIO JURISPRUDENCIAL ATÉ A LEI N° 13.769/2018: UMA INVERSÃO DA LÓGICA DE APRECIÇÃO E ANÁLISE DE CASOS

Não é difícil observar, a partir da análise da jurisprudência dos tribunais brasileiros, que houve, em verdade, com a promulgação da Lei n° 13.769/2018, fora uma inversão da lógica quanto à substituição da prisão preventiva pela domiciliar tanto para mulheres gestantes quanto para aquelas que possuem filhos com até 12 anos. Assim sendo, como restará demonstrado a seguir, considerava-se imprescindível para os tribunais que fosse demonstrada alguma necessidade para a substituição e jamais uma concessão generalizada do benefício tal como pretendeu o legislador com a instituição da nova lei.

Como forma de corroborar com o quanto alegado anteriormente, não há como negar que já houve, por parte do legislador, uma tentativa de ampliar as hipóteses de concessão. O Código de Processo Penal já previa, desde 2011, a substituição para mulheres grávidas, desde que fosse a partir do 7º mês ou sendo esta de alto risco. Com a Lei da Primeira Infância, por sua vez, fora retirada de forma expressa o requisito quanto ao período gestacional bem como a sua gravidade, tendo como a única condição a gravidez em si, conforme se observa no inciso IV, do artigo 318.

Acontece, contudo, a partir de uma pesquisa rápida da jurisprudência, como já fora demonstrado no capítulo anterior, a simples comprovação da gestação por parte da mulher presa não foi por si só, suficiente para os juízes e tribunais concederem à liminar. Assim, o que será observado, é que a conversão automática nunca fora e nunca será um entendimento dos tribunais de modo a se tornar ainda mais difícil a sua aplicação no caso concreto, tal como ocorrera com o habeas corpus coletivo.

A título de exemplificação para o presente trabalho monográfico, importa trazer à baila o julgamento do Habeas Corpus n° 1595.031-3, em que o Tribunal de Justiça do Paraná decidiu por manter a denegação da juíza de direito da Vara Criminal da Comarca de Corbélia à impetrante que, utilizando-se da inovação trazida pela Lei n° 13.257/16, pleiteava a substituição, sob o mero argumento de estar grávida.<sup>166</sup>

---

<sup>166</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Habeas Corpus 1595.031-3**. Relatora Ângela Regina Ramina de Lucca. 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná. Julgamento em 01 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisp>

Acontece, contudo, o tribunal de Justiça do Paraná decidiu por manter a prisão preventiva da presa grávida sob o argumento da necessidade da medida cautelar ante a garantia da ordem pública. Assim, entendeu o tribunal que as circunstâncias que ocorrera o delito (a paciente e seu convivente foram pegos transportando em um veículo mais de 10 kg de crack, visando chegar até o Estado da Bahia) demonstraram, por si só, a real periculosidade da agente, de modo ser imprescindível a sua prisão.<sup>167</sup>

Nesse mesmo sentido, também fora o entendimento da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça ao julgar, no dia 13 de setembro de 2016, o Habeas Corpus nº 363.958, em que optou por denegar a prisão domiciliar sob o argumento de tratar-se de uma paciente multirreincidente bem como não haver comprovação nos autos quanto à inadequação do estabelecimento prisional à condição de gestação. Veja-se:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. FUNDADO RECEIO DE REITERAÇÃO. CONTUMÁCIA DELITIVA. PLEITO DE PRISÃO DOMICILIAR. GRAVIDEZ. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...]

II - A prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu jus libertatis antes da execução (provisória ou definitiva) da pena. É por isso que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal (precedentes).

III - No caso, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, aptos a demonstrar a indispensabilidade da prisão para a garantia da ordem pública, notadamente se considerada a grande quantidade e variedades de drogas apreendidas em poder da paciente, "quais sejam: 70 pedras de crack, 40 microtubos de plásticos contendo cocaína, 15 porções de crack, prontas para serem comercializadas, 02 tabletes grandes de maconha prensada e 01 porção já pronta para ser comercializada. Lograram ainda localizar no quarto 9 porções de crack embaladas e também prontas para venda, 06 porções de cocaína, 27 pedras de crack", além de outros apetrechos, situações que denotam maior desvalor da conduta em tese perpetrada (precedentes do STF e STJ).

---

rudencia/415988282/habeas-corporus-hc-15950313-pr-1595031-3-acordao/inteiro-teor-415988286?ref=serp> Acesso em: 04 abr. 2019.

<sup>167</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Habeas Corpus 1595.031-3**. Relatora Ângela Regina Ramina de Lucca. 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná. Julgamento em 01 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/415988282/habeas-corporus-hc-15950313-pr-1595031-3-acordao/inteiro-teor-415988286?ref=serp>> Acesso em: 04 abr. 2019.

IV - Na hipótese, restou comprovado nos autos, que a paciente é multirreincidente, inclusive pelo mesmo tipo de delito, circunstâncias aptas a ensejar a custódia cautelar em virtude de fundado receito de reiteração delitiva (precedentes).

V - In casu, não há ilegalidade na negativa de substituição da preventiva por prisão domiciliar da paciente grávida, pois não foi comprovada a inadequação do estabelecimento prisional à condição de gestante ou lactante da paciente, visto que assegurados os requisitos para que tivesse a assistência médica devida e condições de amamentar o recém-nascido (precedentes). Habeas corpus não conhecido.<sup>168</sup>

Assim, utilizando-se do julgamento do habeas corpus visto anteriormente, o que se percebeu após a promulgação da Lei nº 13.257/2016, no que tange a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça era de que a grávida, apenas teria direito a substituição, caso fosse comprovado que o estabelecimento penal onde se encontrava a detenta não oferecesse condições dignas a sua condição de gestante, assim como as circunstâncias em que ocorrera o delito não exigissem a manutenção da medida cautelar.

Sobre a necessidade de averiguação comprobatória quanto à precariedade do estabelecimento prisional para a concessão da medida, de modo a testemunhar ainda mais esse entendimento, tem-se no julgamento do Habeas Corpus 134-104-SP, em que a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, nos termos do voto do relator Ministro Gilmar Mendes, por votação unânime, entendeu por conceder a medida domiciliar ante a comprovação de que o estabelecimento prisional onde estava inserida a custodiada se mostrava inadequado, se fazendo necessária a substituição.<sup>169</sup>

No que se concerne ao entendimento jurisprudencial de mães com filhos de até 12 anos, a situação também não se mostra diferente. Em consulta a jurisprudência dos tribunais estaduais e superiores, mesmo diante da inclusão do inciso V, pela Lei nº 13.257/2016, grande parte dos tribunais entendiam que tal concessão dependeria da

---

<sup>168</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 363.958/SP**. Relator Ministro Felix Fischer. 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Julgamento em 13 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=363.958&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 04 abr. 2019.

<sup>168</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 134-104-SP**. Relator Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Julgamento em 02 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11524835>> Acesso em: 04 abr. 2019.

<sup>169</sup> *Ibidem*.

comprovação da imprescindibilidade dos cuidados maternos, sendo jamais vista como uma substituição automática.<sup>170</sup>

Nesse diapasão, importa trazer a baila o julgamento do Habeas Corpus nº 1.628.231-6, que fora julgado em 23 de fevereiro de 2017, pela 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em que a turma entendera por denegar a medida ante a ausência de comprovação da essencialidade dos cuidados da mãe. Veja-se:

PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. SUPOSTA PRÁTICA DO CRIME CAPITULADO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06.1) CONCLAMADA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA. INOCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE PERSISTÊNCIA DO DECRETO CAUTELAR PARA GARANTIR A ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DA AGENTE DEMONSTRADA PELA QUANTIDADE SIGNIFICATIVA DE ENTORPECENTE APREENDIDA [700g (SETECENTOS GRAMAS) DE 'MACONHA']. PERICULUM LIBERTATIS FARTAMENTE EVIDENCIADO.2) PEDIDO DE SUBMISSÃO DA PACIENTE À PRISÃO DOMICILIAR. IMPERATIVIDADE NÃO DELINEADA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA IMPRESCINDIBILIDADE DA RÉ AOS CUIDADOS DOS FILHOS MENORES DE IDADE. CRIANÇAS QUE VÊM SENDO AMPARADAS PELA AVÓ MATERNA. TESE AFASTADA.CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.<sup>171</sup>

Em meio a todo esse contexto, se tem ainda no julgamento do Habeas Corpus coletivo 143-641-STF uma extensão desse entendimento jurisprudencial. Muito embora a medida tenha se dado em detrimento da exacerbada negativa dos juízes em deferir no caso concreto a liminar, pelas razões já vistas anteriormente, de longe pretendia a colenda turma em conceder de forma automática e generalizada os benefícios da prisão domiciliar.

Assim sendo, muito embora a nova lei tenha se inserido no ordenamento pátrio aparentemente com o intuito de ratificar o quanto decidido no Habeas Corpus Coletivo, é de fácil percepção que a nova lei, trouxe ainda consigo, um precedente de mudança no cenário jurisprudencial até da própria Corte.

<sup>170</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. **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. Disponível em: < [http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Maternidade\\_no\\_Carcere\\_e\\_Prisao\\_domiciliar\\_-\\_versao\\_2019\\_-\\_versao\\_atualizada\\_em\\_26-2-2019.pdf](http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Maternidade_no_Carcere_e_Prisao_domiciliar_-_versao_2019_-_versao_atualizada_em_26-2-2019.pdf)> Acesso em 21 mar. 2019.

<sup>171</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Habeas Corpus 1.628.231-6**. Relatora Simone Cherem Fabrício de Melo. 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Julgamento em 23 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurispr.udencia/437332403/habeas-corporus-hc-16282316-pr-1628231-6-acordao/inteiro-teor-437332413?ref=serp>> Acesso em: 04 abr. 2019.

Ao tratar no capítulo anterior do tópico referente ao teor e motivação do habeas corpus coletivo, muito embora fosse reconhecida a existência de uma gravíssima deficiência estrutural como regra, de modo se fazer desnecessária tal comprovação, por outro lado, “abriu” espaço para situações excepcionalíssimas bem como entendeu por não ser estendida a medida para mães em detrimento da suspensão ou destituição do poder familiar.

Isto posto, observa-se que sempre houve, por parte da jurisprudência dos tribunais, antes e pós habeas corpus coletivo, uma exigência para que fosse demonstrada alguma necessidade para a substituição. Desse modo, prever uma substituição automática tal como pretende o legislador não será uma tarefa fácil de ser observada no dia a dia forense ao analisar os precedentes jurisprudenciais.

## 5.2 DA NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR E A VIOLAÇÃO AO ARTIGO 282 DO CPP

Em um primeiro momento, cumpre aludir que, muito embora a Lei nº 12.403/11 sustente a distinção entre prisões, medidas cautelares e liberdade provisória, não é difícil perceber que todas elas exercem não só o mesmo papel como a mesma função processual, qual seja de acautelamento dos interesses da jurisdição criminal. Desse modo, a partir da vigência da supracitada lei, todas as restrições de direitos pessoais e à liberdade de locomoção antes do trânsito em julgado recebem a alcunha de medidas cautelares sendo, portanto, essa a natureza da prisão domiciliar.<sup>172</sup>

Passadas as breves considerações acerca da natureza cautelar da prisão domiciliar, importa tecer alguns comentários quanto aos próprios requisitos e pressupostos para a imposição de toda e qualquer medida dessa espécie, de modo a, posteriormente, tratar da Lei nº 13.769/2018. É o que prevê o artigo 282, incisos I e II do Código de Processo Penal, *verbis*:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

---

<sup>172</sup> PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 494-496.

- I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;
- II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.<sup>173</sup>

Inicialmente, cumpre salientar que, o conteúdo do aludido texto normativo já fora objeto de análise no presente trabalho monográfico quando fora tratado acerca dos requisitos e pressupostos para a decretação da prisão preventiva. Diante disso, se passará para uma abordagem de forma mais específica da matéria atinente ao inciso II do respectivo artigo, sendo fundamental a sua discussão ao tratar do conteúdo da recente lei.

De acordo com o inciso II, do artigo 282, considera-se como pressuposto para a decretação de toda e qualquer medida cautelar a adequação da medida à gravidade do crime, as circunstâncias do fato, bem como as condições pessoais do indiciado. Assim, como bem lecionam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar ao tratar da matéria:

Tem-se aqui vetores interpretativos que vão banalizar, inclusive, a escolha da cautelar que tenha maior aderência, levando em conta a gravidade (concreta) do delito, as circunstâncias de como o fato criminoso foi praticado, retratando a historiografia do crime, além das condições pessoais do agente, individualizando-se a conduta e o seu protagonista.<sup>174</sup>

Assim sendo, como bem retratam os autores, tem-se aqui uma referência feita à própria adequação da providência de modo que tais pressupostos vão muito além da gravidade do crime, devendo ser analisada as particularidades em que todo o crime fora praticado.

Nesse diapasão, importa tratar acerca do que pretendeu o legislador ao atribuir como pressuposto a aplicação da medida as circunstâncias do fato, de modo a aperfeiçoar ainda mais o presente estudo.

Diante disso, entende-se por circunstância do crime tudo aquilo que envolve a atitude do acusado, o local do crime, à duração do tempo do delito, o comportamento do indiciado em relação às vítimas, os instrumentos utilizados, amplamente denominado como “*modus operandi*”, de modo a perfazerem todo o

---

<sup>173</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Brasília, DF. 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)> Acesso em: 07 mai. 2019.

<sup>174</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 9 ed. Rio de Janeiro: JusPodivm, 2014, p. 701.

contexto em que fora praticado o delito.<sup>175</sup> Para além disso, sobre o tema, o jurista brasileiro Guilherme Nucci aduz:

São elementos acidentais não participantes da estrutura do tipo, embora envolvendo o delito. Quando expressamente gravadas na lei, as circunstâncias são chamadas de legais (agravantes e atenuantes, por exemplo). Quando genericamente previstas, devendo ser formadas pela análise e pelo discernimento do juiz, são chamadas de judiciais. Um crime pode ser praticado, por exemplo, em local ermo para dificultar a sua descoberta e a apuração do culpado. Constituindo circunstância gravosa. Trata-se de elemento residual, ou seja, quando não prevista a circunstância como qualificadora/causa de aumento ou privilégio/causa de diminuição, pode o juiz considerá-la como circunstância judicial.<sup>176</sup>

Diante disso, observa-se, portanto, que quando presente a necessidade da cautelar (inciso I do respectivo artigo), em razão da existência de eventuais riscos ao andamento processual, a primeira diligência a ser realizada pelo juízo é o exame das medidas cabíveis no processo que, por sua vez, deverá levar em consideração a adequação da providência, em vista da concreta situação pessoal do agente, bem como da gravidade e das circunstâncias do fato.<sup>177</sup>

Desse modo, a necessidade de cautela figura-se apenas como ponto de partida para a imposição de medidas cautelares, vez que a sua posterior adequação deverá ser analisada concomitantemente. Assim sendo, em consonância com o postulado da proporcionalidade, haverá de ser realizado um juízo de ponderação pelo juiz, de modo a optar pela melhor medida no caso concreto.<sup>178</sup>

Diante disso, partindo do pressuposto de que a medida aplicada não deve ser inócua, de forma que deva pautar-se na sua individualização que, por sua vez, utiliza-se como critérios a proporcionalidade e a razoabilidade, importa tratar da Lei nº 13.769/2018 e dos critérios utilizados por este a fim de conceder o benefício domiciliar.

Ao observar o novo dispositivo legal, não é difícil perceber que o mesmo se opôs abertamente às regras gerais para a concessão das cautelas previstas no artigo 282. Assim sendo, percebe-se que o legislador, de forma clara, acabou por ignorar o pressuposto da prévia análise das circunstâncias do crime, de modo a não fazer o

<sup>175</sup> ESTEFAM, André Eduardo Rios; GONÇALVES, Victor . **Direito penal esquematizado: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 424.

<sup>176</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 230.

<sup>177</sup> PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 505.

<sup>178</sup> *Ibidem. loc.cit.*

juízo de ponderação necessário se aquela medida cautelar é adequada e suficiente para garantir, não só a aplicação da lei penal como impedir a reiteração delitiva.<sup>179</sup>

De mais a mais, importa afirmar ainda que ao utilizar como única condição para impedir a substituição se o crime for cometido com violência ou grave ameaça ou que tenha sido realizado contra filho ou dependente, percebe-se ainda que o legislador apenas se preocupasse com o requisito da gravidade do delito, considerando-o assim como o único e suficiente para impedir uma suposta substituição.

Partindo desse pressuposto, importa trazer à baila para fim de melhor compreensão do presente trabalho monográfico, a situação de uma mãe que trafica em sua própria residência. A depender do grau de “traficância” que esta detenta realize em seu domicílio, de fato a prisão domiciliar, para aquele caso específico, talvez não seja a medida mais adequada. Desse modo, se torna extremamente relevante que se analise as circunstâncias do caso para que o juiz, na sua discricionariedade, realize a sua ponderação.

Diante disso, sendo a medida cautelar um instrumento apto a resguardar o processo, percebe-se que o juiz pode, mesmo sem presentes as hipóteses dos incisos I e II do respectivo artigo, perceber que a liberdade do indivíduo é incompatível de modo a tornar útil o resultado do processo. Assim sendo, acaba que, em muito dos casos, a cautelaridade da prisão domiciliar não se mostrará suficiente ante as circunstâncias do caso.

Muito embora tenha sido esse o comportamento do legislador em virtude de uma repercussão negativa do habeas corpus coletivo em grande parte dos tribunais este, por sua vez, não pode ir de encontro ao próprio mandamento legal, suprimindo os requisitos para concessão de cautelares. A prisão domiciliar apresenta sim como uma alternativa eficaz quando se pensa na deficiência e precariedade da maternidade no contexto prisional brasileiro, desde que respeite os limites e imposições legais.

---

<sup>179</sup> SÍTIO ELETRÔNICO MEU SITE JURÍDICO. **Breves comentários às Leis 13.769/18 (prisão domiciliar), 13.771/18 (feminicídio) e 13.772/18 (registro não autorizado de nudez ou ato sexual)**. Disponível em: <<https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/12/9c20f715-breves-comentarios-as-leis-13769-18-prisao-domiciliar-13771-18-feminicidio-e-13772-18.pdf>> Acesso em: 15 abr. 2019.



Assim sendo, observa-se que houve, com a recente lei, um choque de princípios, quais sejam, o do interesse da persecução penal e da proteção integral da criança, sendo este último o alicerce da própria criação legislativa. Nesse sentido, importa trazer à baila o seguinte questionamento: deverá sempre prevalecer o interesse da criança independente da situação? Ou melhor, a criança, em determinados casos, poderia vir a ser protegida de outra forma?

Como já fora abordado em momento anterior, não há dúvidas de que o princípio da proteção integral da criança representa um avanço em termos de proteção de direitos fundamentais, de modo que deva sim ser colocado como prioridade. Acontece, porém, que, proteger a criança não necessariamente está intimamente relacionado com a concessão obrigatória do benefício domiciliar, vez que um risco indireto poderia vir a ser ocasionado em certos casos.

Dentro desse contexto, portanto, deveria buscar o legislador ou até o juiz no caso concreto alternativas com o claro intuito de concretizar esse direito. E mais, deveria entender o legislador que a observância dos requisitos legais muitas vezes está ligada ao próprio princípio da proteção integral, de modo a andarem juntas.

Isto posto, pode-se afirmar, portanto que, muito embora a prisão domiciliar seja tida como um conceito “diferente de prisão”, de modo a serem muito menos agressivas se comparadas com a prisão preventiva, estas, por sua vez, também possuem o condão de restringir direitos fundamentais do acusado. Diante disso, sendo uma espécie de medida cautelar, os princípios basilares para sua implementação devem ser observados, fato este que não ocorrera na presente lei.

### 5.3 DA OMISSÃO DO LEGISLADOR QUANTO A EXIGÊNCIA DA GUARDA EFETIVA DA CRIANÇA: UMA BRECHA PARA DENEGAÇÕES NO CASO CONCRETO

Em uma primeira impressão, não é difícil perceber ainda que a lei não soluciona o problema da falta de efetividade da concessão das prisões domiciliares no azo do cenário jurídico nacional ao não regulamentar um problema que já existia desde o

juízo do habeas corpus coletivo, qual seja das controvérsias que giravam em torno da exigência da guarda efetiva da criança.

Quando fora tratado acerca do habeas corpus coletivo, fora visto, a partir de decisões colacionadas de diferentes tribunais, que muitos juízes denegavam a medida cautelar simplesmente não levando em consideração o requisito da suspensão ou destituição do poder familiar, mas sim aliado ao fato do menor ter outro ente da família que pudesse o acolher nesse momento, de modo que não levavam “a risca” nos julgamentos o quanto tanto decidido pelo STF.

No novo dispositivo legal recém-incorporado ao Código de Processo Penal, ao não normatizar de forma específica tais questões, acabou por abrir espaços novamente para que os juízes, no caso concreto, persistam na denegação no que se concerne a questão da ausência de prova quanto a indispensabilidade dos cuidados maternos, de modo que ampliou ainda mais a discricionariedade em um dos pontos mais controvertidos que giravam em torno da temática.

Nesse ponto de forma específico, deveria ter o legislador deixado claro sobre a exigência da guarda de modo que, mesmo que a criança tivesse um ente próximo que pudesse lhe oferecer cuidados no período que a mãe estivesse na prisão, este, por sua vez, por si só, não deveria ser considerado um óbice para o benefício domiciliar. Dessa forma, haveria de ter no próprio texto legal uma redação nesse sentido, com o ímpeto de resolver tal problemática.

Outro ponto que merece destaque no que se concerne a essa temática, se refere aos casos em que a mãe, muito embora tivesse a guarda de direito do menor, não detinha a guarda de fato. Diante disso, a lei, ao ser omissa, estendeu o fato da simples condição de mãe ser considerado como o único requisito legal para a concessão da cautelar, não se preocupando com os casos de nítida suspensão ou destituição do poder familiar, como fora abarcado pelo habeas corpus coletivo.

Percebe-se, todavia, que a situação descrita acima em nada se assemelha com os casos que já foram discutidos quando os juízes denegavam por existir integrantes familiares que pudessem ficar com o menor. Fala-se aqui em suspensão ou destituição do poder familiar quando, por exemplo, mães que já deixam seus filhos com algum parente com o claro intuito de seguir a sua vida. Diante disso, haveria

uma necessidade da lei tratar sobre desse ponto, vez que a simples condição de mãe não seria suficiente nesses casos.

Assim, percebe-se, portanto que, se com o habeas corpus já tinha uma limitação quanto à exigência da necessidade de indispensabilidade dos cuidados maternos para fins de concessão da medida uma gama de situações não foram abarcadas, com a nova lei, ao fixar apenas duas ressalvas ao regime domiciliar, não há dúvidas que tais denegações serão ainda mais numerosas.

#### 5.4 DAS SITUAÇÕES EXCEPCIONALÍSSIMAS: SUPERAÇÃO OU OMISSÃO?

E por fim, passadas todas essas considerações acerca dos obstáculos a serem vencidos com a aprovação da recente lei pelo Congresso Nacional, importa tratar do ponto mais polêmico de todos vistos anteriormente. A dúvida que parecia é: houve um silêncio eloquente do legislador com o objetivo de superar o entendimento do STF sobre o tema ou uma simples omissão?

Não há dúvidas que, no que se concerne à novidade legislativa, o que houve, em verdade, fora um mero silêncio. A resposta da pergunta inicial gira em torno da consequência lógica do próprio sistema que rege as cautelares. Desse modo, sempre haverá, por parte do juízo competente, a possibilidade de fundamentação do indeferimento de uma cautelar diante do fato de que toda medida nesse sentido está sujeita a denominada cláusula de reserva da jurisdição.<sup>180</sup>

Segundo a doutrina do jurista português José Gomes Canotilho, entende-se por cláusula de reserva todas as hipóteses em que ao Poder Judiciário é atribuída com exclusividade “a primeira palavra” sobre um dado assunto, de modo que tais questões apenas poderiam ser decididas por órgãos judiciais no exercício do poder jurisdicional.<sup>181</sup> Tal posicionamento também é adotada pelo STF, como

---

<sup>180</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. **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. Disponível em: < [http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Maternidade\\_no\\_Carcere\\_e\\_Prisao\\_domiciliar\\_-\\_versao\\_2019\\_-\\_versao\\_atualizada\\_em\\_26-2-2019.pdf](http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Maternidade_no_Carcere_e_Prisao_domiciliar_-_versao_2019_-_versao_atualizada_em_26-2-2019.pdf)> Acesso em 21 mar. 2019.

<sup>181</sup> CANÓTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. Disponível em:< <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/download/1586/1275>> Acesso em: 15 abr. 2019.

também de conceituados autores brasileiros, como Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho<sup>182</sup>, Américo Bedê Freire Júnior<sup>183</sup> e Fernando Facury Scaff.<sup>184</sup>

Assim sendo, diante desse fato, não tem o legislador condições de prever todas as hipóteses excepcionais. Desse modo, nada impede que o magistrado, em um dado caso concreto, verifique a pertinência ou não da concessão, de modo a salvaguardar não só a garantia da ordem pública e econômica como também a própria conveniência da instrução criminal.

É o que entende o Juiz de Direito do Distrito Federal Fernando Barbagalo, ao tratar acerca das primeiras impressões da lei:

É louvável o desiderato da nova lei na efetivação de princípios constitucionais de proteção à maternidade (art. 6º) e à infância (art. 227), seguindo também a linha estabelecida em orientações internacionais sobre o tema (Regras de Bangkok). Inobstante, certamente existirão casos em que essa automatização da prisão domiciliar causará perplexidade. Relevante notar que a formulação do dispositivo anterior, art. 318, (“Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar”) permite margem interpretativa, afastando a substituição em casos excepcionais. Esta permissão não existe no novo dispositivo (art. 318-A). Mesmo o acórdão no habeas coletivo autorizava a manutenção da prisão preventiva nas “situações excepcionalíssimas” devidamente fundamentas. E essas situações, infelizmente, acontecem.

Apenas para ilustrar, em nossa triste realidade existem casos de mães de crianças e de gestantes reincidentes que obtiveram a liberdade e pouco depois foram presas vendendo drogas ou armazenando drogas nos locais em que residiam com seus pequenos. Neste sentido, citando apenas um de muitos precedentes, foi negada a substituição da prisão preventiva em domiciliar em razão da “considerável quantidade de drogas apreendida” (mais de 661g de cocaína; 45g de maconha; 122g de crack), com outros objetos (incluindo éter etílico e frascos de anestésicos) no interior da residência em que a mulher vivia com a filha. Compreendeu-se como excepcional a situação e a prisão preventiva mantida.<sup>185</sup>

Nesse mesmo sentido do pensamento do juiz do Distrito Federal, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu, no julgamento do Habeas Corpus 426.526, que o indeferimento do benefício em situações excepcionais, mesmo após a entrada

<sup>182</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **As Ambulâncias e o Poder Judiciário: Reserva de Jurisdição e Direito de Liberdade**. Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, vol. 8, n. 29, 2005. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/download/1586/1275>> Acesso em: 15 abr. 2019.

<sup>183</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **Restrição a Direitos Fundamentais: a Questão da Interceptação de E-mail e a Reserva de Jurisdição**. Revista de Informação Legislativa, a. 43 n. 171 jul./set., 2006, p. 55-62. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/download/1586/1275>> Acesso em: 15 abr. 2019.

<sup>184</sup> SCAFF, Fernando Facury. Sigilo Fiscal e Reserva de Jurisdição. In: **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 71, agosto de 2001. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/download/1586/1275>> Acesso em: 15 abr. de 2019.

<sup>185</sup> BARBAGALO, Fernando. **Lei 13.769/2.018: Primeiras impressões**. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2019/lei-13-769-2-018-primeiras-impressoes-juiz-fernando-barbagalo>> Acesso em: 20 abr. 2019.

em vigor da Lei nº 13.769/2018, é completamente possível, quando se tem como principal objetivo de sua criação a proteção da própria criança.<sup>186</sup>

Desse modo, concluiu a colenda turma que existem uma gama de situações no caso concreto que evidenciam um risco concreto de violação ao direito da criança e da própria ordem pública, de forma que a presença física da mãe naquele momento não seria a melhor solução.<sup>187</sup>

Diante disso, veja uma parte da decisão do respectivo habeas corpus em que a turma, por relatoria do Ministro Joel Ilan Paciornik, entendeu por denegar a medida a uma mãe que fora acusada de ser líder do tráfico de entorpecentes da região e utilizar, rotineiramente, arma de fogo:

A exceção da concessão do benefício em determinadas situações excepcionalíssimas deve, portanto, ao meu ver, subsistir. Com efeito, por meio desse parâmetro adicional era possível fazer um controle maior de condutas criminosas que, embora não alcançados pelas duas exceções, se revestiam de elevada gravidade, evidenciando um risco concreto de violação dos direitos da criança ou uma ameaça acentuada à ordem pública. Nesse sentido, temos muitos precedentes apontando como situações excepcionalíssimas, dentre as quais se destacam: (i) praticar o tráfico de drogas na residência, com a presença ou mesmo participação das crianças; (ii) reincidir em crimes graves, onde mesmo após prisões anteriores ou cumprimento de penas, não abandonaram o mundo do crime; (iii) integrar perigosas organizações criminosas, profundamente envolvidas com a criminalidade, notadamente quando exercem papel relevante, com ligações com facções perigosas, criando um ambiente de constante risco e insegurança que afeta toda a família, apenas para exemplificar. Nessas hipóteses, percebe-se que a presença física da mãe ou responsável pode caracterizar violação de direitos que atinge diretamente as crianças menores ou dependentes (...)

Assim, o propósito da lei não é conferir um salvo-conduto às mulheres que cometem crime sem violência ou grave ameaça, independente do risco que a sua liberdade possa oferecer aos filhos, à pessoa com deficiência pela qual é responsável, ou mesmo à sociedade. Ao contrário, "o principal objetivo da novel lei, editada após a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu às custodiadas mães de filhos menores de 12 anos de idade o direito à prisão domiciliar, é a proteção da criança". (...)

Por isso, penso que a normatização de apenas duas das exceções já previstas no habeas corpus coletivo não afasta a efetividade do que foi decidido pelo Supremo nos pontos não alcançados pela norma. 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. Tenho que deve prevalecer a interpretação teleológica da lei, assim como a proteção aos valores mais vulneráveis. Com efeito, naquilo que a lei não regulou, o precedente da Suprema Corte deve continuar sendo aplicado, pois uma interpretação restritiva da norma pode representar, em determinados casos, efetivo risco direto e indireto à criança

---

<sup>186</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 426.526**. Relator Ministro Joel Ilan Paciornik. 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Julgamento em 12 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?processo=HC+426.526&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 05 abr. 2019.

<sup>187</sup> *Ibidem*.

cuja proteção deve ser integral e prioritária, como determina a Constituição no art.227, bem como à pessoa deficiente.<sup>188</sup>

Nesse seguimento, no estado do Tocantins, no julgamento do HC nº 470.549, o Superior Tribunal de Justiça, por relatoria do ministro Reynaldo Soares da Fonseca, deixou claro o posicionamento de que, mesmo após a inserção do artigo 318-A no CPP, é possível que o juiz negue o benefício domiciliar desde que presente situação excepcionalíssima. É o que se extrai de uma parte da decisão:

Nessa direção, impossível ignorar que em determinadas situações – frise-se, excepcionalíssimas, criminalmente concretas, e que deverão ser devidamente demonstradas – a mãe pode, até mais do que nas hipóteses expressamente previstas, ser *presença que possa prejudicar a formação de sua personalidade e a construção de seus valores*. Em tais casos, entendo que a proteção do menor deve prevalecer sobre o direito legalmente conferido a tais mulheres. Repita-se: o foco de tais disposições deve fixar-se no menor ou, nos termos da novidade legal, no deficiente.<sup>189</sup>

Isto posto, percebe-se, portanto que a normatização de apenas duas exceções não afasta a efetividade do que fora decidido pelo Supremo no Habeas Corpus 143-641, nos pontos não alcançados pela lei. Assim, o fato de o legislador não ter inserido outras exceções não significa que o magistrado esteja proibido de negar o benefício quando se deparar com situações excepcionalíssimas.

Interessante ressaltar ainda que, muito embora situações com essa de fato existam e estejam sendo utilizadas para denegar o benefício domiciliar pelos tribunais do país, como fora observado nos julgados colacionados anteriormente, a preocupação que se deve ter a partir de então é a plena consciência por parte dos tribunais de que se tratam de exceções, pois a necessidade dos cuidados nos primeiros anos de vida é indiscutível e presumida, de modo a não banalizar o instituto mesmo com a lei.

Assim sendo, como bem entendeu os precedentes jurisprudenciais do STJ, deverá prevalecer nesse contexto uma interpretação teológica e não restritiva da lei de modo que, esta ultima interpretação, caso venha ser aplicada, poderá acarretar em

---

<sup>188</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 426.526**. Relator Ministro Joel Ilan Paciornik. 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Julgamento em 12 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?processo=HC+426.526&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 05 abr. 2019.

<sup>189</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 470.549**. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Julgamento em 12 de fevereiro 2019. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?processo=HC+426.526&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 05 abr. 2019.

um efetivo risco indireto ou até mesmo direto para a criança, cuja proteção deverá ser integral e prioritária.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao longo do desenvolvimento deste estudo restou demonstrado que as prisões femininas carecem de melhorias significativas e que a maior parte delas não funciona de acordo com as normas vigentes do ordenamento pátrio. Assim, embora se tenha uma lei de execução penal que estabeleça diretrizes a fim de garantir a todas as detentas um espaço propício para uma maternidade digna, essa por sua vez não é colocada em prática, ensejando assim em inúmeros problemas.

Evidenciou-se ainda que, diante do sistema carcerário vigente, buscou o Supremo Tribunal Federal a adoção de medidas sistemáticas com vistas a reduzir a gravíssima deficiência estrutural existente, assumindo o tribunal a função atípica de racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal, minimizando o quadro a partir da concessão da prisão domiciliar em determinados casos.

A partir disso, esta pesquisa debruçou-se a fazer uma exposição das principais dificuldades para a efetivação do habeas corpus coletivo nos tribunais brasileiros, iniciando assim o debate pela própria falta de amparo constitucional para a aceitação do efeito vinculante da decisão. Fora constatado que a restrição se tornou ainda mais evidente no caso em questão, por ter sido tomada pela maioria dos ministros de apenas uma das turmas do Supremo, não respeitando o quórum da maioria absoluta para fins de efeito erga omnes em decisões tomadas em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Por conseguinte, fora verificado ainda que a lacuna jurídica criada pelo STF no que se concerne às situações excepcionalíssimas se mostrou como a principal razão de denegação da medida na prática forense dos tribunais. Pelas decisões colacionadas de diversos tribunais brasileiros, constatou-se que a ausência da prova de indispensabilidade dos cuidados maternos e mulheres envolvidas com tráfico de entorpecentes foram os temas mais polêmicos do debate.

Contudo, ao longo da investigação, percebeu-se que os tribunais não estão seguindo a rigor o que pretendia a corte ao excepcionar casos, sobretudo, no que se refere à nítida suspensão ou destituição do poder familiar. Assim, em diversos casos, tribunais estão deixando de conceder a liminar levando em conta que existem outros parentes que possam ficar com o menor, se valendo assim da lacuna criada para denegar uma gama de medidas não contempladas.

Noutro giro, se tratando das denegações em razão do tráfico de entorpecentes, muito embora o STF já tenha se pronunciado que tal ocorrência não é óbice à concessão da prisão domiciliar, não há dúvidas que o que se pretende proteger nesse contexto é o direito da criança do que da própria mãe encarcerada. Assim, se no próprio ambiente domiciliar para onde pleiteia ser encaminhada permeia uma acusação de traficar drogas, não haveria incoerência dos tribunais ao excepcionar tais situações.

Desse modo, com ímpeto de corroborar com as decisões colacionadas, restou demonstrado a partir de dados gerais coletados por diferentes organizações e instituições no final do ano de 2018, que o julgamento não fora bem recepcionado. No estado do Rio de Janeiro, por exemplo, segundo o Coletivo de Advogados em Direitos Humanos, de um universo de 217 mulheres que desfrutariam da concessão apenas 56 foram contempladas, demonstrando assim a intensa resistência dos tribunais em conceder a medida cautelar.

Por outro lado, fora verificado na presente pesquisa, que no Conjunto Penitenciário de Salvador os resultados se mostraram positivos de modo que os juízes recepcionaram entendimento proposto pela Suprema Corte, até mesmo diante de crimes como homicídio e extorsão mediante sequestro.

Destarte, fora demonstrado ainda no presente trabalho monográfico que houve, com a alteração legislativa, também objeto de estudo da pesquisa, uma nítida intenção do legislador em ampliar as hipóteses de concessão da prisão domiciliar se comparada com a decisão proveniente do habeas corpus coletivo, excetuando apenas as circunstâncias previstas nos incisos I e II já excepcionados pelo julgado.

De mais a mais, percebeu-se ainda uma explícita inversão da lógica de apreciação ao analisar o cenário jurisprudencial até a lei, vez que, pelas próprias decisões colacionadas, considerava-se imprescindível para os tribunais que fosse



demonstrada alguma necessidade para a substituição e jamais uma concessão generalizada tal como pretendeu o legislador.

Neste ponto, discutiu-se ainda que o legislador se opôs abertamente às regras gerais para a concessão das cautelares previstas no artigo 282, de modo que apenas se apegou ao debate o requisito da gravidade do delito, ignorando assim o pressuposto da prévia análise das circunstâncias do crime, pretendendo desconsiderar o juízo de ponderação necessário para fins de análise da adequação da medida cautelar.

Assim, sendo a medida cautelar um instrumento apto a resguardar o processo, percebeu-se que o juiz pode, mesmo sem presentes as hipóteses dos incisos I e II do respectivo artigo, perceber que a liberdade do indivíduo é incompatível de modo a tornar útil o resultado do processo. À vista disso, acaba que, em muito dos casos, a cautelaridade da prisão domiciliar não se mostrará suficiente ante as circunstâncias do caso, sendo muitas vezes atrelada ao próprio princípio da proteção integral da criança.

Ademais, deduziu-se ainda que o legislador, ao ser omissos quanto à exigência da guarda efetiva, não resolveu um dos pontos mais polêmicos que giravam em torno da problemática, abrindo assim uma brecha ainda maior para as denegações no caso concreto.

Por fim, fora constatado ainda que sempre haverá, por parte do juízo competente, a possibilidade de fundamentação do indeferimento de uma cautelar, diante do fato de que toda matéria nesse sentido está sujeita a denominada cláusula de reserva da jurisdição.

Desse modo, à guisa de conclusão, o que vai ocorrer na prática é que os magistrados que não concediam a liberdade provisória a essas mulheres continuarão sem conceder, vez que, acharão à luz do caso concreto, meios para fundamentar a sua decisão, seja por considerar aquela acusada um perigo para a ordem pública ou por qualquer outro fundamento que considerar apropriado para o caso concreto.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Luana. **Presas enfrentam o drama da separação dos filhos**. Disponível em: <<https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/presas-enfrentam-o-drama-da-separacao-dos-filhos/>> Acesso em: 22 mar. 2019.

ARMELIN, Bruna Dal Fiume; MELLO, Daniela Canazaro de; GAUER, Gabriel José Chittó. **Filhos do cárcere**: Estudo sobre as mães que vivem com seus filhos em regime fechado. Disponível em:

<<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/graduacao/article/viewFile/%207901/5586>> Acesso em: 22 mar. 2019.

ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

ARRUDA, Sande Nascimento. **A ineficiência, as mazelas e o descaso presentes nos presídios superlotados e esquecidos pelo poder público**. 2016. Revista Jurídica. Disponível em: <<https://dagmarvulpi.blogspot.com/2013/01/a-ineficiencia-as-mazelas-e-o-descaso>> Acesso em: 27 mar. 2019.

AYRES, Barbara Vasques da Silva et al. **Nascer na prisão gestação e parto atrás das grades no Brasil**. Departamento de Epidemiologia e Métodos Quantitativos em Saúde, Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413;-](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413;-)> Acesso em: 15 abril 2019.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Prisão Civil por Dívida**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BADINTER, Elizabeth. **Um amor conquistado: o mito do amor materno**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

BARBAGALO, Fernando. **Lei 13.769/2.018**: Primeiras impressões. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2019/lei-13-769-2-018-primeiras-impressoes-juiz-fernando-barbagalo>> Acesso em: 20 abr. 2019.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Execução Penal: Questões controvertidas**. Porto Alegre: Estudos MP, 1989.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. **Entre a soberania da lei e o chão da prisão: a maternidade encarcerada**. São Paulo: Revista de Direito GV, 2015.

\_\_\_\_\_; ANGOTTI, Bruna. **Da Hipermaternidade à Hipomaternidade no Cárcere Feminino Brasileiro**. Disponível em: <[http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/101231/hipermaternidade\\_hipomaternidade\\_carcere\\_braga.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/101231/hipermaternidade_hipomaternidade_carcere_braga.pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Brasília, DF. 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)> Acesso em: 16 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 11 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº 12.403, de 04 de maio de 2011.** Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm)> Acesso em: 16 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)> Acesso em: 21 de mar. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)>. Acesso em: 11 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. **Dar a luz na sombra:** condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 363.958/SP.** Relator Ministro Felix Fischer. 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Julgamento em 13 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=363.958&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 04 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 426.526.** Relator Ministro Joel Ilan Paciornik. 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Julgamento em 12 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?processo=HC+426.526&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 05 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 459.366.** Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Julgamento em 03 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631917101/habeas-corporus-hc-459366-rs-2018-0174189-5/inteiro-teor-631917110?ref=amp>> Acesso em: 05 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 470.549.** Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Julgamento em 12 de fevereiro 2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/678480137/habeas-corporus-hc-470549-to-2018-0247260-3/inteiro-teor-678480149?ref=serp>> Acesso em: 04 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 76.476/MG.** Relator Ministro Jorge Mussi, Julgado em 08 de Agosto de 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/490422205/recurso-ordinario-em-habeas-corporus-rhc-76476-mg-2016-0255168-4/inteiro-teor-490422215>> Acesso em: 23 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 134-104-SP.** Relator Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Julgamento em 02 de agosto de 2016. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1152483> 5>  
Acesso em: 04 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 143.641 São Paulo. Ministro Edson Fachin. Voto. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-fachin-minuta.pdf>> Acesso em: 03 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 85.092/RJ**. Relatora Ministra Ellen Gracie, Julgado em 03 de Junho de 2008. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/514410158/habeas-corpus-hc-148216-rj-rio-de-janeiro-0010879-8420171000000>> Acesso em: 23 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **STF admite execução da pena após condenação em segunda instância**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>> Acesso em: 16 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>> Acesso em: 30 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. **HC 2039982-60.2018.8.26.0000**. Relator Marcos Correa. 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo. Julgamento em 12 de abril de 2018. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/568907960/20399826020188260000-sp-2039982-6020188260000/inteiro-teor-568907972?ref=serp>> Acesso em: 03 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Habeas Corpus 1.0000.18.132667-9/000**. Relator Antônio Carlos Cruvinel. 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Julgamento em 11 de dezembro de 2018. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/665750394/habeas-corpus-criminal-hc-0000181326679000-mg/inteiro-teor-665750580?ref=serp>> Acesso em: 03 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. **Habeas Corpus 9001135-48.2018.8.23.0000**. Relator Leonardo Cupello. Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de Roraima. Julgamento em 04 de setembro de 2018. Disponível em: <<https://tj-rr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631593083/habeas-corpus-hc-90011354820188230000-9001135-4820188230000/inteiro-teor-631593104?ref=serp>> Acesso em: 03 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Habeas Corpus 2008590-05.2018.8.26.0000**. Relator Sérgio Coelho. 9ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo. Julgamento em 22 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/decisao-camara-tj-sp-nega-hc-mae2.pdf>> Acesso em: 04 abr. de 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Habeas Corpus 70077052017**. Relator Dálvio Leites Dias Teixeira. 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Julgamento em 25 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/acordao-camara-tj-rs-hc-mae-crianca-12.pdf>> Acesso em: 04 abr. de 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Habeas Corpus 2064952-27.2018.8.26.0000**. Relator Julio Caio Farto Salles. 9ª Câmara de Direito Criminal do

Tribunal de Justiça de São Paulo. Julgamento em 12 de abril 2018. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/566710459/20649522720188260000-sp-2064952-2720188260000/inteiro-teor-566710479?ref=serp>> Acesso em: 03 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Habeas Corpus 2024628-92.2018.8.26.0000**. Relator Ivan Sartori. 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo. Julgamento em 27 de março de 2018. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/562687551/20246289220188260000-sp-2024628-9220188260000/inteiro-teor-562687572?ref=serp>> Acesso em: 03 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **HC 2008590-05.2018.8.26.0000**. Relator Sérgio Coelho. 9ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo. Julgamento em 22 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/decisao-camara-tj-sp-nega-hc-mae2.pdf>> Acesso em: 04 abr. de 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Habeas Corpus 1.628.231-6**. Relatora Simone Cherem Fabrício de Melo. 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Julgamento em 23 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/437332403/habeas-corpus-hc-16282316-pr-1628231-6-acordao/inteiro-teor-437332413?ref=serp>> Acesso em: 04 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Habeas Corpus 1595.031-3**. Relatora Ângela Regina Ramina de Lucca. 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná. Julgamento em 01 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/415988282/habeas-corpus-hc-15950313-pr-1595031-3-acordao/inteiro-teor-415988286?ref=serp>> Acesso em: 04 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Habeas Corpus 1595.031-3**. Relatora Ângela Regina Ramina de Lucca. 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná. Julgamento em 01 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/415988282/habeas-corpus-hc-15950313-pr-1595031-3-acordao/inteiro-teor-41598826?ref=serp>> Acesso em: 04 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Habeas Corpus 0009874-77.2018.8.19.0000**. Relatora Mônica Tolledo de Oliveira. 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Julgamento em 15 de maio de 2018. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/584446113/habeas-corpus-hc-98747720188190000-rio-de-janeiro-niteroi-4-vara-criminal?ref=serp>> Acesso em: 04 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Habeas Corpus 1402982-65.2018.8.12.0000**. Relator Jairo Roberto de Quadros. 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Julgamento em 05 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/decisao-tj-ms-negando-substituicao.pdf>> Acesso em: 04 abr. 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. Disponível em:

<<https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/download/1586/1275>> Acesso em: 15 abr. 2019.

CANTONE, Kelen Lobo Custódio Del. A prisão preventiva no Estado Democrático de Direito. In: CASTRO, João Antônio Lima (Coord.). **Direito Processual**. Belo Horizonte: Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2012.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. As Ambulâncias e o Poder Judiciário: Reserva de Jurisdição e Direito de Liberdade. **Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, vol. 8, n. 29, 2005. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/download/1586/1275>> Acesso em: 15 abr. 2019.

COMISSÃO DE CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS. **Relatório Azul: Garantias e Violações dos Direitos Humanos; 1999/2000**. Porto Alegre: Assembleia Legislativa, 2000.

CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**Resolução Nº 14, de 11 de novembro de 1994**. Disponível em:

<<http://www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/regras-minimas-para-tratamento-dos-presos-no-brasil.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2019.

CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de; MARÇURA, Jurandir Norberto. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DALABRIDA, Sidney Eloy. **Prisão Preventiva: Uma análise à luz do Garantismo Penal**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2009.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Diagnóstico sobre a política de monitoração eletrônica**. Disponível em:

<<http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/monitoracao-eletronica/arquivos/diagnostico-monitoracao-eletronica-2017.pdf>> Acesso em: 21 mar. 2019.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional De Informações Penitenciárias INFOPEN Atualização – Junho de 2016**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017.

\_\_\_\_\_. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN Mulheres**. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres\\_arte\\_07-03-18.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf)> Acesso em: 23 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Infopen Mulheres, jun 2014**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>> Acesso em: 17 set. 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Ações Constitucionais**. 6 ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

EAL, Maria do Carmo et al. **Nascer na Prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil**. Disponível em:

<[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232016000702061&lng=en&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232016000702061&lng=en&nrm=iso&tlng=pt)>. Acesso em: 15 abr. 2019.

ESTEFAM, André Eduardo Rios; GONÇALVES, Victor. **Direito penal esquematizado: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Funções e limites da prisão processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Sica et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Manual de Processo Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **Restrição a Direitos Fundamentais: a Questão da Interceptação de E-mail e a Reserva de Jurisdição**. Revista de Informação Legislativa, a. 43 n. 171 jul./set., 2006, p. 55-62. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/download/1586/1275>> Acesso em: 15 abr. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. **Prisão e Medidas Cautelares: Comentários à Lei 12.403/11**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. **Resolução do CNPCP disciplina situação de filhos de mulheres encarceradas**. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/noticia/13345-Resolucao-do-CNPCP-disciplina-situacao-de-filhos-de-mulheres-encarceradas>> Acesso em: 22 mar. 2019.

KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. **A (Des) razão da prisão provisória**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2005.

LANGELLA, Jordana. **Falta acompanhamento médico, pré-natal e papel higiênico às mulheres no cárcere brasileiro**. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2016/06/20/falta-acompanhamento-medico-pre-natal-e-papel-higienico-as-mulheres-no-carcere-brasileiro/>> Acesso em 28 mar. 2019.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Direito de Processo Penal**. 3 ed, Salvador: JusPodivm, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional**. 1 ed. Curitiba: Lumen Juris, 2009, v. 2.

\_\_\_\_\_. **Introdução crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. 03 ed. São Paulo: Lumen Juris, 2005.

LORDELO, João Paulo. **O Habeas Corpus Coletivo na Jurisprudência do STF: Comentários ao julgamento do HC N 143.641**. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/o-habeas-corpus-coletivo-na-jurisprudencia-do-stf-comentarios-ao-julgamento-do-hc-n-143-641>> Acesso em: 30 mar. 2019.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e direitos humanos**. 1 ed. São Paulo: Manole, 2003.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MARMITT, Arnaldo. **Prisão Civil por Alimentos e Depositário Infiel**. São Paulo: Aide, 1989.

MATOS, Khesia Kelly Cardoso; COSTA E SILVA, Susanne Pinheiro; LIMA, Juciara Karla de Souza. Representações de mulheres encarceradas sobre gestar na prisão.

In: **Revista de Enfermagem UFPE On Line**. ISSN: 1981-8963. Universidade Federal de Pernambuco. Disponível em: <<https://doi.org/10.5205/1981-8963-v12i11a235006p3069-3077-2018>> Acesso em: 29 mar. 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. **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. Disponível:

<[http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Maternidade\\_no\\_Carcere\\_e\\_Prisao\\_domiciliar\\_-\\_versao\\_2019\\_-\\_versao\\_atualizada\\_em\\_26-2-2019.pdf](http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Maternidade_no_Carcere_e_Prisao_domiciliar_-_versao_2019_-_versao_atualizada_em_26-2-2019.pdf)> Acesso em: 22 mar. 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal: comentários à Lei n.º 7.210, de 11-7-84**. 9 ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2000.

\_\_\_\_\_. **Processo Penal**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

\_\_\_\_\_. **Prisão e liberdade de acordo com a Lei 12.403/11**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OAB-BA. Comissão Especial de Sistema Prisional e Segurança Pública. **Relatório Visita aos Presídios**. Disponível em: <[http://gestor.oab-ba.org.br/fileadmin/user\\_upload/Transparencia/Comissao\\_Especial\\_de\\_Sistema\\_Prisional\\_e\\_Seguranca\\_Publica/relatoriovisitapresidios\\_web.pdf](http://gestor.oab-ba.org.br/fileadmin/user_upload/Transparencia/Comissao_Especial_de_Sistema_Prisional_e_Seguranca_Publica/relatoriovisitapresidios_web.pdf)> Acesso em: 23 mar. 2019.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

POLASTRI, Marcellus. **A Tutela no Processo Penal**. 03 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PRUDENTE, Neemias. **Lei não prevê fiscalização em casos de prisão domiciliar**. Disponível em: <<https://neemiasprudente.jusbrasil.com.br/noticias/448837300/lei-nao-preve-fiscalizacao-em-casos-de-prisao-domiciliar>> Acesso em: 21 mar. 2019.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 1 ed. São Paulo: Record, 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 11 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 19 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ROMANO, Rogério Tadeu. **Da prisão e da liberdade provisória**. Disponível em: <[https://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca-old/doutrina/Doutrina254\\_daPrisaoEhDaLiberdadeProvisoria.pdf](https://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca-old/doutrina/Doutrina254_daPrisaoEhDaLiberdadeProvisoria.pdf)> Acesso em: 02 abr. 2019.



SANTA RITA, Rosângela Peixoto. **Mães e crianças atrás das grades: em questão o princípio da dignidade da pessoa humana.** Dissertação (Mestrado em Política Social) – Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

SCAFF, Fernando Facury. Sigilo Fiscal e Reserva de Jurisdição. In: **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 71, agosto de 2001. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/download/1586/1275>> Acesso em: 15 abr. de 2019.

SILVA, Pereira Tania Da. **Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar.** Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 27.

SÍTIO ELETRÔNICO CONTEÚDO JURÍDICO. **Súmula 9, do STJ.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/sumula-organizada,stj-sumula-9,269.html>> Acesso em: 17 mar. 2019

SÍTIO ELETRÔNICO JUS BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça STJ - HABEAS CORPUS: HC 150683 MG 2009/0202082-1.** Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21103870/habeas-corporis-hc-150683-mg-2009-0202082-1-stj?ref=amp>> Acesso em: 21 mar. 2019.

SÍTIO ELETRÔNICO MEU SITE JURÍDICO. **Breves comentários às Leis 13.769/18 (prisão domiciliar), 13.771/18 (feminicídio) e 13.772/18 (registro não autorizado de nudez ou ato sexual).** Disponível em: <<https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/12/9c20f715-breves-comentarios-as-leis-13769-18-prisao-domiciliar-13771-18-feminicidio-e-13772-18.pdf>> Acesso em: 15 abr. 2019.

SÍTIO ELETRÔNICO PASTORAL CARCERÁRIA. **“Penitenciárias são feitas por homens para homens”.** Disponível em: <[http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/relatorio-mulherese-presas\\_versaofinal.pdf](http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/relatorio-mulherese-presas_versaofinal.pdf)> Acesso em: 02 abr. 2019.

SÍTIO ELETRÔNICO VALERIO SAAVEDRA. **Juiz auxiliar do CNJ fala sobre aprendizado com multirões carcerários.** Disponível em: <[http://www.valerosaavedra.com/rss-noticia\\_5890\\_juiz-auxiliar-do-cnj-fala-sobre-aprendizado-com-multiroes-carcerarios.html](http://www.valerosaavedra.com/rss-noticia_5890_juiz-auxiliar-do-cnj-fala-sobre-aprendizado-com-multiroes-carcerarios.html)> Acesso em: 21 mar. 2019.

SPINOLA, Priscilla Feres. **A experiência da maternidade no cárcere: Cotidiano e trajetórias de vida.** Dissertação (Mestrado em Ciências da Reabilitação) – Universidade de São Paulo. 2016, 251 f. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5170/tde-11052017-140243/publico/PriscillaFeresSpinola.pdf>> Acesso em: 24 mar. 2019.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** 9 ed. Rio de Janeiro: ed JusPodivm, 2014.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

TERRA JÚNIOR, João Santa. **Habeas Corpus nº 143.641/SP, do STF: Da ausência do caráter vinculante e das contradições de exequibilidade da sua decisão.** Disponível em:

<[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Investigacao\\_Criminal/Artigos\\_e\\_Noticias/Seguranca\\_publica/Artigo%20%20Habeas%20Corpus%20143.641%20STF%20%20aus%C3%Aancia%20de%20efeito%20vinculante%20e%20das%20contra](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Investigacao_Criminal/Artigos_e_Noticias/Seguranca_publica/Artigo%20%20Habeas%20Corpus%20143.641%20STF%20%20aus%C3%Aancia%20de%20efeito%20vinculante%20e%20das%20contra)>

di%C3%A7%C3%B5es%20da%20exequibilidade%20da%20sua%20decis%C3%A3o> Acesso em: 30 mar. 2019.

TOQUARTO, A. L. **Percepção de mães sobre o vínculo e separação de seus bebês em uma unidade prisional feminina na cidade de São Paulo-SP.**

Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, 2014.

VIAFORE, Daniele. **A gravidez no cárcere Brasileiro:** uma análise da Penitenciária Feminina Madre Pelletier. In: Direito & Justiça Revista de Direito da PUC-RS.

Disponível em:

<<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/571/401>> Acesso em: 26 mar. 2019.

VITAL, Danilo. **Com brecha do Supremo, tribunais resistem a aplicar HC coletivo a mães presas.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-26/brecha-stf-tjs-resistem-aplicar-hc-coletivo-maes-presas>> Acesso em: 02 abr. 2019.

VITOLLO, Márcia Regina. **Nutrição: da gestação à adolescência.** Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso Editores, 2003, p. 04.

## ANEXO A

QUESTIONÁRIO APLICADO NO COMPLEXO FEMININO DE SALVADOR, EM 22  
DE MARÇO DE 2019QUESTIONÁRIO – MULHER GESTANTE  
NO COMPLEXO PENITENCIÁRIO DE  
SALVADOR

---

Favor marcar com um X somente em uma única resposta que melhor se apresente para você.

**1. Faixa de idade:**

- Até 25 anos       De 25 a 35 anos       De 35 a 45 anos  
 De 45 a 60 anos       Acima de 60 anos

**2. Com quantos meses de gestação você se encontra?**

- Até 04 meses       06 meses       Entre 08 à 09 meses  
 05 meses       07 meses

**3. Escolaridade:**

- Sem instrução       05 à 07 anos de estudo  
 01 à 04 anos de estudo       08 ou mais anos de estudo

**4. Situação conjugal:**

Com  
companheiro       Sem  
companheiro

**5. Tempo de vida prisional:**

Até 03 meses       06 à 12 meses       24 meses ou mais  
 3 à 06 meses       12 à 24 meses

**6. Número de gestações anteriores:**

0 à 1 gestação       02 à 03  
gestações       04 ou mais gestações

**7. Já foi presa mais de uma vez?**

Sim       Não

**8. Se sim, tem alguma história de nascimento em encarceração anterior?**

Sim       Não

**9. No estabelecimento prisional em que você se encontra, já houve realização de ao menos uma consulta pré natal?**

Sim       Não

**SENDO NÃO A RESPOSTA ANTERIOR, FAVOR PULAR PARA A QUESTÃO DE N° 13.**

**10. Quantas consultas foram realizadas?**

Apenas 01  
consulta       02 à 03 consultas       04 ou mais consultas

**11. Você recebeu um cartão de pré-natal?**

Sim       Não

**12. Qual foi seu grau de satisfação com essas consultas?**

Inadequado       Parcialmente       Adequado

**13. Seu caso se encontra em um das hipóteses elencadas pelo HC 143.641/SP que prevê a substituição da prisão preventiva pela domiciliar?**

Sim

Não

**14. Se sim, o juiz concedeu a prisão domiciliar ou está prestes a conceder?**

Sim

Não

**15. Você considera que o conjunto penitenciário feminino de salvador atende as exigências previstas em lei tal como prevê o art. 82 da Lei de Execuções Penais de que os estabelecimentos penais destinados à mulheres devem ser dotados de berçários para que se possa cuidar dos bebês até os 06 meses?**

Sim

Não

## ANEXO B

**Planilha disponibilizada pela Secretaria de Estado de Administração Penitenciária (SEAP) referente à Lista de Internas que saíram em razão do HC COLETIVO.**

	<b>Nome</b>	<b>Art.</b>	<b>Procedência</b>	<b>Liberada</b>	<b>Motivo</b>
1	Alice dos Santos Aleluia de Azevedo	33	1ª V. Toxicos	30.07.2018	Prisão Domiciliar
2	Ana Carolina Ribeiro dos Santos	33	1ª V. Toxicos	30.07.2018	Prisão Domiciliar
3	Ana Paula Ribeiro	33/35	2ª V. Toxicos	07.03.2018	Prisão Domiciliar
4	Ana Valeria Lopes Batista	33/35	C. Maragogipe	08.03.2018	Prisão Domiciliar
5	Ane Caroline de Souza Marques	171	C. Alagoinhas	16.03.2018	Prisão Domiciliar
6	Arilma de Jesus Borges		6ª V. Criminal	01.11.2018	Prisão Domiciliar
7	Carina Moura Cerqueira	33 /35	c. Itaparica	09.08.2018	Prisão Domiciliar
8	Carolina Silva de Lucena	33	V. Organização Criminosa	08.01.2019	Prisão Domiciliar
9	Caroline Santos da Conceição	33	1ª V. C. Alagoinhas	11.01.2019	Prisão Domiciliar
10	Cinthya Elisabete Vaz Ramos de Souza Cruz	2º da lei 12850/13	2ª V. Federal	04.08.2018	Prisão Domiciliar
11	Debora Brito Oliveira	157 § 2º	17ª V. Criminal	15.01.2018	Prisão Domiciliar
12	Driele Pires dos Santos	157 § 2º	16ª V. Criminal	21.06.2018	<b>Prisão Domiciliar</b>
13	Bianca dos Santos Santana	121 § 2º	1ª Deleg. De Homicidio	06.04.2018	Prisão Domiciliar
14	Bruna de Jesus Santos	33 /35	1ª V. Toxicos	26.03.2018	Prisão Domiciliar
15	Elen Naira Santos dos Santos	33	2ª V. C. Simões Filho	27.03.2018	Prisão Domiciliar
16	Elisangela Batista Leite	33/35	C. Maragogipe	23.01.2019	Prisão Domiciliar
17	Estela Maria Santos Souza	121/14	1º Juizo 1ª Vara Juri	16.08.18	Prisão Domiciliar
18	Hortência Silvana Alves Bonfim	157 § 2º	17ª V. Criminal	24.04.2018	Prisão Domiciliar

19	Gleiciele Santos Pereira	33 /35	V.Org. Criminosa	28.03.2018	Prisão Domiciliar
20	Jaqueline de Aquino Santos	33	V. Organização Criminosa	08.01.2019	Prisão Domiciliar
21	Jaqueline Pereira Lima	33	C. Santos A. Jesus	11.10.2018	<b>Prisão Domiciliar</b>
22	Jessica Lima Batista	33	2ª V. C. Camaçari	08.01.2019	<b>Prisão Domiciliar</b>
23	Jessica Santos Silva	157,§1º,2º/99	8ª V. Criminal	22.03.2018	Prisão Domiciliar
24	Joice Souza Marques	33/35	1ª V. C. Valença	09.03.2018	Prisão Domiciliar
25	Joelma Pereira dos Santos	312/313	1ª V. Toxicos	27.04.2018	Prisão Domiciliar
26	Jucilene Pereira Vieia	33 /35	V. Organização Criminosa	21.12.2018	Prisão Domiciliar
27	Juliana Santos da Hora	33	V. Organização Criminosa	08.01.2019	Prisão Domiciliar
28	Keila da Conceição Borges	33	C. Dias D'Avila	26.03.2018	Prisão Domiciliar
29	Laise Cristina Lacerda Silva	33/35	2ª Câmara Criminal	29.01.2019	Prisão Domiciliar
30	Lorena Ferreira dos Santos	35	2ª V. Toxicos	06.04.2018	Prisão Domiciliar
31	Luciana Abado Lopes	155	17ª V. Criminal	04.08.2018	Prisão Domiciliar
32	Luziene Jesus dos Santos	33 /35	V. Organização Criminosa	12.12.2018	Prisão Domiciliar
33	Maiza de Jesus Santos	33	1ª V. Criminal de Alagoinhas	16.04.2018	Prisão Domiciliar
34	Manuela Cristina Dias de Jesus	33/35/16	2ª V. Toxicos	14.05.2018	Prisão Domiciliar
35	Manuela Silva Tavares	155 §4º	3ª V. Criminal	20.02.2018	Prisão Domiciliar
36	Maria Eliana Santos Menzes	33 /35	C. Dias D'Avila	03.01.2018	Prisão Domiciliar
37	Marilan Evangelista da Silva	33	3ª V. Toxicos		<b>Prisão Domiciliar</b>
38	Marise dos Reis Santos	33 /35	1ª V. C. Alagoinhas	03.10.2018	Prisão Domiciliar
39	Mônica Jesus Lima	33/35	2ª V. C. Simões Filho	31.10.2018	Prisão Domiciliar
40	Neilse Barbosa dos Santos	155	12ª V. Criminal	10.09.2018	<b>Prisão Domiciliar</b>
41	Nilda Fidelix dos Santos	33/14/180/288/311	V.F.R. a D.P por O. C. E L. De Dinehiro	12.12.2018	<b>Prisão Domiciliar</b>
42	Patricia Cândida Miranda	33	C. Andaraí	19.03.2018	Prisão Domiciliar
43	Patricia Cardoso Soares	121/14	2º Juízo 2ª V. Juri	25.09.2018	Prisão Domiciliar
44	Paula Layane Santos Viana	33/35	2ª V. Toxicos	08.03.2018	Prisão Domiciliar
45	Rayana Braga Rocha	33	3ª V. Toxicos		Prisão Domiciliar

46	Rita de Cassia dos Santos		C. Dias D'Avila	23.02.2018	Prisão Domiciliar
47	Sheila Gomes Santos	33	C. Itaparica	22.05.2018	Prisão Domiciliar
48	Silvania Santos de Jesus	158 §1º	6ª V. Criminal	28.09.2018	<b>Prisão Domiciliar</b>
49	Tatiane dos Santos da Cruz	33/35	3ª V. Tóxicos	16.08.2018	Prisão Domiciliar
Nº	Nome	Art.	Procedência	Liberada	Motivo
1	Vanuza Rezende de Brito	159§1º	2ª VEP	12.11.2018	Domiciliar – por 365 dias