XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

GABRIEL ANTINOLFI DIVAN

AIRTO CHAVES JUNIOR

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Airto Chaves Junior; Gabriel Antinolfi Divan; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-638-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal e constituição.

XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

A miríade de trabalhos e a profusão de temas ora apresentada é sensível e qualificada, fazendo deste volume uma representação material da riqueza dos debates que foram proferidos na tarde do dia 08 de dezembro de 2022, no Campus Balneário Camboriú, da UNIVALI-SC, que marcou (após os dois anos da impossibilidade de eventos presenciais dada a pandemia da COVID-19), uma retomada histórica dos encontros do CONPEDI, em sua XXIX edição.

Os debates transcorreram de forma profícua a partir de blocos de apresentações sucedidas por discussões e troca intensa de questionamentos e informações sobre os trabalhos apresentados. Aqui, na sequência de textos ora publicados, um extrato do que se viu no Grupo de Trabalho e na quantidade de temas abordados, dotados de um inegável fio de diálogo que permeia os próprios.

Rodrigo Rosa Borba, Frederik Bacellar Ribeiro e Claudio Alberto Gabriel Guimaraes, da Universidade Federal do Maranhão, contribuíram com a discussão de um debate crítico sobre a dogmática penal referente aos crimes de corrupção e a atuação dos órgãos administrativos de controle que trabalham no combate a este mal no Brasil, à luz da Constituição Federal de 1988 no trabalho intitulado Direito penal e crimes de corrupção: análise sobre a necessidade de autonomia dos órgãos administrativos de controle.

Frederik Bacellar Ribeiro e Roberto Carvalho Veloso trazem, no trabalho nomeado A inquisição resistente e a consolidação do sistema acusatório brasileiro uma discussão focalizada em estudar uma caracterização de sistema acusatório moderno, para confrontar os princípios formadores do sistema penal acusatório com decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), representativas de temas sensíveis, cuidadosamente selecionados, que permitam interpretar de forma metodológica a realidade do sistema penal, sob um viés crítico.

Da Universidade Federal do Maranhão, também, expõem Roberto Carvalho Veloso e Walter Carlito Rocha Júnior, as questões do trabalho intitulado O complexo de Sherlock Holmes e a investigação criminal defensiva no brasil que versa sobre a investigação criminal defensiva a partir de uma perspectiva de que o país caminha para um estado policialesco que não se

coaduna com o Estado Democrático de Direito nem com o direito à liberdade em sua plenitude, posto que a liberdade que se tem é vigiada.

O trabalho intitulado O tráfico de drogas praticado por mulheres: a redução dos índices de criminalidade e a influência da justiça restaurativa é trazido por Taís Do Amaral De Aguiar e Josiane Petry Faria, da Universidade de Passo Fundo-RS, investigando o envolvimento criminoso de mulheres, bem como o aumento desproporcional da criminalidade feminina, principalmente relacionada ao crime de drogas.

Da Unicuritiba-PR, Marine Morbini Durante traz o trabalho denominado Em que medida o direito penal econômico pode servir de freio ao capitalismo de compadrio? que busca responder a pergunta-título defendendo a necessidade de uma mudança cultural onde se possa afastar ideias que reverberam no patrimonialismo e na desigualdade, típicas de um Estado de compadrio, visto que o Direito Penal não educa a sociedade, ou seja, as mudanças precisam ser estruturais, e não somente através do poder punitivo estatal.

Jacqueline Orofino Da Silva Zago De Oliveira, da UNICEUB-DF, colabora com o trabalho denominado O processo penal acusatório, a imparcialidade do juiz e o inquérito das fake news, onde vão investigadas as características do processo penal inquisitório e acusatório, bem como analisar as peculiaridades do juiz de garantias e do poder instrutório do juiz para, posteriormente, examinar se a maneira como foi instaurado e é conduzido o inquérito n.º 4.781, pelo Supremo Tribunal Federal, é condizente com a estrutura acusatória do processo penal e com a imparcialidade do juiz.

No texto intitulado O sistema penitenciário brasileiro e o princípio constitucional da intranscendência da pena: o cárcere, a família e o direito constitucional - um apenamento compartilhado?, Luan Fernando Dias da UNICHAPECÓ-SC investiga a (in)transcendência da pena, e os diversos desdobramentos dela para os familiares dos apenados. Em que pese o ordenamento jurídico brasileiro garanta, através de diversos dispositivos, a proteção aos terceiros estranhos ao crime, especialmente o núcleo familiar do apenado, é quase sempre atingido pelo crime e pela pena, mesmo não tendo de nenhuma forma dado causa ao ilícito penal.

O trabalho trazido por Hevelin Franco Ferreira da Unilasalle-RS, denominado Requisito objetivo para a concessão da prisão domiciliar diante da alteração do artigo 318 do CPP pelo artigo 2º da lei 13.769/2018, trata sobre o requisito para a concessão da prisão domiciliar após a alteração do artigo 318 do Código Penal, promovida pela edição da Lei nº 13.769. Procura identificar os entendimentos recentes dos Tribunais sobre a maternidade e à privação

de liberdade das mulheres no contexto de possibilidade de concessão de prisão domiciliar, apontando que a edição da alteração legislativa em questão provocou mudanças significativas que requerem especial atenção por parte do julgador, sobretudo quanto à questão da inadequação carcerária frente à população feminina como clientela.

O trabalho Revisitando a proteção do bem jurídico na pós-modernidade de autoria de Pedro Gabriel Cardoso Passos, da UNIVALI-SC, traz conceitos como sociedade de risco, insegurança na pós-modernidade, proteção dos novos valores sociais, e a forma como esses retratam cada vez mais a realidade. Aponta para considerarmos que a utilização do Direito Penal como única ou primeira forma de controle social, viola direitos fundamentais como a ampla defesa, e vai de encontro ao princípio da intervenção mínima.

Marina Calanca Servo, Simone Tavares de Andrade da USP/Ribeirão Preto-SP e Walter Francisco Sampaio Neto, colaboram com o texto denominado Seletividade no cômputo em dobro da pena em situação degradante: uma análise das exceções à luz da vedação da proteção insuficiente e da efetividade da pena privativa de liberdade. Nele vai analisada a decisão do Superior Tribunal de Justiça proferida no julgamento do Habeas Corpus nº 136.961, que concedeu o cômputo em dobro do cumprimento da pena diante das condições inadequadas e da superlotação no estabelecimento prisional. A decisão em comento, ao permitir a contagem da pena em dobro, mostra-se proporcional ao excepcionar os crimes graves, sendo que todos os detentos suportavam as mesmas condições? A resposta passa por confrontar o tema pela via do princípio da vedação da proteção insuficiente e efetividade da pena.

Eloah Alvarenga Mesquita Quintanilha da Universidade Veiga de Almeida-RJ, contribui com o artigo Tribunal do júri: o poder de persuasão de massa pela mídia e suas consequências. Os estudos aqui elaborados foram aprofundados nas diversas formas e técnicas de influências utilizadas pela mídia, situação esta que do ponto de vista de muitos juristas e doutrinadores, gera veiculação de fatos relatados ultrapassando os limites da ética. A abordagem do tema é descritiva a partir de fontes disponíveis descritas, levando a uma discussão que bebe de fontes filosófico-aristotélicas para o enfrentamento do problema.

Os coordenadores do Grupo também figuraram como autores e coautores de trabalhos que foram debatidos e acompanham igualmente o presente volume.

Airto Chaves Junior juntamente com Anna Kleine Neves, da UNIVALI-SC, trazem o artigo intitulado O direito à morte digna como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo como objeto a análise do direito à morte digna como decorrência do Princípio

da Dignidade da Pessoa Humana, e o objetivo de compreender que assim como o direito à vida é um direito fundamental, garantido e previsto na Ordem Constitucional brasileira, o direito à morte digna deve ser analisado juridicamente no mesmo fundamento. Busca fomentar o debate sobre a regulamentação da eutanásia, do homicídio consentido e do suicídio assistido no Brasil, quando a própria pessoa, estando esta capaz de seus atos, não tem meios para fazê-lo.

O texto denominado Tempo e processo: determinação e consequências da indevida dilação do prazo na persecução penal escrito por Airto Chaves Junior e Thiago Santos Aguiar de Pádua, da UNIVALI-SC, indaga em que medida o Processo Penal intervém sensivelmente no âmbito dos Direitos Fundamentais do investigado/acusado (que é presumidamente inocente), quais as consequências da indevida dilação do prazo razoável no Processo Penal? Exibe os objetivos de tratar o prazo como condição de tempo posta em exercício de uma determinada atividade processual, verificar se há um limite temporal para o exercício do Poder Punitivo expressado na persecução penal e diagnosticar possíveis consequências da dilação indevida desse prazo.

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais e Pablo Augusto Gomes Mello, da Escola Superior Dom Helder Câmara-MG, contribuem com o texto denominado Considerações sobre o crime lavagem de dinheiro por meio de obras de arte onde mantêm foco inicial no conceito de lavagem de dinheiro, abordando todos os aspectos acerca das etapas do crime, para posteriormente passar ao estudo das obras de arte e seu conceito no decorrer da história. Em seguida, os estudos serão direcionados ao crime envolvendo as obras de arte, como identificar tais delitos e suas características.

Também da Escola Superior Dom Helder Câmara-MG, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e João Victor Baptista Magnavita exibem o trabalho intitulado Possibilidade de responsabilização criminal do compliance officer em infrações criminais ambientais frente à dificuldade de penalização da criminalidade corporativa, onde indagam sobre a possibilidade de responsabilização criminal ambiental do Compliance Officer dentro da realidade da dinâmica empresarial, dado que sua posição pretensa é a de evitar a ocorrência de determinados delitos a depender de seu contrato de trabalho, relativo a um plano de governança corporativa que busca o comprometimento interno para com os ditames éticos e legais postos pelo código de conduta de certa corporação.

Gabriel Antinolfi Divan, da Universidade de Passo Fundo-RS colabora com o trabalho intitulado Poderes instrutórios judiciais e conceito político de prova: acepções de trabalho com o alcance normativo do artigo 3º-a do CPP em hipóteses preliminares onde vão

discutidas possíveis bases de interpretação do que passou a figurar no texto do Código de Processo Penal Brasileiro (a partir das mudanças promovidas pela Lei n. 13.964/2019) como a constância de um sistema processual-penal acusatório. A premissa central é a de que a gestão da prova processual, sua valoração e mecânicas atinentes, bem como o próprio conceito de prova, passam por uma filtragem de escolha política que escapa à noção usual, devendo ser, a consequente visão do sistema acusatório ora positivado, lastreada nesse fator.

A contribuição dada a partir dos debates cujo extrato e fundamento principal vêm aqui exibidos em seu teor total e mais detido é inestimável, e representa inclusive uma retomada esperançosa dos frutíferos momentos de troca e confraternização que só ampliam e qualificam a pesquisa. É o que os coordenadores esperam refletir, ainda que em parte, com a leitura que ora se apresenta.

Balneário Camboriú/SC, primavera de 2022.

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (Escola Superior Dom Helder Câmara-MG)

lgribeirobh@gmail.com

Prof. Dr. Gabriel Antinolfi Divan (Universidade de Passo Fundo-RS)

divan.gabriel@gmail.com

Prof. Dr. Airto Chaves Junior (PPCJ da Universidade do Vale do Itajaí)

oduno@hotmail.com

REQUISITO OBJETIVO PARA A CONCESSÃO DA PRISÃO DOMICILIAR DIANTE DA ALTERAÇÃO DO ARTIGO 318 DO CPP PELOS ARTIGOS 2º DA LEI 13.769/2018

OBJECTIVE REQUIREMENT FOR THE GRANT OF HOUSEHOLD ARREST BEFORE THE AMENDMENT OF ARTICLE 318 OF THE CPP BY ARTICLES 2 OF LAW 13.769/2018

Hevelin Franco Ferreira [1]

Resumo

A presente pesquisa trata sobre o requisito para a concessão da prisão domiciliar após a alteração do artigo 318 do Código Penal, promovida pela edição da Lei nº 13.769. O objetivo central do estudo é identificar os entendimentos recentes dos Tribunais sobre a maternidade e à privação de liberdade das mulheres no contexto de possibilidade de concessão de prisão domiciliar. Em termos metodológicos a presente pesquisa utilizou o método bibliográfico para identificar e analisar diferentes materiais que abordam a referente temática e extrair os entendimentos e propostas sobre o assunto. Entre os resultados aponta-se que a edição da Lei nº 13.769/2018 provocou mudanças significativas que requerem especial atenção por parte do julgador. Sendo assim, cada caso deve ser avaliado individualmente para a concessão da prisão domiciliar, pois o destinatário principal do benefício é a criança que precisa de cuidados para sua existência, pois a mãe não se exime da infração praticada, somente tem a chance do convívio familiar. Aponta-se também que a estrutura carcerária no Brasil foi construída para abrigar homens e, apesar da grande incidência de mulheres cometendo delitos atualmente, essa estrutura ainda não está preparada para atender às necessidades do sexo feminino.

Palavras-chave: Prisão domiciliar, Maternidade, Mulheres encarceradas, Código de processo penal, Lei 13769/2018

Abstract/Resumen/Résumé

This research deals with the requirement for granting house arrest after the amendment of article 318 of the Penal Code, promoted by the enactment of Law nº 13,769. The main objective of the study is to identify the recent understandings of the Courts on maternity and the deprivation of liberty of women in the context of the possibility of granting house arrest. In methodological terms, the present research used the bibliographic method to identify and analyze different materials that address the thematic referent and extract the understandings and proposals on the subject. Among the results, it is pointed out that the edition of Law nº 13.769/2018 caused significant changes that require special attention on the part of the judge. Therefore, each case must be evaluated individually for the granting of house arrest, as the

[1] Advogada Criminalista atuante, especialiosta em Ciências Penais pela PUCRS e mestranda em Direito pela UNILASALLE.

main recipient of the benefit is the child who needs care for their existence, as the mother is not exempt from the offense committed, she only has the chance of family life. . It is also pointed out that the prison structure in Brazil was built to house men and, despite the high incidence of women currently committing crimes, this structure is still not prepared to meet the needs of women.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Home prison, Maternity, Women incarcerated, Code of criminal procedure, Law 13769/2018

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa trata sobre o requisito para a concessão da prisão domiciliar após a alteração do artigo 318 do Código Penal, promovida pela edição da Lei nº 13.769 de 19 de dezembro de 2018, considerando-se a necessidade de reflexão com relação à maternidade e à privação de liberdade das mulheres, quando surge a possibilidade de concessão de prisão domiciliar, seja nos casos de prisão com natureza cautelar, seja na prisão de caráter definitivo.

A edição da Lei nº 13.769/2018 provocou mudanças significativas que requerem especial atenção por parte do julgador. Sendo assim, o objetivo deste estudo é identificar os entendimentos recentes dos Tribunais sobre a maternidade e à privação de liberdade das mulheres no contexto de possibilidade de concessão de prisão domiciliar, investigando o direito à maternidade da mulher que se encontra privada de liberdade e o direito do filho de permanecer ao lado da mãe.

Tanto a proteção à maternidade quanto à proteção à infância são direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1988 (art. 6º). Antes da edição da Lei nº 13.769/2018, no que se refere ao direito à maternidade, o texto constitucional garantia à mulher presa as condições para que ela permanecesse com seus filhos somente durante a amamentação. No entanto, diversos diplomas trazem normas que devem ser aplicadas na seara prisional, cujo intuito é garantir outros direitos às mulheres que estejam em privação de liberdade.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES AO AMBIENTE CARCERÁRIO

1.1 AS RAÍZES DO CÁRCERE

O exercício do direito nos tempos primórdios se dava com base nos termos do Código de Hamurabi ou da Lei do Talião, que impunha: "olho por olho, dente por dente" que não só possuía sua fundamentação religiosa no judaísmo ou mosaísmo, mas também possuía caráter de vingança. Como destaca Rogério Greco (2013), a prisão eclesiástica tinha como objetivo causar o arrependimento do preso, por meio da meditação, como também da oração. No entanto, no século XII já existiam os cárceres subterrâneos, marcados pela expressão "*vade in pace*" (vá em paz), pois os presos que ali entravam, jamais saíam.

Na Antiguidade não existia pena de prisão, conforme explica Cezar Roberto Bitencourt (2011), que "até os fins do século XVIII a prisão tinha como objetivos apenas a

contenção e guarda de réus, para preservá-los fisicamente até o momento de serem julgados ou executados" (p. 28). No mesmo sentido, Rogério Greco (2013) afirma que a prisão do réu era uma espécie de custódia de caráter cautelar e não apenas processual: "uma vez que este, como regra, aguardava a decisão que, se concluísse pela sua responsabilidade penal, o condenaria a uma pena de morte, ou mesmo a uma pena corporal, ocasião em que, logo depois de aplicada, seria libertado" (p. 143).

Tempos depois as punições ocorriam com a aplicação da pena de morte, das penas corporais e das infamantes. Contudo, ainda não havia uma arquitetura penitenciária que pudesse receber os suspeitos, e assim, esses eram postos nos lugares mais variados para que aguardassem a celebração do julgamento. Dessa forma, os locais de detenção dos suspeitos eram: "calabouços, aposentos em ruínas ou insalubres de castelos, porões, torres, conventos abandonados, palácios e outras edificações" (ESPERON, 2011). A primeira instituição penal foi o Hospício de San Michel, em Roma, que, inicialmente, tinha por finalidade encarcerar "meninos incorrigíveis", por esse motivo recebeu a denominação de "Casa de Correção" (DIAS, 2013).

Vale ressaltar as observações de Dilton Canto (2000), sobre a prisão ter sua origem devido à própria exigência do homem, ou seja, "pela necessidade de um ordenamento coercitivo que assegurasse a paz e a tranquilidade em sua convivência com os demais seres humanos. Trata-se de uma imposição do próprio relacionamento inerente ao contrato social" (CANTO, 2000, p. 12). O autor ainda complementa afirmando que era o livre arbítrio dos governantes que definia as sanções na Idade Média, as quais eram impostas de acordo com o "status" social do réu. De uma forma geral, as penas implicavam em amputar braços, no enforcamento, na submissão à roda e à guilhotina, situações estas que passaram a ser o espetáculo preferido das multidões.

Apenas depois de muito tempo, devido à evolução da sociedade, a pena privativa de liberdade veio substituir a pena de morte, o que provocou o aparecimento de muitas casas de detenção. Nos primeiros locais de detenção as penas eram perpétuas e os condenados eram recolhidos às celas solitárias e muradas (VENOSA, 2004).

Já na Idade Moderna, no período compreendido entre os séculos XVI e XVII, a pobreza se alastrou por toda a Europa e o aumento da criminalidade se deu por meio das divergências religiosas e políticas, das deteriorações de países, da crise no meio feudal, da economia agrícola, entre outras. Quando ocorreu o aumento da delinquência e a pena de morte se tornou um caminho inadequado. Assim, "na metade do século XVI iniciou-se um movimento de grande transcendência no desenvolvimento das penas privativas de liberdade,

na criação e construção de prisões organizadas para a correção dos apenados" (SILVA, 2016, p. 23). No entanto, Cesare Beccaria, há mais de dois séculos já defendia que: "o réu não deve ficar encarcerado senão na medida em que se considere necessário para o impedir de escapar-se ou de esconder as provas do crime" (p. 55).

Sobre a humanização dos presídios brasileiros, a Constituição Imperial de 25 de março de 1824, em seu artigo 179, § 21 já demonstrava essa preocupação determinando que: "as cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para a separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza dos seus crimes".

Na Antiguidade, o intuito das instituições era a ressocialização dos delinquentes com o trabalho e com a disciplina. Sendo essas, atividades de caráter preventivo, uma vez que a finalidade era evitar a vadiagem e a ociosidade. Contudo, desde aquela época até os dias atuais, essas medidas ainda não correspondem à realidade, pois o objetivo do encarceramento, inicialmente, com a construção das instituições prisionais, era ressocializar o detento.

1.1.1 A Evolução do Cárcere no Brasil

A espécie de prisão que na Antiguidade não possuía critério, pois o indivíduo reparava o dano aplicando penas atrozes que atentava contra a dignidade humana, não foi acatada pelo direito pátrio, o qual não permite a vingança privada. A privação de liberdade é considerada um procedimento necessário, porém, com a devida responsabilidade do Poder Público para que o aprisionamento não venha ser banalizado, ou seja, que caia no descrédito a autoridade punitiva do Estado, já que sua função precípua é tutelar os direitos do cidadão.

As prisões, no período colonial, não proporcionavam condição humana para o encarceramento, bem como não tinham um bom nível de segurança que permitisse ao indivíduo permanecer por longos períodos naquele local. O que levava o preso a provocar fugas em grande escala, exceto os negros, pois estes, se capturados, sofriam maus tratos que caracterizavam a escravidão. A falta de infraestrutura carcerária se instalou desde o período colonial.

Conforme as explicações de José de Ribamar da Silva (2010), o Aljube, que era o cárcere eclesiástico do Rio de Janeiro, utilizado para penalizar religiosos, foi colocado à disposição pela Igreja para ser usado como cárcere depois da chegada da Família Real ao Brasil. No ano de 1829, uma comissão de inspeção escolhida pela Câmara Municipal declarou: "o aspecto dos presos nos faz tremer de horror; eram 390 detentos, e cada um

dispunha de uma área aproximada de 0,6 por 1,2 m². Em 1831, o número de presos passaria de 500. Em 1856, o Aljube foi desativado" (SILVA, 2010, p. 21).

No âmbito estadual, em 1920, a penitenciária do Estado de São Paulo foi inaugurada no bairro do Carandiru, sendo esta a primeira de outras edificações que fariam parte do complexo penitenciário no bairro do Carandiru. De acordo com Luiz Francisco Carvalho Filho (2002), a penitenciária foi considerada um verdadeiro marco na evolução carcerária que foi visitada por juristas e estudiosos do Brasil e do mundo, conhecida primeiramente como "instituto de regeneração modelar", que mais tarde seria incorporada ao Carandiru. "Inicialmente construída para 1.200 presos, oferecia o que havia de mais moderno em matéria de prisão: oficinas, enfermarias, escola, corpo técnico, acomodações adequadas, segurança" (CARVALHO FILHO, 2002, p. 43). Porém, o Carandiru, que foi adicionado à penitenciária do Estado, chegou a abrigar mais de 8 mil presos, ainda que possuísse somente 3.250 vagas. A Casa de Detenção teve sua inauguração no ano de 1956 para abrigar os presos que aguardavam julgamento, mas seu objetivo foi corrompido ao longo dos anos, já que passou a abrigar inclusive os já condenados. Sendo motivo de veiculação nos canais midiáticos, devido à superlotação, à má administração e aos grandes massacres. "Em 2002 o Governo Estadual ao desativá-la, batizou a iniciativa de 'fim de inferno' e prometeu remover mais de sete mil presos para 11 novos presídios, menores e longínquos" (CARVALHO FILHO, 2002, p. 44). A Casa de Detenção ficou conhecida internacionalmente pela miserabilidade de seu interior e pela grande incidência de motins, fugas e violência, acima de tudo, pelo massacre dos 111 presos no ano de 1992, realizado pela Polícia Militar (CARVALHO FILHO, 2002). No âmbito federal, em 2006 o Brasil inaugurou a primeira penitenciaria federal em Catanduvas (RJ), ressaltando Aline Porto da Silva que:

> (...) modernos sistemas de vigilância, que incluem detectores de metais, sensores por aproximação, coleta de impressões digitais e câmeras que monitoram os ambientes 24 horas por dia, nessas unidades prisionais, os aprisionados devem permanecer 22 horas por dia encarcerado (SILVA, 2014).

O despreparo na elaboração das políticas públicas reflete significativamente em vários setores da sociedade brasileira. Quanto aos aspectos estruturais pode-se afirmar que, no Brasil, historicamente, a questão da problemática carcerária já existe desde o início do período colonial, quando a população negra escravizada sofria diversas humilhações por parte dos senhores de engenho. Nessa fase, os negros ficavam encarcerados e eram submetidos a muitas provações em lugares pouco hospitaleiros, e assim ficavam expostos a doenças e até à morte.

1.2 A FALÊNCIA DO SISTEMA CARCERÁRIO E A UTOPIA DA RESSOCIALIZAÇÃO NO BRASIL

A doutrina penal vem discutindo a falência da pena de prisão para apenar delitos comuns e sugere outras formas de punição diversa da privação de liberdade. É debatido que o sistema prisional brasileiro está falido e, atualmente, o que se tem é apenas uma "utopia" com relação à ressocialização do detento, uma vez que a prisão, nas condições em que se encontra, produz um efeito negativo sobre a personalidade do preso. Tal situação acaba por incentivar o lado criminoso do condenado agravando seus distúrbios de conduta. Sendo assim, o sistema penitenciário não é efetivo na recuperação dos presos para estarem em sociedade.

Nesse sentido, se torna urgente a necessidade de integração dos órgãos governamentais e dos órgãos não-governamentais para reduzir ou resolver o problema do cumprimento da pena em ambiente mais adequado, conforme imposição da Lei de Execução Penal. De acordo com as palavras de Michel Foucault:

> O afrouxamento da severidade penal no decorrer dos últimos séculos é um fenômeno bem conhecido dos historiadores do direito. Entretanto, foi visto, durante muito tempo de forma geral, como se fosse fenômeno quantitativo: menos sofrimento, mais suavidade, mais respeito e "humanidade". Na verdade, tais modificações se fazem concomitantes ao deslocamento do objeto da ação punitiva. (FOUCAULT, 2012, p. 21).

Para Foucault, a alteração no cumprimento das penas tem tornado as mesmas mais leves e desproporcionais provocando inúmeros problemas, especialmente no que se refere à recuperação do indivíduo. Conforme as explicações pertinentes de Michel Misse (2006), "a punição em si perde sentido quando o saber se interessa mais pelo criminoso e suas causas, do que pelo crime que ele cometeu. A punição é considerada apenas pelo seu poder de discussão, pela sua finalidade social, pela sua extensão normalizadora" (p. 118). A falência do sistema prisional brasileiro desviou o objetivo precípuo da pena privativa de liberdade, que visa reeducar o detento para uma futura ressocialização.

Assim, o legislador pátrio busca constantemente alternativas inovadoras para, senão eliminar, pelo menos minimizar as atrocidades vividas no cárcere que refletem na sociedade, considerando-se que a Lei de Execução Penal nunca foi adaptada à realidade carcerária no Brasil. As penitenciárias brasileiras vêm mantendo os detentos em situação reprovável. Não

mais se admite a concepção de que a pena de prisão visa somente castigar o delinquente, com o uso da política do terror aplicada contra o mesmo.

1.3 A LEP E A TENTATIVA DE RECUPERAÇÃO DO DETENTO

A Lei de Execução Penal (LEP), Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 foi inserida no ordenamento jurídico pátrio como uma forma de regulamentar o cárcere, reeducar o detento e ressocializando-o para um futuro convívio social, pelo menos foi essa a intenção do legislador. Vale dizer que o Brasil não só possui uma lei própria para regulamentar a execução penal, outros países também editaram lei de execução penal específica, a exemplo da "Polônia, Argentina, França, Espanha, e outros estados-membros da ONU" (MAGNABOSCO apud DULLIUS, 2011). A LEP, para muitos, passou a ser uma mera utopia, considerando que o § único do seu artigo 85, impõe algumas determinações ao Estado que não são cumpridas, a exemplo da necessidade de inibir a superlotação do cárcere:

> Art. 85.O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade.
> Parágrafo Único – O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária determinará o limite de capacidade do estabelecimento, atendendo a sua natureza e peculiaridades.

A aplicação da lei penal deve buscar atender às necessidades da vida pessoal e social de cada preso, ainda que em detenção provisória. Para tanto, é preciso que haja a adoção de medidas que visem o desenvolvimento social extirpando-se a ideia de que preso não tem direitos. De acordo com as explicações de Júlio Fabrine Mirabete (2002), "a pena deve ser usada como profilaxia social, não só para intimidar o cidadão, mas também para recuperar o delinquente" (p. 39).

A intenção do legislador e dos juristas é alcançar a mudança dos valores ético-morais da sociedade, conscientizando os cidadãos de que toda nação só se torna grande com o efetivo respeito à dignidade de seus entes, independentemente de estes estarem livres ou cerceados em sua liberdade. A proposta da LEP era atender ao princípio da classificação penitenciária, a qual foi consolidada com a promulgação da Constituição Federal em 1988, já que em seu artigo 5º, XLVIII, determina que "a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado".

A LEP também incentiva o trabalho do preso, uma vez que o admite esse direito como sendo um dever social e de relevância para a dignidade humana. Sendo assim, define em seu

artigo 41, II que: “Constituem direitos do preso: atribuição de trabalho e sua remuneração;” Tal determinação não poderia ser diferente, uma vez que a Constituição Federal assegura os direitos à cidadania e à dignidade da pessoa humana.

A LEP também incentiva a recuperação do detento em seu artigo 112, alterado pela Lei nº 10.792/2003, ao prever a progressão do regime como forma de incentivar a ressocialização:

> Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

A Lei de Execução Penal visou incentivar a recuperação do apenado, objetivo precípuo da aplicação da reprimenda penal, mas apesar de ter sido editada há três décadas, ainda não conseguiu a devida implementação de seus comandos nos estabelecimentos prisionais do país. O fato é que o legislador não contava com a total falta de estrutura das instituições prisionais para que os ditames legais fossem cumpridos. Caso contrário, a LEP poderia incentivar a reintegração na sociedade daquele que é recolhido à prisão e volta ao convívio social.

Cesare Beccaria (2014) ressalta que as leis devem ser executadas conforme o seu texto, para que o indivíduo possa "calcular exatamente os inconvenientes de uma ação reprovável; e isso é útil, porque tal conhecimento poderá desviá-lo do crime" (p. 45). A questão é que é obrigação do Estado assegurar o direito à saúde, ao ensino, às instalações higiênicas adequadas e à chance de reabilitação para os apenados.

2 A SUBSTITUIÇÃO DA PENA DE PRISÃO

2.1 A PRISÃO DOMICILIAR EM SUBSTITUIÇÃO À PRISÃO PREVENTIVA ANTES DA EDIÇÃO DA LEI Nº 13.769/2018

Mesmo antes da edição da Lei nº 13.769/2018 o artigo 318 do Código de Processo Penal já determinava que o juiz poderia substituir a prisão preventiva pela prisão domiciliar quando a mulher se encontrasse gestante ou no caso de mulher com filho de até 12 (doze)

anos de idade incompletos (incisos IV e V). Porém, o parágrafo único do mencionado artigo impunha que a substituição iria depender de prova idônea dos requisitos exigidos.

Com base em tal previsão normativa, Eugênio Pacelli e Douglas Fischer (2013) explicam que a prisão domiciliar inserida pela Lei nº 12.403/11 não consistia em medida cautelar propriamente dita, "não se equiparando ao recolhimento domiciliar do art. 319, inciso V, do Código de Processo Penal, aparecendo como 'substitutiva da prisão preventiva anteriormente decretada', cabível somente nas hipóteses previstas no art. 318 do CPP" (p. 671).

Com relação à substituição da prisão cautelar pela prisão domiciliar, Renato Brasileiro de Lima (2015) se manifestou afirmando que o atendimento de um dos pressupostos trazidos pelo artigo 318, de forma isolada, não garante ao acusado o direito automático de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, pois:

> 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 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 (LIMA, 2015, p. 998).

Para o autor acima citado, a concessão da prisão domiciliar não estaria vinculada apenas ao cumprimento dos requisitos exigidos pelo artigo 318 do CPP, sendo necessário sempre que se analise o caso concreto.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus nº 291.439, em 22 de maio de 2014, cujo Relator foi o Ministro Rogério Schietti Cruz, a paciente pleiteava a substituição da prisão preventiva pela domiciliar alegando que era mãe de dois menores, de 08 anos e 01 ano, o mencionado ministro, em seu voto, explicou que: 'não chegaria necessariamente à conclusão de que o verbo "poderá" devesse ser interpretado como "deverá'", pois para o ministro tal interpretação terminaria gerando uma vedação legal na aplicação da cautela máxima em situações onde se mostrava ser ela a única hipótese a tutelar, com eficiência, sendo que nesse caso, se evidencia a necessidade da prisão. Motivo pelo qual não concordava com a "obrigatoriedade" da substituição da prisão cautelar pela domiciliar, sob pena de garantir que toda pessoa com prole, na idade definida no texto legal, tivesse o direito a permanecer sob a cautela alternativa, assim:

> (...) naquela ocasião e diante daquele caso concreto, foi ressaltado pelo Relator – ancorando-se, inclusive, na doutrina da proteção integral e no princípio da prioridade absoluta, previstos no artigo 227 da Constituição, no ECA e, ainda, na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Decreto Presidencial n. 99.710/90 – que seria devido o deferimento da liminar para substituir a prisão preventiva da paciente por prisão domiciliar até o julgamento do habeas corpus (apud CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS, 2018, p. 16).

Vale ressaltar que o Ministro Rogério Schietti Cruz, responsável pela relatoria do HC nº 291.439/SP publicado no DJe de 11.06.2014, explica que o verbo "poderá", o qual consta no caput do artigo 318 do CPP, na doutrina de Gustavo Badaró, é entendido como um "dever" do juiz em determinar a substituição do cumprimento da prisão preventiva em prisão domiciliar, desde que presentes os requisitos constantes no dispositivo legal, sendo assim:

> (...) A Lei nº 12.403/2911 passou a prever a prisão domiciliar. Não se trata, porém, de uma modalidade autônoma de medida cautelar pessoal, mas de uma forma especial de cumprir a medida de prisão preventiva. Trata-se de uma 'substituição' da medida cautelar de prisão preventiva, como deixa claro do caput do art. 318 'Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando (...).

2.2 COMENTÁRIOS À LEI Nº 13.769/2018 E AS ALTERAÇÕES NO CPP

Com a edição da Lei nº 13.769/2018 o legislador acrescentou no Código de Processo Penal, mais especialmente no Capítulo da "Prisão Domiciliar", os artigos 318-A e 318-B, que assim determinam:

> 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.

Deve-se observar que a vedação da substituição da prisão preventiva pela domiciliar nas situações definidas pelo legislador – quando o crime for praticado com grande violência ou grave ameaça ou contra o próprio filho ou dependente – foi mantida discricionariedade do Juízo para analisar os pressupostos que autorizam a cautelar. Porém, ainda que "o legislador tenha silenciado, a possibilidade do Juízo fundamentar o indeferimento de qualquer medida cautelar é norma que figura como uma consequência lógica do próprio sistema que rege a aplicação das cautelares". O fato é que toda medida cautelar de cunho pessoal se submete à cláusula de reserva de jurisdição, motivo pelo qual não é possível generalizar tais medidas e

que poderá ser concedida automaticamente, pois em cada caso concreto é preciso verificar a conveniência de sua concessão ou não.

Conforme exemplifica os apontamentos do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais, do Júri e de Execuções Penais:

> A título de exemplo, pense-se na situação de uma mulher gestante, que teve sua prisão preventiva substituída pela prisão domiciliar, e que venha a ser novamente presa em flagrante em decorrência da prática dos crimes tipificados nos artigos 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006. Neste caso, num primeiro momento, a situação da presa gestante se adequaria à hipótese prevista no art. 318, inc. IV, do CPP, em especial diante da ausência os impedimentos do art. 318-A, incs. I e II, do CPP. Nada impede, porém, do Juízo analisar o caso concreto e, de forma fundamentada, identificar que a substituição não seria a medida mais adequada

De acordo com o Superior Tribunal de Justiça - STJ, mesmo depois da alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.769/2018, as situações de excepcionalidades ainda podem vetar a prisão domiciliar para mãe presas. De acordo com o voto-vista do Min. Reynaldo Soares da Fonseca, mesmo que a Lei tenha silenciado sobre a hipótese que foi referenciada pelo STF no HC Coletivo nº 143.641:

> A exceção da concessão do benefício em determinadas situações excepcionalíssimas deve, portanto, a meu ver, subsistir. (...) 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 cuja proteção deve ser integral e prioritária, como determina a Constituição no art.227, bem como à pessoa deficiente". (Grifei).

Deve ser ressaltado o fato de que para a utilização de tal hipótese é essencial que, no caso concreto, sejam adotadas cautelas probatórias para justificar a manutenção da prisão preventiva.

2.3 A NÃO OBRIGATORIEDADE DA SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR PELA DOMICILIAR

Antes da edição da Lei nº 13.769/2018, vale lembrar que o artigo 318 do Código de Processo Penal já sugeria que o Juízo poderia substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente se encontrasse gestante ou em caso de mulher com filho de até doze anos de idade incompletos (IV e V). O seu parágrafo único, porém, determinava que tal substituição iria depender de prova idônea dos requisitos estabelecidos.

Diante da posição normativa, Pacelli e Fischer (2015) explicaram que a prisão domiciliar inserida na Lei nº 12.403/11 não se configura como medida cautelar propriamente dita, não sendo equiparada ao recolhimento domiciliar do artigo 319, V, do Código de Processo Penal, aparecendo como "substitutiva da prisão preventiva anteriormente decretada", cabendo apenas nas hipóteses previstas no artigo 318 do CPP.

Com relação à substituição da custódia cautelar por prisão domiciliar, Lima (2015) destaca que a concessão da prisão domiciliar não estaria vinculada apenas ao atendimento dos requisitos contidos no artigo 318 do CPP, motivo pelo qual, sempre deve ser avaliado o caso concreto.

Nesse mesmo sentido, tem-se o teor da decisão do Habeas Corpus nº 1.624.914-4, julgado em 09/02/2017, onde o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná teve o entendimento de que a concessão da prisão domiciliar exigiria a conciliação com a ausência dos pressupostos contidos no artigo 312 do CPP, uma vez que não ocorre de forma automática.

O Superior Tribunal de Justiça, em sede de Habeas Corpus n. 291.439, com pedido de liminar, que foi julgado em 22/05/2014, onde a paciente requisitou a substituição da prisão preventiva por domiciliar sob a fundamentação de que era mãe de duas crianças, à época com 8 e 1 ano, quando a Corte, citando a doutrina de Gustavo Badaró afirmou que:

> (...) embora o art. 318 utilizasse o verbo "poderá", é de considerar que, demonstrada a hipótese de incidência do art. 318, o juiz deverá determinar o cumprimento da prisão preventiva em domiciliar. Trata-se de direito subjetivo do preso, independentemente de o preceito empregar o verbo "poder" a indicar inexistente poder discricionário do juiz.

No julgado acima citado, o Ministro Relator fundamentou seu voto afirmando que não concordava que havia uma obrigatoriedade na substituição da prisão cautelar pela domiciliar, pois se corre o risco de garantir a toda pessoa com prole, na idade definida no texto legal, o direito de se manter sob a cautela alternativa.

Porém, à época, o Relator, com base inclusive na doutrina da proteção integral e no princípio da prioridade absoluta, insculpidos no artigo 227 da Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, bem como na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, com ratificação pelo Decreto Presidencial nº 99.710/90, que deveria ser deferida a liminar para substituição da prisão preventiva da paciente por prisão domiciliar até que o habeas corpus fosse julgado.

3 A PRISÃO DOMICILIAR E AS ALTERAÇÕES NO ARTIGO 318 DO CPP TRAZIDAS PELA LEI Nº 13.869/2018 QUE FAVORECEM A DETENTA GRÁVIDA

3.1 A MULHER GESTANTE PRIVADA DE LIBERDADE E A CRIANÇA

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), no Título dos Direitos Fundamentais, mais precisamente no artigo 7º assim determina: "A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência". O denominado "Estatuto da Primeira Infância", Lei nº 13.257, de 08 de março de 2016, alterou o ECA de forma bastante significativa, cujo intuito foi a efetivação desses direitos constitucionalmente assegurados. Entre as inovações trazidas pela nova lei acima citada, pode-se destacara redação dada ao caput do artigo 8º, onde:

> 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. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

Também é possível observar no §4º do mencionado artigo que: "Incumbe ao poder público proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal"(Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009). O §5º também vale ser ressaltado, pois assim determina: "A assistência referida no § 4º deste artigo deverá ser prestada também a gestantes e mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção, bem como a gestantes e mães que se encontrem em situação de privação de liberdade"(Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016).

Murillo José Digiácomo e Ildeara de Amorim Digiácomo (2016) comentam o parágrafo incluído pela Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016:

> A manutenção de vínculos entre os pais/mães privados de liberdade e seus filhos é um direito assegurado por lei, cujo exercício deve ser objeto de uma política pública específica, que contemple ações múltiplas e coordenadas entre os órgãos de segurança pública, assistência social, saúde e educação (dentre outros). Trata-se de matéria de alta complexidade, especialmente quando envolve crianças de tenra idade, ainda em fase de aleitamento materno, devendo-se ter a cautela de, a pretexto de assegurar o direito da criança ao aleitamento – e ao próprio contato com sua mãe –, não ser aquela também colocada em regime de privação de liberdade, juntamente com esta. Daí a necessidade de adequação de espaços nos presídios e mesmo a adoção de alternativas ao encarceramento, como é o caso da prisão domiciliar, nos moldes do previsto no art. 318, inciso V, do CPP, com a redação que lhe deu a Lei nº 13.257/2016 (valendo mencionar que já existem decisões que conferem a prisão domiciliar a mulheres com filhos de tenra idade até mesmo após a condenação). (DIGIÁCOMO; DIGIÁCOMO, 2016, p. 12).

Vale destacar que antes de tal alteração legislativa, a própria Lei de Execução Penal já garantia à mulher encarcerada em estabelecimento penal, o acompanhamento médico, especialmente no pré-natal e no pós-parto, estendendo-se tal direito ao recém-nascido. Por motivo idêntico, a LEP determina no caput do artigo 88 e artigo 89 que:

> Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório. (...)
> 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 crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa. (Redação dada pela Lei nº 11.942, de 2009) (...)

Valendo citar também o artigo 17 da Resolução n. 14 do CNPCP, que assim determina: "O estabelecimento prisional destinado a mulheres disporá de dependência dotada de material obstétrico. Para atender à grávida, à parturiente e à convalescente, sem condições de ser transferida a unidade hospitalar para tratamento apropriado, em caso de emergência".

Por isso, é importante o confronto deste cenário normativo com a realidade dos presídios brasileiros para que se compreenda o que teria motivado o Poder Legislativo, em suas recentes reformas, o Executivo, na elaboração de seus últimos decretos e, também, o STF nas decisões proferidas, pelo menos, nos últimos cinco anos.

O fato é que já se tinha um exemplo na Lei nº 13.434/2017, a qual acrescentou um parágrafo único ao artigo 292 do Código de Processo Penal que assim impunha: "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**"(Redação dada pela Lei nº 13.434, de 2017) (Grifei).

Vale lembrar que mesmo que tais normativas estivessem voltadas para o ambiente carcerário, estas devem ser adotadas em qualquer situação que esteja vinculada à maternidade de detentas. Tal situação ocorre com mulheres que ficam custodiadas em delegacias de polícia, ainda muito comum em vários municípios brasileiros. A realidade é que em locais distantes é difícil o atendimento de tais condições. Por esse motivo:

> (...) visando atender as necessidades práticas que são vislumbradas por ocasião das inspeções nesses locais, o Roteiro de Inspeção em Carceragens (atualmente utilizado pelos Membros do Ministério Público), no Anexo III do Ato Conjunto n. 01/2015-PGJ/CGMP, traz campo destinado à assistência à saúde (item 2.8) estabelecendo que, em havendo mulheres na carceragem, além das ações básicas de promoção de saúde de rotina ginecológica, a detecção oportuna de gestação será importante para um pré-natal de qualidade.

Toda essa seleção normativa visa destacar que, mesmo privadas de liberdade, às mulheres detentas são garantidos todos os direitos não alcançados pela sentença ou pela lei, entre eles, aquele de ter um acompanhamento digno ao longo da gravidez e no período posterior, mas o Estado precisa promover as condições necessárias para esse respeito.

3.2 O DIREITO DE SER MÃE DAS PRESIDIÁRIAS E AS REGRAS DE BANGKOK

A versão em português das "Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras", ou seja, as denominadas "Regras de Bangkok", representa um grande avanço no sentido de ajudar o Estado brasileiro na resolução das dificuldades de gênero no âmbito do sistema carcerário.

As Regras de Bangkok tratam da questão da maternidade visando o lado humanitário, para assegurar que a criança mantenha contato com a mãe condenada não apenas para auxiliar na ressocialização da mãe, mas porque é essencial para a psiquê da criança e para seu desenvolvimento. Porém, se há necessidade de a criança conviver com a mãe, é preciso que isso ocorra em um ambiente de estímulo educativo. Quando possível, deve passar um fim de semana com a família, deve manter a socialização com outras crianças, ter uma convivência com animais, tomar banho de sol, ter assistência médica, entre outras questões que foram abraçadas pelas Regras de Bangkok. A jornalista Nana Queiroz em entrevista a Deborah Zampier, (2016), após percorrer dez presídios femininos ao longo de quatro anos, ressalta que:

> É por desconsiderar as especificidades de gênero que o Brasil comete as maiores violações de direitos humanos no sistema carcerário feminino do Brasil. Traduzir essas regras é democratizar o acesso à informação, pois a maioria das pessoas que trabalha no sistema carcerário, assim como a maioria da população brasileira, não lê inglês. É um passo que pode parecer pequeno, mas na realidade significa muito, porque você leva a sério e institucionaliza uma lei internacional da qual o Brasil é signatário e que deveria ser seguida dentro do país.

Para a jornalista acima citada, responsável pela pesquisa, as condições dos presídios eram as piores possíveis, pois nunca visitou um presídio feminino que cumprisse todas as exigências legais no Brasil, todos possuíam infiltração e bolor. As Regras de Bangkok trouxeram relevantes considerações a respeito das detentas grávidas, cuja finalidade é dar um tratamento mais digno às mulheres encarceradas, conforme as regras 22 e 24 das Regras de Bangkok:

> Regra 22 Não se aplicarão sanções de isolamento ou segregação disciplinar a mulheres gestantes, nem a mulheres com filhos/as ou em período de amamentação.
>
> Regra 24 Instrumentos de contenção jamais deverão ser usados em mulheres em trabalho de parto, durante o parto e nem no período imediatamente posterior.

Em determinadas situações em que há gravidez de alto risco ou quando a gestante já estiver no sétimo mês de gravidez, o juiz pode realizar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, de acordo com a previsão do artigo 318, do Código de Processo Penal. Tanto a gestante quanto seu filho têm direito ao pré-natal, a ecografia, a acompanhamento médico, e a outros exames que são essenciais para o desenvolvimento saudável do bebê. Vale observar que, quando da adoção das Regras de Bangkok, ainda não existiam determinadas tecnologias que se encontram disponíveis no Brasil atualmente, “como a tornozeleira eletrônica, que poderiam ser usadas para que as mães e gestantes não fiquem na cadeia”. O bom seria conseguir adequar a realidade da encarcerada às necessidades da criança, e não o inverso, especialmente no Brasil, onde a maioria das detentas são de baixa periculosidade.

3.3 A PRISÃO DOMICILIAR PARA DETENTAS GESTANTES E MÃES COM FILHOS ATÉ 12 ANOS

O CPP em seu artigo 318, IV, que foi alterado pelo Estatuto da Primeira Infância, determina a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar quando o agente for gestante. Conforme explicam Nestor Távora e Rosmar Alencar (2018), tal critério é

independente do tempo de gestação ou do grau de risco da gravidez. Valendo destacar que antes da edição do Estatuto da Primeira Infância, somente mulheres a partir do 7º mês de gestação ou aquelas cuja gravidez era de alto risco podiam ter prisão domiciliar concedida.

A ampliação do benefício que contemplou todas as gestantes tem seu fundamento na necessidade de conceder atenção integral em saúde para a grávida, que requer cuidados especiais. Porém, atualmente, por causa das precárias estruturas das unidades prisionais no Brasil, as determinações normativas não podem ser cumpridas. A jurisprudência pátria assim se manifesta:

> PACIENTE GESTANTE, SEPARADA E MÃE DE UMA FILHA DE 4 ANOS. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. 1.(...) 2. O Estatuto da Primeira Infância (Lei nº 13.257 /2016), a partir das Regras de Bangkok, normatizou diferenciado tratamento cautelar em proteção à gestante e à criança (a mãe com legalmente presumida necessidade de cuidar do filho, o pai mediante casuística comprovação - art. 318 , IV , V e VI do Código de Processo Penal), cabendo ao magistrado justificar a excepcional não incidência da prisão domiciliar - por situações onde os riscos sociais ou ao processo exijam cautelares outras, cumuladas ou não, como o monitoramento eletrônico, a apresentação judicial, ou mesmo o cumprimento em estabelecimento prisional. **3. Paciente é gestante e mãe de uma criança de 4 (quatro) anos de idade, de modo que o excepcionamento à regra geral de proteção à primeira infância pela presença materna exigiria específica fundamentação concreta, o que não se verifica na espécie, evidenciando-se a ocorrência de constrangimento ilegal. 4. Habeas corpus concedido, para substituir a prisão preventiva da paciente, RAFAELA MERCEDES SVERZUTT DA COSTA, por prisão domiciliar, na forma do art. 318 do CPP, o que não impede a determinação de outras medidas cautelares diversas de prisão, por decisão fundamentada**. (Grifei) (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2017)

O Ministério da Saúde tem a seguinte classificação: gestação em risco habitual e gestação de alto risco. A primeira requer cuidados integrais, por parte de equipe de atenção primária, a segunda requer consultas complementares no âmbito de serviço de referência em alto risco. Outra situação com previsão no Código de Processo Penal, que foi alterada pelo Estatuto da Primeira Infância é para mulheres encarceradas que têm filhos de até 12 anos incompletos. Nesse sentido, a inovação trazida pelo mencionado Estatuto tem por intuito garantir os direitos das crianças.

Távora e Alencar (2018) explicam que a norma não exige que a mulher seja a única pessoa responsável por cuidar dos filhos, mas o homem também. Porém, é exigida a comprovação de residência para provar a convivência com o filho de até 12 anos incompletos.

Outra questão importante diz respeito ao fato de que se deve avaliar se a unidade prisional possui estrutura adequada para promover cuidados maternos ao menor de 12 anos e, sendo afirmativo, o benefício da prisão domiciliar não será concedido. Entretanto, a realidade

se apresenta com ambientes prisionais totalmente inadequados para esse tipo de acolhimento. Sendo assim, o mais viável e mais comum é recomendar a prisão domiciliar sempre que verificada a permanência do vínculo materno com o menor de 12 anos.

Ainda no âmbito legislativo, no contexto da prisão domiciliar, a Lei nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018, promoveu alterações relevantes na legislação processual e de execução penal, assim como na Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990), determinando "a substituição de prisão preventiva por prisão domiciliar para gestantes, mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, além de disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação".

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se concluir que a estrutura carcerária no Brasil foi construída para abrigar homens e, apesar da grande incidência de mulheres no mundo do crime atualmente, essa estrutura ainda não está preparada para atender às necessidades do sexo feminino. O não atendimento a tais necessidades implica em um flagrante desrespeito ao princípio da individualização da pena, uma vez que a pena deve se adequar ao seu destinatário, mas o sistema punitivo brasileiro desrespeita as particularidades do indivíduo.

Em respeito ao direito à vida, defendido pela Constituição Federal de 1988, a mulher gestante, ao cumprir pena privativa de liberdade, deve ter respeitados todos os seus direitos garantidos pelo texto constitucional, sendo restringido, porém, apenas o seu direito referente à liberdade de locomoção, pois esse é o objetivo da pena de prisão.

O Código de Processo Penal Brasileiro, com as inovações trazidas pela edição da Lei nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018, assegura que as mulheres gestantes, lactantes e com filhos menores, tenham o direito de cuidar de sua prole, respeitando os limites legais. Dessa forma, a prisão domiciliar das detentas gestantes e lactantes, normatizada no ordenamento jurídico pátrio, é uma garantia aos legitimados que usufruem de tal benefício.

Sendo assim, se a concessão da prisão domiciliar é um benefício para as gestantes e lactantes, então deve ser adotada imediatamente após o conhecimento de situação. Então, é preciso que haja um acompanhamento efetivo dos casos que englobam tal situação a fim de conferir quem tem direito a essa garantia, independentemente de classe social.

A prisão domiciliar de mulheres no Brasil, com previsão no artigo 318, IV e V do CPP, é um instituto que veio beneficiar várias mulheres que se enquadram nos requisitos

legais, cuja finalidade é defender o bem-estar da criança, pois é para ela que tal benefício está voltado, apesar de que é a mulher que é beneficiada com a essa vantagem.

Vale observar que a condição de mulher grávida ou lactante, não elimina o ilícito praticado por ela, pois somente é discutida qual a melhor maneira para que a criança não seja prejudicada pelo ato que a mãe cometeu, mas é preciso avaliar se o bem-estar do menor é ou não ao lado da mãe.

À vezes, a convivência entre mães e filhos não é salutar, por isso, cada caso deve ser avaliado individualmente para a concessão da prisão domiciliar, pois o destinatário principal do benefício é a criança que precisa de cuidados para sua existência, pois a mãe não se exime da infração praticada, somente tem a chance do convívio familiar.

Apesar de muitas mulheres se encontrarem em situação semelhante, nem todas se beneficiam da previsão legal. No entanto, é preciso apelar para o bom senso e proceder com a análise do caso concreto, já que não se pode banalizar a concessão da prisão domiciliar feminina, pois em vez de assegurar a dignidade da pessoa humana, na verdade, haveria um incentivo à prática de ilícitos sob a alegação de que as mulheres, beneficiadas pela medida, podem fazer o que bem entendem, ultrapassando os limites legais que, ainda assim, seriam contempladas com o benefício. A intenção do legislador ordinário foi preservar as garantias fundamentais da mulher e da criança, ainda que a primeira tenha cometido ato ilícito, a pretensão é fazer com que o direito seja garantido.

O alarmante aumento do número de mulheres encarceradas aponta para a importância e a urgência de se tomar consciência a respeito da necessidade de uma política criminal que venha atender às especificidades femininas. Sendo assim, considerando-se o crescimento da população feminina encarcerada atualmente no país e, portanto, a maior incidência de mulheres grávidas e com filhos menores de 12 anos, a modalidade de prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva, nos termos do artigo 318 do Código de Processo Penal, vem sendo bastante utilizada pelo Poder Judiciário diante da realidade do país.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Legislação.** Disponível em: http://www4.planalto.gov.br/legislacao. Acesso em 16 out 2022.

BRASIL. **Resolução nº 14, de 11 de novembro de 1994.** Disponível em: https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpcp/resolucoes/1994/resolucao-no-14-de-11-de-novembro-de-1994.pdf/view. Acesso em 20 out 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. HABEAS CORPUS HC 394444 SP 2017/0073130-8 (STJ) Jurisprudência - Data de publicação: 09 de outubro. 2017. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=paciente+gestante. Acesso em: 17 out 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no HABEAS CORPUS Nº 426.526 - RJ (2017/0307335-4). Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/870747227. Acesso em 19 out 2022.

CANTO, Dilton Ávila. **Regime Inicial de Cumprimento de Pena Reclusiva ao Reincidente**. Dissertação (Mestrado em Direito). Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2000

CARVALHO FILHO, Luiz Francisco. **A prisão**. São Paulo: Publifolha, 2002.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS. **Criminais, do Júri e de Execuções Penais.** (2018). Disponível em: https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Maternidade_no_Carcere_e_Prisao_domiciliar_-_versao_2019_-_versao_atualizada_em_26-2-2019.pdf. Acesso em 20 out 2022.

DIAS, Alberto de Lima Rodrigues. **Sistema Penitenciário**. (2013). Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=10848. Acesso em 20 out 2022.

DIGIÁCOMO, Murillo José y Ildeara de Amorim DIGIÁCOMO (2016): **Estatuto da criança e do adolescente:** anotado e interpretado, Curitiba, Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente.

DULLIUS, Aladio Anastacio; HARTMANN, Jackson André Müller. Análise do sistema prisional brasileiro. In: **Âmbito Jurídico.** (2011). Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/analise-do-sistema-prisional-brasileiro/ Acesso em 20 out 2022.

ESPERON, Fábio. **Parceria Público Privada na Gestão de Presídios em Alagoas**, 2011. Disponível em: http://ceassp.blogspot.com. Acesso em 19 out 2022.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 40. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

GRECO, Rogério. **Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativas à Privação de Liberdade.** São Paulo: Saraiva, 2013.

JUSBRASIL. **Página 332 do Diário de Justiça do Estado do Maranhão** (DJMA) de 3 de setembro de 2018. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/diarios/206698154/djma-03-09-2018-pg-332 . Acesso em 20 out 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** Salvador: Juspodivm, 2015.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal**. Comentários à Lei 7.210, de 11-7-84. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MIRANDA, M. A. B. O direito à prisão domiciliar para reeducandas gestantes e mães com filhos menores de 12 anos, sob a perspectiva do princípio da dignidade da pessoa humana. **Conteúdo Jurídico**, v. 907, p. 129-147, 2019.

MISSE, Michel. **Crime e Violência no Brasil Contemporâneo**: Estudos de Sociologia do Crime e da Violência urbana. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013

SILVA, Aline Porto da. **Práticas Sociais e Processos Educativos: Educação para Sujeitos em Privação e Restrição de Liberdade.** 2014. Disponível em: https://docplayer.com.br/125830043-Praticas-sociais-e-processos-educativos-educacao-para-sujeitos-em-privacao-e-restricao-de-liberdade.html. Acesso em 20 out 202.

SILVA, Andréia. **A Pior Prisão é a da Mente**. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, Patrícia Gomes da. **Ressocialização do Sentenciado.** 2010. Disponível em: https://www.passeidireto.com/arquivo/50220762/ressocializacaodosentenciado. Acesso em 16 out 2022.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar. R. **Curso de Direito Processual Penal**. 13. ed. Salvador: JusPodium, 2018.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004

ZAMPIER, Deborah. CNJ - **Regras de Bangkok jogam luz nas mazelas de gênero do sistema penal, diz autora.** 2016. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/regras-de-bangkok-jogam-luz-nas-mazelas-de-genero-do-sistema-penal-diz-autora. Acesso em 19 out 2022.