XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

MAGNO FEDERICI GOMES

CLAUDIA LUIZ LOURENCO

Copyright © 2019 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
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

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

D597

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

Coordenadores: Magno Federici Gomes

Claudia Luiz Lourenco – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-792-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br





de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

O XXVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado em Goiânia/GO, nos dias 19 a 21 de junho de 2019, foi promovido em parceria com o Programa de Pós-graduação em Direito e Políticas Públicas (PPGDP) da Universidade Federal de Goiás (UFG), tendo como tema geral: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo.

Este livro é derivado da articulação acadêmica, com o objetivo de transmissão do conhecimento científico, entre o CONPEDI, o PPGDP/UFG e docentes e pesquisadores de diversos Programas de Pós-graduação "stricto sensu" no Brasil e no exterior, com vínculo direto com seus respectivos projetos e Grupos de Pesquisa junto ao CNPQ.

O grupo de trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição I, teve bastante êxito, tanto pela excelente qualidade dos artigos, quanto pelas discussões empreendidas pelos investigadores presentes. Foram defendidos dezenove trabalhos, efetivamente debatidos e que integram esta obra, a partir dos seguintes eixos temáticos: garantismo e novas perspectivas do Direito e Processo Penal; prisão provisória e colaboração premiada; presunção de não culpabilidade e execução provisória de pena; sistema carcerário brasileiro e execução definitiva de pena; e gênero e Direito Penal.

No primeiro bloco, denominado garantismo e novas perspectivas do Direito e Processo Penal, iniciaram-se os trabalhos com textos de análise sobre a formulação do novo Código de Processo Penal brasileiro através de racionalidades (não)garantistas e a teoria de Luigi Ferrajoli; adoção da justiça restaurativa nos Juizados Especiais Criminais como caminho para um Direito Penal mínimo; realidade e perspectivas garantistas da audiência de custódia; análise econômica da perda alargada; a discussão da caracterização do tipo penal assédio sexual comparativamente a outras figuras típicas ofensivas à dignidade sexual; e a análise do "efeito censura" no caso Góes.

No segundo eixo, chamado prisão provisória e colaboração premiada, apresentaram-se quatro artigos científicos, iniciando-se com a (in)compatibilidade da prisão temporária com o direito fundamental que veda a autoincriminação compulsória; passando-se à teoria dos jogos aplicada ao processo penal, que abordou a colaboração premiada como mecanismo de barganha; analisou-se o papel da delação premiada na reconstrução de um novo Estado

Democrático de Direito e sua vinculação aos Direitos Humanos; e abordaram-se críticas acerca da efetividade do instituto da colaboração premiada a partir do neoliberalismo.

Na terceira fase temática, presunção de não culpabilidade e execução provisória de pena, o primeiro trabalho estudou as semelhanças e diferenças da presunção de inocência no Brasil e nos Estados Unidos da América; a seguir analisou-se a garantia convencional da presunção de inocência e a execução antecipada da pena; e o terceiro trabalho, por sua vez, tratou da prisão após condenação em segunda instância como violação de direito fundamental.

No quarto conjunto, sistema carcerário brasileiro e execução definitiva de pena, examinou-se o sistema carcerário brasileiro: o estado de coisas inconstitucional e a responsabilidade civil do Estado frente as violações de direitos humanos; indagou-se sobre a privatização das penitenciárias públicas, à luz dos conceitos de Estado em Michel Foucault; encerrando-se com a discussão sobre a data-base para progressão de regime com o advento de nova condenação no curso da execução penal.

No derradeiro bloco, que versou sobre e gênero e Direito Penal, discutiu-se o novo cenário da prisão domiciliar da mulher no ordenamento jurídico processual brasileiro após decisão do Supremo Tribunal Federal e da Lei n. 13.769/2018; mulheres em situação de cárcere e a importância da aplicação de um paradigma feminista; e, por fim, a descriminalização do aborto e o ativismo judicial: a proteção dos direitos fundamentais da mulher.

Como conclusão, a Coordenação sintetizou os trabalhos do grupo, discutiu temas conexos e sugeriu novos estudos, a partir da leitura atenta dos artigos aqui apresentados, para que novas respostas possam ser apresentadas para os problemas que se multiplicam nesta sociedade de risco líquida.

A finalidade deste livro é demonstrar estudos, debates conceituais e ensaios teóricos voltados à cidadania, à segurança jurídica, ao Direito e Processo Penal, e ao Direito Constitucional, nos quais a multidisciplinaridade, em suas várias linhas de pesquisa, serão empregadas para expor os temas e seus respectivos problemas. Objetiva-se, ademais, ampliar as reflexões e discussões sobre a pesquisa realizada sob diversos posicionamentos, posto que as investigações não se encontram totalmente acabadas.

Na oportunidade, os Coordenadores agradecem a todos que contribuíram a esta excelente iniciativa do CONPEDI, principalmente aos autores dos trabalhos que compõem esta coletânea de textos, tanto pela seriedade, quanto pelo comprometimento demonstrado nas investigações realizadas e na redação de trabalhos de ótimo nível.

Gostaríamos que a leitura dos trabalhos aqui apresentados possa reproduzir, ainda que em parte, a riqueza e satisfação que foi para nós coordenar este Grupo, momento singular de aprendizado sobre os temas discutidos.

Os artigos, ora publicados, pretendem fomentar a investigação interdisciplinar com Direito Penal, Direito Processual Penal e Constituição. Assim, convida-se o leitor a uma leitura atenta desta obra.

Os Coordenadores:

Prof. Dr. Magno Federici Gomes - ESDHC e PUC Minas

Profa. Dra. Claudia Luiz Lourenço - UFG e PUC Goiás

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O NOVO CENÁRIO DA PRISÃO DOMICILIAR DA MULHER NO ORDENAMENTO JURÍDICO PROCESSUAL BRASILEIRO APÓS DECISÃO DO STF E DA LEI N. 13.769/2018

THE NEW SCENARIO OF THE DOMICILIAN PRISON OF WOMEN IN THE BRAZILIAN PROCEDURAL LEGAL ORDINANCE AFTER DECISION OF STF AND LAW N. 13.769 / 2018

Cláudia Mansani Queda De Toledo
Livia Pelli Palumbo

Resumo

O trabalho analisa o novo cenário da prisão domiciliar da mulher. A realidade do sistema prisional brasileiro, além de ofender direitos fundamentais da mulher, como a saúde e integridade; desrespeita os direitos das crianças, pois ausente a assistência pré-natal, pós-parto, berçários e creches nos estabelecimentos, privando as crianças de condições adequadas ao desenvolvimento. No Habeas Corpus Coletivo 143.641/SP, foi determinada a substituição da prisão preventiva pela domiciliar às gestantes/mães e a Lei n. 13.769/2018 alterou o CPP com previsão de substituição da prisão preventiva pela domiciliar. A pesquisa utilizada foi revisão bibliográfica crítica, com base nas leis e decisões mencionadas.

Palavras-chave: Mulheres no cárcere, Mães/gestantes, Crianças e pessoas com deficiência, Hc coletivo 143.641/sp, Lei n. 13.769/2018

Abstract/Resumen/Résumé

The paper analyzes the new scenario of women's house arrest. The reality of the Brazilian prison system, besides offending fundamental rights of women, as health and integrity; disrespects the rights of children, since there is no prenatal care, postpartum care, nurseries and kindergartens in establishments, depriving children of appropriate conditions for development. In Habeas Corpus Colectivo 143.641, was determined the replacement of preventive custody by domicile to pregnant women/mothers and Law n. 13.769 changed the CPP with prediction of replacement of preventive custody by domicile. The research used was critical bibliographic review, based on the laws and decisions mentioned.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Women in prison, Mothers / pregnant women, Children and people with disabilities, Collective hc 143,641 / sp, Law n. 13.769 / 2018

1 INTRODUÇÃO

Em 1976, Chico Buarque e Augusto Boal compuseram a canção *Mulheres de Atenas* que assim dizia: As jovens viúvas marcadas / E as gestantes abandonadas / Não fazem cena / Vestem-se de negro, se encolhem / Se conformam e se recolhem / Às suas novenas, serenas.

Esta música, apesar de ter sido escrita em 1976, possui característica da realidade prisional brasileira, em especial, da população feminina.

O presente trabalho busca analisar a problemática das condições atuais da realidade carcerária no Brasil, com foco principal de estudo na possibilidade de prisão domiciliar, modalidade prevista pelo Código de Processo Penal e pela Lei de Execução Penal, porém, em momentos diferentes da persecução processual penal. Inobstante, a ausência de fiscalização das situações precárias das penitenciárias, não se pode ignorar que ocorram situações degradantes todos os dias nos prédios do sistema prisional, em especial, às crianças que dependem da mãe encarcerada. Desta forma, o trabalho busca demonstrar por meio da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus Coletivo n. 143.641/SP, bem como a Lei n. 13.769 de 2018, o Código de Processo Penal, a Lei de Execução Penal, e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, na análise de casos concretos, (casos excepcionais) que decidiu pela prisão preventiva em detrimento da prisão domiciliar.

Verifica-se o novo cenário da prisão domiciliar no ordenamento jurídico brasileiro, após a concessão da ordem no Habeas Corpus Coletivo n. 143.641/SP, em que o Supremo Tribunal Federal, em 20 de fevereiro de 2018, estabeleceu a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar para todas as gestantes e mulheres ou responsáveis por crianças ou pessoa com deficiência. Na sequência, em 19 de dezembro de 2018, o Congresso Nacional aprovou a Lei n. 13.769, que acrescentou o artigo 318-A ao CPP, que prevê os requisitos autorizadores da substituição, de modo que, a substituição da prisão preventiva pela domiciliar passou a ser a regra.

Diante do exposto, questiona-se: Qual a previsão da prisão domiciliar no ordenamento jurídico pátrio? A decisão do STF no HC coletivo instigou a alteração da Lei de dezembro de 2018? Além da proteção aos direitos fundamentais enquanto do cumprimento de pena, protege-se os direitos inerentes às crianças? Esta alteração é positiva para o sistema carcerário, no sentido da busca pela alteração da situação caótica em que se encontra?

Segundo Severino (2007, p. 130):

> procura-se […] com uma exposição mais objetiva e técnica, colocar o *problema*, ou seja, como o *tema* está problematizado e, consequentemente, por que ele precisa ainda ser pesquisado. Trata-se, portanto, de delimitar, circunscrever o tema-problema. O tema deve ser problematizado e é preciso ter uma ideia muito clara do problema a ser resolvido.

A relevância e a oportunidade da realização da pesquisa aborda a temática da prisão domiciliar como substituição à prisão preventiva, após novo entendimento do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus coletivo n. 143.641/SP, a promulgação da Lei n. 13.769, de 19 de dezembro de 2018, que alterou o Código de Processo Penal, a Lei de Execução Penal. Inclusive, como respeito à decisão mais justa e democrática, quando presentes os requisitos autorizadores desta modalidade de prisão cautelar (prisão preventiva), nas hipóteses previstas como possível a substituição.

Em relação aos direitos dos presos, aqui, em especial, a integridade física e psíquica, "a interpretação que se deve buscar é a mais ampla, no sentido de que tudo aquilo que não constitui restrição legal, decorrente da particular condição do encarcerado, permanece como direito seu". (MARCÃO, 2014, p. 70-71) (grifo nosso)

Essa preocupação justifica-se em razão de novo entendimento da Suprema Corte (HC n. 143.641/SP), bem como do Poder Legislativo (com a promulgação da Lei n. 13.769), como contribuição acadêmica e para a justiça social, uma vez que busca proteger a dignidade humana e o respeito às integridades física e psíquica da mulher que cumpre a pena, mas também, de seu filho, que não pode ter seus direitos fundamentais ofendidos em razão de consequências da conduta criminosa praticada pela mãe, em obediência aos princípios da individualização da pena, do melhor interesse do menor, da dignidade humana (da mãe e de seu filho), uma vez que se trata de manto protetivo do indivíduo como fundamento do Estado Democrático de Direito, consolidado pela Constituição Federal de 1988.

A metodologia utilizada neste estudo é a revisão bibliográfica crítica, com base em artigos científicos e livros das, com análise de doutrina e leis, em especial, o Código de Processo Penal, a Lei de Execução Penal, a Lei n. 13.769/2018, a decisão do Supremo Tribunal Federal na concessão da ordem do Habeas Corpus coletivo n. 143.641/SP.

2 PRISÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A REALIDADE DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA FEMININA

> Para a mulher, ser marginal, nunca será uma arte, será sempre uma desonra. O próprio malando vai recrimina-la por estar presa, largando os filhos a sua própria sorte. Ele, o homem, pode. Seja malandro, operário, estudante, o homem sempre pode afastar-se dos filhos se assim o exigir sua ocupação. A mulher nunca. Essa

> exigência que conflita todas as mulheres, atinge ainda mais aquelas que não podem orgulhar-se de seu meio de vida, mesmo que o façam para sustento dos filhos. (LEMGRUBER, 1998, p. 86)

2.1 Conceito de prisão, fundamento constitucional e regras gerais

A prisão é:

> a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa (humana) ao cárcere. Não se distingue, nesse conceito, a prisão provisória, enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta de cumprimento de pena. Enquanto o Código Penal regula a prisão proveniente de condenação, estabelecendo suas espécies, formas de cumprimento e regimes de abrigo do condenado, o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória. A prisão no processo penal equivale à tutela de urgência no processo civil. (NUCCI, 2017, p. 537) (grifo nosso)

A liberdade é a regra, sendo a prisão a exceção. Nesse sentido é o disposto no inciso LXI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

> **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: [...]
> **LXI** - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

Desta forma, a prisão deve ser baseada em decisão judicial, devidamente motivada e reduzida a termo, ou decorrente de flagrante delito.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 282 prevê as regras gerais para a aplicação das medidas cautelares, quais sejam: prisão em flagrante (artigos 301 a 309); prisão preventiva (artigos 311 a 316); prisão domiciliar substitutiva da prisão preventiva (artigos 317 e 318) e medidas cautelares restritivas diferentes da prisão (artigos 319 e 320), sendo tais medidas cautelares decretadas pelo juiz, que decidirá de acordo com os critérios de legalidade, necessidade, adequação, razoabilidade e proporcionalidade.

A excepcionalidade dessas medidas se justifica, pois incidem "*sobre el derecho fundamental a la libertad de movimentos*", nas palavras de Armenta Deu (2008, p. 323, *apud* MARCÃO, 2017, p. 655).

Na sistemática da lei processual penal, ou ocorre a prisão em flagrante (hipóteses do artigo 302); ou se decreta prisão temporária (quando cabível), ou prisão preventiva (artigos

ivi311 a 316), podendo esta ser substituída por prisão cautelar domiciliar, conforme artigos 317 e 318. Destaca-se que, em dezembro de 2018, foi promulgada a Lei n. 13.769, que alterou as hipóteses de prisão domiciliar, ampliando-as.

A Lei n. 13.769, de 19 de dezembro de 2018, trouxe novas regras sobre a prisão domiciliar e a execução da pena, que envolve a gestante e a mulher que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, em termos dos pesquisadores, tratam-se "dos filhos da prisão".

2.2 A modalidade de prisão: Prisão preventiva

A prisão preventiva é uma modalidade de prisão processual, que pode existir tanto no curso da investigação quanto no curso do processo, prevista no artigo 311 do Código de Processo Penal[1], e sua decretação deve ser, pelo juiz, fundamentada e motivada, nos moldes do art. 315 CPP[2].

> É a prisão de natureza cautelar mais ampla, sendo uma eficiente ferramenta de encarceramento durante toda a persecução penal, leia-se, durante o inquérito policial e na fase processual. Até antes do trânsito em julgado da sentença admite-se a decretação prisional, por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente (art. 5º, inciso LXI, da CF), desde que presentes os elementos que simbolizem a necessidade do cárcere, pois a preventiva, por ser medida de natureza cautelar, só se sustenta se presentes o lastro probatório mínimo a indicar a ocorrência da infração, os eventuais envolvidos, além de algum motivo legal que fundamente a necessidade do encarceramento. (TÁVORA, ALENCAR, 2015, p. 848)

Se a prisão ocorrer durante a investigação policial, deve haver requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público; se no curso da ação penal, cabe prisão preventiva de ofício.

A prisão preventiva possui as seguintes modalidades:

a) substitutiva/subsidiária: art. 282, § 4º e art. 312, parágrafo único, CPP. Quando há substituição das medidas cautelares diversas da prisão, pela prisão preventiva;

b) "conversão" da prisão em flagrante em preventiva (art. 310, inc. II, CPP); a análise é feita na audiência de custódia;

---

[1] 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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

[2] Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

c) autônoma: art. 312 cumulativamente ao disposto no art. 313 do CPP – não há situação de flagrância prévia que acarrete a possibilidade da prisão preventiva.

> 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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
> Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
> I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
> 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; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
> 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; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
> 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. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

O artigo 312 do CPP exige a presença de um dos requisitos do *periculum libertatis*: a) assegurar a aplicação da lei penal; b) conveniência da instrução penal; c) garantia da ordem econômica; d) garantia da ordem pública: é mais subjetivo. as garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal. E o artigo na sequência, o art. 313, dispõe acerca das circunstâncias legitimadoras da prisão preventiva, ou seja, o juízo de legalidade da prisão.

3 PRISÃO DOMICILIAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO (CPP E LEP) E SUAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS (LEIS N. 12.403/2011, 13.257/2016 E 13.769/2018)

A prisão domiciliar prevista pelo Código de Processo Penal, em especial, no artigo 318, é modalidade de substituição da prisão preventiva, de modo que deve haver decretação da prisão preventiva e, posteriormente, a decisão do juiz fundamentando a sua substituição pela prisão domiciliar, sendo as hipóteses taxativamente previstas pelo artigo 318 do CPP:

> Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
> I - maior de 80 (oitenta) anos (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
> II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
> III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
> IV - gestante a partir do 7o (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). (destaque nosso)
> Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

A prisão domiciliar foi criada no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei n. 12.403/2011, de modo que esta prisão é concedida durante a fase processual e o cumprimento da pena preventiva se dá na residência e não no cárcere fechado, e o agente só pode ausentar-se com autorização judicial, nos moldes do artigo 317 do CPP.

Em 2016, a Lei n. 13.257 ampliou as alternativas, modificando o inciso IV do artigo 318 do CPP para prever o cabimento da prisão domiciliar à gestante, e não mais exige qualquer outra condição, como era a previsão anterior, bem como acresceu ao artigo os incisos V e VI, que passou a ter a seguinte alteração de redação:

> IV - gestante; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)
> V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)
> VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

Em 19 de dezembro de 2018, a alteração legislativa incluiu o artigo 318-A ao Código de Processo Penal:

> 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: (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018). (destaque nosso)
> **I -** não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).
> **II -** não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).
> 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.(Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

A previsão da prisão domiciliar pelo Código de Processo Penal não se confunde com a previsão da modalidade de prisão domiciliar prevista no artigo 117 da Lei de Execução Penal.

3.1 As previsões acerca da prisão domiciliar no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal

O Código de Processo Penal prevê a prisão domiciliar substitutiva à prisão preventiva nos artigos 317 e 318, que sofreram alterações legislativas, conforme acima demonstrado.

A lei processual penal, ao tratar da prisão domiciliar, refere-se à possibilidade de o réu permanecer recolhido em sua residência do que em unidade prisional.

O ordenamento permite essa substituição da prisão "em casa", nas hipóteses previstas no artigo 318, acima destacado e com a redação alterada pela Lei n. 13.257/2016.

Para o estudo em tela, foi realizado o recorte de pesquisa quanto à prisão domiciliar da mulher gestante, mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos e homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos, previstas nos incisos IV, V e VI, respectivamente.

Em relação à prisão domiciliar prevista pela Lei de Execução Penal, em seu artigo 117, a pessoa já condenada por pena privativa de liberdade, de modo que a condenada cumpre sua pena "em casa". Desta forma, trata-se de prisão domiciliar diferente da prevista pelo Código de Processo Penal, pois a prisão domiciliar prevista na LEP trata-se de cumprimento de pena no regime aberto.

O artigo 117, *in verbis*:

> 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. (destaque nosso)

O artigo 1º da Lei de Execução Penal (LEP – Lei n. 7.210/84) apresenta a função ressocializadora da pena: "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado."

"Considerando a pretensão expressa no art. 1º da Lei de Execução Penal, a execução deve objetivar a integração social do condenado ou do internado, já que adotada a teoria *mista* ou *eclética*, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetiva-se, por meio da execução, **punir e humanizar**." (MARCÃO, 2016, p. 32). Referida lei, em seu artigo 89 prevê os requisitos mínimos para a seção de gestante e creches nos estabelecimentos prisionais:

> Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88[3], 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, sendo esta redação dada pela Lei nº 11.942, de 2009.
> Parágrafo único. São requisitos básicos da seção e da creche referidas neste artigo: (Incluído pela Lei nº 11.942, de 2009)
> I - atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e (Incluído pela Lei nº 11.942, de 2009)
> II - horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável. (Incluído pela Lei nº 11.942, de 2009)

O princípio da dignidade humana, norteador do sistema jurídico e previsto no inciso III, do artigo 1º da Constituição Federal, é a base de proteção a todos os indivíduos, de modo que deve ser respeitado, entretanto não é o que se verifica na realidade do sistema prisional brasileiro, uma vez que a sobrevivência das presas nos prédios prisionais ofendem à vida, à integridade física e psíquica, à saúde, que são os direitos tidos como mínimos para o cumprimento do período no cárcere de forma digna.

"O sentimento de injustiça que um prisioneiro experimenta é uma das causas que mais pode tornar indomável o seu caráter. Quando se vê exposto a sofrimentos que a lei não ordenou nem mesmo previu, ele entra num estado habitual de cólera contra tudo o que o cerca [...]." (FOUCAULT, 2014, p. 235)

A discussão traz à tona a aplicação do princípio da dignidade humana a partir da indignidade vigente no cárcere, em especial à população encarcerada feminina.

> [...] O cárcere de mulheres, o lócus das tantas "Maria´s" de toda raça, de todo credo, tipificação penal, mas em sua grande maioria de classes sociais sem privilégios; Marias-filhas, Marias-mães, Marias-avós, Marias-João, mulheres-Marias do cárcere, aquelas a quem chamamos de reclusas, detentas, encarceradas, prisioneiras, reeducandas, infratoras, ou simplesmente as Marias que esperam que seus corpos ganhem visibilidade, que suas vozes ganhem entonação e que apontemos caminhos para que possam viver com dignidade. (LINS, 2018, p. 1)

A pena privativa de liberdade deve ser cumprida, de modo que a restrição em razão da condenação se dá em relação ao direito de liberdade e não em relação aos direitos mínimos de cada um, como base de uma vida digna, que estão previstos no texto constitucional brasileiro, na Declaração Universal de Direitos Humanos, na Lei de Execução Penal, nas Regras Mínimas de Tratamento aos presos da Organização das Nações Unidas. O Estado deve

[3] Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular: a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; b) área mínima de 6,00m2 (seis metros quadrados).

resguardar os direitos das presas, uma vez que continuam sendo sujeitos de direitos, tendo a supressão do direito à liberdade e eventuais outros atingidos pela condenação, mas não deixam de ser sujeitos de direito. É notório que o sistema carcerário brasileiro não cumpre as exigências estabelecidas pelo sistema de proteção aos direitos humanos, sendo rotina das presas a não garantia de tais direitos, sendo que a problemática se apresenta com a realidade do sistema, que ofende a dignidade humana e a função ressocializadora da pena. Desta forma, avante os fatores sociopolíticos, desencadeia a responsabilidade civil objetiva do Estado de indenização pelos danos morais sofridos durante o cumprimento da pena nos estabelecimentos prisionais com a superlotação e as condições desumanas, com a aplicação do parágrafo 6º do artigo 37 da CF[4]. Portanto, a pena perdeu o seu caráter ressocializador e, diante dos direitos violados durante o cumprimento da pena, é dever do Estado indenizar, observando a cláusula da reserva do possível ou, ainda, aplicando a remição da pena.

4 O HABEAS CORPUS 143.641/SP E A NOVA POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A PRISÃO DOMICILIAR DA MULHER

O Habeas Corpus Coletivo n. 143.641/SP foi impetrado pelos Advogados do "Coletivo de Advogados em Direitos Humanos", cujo pedido era o reconhecimento, pela Corte, de forma ampla e geral, do direito à prisão domiciliar às presas grávidas ou com filhos menores de 12 anos. Desta forma, as pacientes foram todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional" que ostentassem "a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade", além das próprias crianças - em companhia de suas mães.

Em seu voto, o ministro Ricardo Lewandowski criticou a "cultura do encarceramento", bem como superou a discussão acerca do cabimento do Habeas Corpus coletivo, que foi deferido, com base na "economia de recursos e maior celeridade para o julgamento de feitos criminais e ampliará o espectro de abrangência de tal instrumento, permitindo evitar a multiplicação de processos semelhantes." (STF, HC 143.641/SP, 2018)

[4] Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

> Persistiu assentando que deve ser superado o prisma individualista do habeas corpus por meio de uma leitura constitucional e sistêmica, de modo a admitir-se a identificação das beneficiárias da ordem durante a tramitação ou ao final do writ, ou mesmo na oportunidade da execução da ordem, tendo em consideração a transitoriedade da condição de presas preventivas e a fim de garantir tratamento isonômico a estas. (STF, HC 143.641/SP, 2018)

A Defensoria Pública da União ingressou no feito, assim como as estaduais, em razão da essencialidade de sua participação como nas questões de grupo vulnerável e opinou pelo deferimento do *writ* coletivo:

> Quanto às questões de fundo, sustentou, primeiramente, a possibilidade de impetração de habeas corpus coletivo, invocando para tanto o histórico da doutrina brasileira do habeas corpus, a existência do mandado de segurança e do mandado de injunção coletivos e a legitimação da Defensoria Pública para a propositura deste último, tudo a demonstrar (i) a caminhada das ações constitucionais em direção às soluções coletivas e (ii) o reconhecimento da representatividade da Defensoria Pública.
> Acrescentou que, embora seja indiscutível que várias situações tuteláveis por habeas corpus dependam de análises individuais pormenorizadas, outras há em que os conflitos podem ser resolvidos coletivamente. Citou como exemplo o caso do Habeas Corpus 118.536, em cujo bojo a Procuradoria-Geral da República ofertou parecer pelo conhecimento do writ e pela concessão da ordem.
> Ademais, defendeu o direito que assiste às mães de crianças sob sua responsabilidade e às gestantes de não se verem recolhidas à prisão preventiva, ressaltando ser comum a situação da mulher presa cautelarmente que é, ao final, condenada à pena restritiva de direito, o que não reverte os danos sofridos pela mãe e pela criança.
> Enfatizou que são vários os precedentes do Supremo Tribunal Federal em prol da tese constante da inicial, requerendo sua admissão para atuar no feito, para ao final, pleitear, no mérito, a concessão da ordem.

Na data de 20 de fevereiro de 2018, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu Habeas Corpus Coletivo, cujo relator foi o Ministro Ricardo Lewandowski, no qual figuravam como pacientes "todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional" que ostentassem "a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade", além das próprias crianças que porventura estivessem na companhia de suas mães.

O suporte fático para concessão da ordem foi a realidade carcerária brasileira, na qual verifica-se a condição degradante em que as recolhidas vivem, em especial, a situação na qual mulheres grávidas e mães de crianças estavam sendo submetidas a prisões preventivas em situação degradante, não dispunham de cuidados médicos pré-natais e pós-parto e não contavam com berçários e creches para seus filhos.

Destaca-se a definição da expressão "crianças" pelo ordenamento jurídico especial, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê que criança é a pessoa em desenvolvimento até 12 anos incompletos, nos moldes do art. 2º da legislação infraconstitucional mencionada.

Para a concessão da ordem, ao analisar o mérito do Habeas Corpus, a 2ª Turma do STF invocou tanto a legislação nacional quanto a internacional para justificar a concessão da ordem, quais sejam:

a) Regras de Bangkok que estabelecem prioridade para soluções judiciais que promovam alternativas ao encarceramento, especialmente nas situações prévias à formação definitiva da culpa;

b) Artigo 227 da CF/88 que determina prioridade absoluta para a garantia dos interesses de crianças;

c) Lei n. 13.257/16: políticas públicas para a primeira infância que alterou o art. 318 do CPP, com a previsão de substituição da prisão preventiva pela domiciliar, permitindo-a para gestantes, mulheres com filho de até 12 anos incompletos e homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 anos incompletos.

Para a concessão da ordem, o suporte consistiu na comprovação de que mulheres grávidas e mães de crianças estavam sendo submetidas a prisões preventivas em situação degradante e não dispunham de cuidados médicos pré-natais e pós-parto, tampouco contavam com berçários e creches para seus filhos.

As justificativas da concessão da ordem no Habeas Corpus coletivo foram:

a) situações degradantes na prisão, em especial a situação em que as mulheres são privadas de cuidados médicos pré-natal e pós-parto;

b) a situação em que seus filhos menores se encontram: de abandono em virtude da falta de berçários e creches.

A decisão do Supremo Tribunal Federal baseou-se no reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional que se encontra o sistema carcerário brasileiro, sendo que este reconhecimento deu-se em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/2015 e publicado pelo Informativo 798[5].

---

[5] Plenário do STF.
Sistema carcerário: estado de coisas inconstitucional e violação a direito fundamental. - 6
O Plenário concluiu o julgamento de medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental em que discutida a configuração do chamado "estado de coisas inconstitucional" relativamente ao sistema penitenciário brasileiro. Nessa mesma ação também se debate a adoção de providências estruturais com objetivo de sanar as lesões a preceitos fundamentais sofridas pelos presos em decorrência de ações e omissões dos Poderes da União, dos Estados-Membros e do Distrito Federal. No caso, alegava-se estar configurado o denominado, pela Corte Constitucional da Colômbia, "estado de coisas inconstitucional", diante da seguinte situação: violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; transgressões a exigir a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades. Postulava-se o deferimento de liminar para que fosse determinado aos juízes e tribunais: a) que lançassem, em casos de decretação ou manutenção de prisão

provisória, a motivação expressa pela qual não se aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no art. 319 do CPP; b) que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizassem, em até 90 dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contadas do momento da prisão; c) que considerassem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) que estabelecessem, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; e) que viessem a abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção; e f) que se abatesse da pena o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal. Requeria-se, finalmente, que fosse determinado: g) ao CNJ que coordenasse mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal, em curso no País, que envolvessem a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas "e" e "f"; e h) à União que liberasse as verbas do Fundo Penitenciário Nacional – Funpen, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos — v. Informativos 796 e 797.

ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9.9.2015. (ADPF-347)

Sistema carcerário: estado de coisas inconstitucional e violação a direito fundamental - 7

O Colegiado deliberou, por decisão majoritária, deferir a medida cautelar em relação ao item "b". A Ministra Rosa Weber acompanhou essa orientação, com a ressalva de que fossem observados os prazos fixados pelo CNJ. Vencidos, em parte, os Ministros Roberto Barroso e Teori Zavascki, que delegavam ao CNJ a regulamentação sobre o prazo para se realizar as audiências de custódia. O Tribunal decidiu, também por maioria, deferir a cautelar no tocante à alínea "h". Vencidos, em parte, os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, que fixavam o prazo de até 60 dias, a contar da publicação da decisão, para que a União procedesse à adequação para o cumprimento do que determinado. O Plenário, também por maioria, indeferiu a medida cautelar em relação às alíneas "a", "c" e "d". Vencidos os Ministros Marco Aurélio (relator), Luiz Fux, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski (Presidente), que a deferiam nessa parte. De igual modo indeferiu, por decisão majoritária, a medida acauteladora em relação à alínea "e". Vencido o Ministro Gilmar Mendes. O Tribunal, ademais, rejeitou o pedido no tocante ao item "f". Por fim, no que se refere à alínea "g", o Plenário, por maioria, julgou o pleito prejudicado. Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que deferiam a cautelar no ponto. Por fim, o Colegiado, por maioria, acolheu proposta formulada pelo Ministro Roberto Barroso, no sentido de que se determine à União e aos Estados-Membros, especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem à Corte informações sobre a situação prisional. Vencidos, quanto à proposta, os Ministros relator, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Presidente.

ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9.9.2015. (ADPF-347).

Sistema carcerário: estado de coisas inconstitucional e violação a direito fundamental - 8

O Plenário anotou que no sistema prisional brasileiro ocorreria violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. As penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios converter-se-iam em penas cruéis e desumanas. Nesse contexto, diversos dispositivos constitucionais (artigos 1º, III, 5º, III, XLVII, e, XLVIII, XLIX, LXXIV, e 6º), normas internacionais reconhecedoras dos direitos dos presos (o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos) e normas infraconstitucionais como a LEP e a LC 79/1994, que criara o Funpen, teriam sido transgredidas. Em relação ao Funpen, os recursos estariam sendo contingenciados pela União, o que impediria a formulação de novas políticas públicas ou a melhoria das existentes e contribuiria para o agravamento do quadro. Destacou que a forte violação dos direitos fundamentais dos presos repercutiria além das respectivas situações subjetivas e produziria mais violência contra a própria sociedade. Os cárceres brasileiros, além de não servirem à ressocialização dos presos, fomentariam o aumento da criminalidade, pois transformariam pequenos delinquentes em "monstros do crime". A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública estaria nas altas taxas de reincidência. E o reincidente passaria a cometer crimes ainda mais graves. Consignou que a situação seria assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social. Registrou que a responsabilidade por essa situação não poderia ser atribuída a um único e exclusivo poder, mas aos três — Legislativo, Executivo e Judiciário —, e não só os da União, como também os dos Estados-Membros e do Distrito Federal. Ponderou que haveria problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Além disso, faltaria coordenação institucional. A ausência de medidas legislativas, administrativas e

Diante desta realidade das mulheres no sistema carcerário brasileiro, a Suprema Corte determinou 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 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. (STF, HC 146.641/SP, 2018)[6]

Os ministros estenderam a ordem, de ofício, a todas as presas gestantes, puérperas ou mães de crianças (até 12 anos incompletos) e de pessoas com deficiência, assim como às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas que estivessem na mesma situação daquelas beneficiadas diretamente pela impetração.

---

orçamentárias eficazes representaria falha estrutural a gerar tanto a ofensa reiterada dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. O Poder Judiciário também seria responsável, já que aproximadamente 41% dos presos estariam sob custódia provisória e pesquisas demonstrariam que, quando julgados, a maioria alcançaria a absolvição ou a condenação a penas alternativas. Ademais, a manutenção de elevado número de presos para além do tempo de pena fixado evidenciaria a inadequada assistência judiciária. A violação de direitos fundamentais alcançaria a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial e justificaria a atuação mais assertiva do STF. Assim, caberia à Corte o papel de retirar os demais poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. A intervenção judicial seria reclamada ante a incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas. Todavia, não se autorizaria o STF a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias. O Tribunal deveria superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Deveria agir em diálogo com os outros poderes e com a sociedade. Não lhe incumbira, no entanto, definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados. Em vez de desprezar as capacidades institucionais dos outros poderes, deveria coordená-las, a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente. Não se trataria de substituição aos demais poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias para se alcançar o equilíbrio entre respostas efetivas às violações de direitos e as limitações institucionais reveladas. O Tribunal, no que se refere às alíneas "a", "c" e "d", ponderou se tratar de pedidos que traduziriam mandamentos legais já impostos aos juízes. As medidas poderiam ser positivas como reforço ou incentivo, mas, no caso da alínea "a", por exemplo, a inserção desse capítulo nas decisões representaria medida genérica e não necessariamente capaz de permitir a análise do caso concreto. Como resultado, aumentaria o número de reclamações dirigidas ao STF. Seria mais recomendável atuar na formação do magistrado, para reduzir a cultura do encarceramento. No tocante à cautelar de ofício proposta pelo Ministro Roberto Barroso, o Colegiado frisou que o Estado de São Paulo, apesar de conter o maior número de presos atualmente, não teria fornecido informações a respeito da situação carcerária na unidade federada. De toda forma, seria imprescindível um panorama nacional sobre o assunto, para que a Corte tivesse elementos para construir uma solução para o problema. **ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9.9.2015. (ADPF-347)**

[6] **INFORMATIVO 891 DO STF:** DIREITO PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. Prisão domiciliar para gestantes, puérperas, mães de crianças e mães de pessoas com deficiência. HABEAS CORPUS. É possível a impetração de habeas corpus coletivo.

5 O NOVO CENÁRIO DA PRISÃO DOMICILIAR DA MULHER NO ORDENAMENTO JURÍDICO PROCESSUAL BRASILEIRO (APÓS A LEI N. 13.769/2018)

A Lei nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018 alterou o Código de Processo Penal, a Lei de Execução Penal (nº 7.210/84) e a Lei dos Crimes Hediondos (nº 8.072/90), para estabelecer a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por criança ou pessoa com deficiência e para disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação.

Nesse sentido e na esteira da decisão proferida pela Corte Suprema, a Lei n. 13.769/18 altera o CPP para disciplinar a matéria de forma expressa:

> 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. (grifo nosso)

O caput do artigo 318 do CPP dispõe que o juiz poderá substituir a prisão preventiva pela domiciliar e o caput do novo art. 318-A dispõe que a prisão preventiva será substituída, a não ser que uma das situações elencadas nos incisos o impeça. Desta forma indaga-se se esta substituição é faculdade ou obrigação do juiz.

Ao analisar a intenção do legislador, defende-se o entendimento de que se trata de poder-dever do juiz, pois, de acordo com o texto legal, somente os crimes cometidos com violência ou grave ameaça contra a pessoa e contra o próprio filho/dependente podem impedir que mulheres gestantes ou responsáveis por criança ou pessoa com deficiência permaneçam presas cautelarmente.

Desta forma, a prisão preventiva, que é prisão cautelar, será substituída pela prisão domiciliar, nas hipóteses do art. 318 do CPP, em especial, a gestante, a mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos e o homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos, salvo nas situações elencadas nos incisos do art. 318-A do CPP, quais sejam: os crimes cometidos com violência ou grave ameaça contra a pessoa e contra o próprio filho/dependente podem impedir que mulheres gestantes ou responsáveis por criança ou pessoa com deficiência permaneçam presas cautelarmente.

A Lei de Execução Penal (n. 7.210/84) sofreu alteração no disposto em seu art. 112, nos seguintes termos:

> § 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente:
> I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça à pessoa;
> II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente;
> III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior;
> IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;
> V - não ter integrado organização criminosa.
> § 4ºl O cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício previsto no § 3º deste artigo."

A Lei dos crimes hediondos (Lei n. 8.072/90) também sofreu alteração quanto à progressão de regime, pois, com a Lei n. 13.769/2018, passou a considerar uma progressão de regime mais branda para crimes de natureza hedionda tendo em consideração as condições pessoais da condenada.

> Art. 2º. [...] § 2º. A progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, observado o disposto nos § § 3º e 4º do art. 112 da LEP.

Anteriormente a esta alteração pela Lei n. 13.769/2018, se uma mulher grávida estivesse em prisão preventiva, o juiz, obrigatoriamente, deveria conceder a ela prisão domiciliar com base no art. 318, IV, do CPP? A doutrina majoritária do Superior Tribunal de Justiça entendia que o juiz não deveria conceder a prisão preventiva.

O entendimento que prevalecia era o de que a substituição da prisão cautelar pela domiciliar não era automática e o juiz deveria analisar, em cada caso concreto, se a prisão domiciliar seria suficiente[7].

5.1 Possibilidade de decisões do Superior Tribunal de Justiça pela não concessão da substituição

O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar *hard cases*, decidiu pela manutenção da prisão preventiva, ainda que em hipóteses permissivas da prisão domiciliar, em razão da

[7] Nesses termos, destacam-se as decisões: STJ. 5ª Turma. HC 381.655/AC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. em 09/05/2017 e STJ. 6ª Turma. RHC 81.300/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. em 06/04/2017.

excepcionalidade do caso concreto. No presente estudo, foram analisadas decisões que ora de destaca:

a) HC 471.503/RJ, j. 13/11/2018: "verifica-se situação excepcionalíssima que impede a concessão do benefício, porquanto a paciente foi presa em flagrante realizando a mercancia e armazenamento de drogas ilícitas em sua própria residência, local onde se encontrava seu filho de 1 ano de idade".

b) RHC 96.737/RJ, j. 19/06/2018:

> O fato de a acusada comercializar entorpecentes em sua própria residência, local onde foi apreendida quantidade relevante de cocaína, já embalada em porções individuais, além de outros petrechos comumente utilizados para o tráfico de drogas, evidencia o prognóstico de que a prisão domiciliar não cessaria a possibilidade de novas condutas delitivas no interior de sua casa, na presença dos filhos menores de 12 anos, circunstância que inviabiliza o acolhimento do pleito.

Isso se dá em razão de que a maternidade não garante, de forma automática, a substituição da prisão preventiva em domiciliar, mas uma proteção aos direitos da criança, nesse sentido, explicou o Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento do Habeas Corpus coletivo 143.641/SP:

> Aduziu que a maternidade não pode ser uma garantia contra a prisão, porque o art. 318 do Código de Processo Penal não estabelece direito subjetivo automático, asseverando que o objetivo da norma é tutelar direitos da criança, e não da mãe, cuja liberdade pode até representar um risco para esta.(STF, HC 143.641/SP)

Diante desta análise, a não substituição da prisão preventiva pela domiciliar pode ocorrer, desde que fundamentadamente decidida, uma vez que, com a Lei n. 13.769/2018, esta substituição é benefício para as mulheres gestantes, puérperas, com filhos com até doze anos de idade e responsáveis por pessoa com deficiência.

Trata-se, portanto, de um benefício previsto em lei infraconstitucional, em busca de proteção aos direitos fundamentais à saúde e à integridade física e psíquica da encarcerada e da criança, entretanto, não configura direito público subjetivo e, como a base para este novo cenário (a prisão domiciliar substitutiva da prisão preventiva), o objetivo é tutelar os direitos da criança, de modo que, se a prisão domiciliar da mãe for um risco para a criança, ainda que presente a situação prevista no art. 318 do CPP, esta mãe não receberá o benefício e permanecerá recolhida.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O novo cenário da prisão domiciliar da mulher no ordenamento jurídico processual brasileiro após decisão do STF e da Lei n. 13.769/2018 é pela substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar às mulheres presas que sejam: gestantes, puérperas, mães de crianças (mães de menores até 12 anos incompletos) ou responsáveis por pessoas com deficiência. Destaca-se que a prisão domiciliar é uma modalidade de prisão que se ajusta a necessidades daquela mãe/grávida de pessoas em desenvolvimento.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus coletivo n. 143.641/SP, foi no sentido de que a prisão preventiva, ao confinar mulheres grávidas em estabelecimentos prisionais precários, ofende o direito fundamental à saúde, uma vez que lhe são subtraídos o acesso a programas de saúde pré-natal, assistência regular na gestação e no pós-parto. Em especial, a ofensa dos direitos básicos das crianças, em razão de ausência de condições adequadas ao seu desenvolvimento, como a falta de estrutura de espaço diferenciado para as gestantes e creches nos estabelecimentos carcerários, o que ofende os princípios da individualização da pena, da vedação de penas cruéis e da dignidade humana bem como o respeito à integridade física e moral da presa e da criança, pois essa realidade atinge o direito das crianças ou pessoas com deficiência, que sofrem injustamente as consequências da prisão.

Portanto, com a Lei n. 13.769, de 19 de dezembro de 2018, a regra passou a ser a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar para todas as mulheres presas que sejam: gestantes, puérperas, mães de crianças (mães de menores até 12 anos incompletos) ou responsáveis por pessoas com deficiência.

Sendo, assim, a não substituição da prisão preventiva pela domiciliar nas situações em que: a mulher tiver praticado crime mediante violência ou grave ameaça; a mulher tiver praticado crime contra seus descendentes (filhos-netos), ou ainda, conforme se verificou das decisões do Superior Tribunal de Justiça, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício. Essa possibilidade de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar também se aplica aos casos de adolescentes infratoras.

Com o estudo, concluiu-se que, para que a pena atinja, efetivamente, seu objetivo ressocializador, a solução deve ser dar pela interpretação ampla para garantir a dignidade humana, o respeito aos direitos fundamentais à saúde e integridade física e psíquica da mulher e da criança, de modo que tudo aquilo que não constituir como restrição legal, em razão da condição de encarcerada, permanece como seu direito. E, em relação ao tema proposto, a proteção da dignidade da mulher e da criança no cárcere deve ser protegida, em respeito às

previsões do ordenamento nacional e internacional e ao modelo de Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABUD, Tiago. **Entre putas, ratos & juízes:** histórias de um defensor. Rio de Janeiro: Autografia, 2018.

ALBUQUERQUE, Aline S. de Oliveira; BARROS, Julia Schirmer. Caso Alyne Pimentel: uma análise à luz da abordagem baseada em direitos humanos. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, Fortaleza, n. 12, jul. 2016, p. 11.
_____. BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 04 abr. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (promulgada em 5 de outubro de 1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 04 abr. 2019.

_____. **Lei de Execução Penal** (Lei n. 7.210, de 11.07.1984). DOU de 13.07.84. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 04 abr. 2018.

_____. **Lei n. 13.769**, de 19 de dezembro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13769.htm>. Acesso em 10 jan. 2019.

DESTRO, Carla Roberta Ferreira; COSTA, Larissa Aparecida. Tutela deficitária do cárcere feminino e os efeitos da prisionização. **XXVI Encontro Nacional Do Conpedi Brasília – DF**. Disponível em: https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/ly8373a7/Am0O4zsv471b6ltP.pdf. Acesso em: 04 abr. 2018.

DEU, Teresa Armenta. ***Estudios sobre el processo penal***. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008. *Apud* MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES, Camilla de Magalhães. **Mulheres e Prisão**. 27 fev. 2013. Disponível em: http://blogueirasfeministas.com/2013/02/mulheres-e-prisao/. Acesso em: 01 abr. 2019.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia:** entre facticidade e validade. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LEMGRUBER, Julita. **Cemitério dos vivos**: Análise sociológica de uma prisão de mulheres. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. Mulheres usam miolo de pão como absorvente nas cadeias do brasil. **BRASIL 247**. 3 nov. 2015. Disponível em: https://www.brasil247.com/pt/247/favela247/203522/Mulheres-usam-miolo-dep%C3%A3o-como-absorvente-nas-cadeias-do-Brasil.htm. Acesso em: 15 jul. 2017.

LIMA, Bruno Ceren; LIMA, Mateus Ceren. A Realidade Do Sistema Prisional Brasileiro: Limitação Dos Direitos Fundamentais Nos Presídios Brasileiros. **Iniciação Científica CESUMAR**. jan./jun. 2014, v. 16, n. 1, p. 67-77 - ISSN 1518-1243 Disponível em: http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/iccesumar/article/viewFile/3324/2252. Acesso em: 04 abr. 2018.

LIMA, Renato Brasileiro. **Código de Processo Penal Comentado**. Salvador: Juspodium, 2019.

LINS, Valéria Maria Cavalcanti; VASCONCELOS, Karina Nogueira (orgs.). **Mães encarceradas e filhos abandonados**: realidade prisional feminina e estratégias de redução do dano da separação.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PAOLIERI, Júlia; MACHADO, Wagner. Prisões femininas: presas usam miolo de pão como absorvente. **Terra**. 15 jul. 2015. Disponível em: https://www.terra.com.br/noticias/brasil/prisoes-femininas-presas-usam-miolo-de-paocomo-absorvente,cbaec6a46c78ba371bf9e9b00dd051cd2i3uRCRD.html. Acesso em: 04 abr. 2018.

MALLART, Fábio. As pílulas e a prisão: produção e gestão de sofrimento. ***Le Monde Diplomatique* Brasil**, São Paulo, ano 9, n. 104, p. 36-37, mar./2016. (Série Especial: Prisões, a barbárie contemporânea).

_____; GODOI, Rafael. Vidas matáveis, morte em vida e morte de fato. ***Le Monde Diplomatique* Brasil**, São Paulo, ano 9, n. 100, p. 34-35, nov./2015. (Série Especial: Prisões, a barbárie contemporânea).

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SENADO FEDERAL. **Entenda o caso Alyne**. Disponível em: < https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/11/14/entenda-o-caso-alyne>. Acesso em: 04 abr. 2019.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. 24. ed. São Paulo: Cortez, 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 143.641/SP**, rel. Ministro Ricardo Lewandowski. DJ: 14/11/2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497#conteudo. Acesso em: 05 abr. 2019.

_____. **ADPF 347 MC/DF**, rel. Min. Marco Aurélio. DJ: 9.9.2015. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm#Sistema%20carcer%C3%A1rio:%20estado%20de%20coisas%20inconstitucional%20e%20viola%C3%A7%C3%A3o%20a%20direito%20fundamental%20-%206. Acesso em: 04 abr. 2019

Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>. Acesso em: 04 abr. 2019.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10. ed. Salvador: Juspodium, 2015.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2016.