



UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO SEMI-ÁRIDO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO

BRENDA NOVAES SARAIVA

**ANÁLISE DOS LIMITES NORMATIVOS E JURISPRUDENCIAIS PARA
CONCESSÃO DO DIREITO DE PRISÃO DOMICILIAR PARA MÃES E
GESTANTES PRESAS: AS PERSPECTIVAS DOS SUJEITOS QUE ATUAM NO
SISTEMA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE MOSSORÓ/RN**

MOSSORÓ/RN
2020

BRENDA NOVAES SARAIVA

**ANÁLISE DOS LIMITES NORMATIVOS E JURISPRUDENCIAIS PARA
CONCESSÃO DO DIREITO DE PRISÃO DOMICILIAR PARA MÃES E
GESTANTES PRESAS: AS PERSPECTIVAS DOS SUJEITOS QUE ATUAM NO
SISTEMA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE MOSSORÓ/RN**

Monografia apresentada ao Centro de Ciências Sociais Aplicadas e Humanas para obtenção do grau de Bacharela em Direito pela Universidade Federal Rural do Semi-Árido, no curso de Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ramon Rebouças Nolasco de Oliveira

MOSSORÓ/RN
2020

© Todos os direitos estão reservados a Universidade Federal Rural do Semi-Árido. O conteúdo desta obra é de inteira responsabilidade do (a) autor (a), sendo o mesmo, passível de sanções administrativas ou penais, caso sejam infringidas as leis que regulamentam a Propriedade Intelectual, respectivamente, Patentes: Lei nº 9.279/1996 e Direitos Autorais: Lei nº 9.610/1998. O conteúdo desta obra tomar-se-á de domínio público após a data de defesa e homologação da sua respectiva ata. A mesma poderá servir de base literária para novas pesquisas, desde que a obra e seu (a) respectivo (a) autor (a) sejam devidamente citados e mencionados os seus créditos bibliográficos.

S243a Saraiva, Brenda Novaes.
Análise dos limites normativos e
jurisprudenciais para concessão do direito de
prisão domiciliar para mães e gestantes presas:
as perspectivas dos sujeitos que atuam no sistema
de justiça da Comarca de Mossoró/RN / Brenda Novaes
Saraiva. - 2020.
98 f. : il.

Orientador: Ramon Rebouças Nolasco de Oliveira.
Monografia (graduação) - Universidade Federal
Rural do Semi-árido, Curso de , 2020.

1. Prisão domiciliar. 2. Mães. 3. Gestantes.
4. Crianças. 5. Convivência familiar. I. Oliveira,
Ramon Rebouças Nolasco de , orient. II. Título.

BRENDA NOVAES SARAIVA

**ANÁLISE DOS LIMITES NORMATIVOS E JURISPRUDENCIAIS PARA
CONCESSÃO DO DIREITO DE PRISÃO DOMICILIAR PARA MÃES E
GESTANTES PRESAS: AS PERSPECTIVAS DOS SUJEITOS QUE ATUAM NO
SISTEMA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE MOSSORÓ/RN**

Monografia apresentada ao Centro de Ciências Sociais Aplicadas e Humanas para obtenção do grau de Bacharela em Direito pela Universidade Federal Rural do Semi-Árido, no curso de Direito.

APROVADA EM: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Ramon Rebouças Nolasco de Oliveira (UFERSA)
Presidente

Prof^a. Dra. Gilmara Joane Macêdo de Medeiros (UFERSA)
Primeiro Membro

Prof. Me. Wallton Pereira de Souza Paiva (UFERSA)
Segundo Membro



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO SEMI-ÁRIDO – UFERSA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS E HUMANAS – CCSAH
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS – DCSA
CURSO DE DIREITO

ATA DE DEFESA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Aos vinte e nove (29) dias do mês de janeiro do ano de dois mil e vinte (2020), às nove (09) horas, na sala 18 do CCSAH (Sala de Reuniões), localizada no Campus Leste da UFERSA, o Professor Doutor Ramon Rebouças Nolasco de Oliveira, na qualidade de Orientador, instalou a Banca Examinadora responsável pela avaliação da defesa do Trabalho de Conclusão de Curso intitulado **ANÁLISE DOS LIMITES NORMATIVOS E JURISPRUDENCIAIS PARA CONCESSÃO DO DIREITO DE PRISÃO DOMICILIAR PARA MÃES E GESTANTES PRESAS: AS PERSPECTIVAS DOS SUJEITOS QUE ATUAM NO SISTEMA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE MOSSORÓ/RN**, apresentado pela discente **BRENDA NOVAES SARAIVA** ao Curso de Graduação em Direito, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Bacharela em Direito. A banca examinadora, composta por três membros, foi presidida pelo Professor Doutor Ramon Rebouças Nolasco de Oliveira, na qualidade de Orientador, e contou com a participação da Professora Doutora Gilmara Joane Macêdo de Medeiros e do Professor Mestre Wallton Pereira de Souza Paiva. Após a apresentação do trabalho pela discente, sucederam-se as arguições pelos professores examinadores. Concluída a defesa, procedeu-se o julgamento pelos membros da banca examinadora, tendo a discente obtido a nota: 10,0. Apurada a nota, verificou-se que a discente foi (x) Aprovada / () Reprovada. Nada mais havendo, eu, Ramon Rebouças Nolasco de Oliveira, lavrei a presente ata, que foi assinada por mim e pelos demais membros da banca examinadora.

Mossoró/RN, 29 de janeiro de 2020.

Prof. Dr. Ramon Rebouças Nolasco de Oliveira – UFERSA

Prof.ª. Dra. Gilmara Joane Macêdo de Medeiros – UFERSA

Prof. Me. Wallton Pereira de Souza Paiva – UFERSA

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1. A PRISÃO DOMICILIAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	10
1.1 Esclarecimentos iniciais sobre o instituto da prisão domiciliar	10
1.2 Peculiaridades do encarceramento de mães e gestantes e mudanças legislativas	18
2. ARGUMENTOS UTILIZADOS NO HC Nº 143.641/SP RELATIVOS À PRISÃO DOMICILIAR DAS MÃES E GESTANTES PRESAS.....	29
2.1 Deficiência estrutural do sistema prisional e violações a regras constitucionais, convencionais e legais	33
2.2 A intranscendência da pena, a prioridade absoluta dos direitos das crianças e os desdobramentos do HC nº 143.641/SP	40
3. AS PERSPECTIVAS DOS SUJEITOS QUE ATUAM NO SISTEMA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE MOSSORÓ ACERCA DOS LIMITES PARA CONCESSÃO DO DIREITO DE PRISÃO DOMICILIAR PARA MÃES E GESTANTES PRESAS	51
3.1 Visão de Defensores Públicos criminais atuantes na Comarca de Mossoró/RN	54
3.2 Visão de um Juiz de Direito atuante em Vara Criminal da Comarca de Mossoró/RN	63
3.3 Visão de Promotores de Justiça criminais atuantes na Comarca de Mossoró/RN	68
CONCLUSÃO.....	78
REFERÊNCIAS.....	83
APÊNDICE 01	93
APÊNDICE 02	94

Porque DELE e por ELE, e para ELE, são todas as coisas;
Glória, pois, a ELE eternamente. Amém.

Romanos (11:36)

RESUMO

O presente estudo analisa as perspectivas dos sujeitos que atuam no sistema de Justiça da Comarca de Mossoró acerca dos limites normativos do art. 318-A do Código de Processo Penal e da jurisprudência do STF fixada no HC nº 143.641/SP, postos para concessão do direito de prisão domiciliar para mães e gestantes presas. Inicialmente, buscou-se compreender como a legislação brasileira trata a prisão domiciliar de mães e gestantes, investigando-se o contexto em que a prisão domiciliar foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro. Explorou-se o enfoque das particularidades do aprisionamento de mães e gestantes, de acordo com os regramentos baseados nas peculiaridades do encarceramento feminino, nacionais e internacionais. Após, analisaram-se os argumentos utilizados no HC nº 143.641/SP, como a questão da deficiência estrutural do sistema prisional brasileiro e as ofensas aos princípios da intranscendência da pena e da prioridade absoluta dos direitos das crianças. O estudo também analisou os desdobramentos do HC nº 143.641/SP para situações não abarcadas pela lei e para as presas definitivas. Para exame das perspectivas dos sujeitos que atuam no sistema de Justiça da Comarca de Mossoró, foi realizado trabalho de campo, através de entrevistas semiestruturadas com dois defensores públicos, dois promotores de justiça e um Juiz de Direito. Com o estudo, verificou-se que, apesar de os entrevistados apresentarem muitos pontos de vista divergentes, todos concordaram com a necessidade de fiscalização do recolhimento em domicílio, sendo a utilização de tornozeleiras eletrônicas um meio adequado para essa fiscalização. Todavia, constatou-se que esse monitoramento não ocorre em Mossoró. Quanto ao acompanhamento da convivência familiar das mães com seus filhos, os entrevistados convergiram no sentido de ser estritamente necessária a fiscalização dessa convivência, contudo sustentaram que esse acompanhamento não existe em Mossoró, em razão do déficit de material humano disponível no Judiciário, principalmente de profissionais da Assistência Social. Chegou-se à conclusão de que há pouca efetividade no cumprimento da prisão domiciliar de mães e gestantes, o que prejudica suas finalidades sancionatórias e protetivas.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão domiciliar. Mães. Gestantes. Crianças. Convivência familiar.

ABSTRACT

The present study analyzes the perspectives of the subjects who work in the Justice System of the District of Mossoró/RN regarding the normative limits of article 318-A of the Criminal Procedure Code and the Federal Court of Justice jurisprudence established in the *Habeas Corpus* No. 143.641/SP, established to ensure the right of house arrest to imprisoned mothers and pregnant women. Initially, it was sought to understand how Brazilian law deals with home arrest for mothers and pregnant women, investigating the context in which house arrest was introduced in the Brazilian legal system. The approach to the particularities of the imprisonment of mothers and pregnant women was explored according to the rules based on the peculiarities of national and international female incarceration. Afterwards, the arguments used in *Habeas Corpus* No. 143.641/SP were analyzed, such as the issue of structural deficiency in the Brazilian prison system and the offenses against the principles of the intranscendence of the penalty and the absolute priority of children's rights. The study also analyzed the outcomes of *Habeas Corpus* No. 143.641/SP in situations not covered by the law and for permanent prisoners. To examine the perspectives of the subjects who work in the Mossoró District Justice system, a field research was carried out through semi-structured interviews with two Public Defenders, two Prosecutors and a Judge. With this study, it was found out that, although the interviewees had many divergent points of view, all of them agreed with the need to inspect house confinement and that the use of electronic anklets is an adequate mean for this inspection. However, it was verified that this monitoring does not occur in Mossoró. Regarding the monitoring of the family conviviality of mothers with their children, the interviewees converged in the sense that it is strictly necessary to inspect this interaction, however, they maintained that such monitoring does not exist in Mossoró, due to the deficit of human labor force available in the Judiciary, mainly from professionals of Social Assistance. It was concluded that there is a minimal effectiveness in fulfilling the house arrest of mothers and pregnant women, which undermines their sanctioning and protective purposes.

KEYWORDS: House arrest. Mothers. Pregnant women. Children. Family conviviality.

INTRODUÇÃO

O cenário de superlotação e precariedade do sistema prisional brasileiro acarreta acentuadas violações às mulheres presas, as quais, muitas vezes, mães ou gestantes, veem maculados não só seus direitos constitucionalmente previstos, mas também os de seus filhos. Assim, em razão da dignidade da pessoa humana e da prevalência da prioridade absoluta do direito das crianças, a prisão domiciliar configura-se como alternativa mais benéfica para essas reclusas que estão em condições de maternidade ou de gestação.

Identificando essa realidade, o Supremo Tribunal Federal (STF), no ano de 2018, em sede do HC nº 143.641/SP, estabeleceu parâmetros para a concessão de prisão domiciliar para mães de crianças e gestantes, ocasião em que também estendeu o benefício para mães de pessoas com deficiência.

Ainda em 2018, os parâmetros estipulados pelo STF foram positivados no ordenamento jurídico pátrio pela Lei nº 13.769/2018, que acrescentou ao Código de Processo Penal o artigo 318-A, estatuinto legalmente os limites normativos para a concessão do direito de recolhimento em domicílio para essas sujeitas.

Todavia, mesmo com as novas determinações legais, a concessão de prisão domiciliar nesses casos ainda sofre críticas, posto que é vista como um meio de simplesmente “soltar” aquela que cometeu crime, contribuindo para a impunidade. Além disso, é criticado o fato de o Poder Público não dispor de condições para monitorar efetivamente o recolhimento em domicílio.

Diante disso, o presente estudo busca analisar as perspectivas dos sujeitos que atuam no sistema de Justiça da Comarca de Mossoró acerca dos limites normativos do art. 318-A do CPP e da jurisprudência do STF fixada no HC nº 143.641/SP, postos para concessão do direito de prisão domiciliar para mães e gestantes presas.

A escolha do tema foi motivada pela vivência da pesquisadora como estagiária na Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Norte, mais especificamente por um caso de assistida mãe de crianças que foi presa por roubo. Tal fato atraiu a curiosidade pela temática, fomentando pesquisas mais aprofundadas para melhor atendimento aos interesses dessa mãe e de seus filhos.

Nesse sentido, esta pesquisa procura compreender como o ordenamento jurídico brasileiro trata a prisão domiciliar nos casos de mães e gestantes. Bem assim, intenta examinar os argumentos utilizados no julgamento do HC nº 143.641/SP, acerca da prisão

domiciliar de encarceradas em condições de maternidade ou de gestação. Mais, busca entender as concepções dos sujeitos que atuam no sistema de Justiça da Comarca de Mossoró relativamente aos limites para concessão do direito de recolhimento em domicílio nessas situações.

Isso porque é fundamental conhecer como os profissionais compreendem a temática, com suas vivências, o que enseja a relevância da discussão no âmbito universitário, que poderá trazer contribuições ao tema, por meio de apontamentos de dificuldades ou imprecisões.

Nessa esteira, procura-se examinar a pertinência dos limites normativos e jurisprudenciais postos como necessários para concessão do direito de prisão domiciliar para mães e gestantes presas, bem como se esses limites efetivamente obedecem aos postulados constitucionais, na medida em que se visa atender, ao mesmo tempo, à absoluta prioridade dos direitos das crianças e à função sancionatória do recolhimento em domicílio.

A pesquisa possui abordagem teórica, com análise bibliográfica, alicerçada em obras doutrinárias de autores como Julio Fabbrini Mirabete, Guilherme de Souza Nucci, Eugenio Raúl Zaffaroni e Ingo Wolfgang Sarlet, além de levantamento documental, baseado em artigos científicos, legislação, petições jurídicas e decisões jurisprudenciais. Esses enfoques revelam o caráter qualitativo, exploratório, descritivo e explicativo da presente monografia.

Ainda, o estudo conta com dados empíricos, provenientes de entrevistas semiestruturadas realizadas com promotores de justiça, defensores públicos e Juiz de Direito. Assim, considerando que o trabalho traz ao debate os pontos de vista dos diferentes agentes que atuam no meio jurídico, evidencia-se também seu caráter dialético.

Para realização das entrevistas, foi encaminhado o instrumento de coleta de dados para os segmentos analisados (Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunal de Justiça), visando-se obter, pelo menos, respostas de dois profissionais de cada órgão. De pronto, os primeiros defensores públicos e promotores de justiça com quem se estabeleceu contato aceitaram a realização de entrevista presencial.

No que se refere aos juízes, um aceitou, de imediato, a realização da entrevista. Todavia, por questões de agenda e demais compromissos, não foi possível marcar uma data, tendo esse magistrado enviado as respostas das perguntas da entrevista por e-mail. O outro juiz com quem foi estabelecido contato negou a participação na entrevista, justificando não possuir tempo para atendimento. Diante disso, a comunicação com outro magistrado foi instituída, no entanto, não se obteve resposta. Por conseguinte, esse trabalho só conta com a perspectiva de um juiz de direito.

Isto posto, para melhor compressão da estrutura da pesquisa, ressalte-se que o capítulo 1 abordará como o ordenamento jurídico brasileiro trata a prisão domiciliar de mães e gestantes, apresentando esclarecimentos sobre o instituto e explorando o enfoque das particularidades que devem ser observadas quando do aprisionamento de mulheres em condições de maternidade ou de gestação, de acordo com regramentos nacionais e internacionais.

Já o capítulo 2 analisará os argumentos utilizados no HC nº 143.641/SP – importante precedente para a temática da prisão domiciliar de mães e gestantes –, como a questão da deficiência estrutural do sistema prisional brasileiro e as ofensas aos princípios da intranscendência da pena e da prioridade absoluta dos direitos das crianças. Também examinará os desdobramentos do HC nº 143.641/SP para situações não abarcadas pela lei e para as presas definitivas.

Por sua vez, o capítulo 3 tratará das perspectivas dos sujeitos que atuam no sistema de Justiça da Comarca de Mossoró acerca dos limites para concessão do direito de prisão domiciliar para mães e gestantes presas, retratando as concepções de defensores públicos, promotores de justiça e Juiz de Direito.

1 A PRISÃO DOMICILIAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Para uma melhor compreensão do instituto da prisão domiciliar, inicialmente é necessário entender o conceito de prisão. Explana Tourinho Filho (2013) que a prisão é a privação da liberdade individual de ir e vir, podendo ser mais ou menos intensa, tendo em vista a prisão em regime aberto e a domiciliar.

Nesse contexto, as duas modalidades de prisão existentes no ordenamento jurídico brasileiro são: a prisão cautelar (ou provisória) e a prisão definitiva (ou prisão-pena). A prisão cautelar é aquela anterior à condenação, “enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal” (NUCCI, 2017, p. 719), estando prevista no Código de Processo Penal (CPP). Por seu turno, a prisão definitiva é aquela decorrente de “sentença penal condenatória irrecorrível” (TOURINHO FILHO, 2013, p. 436), localizando-se no Código Penal¹ (CP) e na Lei de Execução Penal (LEP).

No tocante à prisão domiciliar, esta também existe no ordenamento jurídico pátrio nas modalidades prisão-pena e prisão provisória. Enquanto prisão-pena, encontra previsão no artigo 117 da Lei de Execução Penal, ao passo que, enquanto prisão provisória, acha-se prevista nos artigos 317 a 318-B do Código de Processo Penal, bem como na Lei nº 5.256/67. Realizados esses esclarecimentos, adentrar-se-á com mais afinco no instituto da prisão domiciliar e nos seus desdobramentos.

1.1 Esclarecimentos iniciais sobre o instituto da prisão domiciliar

Segundo Mirabete e Fabbrini (2014), a prisão domiciliar foi introduzida no Brasil pela Lei nº 5.256/67², que dispõe sobre a prisão especial, para estabelecer o recolhimento do preso provisório à própria residência nas localidades em que não houver estabelecimento adequado à reclusão dos que tenham direito à prisão especial. Destarte, a prisão domiciliar foi introduzida no ordenamento jurídico para atender a situações de cumprimento de prisão especial.

¹ Quanto às “suas espécies, forma de cumprimento e regimes de abrigo do condenado” (NUCCI, 2017, p. 719).

² Art. 1º Nas localidades em que não houver estabelecimento adequado ao recolhimento dos que tenham direito a prisão especial, o juiz, considerando a gravidade e as circunstâncias do crime, ouvido o representante do Ministério Público, poderá autorizar a prisão do réu ou indiciado na própria residência, de onde o mesmo não poderá afastar-se sem prévio consentimento judicial.

Diante disso, quanto à prisão especial, são necessárias algumas considerações. Prevista no artigo 295 do Código de Processo Penal³, trata-se de forma específica de cumprimento da prisão cautelar – não sendo, portanto, uma modalidade de prisão provisória –, que confere a certos indivíduos o direito de serem recolhidos em locais diversos da prisão comum (LIMA, 2018). Tal forma especial de cumprimento da prisão cautelar somente se admite “quando o agente estiver sujeito à prisão *antes de condenação definitiva*” (LIMA, 2018, p. 910 – destaque no original), ou seja, após o trânsito em julgado não há prisão especial.

Nessa perspectiva, a Lei nº 5.256/67 estabeleceu benefícios aos presos especiais, determinando, por exemplo, que, para os favorecidos com a prisão domiciliar, somente a violação das condições⁴ impostas naquela legislação implicariam na perda do benefício do recolhimento em domicílio⁵. Todavia, esse panorama mudou com a Lei nº 10.258/01, que acrescentou algumas disposições ao artigo 295 do Código de Processo Penal, merecendo especial destaque as determinações dos parágrafos 1º e 2º, *in verbis*:

§ 1º A prisão especial, prevista neste Código ou em outras leis, consiste exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum.

§ 2º Não havendo estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento.

Assim, com o novo diploma, a prisão especial passou a consistir exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum. Em não havendo estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento. Diante disso, no que se refere à prisão especial, passou a vigorar que a prisão domiciliar só será concedida no caso de não existir cela distinta para o preso especial, consoante lição de Renato Brasileiro de Lima (2018, p. 911):

³ Art. 295. Serão recolhidos a quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão antes de condenação definitiva:

I - os ministros de Estado;

II - os governadores ou interventores de Estados ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários, os prefeitos municipais, os vereadores e os chefes de Polícia;

III - os membros do Parlamento Nacional, do Conselho de Economia Nacional e das Assembleias Legislativas dos Estados;

IV - os cidadãos inscritos no "Livro de Mérito"; [...]

⁴ Art. 2º A prisão domiciliar não exonera o réu ou indiciado da obrigação de comparecer aos atos policiais ou judiciais para os quais for convocado, ficando ainda sujeito a outras limitações que o juiz considerar indispensáveis à investigação policial e à instrução criminal.

⁵ Art. 4º A violação de qualquer das condições impostas na conformidade da presente Lei implicará na perda do benefício da prisão domiciliar, devendo o réu ou indiciado ser recolhido a estabelecimento penal, onde permanecerá separado dos demais presos.

Na verdade, o que ocorre na prática é o recolhimento do preso especial a um determinado distrito policial, especificamente destinado a abrigar presos dessa espécie. A inexistência desse local distinto, todavia, não implica em imediata prisão domiciliar, como dispunha o art. 1º da Lei nº 5.256/67. Nesse caso, o preso deverá ser colocado no mesmo estabelecimento prisional que os demais presos, porém em cela distinta. Destarte, com a entrada em vigor da Lei nº 10.258/01, e diante do disposto no art. 295, § 2º, do CPP, somente na hipótese de inexistência de cela distinta para preso especial é que poderá ocorrer a prisão domiciliar.

Além dos casos de prisão especial, outra previsão para concessão de prisão domiciliar entrou em vigor com a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84). De acordo com Mirabete e Fabbrini (2014), a Lei de Execução Penal surgiu sucessivamente ao advento da Lei nº 6.416/77 – que introduziu o regime aberto na legislação penal –, visando evitar a concessão indiscriminada de prisão domiciliar. Isso porque a implantação do regime aberto não foi acompanhada pela construção de locais adequados para o seu cumprimento, o que originou a alternativa de que os juízes concedessem a prisão domiciliar⁶.

Assim, para contornar o descrédito do regime aberto, a Lei de Execução Penal determinou a possibilidade de concessão de prisão domiciliar apenas aos condenados nesse regime que atendessem a condições expressamente previstas (MIRABETE; FABBRINI, 2014). Tais condições estão elencadas no art. 117 da LEP, que preceitua:

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:
I - condenado maior de 70 (setenta) anos;
II - condenado acometido de doença grave;
III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;
IV - condenada gestante (BRASIL, 1984).

Desta forma, conforme se nota, o artigo 117 da Lei de Execução Penal admitiu o benefício da prisão domiciliar apenas para condenados do regime aberto que possuísem condições pessoais específicas. Portanto, são beneficiários aqueles que estiverem em situações especiais, representando menor periculosidade à sociedade, razão que justifica a possibilidade de concessão de prisão domiciliar (NUCCI, 2018).

⁶ Segundo Mirabete e Fabbrini (2014, p. 506), “com a introdução do regime aberto na legislação penal, efetuada pela Lei nº 6.416, de 24-5-1977, e diante da inexistência de locais adequados para o cumprimento da prisão albergue, os aplicadores da lei penal depararam-se com penosas alternativas: admitir o alojamento noturno em celas superlotadas das cadeias públicas; não conceder o regime, embora o sentenciado estivesse em condições de adequar-se a ele; ou conceder a prisão domiciliar, com o recolhimento em sua própria residência. Não havendo o Poder Público diligenciado para a construção de estabelecimentos destinados ao regime aberto em todas as comarcas, juízos e tribunais passaram a conceder a chamada ‘prisão albergue’ [...]”

Para Guilherme de Souza Nucci (2018), a análise das hipóteses dos incisos do artigo 117 da LEP revela que, de fato, seria difícil e, até mesmo, inútil aos fins ressocializadores da pena acomodar as pessoas ali descritas em Casas do Albergado. Com efeito, indivíduos com mais de 70 (setenta) anos possuem necessidades especiais que não estariam salvaguardadas no cárcere. Essas necessidades, que são, inclusive, de ordem natural, atingem aspectos físicos ou mentais.

Do mesmo modo, condenados enfermos, bem como sentenciadas gestantes, demandam maior atenção e cuidados permanentes. Outrossim, a condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental necessita cuidar de seu descendente, não podendo se instalar com sua família na Casa do Albergado (NUCCI, 2018).

Ressalte-se, para melhor compreensão, que a legislação prevê três tipos de regimes iniciais para cumprimento de pena: fechado, semiaberto e aberto. No regime fechado, a execução da pena se dá em estabelecimento de segurança máxima ou média (art. 33, § 1º, “a”, do Código Penal), ao passo que, no regime semiaberto, a execução ocorre em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (art. 33, § 1º, “b”, do Código Penal). No regime aberto, por outro lado, a execução da pena se realiza em casa de albergado ou estabelecimento adequado (art. 33, § 1º, “c”, do Código Penal).

Ademais, enquanto o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado (art. 33, § 2º, “a”, do Código Penal), o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto (art. 33, § 2º, “b”, do Código Penal). Por seu turno, o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto (art. 33, § 2º, “c”, do Código Penal)⁷.

Nesse viés, a redação do artigo 117 da Lei de Execução Penal estabelece a prisão domiciliar apenas para condenados em regime aberto, desde que atendam a condições especiais. Assim, quanto ao local de execução, como já visto, nos termos legais, o cumprimento da pena privativa de liberdade, em regime aberto, ocorre em Casa do Albergado. O magistério de Mirabete e Fabbrini (2014, p. 287) explana que a expressão Casa do Albergado é:

⁷ Importante também destacar que, de acordo com o art. 33, § 3º, do Código Penal, “a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código”, ou seja, observando culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima.

feliz porque se refere a uma simples prisão noturna, sem obstáculos materiais ou físicos contra a fuga. A segurança, em tal estabelecimento, resume-se no senso de responsabilidade do condenado. A prisão albergue constituiu-se em uma modalidade ou espécie do gênero prisão aberta, experiência que em outros países é conhecida com denominações que equivalem, em português, a “prisão noturna” ou “semiliberdade”.

Sob esse prisma, importante salientar que dispõe o Código Penal, em seu artigo 36, que “o regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado”. Designa, ainda, que “o condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga” (art. 36, § 1º).

Ocorre que, não obstante a exegese do artigo 117 da LEP, consoante lição de Rodrigo Duque Estrada Roig (2018), o rol do aludido dispositivo não deve ser considerado taxativo. Isso porque os tribunais estão determinando a concessão de prisão domiciliar em outras situações não abarcadas pela Lei de Execução Penal. Por exemplo, quando, mesmo sendo fixado regime inicial diverso do aberto, for demonstrada a necessidade de especial tratamento de saúde, que não possa ser suprido no local onde o condenado acautelado se encontra preso, conforme HC 87.901/AL, julgado no STJ (BRASIL, 2007).

Além disso, segundo o HC 138.986/DF, que tramitou no STJ, já foi concedida prisão domiciliar em regime diverso do aberto em caso que, embora o estabelecimento prisional fosse dotado de estrutura para atendimentos emergenciais, as enfermidades do preso necessitavam de cuidados específicos e continuados (BRASIL, 2009). Outro exemplo de flexibilização do artigo 117 da LEP, abordado no REsp 962.078/RS, diz respeito à possibilidade de prisão domiciliar de apenado que encontrou emprego em comarca diversa e distante daquela onde deveria cumprir sua pena (BRASIL, 2011).

Bem assim, no que tange ao regime aberto, já é pacífica na jurisprudência a possibilidade de concessão de prisão domiciliar quando inexistir Casa do Albergado na comarca, o que é de ocorrência bastante comum no Brasil, diante do escasso número de Casas do Albergado existentes⁸.

Imprescindível também trazer à baila a disposição da Súmula Vinculante 56, que estipula: “a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado

⁸ Nas palavras de Mirabete e Fabbrini (2014, p. 507), “o condenado que fizer jus ao regime aberto tem direito a prisão domiciliar quando inexistir casa do albergado onde possa cumprir a pena no regime aberto”.

em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”.

O RE 641.320/RS tratou-se de Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul contra acórdão da Quinta Câmara Criminal do TJRS, o qual determinou que, enquanto não existisse estabelecimento destinado ao regime semiaberto que atendesse a todos os requisitos da Lei de Execução Penal, a pena privativa de liberdade seria cumprida em regime de prisão domiciliar.

Irresignado, o Ministério Público alegou que o fato de o Estado não possuir condições materiais para instituir estabelecimento prisional destinado ao regime semiaberto “que atenda a todas as exigências da legislação penal não autoriza, por si só, o Poder Judiciário a conceder o benefício da prisão domiciliar fora das hipóteses legalmente previstas” (BRASIL, 2016, p. 6). Dessa maneira, ante à celeuma, o Ministro Relator Gilmar Mendes estabeleceu, em maio de 2016, parâmetros, com repercussão geral, os quais, havendo viabilidade, ao invés da prisão domiciliar, deveriam ser primeiramente observados nesses casos:

III - Havendo déficit de vagas, deverá determinar-se:
(i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas;
(ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas;
(iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto.
Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado” (BRASIL, 2016).

Assim, do que se extrai do julgado e da Súmula Vinculante 56, a prisão domiciliar não é a primeira opção, só sendo autorizada após prévia análise da possibilidade de atendimento aos parâmetros fixados. Por conseguinte, a inexistência de estabelecimento adequado não autoriza a concessão imediata e automática do recolhimento em domicílio⁹. Todavia, caso o prévio exame dos parâmetros revele a impossibilidade de que sejam obedecidos, estar-se-á diante de outra hipótese autorizadora de prisão domiciliar.

Ademais, saliente-se que, consoante já decidido na 5ª Turma do STJ, em sede do HC 135.634/RS, com relação às penas restritivas de direitos, prevalece que não podem ser convertidas em prisão domiciliar, tendo em vista que a exegese do artigo 117 da Lei de

⁹ Nesse sentido, reforçou a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de recurso repetitivo (REsp 1.710.893 e 1.710.674), em agosto de 2018, que a concessão da prisão domiciliar não deve ser a primeira opção ante a falta de vagas em estabelecimento adequado ao cumprimento da pena. Antes, devem ser observados os parâmetros definidos pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 641.320. Para mais informações: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-27/falta-vaga-presidio-nao-autoriza-domiciliar-automaticamente>

Execução Penal só permite o benefício no tocante às penas privativas de liberdade (BRASIL, 2010).

Roig (2018), entretanto, argumenta que não é lógico permitir a prisão domiciliar para penas privativas de liberdade – mais graves –, sendo admitida em casos excepcionais, inclusive, a concessão nos regimes mais gravosos (semiaberto e aberto), e negá-la às penas restritivas de direitos – menos graves. Além do mais, o deferimento da prisão domiciliar nada tem a ver com a espécie de pena executada, mas com razões humanitárias.

Destarte, diante da influência da Lei de Execução Penal, sobretudo com inspiração em seu artigo 117, foi concebida uma nova modalidade permissora de prisão domiciliar (NUCCI, 2017), a qual é substitutiva da prisão preventiva, verificada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, também de caráter humanitário. A Lei nº 12.403/2011 introduziu esta hipótese de prisão domiciliar, dando nova redação aos artigos 317 e 318 do Código de Processo Penal:

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

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

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

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

IV - gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

Assim, essa norma conservou o fundamento da Lei de Execução Penal de estabelecer a prisão domiciliar por questões humanitárias, para indivíduos em situações especiais. Isso serviu para fortalecer e constituir a característica principal das prisões domiciliares: em regra, nos termos legais, são concedidas a presos em situações excepcionais, pessoas cujas necessidades especiais o cárcere não poderia proporcionar.

Nesse diapasão, com a Lei nº 12.403/2011, a prisão domiciliar de natureza cautelar passou a ser expressamente prevista, funcionando como uma espécie de prisão preventiva. Deste modo, não possui o fim de impedir a decretação da preventiva, mas de substituí-la, por questões humanitárias e excepcionais (LIMA, 2018). Inclusive, a própria concessão de domiciliar já pressupõe a presença dos requisitos necessários para prisão preventiva (art. 312

do CPP¹⁰), pois a substituição, via de regra, nos termos da lei, já parte de uma preventiva já decretada.

Quanto às hipóteses de substituição da prisão preventiva pela domiciliar trazidas pela Lei nº 12.403/2011, Paulo Rangel (2015) faz algumas críticas, abordando que a nova regra foi mais severa que a Lei de Execução Penal, no que concerne às gestantes. Enquanto a LEP se refere apenas à “gestante”, a Lei nº 12.403/2011 limitou o recolhimento domiciliar à “gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez”. Acerca do idoso, sem uma explicação plausível de política criminal, exigiu a nova lei que tenha mais de 80 (oitenta) anos, ao passo que a LEP só exige que seja maior de 70 (setenta). Também avaliou:

O legislador andou mal ao querer especificar os casos de prisão domiciliar *ipsis litteris* não dando margem ao juiz para decidir os casos que lhe parecerem justos à concessão.

O idoso com diabetes e com 78 anos de idade não terá direito à prisão domiciliar, embora não ainda ‘extremamente debilitado’ ? Absurdo.

A gestante com seis meses de gravidez que está tendo problemas respiratórios, sem que isso ocasione risco ao bebê não poderá ser beneficiada? Outro absurdo (RANGEL, 2015, p. 911).

Frise-se ainda que, segundo o art. 318, parágrafo único, da Lei nº 12.403/2011, para a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, o juiz exigirá prova idônea do preenchimento dos requisitos dos incisos. Assim, o ônus da prova incumbe ao preso. Contudo, para Gustavo Badaró (2015), nada impede que o juiz, desde a decretação da preventiva, estando a hipótese legal demonstrada, já determine o seu cumprimento em prisão domiciliar.¹¹

Ademais, no que tange à natureza do crime como requisito para a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, nada diz a lei. Diante desse silêncio do legislador, Renato Brasileiro (2018, p. 1.031 – destaque no original) elucida: “queremos crer que o benefício sob comento é aplicável a qualquer espécie de infração penal, *tenha ou não natureza hedionda*, desde que, logicamente, preenchidos os requisitos alternativos dos incisos do art. 318 do CPP”.

Importante também destacar que a prisão domiciliar dos artigos 317 e 318 do Código de Processo Penal não se confunde com a medida cautelar autônoma de recolhimento

¹⁰ 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.

¹¹ “por exemplo, se no inquérito policial já houve cópia da certidão de nascimento ou de documento de identidade, comprovatório de que o investigado é maior de 80 anos” (BADARÓ, 2015, p. 993).

domiciliar no período noturno e nos dias de folga, nos casos de o investigado ou acusado ter residência e trabalho fixos (art. 319, V, do CPP). Neste último caso, o juiz entende que, apesar de ser cabível a prisão preventiva, sua decretação não é necessária, permitindo ao agente que trabalhe durante o dia, mas que se recolha à residência apenas à noite ou nos dias de folga (LIMA, 2018).

No caso dos artigos 317 e 318 do CPP, porém, há elementos para decretação de prisão preventiva, no entanto, “por conta da presença de uma das situações especiais do art. 318, a prisão preventiva será substituída pelo recolhimento domiciliar (...)” (LIMA, 2018, p. 1.033). Além disso, nessa hipótese, o sujeito “está preso em casa e dela não pode sair, salvo autorização excepcional do magistrado (RANGEL, 2015, p. 912).

De resto, considerando que a prisão domiciliar opera como “uma forma especial de cumprir a medida de prisão preventiva” (BADARÓ, 2015, p. 992), já é pacífico o entendimento de que é possível a detração (art. 42 do Código Penal¹²), a despeito do silêncio do legislador. Nesse sentido, detração é “abater ou computar na pena privativa de liberdade o tempo de prisão preventiva ou provisória, e o de internação” (RANGEL, 2015, p. 913) em hospital psiquiátrico ou estabelecimento adequado¹³. Assim, o tempo que o agente passa preso domiciliarmente será subtraído de eventual pena privativa de liberdade imposta.

Destarte, após os esclarecimentos iniciais expostos acerca do instituto da prisão domiciliar, considerando que as mudanças legais que se seguiram preocuparam-se, sobretudo, com as particularidades do aprisionamento de mães e gestantes, segundo as perspectivas da maternidade e dos direitos da criança, o próximo tópico aprofundará o enfoque nas iniciativas legislativas baseadas nas peculiaridades do encarceramento feminino.

1.2 Peculiaridades do encarceramento de mães e gestantes e mudanças legislativas

Primeiramente, é importante elucidar que as mulheres possuem condições particulares, decorrentes de aspectos biológicos, que devem ser especialmente atendidas pelas penitenciárias. Cite-se, por exemplo, a menstruação, a função de reprodução e a maternidade.

¹² Art. 42 - Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.

¹³ Na concepção de Paulo Rangel (2015, p. 913), “não seria razoável dizer que o preso preventivo terá direito à detração penal (art. 42 CP), mas se cumprir a prisão preventiva domiciliarmente não fará jus. Absurdo e injustiça”.

Essas circunstâncias demandam a garantia de acesso a absorventes íntimos, bem como a ambiente salubre para gestantes, para amamentação e para convivência de mães e filhos.

Ademais, é necessário observar que os estabelecimentos prisionais se consolidaram como um local majoritariamente masculino. Isso é resultante, em parte, do menor índice de mulheres envolvidas com a criminalidade – comparando-se aos homens¹⁴ –, bem como da construção deturpada da relação entre a mulher e o crime (MACHADO, 2016). Com efeito, por muito tempo se acreditou

que a mulher cometia apenas determinados tipos de crimes, em geral menos violentos e com especificidades associadas aos estereótipos femininos e ao seu papel reprodutivo – como a bruxaria, a prostituição, os crimes passionais, o infanticídio, o aborto, os crimes contra a honra e os furtos em lojas [...] (MACHADO, 2016, p. 15).

Deste modo, a compreensão da realidade prisional se concebeu a partir de um modelo androcêntrico¹⁵, de maneira a desconsiderar as especificidades das mulheres, inclusive a maternidade (MACHADO, 2016). Assim, não se deu relevância à condição da mulher presa, a qual necessitou se ajustar a padrões tipicamente masculinos.

Corroborando com o exposto, a despeito dos avanços legais já consolidados – explicitados adiante –, tem-se os dados colhidos pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN Mulheres (BRASIL, 2017), que indicaram que a maior parte dos estabelecimentos penais foi projetada para o público masculino. Isso porque constatou-se que 74% das unidades prisionais destinam-se aos homens, 7% ao público feminino e outras 16% são caracterizadas como mistas.

Diante desse panorama, importante ressaltar os avanços legais sobre a matéria. A Lei de Execução Penal, de 1984, iniciou o estabelecimento de estipulações legislativas que englobaram as condições específicas da mulher presa:

Art. 14. [...]

§ 2º Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento.

Art. 82. [...]

¹⁴ Segundo dados do INFOPEN Mulheres (BRASIL, 2017), proporcionalmente, o número de mulheres encarceradas é menor. Em 2016, a população prisional feminina chegou à 42 mil mulheres privadas de liberdade, enquanto a população prisional masculina atingiu a marca de 665 mil homens.

¹⁵ Constituído “por regras que privilegiam o homem e o têm como parâmetro de ser humano, desconsiderando a experiência da mulher” (MACHADO, 2016, p. 11).

§ 1º A mulher será recolhida a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal¹⁶.

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

Art. 89. Além dos requisitos referidos no artigo anterior, a penitenciária de mulheres poderá ser dotada de seção para gestante e parturiente e de creche com a finalidade de assistir ao menor desamparado cuja responsável esteja presa.

Todavia, essas previsões da LEP se demonstraram tímidas, visto que nada dispuseram quanto à amamentação. Além disso, o artigo 89 apenas facultou a instalação de seção para gestante ou parturiente e de creche, não obrigando a construção. Dessa maneira, apenas com advento da Constituição Federal de 1988 (CF/88) que determinações mais específicas e definidas sobre as condições particulares da mulher presa foram contempladas, ganhando o *status* de normas constitucionais:

Art. 5º. [...]

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

Assim, buscando atender às designações constitucionais, a legislação foi se modificando. A Lei nº 9.046/95, por exemplo, contemplando os postulados da Constituição quanto à amamentação¹⁷, acrescentou ao artigo 83 da Lei de Execução Penal um § 2º, prevendo a instalação de berçários nos estabelecimentos penais para amamentação, com a seguinte redação: “os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam amamentar seus filhos.” Ademais, a Lei nº 11.942/2009, fundada no artigo 5º, inciso L¹⁸, da CF/88, já mencionado, também modificou a LEP, que passou a dispor:

Art. 14, § 3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.

Art. 83 § 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.

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.

¹⁶ A Lei nº 9.460/1997 incluiu o maior de sessenta anos nessa disposição, resultando na seguinte redação: “a mulher e o maior de sessenta anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal”.

¹⁷ Conforme justificção do Projeto de Lei nº 2.347, de 1991, da Deputada Benedita da Silva (BRASIL, 1991).

¹⁸ De acordo com justificção do Projeto de Lei nº 335, de 1995, da Deputada Fátima Pelaes (BRASIL, 1995).

Parágrafo único. São requisitos básicos da seção e da creche referidas neste artigo:
I – atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e
II – horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável.

Nessa perspectiva, imprescindível também mencionar que a Lei nº 10.048/2000¹⁹ estabeleceu o atendimento prioritário para gestantes, lactantes e pessoas com crianças de colo. Foi além, em seu artigo 2º, obrigou as repartições públicas e empresas concessionárias de serviços públicos a dispensar atendimento prioritário, por meio de serviços individualizados que assegurem tratamento diferenciado e atendimento imediato às pessoas acima referidas. Ressalte-se que as unidades prisionais brasileiras, em sua maioria, tratam-se de repartições públicas.

Frise-se, além do mais, que, consoante destacado por Machado (2016) e por Roig (2018), em 2009, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) editou importante norma acerca dos direitos das mulheres encarceradas no Brasil, a Resolução n. 04/2009, que trata, sobretudo, de aspectos como a permanência dos filhos das presas nas penitenciárias e o posterior processo de separação desses infantes de suas mães após atingirem certa idade.

O artigo 1º dessa Resolução estabeleceu que a estada, permanência e posterior encaminhamento dos filhos de reclusas devem respeitar a ecologia do desenvolvimento humano, de modo que os ambientes prisionais femininos devem contemplar espaços adequados para permitir o desenvolvimento infantil em padrões saudáveis e uma relação de qualidade entre a mãe e a criança. Ainda, devem respeitar a continuidade do vínculo materno, que deve ser prioridade em todas as situações, e a amamentação, ato imprescindível para a saúde do corpo e psique da criança (BRASIL, 2009).

Ainda, o artigo 2º dessa norma dispõe que deve ser garantida a permanência dos filhos de mulheres encarceradas, por, no mínimo, até um ano e seis meses, junto às suas mães, considerando que a presença da mãe nesse período é considerada fundamental para o desenvolvimento da criança, principalmente no tocante à construção do sentimento de confiança, otimismo e coragem (BRASIL, 2009).

¹⁹ Art. 1º As pessoas com deficiência, os idosos com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, as gestantes, as lactantes, as pessoas com crianças de colo e os obesos terão atendimento prioritário, nos termos desta Lei.

Art. 2º As repartições públicas e empresas concessionárias de serviços públicos estão obrigadas a dispensar atendimento prioritário, por meio de serviços individualizados que assegurem tratamento diferenciado e atendimento imediato às pessoas a que se refere o art. 1º.

Sublinhe-se que a LEP, em seu artigo 83, §2º, preceitua o tempo mínimo dos seis meses iniciais de vida do bebê para permanência da mãe com a criança, consoante já apontado nesse estudo. Todavia, segundo assinalado por Machado (2016), a realidade é que o período mínimo de permanência da criança depende da discricionariedade da administração penitenciária de cada unidade prisional, a despeito da existência dessas disposições.

Continuando as considerações sobre Resolução n. 04/2009 do CNPCP, ressalte-se que, conforme seu artigo 3º, após a criança completar um ano e seis meses o processo de separação deve ser iniciado de forma gradual, podendo durar até seis meses. Destarte, a elaboração de etapas conforme quadro psicossocial da família é necessária, considerando algumas fases.

A primeira fase corresponde à presença na unidade penal, durante maior tempo, do novo responsável pela guarda junto da criança. Posteriormente, a visita da criança ao novo lar, seguida de um período de tempo semanal equivalente de permanência da criança no novo lar e junto à mãe na prisão. Por fim, a última etapa consiste em visitas da criança por período prolongado à mãe. Saliente-se que as visitas por período prolongado serão gradualmente reduzidas até que a criança passe a maior parte do tempo no novo lar e faça visitas à mãe em horários convencionais, conforme disposto pelo parágrafo único do artigo 3º (BRASIL, 2009).

Além disso, de acordo com o artigo 4º da Resolução, a escolha do lar em que a criança será abrigada deve ser realizada pelas mães e pais, com a assistência de profissionais de Serviço Social e de Psicologia da unidade prisional ou do Poder Judiciário, tendo em conta a seguinte ordem de possibilidades: família ampliada²⁰, família substituta²¹ ou instituições (BRASIL, 2009).

Relevante também mencionar que o artigo 6º da referida Resolução prevê que deve ser garantida a possibilidade de crianças com mais de dois e até sete anos de idade permanecerem junto às mães na unidade prisional, contanto que seja em unidades materno-infantis, equipadas com dormitório para as mães e crianças, brinquedoteca, área de lazer, abertura para área descoberta e participação em creche externa (BRASIL, 2009).

Ademais, passando ao plano internacional, no que concerne às especificidades das mulheres em situação de cárcere, importante destacar que desde os anos 1950 a temática vem

²⁰ Ou família extensa. É aquela que “se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade” (BRASIL, 2009).

²¹ É aquela proveniente de guarda, tutela ou adoção (BRASIL, 1990).

sendo observada. Com efeito, em 1955, no 1º Congresso sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente, realizado em Genebra, a Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos – ou presos –, que buscou estabelecer um parâmetro mínimo para o tratamento de encarcerados (BASTOS; REBOUÇAS, 2018).

Sessenta anos depois, as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos foram revisadas e atualizadas, passando a se chamar Regras de Mandela, em 22 (vinte e dois) de maio de 2015. Essa atualização procurou ampliar seu âmbito de atuação, bem como se adequar às realidades do sistema prisional. No que diz respeito às mulheres, a título de exemplo, interessante pontuar que as Regras de Mandela dispuseram que “os instrumentos de coação não devem ser utilizados em mulheres em trabalho de parto ou no pós-parto²²”, bem como que “se a criança nascer num estabelecimento prisional, tal fato não deve constar do respetivo registo de nascimento²³”.

Ainda, outro importante marco normativo da esfera internacional consiste nas Regras de Tóquio (Regras Mínimas Padrão das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade), aprovadas em 1990, na Assembleia Geral das Nações Unidas, compondo a Resolução nº 45/110. Tratam-se de recomendações que visam estimular, sempre que possível, o emprego de medidas não privativas de liberdade e a promoção dos direitos humanos (BRASIL, 2016).

Contudo, as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos e as Regras de Tóquio, ao se aplicarem a todas as pessoas sem discriminação, não estenderam atenção suficiente às necessidades específicas das mulheres (BRASIL, 2016). Assim, “com o aumento da população presa feminina ao redor do mundo, a necessidade de trazer mais clareza às considerações que devem ser aplicadas no tratamento de mulheres presas adquiriu importância e urgência” (BRASIL, 2016, p. 18)²⁴.

²² Regras de Mandela nº 48.2. Impende também pontuar que a Lei nº 13.434/2017 acrescentou dispositivo similar ao Código de Processo Penal: “Art. 292. Parágrafo único. É vedado o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato. ”

²³ Regras de Mandela nº 28.

²⁴ De fato, “as mulheres em situação de prisão têm demandas e necessidades muito específicas, o que não raro é agravado por históricos de violência familiar e condições como a maternidade, a nacionalidade estrangeira, a perda financeira ou o uso de drogas” (BRASIL, 2016, p. 11).

Diante disso, em 2010, foram aprovadas as Regras de Bangkok²⁵, principal documento internacional a abordar a questão do encarceramento feminino, propondo um “olhar diferenciado para as especificidades de gênero no encarceramento feminino, tanto no campo da execução penal, como também na priorização de medidas não privativas de liberdade (...)” (BRASIL, 2016, p. 12). Ressalte-se que essas regras foram criadas para complementar as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos e as Regras de Tóquio, sem, no entanto, as substituírem (ACHIAMÉ, 2018).

As Regras de Bangkok partem da premissa de que se deve ter em consideração as distintas necessidades das mulheres presas, de modo que a atenção a essas necessidades para atingir a igualdade material entre os gêneros não deverá ser considerada discriminatória²⁶. Trazem disciplinas, por exemplo, acerca do ingresso das presas nas penitenciárias, da higiene pessoal, dos serviços de cuidados à saúde, segurança e vigilância, além de apresentarem disposições específicas para presas condenadas e provisórias, bem como procedimentos de pesquisa, planejamento, avaliação e sensibilização pública. Nesse contexto, merecem ser enfatizadas as regras:

Regra 2.2 - Antes ou no momento de seu ingresso, deverá ser permitido às mulheres responsáveis pela guarda de crianças tomar as providências necessárias em relação a elas, incluindo a possibilidade de suspender por um período razoável a medida privativa de liberdade, levando em consideração o melhor interesse das crianças [...]

Regra 3.1 - No momento do ingresso, deverão ser registrados o número e os dados pessoais dos/as filhos/as das mulheres que ingressam nas prisões. Os registros deverão incluir, sem prejudicar os direitos da mãe, ao menos os nomes das crianças, suas idades e, quando não acompanharem a mãe, sua localização e situação de custódia ou guarda.

Regra 4 - Mulheres presas deverão permanecer, na medida do possível, em prisões próximas ao seu meio familiar ou local de reabilitação social, considerando suas responsabilidades como fonte de cuidado, assim como sua preferência pessoal e a disponibilidade de programas e serviços apropriados [...]

Bem assim, outras relevantes previsões a serem citadas dizem respeito à priorização de medidas não privativas de liberdade²⁷. Com efeito, determina a regra 58 que “formas

²⁵ Ou Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras.

²⁶ Regra de Bangkok nº 01.

²⁷ Regra 57 - As provisões das Regras de Tóquio deverão orientar o desenvolvimento e a implementação de respostas adequadas às mulheres infratoras. Deverão ser desenvolvidas, dentro do sistema jurídico do Estado membro, opções específicas para mulheres de medidas despenalizadoras e alternativas à prisão e à prisão cautelar, considerando o histórico de vitimização de diversas mulheres infratoras e suas responsabilidades de cuidado.

Regra 58 - Considerando as provisões da regra 2.3 das Regras de Tóquio, mulheres infratoras não deverão ser separadas de suas famílias e comunidades sem que se considere devidamente a sua história e laços familiares.

alternativas de lidar com mulheres infratoras, tais como medidas despenalizadoras e alternativas à prisão, inclusive à prisão cautelar, deverão ser empregadas sempre que apropriado e possível”. Tais medidas se justificam em razão do histórico de vitimização pelo qual passaram muitas das mulheres infratoras, além das responsabilidades de cuidado que essas mulheres normalmente possuem (DIELO, 2017). Dessa forma, uma forte característica das Regras de Bangkok diz respeito ao viés do desencarceramento.

Nessa esteira, ressalte-se que, malgrado o Brasil tenha participado ativamente da elaboração e aprovação das Regras de Bangkok, de modo que seu cumprimento é um compromisso internacional assumido pela nação, até o momento o país não constituiu políticas públicas consistentes.

Isso só demonstra o quanto necessita de estímulo a implementação e a internalização eficaz das normas de direito internacional dos direitos humanos pelo Brasil (BRASIL, 2016). Pontue-se, inclusive, que a tradução das Regras de Bangkok para o português só ocorreu em 2016, seis anos após sua aprovação na Assembleia Geral das Nações Unidas.

Realizadas essas considerações, importante frisar que a observância das Regras de Bangkok pelos tribunais brasileiros, apesar de tímida, já ocorre, principalmente nos pleitos de substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça possui algumas decisões, a exemplo do HC 362.922/PR, julgado em 2017²⁸. Além

Formas alternativas de lidar com mulheres infratoras, tais como medidas despenalizadoras e alternativas à prisão, inclusive à prisão cautelar, deverão ser empregadas sempre que apropriado e possível.

²⁸ EMENTA: PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PROCESSUAL. FILHO EM PRIMEIRA INFÂNCIA. PROTEÇÃO DIFERENCIADA À MÃE. PRESUNÇÃO LEGAL DA NECESSIDADE DE PROTEÇÃO E CUIDADOS. MOTIVAÇÃO DE EXCEPCIONAMENTO NÃO RAZOÁVEL. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. 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. 2. Decisão atacada que exige descabida prova da necessidade dos cuidados maternos, condição que é legalmente presumida, e não justifica concretamente a insuficiência da cautelar de prisão domiciliar. 3. Paciente que é mãe de duas crianças, com dois e seis 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. Concedido o *habeas corpus* para fixar a prisão domiciliar à paciente, ressalvada a sempre cabível revisão judicial periódica de necessidade e adequação, inclusive para incidência de cautelares mais gravosas (BRASIL, 2017).

disso, as Regras também foram observadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, como no HC 126.107/SP, julgado em 2015²⁹, e no HC nº 143.641/SP, julgado em 2018³⁰.

Isto posto, voltando ao cenário legislativo nacional, necessário mencionar que entrou em vigor, em 2016, a Lei nº 13.257, conhecida como Marco Legal da Primeira Infância. Essa norma procurou estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância³¹ que atendessem às especificidades dessa faixa etária, visando a garantir o desenvolvimento integral das crianças³².

Assim, foi justamente nesse contexto de ampliação dos direitos da criança “que foi incluída a possibilidade de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, nos casos em que a agente for gestante ou mulher com filho de até doze anos de idade incompletos” (DIELO, 2017, p. 12). Desta feita, com a Lei nº 13.257/2016, a redação do artigo 318 do Código de Processo Penal, introduzida pela Lei nº 12.403/2011 – já mencionada no tópico anterior – foi modificada.

A partir da nova norma, com a alteração do inciso IV, a previsão de que só teriam direito à prisão domiciliar as gestantes a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou com gestação de alto risco foi ampliada, passando a abranger todas as gestantes. Portanto, a concessão passou a ser independente do tempo de gestação ou da situação de saúde da mulher. Além disso, foram incluídos os incisos V e VI, que tratam, respectivamente, da mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos, e do homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. Eis a nova redação:

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

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

²⁹ Nesse julgado, a paciente, portadora de cardiopatia grave e em estágio avançado de gestação, encontrava-se presa preventivamente por ter supostamente praticado tráfico de drogas. Todavia, a prisão domiciliar foi concedida embasada nas recomendações das Regras de Bangkok (BRASIL, 2015).

³⁰ Esse julgado será tratado com mais detalhes posteriormente. Por ora, é importante mencionar que o Relator do HC 143.641/SP, Ministro Ricardo Lewandowski, ressaltou que a Suprema Corte já aplicou as Regras no “HC 147.322-MC/SP, HC 142.279/CE, HC 130.152-MC/SP, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, HC 134.979/DF, HC 134.130/DF, HC 133.179/DF e HC 129.001/SP, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, HC 133.532/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, HC 134.734-MC/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, dentre muitos outros” (BRASIL, 2018, p. 24).

³¹ “Período que abrange os primeiros 6 (seis) anos completos ou 72 (setenta e dois) meses de vida da criança” (Art. 2º, Lei nº 13.257/2016).

³² Art. 3º, Lei nº 13.257/2016.

- III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;
- IV - gestante;
- V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;
- VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Como se observa do disposto acima, tal modificação legislativa demonstra que a incorporação da possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar, nos casos de presas gestantes ou mães de crianças, foi ao encontro das Regras de Bangkok. Dessa maneira, não obstante a função precípua da Lei nº 13.257/2016 fosse a proteção às crianças, houve consequências diretas no encarceramento de mulheres, haja vista que previu medidas alternativas ao cárcere, levando em conta especificidades de gênero (DIELO, 2017).

Realmente, é inegável que as particularidades biológicas das mulheres, como a função de reprodução e a maternidade, fazem com que seus direitos e os direitos da criança estejam intimamente ligados, principalmente em situação de cárcere. Somem-se a isso as imposições sociais da sociedade patriarcal, em que se impõe à mulher o papel de cuidar dos filhos (MACHADO, 2016). Nessa perspectiva, considerando que, segundo o INFOPEN, 74% das presas brasileiras possuem filhos (BRASIL, 2017), interessante elucidar a estreita relação entre os direitos das mulheres presas e os direitos da criança.

Todavia, mesmo com o novel regramento, muitos dos pedidos de substituição da prisão preventiva pela domiciliar baseados nas novas possibilidades foram indeferidos, constatando-se a exigência de outros requisitos pelos tribunais, além dos constantes do artigo 318 do CPP.

Com efeito, os tribunais defendiam a necessidade de imprescindibilidade da prisão domiciliar, que deveria ser verificada no caso concreto, pelo Juízo local, sendo aplicada de forma restrita e diligente³³. Desse modo, a mera gravidez ou o simples fato de a mulher possuir filho de até 12 anos não seria suficiente.

Ainda, entendiam que o verbo “poderá”, do *caput* do artigo 318 do CPP, indicaria uma faculdade do julgador e não uma obrigatoriedade, não sendo um direito subjetivo automático do agente. Acompanham essa fundamentação, por exemplo, os *Habeas Corpus* 352.467/RJ³⁴

³³ Conforme entendimento do Ministro Gilmar Mendes no HC 142.279/CE, o diploma do art. 318 do CPP “deve ser aplicado de forma restrita e diligente, verificando-se as peculiaridades de cada caso” (BRASIL, 2017).

³⁴ Decisão Monocrática do relator, Ministro Rogério Schietti Cruz, em 15 de abril de 2016, que considerou que a presença de um dos pressupostos do art. 318 do CPP constitui requisito mínimo, mas não suficiente para autorizar a substituição da preventiva pela domiciliar. Caso em que a gravidade dos crimes imputados à paciente revelava a necessidade de garantia da ordem pública (BRASIL, 2016).

e 399.760/SP³⁵, do STJ. Nesse sentido, Nucci (2017) também opina que o artigo 318 faculta ao juiz a possibilidade de conceder a prisão domiciliar, não se tratando de direito subjetivo da presa.

Destaque-se que Nucci (2017), por seu turno, não aprovou as modificações que Lei 13.257/2016 fez no CPP. Em sua concepção, enquanto a gestante com mais de sete meses ou com gravidez de alto risco não tem muita mobilidade, a gestante comum pode praticar vários delitos³⁶. Do mesmo modo, considerou absurdo conceder à presa o recolhimento em domicílio apenas por possuir filho de até 12 anos incompletos, não importando se essa mulher cuida de sua prole, larga ou abandona. Para o jurista, “a Lei 13.257/2016 imiscuiu-se em assunto de segurança pública, o que não deveria ser de sua alçada” (NUCCI, 2017, p. 124).

Destarte, essa conjuntura de indeferimentos suscitou a impetração, em 2017, do *Habeas Corpus* coletivo nº 143.641/SP, no STF, pelo Coletivo de Advogados em Direitos Humanos, requerendo a revogação da prisão preventiva decretada contra todas as gestantes e mães de crianças, ou sua substituição pela prisão domiciliar. Saliente-se – mais uma vez – que esse *habeas corpus* será tratado com mais detalhes no próximo capítulo, cabendo aqui apenas algumas explicações.

O *writ* foi concedido pela Suprema Corte, em fevereiro de 2018, considerando, sobretudo, a deficiência estrutural do sistema carcerário brasileiro, as condições insalubres do cárcere, o descaso quanto às necessidades específicas das mulheres e aos seus direitos legalmente previstos, bem como o desrespeito à prioridade absoluta dos direitos da criança.

Assim, em sede do HC nº 143.641/SP, foi determinada a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, desde que obedecidos os parâmetros de que os crimes praticados não envolvam violência ou grave ameaça, bem como que não sejam praticados contra seus descendentes. Também se estabeleceu que a concessão de prisão domiciliar pode ser indeferida em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes.

³⁵ De relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 08 de agosto de 2017, que concedeu prisão domiciliar à mãe que era imprescindível aos cuidados dos três filhos, dois deles com menos de doze anos de idade (BRASIL, 2017).

³⁶ Sublinhou Nucci (2017, p.124): “se o próprio ECA (e outras leis) estabelece o deva o Poder Público cuidar de manter, nos presídios, lugar apropriado para amamentação e outros cuidados, significa mais prudência, caso a prisão preventiva seja indispensável, manter a mulher presa, seja gestante ou não”.

Nessa conjuntura, também em 2018, o Projeto de Lei do Senado nº 64, de autoria da Senadora Simone Tebet, teve como um dos fundamentos de sua justificação o HC nº 143.641/SP e suas conclusões (BRASIL, 2018). Esse Projeto resultou na promulgação da Lei nº 13.769/2018, que acrescentou ao Código de Processo Penal os artigos 318-A e 318-B, os quais dispõem:

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.

Diante disso, a Lei nº 13.769/2018 positivou o entendimento do STF, estabelecendo a obrigatoriedade de concessão de prisão domiciliar segundo os parâmetros estipulados pelo art. 318-A. Isso tendo em conta que o mandamento legal dispõe que a prisão preventiva “será” substituída pela domiciliar nos casos previstos, ou seja, o verbo empregado no dispositivo impõe a substituição.

Frise-se que essa obrigatoriedade já é verificada desde a concessão do HC nº 143.641/SP, posto que o Ministro Ricardo Lewandowski determinou a postura ativa do Judiciário, devendo os magistrados agirem de ofício à luz das diretrizes firmadas no *writ* (BRASIL, 2018). Portanto, via de regra, desde que a gestante ou mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa, ou não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente, deverá ser substituída a prisão preventiva por domiciliar.

Portanto, após uma melhor compreensão quanto ao instituto da prisão domiciliar, o próximo capítulo abordará o HC nº 143.641/SP, importante precedente no que se refere à possibilidade do recolhimento em domicílio de gestantes e mães de crianças, recorte temático desta pesquisa.

2 ARGUMENTOS UTILIZADOS NO HC Nº 143.641/SP RELATIVOS À PRISÃO DOMICILIAR DAS MÃES E GESTANTES PRESAS

Ao tratar do HC nº 143.641/SP, não se pode deixar de fazer algumas elucidações. De início, imprescindível explicitar que esse *habeas corpus* foi impetrado por Eloísa Machado de

Almeida, Bruna Soares Angotti Batista de Andrade, Nathalie Fragoso e Silva Ferro, André Ferreira e Hilem Estefania Cosme de Oliveira, membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (CADHU), sendo protocolado em 08 (oito) de maio de 2017. Os autos foram distribuídos ao Ministro Ricardo Lewandowski, que passou a ser o relator.

As Defensorias Públicas de vários Estados se manifestaram, pleiteando o ingresso na ação como *custos vulnerabilis* ou como *amicus curiae* e pugnando pelo acolhimento do HC. A Defensoria Pública do Estado do Paraná também requereu a intimação do Defensor Público-Geral Federal, de forma a motivar sua atuação como guardião das pessoas vulneráveis, o que foi deferido por Lewandowski. A Defensoria Pública da União, então, ingressou no feito, avaliando ser fundamental sua participação, haja vista o forte reflexo do HC nos direitos de um grupo vulnerável, bem como sua *expertise* nos temas tratados no *habeas corpus*.

Também é necessário pontuar que o HC nº 143.641/SP consistiu em *habeas corpus* coletivo, instituto que não está positivado no ordenamento jurídico brasileiro. Tal fato levantou controvérsias sobre o cabimento do remédio heroico, opinando a Procuradoria-Geral da República, inclusive, que seria impossível a “concessão de ordem genérica, sem individualização do seu beneficiário e de expedição de salvo-conduto a um número indeterminado de pessoas” (BRASIL, 2018, p. 08).

No entanto, Lewandowski reconheceu o cabimento do HC coletivo, justificando, em resumo, que a doutrina brasileira do *habeas corpus* confere a maior amplitude possível ao remédio heroico, bem como que a impetração coletiva já foi reconhecida em outras instâncias, como no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e no Superior Tribunal de Justiça. Também abordou que a existência de outras ferramentas, como a ADPF, não deveria ser óbice ao conhecimento do HC, posto que o rol de legitimados dos institutos não é o mesmo, não podendo o Judiciário negar o acesso à Justiça a pessoas que utilizam dos meios que tem.

Sustentou, ainda, que artigo 654, §2º, do Código de Processo Penal, e o artigo 580, do mesmo diploma, demonstram a flexibilidade do *habeas corpus* e a possibilidade de seu cabimento na forma coletiva. O primeiro dispositivo prevê a possibilidade de expedição, de ofício, da ordem de *habeas corpus* por juízes e tribunais, já o segundo dispõe que a ordem aproveitará a todos que se encontrem na mesma situação de pacientes beneficiados pelo *writ*.

Além disso, para o relator, a questão da indeterminação das pacientes restou superada com a apresentação, pelo DEPEN³⁷ e demais autoridades estaduais, de lista contendo os dados de mulheres presas preventivamente, que estão em gestação ou são mães de crianças sob sua guarda.

Lewandowski também se alicerçou na necessidade de o STF fortalecer remédios coletivos sempre que os socialmente mais vulneráveis forem envolvidos. Isso contribuiria para conferir mais isonomia às partes, para dar celeridade no saneamento de violações a direitos, bem como para descongestionar o acervo de processos sob a responsabilidade dos juízes brasileiros (BRASIL, 2018).

Quanto à competência para o julgamento do HC, a impetrante aduziu que seria do Supremo Tribunal Federal, considerando a abrangência do pedido e o fato de o Superior Tribunal de Justiça ser uma das autoridades coatoras (inúmeros são os julgados em que o STJ exigiu outros requisitos, além daqueles previstos no art. 318 do CPP, para substituição da prisão preventiva por domiciliar). Nesse diapasão, tendo em conta as “interpretações dissonantes sobre o alcance da redação do artigo 318, IV e V, do Código de Processo Penal” (BRASIL, 2018, p. 06), o relator reconheceu a competência do Supremo para julgar o HC nº 143.641/SP.

No tocante à legitimidade ativa para ingressar com o *habeas corpus* coletivo, determinou o ministro Lewandowski que deveria ser análoga a do mandado de injunção coletivo, de acordo com o artigo 12 da Lei nº 13.300/2016³⁸. Assim, sem desmerecer a iniciativa do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos, decidiu reconhecer a legitimidade ativa da Defensoria Pública União, por ser a ação de abrangência nacional, admitindo-se os impetrantes como *amici curiae*.

³⁷ Departamento Penitenciário Nacional.

³⁸ Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido:

I - pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis;

II - por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária;

III - por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial;

IV - pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

O HC nº 143.641/SP foi concedido pela 2ª Turma do STF em 20 (vinte) de fevereiro de 2018. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski – relator –, Dias Toffoli e Edson Fachin – então presidente da Turma. Preliminarmente, a Turma, por unanimidade, entendeu ser cabível a impetração coletiva e, por maioria, conheceu do pedido de *habeas corpus*, restando vencidos os Ministros Dias Toffoli e Edson Fachin, que somente conheceram em parte do HC (BRASIL, 2018).

Toffoli entendeu pelo conhecimento parcial, considerando que o STF não possui legitimidade constitucional para processar e julgar *writ* impetrado contra ato de juiz de primeiro grau e de tribunal de segundo grau³⁹, que figuram expressamente como autoridades coatoras na inicial. Todavia, concedeu a ordem de ofício. Seguindo a dimensão dada por Dias Toffoli, Fachin, quanto ao conhecimento do HC, acompanhou o voto do referido Ministro.

No que se refere ao mérito do *habeas corpus*, os ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello acompanharam integralmente o voto do relator, Ricardo Lewandowski. Edson Fachin, contudo, divergiu quanto ao mérito, votando no sentido de deferir a ordem exclusivamente para dar interpretação conforme aos incisos IV, V e VI do artigo 318 do Código de Processo Penal, a fim de reconhecer, como única interpretação constitucionalmente adequada, a que condicione a substituição da prisão preventiva pela domiciliar à análise concreta, justificada e individualizada, do melhor interesse da criança, sem revogação ou revisão automática das prisões preventivas já decretadas.

Para o ministro, é a partir do direito da criança, pensado em absoluta prioridade, que se deve analisar o direito de liberdade invocado no HC. Nesse viés, haverá situações em que o melhor interesse da criança exigirá a custódia cautelar, outras não, devendo haver a avaliação caso a caso. Fachin argumentou também que o estado de coisas inconstitucional não implica automaticamente o encarceramento domiciliar.

³⁹ Constituição Federal/88 - Art. 102: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente: [...]

d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; [...]

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

Isto posto, passar-se-á à apresentação dos principais argumentos utilizados no voto vencedor do relator, Ministro Ricardo Lewandowski, no HC em análise.

2.1 Deficiência estrutural do sistema prisional e violações a regras constitucionais, convencionais e legais

O Coletivo de Advogados em Direitos Humanos, em sede do HC nº 143.641/SP, requereu a revogação da prisão preventiva decretada contra todas as gestantes e mães de crianças, ou sua substituição pela prisão domiciliar. Para tanto, fundamentou seu pedido no tratamento desumano, cruel e degradante que essas mulheres recebem, decorrente da precariedade das unidades prisionais, que não garantem, por exemplo, o acesso a programas de saúde pré-natal. Indicou que isso violaria os postulados constitucionais da individualização da pena, da vedação de penas cruéis e da integridade física e moral da presa.

O impetrante também afirmou que a política criminal responsável pelo expressivo encarceramento feminino é discriminatória e seletiva, demonstrando falhas estruturais de acesso à Justiça, impactando desproporcionalmente mulheres pobres e suas famílias.

Ainda, aduziu que, desde a entrada em vigor da Lei nº 13.257/2016, a qual passou a prever a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar para gestantes e mães de crianças, aproximadamente metade dos casos que tratavam dessas hipóteses foram indeferidos, sob argumentos relacionados à gravidade do delito supostamente praticado e à necessidade de prova da inadequação do ambiente carcerário no caso concreto.

Argumentou, todavia, que esses argumentos não merecem crédito, pois a gravidade do crime, por si só, não pode ser motivo para manutenção da prisão, além de o STF já ter reconhecido o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro. Esses indeferimentos, portanto, estavam gerando um encarceramento preventivo excessivo de mulheres, que poderia ser evitado, haja vista que muitas das presas preventivas no Brasil são, ao final, absolvidas ou têm a pena privativa de liberdade substituída por penas alternativas.

Ademais, sustentou que os estabelecimentos prisionais não são preparados de forma adequada para atender às mulheres, especialmente gestantes e mães, inclusive faltam berçários e centros materno-infantis. Nesse sentido, as disposições da LEP quanto à presença de instalações para atender a gestantes e crianças não estão sendo cumpridas. Assim, a limitação do alcance da atenção pré-natal atinge não só as mulheres, mas também seus filhos,

desrespeitando o direito à proteção integral das crianças e a absoluta prioridade dos direitos destas.

Argumentou ainda que, diante dos direitos que estão sendo desrespeitados, não se pode penalizar as mães e gestantes pela falta de estrutura estatal adequada, devendo ser utilizado raciocínio parecido com aquele empregado pelo STF quando declarou ser inadmissível que presos cumpram pena em regime mais gravoso do que aquele estabelecido na decisão condenatória. Defendeu que, nesses casos, “é o direito de punir, e não o direito à vida, à integridade e à liberdade individual, que deve ser mitigado” (BRASIL, 2018, p. 07).

A Procuradoria-Geral da República, por seu turno, em apertada síntese – tomando como norte manifestação da instituição em 06 de novembro de 2017, nos autos do HC nº 143.641/SP –, argumentou que conceder a prisão domiciliar de forma tão ampla seria inviável, podendo incentivar a prática de crimes por parte das mulheres e, inclusive, a busca pela maternidade apenas para garantir o benefício.

Assim, argumentou que não se pode permitir que a maternidade vire uma garantia irrestrita e uma proibição à prisão cautelar (BRASIL, 2017). Também destacou que “não é incomum que as crianças sejam colocadas em situação de vulnerabilidade pelas próprias mães e/ ou utilizadas para garantir o sucesso da empreitada criminosa” (BRASIL, 2017, p. 11).

Além disso, a PGR sustentou que o artigo 318 do Código de Processo Penal, que trata da prisão domiciliar, não estabelece um direito subjetivo automático. É uma faculdade e não uma obrigatoriedade do julgador. Assim, para que seja concedida a prisão domiciliar, deve estar caracterizada a imprescindibilidade e a adequação da medida, com a ponderação de valores e interesses individuais e coletivos em conflito. Diante disso, o benefício deve ser aplicado de forma restrita e diligente, analisando-se as peculiaridades de cada caso (BRASIL, 2017).

O relator, Ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, entendeu em seu voto que, de fato, existem as violações explanadas pelo impetrante na inicial. Nessa perspectiva, citou a ADPF 347 MC/DF, de relatoria do ministro Marco Aurélio, que reconheceu a falha estrutural do sistema prisional brasileiro, com superlotação e condições degradantes, que geram a violação sistemática de direitos. Tal deficiência, como restou assentado na ADPF 347, decorre do funcionamento do Estado como um todo e não da inércia de uma única autoridade pública (BRASIL, 2015).

Ainda, conforme apontou Lewandowski, na referida ADPF foi reconhecida a responsabilidade do Poder Judiciário, ao colocar em prática a “cultura do encarceramento”, implementando um número excessivo de prisões provisórias, o que agravou a superlotação carcerária. Isso seria resultado de um proceder mecânico de certos juízes ou mesmo de uma interpretação acrítica, marcada por um viés punitivista da legislação penal e processual penal, já ultrapassado.

Pontue-se que a ADPF 347 também trouxe relatos específicos das situações degradantes das mulheres presas, como o fato de não receberem absorventes íntimos. Inclusive, no mencionado julgado, citou-se dado trazido pela Clínica UERJ Direitos⁴⁰, a qual informou que, “em cadeia pública feminina em São Paulo, as detentas utilizam miolos de pão para a contenção do fluxo menstrual” (BRASIL, 2015, p. 24).

Além disso, Lewandowski utilizou em seu voto dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres –, realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional, de modo que serão evidenciados neste trabalho algumas informações do INFOPEN consideradas relevantes. Esclareça-se que os dados aqui expostos são referentes a dezembro de 2015 e junho de 2016, no entanto, os produtos coletados só foram publicados em 2017.

Primeiramente, destaque-se que, segundo o INFOPEN, foi constatado que a população prisional feminina atingiu, em junho de 2016, a marca de 42 mil mulheres privadas de liberdade, “o que representa um aumento de 656% em relação ao total registrado no início dos anos 2000, quando menos de 6 mil mulheres se encontravam no sistema prisional” (BRASIL, p. 14, 2017).

Além disso, dados do INFOPEN (BRASIL, 2017) revelam que existem apenas 107 estabelecimentos prisionais femininos em todo o país, 7% do total nacional. Ademais, tem-se que 45% das mulheres presas no Brasil não foram ainda julgadas e condenadas. No que tange às sentenciadas, 32% estão em regime fechado, 16% em regime semiaberto e 7% em regime aberto (BRASIL, 2017).

Ainda, o INFOPEN revela que 50% da população prisional feminina é formada por jovens, consideradas até os 29 anos de idade, consoante classificação do Estatuto da Juventude (Lei nº 12.852/2013). Perceba-se que, nessa faixa etária, há enorme probabilidade

⁴⁰ Núcleo universitário vinculado à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, que promove a prestação de assessoria jurídica especializada e representação processual de entidades da sociedade civil (UERJ DIREITOS, 2014).

de serem mães de crianças ou gestantes. Além do mais, tem-se que 62% da população prisional feminina é composta por mulheres negras, bem como que 62% é solteira. Além disso, “66% da população prisional feminina ainda não acessou o ensino médio, tendo concluído, no máximo, o ensino fundamental. Apenas 15% da população prisional feminina concluiu o ensino médio” (BRASIL, 2017, p. 43).

Quanto à natureza dos crimes, nota-se que 62% das mulheres estão presas por crimes ligados ao tráfico de drogas. Isso “significa dizer que 3 em cada 5 mulheres que se encontram no sistema prisional respondem por crimes ligados ao tráfico” (BRASIL, 2017, p. 53). Assim, essas informações trazidas pelo INFOPEN servem para traçar o perfil predominante das mulheres presas: são negras, jovens, com baixa escolaridade e delitos relacionados ao tráfico de drogas⁴¹.

Quanto à forte relação das mulheres encarceradas com o tráfico, destacou o ministro relator do HC nº 143.641/SP que o tráfico, na maioria dos casos, não envolve violência nem grave ameaça à pessoa. Nessas situações, estudos especializados demonstram que a prisão preventiva se manifesta desnecessária, visto que a prisão domiciliar pode, com a devida fiscalização, impedir a reiteração criminosa.

Além de tudo, vale apontar outro importante dado do INFOPEN, que assinala que, entre as unidades que dispunham de informações, há uma taxa global de 31,0 pessoas portadoras do vírus HIV para cada grupo de mil mulheres privadas de liberdade, bem como 27,7 mulheres portadoras de sífilis em cada grupo de mil (BRASIL, 2017). Essa informação salta aos olhos, considerando as condições insalubres do cárcere e a negligência quanto ao cuidado pré-natal nesse ambiente, o que pode acarretar a transmissão dessas doenças aos filhos.

Some-se a isso pesquisa realizada por Galvão e Davim (2013), entre agosto e setembro de 2011, no Complexo Penal Feminino Dr. João Chaves (CPFDJC), em Natal/RN, em que nove mulheres foram entrevistadas, constatando-se que “na consulta pré-natal durante a gravidez, a maioria (77,8%) afirmou que não o fez. Dentre as que participaram da consulta, a média foi de duas consultas” (GALVÃO; DAVIM, 2013, p. 454).

⁴¹ Nesse sentido, Lewandowski enfatizou, em seu voto, argumentos da inicial, que abordavam a seletividade do encarceramento de mulheres, como o fato de grande parte das encarceradas possuírem baixa escolaridade e derivarem de extratos sociais economicamente desfavorecidos. À vista disso, constatou que o envolvimento das mulheres com o tráfico reflete seu déficit de oportunidades econômicas e *status* político (BRASIL, 2018).

Ademais, o INFOPEN também constatou que 74% das mulheres privadas de liberdade têm filhos. Todavia, deve-se fazer a ressalva de que esse dado foi proveniente de uma baixa representatividade da amostra coletada, posto que só foi possível analisar informações referentes a 7% da população prisional feminina em junho de 2016, o que corresponde a uma amostra de 2.689 mulheres (BRASIL, 2017).

Nessa esteira, outro dado do INFOPEN que merece destaque diz respeito ao número de filhos de encarceradas presentes no sistema prisional brasileiro, correspondendo ao total de 1.111 crianças (BRASIL, 2017). Entretanto, apesar desse número considerável, os dados demonstraram que apenas 14% dos estabelecimentos femininos ou mistos contam com berçário e/ou centro de referência materno-infantil, bem como que apenas 3% declararam contar com espaço de creche.

Também foi ressaltado, no voto de Lewandowski, o Caso Alyne Pimentel, referente à morte de Alyne, grávida de seis meses, que, em 2002, buscou assistência médica na rede pública de saúde de Belford Roxo/RJ e acabou falecendo devido à hemorragia digestiva resultante do parto do feto morto (AGÊNCIA SENADO, 2013).

Para o ministro, esse fato só demonstra que o Brasil tem falhado em garantir cuidados relativos à maternidade, inclusive para mulheres que não se encontram em situação prisional. O caso Alyne Pimentel foi denunciado ao Comitê para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, órgão ligado à ONU, sucedendo na responsabilização do Brasil pelo Comitê, bem como na apresentação de recomendações⁴² a serem adotadas no serviço público de saúde nacional.

No que tange à carência, nas prisões, de cuidados referentes à maternidade, convém mencionar relato de diretora do presídio regional de Tijucas/SC (BRASIL, 2015, p. 38), a qual aborda que a falta de ginecologistas nas penitenciárias é deveras danosa, considerando que “no cárcere os problemas ginecológicos são agravados, dadas as condições de higiene e a umidade”. Reforçando essa realidade, tem-se a narrativa, colhida pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, de uma reclusa que teve suas demandas médicas ignoradas, resultando em riscos para si e para o bebê que estava gestando:

⁴² São exemplos de algumas recomendações: “i. ‘assegurar o direito da mulher à maternidade saudável e o acesso de todas as mulheres a serviços adequados de emergência obstétrica’; ii. ‘realizar treinamento adequado de profissionais de saúde, especialmente sobre direito à saúde reprodutiva das mulheres;’” (BRASIL, 2018, p. 12).

Para de ficar pedindo para ir para o médico, não está na hora, na hora de nascer a gente tira você do raio' [dizia uma funcionária da unidade]. Aí que minha filha passou da hora de nascer, nasceu de 43 semanas, estava com falta de oxigênio a menina. Nasceu toda roxinha. Nunca fiz ultrassom, nunca fiz nada. Eu só ia no médico, eles me chamavam uma vez por mês, eu ia no médico, ele ia lá, media a minha barriga e me pesava (INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA, 2017, p. 152).

Com efeito, consoante destacou Ricardo Lewandowski, a saúde maternal é uma pauta prioritária a ser cumprida pelos diversos países no tocante ao compromisso com a promoção do desenvolvimento. Realçou que isso se observa a partir do Objetivo de Desenvolvimento do Milênio - ODM nº 5 (melhorar a saúde materna) e do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável - ODS nº 5 (alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas), ambos adotados pelos Estados-membros da Organização das Nações Unidas. Dessa forma, fica evidenciada uma preocupação de nível internacional com a igualdade de gênero e com a saúde reprodutiva da mulher.

Vale elucidar que esses Objetivos, em síntese, consistem em esforços internacionais para combater a extrema pobreza, a fome e demais mazelas sociais (ONU Brasil, 2015). Os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM)⁴³ surgiram em 2000, através da Declaração do Milênio das Nações Unidas, e foram empreendidos até 2015. A partir dos ODM, foram implementados os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS)⁴⁴, acordados entre 193 países membros da ONU, em 2015, com o intuito de serem atingidos até 2030 (CAL, 2017).

Quanto ao cenário nacional, o ministro citou normas do direito interno, como a Constituição Federal de 1988⁴⁵ e a Lei de Execução Penal⁴⁶, as quais atendem às particularidades das mulheres presas – inclusive a maternidade –, bem como asseguram a

⁴³ Foram estipulados 8 objetivos e 21 metas. Dentre tais objetivos, relevante citar o ODM nº 1 (acabar com a fome e a miséria) e o ODM nº 3 (igualdade entre sexos e valorização da mulher) (ROMA, 2019).

⁴⁴ Estabeleceram-se 17 objetivos e 169 metas. À título de exemplo: ODS nº 4 (educação de qualidade); ODS nº 8 (emprego digno e crescimento econômico); ODS nº 10 (redução das desigualdades) (ROMA, 2019).

⁴⁵ “i. art. 5º, II - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; ii. art. 5º, XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; iii. art. 5º, XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado (...); iv. art. 5º, L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação; v. art. 5º, XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; vi. art. 5º, XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;” (BRASIL, 2018, p. 14).

⁴⁶ Fez alusão à Lei 11.942/2009, que modificou a Lei de Execução Penal, passando a prever “i. ‘acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.’ ii. ‘os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.’ e iii. ‘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’, inclusive à presa provisória (art. 42 da LEP)” (BRASIL, 2018, p.14-15).

dignidade e a integridade física e moral de pessoas em situação de cárcere. Ressalte-se que tais disposições legais foram mencionadas no capítulo anterior.

Todavia, para Lewandowski, constatou-se serem evidentes as violações às regras constitucionais, convencionais e legais. Os indicadores, pontuou o relator, seriam vários, a exemplo de pesquisa divulgada no sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça, onde se noticiou que, dentre as mulheres ouvidas, uma em cada três foi algemada após ser internada para o parto e apenas 32% tiveram um atendimento pré-natal adequado (MONTENEGRO, 2017).

Além disso, pesquisa realizada pelo Ministério da Justiça e pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), chamada “Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão”, constatou, conforme colocado por Ricardo Lewandowski, “a precariedade do acesso à Justiça das mulheres presas, separação precoce de mães e filhos, internação de crianças mesmo quando há família extensa disponível” (BRASIL, 2018, p. 18), dentre outras situações.

Nesse contexto, importante destacar relato trazido na pesquisa “Dar à luz na sombra”, em que a diretora da Penitenciária Feminina de Salvador expôs caso de mulher que foi presa no nono mês de gravidez. Essa mulher, sentindo dor, foi ao hospital, mas só a mandaram ficar de repouso, de modo que foi encaminhada à penitenciária. Ao chegar, reclamou de mais dores, sendo a médica chamada e o parto realizado ali mesmo dentro da cela (BRASIL, 2015).

Os riscos enfrentados pela mulher e pela criança, nesse caso, geraram a indagação por parte da diretora da penitenciária: “como é que decreta uma prisão dessas, baixa um flagrante? Ela tinha que colocar outra medida cautelar, senão a prisão, porque a lei ampara esta mulher, ela já estava próxima a parir” (BRASIL, 2015, p. 46). Nota-se, assim, a necessidade de que todos os sujeitos que atuam no sistema de justiça criminal estejam atentos às particularidades da mulher presa.

Nesse seguimento, o ministro relator do HC nº 143.641/SP ainda abordou, em seu voto, outras violações, oriundas da inicial, que descreviam partos em solitárias sem assistência médica, com a parturiente algemada ou sem a comunicação e presença de familiares, além de outros abusos, como a ausência de cuidado pré-natal, falta de escolta para levar gestantes a consultas médicas e a manutenção de crianças em celas (BRASIL, 2018).

No que tange às normas de direito internacional, Lewandowski ressaltou a observância da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional de Direitos Civis e

Políticos, da Convenção Americana de Direitos Humanos, dos Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas, das Regras de Mandela e, sobretudo, das Regras de Bangkok (BRASIL, 2018).

Diante do exposto, observa-se que o HC nº 143.641/SP trouxe à tona situações de violação à dignidade da pessoa humana, posto que foram evidenciadas circunstâncias degradantes, com variadas ofensas aos direitos das encarceradas. Ocorre que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF/88), devendo ser garantida a todos.

Para José Afonso da Silva (1998), a dignidade, assim como a própria pessoa humana, é um dado preexistente a toda experiência especulativa, é um desses conceitos a priori, não sendo uma criação constitucional. Assim, a Constituição Federal de 1988, reconhecendo sua existência e eminência, “transformou-a num valor supremo da ordem jurídica” (SILVA, 1998, p. 91).

A inserção, portanto, da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República importa para depreender que as pessoas não existem em função do Estado, mas sim que o Estado existe em função das pessoas. Desse modo, o Estado deve proporcionar condições para assegurar dignidade aos indivíduos (TAVARES, 2014).

Ademais, imperativo salientar que a dignidade da pessoa humana possui caráter dúplice, pois “é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais, da comunidade em geral, de todos e de cada um” (SARLET, 2002, p. 47). Enquanto limite, é algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado, visto que, deixando de existir, não haveria mais limite a ser respeitado. Na condição de tarefa, há a finalidade de promover a dignidade e sua fruição, bem como de preservar a já existente (SARLET, 2002).

2.2 A intranscendência da pena, a prioridade absoluta dos direitos das crianças e os desdobramentos do HC nº 143.641/SP

Diante da perspectiva do grande número de presas que são mães de crianças e do viés da maternidade como condição particular da mulher, é fato que há um elo entre os direitos das encarceradas e os direitos das crianças. À vista disso, o ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto, também deu especial relevância aos direitos dos filhos das reclusas, destacando a doutrina de proteção integral dos direitos das crianças.

Para tanto, invocou o artigo 227 da Constituição Federal, que prevê a absoluta prioridade dos direitos dos infantes, expondo o injusto sofrimento enfrentado pelos filhos das presas, os quais suportam as consequências da prisão de suas mães, sem que seus direitos enquanto crianças sejam assegurados com prioridade absoluta. Eis a redação do artigo 227:

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

A proteção integral à população infanto-juvenil consolidou-se com a Convenção dos Direitos da Criança, aprovada pelas Nações Unidas, em 1989, em consonância com outros instrumentos internacionais, rompendo com a ideia de criança objeto. Essa doutrina de proteção integral foi adotada na Constituição Federal de 1988 – no artigo 227 já mencionado –, contrapondo-se à doutrina da situação irregular vigente até então. (FARINELLI; PIERINI, 2016).

Assim, a partir da Constituição de 1988, “a criança e o adolescente são tratados como sujeitos de direitos, em sua integralidade” (AMIN, 2010, p.11). Esses indivíduos, agora, titularizam direitos fundamentais, sendo da família, da sociedade e do Estado, solidariamente, a responsabilidade de assegurar tais direitos (AMIN, 2010).

A doutrina anterior à proteção integral era a da situação irregular, que era restrita, limitando-se a tratar daqueles que se enquadravam no modelo de situação irregular estabelecido no artigo 2º do Código de Menores de 1979⁴⁷. Além disso, na doutrina da situação irregular, não se priorizava a manutenção dos vínculos familiares. Portanto, não era garantista, pois não declarava direitos, apenas preestabelecia situações e designava uma atuação de resultados (AMIN, 2010).

⁴⁷ Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;

b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III - em perigo moral, devido a:

a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;

b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI - autor de infração penal.

Dessa forma, só algumas crianças e adolescentes eram protegidos pelo direito infanto-juvenil, que não era universal. Com o artigo 227 da Constituição, entretanto, os direitos de todos os adolescentes e crianças foram alcançados, indistintamente, “levando em conta a sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento” (MONFREDINI, 2016, p. 57). Esclareça-se que, segundo o artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, é considerada criança a pessoa de até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela que possui entre doze e dezoito anos de idade (BRASIL, 1990).

Saliente-se que, ao instituir a doutrina de proteção integral, o artigo 227 da Constituição Federal, ao mesmo tempo, estatui a absoluta prioridade dos direitos das crianças, prioridade essa que tem o objetivo de realizar justamente a proteção integral, garantindo que os direitos infanto-juvenis sejam concretizados (AMIN, 2010).

O princípio da prioridade absoluta também está previsto no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que, além de definir as atribuições da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público para com a efetivação dos direitos fundamentais, indica a cobertura da absoluta prioridade:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.
Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:
a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (BRASIL, 1990).

Assim, a prioridade absoluta “reforça verdadeira diretriz de ação para a efetivação dos direitos fundamentais, na medida em que estabelece a prioridade na realização das políticas sociais públicas e a destinação privilegiada dos recursos necessários à sua execução” (CUSTÓDIO, 2008, p. 34).

Na mesma linha, Amin (2010) explana que tal princípio determina primazia em favor das crianças e dos adolescentes em todas as esferas, seja na judicial, administrativa ou social, devendo o interesse desses sujeitos preponderar. Isso considerando a fragilidade peculiar de pessoa em formação própria de crianças e adolescentes.

Dando seguimento aos fundamentos do voto de Lewandowski no HC nº 143.641/SP, ressalte-se que o ministro também se alicerçou no princípio da intranscendência da pena

(também chamado de princípio da pessoalidade ou da personalidade da pena), segundo o qual “nenhuma pena passará da pessoa do condenado” (art. 5º, XLV, CF/88). Sob esse prisma, entendeu o relator que, “no caso das mulheres presas, a privação de liberdade e suas nefastas consequências estão sendo estendidas às crianças que portam no ventre e àquelas que geraram” (BRASIL, 2018, p. 25).

Segundo Zaffaroni e Pierangeli (2011), o princípio da intranscendência postula que a pena possui caráter estritamente pessoal, nunca se podendo interpretar uma lei penal no sentido de que a pena transcende daquele que é autor ou partícipe do delito. Contudo, esclarecem que, na realidade social, se observam terceiros inocentes, sobretudo os familiares dos apenados, serem afetados pela pena.

Nesse sentido, para Zaffaroni *et al.* (2013) é inevitável a transcendência do poder punitivo na direção de terceiros, por exemplo na comunicação, conhecimento, estigmatização e queda dos rendimentos. Dessa forma, “todos esses efeitos alcançam a família do simples acusado e mesmo outras pessoas” (ZAFFARONI *et al.*, 2013, p. 232).

Também é interessante trazer à baila, sobre o princípio da intranscendência, o ponto de vista de Aleixo e Penido (2017). Para elas, o artigo 89 da Lei de Execução Penal – explicitado no capítulo anterior –, o qual dispõe que a penitenciária de mulheres será dotada de creche para abrigar crianças maiores de seis meses e menores de sete anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa, trata-se de norma violadora do princípio da personalidade da pena.

Isso porque, para as pesquisadoras, essa norma, baseada em suposta garantia de direitos, acaba por reforçar o encarceramento de crianças. Essa concepção levou, inclusive, ao seguinte questionamento: “a creche penitenciária é dispositivo voltado para assegurar a transcendência da pena com vistas a alcançar e controlar os filhos de mães consideradas perigosas?” (ALEIXO; PENIDO, 2017, p. 321).

Com efeito, há uma institucionalização desses infantes, que acabam se vendo privados de liberdade. Ora, o ambiente prisional, mesmo que esteja em total observância às disposições da LEP, traz entraves ao pleno desenvolvimento das crianças, tudo isso numa fase tão

importante como a infância. Tome-se como exemplo um bebê que nasce na prisão, o qual, por um bom tempo, só terá contato com aquele espaço recluso⁴⁸.

Ressalte-se que, quanto às penitenciárias femininas brasileiras, apesar de existirem umas mais garantidoras de direitos, melhor equipadas e mais bem estruturadas que outras, nenhuma delas funciona em respeito pleno aos mandamentos legais vigentes, considerando aqui as Regras de Bangkok e a Lei de Execução Penal, conforme constatado pela pesquisa “Dar à luz na sombra” (BRASIL, 2015).

Ademais, para Aleixo e Penido (2017), a prisão é incompatível com o pleno exercício da maternidade, haja vista que, no cárcere, a maternidade se insere no regime de disciplina, que acaba moldando o agir da mãe para com a criança. Assim, a genitora não está livre para estabelecer o que entende mais benéfico aos filhos, devendo seguir as regras do sistema prisional.

Sobre o ambiente em que está inserida a criança, Bowlby (*apud* ARMELIN, 2010, p. 05) explica que, desde o nascimento, o bebê possui “um grupo de caminhos potencialmente abertos para ele; aquele ao longo do qual ele irá caminhar será determinado, a todo o momento, pela interação entre como ele é agora e o meio ambiente em que se encontra”.

Dessa forma, um ambiente de privação, como as unidades prisionais, pode acarretar danos na aprendizagem, na saúde mental e na afetividade das crianças. Conforme explanam Aleixo e Penido (2017, p. 326), “a limitação espacial e social vai resultar na limitação do próprio desenvolvimento da criança, sobretudo em relação à afetividade e socialização”.

Na mesma perspectiva, Santos (2014, p. 19) afirma que o desenvolvimento infantil se inicia na gravidez, de modo que o feto responde não só às condições físicas da mãe, mas também “aos seus movimentos psíquicos e emocionais, como também aos estímulos do ambiente externo que a afetam. O cuidado com o bem-estar emocional da mãe repercute no ser que ela está gestando”.

Além disso, deve-se reforçar que há uma diferença entre a prisão de um pai e a prisão de uma mãe, tendo em conta que, historicamente, com base em uma visão patriarcal, foi outorgado às mulheres o encargo de “serem as primeiras e principais guardiãs das crianças” (STELLA, 2009, p. 294). Nesse sentido, “quando o pai é preso, a maioria das crianças continua sendo cuidada pela mãe. Contudo, quando da prisão materna, somente 10% das

⁴⁸ Logo, não há dúvidas de que a privação pela qual esses infantes passam “deixa evidente a discrepância no desenvolvimento entre uma criança ‘livre’ e uma criança que vive atrás dos muros de uma penitenciária” (ARMELIN, 2010, p. 12).

crianças continuam sendo cuidadas pelos companheiros das mães” (GABEL *apud* STELLA, 2009, p. 294).

Stella (2009) ainda aborda outras particularidades da prisão materna, argumentando que a separação mãe-filho por morte ou divórcio difere da separação pela prisão, haja vista que nesta última há a influência do significado social da instituição prisional e a mudança do papel social da mãe. Portanto, fatores como o estigma social enfrentado fazem com que as crianças possam ser atingidas de forma mais intensa.

Por esse ângulo, nos casos de mulheres que foram encarceradas e, à época da prisão, já eram mães de crianças, o rompimento do vínculo entre a genitora e o filho é extremamente traumático. A realidade prisional só dificultará o relacionamento entre esses sujeitos, subtraindo a convivência familiar. Com efeito, na maioria das vezes, as unidades prisionais são distantes do local da residência das famílias⁴⁹, além de, em algumas instituições, as crianças serem submetidas a revistas humilhantes, o que dificulta o contato entre mães e filhos (STELLA, 2009).

Indo ao encontro dos posicionamentos acima afirmados, o Ricardo Lewandowski citou, em seu voto, casos de danos causados a crianças em razão da prisão de suas genitoras, retirados de reportagem da Revista Época, intitulada “Presos ao nascer”. Esses casos tratavam de filhos de reclusas que foram separados de suas mães por ocasião do cárcere, como Midiã, que saiu da penitenciária com poucos meses e não aceitou mais ser amamentada, e Adryan, que, com três anos, expressava-se mais com acenos de cabeça do que com palavras, pois que estava aprendendo a falar quando a mãe foi presa pela segunda vez (BRASIL, 2018).

Concordando com o já exposto acima, Lewandowski referiu manifestação do Instituto Alana⁵⁰ – *amicus curiae* no HC nº 143.641/SP –, explanando que as crianças nascidas no cárcere veem seus direitos violados antes mesmo de nascerem, dado que o feto reage aos estímulos do ambiente externo, bem como às condições físicas, psíquicas e emocionais de suas genitoras. Destarte, as violações nas quais as mulheres estão expostas na prisão ofendem também os direitos de seus filhos, merecendo especial atenção, nesses locais, os cuidados pré-natais, com o parto e o acompanhamento pediátrico (BRASIL, 2018).

⁴⁹ Nesse aspecto, “o custo do transporte e a distância constituem entraves na vinda dos familiares às visitas semanais” (BRASIL, 2015, p. 40).

⁵⁰ Organização da sociedade civil, sem fins lucrativos, atuante na proteção dos direitos da criança. Defende a prioridade absoluta dos direitos das crianças e a garantia de seu desenvolvimento integral (ALANA, 2020).

Para complementar seu voto, Lewandowski ainda apresentou trabalhos empíricos que corroboraram a realidade atestada, a exemplo de estudo realizado em penitenciária da Bahia. Essa pesquisa concluiu que, no que tange ao “desenvolvimento infantil e seus aspectos cognitivo, motor, afetivo e social, todas as crianças apresentavam seu desenvolvimento comprometido, o que foi revelado no atraso em desenvolver a leitura, contagem de numerais, identificação de cores, além do atraso social. (SANTOS *et al.*, 2017, p. 144).

Outro interessante enfoque argumentativo trazido à baila pelo relator diz respeito à alegação de que o bem-estar das crianças é essencial para o pleno desenvolvimento da sociedade. Nesse prisma, as violações aos direitos das crianças, “além das inaceitáveis consequências pessoais que provocam, prejudicam a sociedade como um todo” (BRASIL, 2018, p. 29). Esse enfoque se alia à reflexão de que o futuro depende das crianças e jovens, de modo que garantir o pleno desenvolvimento das crianças implica em uma sociedade promissora no porvir.

Portanto, diante dessas evidências, ficou constatado que o Estado brasileiro vem desrespeitando as determinações constitucionais relativas à prioridade absoluta dos direitos das crianças, prejudicando o desenvolvimento pleno destas. Essa realidade de violações já era, inclusive, notada pelo legislador, que elaborou o Estatuto da Primeira Infância (Lei nº 13.257), em 2016, o qual modificou, sobretudo, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Processo Penal.

Sobre a primeira infância, é imprescindível esclarecer que, conforme art. 2º da Lei nº 13.257/2016, compreende os primeiros 6 (seis) anos completos ou 72 (setenta e dois) meses de vida da criança. Esse período é de extrema importância, pois nele ocorrem transformações essenciais para a criança, que irão formar sua identidade. Tudo isso com forte influência do ambiente social em que o infante está inserido (ALEIXO; PENIDO, 2017). São nesses anos que “se formam as estruturas da personalidade humana, a inteligência, a afetividade e o relacionamento social” (ALEIXO; PENIDO, 2017, p. 325).

Voltando ao HC nº 143.641/SP, tem-se que, ao tratar do Estatuto da Primeira Infância, Lewandowski apontou alguns dispositivos que foram modificados no ECA, cabendo aqui destacar que se assegurou 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” (art. 8º, do ECA).

Além disso, frise-se que foi prevista a assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, inclusive para aquelas que se encontrem em situação de privação de liberdade (art. 8º, §4º e §5º, do ECA). Ainda, no artigo 8º, §10º, do ECA, determinou-se ao poder público a garantia, às gestantes e às mulheres com filhos na primeira infância que se encontrassem no sistema prisional, de uma ambiência em consonância com as normas sanitárias e assistenciais do Sistema Único de Saúde para o acolhimento do filho, em articulação com o sistema de ensino competente.

No tocante ao Código Processual Penal, o Estatuto da Primeira Infância – conforme aludido no capítulo anterior – passou a prever a possibilidade de substituição de prisão preventiva por prisão domiciliar no caso de a agente ser gestante ou mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos (art. 318, IV e V, do CPP). Contudo, havia controvérsias sobre essa substituição, já que o *caput* do artigo 318 trazia o verbo “poderá”, levando a crer que seria discricionariedade do julgador.

Diante disso, Ricardo Lewandowski concedeu a ordem de *habeas corpus*, estabelecendo parâmetros a serem observados pelos magistrados, quando da possibilidade de substituição de prisão preventiva pela domiciliar. Nessa esteira, determinou, sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP⁵¹:

[...] a substituição da prisão preventiva pela domiciliar 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 (BRASIL, 2018).

Por conseguinte, a prisão domiciliar foi instituída para todas as presas gestantes, puérperas ou mães de crianças⁵² e deficientes⁵³, relacionadas no HC pelo DEPEN ou por

⁵¹ Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

- I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução [...]

⁵² Reforce-se, pessoa de até doze anos de idade incompletos.

outras autoridades estaduais, desde que não tenham praticado crimes com violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, que deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes. A ordem também foi estendida às demais mulheres presas e às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação, observados os parâmetros mencionados.

O ministro Lewandowski também entendeu que a reincidência não obsta, imediatamente, que a mulher presa faça jus ao benefício. Assim, a encarcerada reincidente que atender aos parâmetros impostos não será automaticamente impedida de usufruir da prisão domiciliar. Nesse caso, deve o juiz analisar as circunstâncias do caso concreto, sempre considerando, todavia, os princípios e regras explanados no voto do HC.

Ademais, determinou o ministro que, se os magistrados conceberem que a prisão domiciliar se mostra inadequada em determinadas situações, é possível a aplicação das medidas alternativas do art. 319 do CPP (BRASIL, 2018). Nessa situação, percebe-se que o relator quis abarcar as “situações excepcionalíssimas”, que configuram um dos parâmetros limitadores – postos pelo ele próprio – da substituição da prisão preventiva pela domiciliar. É, portanto, uma alternativa para que, mesmo nesses casos excepcionais, a prisão seja o último recurso.

Em sequência, compreendeu Lewandowski que, para averiguar a situação de guardiã dos filhos da mulher reclusa, a palavra da mãe merece credibilidade, podendo o magistrado, na dúvida, requisitar a elaboração de laudo social. À vista disso, constatação da suspensão ou destituição do poder familiar por outros motivos que não a prisão implica a não concessão da prisão domiciliar (BRASIL, 2018).

Para dar cumprimento imediato à ordem de *habeas corpus*, o ministro relator determinou comunicação aos Presidentes dos Tribunais Estaduais e Federais, inclusive da Justiça Militar Estadual e Federal, a fim de que prestassem informações e, no prazo máximo de 60 dias a contar da publicação da decisão, implementassem de modo integral as determinações estabelecidas no HC nº 143.641/SP. Também foi determinada expedição de ofício ao DEPEN, para comunicar “aos estabelecimentos prisionais a decisão, cabendo a

⁵³ De acordo com o artigo 2º da Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), a pessoa com deficiência é “aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas” (BRASIL, 2015).

estes, independentemente de outra provocação, informar aos respectivos juízos a condição de gestante ou mãe das presas preventivas sob sua custódia” (BRASIL, 2018, p. 34).

Reforce-se que, como já abordado neste trabalho, o ministro destacou a necessidade de o Judiciário adotar uma postura ativa ao dar cumprimento à decisão, devendo proceder à análise do cabimento da prisão domiciliar, segundo as hipóteses estabelecidas, de ofício. Assim, a provocação por meio de advogado é dispensável (BRASIL, 2018).

O HC nº 143.641/SP foi, assim, importante marco orientador para a aplicação do benefício da prisão domiciliar no que concerne a encarceradas gestantes e mães de crianças ou de pessoas com deficiência. Dessa maneira, trouxe muitos desdobramentos para o ordenamento jurídico brasileiro, sendo a edição da Lei nº 13.769/2018 um dos exemplos mais relevantes, consoante já detalhado no capítulo anterior.

Nesse sentido, é importante ressaltar que o HC nº 143.641/SP determinou que, em casos excepcionalíssimos, a prisão domiciliar poderia ser negada. Por sua vez, a Lei nº 13.769/2018 só positivou as hipóteses de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa ou cometidos contra os descendentes.

Infer-se, portanto, como explicitado pelo ministro do STJ, Reynaldo Soares da Fonseca, no HC nº 487.763/SP, que a normatização de apenas duas das exceções não afasta a efetividade do que foi decidido pelo Supremo nos pontos não alcançados pela nova lei. O fato de o legislador não ter inserido outras hipóteses na lei não significa que o juiz esteja proibido de negar o benefício quando se deparar com casos excepcionais. Logo, deve prevalecer a interpretação teleológica da lei, assim como a proteção aos valores mais vulneráveis (BRASIL, 2019).

Desta feita, mesmo após a Lei nº 13.769/2018, é possível que o magistrado negue a prisão domiciliar para a mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, contanto que seja constatada uma situação excepcionalíssima, de acordo com o caso concreto.

Nesse viés, o Informativo 953 do STF trouxe exemplo de situação excepcionalíssima, em que a prisão domiciliar foi negada. O caso, referente ao HC nº 168.900/MG, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, julgado em 24 de setembro de 2019, era relativo à mulher presa preventivamente pela suposta prática dos crimes de associação criminosa, posse irregular de arma de fogo de uso permitido e posse irregular de arma de fogo de uso restrito, que comprovou ser mãe de uma criança de dez anos.

No feito, o material bélico foi encontrado na casa da acusada, de modo que, diante do fato de haver usado a própria residência, na qual pretendia o recolhimento domiciliar, para a prática do crime, decidiu-se pelo indeferimento do pleito. Considerou-se que existem situações em que o crime é grave e o convívio pode prejudicar o desenvolvimento da criança.

No mesmo sentido, tem-se posicionamento da Sexta Turma do STJ, extraído do HC nº 441.781, de relatoria do Ministro Nefi Cordeiro, julgado em 12 de junho de 2018, referente à paciente acusada de tráfico de drogas, associação para o tráfico e posse ilegal de arma de fogo. No caso, a investigada requeria o recolhimento em domicílio considerando que era responsável por pessoa com deficiência.

Todavia, julgou-se não cabível a prisão domiciliar, pois, realizado estudo social por assistente social, constatou-se que o crime foi praticado na própria residência da agente, demonstrando que o local seria inadequado para os cuidados de seu dependente, bem como restando evidenciada a possibilidade de reiteração criminosa.

Além disso, no STJ, em sede do AgRg no HC 426.526/RJ, de relatoria do ministro Joel Ilan Paciornik, julgado em 12 de fevereiro de 2019, também foi verificada uma situação excepcionalíssima, pois a paciente, apesar de ser mãe de duas crianças, era apontada como líder do tráfico de entorpecentes da região em que vivia, exercendo suas atividades mediante utilização de arma de fogo.

Pontue-se que foi apreendida grande quantidade de drogas sob a responsabilidade da acusada, além de existirem notícias de que a mesma mantinha o funcionamento de "boca de fumo" ligada ao Comando Vermelho. Diante disso, entendeu-se ser mais adequado para assegurar os direitos das crianças manter a genitora afastada da residência e dos filhos, mormente considerando o efetivo perigo atraído pela presença dela, proveniente do profundo envolvimento com a criminalidade.

Além disso, no que tange às mulheres já condenadas e que são mães de crianças, a 5ª Turma do STJ vem firmando o posicionamento de que é possível a concessão de prisão domiciliar também na fase de execução da pena, mesmo que estabelecido o regime inicial fechado.

No HC nº 487.763/SP, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, que tratava de pedido de cumprimento de pena em regime domiciliar de mãe de criança condenada por tráfico de drogas a cinco anos de reclusão em regime fechado, julgado em 02

de abril de 2019, a 5ª Turma concluiu, por unanimidade, ser possível o recolhimento em domicílio.

No caso, a ré, que não praticou crime com violência ou grave ameaça, nem contra seus descendentes, havia sido beneficiada com a conversão da prisão preventiva em domiciliar. Todavia, diante da confirmação da condenação, foi determinada a expedição do mandado de prisão, para se dar início à execução provisória da pena.

Diante disso, entendeu-se que, à luz do HC nº 143.641/SP, julgado pelo STF, da Lei nº 13.257/2016, da Lei nº 13.769/2018, e do artigo 117, III, da Lei de Execução Penal – disposições que já foram explicitadas anteriormente – a prisão domiciliar é possível. Assim, segundo restou decidido, uma interpretação teleológica da Lei nº 13.257/2016, em conjunto com as disposições da Lei de Execução Penal, nos moldes do constitucionalismo fraterno⁵⁴, demonstra que as inovações trazidas pela Lei nº 13.769/2018 podem ser aplicadas à fase de execução de pena.

No mesmo sentido tem-se o HC nº 516.883/SP, de lavra da 5ª Turma do STJ, também de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 20 de agosto de 2019, em que a ré, mãe de criança menor de 12 anos, condenada por furto qualificado em regime semiaberto, foi beneficiada com a prisão domiciliar, mesmo se tratando de execução definitiva da pena.

3 AS PERSPECTIVAS DOS SUJEITOS QUE ATUAM NO SISTEMA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE MOSSORÓ/RN ACERCA DOS LIMITES PARA CONCESSÃO DO DIREITO DE PRISÃO DOMICILIAR PARA MÃES E GESTANTES PRESAS

Após todos os conceitos, evidências e posicionamentos até aqui expostos, complementando-se a pesquisa com dados empíricos, passar-se-á à análise das compreensões e vivências dos sujeitos que atuam no sistema de Justiça da Comarca de Mossoró acerca dos limites normativos e jurisprudenciais para concessão da prisão domiciliar para mães de crianças e gestantes presas. Assim, para o embasamento deste terceiro capítulo, será utilizado

⁵⁴ O constitucionalismo fraterno está previsto no preâmbulo da Constituição Federal, quando são postas algumas aspirações – como liberdade e igualdade – que configuram valores supremos para uma sociedade fraterna. Também se encontra disposto no artigo 3º da CF, que prevê como objetivo da República construir uma sociedade livre, justa e solidária. Saliente-se que, consoante Ferreira (2013), a Constituição usa de modo indistinto as expressões solidariedade e fraternidade, isto é, os vocábulos são sinônimos.

material proveniente de trabalho de campo, em que foram entrevistados promotores de justiça, defensores públicos e juiz.

De início, foi encaminhado o instrumento de coleta de dados para os segmentos analisados (Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunal de Justiça), visando-se obter, pelo menos, duas respostas de cada órgão. Isso considerando que a Comarca de Mossoró, no Estado do Rio Grande do Norte (RN), possui três Juizes de Direito de Varas Criminais, bem como um Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais e um Juiz de Direito do Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher⁵⁵, o que contabiliza um total de cinco magistrados atuantes em matéria criminal.

Some-se a isso que a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Norte, núcleo de Mossoró, conta com três defensores públicos criminais⁵⁶. Além do mais, o Ministério Público do RN possui sete promotores de justiça⁵⁷ que trabalham, exclusivamente e titularmente, na esfera criminal nessa Comarca.

Destarte, diante do universo de sujeitos existentes, que, a depender da profissão, variou de três a sete, decidiu-se que seria prudente entrevistar dois de cada carreira. Assim, o contato realizado, convidando-os para a entrevista, resultou na concordância de dois promotores de justiça e dois defensores públicos. Ressalte-se que, quanto a esses profissionais, os primeiros com quem se estabeleceu contato de pronto aceitaram a realização de entrevista presencial.

No que se refere aos juizes, um aceitou, de imediato, a realização da entrevista. Todavia, por questões de agenda e demais compromissos, não foi possível marcar uma data, tendo esse magistrado se proposto, de forma atenciosa, a enviar as perguntas da entrevista respondidas por e-mail – o que fez em 23 de dezembro de 2019, conforme será explanado posteriormente.

O outro juiz com quem foi estabelecido contato negou a participação na entrevista, justificando não possuir tempo para atendimento. Diante disso, a comunicação com outro

⁵⁵ Essa informação foi extraída do art. 31, inciso II, da Lei Complementar Estadual nº 165, de 28 de abril de 1999 (ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE, 1999).

⁵⁶ De acordo com Mapa Funcional da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Norte. Para mais informações: <https://defensoria.rn.def.br/sites/default/files/2019-12/Quadro%20Funcional%20da%20Defensoria%20-%20Atualizado%20em%2024.12.2019.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2020.

⁵⁷ Consoante Mapa Funcional do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Para mais informações: <http://www.mp.rn.gov.br/mapafuncional/default.asp?cod=2>. Acesso em: 24 jan. 2020.

magistrado foi instituída, no entanto, não se obteve resposta. Por conseguinte, esse trabalho só conta com a perspectiva de um juiz de direito.

Frise-se que será resguardado o sigilo no que concerne à identidade dos entrevistados, bem como no que diz respeito à Vara, Defensoria ou Promotoria de que são titulares, consoante descrito no Termo de Consentimento Livre e Esclarecido – TCLE – (APÊNDICE 1), assinado por todos os entrevistados e pela pesquisadora.

Destaque-se também que os entrevistados serão – e o foram até essa parte do texto – referidos como “juiz”, “promotor” e “defensor”, no gênero masculino, a fim de reforçar o anonimato, de acordo com “a norma formal da língua portuguesa, que, ainda que sujeita a muitas críticas, utiliza o gênero masculino como critério universal” (OLIVEIRA, 2019, p. 315). Portanto, não se pretende, de forma alguma, que essa técnica de redação seja discriminatória, posto que, repita-se, foi adotada apenas para fortalecer o anonimato dos entrevistados. Destarte, os mesmos serão nomeados como: “promotor 1”, “promotor 2”, “defensor 1”, “defensor 2” e “juiz”.

No entanto, é importante revelar que, entre os quinze sujeitos atuantes em matéria criminal na Comarca de Mossoró (juizes, promotores de justiça e defensores públicos), só há cinco mulheres. Isso demonstra que essas profissões ainda são ocupadas majoritariamente por homens, apesar de muitas mulheres já terem conquistado esses espaços⁵⁸.

As entrevistas presenciais foram orientadas por um roteiro de perguntas semiestruturado – Instrumento de Coleta de Perguntas – (APÊNDICE 02), o qual também foi enviado ao juiz para que respondesse por escrito. Esse roteiro conta com treze perguntas.

Essas perguntas foram elaboradas de modo a buscar extrair os pensamentos jurídicos dos sujeitos acerca da temática ora pesquisada, suas perspectivas, compreensões e vivências. Assim, procurou-se explorar a visão, ou seja, o ponto de vista desses indivíduos sobre os limites normativos e jurisprudenciais para concessão do direito de prisão domiciliar para mães e gestantes presas.

Isso porque as considerações desses profissionais, com a experiência prática que possuem, são relevantes para a análise da pertinência dos limites postos, se realmente são

⁵⁸ Ressalte-se que não foi empreendido um recorte de gênero no trabalho, pois isso iria comprometer o anonimato, considerando a quantidade de profissionais em cada um desses órgãos. Seria uma abordagem interessante a ser feita, mas demandaria uma amostragem maior, o que pode, porventura, ser objeto de pesquisa futura em âmbito estadual, não apenas restrita à Comarca de Mossoró/RN. Além disso, essa análise a nível estadual também não foi possível pelo curto tempo disponível para realização do trabalho.

válidos, se atendem aos fins a que se propuseram. Nesse diapasão, as perguntas foram formuladas questionando, por exemplo, se os sujeitos concordavam, aprovavam ou defendiam determinados pontos, que serão evidenciados mais tarde.

Além disso, o conteúdo do roteiro de entrevistas foi concebido tendo como norte os artigos 318 e 318-A do Código Processual Penal, bem como questões levantadas nos debates do HC nº 143.641/SP e em artigos científicos acerca do tema.

Em um primeiro momento, indagou-se quanto às perspectivas que compreendiam questões legais, envolvendo as hipóteses e parâmetros dispostos na lei. Depois, partiu-se para uma abordagem mais principiológica, embasada no HC nº 143.641/SP. Por último, buscou-se analisar a efetividade do cumprimento da prisão domiciliar e a necessidade de fiscalização, pretendendo-se conhecer a realidade de Mossoró/RN.

Cada entrevista presencial durou, em média, 40 minutos. O primeiro entrevistado foi o promotor 1, no dia 25 de novembro de 2019, por volta das 11 horas. Após, o diálogo foi realizado com o defensor 1, em 29 de novembro de 2019, também iniciado em torno das 11 horas. Em 05 de dezembro de 2019, às 16 horas, foi a vez do promotor 2. Por fim, em 18 de dezembro de 2019, aproximadamente às 11 horas, foi entrevistado o defensor 2. No que tange ao juiz, as perguntas da entrevista foram respondidas por escrito via e-mail, havendo o magistrado enviado suas colocações na manhã do dia 23 de dezembro de 2019.

Portanto, para fins de análise, as entrevistas serão divididas por seção, de acordo com as profissões dos sujeitos que colaboraram. Assim, o primeiro tópico abrangerá os defensores 1 e 2, o segundo o juiz e o outro os promotores 1 e 2. Ressalte-se que serão abordadas as passagens consideradas mais relevantes da fala dos entrevistados.

3.1 Visão de defensores públicos criminais atuantes na Comarca de Mossoró/RN

O defensor 1 explicitou que concorda com os critérios estabelecidos pelo artigo 318, incisos IV e V, do Código de Processo Penal. Tais critérios preceituam que a prisão preventiva será substituída pela prisão domiciliar quando a agente for gestante ou mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos (redação dada pelo Estatuto da Primeira Infância – Lei nº 13.257/2016).

Justificou que o sistema prisional brasileiro, especialmente as cadeias públicas, encontra-se sucateado e desestruturado, muitas vezes violando a dignidade da pessoa humana

e a integridade física dos presos, garantias constitucionais. No caso da gestante, o defensor 1 destacou que a mulher nessa situação se encontra numa condição física mais vulnerável, de modo que o artigo 318 é necessário tanto para garantir uma gestação digna quanto a proteção do feto. Em relação à mulher com filho de até 12 anos, acentuou que o artigo é uma forma de proteger os direitos da criança, que, com a mãe presa, ficará praticamente abandonada, tendo vários de seus direitos violados.

O defensor 2 também revelou que concorda com os critérios estabelecidos pelo artigo 318, incisos IV e V, do CPP. Isso levando em consideração a própria razão de ser da alteração legislativa (aqui, referiu-se ao Estatuto da Primeira Infância), que, no caso do inciso IV, corresponde justamente à condição de gravidez, que requer atenção, e, quanto ao inciso V, à condição de dependência das crianças no contexto da maternidade, que exige cuidados específicos.

Além disso, ressaltou que a interpretação do art. 318 tem alguns parâmetros constitucionais como vetores, entre eles a presunção de inocência, que por consequência, torna a prisão preventiva medida extrema e *ultima ratio*.

O defensor 2 ainda evidenciou, em consonância com o explicitado no capítulo anterior, a precariedade das penitenciárias femininas, não só em termo estruturais, mas no tocante à ausência de serviço médico adequado para atender às necessidades da mulher, principalmente da mulher grávida. “Quando há médicos que estão disponíveis nas penitenciárias, ainda assim não são médicos especialistas”, sublinhou. Diante disso, afirmou que, com vistas a resguardar a saúde da mãe e da criança/feto, o legislador, antenado a essa realidade, previu a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

Dessa forma, ambos os defensores concordam que as mulheres possuem necessidades particulares que precisam ser observadas com atenção e cuidados específicos, a exemplo da maternidade e da gestação. Ressalte-se que, no caso desses exemplos, o cuidado também tem em conta a criança e o seu melhor interesse. Denota-se, assim, a visão desses profissionais de que o artigo 318 é necessário para assegurar garantias constitucionais, que são violadas na realidade do sistema prisional.

Quanto aos parâmetros estabelecidos pelo artigo 318-A do CPP – instaurados pela Lei nº 13.769/2018 –, os quais preveem que a prisão preventiva será substituída por prisão domiciliar, para gestantes e mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência,

desde que elas não tenham cometido crime com violência ou grave ameaça à pessoa ou não tenham cometido o crime contra seu filho ou dependente, o defensor 1 manifestou anuência.

Declarou que o artigo traz corretamente a possibilidade de substituição da prisão preventiva por domiciliar nessas hipóteses e nesses parâmetros, para que as crianças não fiquem abandonadas à própria sorte.

Bem assim, o defensor 2 afirmou que concorda com os parâmetros estabelecidos pelo artigo 318-A do CPP. Defendeu que esses parâmetros devem ser analisados, inclusive, sob a ótica da excepcionalidade da prisão preventiva e também da própria disposição do artigo 318-B, que prevê a possibilidade de que, conjugada a essa substituição de prisão preventiva por domiciliar, aplique-se concomitantemente as medidas cautelares do art. 319 do CPP.

Ainda, o defensor 1 salientou que, no seu ponto de vista, se a presa cumprir os requisitos do artigo 318-A do CPP, a prisão domiciliar só poderá ser negada em situações nas quais a encarcerada não seja a única provedora da criança (no caso de filho menor ou deficiente). No que concerne à gestante, a domiciliar só poderia ser negada, nesse quadro, “na circunstância de o ambiente prisional ter estrutura e salubridade para atender mulheres grávidas, o que não é o caso no Brasil”, justificou.

Aqui consideram-se, portanto, as hipóteses de situações excepcionalíssimas trazidas como parâmetros no HC nº 143.641/SP, já explicitadas neste trabalho. Assim, conjectura-se que não houve, por parte das presas, cometimento de crime com violência ou grave ameaça ou contra seus descendentes. Todavia, por outras hipóteses excepcionais, deveria ser negada a prisão domiciliar.

Nesse panorama, na percepção do defensor 1, cumprindo a presa os requisitos do artigo 318-A, só poderá ser negada a concessão do benefício do recolhimento em domicílio se os filhos da mesma forem providos por outra pessoa, independentemente de existirem outras situações excepcionalíssimas ou não. Percebe-se, portanto, a preocupação prioritária desse profissional com o bem-estar da criança, dando pouca importância ao delito supostamente cometido. Nesse sentido, se a criança puder ser provida por outra pessoa, a mãe fica na cadeia. Se não, a prisão domiciliar deve ser concedida.

Quanto à gestante, para o defensor 1, não há como a prisão domiciliar ser negada nesses casos, posto que considerou que o ambiente prisional brasileiro não possui estrutura para atender presas gestantes, só sendo possível a recusa da concessão do benefício em um cenário de um ambiente prisional estruturado e salubre.

Nesse ponto, registre-se que, para a pesquisadora, a visão do defensor 1 é pertinente, no entanto, seria mais interessante se houvesse uma análise da situação familiar no caso concreto por profissionais especializados. No tocante à gestante, concorda-se com o entendimento posto, já antecipando que esta pesquisadora aprova a concessão de prisão domiciliar para gestantes até mesmo em situações excepcionalíssimas, desde que haja a devida fiscalização. Tudo isso, frise-se, parte do ponto de vista de que se entende que o fato de uma mãe ter cometido crime não implica necessariamente no exercício nocivo da maternidade.

O defensor 2, por sua vez, destacou que situação de plurireincidência específica é um exemplo de circunstância na qual a prisão domiciliar pode ser negada, mesmo tendo a presa cumprido os requisitos do artigo 318-A do CPP. Ponderou, contudo, que “as demandas devem ser sempre analisadas casuisticamente, a depender do crime cometido e sua gravidade”.

Saliente-se que a plurireincidência específica, também chamada de multirreincidência específica, ocorre quando o agente ostenta, ao tempo do fato pelo qual é acusado, diversas condenações definitivas, todas pelo mesmo delito. Dessa forma, para o defensor 2, ainda que a presa cumpra os requisitos do artigo 318-A do CPP, se possuir várias condenações pelo mesmo crime, o qual corresponde ao mesmo delito que provocou sua prisão, pode ser negada a prisão domiciliar.

Isto posto, registre-se que não se aquiesce totalmente à perspectiva do defensor 2, pois, sendo a finalidade da lei a convivência familiar entre mãe e filho, não se acredita que a condição de plurireincidência específica necessariamente influenciará de forma negativa no cuidado da genitora sua prole⁵⁹. Outrossim, julga-se que o direito à saúde e à integridade física da presa gestante se sobrepõe a um possível acautelamento da ordem pública. De qualquer maneira, a análise da situação familiar no caso concreto pode indicar se a prisão domiciliar é cabível ou não.

No que se refere à possibilidade de ampliar as hipóteses de concessão de prisão domiciliar para mães e gestantes, ainda que não cumpram os requisitos do artigo 318-A, realçou o defensor 1 seu posicionamento de que a concessão de prisão domiciliar para essas mulheres não deve ser limitada pelo tipo de infração penal. Desse modo, não deve se restringir à gravidade da infração penal, mas levar em conta os direitos da gestante e da criança.

⁵⁹ Aliás, nesses casos, a própria legislação prioriza a convivência familiar em detrimento da ordem pública.

Nessa senda, acentuou que deveria também a possibilidade de substituição ser aplicada aos crimes com violência ou grave ameaça, desde que, por exemplo, seja comprovado, por meio de estudo pelos órgãos oficiais, que a criança não era maltratada pela mãe.

Destarte, as concepções do defensor 1 demonstram que, maximamente, advoga pela primazia dos direitos das crianças, bem como pela dignidade e integridade física das presas gestantes e do bebê que carregam no ventre. Assim, como afirmou, prioriza a convivência familiar das crianças com suas genitoras em detrimento do cumprimento de uma prisão provisória.

Para mais, esse profissional considera que, de fato, os parâmetros do art. 318-A se destinam a atender ao princípio da absoluta prioridade dos direitos da criança. Acredita que a prisão domiciliar, nos casos ora abordados, realmente atende ao melhor interesse da criança. Isso porque, declarou,

considerando-se as mães presas e seus filhos, se a privação da liberdade da mulher, como garantia da ordem pública, for sopesada com o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da pessoalidade da pena, devem ser preponderantes estes últimos.

Por seu turno, o defensor 2 apresentou a visão de que não se faz necessário ampliar as hipóteses de concessão de prisão domiciliar para mães e gestantes que não cumpram os requisitos do artigo 318-A. Ressaltou que se deve analisar, em suma, a necessidade da prisão em si, seja ela preventiva ou domiciliar, e não a ampliação da prisão domiciliar. As hipóteses legais, declarou, “já abarcam uma gama de situações razoáveis, dentre as quais gestação e agente responsável por pessoa que esteja sob seu cuidado, em razão de dependência financeira ou pela condição de saúde”.

Esta pesquisadora, todavia, entende que, tanto para ampliar quanto para excepcionar as situações de prisão domiciliar previstas no artigo 318-A do CPP, a concessão da benesse deve ser acompanhada de análise da situação familiar no caso concreto por profissionais especializados, não sendo absolutos os parâmetros legais mencionados.

Além disso, destaque-se que o defensor 2 salientou que acredita que os parâmetros do art. 318-A se destinam a atender ao princípio da absoluta prioridade dos direitos da criança, pois entende que essa foi a *mens legis* (espírito da lei) da alteração legislativa que introduziu esse artigo – referindo-se à Lei nº 13.769/2018.

Entretanto, considerou que, nessas situações, a prisão domiciliar realmente atenderá ao melhor interesse da criança nos casos em que, de fato, seja evidenciado que a mãe,

respondendo ao processo em prisão domiciliar, poderá exercer um cuidado à sua prole. Esse cuidado, continuou, “deve permitir não apenas uma perspectiva material de subsistência, mas também auxílio de natureza afetiva, decorrente do exercício da maternidade”.

Destarte, constata-se que, consoante a interpretação do defensor 2, a prisão domiciliar, segundo os parâmetros do artigo 318-A do CPP, só atenderá efetivamente ao melhor interesse da criança, se a mãe, ao ser recolhida em domicílio, de fato, exercer o cuidado à sua prole. Nisto, concorda-se com o profissional, posto que se deve ter o cuidado de discernir a finalidade da lei e a realidade, que muda em cada caso concreto.

Ressalte-se também que, ao explanar acerca da necessidade de cumprimento de uma prisão provisória na penitenciária em detrimento da convivência familiar das crianças com suas mães, entendeu o defensor 2 que deve ser feita uma análise caso a caso. Nesse cenário, sublinhou, está em jogo o conflito entre os direitos fundamentais segurança pública e direito da criança à convivência com a mãe.

Para ilustrar, citou exemplo de uma mãe que responde a vários processos por tráfico e se vale de uma prisão domiciliar para continuar a traficar, utilizando-se de uma proteção legal para a prática de atividades criminosas. Nesse caso, o direito a preponderar, avaliou, será a segurança pública. Quanto a esse assunto, frise-se que, para a pesquisadora, deve prevalecer a convivência familiar, porém, é preciso aferir se essa convivência realmente é benéfica para as crianças.

No tocante à discussão relativa à aplicação da prisão domiciliar como faculdade ou poder-dever (obrigatoriedade) do juiz, compreendeu o defensor 1 que o benefício do recolhimento em domicílio é direito subjetivo de todas as pessoas que preencham os requisitos dos artigos 318 e 318-A.

Dessa forma, esse profissional vai além, considerando que estende a concepção de prisão domiciliar como poder-dever para todos os sujeitos previstos no artigo 318, não só mães de crianças e gestantes. Destarte, mesmo que o *caput* do artigo 318 traga o verbo “poderá”, sabendo-se que só o artigo 318-A refere o verbo “será” (imposição) para as hipóteses que elenca, ainda assim, entendeu o defensor 1 que a prisão domiciliar é direito subjetivo de todas as pessoas que preencham os requisitos de ambos os artigos mencionados.

Nota-se, então, que essa perspectiva segue a linha do explanado por Badaró (2015, p. 993), o qual afirma “que embora o art. 318 utilize 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 prisão domiciliar. Ou seja, deve-se ler o ‘poderá’ com o ‘deverá’”.

Diversamente, avaliou o defensor 2 que, no caso do artigo 318 do CPP, a concessão de prisão domiciliar é uma faculdade do julgador. Para tanto, considerou a redação legal (emprego do verbo “poderá”). Assim, verifica-se que o ponto de vista do defensor 2 se coaduna ao magistério de Nucci (2017), para quem o *caput* do artigo 318 do CPP expressa uma faculdade do julgador, não se tratando de direito subjetivo do agente⁶⁰. Com relação ao art. 318-A, todavia, entendeu o defensor 2 que é um poder-dever do magistrado, levando-se em conta o emprego do verbo “será”, que indica imposição.

Voltando ao defensor 1, outro aspecto aludido por este, referindo-se ao princípio da intranscendência, previsto no artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, segundo o qual “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”, consiste no fato de que, em sua concepção, as consequências da prisão são estendidas às crianças que as presas levam no ventre e àquelas já nascidas.

Conforme assinalou, há violação ao princípio da intranscendência, nos casos de mães e gestantes presas, uma vez que os filhos das encarceradas não cometeram crime, não podendo viver indignamente sem o auxílio de um adulto. Nesse sentido, relevante expor a seguinte declaração do defensor 1: “entre o cumprimento do CPP e uma garantia constitucional de um menor, o que deve predominar é princípio da intranscendência”.

Já o defensor 2, ao tratar do princípio da intranscendência, compreendeu que as consequências da prisão não são estendidas aos filhos das presas nem aos bebês que as encarceradas grávidas carregam no ventre. Apontou que esse tipo de raciocínio, levado às últimas consequências, implicaria no reconhecimento de que qualquer pessoa que viesse a ser presa e possuísse familiares teria tal direito violado, pois seus familiares certamente estariam sendo “punidos” ou afetados pelos efeitos da pena, isto é, a segregação do parente querido.

Declarou que o princípio da intranscendência, nos termos constitucionais, se limita apenas à pena corporal, que é restrição da liberdade, e a reflexos civis (indenizatórios), não abrangendo aspectos de natureza afetiva ou emocional. No caso das grávidas, continuou, por mais que as crianças estejam no ventre materno, ainda assim não estão no estado de plena consciência, razão pela qual a ideia de que a elas estaria se impondo a prisão é discutível.

⁶⁰ “O *caput* do art. 318 do CPP não deve ser interpretado com a semântica que lhe dão certos setores da doutrina, para os quais seria dever do juiz determinar o cumprimento da prisão preventiva em prisão domiciliar ante a verificação das condições objetivas previstas em lei” (NUCCI, 2017, p. 125).

Aqui, discorda-se do posicionamento do defensor 2 quanto ao princípio da intranscendência, considerando os argumentos explicitados no capítulo anterior, de que o desenvolvimento infantil se inicia na gravidez e a pena imposta à mãe implica em danos ao desenvolvimento da criança.

Além de tudo o que já foi mencionado, o defensor 1 ainda fez uma abordagem quanto aos direitos reprodutivos das mulheres, frisando que as motivações que levam a uma gestação fazem parte da liberdade da mulher. Assim, tal qual expôs:

Mesmo que o direito à prisão domiciliar possa incentivar gestações apenas para evitar o encarceramento, o que pode vir a ocorrer, isso não pode ser uma causa limitadora para a garantia dos direitos da criança que está no ventre, uma vez que engravidar faz parte da liberdade da mulher, seja por qual motivo for.

Ademais, no que tange à questão da possibilidade de o direito à prisão domiciliar poder motivar gestações apenas para evitar o cárcere, para o defensor 2, “sempre há pessoas que podem se valer de artifícios dos mais discutíveis para se favorecer de uma benesse legal”.

Acentue-se que o defensor 1 concorda com artigo 117 da LEP, que trata da concessão de prisão domiciliar para condenados em regime aberto, argumentando que o recolhimento em domicílio não deixa de ser uma prisão, uma vez que a apenada deve ficar em sua residência sem sair, tendo sua liberdade de locomoção limitada completamente. Assim, não acredita que a prisão domiciliar para condenadas definitivas, se cumprida como deve e fiscalizada pelo poder público, seria uma impunidade, uma vez que a liberdade continuaria restringida, só que em casa.

O defensor 2, no tocante à prisão domiciliar para presas definitivas, considerou que, em situações em que a criança ou pessoa com deficiência está desamparada, em função da ausência de órgãos estatais de acolhimento, com fundamento no direito à vida, pode ser concedida a prisão domiciliar, mesmo para os regimes fechado ou semiaberto.

Aqui concorda-se com o defensor 1, quando entende que, se cumprida como deve e fiscalizada pelo poder público, a prisão domiciliar para presas definitivas, nos casos ora estudados, não significará impunidade. Contudo, discorda-se do posicionamento do defensor 2, que só aprova a prisão domiciliar para mães de criança com condenação definitiva se não houver órgãos estatais de acolhimento no local onde o infante reside. Isso porque tal

concepção pressupõe que a instituição de acolhimento suprirá as necessidades da criança, o que não ocorre de fato⁶¹.

Outrossim, esta pesquisadora entende que, no regime aberto, sendo possível a convivência com a mãe, deve ser concedido o recolhimento em domicílio, que também necessita de análise da situação familiar, assim como para as presas provisórias. Some-se a isso que, havendo a devida fiscalização, nada impede que também seja possível a prisão domiciliar para presas condenadas no regime fechado ou semiaberto.

Além disso, ambos os defensores destacaram a necessidade de fiscalização da prisão domiciliar, questão em que se concorda com os profissionais, como já manifestado. O defensor 1 declarou que, na prática, algumas pessoas condenadas ou presas preventivamente acabam violando as domiciliares. Dessa maneira, ressaltou que a impunidade é ocasionada nessa situação pela falta de investimento do poder público na fiscalização do cumprimento dessa benesse.

Para o defensor 2, a utilização de tornozeleira eletrônica é necessária, sujeitando a presa a uma limitação geográfica preestabelecida e horário de recolhimento, fixados na decisão que concede a domiciliar, além de fiscalização por meio de central de monitoramento.

Afirmou, ainda, o defensor 1 que, em regra, na Comarca de Mossoró, as presas em prisão domiciliar não utilizam tornozeleiras eletrônicas. Isso considerando que não se recorda de casos de suas assistidas que tenham saído em domiciliar nas hipóteses ora retratadas e colocado tornozeleira. Ressaltou também que a tornozeleira é um dos meios adequados para fiscalizar a pena, mas não o único. Por sua vez, o defensor 2 anunciou que, na Comarca de Mossoró, no contexto da execução penal, presas em prisão domiciliar utilizam tornozeleiras eletrônicas. No que diz respeito à prisão cautelar, não soube responder.

Sobre a fiscalização e o acompanhamento da convivência familiar das presas beneficiárias da prisão domiciliar, nos termos do art. 318-A do CPP, com seus filhos, o defensor 1 fez uma recomendação. Sua sugestão foi no sentido de que, quando as mães saírem

⁶¹ Ademais, o acolhimento institucional teria quase que um efeito de “prisão” para filho da presa. Conforme Arpini (2003), essas instituições possuem um regime disciplinar e autoritário, que não obtém êxito em sua proposta de abrigo, proteção e amparo, acabando por perpetuar o sentimento de abandono. Com efeito muitos abrigos desconsideram que “o rompimento de vínculos afetivos é um processo muito doloroso” (ARPINI, 2003, p. 73). Assim, essa criança abrigada passa a ter um duplo estigma: ter a mãe presa e ser criança “de abrigo”. Nesse sentido, Arpini (2003, p. 74) afirma que há uma representação social que estigmatiza as pessoas que compõem esse meio, posto que “ao mesmo tempo em que a sociedade diz protegê-los, ela os acusa duramente, restringindo-lhes, com o estigma, as possibilidades de modificarem essa situação”.

em prisão domiciliar, os órgãos oficiais devem ser comunicados para atuarem junto a essas famílias, avaliando e ajudando na convivência familiar entre mães e filhos.

Mais, recomendou que deve ser emitido estudo social sobre os cuidados dessas mães com seus filhos. Esse estudo deve ser encaminhado ao juízo de 2 em 2 meses, para que o magistrado avalie se essas crianças estão sendo bem cuidadas pela presa, analisando-se a possibilidade de revogar ou não a domiciliar em caso de comprovação de que os cuidados estão sendo insatisfatórios. O defensor 1 expôs, todavia, que a comunicação aos órgãos municipais para atuarem nesse sentido não existe na comarca de Mossoró.

Por fim, o defensor 2 também fez recomendações acerca da fiscalização da convivência familiar entre a presa e seus filhos. Dispôs que devem ser realizadas inspeções surpresa *in loco* (na respectiva residência), realizadas por equipe multidisciplinar, a ser determinada pelo juízo. Assim, seria possível atestar se, de fato, essas mulheres estariam cuidando de seus filhos. Esse profissional também afirmou desconhecer que essas inspeções por equipe multidisciplinar sejam efetivadas em Mossoró.

Quanto a esse assunto, compreende a pesquisadora ser extremamente relevante a necessidade de acompanhamento da convivência familiar, consoante já abordado quando se manifestou pela primordialidade de haver análise da situação familiar por profissionais especializados. Assim, harmoniza-se às sugestões de estudo social e inspeções *in loco* por equipe multidisciplinar.

Diante disso, observou-se que os pontos de vista dos defensores públicos se coadunaram em alguns momentos, todavia, apesar de representarem o mesmo órgão, apresentaram muitas perspectivas divergentes. Ainda assim, registre-se que ambos tiveram opiniões semelhantes no que se refere à situação do sistema prisional, à necessidade de fiscalização do cumprimento da prisão familiar e à imprescindibilidade de acompanhamento da convivência familiar.

3.2 Visão de um Juiz de Direito atuante em Vara Criminal da Comarca de Mossoró/RN

Após a exposição dos resultados das entrevistas com defensores públicos criminais atuantes na Comarca de Mossoró/RN, passar-se-á à análise das perspectivas do Juiz de Direito entrevistado. Pontue-se que este tópico será menor que os demais justamente por conter a

opinião de apenas um profissional, visto que o contato com outros juízes restou infrutífero, como já referido.

Inicialmente, o magistrado afirmou que concorda com a substituição da prisão preventiva pela domiciliar no caso de acusadas gestantes ou mãe de crianças (art. 318, incisos IV e V, do CPP). Justificou seu consentimento na falha estrutural que enfrenta o sistema carcerário brasileiro, local inadequado para gestar uma criança, em face da insuficiência de cuidados inerentes a esta condição.

Ressaltou que não é incomum, em estabelecimentos prisionais, que mulheres grávidas e mães de crianças que se encontrem presas sejam expostas a situações complicadas, muitas privadas de cuidados médicos no pré-natal e no puerpério. Nesse sentido, declarou que “o Estado brasileiro não tem condições de garantir cuidados mínimos relativos à maternidade, especialmente para as mulheres que estão em situação prisional”.

Observa-se, assim, que, mais uma vez, foi salientada a deficiência estrutural do sistema prisional como justificativa para concessão da prisão domiciliar. Ademais, interessante assinalar que, para além da situação do sistema penitenciário, o juiz trouxe outra abordagem mencionada no HC nº 143.641/SP, que se refere à incapacidade de o Brasil assegurar cuidados mínimos relativos à maternidade, o que, no julgado, foi retratado com alusão ao Caso Alyne Pimentel.

Quanto ao parâmetro de que a prisão preventiva será substituída por prisão domiciliar para gestantes e mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência, desde que elas não tenham cometido crime com violência ou grave ameaça à pessoa ou não tenham cometido o crime contra seu filho ou dependente (art. 318-A do CPP), o juiz declarou que o aprova.

Sustentou que as regras para concessão da prisão domiciliar por muitas vezes opõem-se abertamente às regras gerais para a concessão de cautelares, como as circunstâncias do crime cometido, se a substituição é adequada e suficiente para impedir a reiteração delitiva, entre outras. No entanto, declarou que “diante estado inconstitucional das prisões, a domiciliar é medida que se faz necessária para atendimento, sobretudo, do melhor interesse do infante”.

Além disso, salientou o juiz que há situações excepcionais em que, apesar do preenchimento dos requisitos previstos no arts. 318 e 318-A do CPP, é prudente a não concessão de prisão domiciliar. Afirmou que legislador não é capaz de prever todas as situações em que a norma deve incidir, de modo que, nesse cenário, todo o ordenamento jurídico é convocado para atender a situação e integrá-la.

Nessa esteira, citou o exemplo de genitora cujo retorno à residência possa acarretar uma série de transtornos para a formação dos filhos, ou que possa representar um perigo para a saúde psicológica e até física do infante. “Havendo esse risco, a proteção do menor deve prevalecer sobre o direito legalmente conferido a tais mulheres”, dispôs.

Aqui aprova-se a opinião do juiz, tendo em vista que a finalidade da norma, no caso da concessão da benesse a mães com filhos de até doze anos de idade incompletos, é justamente o melhor interesse da criança. Desse modo, havendo risco para o infante, pode ser excepcionado o recolhimento em domicílio.

Ainda, abordou o juiz que, em caso de gravidez de alto risco, em que o estabelecimento prisional não consiga prover os meios necessários ao atendimento integral da interna gestante, mesmo que a presa não cumpra os requisitos do art. 318-A do CPP, deve ser concedida a domiciliar. Destarte, o magistrado entende que a concessão do recolhimento em domicílio pode ser ampliada em situações de gravidez de alto risco, desde que a penitenciária não possua condições de atender a reclusa.

Com efeito, inclusive em casos de acusadas em que se alegue o alto perigo de reiteração criminosa, é fato que a conjuntura da gestação de risco afetará a mobilidade da mulher, diminuindo a possibilidade de cometimento de crimes. Portanto, pertinente o recorte ampliativo trazido à baila pelo magistrado.

De mais a mais, pontue-se que, para o juiz, o art. 318-A busca atender, sobretudo, a necessidade de segurança da criança, quando exige que o crime praticado não tenha filhos ou dependentes como vítimas (inciso II). Entretanto, ressaltou que o melhor interesse da criança passa pelo atendimento de diversos fatores e políticas públicas, que nem sempre podem ser gerenciados pelo Direito Processual Penal. Nesse viés, afirmou que

a concessão da prisão domiciliar é apenas um dos meios para se buscar o atendimento do melhor interesse da criança, posto que não há garantias de que tão somente o retorno da genitora ao lar represente a satisfação do interesse da norma jurídica.

Destaque-se que o posicionamento do magistrado é de que uma cultura do encarceramento, alicerçada em ações punitivistas, acaba por gerar situações que ferem a dignidade humana de gestantes e mães submetidas ao sistema prisional, com evidentes prejuízos para os respectivos filhos menores. Assim, realçou o magistrado que “entre a convivência familiar das crianças com suas genitoras e o cumprimento de uma prisão provisória, deve prevalecer a convivência familiar das crianças com suas mães”.

Percebe-se, à vista disso, que o juiz utiliza a expressão “cultura do encarceramento”, que foi difundida com a ADPF 347, bem como referida no HC nº 143.641/SP. Nesse seguimento, ressalte-se que a visão da pesquisadora é harmônica a do juiz, posto que preza pela convivência familiar e critica o viés punitivista predominante.

Isso porque muitas presas provisórias são, ao final, absolvidas, ou têm a pena privativa de liberdade substituída por penas restritivas de direitos. Portanto, seria menos violador se tais prisões provisórias fossem substituídas por outras alternativas, que possuem previsão legal, como a domiciliar, analisando o magistrado particularidades fáticas e preceitos de dignidade humana, e não apenas a gravidade do delito supostamente praticado, como ocorre na maioria das vezes.

Além do mais, pontue-se que, para o juiz, a concessão de prisão domiciliar é um poder-dever do julgador, com as exceções trazidas no art. 318-A do CPP. Portanto, considera que, se a mulher presa preventivamente, gestante ou mãe de criança ou de pessoa com deficiência, tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa ou contra seu filho ou dependente, não há um poder-dever do magistrado em conceder a benesse do recolhimento em domicílio.

O juiz também defendeu que as consequências do cárcere afetam toda a família, mas de maneira mais incisiva os filhos da mulher presa. Portanto, para ele, “a efetivação do princípio constitucional da intranscendência no sistema prisional feminino é necessária para evitar que crianças sejam também penalizadas, através da mãe, desde a sua concepção”, opinião na qual a pesquisadora se filia.

Ademais, o juiz entendeu que conjecturar que o direito à prisão domiciliar pode motivar gestações apenas para evitar o encarceramento é uma especulação sexista em relação ao gênero feminino. Dessa forma, não acredita nessa possibilidade. Por incontáveis vezes, asseverou, é atribuída à mulher a malícia da utilização da gravidez como trunfo para a aquisição de qualquer benefício. Todavia, pensar assim é desconhecer todo o processo e desafios que envolvem a gestação, bem como as responsabilidades e consequências da gravidez.

No tocante à prisão domiciliar para presas definitivas, concebeu o juiz que nada obsta a interpretação analógica, *in bonam partem*, com a concessão de prisão domiciliar à apenada que preencha os requisitos trazidos no Código de Processo Penal. Salientou que isso não significaria impunidade, pois o recolhimento domiciliar também é pena, com suas restrições

ao exercício da plena liberdade e a fiscalização pelo Judiciário. Da mesma forma pensa a pesquisadora.

Além disso, explanou que, para assegurar a efetividade do cumprimento da prisão domiciliar sem que haja desvio de sua finalidade sancionatória e protetiva,

é necessário assegurar mecanismos de fiscalização e controle social das decisões judiciais, com a promoção de medidas e políticas entre vários setores, que apoiem a maternidade daquelas que estão sob o processo penal e contribuam para o atendimento do melhor interesse da criança.

Assim, entendeu ser indispensável conjugar a assistência social e psicológica à mãe e à família. Entretanto, acentuou que isso é “uma realidade ainda distante, pois, se o Estado não consegue prover o atendimento das mães em ambiente carcerário, muito menos conseguirá fora dele”.

No que diz respeito à realidade da Comarca de Mossoró, informou o juiz que as presas definitivas estão em prisão domiciliar e com tornozeleira eletrônica pela ausência de estabelecimento prisional adequado para o cumprimento de suas penas. Quanto às presas provisórias, nem sempre a prisão domiciliar é concedida com o uso da tornozeleira.

Enfatizou ainda que a tornozeleira é um meio razoavelmente adequado para fiscalização da pena, mas é injusto atribuir ao equipamento o dever de garantir a convivência familiar com as crianças, o que passa pela atuação intersetorial. Assim, explicou que “as formas de fiscalização da prisão domiciliar passam pela visitação frequente e realização de estudo social dos casos por profissionais adequados”, o que já foi defendido pela pesquisadora. Contudo, o juiz frisou que a Comarca de Mossoró trabalha com um déficit desses profissionais, que já são destinados para as Varas de Infância e Juventude ou de Família, deixando descobertas essas situações.

Finalmente, salientou o magistrado que o aperfeiçoamento dessa fiscalização recai na necessidade de aumento do material humano, com profissionais suficientes e uma melhor estrutura para que estes profissionais consigam desenvolver plenamente seus trabalhos.

Nessa perspectiva, percebe-se que juiz ressaltou que as formas de fiscalizar a prisão domiciliar não são efetivas na Comarca de Mossoró pela falta de material humano, ou seja, pela escassez de profissionais especializados para realização de estudo social e visitação nas casas das presas em domicílio. Esse viés também foi abordado pelos demais entrevistados.

Diante do exposto, significativo pontuar que, dentre os entrevistados, a pesquisadora melhor se identificou com as concepções trazidas pelo magistrado. Nesse panorama, saltou

aos olhos o garantismo do profissional, bem como o fato de um juiz criminal ressaltar a problemática do viés punitivista, demonstrando-se contrário, quando o STF, na ADPF 347, entendeu que a maioria dos magistrados adota essa linha, contribuindo para a cultura do encarceramento.

3.3 Visão de promotores de justiça criminais atuantes na Comarca de Mossoró/RN

Evidenciados os pontos de vista de defensores públicos e de Juiz de Direito atuantes na Comarca de Mossoró/RN, explorar-se-á as perspectivas de promotores de justiça criminais em exercício nesta circunscrição territorial.

O promotor 1 informou que concorda em termos com os critérios estabelecidos pelo artigo 318 do CPP, acerca da substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar nos casos de gestantes ou mulheres com filhos de até 12 (doze) anos de idade incompletos. Isso porque, para ele, existem situações em que, mesmo que os critérios sejam verificados, o benefício não deve ser concedido. Por exemplo,

no caso de uma traficante recorrente de drogas, o tráfico não é um crime com violência ou grave ameaça, mas é um delito de extrema perniciosa para a sociedade, o qual, na cadeia criminosa, provoca vários outros crimes, como furtos, roubos, receptações e porte de armas. Nesse sentido, vários dos outros crimes são efetuados em razão da cadeia do tráfico de drogas.

Continuou o raciocínio afirmando que “essa traficante pode até ser uma boa mãe, cujos filhos dela dependam, todavia, é extremamente pernicioso para a sociedade”. Assim, em sua concepção, concedida uma vez uma prisão domiciliar como essa, tal mulher seria levada de volta para o mesmo meio em que estava provocando todos aqueles crimes. Concluiu, então, declarando que deveria haver uma maleabilidade um pouco maior da lei, para dar uma maior liberdade ao juiz e ao promotor, para, em casos excepcionais, não permitir essa prisão domiciliar.

Nesse ponto, pondere-se que essa maleabilidade – apesar de não prevista legalmente – já existe, de acordo com o parâmetro do que foi decidido no HC nº 143.641/SP, quando foi previsto que, em situações excepcionais, a concessão de prisão domiciliar seria excetuada, como já abordado no capítulo anterior. Não obstante, considere-se que a pesquisadora julga que as exceções devem ser conjugadas à análise da situação familiar, com estudo social por

profissionais especializados, não sendo suficiente alegar somente a extrema perniciosa da mãe para a sociedade sem análise dos prejuízos que poderá trazer ao filho.

O promotor 2, por sua vez, revelou que aprova os critérios estabelecidos pelo art. 318 do CPP, já evidenciados, bem como os dispostos no art. 318-A do mesmo diploma, que preveem que a prisão preventiva será substituída por prisão domiciliar, para gestantes e mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência, desde que elas não tenham cometido crime com violência ou grave ameaça à pessoa ou não tenham cometido o crime contra seu filho ou dependente.

Para além das condicionantes legais, o promotor 2 fez a ressalva de que, na hipótese de o crime ter sido cometido no âmbito doméstico, sobretudo na presença dos filhos, não deve ser concedida a domiciliar. É um exemplo, ilustrou, “o tráfico de drogas praticado dentro da residência em que os filhos acompanhavam toda a movimentação, o que já foi decidido pelo STJ”. Ressaltou, nesse viés, “a diferença entre uma traficante que vende drogas em boca de fumo de uma que vende entorpecentes dentro de casa, que repartia e embalava drogas na presença dos filhos”.

Quanto a ampliar as situações de prisão domiciliar para encarceradas gestantes ou mães de criança, ainda que não cumpram os requisitos do art. 318-A do CPP, afirmou o promotor 2 que não entende por essa possibilidade de expansão para outras hipóteses não previstas na lei. Todavia, anunciou que já se manifestou pelo deferimento de prisão domiciliar em casos de crimes cometidos com violência ou grave ameaça, como roubo.

Asseverou que agiu dessa forma em circunstâncias de gravidez de risco ou de necessidade de tratamento que não possa ser realizado na penitenciária. Porém, destacou que aplica isso não só para mulheres gestantes, mas para qualquer pessoa, sendo muito comum assim se manifestar, inclusive, em situações em que o autor do crime é atingido por arma de fogo, necessitando de cirurgias.

Percebe-se, por conseguinte, que o promotor 2 prioriza o direito à integridade física dos presos no geral, ampliando as hipóteses de concessão de prisão domiciliar nos casos de ofensa a esse direito. Entretanto, no contexto específico de simples gestação ou maternidade, não entende pela possibilidade de expansão da concessão da benesse para outras hipóteses não previstas na lei.

Voltando ao promotor 1, no tocante ao artigo 318-A do CPP, esse profissional declarou que discorda em parte com o dispositivo, justificando que não é só para crimes

praticados contra os filhos ou dependentes ou mediante violência ou grave ameaça que deve ser negada a prisão domiciliar de mães ou gestantes.

Para ele, deixar o filho em ambiente que prejudique sua formação também deveria ser uma hipótese legal. Isso porque, explicou, “o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que as crianças e adolescentes deverão ficar livres de ambientes em que se observa tanto vícios quanto tráfico de drogas, para que não ache essas atitudes normais ou naturais”.

Nessa perspectiva, afirmou que, até mesmo na seara cível, existem elementos para afastar uma mãe do lar, para suspender o poder familiar. Assim, continuou com a seguinte indagação:

Se a mãe, pelo ECA, deixando seu filho inserido em ambiente que tenha essas características de vícios ou tráfico de drogas, pode ver suspenso seu poder familiar, porque o CPP não dá essa liberdade aos juízes e promotores de, nos mesmos casos, negarem a concessão de domiciliar?

Percebe-se, aqui, que o promotor 1 fez referência às hipóteses legais de suspensão ou destituição do poder familiar. Nesse sentido, ressalte-se que o artigo 22 do ECA determina que “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais” (BRASIL, 1990).

Além disso, o artigo 24 do Estatuto dispõe que a perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente tanto nos casos previstos na legislação civil, quanto na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22 citado (BRASIL, 1990).

Para melhor compreensão, destaquem-se alguns dos casos previstos na legislação civil. Segundo o artigo 1.637 do Código Civil, se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, o poder familiar poderá ser suspenso. Além disso, o pai ou a mãe perderá por ato judicial o poder familiar se castigar imoderadamente o filho, deixar este em abandono, praticar atos contrários à moral e aos bons costumes, incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo 1.637 do CC ou entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção (art. 1.638 do CC).

Acerca do poder familiar, também é pertinente ressaltar que, consoante artigo 23, §2º, do ECA, a condenação criminal do pai ou da mãe não implica a destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação por crime doloso sujeito à pena de reclusão contra outrem

igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente (BRASIL, 1990).

Ademais, o promotor 1 entendeu não ser possível ampliar as situações de prisão domiciliar de gestantes ou mães de criança, para casos em que a acusada não cumpra os requisitos do art. 318-A do CPP. Destacou o representante do *parquet* que “a lei já é benevolente demais”.

Dessa forma, constatou-se que ambos os promotores são contra a ampliação das possibilidades de prisão domiciliar para os casos em que a presa não cumpra os requisitos do art. 318-A do CPP. Nota-se, assim, que esses profissionais preferem o aprisionamento em penitenciárias.

Contudo, a pesquisadora considera que a análise de cada caso é necessária, com o devido estudo social por equipe multidisciplinar, sendo, sim, possível a ampliação das situações de prisão domiciliar de gestantes ou mães de criança. Com efeito, acredita-se que a ressocialização dessas presas pode até ser melhor obtida se esta estiver cuidando de seus filhos. Reforce-se que esse pensamento é defendido pressupondo a análise do caso concreto, após realizado estudo social, presumindo-se que a benesse terá a adequada fiscalização.

Quanto à questão de os parâmetros do art. 318-A do CPP se destinarem ou não a atender ao princípio da absoluta prioridade dos direitos da criança, salientou o promotor 1 que, existindo mães que não educam e não constroem um seio familiar adequado para formação da personalidade das crianças, não se estaria atendendo, de forma alguma, ao princípio da absoluta prioridade dos direitos da criança, ao contrário, estaria o maculando.

O promotor 1 ainda sustentou que não vê como defender que se está atendendo ao princípio da absoluta prioridade dos direitos da criança colocando dentro de casa uma mãe que só traz malefícios para seus filhos. Para ele, “com essa permissão concedida à mãe, a pretexto de assegurar um princípio desse, o mais importante da criança e do adolescente, verifica-se a maculação do próprio princípio e de todo o sistema criminal”.

Para a pesquisadora, não se pode ignorar que a presença da mãe pode ser negativa, haja vista que existem realidades de abandonos e maus-tratos, por exemplo. No entanto, como já ressaltado, defende-se que não é o simples fato de a mulher ter cometido crime que a torna uma mãe ruim, de modo que a concessão do recolhimento em domicílio não necessariamente significaria a maculação do melhor interesse da criança. Isso, na verdade, só ocorreria em situações pontuais, comprovadas pela análise de profissionais especializados.

De mais a mais, no ponto de vista do promotor 2, só é possível afirmar que os parâmetros do art. 318-A se destinam a atender ao princípio da absoluta prioridade dos direitos da criança se houver uma produção de relatórios e documentos multidisciplinares, elaborados por psicólogos e assistentes sociais, apontando nesse sentido. Aqui, concorda-se com o promotor 2, pois, por mais que se queira idealizar, o cumprimento objetivo do requisito legal não garante que a finalidade da lei está sendo atendida.

Assim, na concepção do promotor 2, trabalhando apenas com a objetividade do artigo 318-A do CPP, não como há assegurar o atendimento ao princípio da absoluta prioridade. Dessa forma, afirmou que “é extremamente necessária a atuação desses profissionais, fora da área do direito, para consubstanciar a decisão judicial e atestar se a convivência com aquela mãe seria ou não benéfica ao filho”.

O referido profissional sublinhou, ainda, que o juiz criminal deve ter esse aparato muito mais próximo, diante da celeridade que deve ter um processo criminal, ainda mais de réu preso, de modo que não se pode demorar mais de seis meses para realização dos relatórios. Contudo, ressaltou que as Varas Criminais de Mossoró não possuem essa realidade de atuação. Na prática, informou, “trabalha-se com o que diz a lei, analisando-se objetivamente se é gestante ou mãe de criança, se praticou crime com violência ou grave ameaça ou contra seus descendentes, aplicando-se ou não a domiciliar”.

Além disso, ressalte-se que os promotores 1 e 2 consideraram que merece prioridade a convivência familiar das crianças com suas genitoras em detrimento do cumprimento de uma prisão provisória. Entretanto, o promotor 1 pontuou que não se pode amarrar tanto a atitude do juiz e dos órgãos de persecução penal, ao passo que o promotor 2 reiterou a necessidade de existirem documentos multidisciplinares e relatórios do Conselho Tutelar, afirmando que essa convivência é benéfica.

O promotor 2 também informou que atua com a prisão domiciliar como uma hipótese excepcionalíssima. Normalmente, quando há possibilidade de prisão domiciliar, afirmou que

requer seja acompanhada do uso da tornozeleira, no entanto, é muito difícil conseguir uma prisão domiciliar com o uso do equipamento. Isso porque, no Estado do Rio Grande do Norte, esse produto é escasso, pois é mais utilizado para presos do regime semiaberto⁶².

⁶² Dessa forma, nota-se que, no caso específico do Estado do Rio Grande do Norte, como os presos do regime semiaberto já são monitorados por tornozeleiras, o número de aparelhos é escasso, não suprimindo o monitoramento dos presos domiciliares.

Diante disso, manifestou-se de forma pragmática, afirmando que o Estado não possui condições de acompanhar essa prisão domiciliar: “não tem pessoal para visitação, não tem tornozeleira”. Assim, revelou que normalmente pugna pela aplicação de outras medidas cautelares, como recolhimento no período noturno em finais de semana e comparecimento mensal ao juízo para justificar suas atividades, sobretudo porque a prisão domiciliar, da mesma forma que a prisão preventiva, permite futuramente a detração. Tal qual declarou: “Se vai liberar, que seja com a aplicação de outras medidas cautelares”.

Diante dessa manifestação, observa-se que o promotor 2 não considera que a prisão domiciliar cumpre sua finalidade sancionatória, de modo que prefere, na prática forense, acautelar esse objetivo sancionador com a aplicação de medidas cautelares (art. 319, CPP). Infere-se que o profissional assim age porque a medida cautelar, em regra, não implica em futura detração, além de a prisão domiciliar sem fiscalização significar tão somente a liberdade.

Sobre o tema, necessário abordar que não existe previsão legal para o cômputo do período de cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão para fins de detração penal. Não obstante, apesar de existirem divergências doutrinárias e jurisprudenciais, o STJ, em sede do HC nº 380.369/DF, já entendeu que, quando a medida cautelar configura verdadeira privação de liberdade, a exemplo do recolhimento domiciliar no período noturno, deve haver detração (BRASIL, 2017).

Quanto à questão de a prisão domiciliar ser faculdade ou poder-dever do julgador, entendeu o promotor 1 que é um poder-dever. Salientou que isso torna até o ambiente um pouco inseguro para fins de trabalho do magistrado e do promotor. Para ilustrar, citou exemplo de mulher conhecida como uma “chefona” do tráfico, não só nacional, mas internacional. Todavia, não existe prova contra ela de que deu ordem de para matar alguém, ou mesmo que praticou crimes com violência ou grave ameaça.

Assim, diante da lei e da decisão do Supremo, essa mulher vai ficar em prisão domiciliar. Portanto, concluiu que “a lei deixa mecanismos para que os crimes continuem a ser praticados. Se ordens são dadas de presídios, com toda a segurança máxima, quanto mais dentro da própria residência em prisão domiciliar”.

Destacou também esse profissional que, se o juiz fugir disso, estará sujeito até a ser responsabilizado pela nova Lei de Abuso de Autoridade⁶³ (Lei nº 13.869/2019). Em sua opinião, essa lei tolhe o livre exercício da interpretação judicial, podendo dar margem à responsabilização do juiz por crime de abuso de autoridade, por exemplo, em casos de não concessão de prisão domiciliar a uma criminosa contumaz e de extrema periculosidade, como o citado anteriormente.

O promotor 2 também considera a prisão domiciliar, nas hipóteses do art. 318-A, um poder-dever, na linha do que traz a lei e a interpretação do STF. No entanto, destacou que o juiz poderia negar a aplicação nos casos dos crimes cometidos dentro da residência na presença dos filhos. Para ele, “qualquer hipótese violadora do princípio do melhor interesse da criança ensejaria a não concessão da benesse”.

Nessa perspectiva, conforme já apontado pelo promotor 1, acentuou que, situações que em uma Vara de Infância e Juventude normalmente acarretariam a suspensão do poder familiar, em um processo criminal coloca-se a prisão domiciliar para que essa convivência se perpetue. Dessa maneira, recomendou que as próprias hipóteses previstas no ECA de suspensão ou destituição do poder familiar poderiam ser acrescentadas ao artigo 318-A. Quanto isso, saliente-se que, na opinião da pesquisadora, essas hipóteses do ECA poderiam ser observadas, a depender do caso, como as situações excepcionais previstas no HC nº 143.641/SP.

Além disso, na concepção do promotor 2, o STF, no julgamento do HC nº 143.641/SP, não utilizou apenas o viés que objetivava a lei, da proteção da criança. Segundo afirmou, o foco da questão “foi mais o desencarceramento, com vistas diminuir o número de presos. Isso considerando a situação do sistema carcerário e o grande envolvimento de mulheres com o tráfico de drogas”.

Percebe-se, portanto, que, para esse profissional, a decisão do STF almejou o desencarceramento para desafogar o sistema carcerário, utilizando-se dos direitos das crianças

⁶³ Conforme o seu artigo 1º, “esta Lei define os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído” (BRASIL, 2019). Ressaltem-se também os seguintes dispositivos:

Art. 1. [...]

§ 1º as condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.

§ 2º A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade. (BRASIL, 2019).

para maquiar o real foco. O objetivo seria diminuir o número de presas e não assegurar a convivência familiar de mães e filhos com base na absoluta prioridade dos direitos da criança.

Quanto à questão de a pena passar da pessoa do condenado (princípio da intranscendência), sendo estendida às crianças que as presas levam no ventre e àquelas já nascidas, o promotor 1 não enxerga dessa forma, pois, no seu entender, o feto/bebê ainda não tem como se locomover. Ressaltou que “o bebê ainda está na barriga da mãe, não usufruindo dos benefícios do direito de ir e vir, ou seja, da locomoção”.

Do mesmo modo, o promotor 2 também não entende pela violação do princípio da intranscendência no caso de presas gestantes e mães de crianças, posto que a prisão é decretada quanto à autora do crime. Para ele, é lógico que, em qualquer crime, existem as vítimas secundárias, de um lado e do outro. Contudo, isso não ofende o princípio da intranscendência, visto que as medidas estão sendo adotadas para a mãe. Os filhos, por consequência, irão sofrer, mas não por violação de princípios.

Contudo, aqui a pesquisadora discorda dos posicionamentos dos promotores no tocante ao princípio da intranscendência, fazendo o mesmo comentário que expressou no que se refere ao defensor 2: há violação ao princípio da intranscendência nas situações ora estudadas, pois o desenvolvimento infantil se inicia na gravidez e a pena imposta à mãe implica em danos ao desenvolvimento da criança.

Ademais, importante mencionar que promotor 1 não acredita que o direito à prisão domiciliar possa motivar gestações apenas para evitar o encarceramento, no caso de presas provisórias. Todavia, no âmbito da execução penal, salientou que isso pode ocorrer. Por sua vez, o promotor 2 manifestou que acredita que o direito à prisão domiciliar pode motivar gestações apenas para evitar o cárcere. Nesse sentido, considerou que “não só a gestação pode ser provocada para atingir essa finalidade, mas também o uso de mulheres nessas condições para a prática de atividades ilícitas”.

No que se refere à prisão domiciliar para presas definitivas, mães de crianças ou gestantes, o promotor 1 defendeu que significaria impunidade. Todavia, o promotor 2 sustentou que deveria ser concedida somente em algumas hipóteses, mais excepcionais ainda que as previstas para a prisão provisória. Dessa forma, citou situação de possível concessão: “quando o Estado, durante a tramitação do processo, concluir pela impossibilidade de a criança ser criada ou viver em outro lar”.

Além do mais, no tocante à fiscalização da prisão domiciliar, ambos os promotores ressaltaram a importância da utilização de tornozeleira eletrônica, o que se coaduna com a opinião da pesquisadora e dos demais entrevistados. No entanto, os promotores também destacaram que, na comarca de Mossoró, em regra, as presas provisórias beneficiadas com o recolhimento domiciliar não utilizam o equipamento.

Nesse sentido, o promotor 1, na esteira do que já afirmou o promotor 2, declarou que, em sua prática forense, tentar evitar a prisão domiciliar, preferindo que “o agente seja solto com outras medidas cautelares ou então que fique preso por preventiva, se houver os requisitos para tanto”. Isso porque a medida da prisão domiciliar sem tornozeleira eletrônica, para ele, não é efetiva, ainda mais porque vai redundar depois em detração de pena, se a pessoa vier a ser condenada. “Detração de pena essa que o Estado não conseguiu fiscalizar e que o agente pode não ter cumprido”, sublinhou.

Destaque-se ainda que, na visão do promotor 2, a monitoração eletrônica apenas garante o recolhimento em domicílio, não possuindo o condão de acompanhar a forma com que a presa está cuidando de seus filhos, o que a pesquisadora concorda. Esse acompanhamento deveria ser realizado, propôs o promotor 2, por equipe multidisciplinar, que auxiliaria o juiz criminal.

O promotor 2 também sugeriu que houvesse um diálogo eficiente entre a Vara Criminal e a Vara da Infância. Recomendou que sempre que houvesse concessão de prisão domiciliar pelo artigo 318 do CPP, o juízo criminal deveria oficiar à Vara da Infância para que esta passasse a acompanhar aquela situação, constatando se o viés é protetivo.

Sobre isso, necessário pontuar que o próprio juízo criminal poderia acionar os sistemas de assistência social, como o Sistema Único de Assistência Social (SUAS) e o Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente (SGDCA), sem precisar necessariamente da Vara da Infância. Todavia, volta-se à questão da necessidade de haver disponibilidade de material humano para efetivação desse acompanhamento familiar, posto que, mesmo fora do Judiciário, a realidade é que os municípios possuem poucos profissionais dessas áreas.

Quanto a essa fiscalização da convivência familiar, para o promotor 1, existe uma falha no sistema e o Poder Judiciário não dispõe de equipes para visitar essas presas em recolhimento domiciliar. À vista disso, “uma vez concedida a prisão domiciliar, não se fiscaliza, pelo menos a provisória”, afirmou.

Portanto, para aperfeiçoar esses mecanismos, que necessitam de aprimoramento em todo o Brasil, declarou o promotor 1 que deveria haver previsão legal acerca da contratação de equipes dotadas de assistentes sociais pelo Poder Judiciário. Essas equipes seriam enviadas, juntamente a oficiais de justiça, periodicamente ao local de cumprimento da domiciliar, para observar se a finalidade do cuidado da mãe com o filho está sendo cumprida.

CONCLUSÃO

O presente trabalho proporcionou uma análise acerca do instituto da prisão domiciliar, constatando-se que o benefício do recolhimento em domicílio é concedido em situações especiais, que levam em conta razões humanitárias, como motivos de saúde ou necessidade de cuidado de crianças ou dependentes.

O enfoque do estudo se concentrou no quadro de mães e gestantes presas, observando-se que as mulheres possuem condições particulares, decorrentes de aspectos biológicos, como a maternidade. Nessa perspectiva, o encarceramento de mulheres deve ser analisado considerando-se também os direitos de seus filhos.

Assim, tendo em conta o grande número de encarceradas em contexto de maternidade, percebeu-se que os entendimentos jurisprudenciais e as transformações legislativas que concederam às mães de crianças e às gestantes o direito de prisão domiciliar foram embasados, sobretudo, na necessidade de observância dos direitos das próprias crianças, que possuem prioridade absoluta, devendo prevalecer a convivência familiar de mães e filhos.

Por esse ângulo, evidenciou-se que o HC nº 143.641/SP, importante marco orientador para a aplicação do benefício da prisão domiciliar para mães e gestantes, abordou os problemas estruturais do sistema carcerário brasileiro, que geram a violação sistemática de direitos. Além disso, o *writ* trouxe dados oficiais que relataram o aumento da população carcerária feminina, bem como traçaram o perfil predominante das mulheres presas, as quais são negras, jovens, com baixa escolaridade e com delitos relacionados ao tráfico de drogas.

Ainda, esse HC retratou situações degradantes, de violações a preceitos constitucionais, convencionais e legais, mormente no que diz respeito à dignidade da pessoa humana, ao princípio da intranscendência da pena e ao princípio da prioridade absoluta dos direitos das crianças. Essas violações se referem, por exemplo, a negligências na prisão quanto à saúde da gestante, precariedade de cuidados pré-natais e institucionalização dos filhos das encarceradas, o que estava a gerar danos para as crianças.

Destarte, o HC nº 143.641/SP fixou parâmetros para a concessão da benesse nesses casos. Com efeito, determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas presas gestantes, puérperas, mães de crianças ou de deficientes, 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 pelos juízes.

Assim, o HC nº 143.641/SP trouxe muitos desdobramentos para o ordenamento jurídico brasileiro, sendo a edição da Lei nº 13.769/2018 um dos exemplos mais relevantes, considerando que positivou os parâmetros introduzidos pelos *habeas corpus*, tornando a concessão de prisão domiciliar um poder-dever do julgador nessas hipóteses.

Todavia, isso não significou que o juiz está proibido de negar o benefício quando se deparar com casos excepcionais, haja vista que deve ser observada a previsão do HC de que, em situações excepcionalíssimas, não será concedido o benefício, mediante devida fundamentação pelo magistrado.

Nessa senda, constatou-se que o HC, ao utilizar-se, sobretudo, da necessidade de atendimento à absoluta prioridade dos direitos das crianças, acarretou o desencarceramento das mulheres abarcadas por seus parâmetros, indo ao encontro das Regras de Bangkok, que recomendam medidas alternativas à privação de liberdade.

Dessa forma, observa-se que os parâmetros estabelecidos pelo HC tentam contribuir para a diminuição da população carcerária, considerando-se o grande número de mulheres presas por delitos relacionados ao tráfico de drogas e o fato de esses crimes não envolverem violência ou grave ameaça.

Contudo, a concessão de prisão domiciliar para essas mulheres não pode culminar em um descaso – ainda maior – no que se refere à deficiência estrutural do sistema prisional. Com efeito, a realidade é que ainda existe uma densa população no cárcere, inclusive de mulheres, devendo ser garantida a dignidade e a integridade física dos reclusos.

Diante disso, buscando um melhor entendimento sobre as transformações instauradas no ordenamento jurídico quanto ao tema, foram analisadas as compreensões e vivências dos sujeitos que atuam no sistema de Justiça da Comarca de Mossoró acerca dos limites normativos e jurisprudenciais para concessão de prisão domiciliar para mães de crianças e gestantes presas.

Nessa perspectiva, observou-se que muitos pontos de vista foram divergentes, a depender do profissional, principalmente no que concerne ao princípio da intranscendência. Relativamente à possibilidade de ampliação das situações de prisão domiciliar, ainda que a presa não cumpra os requisitos do art. 318-A do CPP, observou-se que, em casos de gravidez de risco, foi quase que unânime a opinião pela possibilidade de ampliação.

Além do mais, percebeu-se que predominou entre os entrevistados que a análise dos limites sempre perpassa por um exame das situações fáticas, servindo os parâmetros como um

norte orientador. Assim, os postulados constitucionais e as finalidades legais só seriam atendidos com segurança mediante a análise dos casos concretos, análise essa que necessita do apoio de áreas como a Assistência Social.

Nesse sentido, os entrevistados concordaram quanto à necessidade de fiscalização do recolhimento em domicílio, bem como quanto à utilização de tornozeleiras eletrônicas como um meio adequado para esse supervisionamento. No entanto, os profissionais afirmaram que a fiscalização da prisão domiciliar não é efetiva em Mossoró – pelo menos no que se refere às presas provisórias –, posto que não são utilizadas tornozeleiras.

Dessa forma, não há como acompanhar se as beneficiárias realmente ficam em casa, o que prejudica a finalidade sancionatória do recolhimento em domicílio. É à vista disso, inclusive, que ambos os promotores de justiça entrevistados anunciaram que preferem não trabalhar com a prisão domiciliar, optando pela aplicação das medidas cautelares do artigo 319 do CPP, ainda mais considerando que a domiciliar acarreta detração penal.

Ademais, no que tange à convivência familiar, considerando que, pela finalidade da lei, o recolhimento em domicílio foi concedido às mães de crianças visando a garantir a convivência familiar dos filhos com suas genitoras, concordaram os sujeitos questionados que as formas de fiscalizar essa convivência não são efetivas na Comarca de Mossoró/RN – e em todo o Brasil.

Sustentaram os entrevistados o déficit de material humano disponível no Judiciário, principalmente de áreas como a Assistência Social, para realizar o acompanhamento das famílias. Recomendaram que estudos sociais deveriam ser elaborados por profissionais dessas áreas, a partir da observação da situação das presas e de seus filhos em suas residências, para atestar se, de fato, essas mulheres estão cuidando de sua prole. Esses estudos seriam encaminhados ao juízo, a fim de que se analisasse a possibilidade de revogação ou não do benefício.

Assim, constata-se que, pelas perspectivas dos sujeitos que atuam no sistema de Justiça da Comarca de Mossoró/RN, há pouca efetividade no cumprimento da prisão domiciliar, o que prejudica suas finalidades sancionatórias e protetivas, bem como sua credibilidade perante a sociedade.

Na prática, na Comarca de Mossoró, verificou-se que, apesar do espírito da lei, a prisão domiciliar significa a liberdade, pelo menos no que se refere à prisão provisória. Dessa forma, se sequer é fiscalizado o cumprimento do benefício, muito menos é fiscalizada a

convivência familiar entre mães e filhos, de maneira que não existem meios vigentes que assegurem o acompanhamento dos cuidados das genitoras com sua prole.

Diante disso, como afirmado pelos entrevistados, para um efetivo acompanhamento da situação familiar, faz-se necessária uma atuação multidisciplinar, com profissionais de várias áreas, principalmente da Assistência Social, a fim de que observem a realidade das residências, o que melhor garantirá a finalidade da lei.

REFERÊNCIAS

- ACHIAMÉ, Juliette Fratelli. A violação dos direitos humanos nas penitenciárias brasileiras. **UNISANTA Law and Social Science**, Santos, v.7, n.2, p. 307-332. 2018. ISSN: 2317-1308. Disponível em: <https://periodicos.unisanta.br/index.php/lss/article/view/1307/1259>. Acesso em: 21 nov. 2019.
- ALEIXO, Klelia Canabrava; PENIDO, Flávia Ávila. Creche penitenciária: a inclusão que exclui. **Percorso Acadêmico**. Revista interdisciplinar da PUC Minas no Barreiro. Belo Horizonte, v.7, n. 14, p. 318-331, jul/dez. 2017. ISSN 2236-0603. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/percursoacademico/article/view/16117>. Acesso em 07 já. 2020.
- AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Kátia., coord. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ARMELIN, Bruna Dal Fiume. Filhos do cárcere: estudo sobre as mães que vivem com seus filhos em regime fechado. **Revista da Graduação**. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, v. 3, n. 2, ago/dez. 2010. e-ISSN: 1983-1374. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/graduacao/article/view/7901>. Acesso em 07 já. 2020.
- ARPINI, Dorian Mônica. Repensando a Perspectiva Institucional e a Intervenção em Abrigos para Crianças e Adolescentes. **Psicologia: Ciência e Profissão**. Brasília, v. 23, n. 1, p. 70-75, mar. 2003. ISSN 1414-9893. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pcp/v23n1/v23n1a10.pdf>. Acesso em 24 já. 2020.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- BASTOS, Paulo Britto; REBOUÇAS, Gabriela Maia. Regras de Mandela: um estudo das condições de encarceramento no Brasil segundo a resolução da ONU. **Revista de Direitos Humanos em Perspectiva**, Porto Alegre, v.4, n. 2, p. 146-162, jul/dez. 2018. ISSN: 2526-0197. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331084592_REGRAS_DE_MANDELA_UM_ESTUDO_DAS_CONDICOES_DE_ENCARCERAMENTO_NO_BRASIL_SEGUNDO_A_RESOLUCAO_DA_ONU. Acesso em: 21 nov. 2019.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.347/1991. **Diário do Congresso Nacional**, Brasília, 1992. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD05MAR1992.pdf#page=30>. Acesso em: 21 nov. 2019.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 335/1995. **Diário do Congresso Nacional**, Brasília, 1995. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD07JUN1995.pdf#page=39>. Acesso em: 21 nov. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok:** Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/cd8bc11ffdc397c32eecdc40afbb74.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Tóquio:** Regras Mínimas Padrão das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Mandela:** Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2019.

BRASIL, **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 02 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 5.256, de 6 de abril de 1967.** Dispõe sobre a prisão especial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5256.htm. Acesso em: 02 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979.** Código de Menores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm. Acesso em: 02 jan. 2020.

BRASIL, **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 09 nov. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 02 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 02 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.046, de 18 de maio de 1995.** Acrescenta parágrafos ao art. 83 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9046.htm. Acesso em: 09 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.460, de 4 de junho de 1997.** Altera o art. 82 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, que institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9460.htm. Acesso em: 09 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.048, de 8 de novembro de 2000.** Dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10048.htm. Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL, **Lei nº 10.258, de 11 de julho de 2001.** Altera o art. 295 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, que trata de prisão Especial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10258.htm. Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 12 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.942, de 28 de maio de 2009.** Dá nova redação aos arts. 14, 83 e 89 da Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11942.htm. Acesso em: 09 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011.** Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm. Acesso em 15 nov. 2019.

BRASIL, **Lei nº 12.852, de 5 de agosto de 2013.** Institui o Estatuto da Juventude e dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude - SINAJUVE. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12852.htm. Acesso em: 09 dez. 2019.

BRASIL, **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 09 dez. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016.** Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância, altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm. Acesso em 02 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016.** Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13300.htm. Acesso em: 26 dez. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), as Leis nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13769.htm. Acesso em 02 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019**. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em: 12 jan. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Resolução n. 04/2009**. Disponível em: <https://www legisweb.com.br/legislacao/?id=112041>. Acesso em: 21 nov. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias - INFOPEN Mulheres** – 2. ed. / SANTOS, Thandara et al (Orgs). 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Acesso em: 21 nov. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. **Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão**. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/201clugar-de-crianca-nao-e-na-prisao-nem-longe-de-sua-mae201d-diz-pesquisa/pesquisa-dar-a-luz-na-sombra-1.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 426.526/RJ**. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik. Julgado em: 12.02.2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=91565593&num_registro=201703073354&data=20190220&tipo=51&formato=HTML. Acesso em: 09 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 87.901/AL**. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. 5ª Turma. Julgado em: 18.12.2007, DJ de 25.02.2008. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8707651/habeas-corpus-hc-87901-al-2007-0176646-5?ref=juris-tabs>. Acesso em 15 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 138.986/DF**. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. 6ª Turma. Julgado em: 17.11.2009, DJ de 07.12.2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=928688&num_registro=200901125961&data=20091207&formato=HTML. Acesso em 15 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 135.634/RS**. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. 5ª Turma. Julgado em: 21.10.2010, DJ de 16.11.2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1015177&num_registro=200900860820&data=20101116&formato=HTML. Acesso em 15 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 962.078/RS**. Rel. Min. Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado do TJRJ). 5ª Turma. Julgado em: 17.02.2011, DJ de 21.03.2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1038634&num_registro=200701398711&data=20110321&formato=HTML. Acesso em 15 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 352.467/RJ**. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. Julgado em: 15.04.2016, DJ de 20.04.2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=59604204&num_registro=201600829650&data=20160420&tipo=0. Acesso em: 25 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 362.922/PR**. Rel. Min. Nefi Cordeiro. 6ª Turma. Julgado em: 06.04.2017, DJ de 20.04.2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=71054589&num_registro=201601853469&data=20170420&tipo=5&formato=HTML. Acesso em: 25 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 399.760/SP**. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em: 08.08.2017, DJ de 15.08.2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=75221536&num_registro=201701116301&data=20170815&tipo=5&formato=HTML. Acesso em 25 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 380.369/DF**. Rel. Min. Ribeiro Dantas. Julgado em: 19.09.2017, DJ de 27.09.2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=76779764&num_registro=201603127175&data=20170927&tipo=5&formato=HTML. Acesso em 26 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 441.781/SC**. Rel. Min. Nefi Cordeiro. 6ª Turma. Julgado em: 12.06.2018, DJ de 16.06.2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=82886694&num_registro=201800645330&data=20180619&tipo=51&formato=HTML. Acesso em: 09 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 487.763/SP**. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em: 02.04.2019, DJ de 16.04.2019. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=93981589&num_registro=201900001686&data=20190416&tipo=5&formato=HTML. Acesso em: 09 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 516.883/SP**. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em: 20.08.2019, DJ de 30.08.2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/750935281/andamento-do-processo-n-516883-habeas-corpus-30-08-2019-do-stj?ref=feed>. Acesso em: 09 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.107/SP**. Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgado em: 08.01.2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=292124537&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 142.279/CE**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 20.06.2017, DJ 182 de 17.08.2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13385571>. Acesso em 25 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 20.02.2018, DJ de 09.10.2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 168.900/MG**. Rel. Min. Marco Aurélio. 1ª Turma. Julgado em: 24.09.2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751618214>. Acesso em: 09 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 953**. 23 a 27 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo953.htm>. Acesso em: 09 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF**. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em: 09.09.2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 23 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 641.320/RS**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 11.05.2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>. Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 56**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>. Acesso em 15 nov. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 64/2018**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7638604&ts=1571777637725&disposition=inline>. Acesso em: 21 nov. 2019.

CAL, Carla Monteaperto. Histórico ODM. **Secretaria de Governo da Presidência da República**, 28 jun. 2017. Disponível em: http://www4.planalto.gov.br/ods/assuntos/copy_of_historico-odm. Acesso em: 02 jan. 2020.

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul, n. 29, p. 22-43, jan/jun. 2008. ISSN 1982-9957. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/657/454>. Acesso em 07 jan. 2020.

DIELO, Alessandra Araújo. **Invisibilidade e opressão: alternativas para o desencarceramento feminino no brasil**. 32f. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso. (Bacharelado em Direito). Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017. Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2017/09/alessandra_dielo_20171.pdf. Acesso em: 23 nov. 2019.

ENTENDA o caso Alyne. **Agência Senado**, 14 nov. 2013. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/11/14/entenda-o-caso-alyne>. Acesso em: 26 dez. 2019.

ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. **Lei Complementar Estadual nº 165/1999**. Disponível em: http://www.tjrn.jus.br/files/Legisla%C3%A7%C3%A3o/LEI_DE_ORGANIZAO_JUDICIRIA_-_COMPILAO_ATUALIZADA_AT_A_RESOLUO_07-TJ-07-03-18.pdf. Acesso em: 09 jan. 2020.

FALTA de vaga em presídio não autoriza domiciliar automaticamente, define STJ. **Revista Consultor Jurídico**, 27 ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-27/falta-vaga-presidio-nao-autoriza-domiciliar-automaticamente>. Acesso em: 15 nov. 2019.

FARINELLI, Carmen Cecilia; PIERINI, Alexandre José. O Sistema de Garantia de Direitos e a Proteção Integral à criança e ao adolescente: uma revisão bibliográfica. **O Social em Questão**. Rio de Janeiro, Ano XIX, nº 35, p. 63-86, 2016. Disponível em: http://osocialemquestao.ser.puc-rio.br/media/OSQ_35_3_Farinelli_Pierini.pdf. Acesso em: 04 jan. 2020.

FERREIRA, Emanuel de Melo. O reconhecimento do direito à terra dos quilombolas a partir do multiculturalismo dos direitos humanos. In: CONPEDI/UNINOVE. (Org.). **Direito internacional dos direitos humanos I**. 1ªed. Florianópolis: FUNJAB, 2013, v. 1, p. 401-430. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=bef4d169d8bddd17>. Acesso em: 07 jan. 2020.

GALVÃO, Mayana Camila Barbosa; DAVIM, Rejane Marie Barbosa. Ausência de assistência à gestante em situação de cárcere penitenciário. **Cogitare Enfermagem**. Paraná, v.

18, n. 3, p. 452-459, 2013. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/cogitare/article/view/33554/21053>. Acesso em: 26 dez. 2019.

INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA. **Mulheres em prisão**: desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória de mulheres. [S.1]: ITTC, 2017. Disponível em: http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio_final_online.pdf. Acesso em: 26 dez. 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.

MACHADO, Juliana Dantas. **Maternidade encarcerada**: uma análise da substituição da prisão preventiva pela domiciliar das mulheres gestantes e com filhos menores de 12 anos no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 77f. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso. (Bacharelado em Direito). FGV DIREITO RIO. Escola de Direito do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18983/JULIANA%20DANTAS%20MACHADO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 21 nov. 2019.

MAPA Funcional da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Norte. **DPE/RN**, 24 dez. 2019. Disponível em: <https://defensoria.rn.def.br/sites/default/files/2019-12/Quadro%20Funcional%20da%20Defensoria%20-%20Atualizado%20em%2024.12.2019.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2020.

MAPA Funcional do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. **MP/RN**, 24 jan. 2020. Disponível em: <http://www.mp.rn.gov.br/mapafuncional/default.asp?cod=2>. Acesso em: 24 jan. 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Execução penal**: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

MONTENEGRO, Manuel Carlos. Jovem, negra e mãe solteira: a dramática situação de quem dá à luz na prisão. **Agência CNJ de notícias**, 18 set. 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/jovem-negra-e-mae-solteira-a-dramatica-situacao-de-quem-da-a-luz-na-prisao/>. Acesso em 02 jan. 2019.

MONFREDINI, Maria Isabel. Criança e adolescente: Proteção e garantia de direitos. **Universitas**. Mogi Mirim, Faculdade Santa Lúcia, ano 10, n. 19, p. 57-84, jul/dez. 2016. Disponível em: <https://revistauniversitas.inf.br/index.php/UNIVERSITAS/article/viewFile/265/182>. Acesso em: 07 jan. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Execução Penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão, medidas alternativas e liberdade**: comentários à lei 12.403/2011. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OLIVEIRA, Ramon Rebouças Nolasco de. **Educação jurídica em contextos de inovação pedagógica e sociocultural**: a experiência brasileira nas perspectivas docente e discente da FD-UNB e UFERSA, 2019, 510f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2019.

PNUD explica transição dos Objetivos do Milênio aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. **ONU Brasil**, 08 dez. 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pnud-explica-transicao-dos-objetivos-do-milenio-aos-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel/>. Acesso em: 02 jan. 2020.

QUEM somos. Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ. **UERJ Direitos**, 2014. Disponível em: <http://uerjdireitos.com.br/a-clinica/quem-somos>. Acesso em: 26 dez. 2019.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal**: teoria crítica. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ROMA, Júlio César. Os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio e sua transição para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. **Ciência e Cultura**, São Paulo, v. 71, n.1, p. 33-39, jan/mar. 2019. ISSN 2317-6660. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252019000100011. Acesso em: 02 jan. 2020.

SAIBA mais. **Alana**, 2020. Disponível em: <https://alana.org.br/saiba-mais/>. Acesso em 07 jan. 2020.

SANTOS, Denise. *et al.*. Crescimento e Desenvolvimento de Crianças na Casa de Acolhimento no Contexto Prisional. In: **Congresso Ibero-americano de Investigação Qualitativa**, 6., 2017, Salamanca. Atas... Salamanca: Investigação Qualitativa em Saúde, v. 2, 2017, p. 140-145. Disponível em: <https://proceedings.ciaiq.org/index.php/ciaiq2017/article/view/1203/1164>. Acesso em: 07 jan. 2020.

SANTOS, Marcos Davi dos. *et al.*. **Formação em pré-natal, puerpério e amamentação**: práticas ampliadas. 1. ed. – São Paulo: Fundação Maria Cecília Souto Vidigal, 2014. Disponível em: http://agendaprimeirainfancia.org.br/arquivos/caderno_03_web_cor.pdf. Acesso em: 07 jan. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, abr. 1998. ISSN 2238-

5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169>. Acesso em: 04 jan. 2020.

STELLA, Claudia. Filhos de mulheres presas: o papel materno na socialização dos indivíduos. **Estudos e Pesquisas em Psicologia**. UERJ. Rio de Janeiro, ano 9, n. 2, p. 292-306, 2º semestre de 2009. ISSN: 1808-4281. Disponível em: <http://www.revispsi.uerj.br/v9n2/artigos/pdf/v9n2a03.pdf>. Acesso em 07 jan. 2020.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, volume 3. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1: parte geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *et al.*. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

APÊNDICE 01

TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO – TCLE

Esclarecimentos

Este é um convite para participar da pesquisa intitulada “Análise dos limites normativos e jurisprudenciais para concessão do direito de prisão domiciliar para mães e gestantes presas: as perspectivas dos sujeitos que atuam no sistema de justiça da Comarca de Mossoró/RN”, realizada pela graduanda Brenda Novaes Saraiva, sob a orientação do Prof. Dr. Ramon Rebouças Nolasco de Oliveira, no âmbito do Programa de Graduação em Direito da UFERSA.

A participação é voluntária, o que significa que o(a) convidado(a) poderá desistir a qualquer momento, retirando seu consentimento, sem que isso lhe traga prejuízo ou penalidade.

Essa pesquisa tem o objetivo de compreender as perspectivas dos sujeitos que atuam no sistema de Justiça da Comarca de Mossoró acerca dos limites para concessão do direito de prisão domiciliar para mães e gestantes presas.

Caso aceite o convite, entraremos em contato para realização de uma entrevista, orientada por um roteiro de perguntas, com duração média de 30 (trinta) minutos, presencialmente.

Para análise dos dados coletados na entrevista, pedimos autorização para gravar o áudio do diálogo (que não será divulgado para terceiros), sendo resguardado o sigilo referente ao nome da pessoa entrevistada, a qual não será identificada na publicação dos resultados da pesquisa.

Qualquer dúvida a respeito desta pesquisa poderá ser sanada em contato com o orientador, o Prof. Dr. Ramon Rebouças Nolasco de Oliveira (ramon.reboucas@ufersa.edu.br) e/ou com a pesquisadora, Brenda Novaes Saraiva (brendasaraiva96@gmail.com).

Consentimento Livre e Esclarecido

Estou de acordo com a participação na pesquisa descrita acima. Fui devidamente esclarecido(a) quanto ao objetivo da pesquisa e ao procedimento ao qual serei submetido(a). Foram-me garantidos os esclarecimentos e o direito de desistir da participação em qualquer momento. Autorizo a gravação da entrevista (que não será compartilhada com terceiros) e a utilização das minhas respostas na pesquisa, garantido o anonimato e o sigilo dos dados referentes à minha identificação.

Nome _____ completo _____ do(a) _____
entrevistado(a): _____
_____, ____ de _____ de _____.

Participante da pesquisa

Pesquisador responsável

APÊNDICE 02

INSTRUMENTO DE COLETA DE PERGUNTAS

Entrevistado(a): _____.

Data da entrevista:_____ Local da entrevista:_____.

1) O(a) senhor(a) aprova os critérios estabelecidos pelo art. 318 do CPP, os quais preceituam que a prisão preventiva será substituída pela prisão domiciliar quando a agente for gestante ou mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos?

2) O(a) senhor(a) concorda com os parâmetros trazidos pelo art. 318-A do CPP, quando preveem que a prisão preventiva será substituída por prisão domiciliar, para gestantes e mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência, desde que elas não tenham cometido crime com violência ou grave ameaça à pessoa ou não tenham cometido o crime contra seu filho ou dependente?

3) O(a) senhor(a) defende ou acredita que há situações em que poderia ou deveria ser negada a concessão da prisão domiciliar à indiciada/acusada/presa que cumpra os requisitos do art. 318-A? Em caso positivo, quais situações o(a) senhor(a) acredita que poderiam excepcionar a prisão domiciliar?

4) O(a) senhor(a) defende ou entende possível ampliar as situações de prisão domiciliar para gestantes ou mães de criança, ainda que a acusada ou a presa não cumpra os requisitos do art. 318-A do CPP?

- 5) O(a) senhor(a) considera que os parâmetros do art. 318-A se destinam a atender ao princípio da absoluta prioridade dos direitos da criança? Nesse sentido, acredita que a prisão domiciliar, realmente, atenderá ao melhor interesse da criança?
- 6) O(a) senhor(a) considera que merece prioridade a convivência familiar das crianças com suas genitoras ou o cumprimento de uma prisão provisória?
- 7) O(a) senhor(a) considera a concessão de prisão domiciliar uma faculdade ou um poder-dever (obrigatoriedade) do juiz? Se sim, quais critérios devem guiar essa discricionariedade do julgador?
- 8) O(a) senhor(a) acha que as consequências da prisão são estendidas às crianças que as presas levam no ventre e àquelas já nascidas, violando o princípio da intranscendência, segundo o qual “nenhuma pena passará da pessoa do condenado” (art. 5º, XLV, CF/88)?
- 9) O(a) senhor(a) acredita que o direito à prisão domiciliar pode motivar gestações apenas para evitar o encarceramento?
- 10) Como o(a) senhor(a) avalia a concessão de prisão domiciliar para presas definitivas (com sentença condenatória transitada em julgado) segundo os critérios de serem gestantes e mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência? Isso significaria “impunidade”?
- 11) Como pensar na efetividade do cumprimento da prisão domiciliar sem que haja desvio de sua finalidade sancionatória e protetiva? Há necessidade de fiscalização ou de outras medidas?

12) Na comarca de Mossoró, presas em prisão domiciliar utilizam tornozeleiras eletrônicas? O(a) senhor(a) acredita que o uso de tornozeleiras é um meio adequado para fiscalizar a pena e garantir a convivência familiar das crianças?

13) Quais as formas de fiscalizar/acompanhar os cuidados das presas beneficiárias da prisão domiciliar, nos termos do art. 318-A do CPP, com seus filhos, ou seja, a convivência familiar? Na Comarca de Mossoró, essas formas são efetivas ou precisam ser aperfeiçoadas em alguns aspectos? Caso necessitem ser aperfeiçoadas, quais seriam esses aspectos?