

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Thauana Nicole Horst

**A PROTEÇÃO À MATERNIDADE E AS NOVAS HIPÓTESES DE PRISÃO
DOMICILIAR**

Porto Alegre
2019

THAUANA NICOLE HORST

**A PROTEÇÃO À MATERNIDADE E AS NOVAS HIPÓTESES DE PRISÃO
DOMICILIAR**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharela no curso de Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade

Porto Alegre

2019

THAUANA NICOLE HORST

**A PROTEÇÃO À MATERNIDADE E AS NOVAS HIPÓTESES DE PRISÃO
DOMICILIAR**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharela no curso de Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em 12 de dezembro de 2019.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Dr. Mauro Fonseca Andrade
(Orientador)

Professor Me. Marcus Vinícius Aguiar Macedo

Professor Dr. Odone Sanguiné

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade o estudo da proteção à maternidade no cárcere à luz da prisão domiciliar no direito brasileiro. Assim, dedica-se, inicialmente, ao surgimento do instituto na Lei de Execução Penal. E, diante da situação precária das prisões brasileiras, será observada a ampliação das hipóteses de concessão do benefício pela jurisprudência. Em seguida, busca-se explorar a evolução das regras de proteção no âmbito do direito internacional e a influência que elas exercem no direito interno, especialmente no Brasil. Após, empenha-se à análise da segregação domiciliar no Código de Processo Penal, principalmente em relação às hipóteses que indicam a concessão do benefício às mães e gestantes. Nesse sentido, será investigado como as novas possibilidades instituídas pelo legislador foram recepcionadas pela jurisprudência. Por fim, a partir da exposição do desenvolvimento normativo, do debate doutrinário e da interpretação jurisprudencial, constatou-se que há uma preocupação do ordenamento jurídico com a tutela da maternidade. No entanto, revela-se ainda uma necessidade de adaptação dos preceitos legais estudados à realidade, bem como da uniformização da jurisprudência.

Palavras-chave: Prisão domiciliar. Maternidade. Cárcere.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to study the protection of motherhood in prison of house arrest under Brazilian law. It is initially dedicated to the emergence of the institute in the Penal Execution Law. Given the precarious situation of the Brazilian prisons, it will be observed the expansion of the chances of granting the benefit by case law. Seeks to explore the evolution of protection rules under international law and their influence on domestic law, especially in Brazil. It undertakes to analyze family segregation in the Code of Criminal Procedure, especially in relation to the hypotheses that indicate the granting of the benefit to mothers and pregnant women. It will be investigated how the new possibilities introduced by the legislator were accepted by the case law. Finally, from the presentation of normative development, doctrinal debate and jurisprudential interpretation, it was found that there is a concern of the legal system with the protection of motherhood. However, there is still a need to adapt the studied legal precepts to reality, as well as to standardize jurisprudence.

Key-Words: House Arrest. Maternity. Prision.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 A PRISÃO DOMICILIAR NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL	8
2.1 A ORIGEM DO INSTITUTO E SEU DESENVOLVIMENTO NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO	8
2.1.1 Introdução à Lei de Execução Penal.....	9
2.1.2 O Surgimento da Prisão Domiciliar no Brasil.....	10
2.2 O CONCEITO DE PRISÃO DOMICILIAR	12
2.3 AS POSSIBILIDADES DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.....	14
2.4 EXCEÇÕES ÀS HIPÓTESES LEGAIS PELA ÓTICA DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA	17
3 O DIREITO INTERNACIONAL E A PROTEÇÃO À MATERNIDADE NO CÁRCERE	23
3.1 A SITUAÇÃO DEGRADANTE DAS MULHERES NO CÁRCERE	23
3.1.1 Brasil	24
3.1.2 Portugal.....	29
3.2 SÍNTESE COMPARATIVA	33
3.3 A EVOLUÇÃO DAS NORMAS DE PROTEÇÃO	34
4 A PRISÃO DOMICILIAR COMO MEDIDA CAUTELAR	39
4.1 CONTEXTO E DESENVOLVIMENTO	39
4.2 AS MEDIDAS CAUTELARES SOB O ASPECTO LEGAL	41
4.2.1 A Prisão domiciliar.....	44
4.3 MÃES NO CÁRCERE: AS NOVAS HIPÓTESES DE PRISÃO DOMICILIAR	49
4.4 A RECEPÇÃO DOS INCISOS IV E V DO ART. 318 DO CPP PELA JURISPRUDÊNCIA.....	52
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
REFERÊNCIAS	59

1 INTRODUÇÃO

O sistema prisional brasileiro está em crise. Os presídios enfrentam graves problemas estruturais e de superlotação, sendo que o impacto da ausência de Estado nesse ambiente é ainda maior sobre a vida da mulher. Isso porque os estabelecimentos não estão adequados às diferenças de gênero, principalmente às especificidades em relação à gestação e à maternidade. Logo, a prisão domiciliar assume um papel relevante e surge como uma alternativa ao cárcere, sobretudo diante o aumento considerável do aprisionamento feminino. Ainda, tendo em vista seu caráter humanitário, pode ser considerada uma forma de tutelar, dentre outras hipóteses, a maternidade.

Nesse contexto, o presente estudo visa à análise da proteção à maternidade à luz do desenvolvimento do instituto da prisão domiciliar no direito brasileiro. Busca-se pesquisar desde sua origem até o superveniência das hipóteses definidas pelos incisos IV e V do art. 318 do Código de Processo Penal e a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus Coletivo* nº 143.641.

A pesquisa abrange o aspecto legislativo, bem como a evolução da discussão doutrinária e das decisões jurisprudenciais. Ainda, objetiva observar criticamente se essas mudanças correspondem a uma preocupação do ordenamento jurídico brasileiro de amparo às mães e gestantes em restrição de liberdade. Em seguida, propõe-se a investigar se o benefício domiciliar tem sido concedido.

Nesse sentido, no primeiro capítulo, dedica-se ao surgimento da custódia domiciliar no direito brasileiro, mais precisamente na Lei de Execução Penal. A finalidade é, inicialmente, justificar a origem do benefício e defini-lo. Após, demonstrar que com o art. 117 do aludido diploma legal e seu caráter taxativo, os magistrados concediam restritivamente o benefício, consoante as hipóteses elencadas. Porém, ante as mazelas da prisão, a jurisprudência e parte da doutrina passaram a entender pela ampliação desse instituto na execução penal.

Posteriormente, no segundo capítulo, empenha-se à exposição de dados do encarceramento feminino em uma perspectiva comparada entre Brasil e Portugal. Desse modo, serão traçados os perfis das mulheres presas, bem como apresentadas informações acerca das condições para o exercício da maternidade e a gestação dentro do cárcere.

Serão evidenciadas, portanto, as dificuldades enfrentadas e as normas que disciplinam a segregação das mulheres nos dois países acima referidos. Após, será estudada a evolução das regras de direito internacional quanto às temáticas: prisão, gênero e maternidade; e a influência que estas disposições exercem no desenvolvimento do direito interno dos países, com atenção ao caso brasileiro.

No terceiro capítulo, serão caracterizadas as medidas cautelares diversas da prisão, dentre elas a prisão domiciliar com destaque aos incisos IV e V do art. 318 do diploma processual penal. Em seguida, a partir da exposição bibliográfica, será explanado como esses incisos têm sido recepcionados pela jurisprudência, mediante a análise do *Habeas Corpus* nº 143.641 e seus efeitos.

Nessa acepção, será evidenciada a relevância do estudo das inovações legislativas e dos entendimentos exarados pela doutrina e jurisprudência quanto à necessidade de interpretação da Lei de Execução Penal, das normas de Direito Internacional e do Código de Processo Penal, sob o prisma dos princípios constitucionais com o intuito de proteger a maternidade.

Por fim, com base em todo o conteúdo que será desenvolvido e pesquisado ao longo deste trabalho, busca-se ponderar as normas apresentadas com a tutela estatal das questões de gênero, da maternidade e do infante, sobretudo em razão da vulnerabilidade imposta pela prisão e suas condições precárias. Ademais, será importante destacar as dificuldades encontradas e as recomendações para enfrentá-las.

2 A PRISÃO DOMICILIAR NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Nesta seção, busca-se debater sobre a origem do instituto da prisão domiciliar no direito brasileiro, introduzido pela Lei de Execução Penal. Além disso, explana-se o contexto de surgimento desse benefício e seu conceito definido pela doutrina.

Ainda, neste capítulo, dedica-se à análise das possibilidades de concessão da *benesse* no âmbito da execução penal. Ademais, diante do Estado de Coisas Inconstitucionais no sistema prisional brasileiro, caracterizado pela “violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura”,¹ conforme julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, será estudado o movimento de ampliação das hipóteses legais pela ótica da doutrina e jurisprudência.

2.1 A ORIGEM DO INSTITUTO E SEU DESENVOLVIMENTO NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO

Para facilitar a compreensão do trabalho, serão abordados os aspectos gerais da Lei de Execução Penal. Isso porque há um abismo entre a lei que disciplina a execução e a realidade fática dos presídios brasileiros, sendo essa discrepância fator que contribui para o desenvolvimento do benefício da prisão domiciliar.

Nesse sentido, após a breve introdução à Lei de Execução, dedica-se à análise do surgimento da prisão domiciliar até a redação atual do art. 117 do referido diploma legal.² Assim, a partir dessa exposição, será pesquisada a necessidade de ampliar a custódia domiciliar diante da situação carcerária encontrada no Brasil.

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347-DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 09/09/2015.

² BRASIL. Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 21/05/2019.

2.1.1 Introdução à Lei de Execução Penal

A Lei de Execução Penal nº 7.210 de 1984 dispõe, em síntese, acerca da efetivação da pena aplicada em sentença ou decisão criminal, disciplinando em que termos se dará a execução das disposições fixadas no *decisum*.³ Com o trânsito em julgado, seja por ausência de apelação defensiva ou porque foram exauridas todas as vias recursais, a sentença será convertida em título executivo judicial.⁴

A execução penal está fundamentada na Teoria Mista que disciplina que a natureza retributiva da pena não se restringe à punição pelo delito, mas também visa à prevenção da reiteração criminosa. Ainda, é possível extrair da letra da lei a finalidade de, para além de disciplinar as questões relacionadas ao cárcere, reabilitar o apenado.⁵

Soma-se a isso que a execução, a partir do entendimento da sua natureza jurisdicional,⁶ deverá seguir as garantias constitucionais. Nesse ínterim, destaca-se o princípio da humanidade da pena quando dispõe, por exemplo, que “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”.⁷

E, ainda, o cumprimento de pena deverá ser pautado na dignidade da pessoa humana, objetivando a proteção aos direitos, à integridade física e moral do condenado,⁸ bem como deverá assegurar a aplicação do princípio da intranscendência.⁹ Isto é, os efeitos da norma, do processo e da pena não deverão ultrapassar a pessoa que praticou o delito.¹⁰

Nesse sentido, é nessa lei, conforme será exposto, que o instituto da prisão domiciliar será limitado mediante o estabelecimento de requisitos para a concessão

³ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 31.

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p 941.

⁵ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução Penal**. 1ª ed. São Paulo: Forense, 2014. p 1.

⁶ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 33.

⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21/05/2019. Acesso em: 21/05/2019.

⁸ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução Penal**. 1ª ed. São Paulo: Forense, 2014.p 8.

⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21/05/2019. Acesso em: 21/05/2019.

¹⁰ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 34.

da *benesse*.¹¹ Além disso, se desenvolverá em razão da falência do cárcere, assim como diante da omissão do poder público em relação a sua competência de fornecer os meios adequados à efetivação das disposições legislativas.

Desse modo, há uma conseqüente violação de preceitos constitucionais que impulsiona a ação dos magistrados para impedir constrangimentos ilegais e oferecer uma alternativa à questão da ausência de estabelecimentos.¹² Essa falta de Estado viola a coisa julgada, o princípio da legalidade e toda a sistemática da execução penal brasileira.¹³

Portanto, ainda que a Lei de Execução Penal mencione expressamente o caráter taxativo das hipóteses do seu art. 117,¹⁴ pelas razões expostas, haverá um acentuado desenvolvimento jurisprudencial. Ou seja, um movimento de expansão do benefício tanto quanto aos regimes, mas também quanto às condições e ante as mais diversas provocações processuais no âmbito da prisão domiciliar na execução.

2.1.2 O Surgimento da Prisão Domiciliar no Brasil

No direito brasileiro, a prisão domiciliar, inicialmente, veio tipificada na Lei nº 5.256/67¹⁵ visando ao recolhimento do preso provisório em seu domicílio. Isso em lugares onde inexistiam estabelecimentos adequados à segregação cautelar na modalidade da prisão especial.¹⁶

Contudo, em 1977, com o advento da Lei nº 6.416¹⁷ que instituiu o regime aberto, bem como definiu que ele deverá ser cumprido em casa albergado ou estabelecimento adequado, há um impacto na aplicação do direito diante da dificuldade da realização prática do que é preconizado na inovação legislativa. Os problemas de efetivação da lei são justificados pela insuficiência de vagas, mas

¹¹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p 353.

¹² MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 186.

¹³ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p 355.

¹⁴ BRASIL. Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 21/05/2019.

¹⁵ BRASIL. Lei Nº 5.256, de 6 de abril de 1967. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5256.htm>. Acesso em: 21/05/2019.

¹⁶ MIRABETE, Júlio Fabrini e FABBRINI, Renato N. **Execução Penal**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 506.

¹⁷ BRASIL. Lei Nº 6.416, de 24 de maio de 1977. **Planalto**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6416.htm>. Acesso em: 21/05/2019.

principalmente, pela inexistência de albergues para acomodar os apenados aptos ao regime aberto nas mais diversas comarcas do país.¹⁸

Assim, com a finalidade de não violar as garantias introduzidas pela nova lei, os magistrados passaram a conceder a prisão-albergue domiciliar. Porém, nesse aspecto, em contraposição à atualidade da execução penal, inexistiam mecanismos de controle e fiscalização desse benefício, bem como limites para a sua concessão. Desse modo, para evitar uma forma de impunidade dentro da legalidade, a prisão albergue domiciliar se tornou a *ultima ratio* dos aplicadores do direito.¹⁹

É nesse contexto que, em 1984, com a entrada da Lei de Execução Penal, são estabelecidas taxativamente no art. 117 do referido diploma legal,²⁰ as hipóteses em que o apenado do regime aberto poderá ser agraciado com a prisão domiciliar. Desse modo, a regra geral desse regime é o cumprimento em casa albergado e, em situações específicas, o recolhimento domiciliar.²¹

Demais disso, em junho de 2010, sobreveio a Lei nº 12.258²² que facultou ao magistrado o deferimento da prisão albergue domiciliar mediante monitoramento eletrônico.²³ Isto é, uma possibilidade de fiscalização do cumprimento da pena em domicílio.

Diante do exposto, é necessário destacar que a realidade da maioria das comarcas brasileiras não está ajustada ao regime aberto. Tal problemática obstaculiza a finalidade de ressocialização e humanização por meio da execução penal, bem como a sistemática de progressão de regime.²⁴

Ademais, considerando a impossibilidade de efetivar o cumprimento em meio aberto conforme as premissas legais, mais especificamente o art. 93 da Lei de Execução Penal²⁵ e art. 33, § 1º, *alínea c*, do Código Penal,²⁶ a jurisprudência assumirá a função de solucionar essa controvérsia. Por conseguinte, indicará a

¹⁸ MIRABETE, Júlio Fabrini e FABBRINI, Renato N. **Execução Penal**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 506.

¹⁹ MIRABETE, Júlio Fabrini e FABBRINI, Renato N. **Execução Penal**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 507.

²⁰ BRASIL. Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 21/05/2019.

²¹ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 183.

²² BRASIL. Lei Nº 12.258, de 15 de junho de 2010. **Planalto**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12258.htm>. Acesso em 25/05/2019.

²³ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 184.

²⁴ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 185.

²⁵ BRASIL. Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 21/05/2019.

²⁶ BRASIL. **Código Penal (1940)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 21/05/2019.

possibilidade da concessão da prisão domiciliar ante a inexistência de estabelecimentos, a todos os condenados ao regime aberto, em que pese o caráter taxativo do dispositivo que prevê a prisão domiciliar.²⁷

2.2 O CONCEITO DE PRISÃO DOMICILIAR

Antes de definir a prisão domiciliar na execução penal, é necessário ressaltar que ela não se confunde com a medida cautelar prevista no diploma processual penal. Isso porque em que pese ambas sejam substitutivas da segregação carcerária, enquanto a primeira é modalidade de cumprimento de pena utilizada em situações excepcionais, a segunda é hipótese de substituição da prisão preventiva passível de ser aplicada durante a persecução penal.²⁸

Para Renato Marcão, a prisão-albergue domiciliar é modalidade de prisão aberta, na qual o legislador objetiva abrandar o rigor punitivo estatal,²⁹ enumerando hipóteses taxativas de execução da pena do regime aberto em domicílio. Mirabete e Fabbrini discordam da terminologia utilizada por Marcão, afirmando que é um equívoco denominar o benefício como prisão-albergue domiciliar, justificando que por ser domiciliar, não há como ser ao mesmo tempo prisão albergue.³⁰

Mirabete e Fabbrini discorrem, ainda, que o fato de o apenado cumprir sua pena em casa não significa impunidade, ou que o indivíduo estará livre de regras e fiscalização. Por fim, afirmam que o preso domiciliar deverá seguir condições (horários, trabalho) que quando descumpridas acarretarão a perda do benefício.³¹

Avena, por sua vez, sustenta que a Lei Nº 7.210/84 indica, no art. 117,³² os casos em que o apenado poderá cumprir a pena de regime aberto em residência particular, explanando sua ideia acerca da prisão domiciliar. Todavia, o autor

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 639.

²⁸ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução Penal**. 1ª ed. São Paulo: Forense, 2014. p 216.

²⁹ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 183.

³⁰ MIRABETE, Júlio Fabrini; FABBRINI, Renato N. **Execução Penal**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p 518.

³¹ MIRABETE, Júlio Fabrini; FABBRINI, Renato N. **Execução Penal**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p 518.

³² BRASIL. Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 21/05/2019.

pondera que embora o rol do art. 117 da mencionada lei não seja exemplificativo, há um movimento jurisprudencial no sentido de estender as possibilidades.³³

Rodrigo Roig conceitua a prisão domiciliar a partir do art. 117 da Lei Nº 7.210/84,³⁴ reproduzindo o texto do dispositivo que aponta que somente será concedido o benefício domiciliar ao apenado do regime aberto quando: for maior de 70 anos; acometido de doença grave; ou ainda, à condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; ou gestante. Roig ressalta que essa é a regra geral, porém destaca que a jurisprudência tem admitido a concessão do benefício além das hipóteses previstas.³⁵

Demais disso, o jurista ressalta o caráter humanitário da *benesse* domiciliar. Em seguida, afirma que o rol não deveria ser considerado taxativo, pois quando colidente com os direitos fundamentais positivados na Constituição Federal, esses preponderarão. Nesse sentido, o autor avalia que é papel do Estado amenizar os efeitos negativos do cárcere sobre a vida dos apenados, sempre buscando medidas que facilitem a inserção do condenado no mercado de trabalho, na sociedade.³⁶

Já Nucci pondera que o fato de que em inúmeras comarcas brasileiras inexista casa albergado para a execução da pena em regime aberto, estimula o magistrado à concessão da prisão domiciliar nos mais diversos casos. Nessa acepção, afirma que essa situação é um desastre da falta de políticas públicas estatais no âmbito penal.³⁷

O autor destaca, também, que é de suma importância acabar com a ideia punitivista de que o condenado à privação de liberdade consequentemente deverá perder seus direitos fundamentais. Quando perde a liberdade, o ser humano deveria perder a disponibilidade de seus direitos conexos a ela, mas jamais de suas

³³ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução Penal**. 1ª ed. São Paulo: Forense, 2014. p 214.

³⁴ BRASIL. Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 21/05/2019.

³⁵ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p 354.

³⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p 354.

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.p 945.

garantias à integridade moral e física, sobretudo à dignidade humana.³⁸ Nesses termos, a prisão domiciliar faz jus ao caráter humanitário atribuído por Roig.³⁹

Ademais, é importante referir que os artigos 114, 115 e 116 da Lei de Execução Penal⁴⁰ tratam dos requisitos gerais do regime aberto, os quais o preso domiciliar também deverá preencher e se ajustar às condições. Por fim, Roig sustenta que quando violada uma das condições, ocasionando a revogação do benefício, o tempo que o preso usufruiu de domiciliar deverá ser contabilizado no tempo de cumprimento de pena, consoante entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de *Habeas Corpus* nº 131.845 MG.⁴¹

2.3 AS POSSIBILIDADES DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO

O art. 117 da Lei de Execução Penal determina, nos seus incisos, as quatro situações específicas em que o magistrado poderá conceder ao apenado - necessariamente - do regime aberto, o cumprimento da pena em domicílio,⁴² *in verbis*:

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.⁴³

Esse dispositivo excetua a regra geral da execução da pena em regime aberto que determina o cumprimento em casa albergado ou estabelecimento

³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.p 945.

³⁹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p 353.

⁴⁰ BRASIL. Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 21/05/2019.

⁴¹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p 55.

⁴² MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 183.

⁴³ BRASIL. Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 21/05/2019.

adequado, vide art. 33, § 1º, alínea c, do Código Penal.⁴⁴ Assim, as hipóteses elencadas no art. 117 da Lei de Execução Penal⁴⁵ são taxativas.⁴⁶

Quando concedida a segregação domiciliar, o juízo da execução poderá dispensar a obrigação ao trabalho quando a condição do apenado não permitir.⁴⁷ Nesse sentido, importante aprofundar sobre as particularidades de cada um dos casos de concessão do benefício.

No primeiro inciso do mencionado artigo, em relação ao condenado maior de 70 (setenta) anos, essa opção do legislador se deve diante da baixa periculosidade que esse indivíduo oferece à sociedade em razão da sua idade, bem como das questões relacionadas à fragilidade pela senilidade.⁴⁸ O artigo faz referência à concessão no momento de início da execução, ou quando completados os 70 (setenta) anos e estando em casa albergado, passar a fazer jus ao benefício.⁴⁹

Nessa linha, Avena assevera as naturais dificuldades que uma pessoa de 70 anos, ou mais, teria ao enfrentar a pena.⁵⁰ Afirma que para o deferimento do benefício nessa situação, o magistrado deve ponderar a idade do apenado e o tempo de cumprimento de pena. O autor pontua ainda que apesar do Estatuto do Idoso em 2003⁵¹ colocar na sua esfera de proteção os idosos a partir de 60 anos, o entendimento da Lei de Execução Penal segue inalterado até então, pois a opção legislativa ao editar o Estatuto, foi de não modificar o critério para a domiciliar.⁵²

Já Roig pondera que a interpretação sistemática do Estatuto do Idoso permitiria concluir pela mudança da idade de 70 para 60 anos. Justifica seu pensamento em razão do Estatuto dispor sobre a integridade física, psíquica e moral do idoso, sendo uma lei mais específica e atual em relação à temática.⁵³

⁴⁴ BRASIL. **Código Penal (1940)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 21/05/2019.

⁴⁵ BRASIL. Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 21/05/2019.

⁴⁶ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 183.

⁴⁷ MIRABETE, Júlio Fabrini e FABBRINI, Renato N. **Execução Penal**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 519.

⁴⁸ MIRABETE, Júlio Fabrini e FABBRINI, Renato N. **Execução Penal**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 518.

⁴⁹ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução Penal**. 1ª ed. São Paulo: Forense, 2014.p 215.

⁵⁰ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução Penal**. 1ª ed. São Paulo: Forense, 2014.p 215.

⁵¹ BRASIL. Lei Nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 19/10/2019.

⁵² ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p 356.

⁵³ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p 356.

Além disso, importante referir que no Brasil inexistem estabelecimentos adequados à condição idosa no cárcere, contrariando o disposto no art. 82, § 1º da Lei de Execução Penal.⁵⁴ Logo, a ausência de locais aptos configura motivo suficiente à concessão do benefício, consoante a previsão legal.⁵⁵

A segunda hipótese se refere ao condenado acometido de doença grave. Assim, quando for demonstrado nos autos que o cuidado adequado não pode ser realizado no cárcere, pela rede pública, ou que o ambiente põe em risco a vida do apenado diante de sua saúde debilitada, ele fará *jus* ao recolhimento domiciliar. Importante referir que o fato do indivíduo portar um vírus ou ter histórico de doenças não é justificativa suficiente para o deferimento da *benesse*.⁵⁶

Nesse sentido, a noção de doença grave está associada àquela que não pode ser curada, ou é de difícil cura, que necessita de tratamento específico. Sendo assim, precisará o preso comprovar que não está tendo o suporte necessário dentro do cárcere, ou que está em estágio terminal, para ter acesso ao benefício.⁵⁷

Roig discorda da necessidade de provar os cuidados especiais, ou a imprescindibilidade do tratamento fora da prisão. O jurista argumenta que a lei não exige isso e, portanto, a jurisprudência não o pode fazer, pois configura uma transgressão ao princípio da legalidade.⁵⁸

A doença alegada poderá ser atestada pela equipe médica da casa prisional, pelo médico indicado pelo juiz da execução, ou ainda, se o magistrado consentir, pelo médico particular do apenado. O Ministério Público, por sua vez, poderá contestar o laudo anexado aos autos, ocasião em que o juízo da execução nomeará perito para sanar a dúvida.⁵⁹

As últimas duas situações de prisão domiciliar estão relacionadas ao objeto de análise deste trabalho, pois tratam da proteção à maternidade. A condenada ao

⁵⁴ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p 356.

⁵⁵ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p 357.

⁵⁶ MIRABETE, Júlio Fabrini e FABBRINI, Renato N. **Execução Penal**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 518.

⁵⁷ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução Penal**. 1ª ed. São Paulo: Forense, 2014. p 215.

⁵⁸ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p 358.

⁵⁹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p 357.

regime aberto com filho menor, deficiente físico ou mental, poderá cumprir a pena em residência particular, bastando a comprovação dessas condições nos autos.⁶⁰

Para Avena, a apenada precisa comprovar que é indispensável ao cuidado dos filhos, não sendo suficiente a simples juntada de certidão de nascimento ao pedido.⁶¹ Roig diverge da necessidade de demonstração, pontuando, mais uma vez, que se trata de uma violação à legalidade. Afirma que essa necessidade deve ser presumida.⁶²

A quarta possibilidade do dispositivo supracitado faz menção à presa gestante com a finalidade de assegurar as garantias necessárias à condição gestacional.⁶³ Nesse caso, a grávida precisa estar em uma situação clínica delicada, demonstrando que o cárcere não oferece o devido cuidado.⁶⁴ Um posicionamento em sentido contrário é o de que a única prova necessária é o atestado de gravidez, o risco à gestação deve ser presumido em razão da situação precária das penitenciárias femininas no Brasil.⁶⁵

2.4. EXCEÇÕES ÀS HIPÓTESES LEGAIS PELA ÓTICA DA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

A Lei de Execução Penal é clara na natureza restritiva das situações de possibilidade da *benesse* domiciliar. Todavia, diante da inércia do Estado em promover políticas no âmbito da segurança pública e ajustar a execução penal aos preceitos legais, os aplicadores do direito com o intuito de evitar constrangimentos ilegais, têm concedido a prisão domiciliar.⁶⁶

A omissão do poder público em relação ao sistema carcerário pode ser observada nos regimes fechado, semiaberto, mas sobretudo no aberto. Isso porque nos dois primeiros casos a principal problemática é a ausência de vagas, assim

⁶⁰ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p 359.

⁶¹ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução Penal**. 1ª ed. São Paulo: Forense, 2014.p 215.

⁶² ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p 358.

⁶³ MIRABETE, Júlio Fabrini e FABBRINI, Renato N. **Execução Penal**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 518.

⁶⁴ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução Penal**. 1ª ed. São Paulo: Forense, 2014.p 215.

⁶⁵ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p 359.

⁶⁶ MIRABETE, Júlio Fabrini e FABBRINI, Renato N. **Execução Penal**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p 507.

como as condições precárias dos estabelecimentos. Contudo, no regime mais brando, a questão é mais complexa, tratando-se da inexistência de estabelecimentos para o cumprimento da medida.⁶⁷

Assim, as ideias de ressocialização e humanização, basilares da teoria da execução penal – prevenção geral e prevenção especial – e que atribuem ao Estado legitimidade e justificam seu poder para punir, mostram-se fracassadas.⁶⁸ Acrescenta-se, também, a violação ao princípio da individualização quando o apenado executa a pena em regime mais gravoso que o fixado na sentença.

Nesse contexto, surge o debate acerca da possibilidade do condenado ao regime aberto que não se enquadra nas hipóteses taxativas do art. 117 da Lei de Execução Penal⁶⁹ cumprir sua pena em casa.⁷⁰ Conforme Avena, a atividade jurisprudencial majoritária se desenvolveu no sentido de que inexistentes vagas ou estabelecimentos adequados ao regime fixado, o deferimento do benefício é legítimo.⁷¹ Nucci, por sua vez, afirma que essa extensão das possibilidades feita pelos magistrados infelizmente ocorre e contraria o objetivo da execução penal.⁷²

A partir de uma breve pesquisa jurisprudencial no site do Supremo Tribunal Federal, é possível encontrar decisão, inclusive do pleno, no sentido de que as hipóteses são limitadas, portanto, não podem ser excepcionadas.⁷³ Porém, em sentido contrário também existe julgado com fundamento no constrangimento ilegal ao apenado, sustentando que embora a lei seja taxativa, vedando a extensão pelo magistrado, a jurisprudência a faz em consonância aos princípios constitucionais.⁷⁴

Já o Superior Tribunal de Justiça, em decisão proferida em 1993, defendeu que o Estado deveria assumir uma postura ativa e possibilitar a execução do regime aberto nos termos da lei. Caso contrário, caberia aos magistrados resolver o conflito entre a ausência de estabelecimentos e o direito do apenado ao regime fixado na sentença ou à progressão. O *decisum* afirma, também, que por analogia ao art. 117

⁶⁷ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 185.

⁶⁸ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 186.

⁶⁹ BRASIL. Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 21/05/2019.

⁷⁰ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p 355.

⁷¹ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução Penal**. 1ª ed. São Paulo: Forense, 2014. p 215.

⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p 980.

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 68.118-SP**. Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 19/12/1990.

⁷⁴ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 187.

da Lei de Execução Penal⁷⁵, a prisão domiciliar seria uma das possibilidades diante da ausência de casa albergado.⁷⁶

Ante a controvérsia na aplicação do dispositivo nos mais diversos tribunais do país, em 2016 o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 56 (cinquenta e seis) com efeito vinculante. O enunciado dispõe que “a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no Recurso Extraordinário 641.320/RS⁷⁷”.⁷⁸

Da Súmula Vinculante e do Recurso Extraordinário 641.320/RS⁷⁹, extrai-se, em síntese, que o Supremo Tribunal Federal já considerava quase pacífico o entendimento exarado, inclusive tendo proferido diversas decisões nesse sentido na última década. Contudo, ainda existiam casos de presos mantidos ilegalmente em regime mais gravoso que o fixado. Por isso, a necessidade do efeito vinculante.

Da extensa argumentação utilizada pelos ministros, destaca-se que os direitos fundamentais dos presos precisam ser preservados, reafirmando a vedação ao excesso de execução estatal. Além disso, é debatida a problemática que reflete diretamente na sociedade ao serem colocadas pessoas que cometeram crimes menos graves para cumprir a pena com quem está segregado por delitos mais graves.

Nesse sentido, durante as discussões em torno da súmula, Barroso discorre acerca da prisão domiciliar, a qual define como uma “alternativa humanitária e barata para um país que não tem dinheiro para investir no sistema, ao sistema que é degradado e degradante”. Levandovski, em seguida, faz menção ao valor da monitoração eletrônica dos presos domiciliares: R\$ 170,00 (cento e setenta reais) o

⁷⁵ BRASIL. Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 01/06/2019.

⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 32.180/7- SP**. Quinta Turma. Relator: Ministro Assis Toledo. DJ: 15/03/1993.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 641.320-RS**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 11/05/2016.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 56**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>>. Acesso em: 01/06/2019.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 641.320-RS**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 11/05/2016.

aluguel da tornozeleira e compara ao preso cumprindo pena no cárcere que custa R\$ 1.700,00 (um mil e setecentos reais) mensalmente aos cofres públicos.⁸⁰

Ainda, conforme a súmula, a ausência de vagas ou estabelecimentos não suspende a execução da pena até o momento que a figura estatal adote uma postura ativa e ofereça soluções. O posicionamento é de que enquanto o poder público não estabelecer políticas para o sistema prisional, a pena poderá ser cumprida em domicílio mediante fiscalização.

Soma-se a isso que nos debates de proposição da súmula, os ministros do Supremo Tribunal Federal fazem um pedido ao legislativo para que reformule a Lei de Execução Penal e a adeque à realidade do país. Desse modo, estarão efetivamente protegidas as garantias fundamentais inerentes ao ser humano.

Na mesma esteira, Marcão se posiciona afirmando que a realidade encontrada é distante da lei. Por isso, os magistrados devem seguir ampliando a concessão da prisão domiciliar enquanto persistir a inércia estatal em resolver os problemas de segurança pública no Brasil.⁸¹

Atualmente, outro debate recorrente na jurisprudência é a possibilidade da concessão do recolhimento domiciliar ao apenado do regime fechado que se enquadra nas hipóteses do art. 117 da Lei de Execução Penal.⁸² Justifica-se tal medida pelo “Estado de Coisas Inconstitucionais”⁸³ dos presídios e o impacto que um ambiente nessas condições pode causar aos grupos elencados no dispositivo.

Nesse ínterim, seguindo a lógica de proteção aos direitos básicos do ser humano, a jurisprudência passou a deferir o recolhimento domiciliar aos apenados em regime fechado, portadores de doença grave, quando o tratamento não pode ser realizado dentro do cárcere.⁸⁴ Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem demonstrado esse entendimento em situações que entende configurado o

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Proposta de Súmula Vinculante Nº 57 Distrito Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_56__PSV_57.pdf>. Acesso em: 01/06/2019.

⁸¹ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 187.

⁸² BRASIL. Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 21/05/2019.

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 MC/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 09/09/2015.

⁸⁴ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 189.

constrangimento ilegal do sujeito: *Habeas Corpus* 431.775⁸⁵, Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 376.326⁸⁶ e *Habeas Corpus* 366.517⁸⁷.

Mirabete discorda dessa posição, o autor discorre que o benefício não abrange os regimes fechado ou semiaberto. Afirma que a prisão domiciliar deve ser destinada exclusivamente aos presos do aberto porque o dispositivo é claro ao definir o seu caráter taxativo.⁸⁸

Renato Marcão, no mesmo sentido, destaca que esse entendimento viola o sistema de progressão. O jurista justifica que trata-se de uma mudança de regime por salto, sem observar a ordem progressiva do mais rigoroso (fechado) ao intermediário (semiaberto) e, por último, ao mais brando (aberto). Alega que essas etapas fazem parte do processo de ressocialização do condenado.⁸⁹

Ainda, discute-se na jurisprudência a possibilidade de concessão da *benesse* aos casos em que o motivo da condenação é um crime hediondo ou equiparado a ele.⁹⁰ O Supremo Tribunal Federal já proferiu decisão indicando que essa motivação não é suficiente para obstaculizar o deferimento da prisão domiciliar, devendo ser analisado o caso concreto. A Corte entende que a dignidade da pessoa humana deverá preponderar.⁹¹

Roig faz considerações em relação à prisão domiciliar no caso da superlotação dos presídios. O autor destaca que embora existam julgados em sentido contrário, para ele é caso de concessão do benefício porque presídios com a ocupação muito além da sua capacidade “transcende a simples privação, tornando ilegal a prisão”.⁹²

Diante dessa situação muito recorrente no sistema prisional brasileiro, três são as possibilidades colocadas pelo jurista: a renúncia à execução da pena pelo

⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ***Habeas Corpus* nº 431.775–SC**. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. DJ: 01/02/2018.

⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ***Agravo Regimental no Habeas Corpus* nº 376.326-SP**. Relator: Ministro Felix Fischer. DJ: 16/03/2017.

⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ***Habeas Corpus* nº HC nº 366.517-DF**. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. DJ: 27/10/2016.

⁸⁸ MIRABETE, Júlio Fabrini e FABBRINI, Renato N. ***Execução Penal***. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 519.

⁸⁹ MARCÃO, Renato. ***Curso de Execução Penal***. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 184.

⁹⁰ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. ***Execução Penal***. 1ª ed. São Paulo: Forense, 2014.p 216.

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* nº 83.358-SP**. Relator: Ministro Carlos Britto. DJ: 04/06/2004.

⁹² ROIG, Rodrigo Duque Estrada. ***Execução Penal: teoria crítica***. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p 355.

Estado; a suspensão imediata da prisão; e, subsidiariamente, a colocação desse apenado em regime domiciliar.⁹³

Por fim, ressalta-se que os juízes ao interpretarem extensivamente o art. 117 da Lei de Execução Penal⁹⁴ em benefício do condenado, baseiam-se nos princípios fundamentais de um Estado social e democrático de direito⁹⁵. Com isso, busca-se que a aplicação e execução da lei penal estejam em consonância com a Constituição Federal.

⁹³ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p 355.

⁹⁴ BRASIL. Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 21/05/2019.

⁹⁵ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. v.1. São Paulo: Saraiva, 2007. p 10.

3 O DIREITO INTERNACIONAL E A PROTEÇÃO À MATERNIDADE NO CÁRCERE

Nesse capítulo, empenha-se ao desenvolvimento da pesquisa no âmbito do direito internacional. Para isso, serão comparadas as realidades de Brasil e Portugal quanto à maternidade na prisão. A escolha pelo país lusitano se deu em razão da proximidade linguística e do vínculo histórico entre os dois países, inclusive no âmbito do direito.

Em seguida, busca-se realizar um compilado das normas de direito internacional quanto ao tema. Nesse sentido, o estudo visa à ponderação da tutela da maternidade no âmbito externo. Ainda, propõe-se a verificar a influência que as regras internacionais exercem no direito interno dos países, em especial no Brasil.

3.1 A SITUAÇÃO DEGRADANTE DAS MULHERES NO CÁRCERE

Atualmente, o Brasil ocupa o 3º lugar no ranking que mede os números da população prisional no mundo com aproximadamente 784.347 (setecentos e oitenta e quatro mil trezentos e quarenta e sete) presos. Portugal, por sua vez, está na 84ª posição com 13.055 (treze mil e cinquenta e cinco) apenados.⁹⁶ E, considerada a proporcionalidade, o Brasil possui um percentual de 6,9% e Portugal de 6,4% de mulheres dentre o número total de apenados, os países ocupam a 52ª e a 62ª posição no ranking do encarceramento feminino, respectivamente.⁹⁷

Demais disso, importante referir que a população de Portugal⁹⁸, segundo dados atualizados, é de 10.269.312. Já no Brasil, são 209.895.949 de pessoas.⁹⁹ Considera-se, também, que em 2016 o Brasil ocupava a 4ª posição com 549.577 (quinhentos e quarenta e nove mil quinhentos e setenta e sete) presos, enquanto

⁹⁶ INTERNACIONAL CENTER FOR PRISIONAL STUDIES, **Word Prision Brief**. Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/female-prisoners?field_region_taxonomy_tid=24>. Acesso em: 11/05/2019.

⁹⁷ INTERNACIONAL CENTER FOR PRISIONAL STUDIES, **Word Prision Brief**. Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/female-prisoners?field_region_taxonomy_tid=24>. Acesso em: 11/05/2019.

⁹⁸ PORTUGAL. **PORDATA, Base de Dados Portugal Contemporâneo**. Disponível em: <<https://www.pordata.pt/Portugal>>. Acesso em 11/05/2019.

⁹⁹ BRASIL. **IBGE, Projeção da População do Brasil**. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em: 11/05/2019.

Portugal estava na 74ª com 13.877 (treze mil oitocentos e setenta e sete).¹⁰⁰ Ou seja, ao passo que no sistema prisional brasileiro há um aumento no número de apenados, elevando sua posição no ranking, em Portugal, o desencarceramento rebaixou o país em dez posições.

Assim, a partir desses dados, dedica-se à análise da situação das mulheres que estão em privação de liberdade. Nesse sentido, será estudado como as particularidades de gênero são enfrentadas no âmbito internacional, mais especificamente em Brasil e Portugal.

3.1.1 Brasil

Consoante dados do Banco Nacional de Monitoramento de Presos (BNMP), a população carcerária brasileira atingiu o número de 784.347 (setecentos e oitenta e quatro mil trezentos e quarenta e sete) pessoas, dentre as quais 745.824 (setecentos e quarenta e cinco mil oitocentos e vinte e quatro) são homens e 40.154 (quarenta mil cento e cinquenta e quatro) mulheres.¹⁰¹ Atualmente, a taxa média de ocupação dos presídios brasileiros é de 167%.¹⁰²

No que tange ao encarceramento feminino, o país ocupa o quarto lugar mundial em relação ao número de mulheres presas¹⁰³. Dentre elas, 74% são mães, 50% têm idade entre 18 (dezoito) e 29 (vinte e nove) anos, 62% são negras, 45% possuem ensino fundamental incompleto e 62% são solteiras.¹⁰⁴ Quanto aos delitos, 62% estão presas por tráfico de drogas, 11% por roubo, 9% por furto, sendo apenas

¹⁰⁰ MELLO, Daniela Canazaro de. **A Maternidade no Meio Prisional: vivências de mãe encarceradas na realidade brasileira e portuguesa**. 1ªed. Rio de Janeiro: *Lumen, iuris*, 2016.p 55.

¹⁰¹ BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça, Painel do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões 2.0**. Disponível em: <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shBNMPIIMAPA>. Acesso em: 07/05/2019.

¹⁰² INTERNACIONAL CENTER FOR PRISIONAL STUDIES, **Word Prision Brief**. Disponível em: <<http://www.prisonstudies.org/country/brazil>>. Acesso em: 11/05/2019.

¹⁰³ CARVALHO, Maria Isabel Cury Andrade de, CARDOSO, Guilherme Moraes. **O Feminino em Cárcere: Reflexões acerca do Tratamento dado às Mulheres pelo Sistema Prisional Brasileiro**. 15ª ed. Revista Científica Eletrônica do Curso de Direito de janeiro de 2019. pg 1. Disponível em <http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/teCTbHCzk5Prsfx_2019-2-28-14-42-54.pdf>. Acesso em: 15/05/2019.

¹⁰⁴ BRASIL. **Ministério da Justiça, Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres – 2ª Edição – dados de 2016**. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em: 09/05/2019.

6% as que estão encarceradas em razão de homicídio. Demais disso, 55% estão em execução de pena.¹⁰⁵

Assim, em geral, o sistema prisional brasileiro foi construído para atender às necessidades do homem - sobretudo quando a população carcerária feminina não chega a 10% do total de presos no Brasil – e teve a sua estrutura improvisada às mulheres.¹⁰⁶ Ou seja, devido à enorme disparidade entre o número de presos e presas e, tendo em vista a falência do sistema prisional, as questões relacionadas às mulheres não são prioridades nas políticas públicas.

Pelas razões acima referidas, há uma invisibilidade do aprisionamento feminino¹⁰⁷. Não há penitenciárias suficientes e na maioria dos casos elas não são construídas conforme as diferenças e especificidades de gênero. Ademais, a realidade destoava do disposto no Código Penal e na Lei de Execução, nos termos dos artigos 37¹⁰⁸ e 82, § 1º,¹⁰⁹ respectivamente, que determinam que as mulheres deverão cumprir a pena em estabelecimento próprio, observados os direitos inerentes à sua condição.

No contexto da diferenciação entre homens e mulheres na execução da pena, é importante frisar as questões de gênero e expor a ideia de que as "mulheres que cometem crimes, ainda hoje, são duplamente condenadas".¹¹⁰ Isto é, há a condenação penal, imposta pela lei, e a partir dela, o julgamento social em virtude

¹⁰⁵ BRASIL. Ministério da Justiça, **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres – 2ª Edição – dados de 2016**. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em: 09/05/2019.

¹⁰⁶ BRASIL. Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional – CEJIL; Associação Juízes para a Democracia – AJD; Instituto Terra, Trabalho e Cidadania – ITCC; Pastoral Carcerária Nacional – CNBB; Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD; Centro Dandara de Promotoras Legais Popular; Associação Brasileira de Defesa da Mulher, da Infância e da Juventude – ASRAD; Comissão Teotônio Vilela – CTV; Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Com apoio do Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher - CLADEM e do Programa para América Latina da International Women's Health Condition. **Relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil**, fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2013/02/Relato%CC%81rio-para-OEA-sobre-Mulheres-Encarceradas-no-Brasil-2007.pdf>>. Acesso em: 09/05/2019.

¹⁰⁷ MELLO, Daniela Canazaro de. **A Maternidade no Meio Prisional: vivências de mãe encarceradas na realidade brasileira e portuguesa**. 1ªed. Rio de Janeiro: *Lumen, iuris*, 2016. p 88.

¹⁰⁸ BRASIL. **Código Penal (1940)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 21/05/2019.

¹⁰⁹ BRASIL. Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 21/05/2019.

¹¹⁰ MATOS, Raquel; MACHADO, Carla. **Criminalidade feminina e construção do gênero: Emergência e consolidação das perspectivas feministas na Criminologia. Análise Psicológica, 2012**. Disponível em <<http://www.scielo.mec.pt/pdf/aps/v30n1-2/v30n1-2a05.pdf>>. Acesso em: 15/05/2019.

do juízo de que a ação criminosa é incompatível com a condição feminina e maternal.¹¹¹

Assim sendo, as funções de homem e mulher, atribuídas pela sociedade, estão intrinsecamente associadas ao papel da pena em relação às presas na medida que o comportamento delituoso não condiz com a mulher. Desse modo, as cadeias são construídas para homens e adaptadas às mulheres, sendo que a desigualdade entre os sexos, bem como a baixa população carcerária feminina obstaculizam a adequação desses estabelecimentos.¹¹²

As cadeias femininas precisam de uma estrutura especial, principalmente diante das diferenças biológicas e psicológicas entre os gêneros, assim como das construções sociais atribuídas a eles.¹¹³ Quer dizer, mulheres menstruam, engravidam, a maternidade e a paternidade são tratadas de formas distintas pela sociedade. Daniela Canazaro afirma que a cadeia reforça o machismo, a desigualdade, o patriarcado e as opressões sobre as mulheres, reproduzindo um ciclo de violência.¹¹⁴

Ocorre que nos últimos anos, proporcionalmente ao movimento de diminuição das desigualdades socio-econômico-estruturais entre os gêneros, há um crescente nas taxas de criminalidade pelas mulheres.¹¹⁵ De 2000 a 2016 esse acréscimo correspondeu a 656%, enquanto no número foi de homens 293% no mesmo período.¹¹⁶

Sustenta-se ainda que o advento da Lei de Drogas¹¹⁷ que equipara o tráfico à crime hediondo, contribuiu para o encarceramento feminino. Assim, configuram situações determinantes para esse aumento, o fato de que muitas das mulheres

¹¹¹ PEREIRA, Larissa Urruth; ÁVILA, Gustavo Noronha. **Política de Drogas e Aprisionamento Feminino – O Tráfico e o uso na Lei de Drogas**, 2013. p.5. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/46.pdf>>. Acesso em: 10/05/2019.

¹¹² MELLO, Daniela Canazaro de. **A Maternidade no Meio Prisional: vivências de mãe encarceradas na realidade brasileira e portuguesa**. 1ªed. Rio de Janeiro: *Lumen, iuris*, 2016.p 77.

¹¹³ GREGOL, Luciana Fernandes. **Maternidade no Cárcere – Um estudo reflexivo acerca da prisão feminina e o exercício da maternidade no sistema penitenciário brasileiro**. PUCRJ, 2016. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/29905/29905.PDF>>. Acesso em: 12/05/2019.

¹¹⁴ MELLO, Daniela Canazaro de. **A Maternidade no Meio Prisional: vivências de mãe encarceradas na realidade brasileira e portuguesa**. 1ªed. Rio de Janeiro: *Lumen, iuris*, 2016. p 79.

¹¹⁵ LEMGRUBER, Julita. **Cemitério dos Vivos: análise psicológica de uma prisão de mulheres**. 2ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 1999. p 2.

¹¹⁶ BRASIL. **Ministério da Justiça, Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres – 2ª Edição – dados de 2016**. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em: 07/05/2019.

¹¹⁷ BRASIL. Lei Nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Planalto**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 21/05/2019.

presas são chefes de família, bem como a necessidade de complementação da renda familiar. Outro fator é o relacionamento com homens envolvidos com o tráfico.

E nesse ínterim, com mais mulheres presas, conseqüentemente há mais mães presas. Assim, com o aumento no número de mulheres privadas de sua liberdade, novas questões devem ser debatidas.¹¹⁸ Primeiramente, importante referir que a Lei de Execução Penal determina que a execução não pode atingir direitos que não são objetos da condenação¹¹⁹. A lei dispõe que deve ser garantida a integridade física e moral dos condenados.¹²⁰

O mencionado diploma legal define que os estabelecimentos femininos terão berçários com a finalidade de assegurar os cuidados e a amamentação, no mínimo, até os 06 (seis) meses de idade.¹²¹ A lei aponta que deve existir uma seção para gestante, parturiente e creche para os filhos maiores de 06 (seis) meses e com até 07 (sete) anos de idade.¹²² Determina, também, que deverá ser ofertado o atendimento médico necessário.¹²³

Nessa acepção, no que diz respeito à maternidade, a maioria dos países entende pela possibilidade de os filhos pequenos morarem com sua mãe no cárcere. Contudo, o tempo que essas crianças podem permanecer ali, varia conforme o lugar.¹²⁴ No Brasil, pode chegar aos 07 (sete) anos,¹²⁵ dependendo da realidade penitenciária de cada Estado e do suporte que ela oferece.

No sistema prisional brasileiro, 50% das prisões femininas têm locais improvisados para atendimento aos filhos e apenas 14% têm berçário ou estrutura separada das galerias. Demais disso, somente 3% possuem creches.¹²⁶ No país,

¹¹⁸ LEMGRUBER, Julita. **Cemitério dos Vivos: análise psicológica de uma prisão de mulheres**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p 2.

¹¹⁹ BRASIL. Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 21/05/2019.

¹²⁰ BRASIL. Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 21/05/2019.

¹²¹ BRASIL. Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 21/05/2019.

¹²² BRASIL. Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 21/05/2019.

¹²³ BRASIL. Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 21/05/2019.

¹²⁴ MELLO, Daniela Canazaro de. **A Maternidade no Meio Prisional: vivências de mãe encarceradas na realidade brasileira e portuguesa**. 1ªed. Rio de Janeiro: *Lumen, iuris*, 2016. p 81.

¹²⁵ BRASIL. Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 21/05/2019.

¹²⁶ BRASIL. **Ministério da Justiça, Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres – 2ª Edição – dados de 2016**. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em: 02/05/2019.

não existe nenhuma penitenciária feminina que esteja em consonância com os preceitos legais em vigência.¹²⁷

Um olhar aprofundado para essa realidade implica em uma reflexão crítica acerca da proteção à infância pelo poder público. Nessa acepção, a necessidade da discussão sobre a qualidade do desenvolvimento do infante no contexto do cárcere. Ou seja, a análise da existência de estrutura para garantir os direitos básicos como o acesso à educação.

Para a gestante não há serviços de saúde como o oferecimento dos programas de pré-natal¹²⁸ e apenas 16% das prisões femininas têm espaços adequados às grávidas.¹²⁹ Além disso, a taxa de ocupação em relação às mulheres é de 156,7%. E, ainda, há casos de mulheres que são colocadas de forma ilegal em celas masculinas.¹³⁰ Ademais, em que pese a Constituição Federal garanta às lactantes o direito de permanecer com seu filho durante o período de amamentação, o Estado não fornece condições adequadas para isso.¹³¹

Nesse contexto, com o Estatuto da Criança e do Adolescente a questão das presas ganha visibilidade, não pelas mulheres, mas buscando amparar os filhos delas. O art. 9º consolida que é dever do Estado proteger e garantir o aleitamento materno, inclusive das mães que estão em privação de liberdade.¹³² Demais disso, deve assegurar a convivência familiar, o acesso à saúde e à educação, conforme dispõe o art. 4º.¹³³ Posteriormente, essa atuação protetiva estatal aumentará com o Marco Legal da Primeira Infância, promovendo alterações no Estatuto.

¹²⁷ RONCHI, Isabela Zanette. **A Maternidade e o Cárcere: uma análise de seus aspectos fundamentais**. PUCRS, 2017. Disponível em: <http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2018/03/isabela_ronchi_20172.pdf>. Acesso em 17/05/2019.

¹²⁸ MELLO, Daniela Canazaro de. **A Maternidade no Meio Prisional: vivências de mãe encarceradas na realidade brasileira e portuguesa**. 1ªed. Rio de Janeiro: *Lumen, iuris*, 2016. p 87.

¹²⁹ BRASIL. **Ministério da Justiça, Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres – 2ª Edição – dados de 2016**. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em: 02/05/2019.

¹³⁰ GRECO. Rogério. **Direitos humanos, Sistema Prisional e Alternativas à Privação de Liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011. p 268.

¹³¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21/05/2019.

¹³² BRASIL. Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 18/05/2019.

¹³³ BRASIL. Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 18/05/2019.

Ademais, o exercício da maternidade contribui para a ressocialização da presa¹³⁴ em razão da humanização da apenada e do suporte emocional que os filhos oferecem. Todavia, o ambiente prisional não está estruturado para fornecer os meios necessários à sua reabilitação.

Desse modo, a prisão domiciliar surge como alternativa humanitária para a gestante, assim como à condenada com filho menor. Esse instituto objetiva garantir a dignidade da pessoa humana, assegurando direitos mínimos à mulher para que receba tratamento apropriado às suas condições. Principalmente, diante da estrutura precária dos presídios femininos – quando existentes –, da superlotação e da impossibilidade de manter o infante nesse ambiente.

3.1.2 Portugal

Portugal, em 1997, atingiu a marca de 10% de mulheres dentre a população carcerária. Posteriormente, há uma considerável diminuição, passando para 627 (seiscentos e vinte e sete) o número de apenadas em 2010, o que corresponde a 5,4%.¹³⁵ Atualmente, a taxa média de ocupação dos presídios é de 99,7%.¹³⁶

Contudo, no ano de 2017, há um pequeno aumento nesse percentual, passando a representar 6,4% da totalidade, sendo 871 (oitocentos e setenta e um) o número de mulheres presas.¹³⁷ Observa-se, portanto, um acréscimo de 28% no encarceramento feminino,¹³⁸ porém sem ultrapassar o patamar de 10% nos últimos dez anos.¹³⁹

Ao identificar essas mulheres, extrai-se que 40,95% estão presas por tráfico de drogas, 24% por crimes contra o patrimônio (furto simples e qualificado, roubo e

¹³⁴ CÚNICO, Sabrina Daiana; BRASIL, Marina Valentim; BARCINSKI, Mariana. **A maternidade no contexto do cárcere: uma revisão sistemática. Estudos e Pesquisas em Psicologia**. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/epp/v15n2/v15n2a05.pdf>>. Acesso em: 18/05/2019.

¹³⁵ PORTUGAL. **Público, Número de mulheres presas estabilizou**. Disponível em <<https://www.publico.pt/2018/05/14/sociedade/noticia/numero-de-mulheres-presas-estabilizou-1829773>>. Acesso em: 18/05/2019.

¹³⁶ INTERNACIONAL CENTER FOR PRISIONAL STUDIES, **Word Prision Brief**. Disponível em: <<http://www.prisonstudies.org/country/portugal>>. Acesso em: 11/05/2019.

¹³⁷ PORTUGAL. **Relatório sobre o Sistema Prisional Tutelar**. Disponível em: <<https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=29dd78f7-d076-4d80-a09b-6b2c94ec09d5>>. Acesso em: 18/05/2019.

¹³⁸ PORTUGAL. **Jornal Mapa. Jornadas: as Prisões e as Mulheres**. Disponível em: <<http://www.jornalmapa.pt/2018/01/08/jornadas-as-prisoas-as-mulheres/>>. Acesso em: 18/05/2019.

¹³⁹ PORTUGAL. **Relatório sobre o Sistema Prisional Tutelar**. Disponível em: <<https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=29dd78f7-d076-4d80-a09b-6b2c94ec09d5>>. Acesso em: 18/05/2019.

burla simples e qualificada) e 16% por homicídio.¹⁴⁰ Além disso, em uma amostra de 32 detentas do Complexo de Tires, 92% possuem idade entre 21 e 40 anos.

Ademais, 93,7% são solteiras, dentre elas, 53,1% referem ter um companheiro. Quanto à escolaridade, 40,6% possuem ensino médio incompleto. Ainda, 84,4% estão em cumprimento de pena¹⁴¹. A idade média das apenadas portuguesas é de 40,7 anos.¹⁴²

No país, apenas em 1936 com o advento do decreto Lei nº 26.643, a questão da maternidade no cárcere foi evidenciada. A inovação legislativa trata das prisões especiais, dentre elas, para mulheres grávidas ou com filhos menores de três anos, como aponta o art. 102.¹⁴³ Assim, determinou-se a necessidade de uma prisão-maternidade ou de uma seção especial dentro dos presídios femininos.

Em seguida, no mesmo diploma legal, o art. 104 menciona que a prisão-maternidade terá uma creche para os filhos enquanto as mães exercem a atividade laboral.¹⁴⁴ E, nesse contexto, o art. 107 do aludido decreto-lei dispõe que os filhos com três anos ou mais, nos casos em que a mãe permanecer no cárcere, serão colocados à disposição do tribunal para que tome as medidas que julgar conveniente.¹⁴⁵

Posteriormente, o Decreto-lei nº 265 do ano de 1979 especifica no art. 161 que as prisões femininas deverão ter espaço especial para a mulher grávida, para a mulher com filho de até um ano e creche para a criança de até três anos.¹⁴⁶ Já em 2009, a Lei 115 determina no art. 4º que a execução penal deve atentar as

¹⁴⁰ PORTUGAL. **Dados: Estatísticas Prisionais (3º trimestre de 2016), Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais**. Disponível em <<https://24.sapo.pt/atualidade/artigos/ala-feminina-na-prisao-a-mulher-sofre-uma-dupla-punicao>>. Acesso em: 18/05/2019.

¹⁴¹ MELLO, Daniela Canazaro de. **A Maternidade no Meio Prisional: vivências de mãe encarceradas na realidade brasileira e portuguesa**. 1ªed. Rio de Janeiro: Lumen, iuris, 2016. p 158.

¹⁴² PORTUGAL. **Relatório sobre o Sistema Prisional Tutelar**. Disponível em: <<https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=29dd78f7-d076-4d80-a09b-6b2c94ec09d5>> Acesso em: 18/05/2019.

¹⁴³ PORTUGAL. **Decreto Lei Nº 26.643 (1936)**. Disponível em: <<https://dre.pt/application/file/361438>>. Acesso em: 18/05/2019.

¹⁴⁴ PORTUGAL. **Decreto Lei Nº 26.643 (1936)**. Disponível em: <<https://dre.pt/application/file/361438>>. Acesso em: 18/05/2019.

¹⁴⁵ PORTUGAL. **Decreto Lei Nº 26.643 (1936)**. Disponível em: <<https://dre.pt/application/file/361438>>. Acesso em: 18/05/2019.

¹⁴⁶ PORTUGAL. **Decreto Lei Nº 265 (1979)**. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/396771/details/maximized?perPage=100&q=Lei+n.%C2%BA%2010%2F97>>. Acesso em: 18/05/2019.

especificidades de gênero, inclusive a proteção da maternidade e educação parental.¹⁴⁷

Demais disso, o art. 7 da Lei 115 faz uma modificação importante em relação ao tempo de idade que o filho pode permanecer com a mãe. O dispositivo faculta até os 5 (cinco) anos nos casos em que haja autorização do outro titular da responsabilidade parental, bem como haja interesse do menor e condições necessárias no estabelecimento.¹⁴⁸

O instituto da prisão domiciliar, em Portugal denominado de regime de permanência em habitação, consolidou-se em 2017 com a Lei nº 94 que dispõe sobre a necessidade e adequação da medida no art. 43, *in verbis*:

Artigo 43.º Regime de permanência na habitação:

*1 - Sempre que o tribunal concluir que por este meio se realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da execução da pena de prisão e o condenado nisso consentir, são executadas em regime de permanência na habitação, com fiscalização por meios técnicos de controlo à distância.*¹⁴⁹

No artigo 44, o decreto fixa as condições de concessão e revogação do benefício, determinando, por exemplo, que a condenação não pode ter pena superior a dois anos. Estabelece, também, mecanismos de fiscalização como a vigilância eletrônica.¹⁵⁰ Destaca-se, ainda, o art. 20 do Código Penal que disciplina que a execução da pena está baseada na orientação de individualização da pena.¹⁵¹ Já o art. 24 trata do sistema de progressividade aliado ao regime de habitação, definindo que as restrições do confinamento em domicílio podem ser progressivamente reduzidas.¹⁵²

Em relação à realidade penitenciária, considerados os dados estatísticos e a proporção entre homens e mulheres presas, no ano de 1953 foi construído um único

¹⁴⁷ PORTUGAL. **Lei Nº 115 (2009)**. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/491690/details/maximized>>. Acesso em: 18/05/2019.

¹⁴⁸ PORTUGAL. **Lei Nº 115 (2009)**. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/491690/details/maximized>>. Acesso em: 18/05/2019.

¹⁴⁹ PORTUGAL. **Código Penal (Lei n.º 94/2017)**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2764&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=>>. Acesso em: 20/05/2019.

¹⁵⁰ PORTUGAL. **Código Penal (Lei n.º 94/2017)**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2764&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=>>. Acesso em: 20/05/2019.

¹⁵¹ PORTUGAL. **Código Penal (Lei n.º 94/2017)**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2764&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=>>. Acesso em: 18/05/2019.

¹⁵² PORTUGAL. **Código Penal (Lei n.º 94/2017)**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2764&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=>>. Acesso em: 18/05/2019.

complexo prisional às mulheres. A Cadeia Central de Mulheres de Tires foi inaugurada com espaço para 450 presas.¹⁵³

Anos mais tarde, com o aumento do encarceramento feminino, entendeu-se pela necessidade da construção de mais um estabelecimento destinado às necessidades femininas. Soma-se a isso que o outro estabelecimento feminino, complexo de Tires, está localizado na região central do país, Grande Lisboa.

Assim, para não afastar consideravelmente as reclusas moradoras do norte do país do seu lar e de sua família, foi construído o Estabelecimento Prisional Especial de Santa Cruz do Bispo Feminino. O complexo foi inaugurado em 2005, contando com creches, celas individuais para mães e filhos, além da segregação das apenadas de acordo com o regime de cumprimento de pena.¹⁵⁴

Ainda, nesse contexto, em razão do aumento no número de mulheres presas e com a finalidade de proteger o convívio familiar, são criadas alas femininas nos estabelecimentos prisionais. Em Tires, destaca-se a proteção à maternidade com a inauguração da Casa das Mães no ano de 2000. O ambiente possui capacidade para setenta reclusas.¹⁵⁵

No direito português, a partir dos 6 meses, obrigatoriamente a criança começa a frequentar a creche. Assim, são levadas pela manhã enquanto as presas exercem sua atividade laboral, profissionalizante ou estudam.¹⁵⁶ O local possui atividades que visam a desenvolver as habilidades social, intelectual, físico e emocional dos bebês.¹⁵⁷

Consoante o estudo da autora Daniela Canazaro, a Casa das Mães é um espaço que atenua o rigor punitivo estatal e que a maternidade é exercida com mecanismos adequados à situação. As mulheres presas nesse estabelecimento

¹⁵³ MELLO, Daniela Canazaro de. **A Maternidade no Meio Prisional: vivências de mãe encarceradas na realidade brasileira e portuguesa**. 1ªed. Rio de Janeiro: Lumen, iuris, 2016. 134.

¹⁵⁴ PORTUGAL. **Relatório sobre o Sistema Prisional Tutelar**. Disponível em: <<https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=29dd78f7-d076-4d80-a09b-6b2c94ec09d5>> Acesso em: 18/05/2019.

¹⁵⁵ MELLO, Daniela Canazaro de. **A Maternidade no Meio Prisional: vivências de mãe encarceradas na realidade brasileira e portuguesa**. 1ªed. Rio de Janeiro: Lumen, iuris, 2016. p 133.

¹⁵⁶ MELLO, Daniela Canazaro de. **A Maternidade no Meio Prisional: vivências de mãe encarceradas na realidade brasileira e portuguesa**. 1ªed. Rio de Janeiro: Lumen, iuris, 2016. p 140.

¹⁵⁷ MELLO, Daniela Canazaro de. **A Maternidade no Meio Prisional: vivências de mãe encarceradas na realidade brasileira e portuguesa**. 1ªed. Rio de Janeiro: Lumen, iuris, 2016. p 146.

possuem alguns benefícios em relação aos outros espaços existentes no complexo.¹⁵⁸

Além disso, O complexo de Tires conta com a Casa da Criança construída para atender crianças com idade superior a três e até cinco anos quando a mãe ainda tem pena a cumprir e a família não tem suporte para cuidá-las. Essa instituição é de 2001 e é caracterizada por ser um centro de acolhimento temporário. Os filhos visitam a mãe na prisão e são assistidos por um psicólogo.¹⁵⁹

Ainda, Canazaro relata que em contato com as reclusas portuguesas, elas afirmam que a maternidade auxilia a amenizar os efeitos da reclusão e que os filhos são um suporte emocional. Contudo, as presas contam que com o passar do tempo os filhos vão crescendo e começam a perceber que estão em um ambiente fechado, presos, principalmente quando as celas são fechadas ao anoitecer.¹⁶⁰

3.2 SÍNTESE COMPARATIVA

Assim, percebe-se algumas semelhanças entre Brasil e Portugal, ambos têm um sistema de progressão de regimes que leva em conta a conduta carcerária. Em razão disso, há um estímulo ao bom exercício da maternidade e comportamento prisional.¹⁶¹

Além disso, Daniela Canazaro aponta que em que pese a lei brasileira conceba a possibilidade das crianças ficarem no cárcere junto de suas mães, na realidade isso não ocorre. Evidenciando, mais uma vez, que as prisões brasileiras não estão adaptadas aos preceitos legais. No país lusitano, a Casa das Mães está

¹⁵⁸ MELLO, Daniela Canazaro de. **A Maternidade no Meio Prisional: vivências de mãe encarceradas na realidade brasileira e portuguesa**. 1ªed. Rio de Janeiro: Lumen, iuris, 2016. p 206.

¹⁵⁹ MELLO, Daniela Canazaro de. **A Maternidade no Meio Prisional: vivências de mãe encarceradas na realidade brasileira e portuguesa**. 1ªed. Rio de Janeiro: Lumen, iuris, 2016. p 148.

¹⁶⁰ MELLO, Daniela Canazaro de. **A Maternidade no Meio Prisional: vivências de mãe encarceradas na realidade brasileira e portuguesa**. 1ªed. Rio de Janeiro: Lumen, iuris, 2016. p 203.

¹⁶¹ MELLO, Daniela Canazaro de. **A Maternidade no Meio Prisional: vivências de mãe encarceradas na realidade brasileira e portuguesa**. 1ªed. Rio de Janeiro: Lumen, iuris, 2016. p 248.

em consonância com a legislação, o que permite que os filhos permaneçam mais tempo próximos de suas mães, dispondo de celas individuais e creches.¹⁶²

Ainda, importante referir que o sistema português, assim como o brasileiro, baseia-se na ideia de punir e reabilitar os condenados. Nesse sentido, embora haja superlotação no sistema português, ela não atinge o patamar da falência do sistema carcerário brasileiro. Outro fator importante é que ambos os países são orientados pela individualização da pena e pelo sistema de progressão. Desse modo, na teoria, sempre serão analisadas as particularidades da situação em concreto.¹⁶³

Por fim, pelo exposto, destaca-se que a estrutura carcerária portuguesa é muito superior à brasileira. A proteção ao infante e à maternidade é mais eficaz no direito e pelo poder público português. Ademais, é importante referir que a massa carcerária brasileira é muito maior que a portuguesa. Contudo, isso não justifica a violação de vários direitos fundamentais no âmbito do sistema prisional brasileiro.

Portanto, se o objetivo da prisão é ressocializar e humanizar, o Brasil deve repensar sua política criminal. O país insere mulheres grávidas e crianças em locais totalmente insalubres. Nessa acepção, o problema do exercício da maternidade no cárcere é agravado pela ausência estatal e o desamparo às mães presas e aos seus filhos.

3.3 A EVOLUÇÃO DAS NORMAS DE PROTEÇÃO

No âmbito do direito internacional, observa-se o desenvolvimento das normas relacionadas à prisão. A partir disso, constata-se uma preocupação com a tutela dos direitos humanos, sobretudo dos direitos das mulheres. Além disso, verifica-se que as disposições internacionais influenciarão diretamente a criação e aplicação das regras relacionadas à maternidade no cárcere no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, disciplina que os Estados devem garantir a proteção aos direitos humanos, fundamentais e inalienáveis, à dignidade da pessoa humana e às liberdades.

¹⁶² MELLO, Daniela Canazaro de. **A Maternidade no Meio Prisional: vivências de mãe encarceradas na realidade brasileira e portuguesa**. 1ªed. Rio de Janeiro: Lumen, iuris, 2016. p 249.

¹⁶³ MELLO, Daniela Canazaro de. **A Maternidade no Meio Prisional: vivências de mãe encarceradas na realidade brasileira e portuguesa**. 1ªed. Rio de Janeiro: *Lumen, iuris*, 2016. p 249.

Destaca-se o ponto 2 (dois) do art. XXV da declaração que dispõe que a maternidade e a infância têm direitos a cuidados e a assistência especial.¹⁶⁴

Posteriormente, em 1955, a questão do cárcere ganha destaque com a proposição pela Organização das Nações Unidas (ONU), das Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, aprovadas em 1957. Todavia, em que pese essas normas atentem à problemática prisional, elas não abordam com especificidade a questão da mulher presa. Definindo, de forma genérica, garantias fundamentais que devem ser observadas na gestão prisional e no tratamento dos reclusos.¹⁶⁵

Já no ano de 1979, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas aprovou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher. A convenção determina que os Estados devem se comprometer a não agir de forma discriminatória, bem como a adotar medidas que objetivam erradicar o preconceito de gênero, inclusive na esfera privada.¹⁶⁶ Além disso, no art. 4º possibilita a discriminação positiva como medida provisória para acelerar a diminuição das desigualdades de fato.¹⁶⁷

No âmbito das medidas punitivas, em 1990, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas formulou as Regras Mínimas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade. Conforme elas, os Estados devem estimular a aplicação de medidas alternativas à prisão. Além disso, as disposições apontam o dever de cuidado estatal para assegurar a proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos submetidos a qualquer grau de restrição de liberdade. Indicam, também, a importância da reabilitação do preso e do amparo aos direitos humanos.¹⁶⁸

Anos mais tarde, a partir da Declaração de Viena que trata sobre crime e justiça, Resolução 56/261 de 2002, os Estados se comprometem a orientar os aplicadores do direito, principalmente, quanto à situação das reclusas e seus filhos.

¹⁶⁴ ONU, **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 20/05/2019.

¹⁶⁵ ONU, **Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html>>. Acesso em: 20/05/2019.

¹⁶⁶ ONU, **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em: 20/05/2019.

¹⁶⁷ ONU, **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em: 20/05/2019.

¹⁶⁸ ONU, **Regras Mínimas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38.pdf>>. Acesso em: 20/05/2019.

Ademais, assumem o compromisso de apresentar propostas para a consolidação dessa declaração no âmbito do direito interno.¹⁶⁹

Em 2003, a Resolução 58/163 da Organização das Nações Unidas alerta para que os Estados, as instituições de direitos humanos internacional e as organizações não governamentais (ONGs) atentem à questão das mulheres no sistema prisional. Nessa acepção, dispõe sobre a importância de mapear problemas e formular soluções.¹⁷⁰

E, nesse contexto, no ano de 2006, mais uma vez a Organização das Nações Unidas chama a atenção para o dever de combater a discriminação contra as mulheres e a desigualdade de gênero, recomendando, por meio da Resolução 61/143, que os Estados definam estratégias positivas, destacando a necessidade de atenção às instituições que abrigam mulheres encarceradas/reclusas.¹⁷¹

Em 2008, a Resolução 63/241 traz mais avanços no âmbito da proteção aos indivíduos em restrição de liberdade. Nessa linha, discorre sobre a necessidade de que os Estados debatam sobre a proteção aos direitos dos infantes, especificamente os filhos de pessoas encarceradas.¹⁷²

Finalmente, em 2010, a Assembleia da Organização das Nações Unidas estabelece as Regras de Bangkok. Nessas disposições, a questão da justiça criminal está em destaque com foco nas mulheres em privação de liberdade. Portanto, são adotadas medidas correspondentes às distinções de gênero.¹⁷³

A Regra nº 2, por exemplo, determina que no momento anterior ao ingresso de mães responsáveis pela guarda de crianças, deverá ser permitido a elas a organização e a assistência necessária aos seus filhos. Além disso, dispõe que pode

¹⁶⁹ ONU, **Resolução 56/261 (2002)**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>> Acesso em: 20/05/2019.

¹⁷⁰ ONU, **Resolução 58/643 (2003) apud Regras de Bangkok**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf>> Acesso em: 20/05/2019.

¹⁷¹ ONU, **Resolução 61/143 (2006) apud Regras de Bangkok**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf>> Acesso em: 20/05/2019.

¹⁷² ONU, **Resolução 63/241 (2008) apud Regras de Bangkok**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf>> Acesso em: 20/05/2019.

¹⁷³ ONU, **Regras de Bangkok**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>> Acesso em: 20/05/2019.

ser facultada a possibilidade da suspensão da pena por um período razoável, sempre visando à proteção ao infante.¹⁷⁴

A Regra nº 5, por sua vez, refere que as acomodações destinadas às mulheres, às gestantes e lactantes devem ter estrutura adequada aos cuidados indispensáveis que cada uma das situações requer, bem como oferecer todo suporte às mães e seus filhos. Ainda, em relação aos cuidados com a saúde, indica que é preciso dispor de local para o tratamento de grávidas, para mulheres que tenham acabado de dar à luz e que quando possível, o parto deverá ser realizado em hospital civil.¹⁷⁵

Já a Regra nº 22 aponta que não podem ser aplicadas sanções disciplinares como o isolamento, para as mulheres gestantes, lactantes ou mães acompanhadas dos filhos no cárcere. Soma-se a isso, a Regra nº 42 que define que o regime deverá ser flexível para atender as necessidades das gestantes, lactantes e mulheres com filhos.¹⁷⁶

Em seguida, a Regra nº 48 determina que as gestantes e as lactantes deverão receber orientações de dietas adequadas a sua situação. Merece destaque, também, a Regra nº 64 que aponta que são preferíveis penas não privativas da liberdade para mulheres gestantes e com filhos como forma de assegurar a proteção aos direitos dos infantes. Contudo, há ressalvas aos casos de crimes graves, violentos ou com ameaça contínua.¹⁷⁷

Nessa acepção, o Brasil, com base nas Regras de Bangkok, mais especificamente a supracitada Regra nº 64, sancionou a lei nº 13.257 de 2016, também conhecida como Marco legal da 1ª Infância. Tal inovação fez modificações no Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como adicionou ao art. 318 do Código de Processo Penal os incisos IV, V e VI, disciplinando a possibilidade de concessão de prisão domiciliar para gestante e mulheres com filho até 12 anos incompletos, *in verbis*:

¹⁷⁴ ONU, **Regras de Bangkok.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>>. Acesso em: 20/05/2019.

¹⁷⁵ ONU, **Regras de Bangkok.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>>. Acesso em: 20/05/2019.

¹⁷⁶ ONU, **Regras de Bangkok.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>>. Acesso em: 20/05/2019.

¹⁷⁷ ONU, **Regras de Bangkok.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>>. Acesso em: 20/05/2019.

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
 IV - gestante; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)
 V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)
 VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)
 178

Importante destacar, também, as Regras de Mandela ou Regras Mínimas para o Tratamento de Presos, consolidadas em 2015. Essas normas adequam as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos de 1957 ao pensamento contemporâneo acerca do sistema carcerário. Assim, com base em todo o desenvolvimento normativo no âmbito do direito internacional, são indicados novos parâmetros de proteção aos indivíduos em cumprimento de pena.¹⁷⁹

Nesse sentido, a Regra nº 48,¹⁸⁰ reiterando a norma nº 24 das Regras de Bangkok,¹⁸¹ estabelece que não podem ser utilizadas medidas de restrição da liberdade em mulheres que estão em trabalho de parto, nem logo após o nascimento. Diante disso, em 2017, o Brasil editou a Lei nº 13.434 vedando o uso de algemas durante o trabalho de parto e da fase de puerpério imediato, consoante dispõe o parágrafo único do art. 292 do Código de Processo Penal.¹⁸²

À vista do exposto, observa-se a importância do desenvolvimento do direito internacional e a influência que ele exerce no ordenamento jurídico interno dos Estados. Portanto, tanto no âmbito nacional quanto no direito externo, há uma preocupação com o desenvolvimento de normas que garantam os direitos humanos. Dentre as regras, nota-se, também, uma evolução na tutela da maternidade no cárcere.

¹⁷⁸ BRASIL. **Código de Processo Penal (1941)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 20/05/2019.

¹⁷⁹ ONU, **Regras Mínimas para o Tratamento de Presos**. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>>. Acesso em: 20/05/2019.

¹⁸⁰ ONU, **Regras Mínimas para o Tratamento de Presos**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>>. Acesso em: 20/05/2019.

¹⁸¹ ONU, **Regras de Bangkok**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caa6a6086.pdf>>. Acesso em: 20/05/2019.

¹⁸² BRASIL. **Código de Processo Penal (1941)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 20/05/2019.

4. A PRISÃO DOMICILIAR COMO MEDIDA CAUTELAR

Nesta seção, busca-se compreender a conjuntura da evolução das medidas cautelares, principalmente do instituto da prisão domiciliar. O art. 318 disciplinado no Código de Processo Penal¹⁸³ é muito semelhante ao art. 117 da Lei de Execução Penal.¹⁸⁴

Nesse sentido, empenha-se à exposição da atividade legislativa, doutrinária e jurisprudencial e ao conseqüente aprimoramento da prisão domiciliar no direito brasileiro. Ao longo dos anos, novas hipóteses surgem no diploma processual penal, dentre elas, as que têm o intuito de proteger a maternidade.

Além disso, a finalidade de tutela das mães em restrição de liberdade é reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* 146.641.¹⁸⁵ Da análise da decisão, constata-se a tentativa da jurisprudência de minimizar os efeitos do cárcere sobre as mulheres e seus filhos mediante a concessão da *benesse* domiciliar.

4.1 CONTEXTO E DESENVOLVIMENTO

É de conhecimento público a falência do sistema carcerário que evidencia a situação precária das prisões. Observa-se a ausência de estrutura física e de assistência à saúde, bem como as limitadas opções de projetos de educação e formação profissional nesse espaço. Portanto, não são cumpridos os preceitos legais que objetivam a ressocialização ou garantidas condições mínimas de dignidade humana.¹⁸⁶

Nesse contexto, em um cenário de aumento significativo do encarceramento feminino, principalmente pelo crime de tráfico de drogas, é necessária uma ação estatal rápida para uma solução, ainda que provisória, dessa problemática. Isso porque a realidade brasileira de presídios superlotados não atende às normas de

¹⁸³ BRASIL. **Código de Processo Penal (1941)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 20/05/2019.

¹⁸⁴ BRASIL. Lei N° 7.210, de 11 de julho de 1984. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 19/10/2019.

¹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 143.641/SP**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ: 20/02/2018.

¹⁸⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas. 2008. p.89.

direitos humanos e, menos ainda, às individualidades de gênero. Em razão disso, o impacto da omissão estatal é ainda maior sobre a vida e o corpo da mulher.¹⁸⁷

Em relação às mulheres e à maternidade, uma gravidez implica em cuidados específicos, dieta saudável, acompanhamento pré-natal, assim como a não exposição ou permanência em um ambiente que possa comprometer o desenvolvimento gestacional. A criança, filha dessa presa, também necessita de uma alimentação balanceada, de acesso à educação, à saúde, logo, a prisão não é um ambiente adequado ao infante.¹⁸⁸

Nesse sentido, à luz de princípios norteadores do direito penal e processual-penal: presunção de inocência, individualização da pena, intranscendência, vedação de penas cruéis, aqueles que estão sendo investigados ou acusados, principalmente na condição de gestante ou mãe, devem ter a prisão preventiva como última medida a ser aplicada pelo magistrado. Isto é, apenas em casos indispensáveis ao resguardo da ordem pública, da ordem econômica, à conveniência da instrução criminal, ou ainda, para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver indícios suficientes de autoria e materialidade.¹⁸⁹

O aprisionamento causa consequências às grávidas, mães e seus filhos. Assim, ante a ausência do poder público na preservação dos direitos fundamentais e na adequação dos estabelecimentos prisionais aos preceitos legais, é necessário que o legislador estabeleça, como medida de urgência, alternativas.¹⁹⁰

Nessa acepção, o direito se desenvolve com a finalidade de solucionar ou amenizar os efeitos das problemáticas que surgem. Assim, inicialmente, a Lei 12.403 de 2011¹⁹¹ estabelece as medidas cautelares alternativas à prisão, dentre

¹⁸⁷ CORTINA, Monica Ovinski de Camargo. **Mulheres e tráfico de drogas: aprisionamento e criminologia feminista**. p 07. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v23n3/0104-026X-ref-23-03-00761.pdf>>. Acesso em: 03/10/2019.

¹⁸⁸ BISPO, Tânia Christiane Ferreira. **Percepção de Mães Presidiárias Sobre os Motivos que Dificultam a Vivência do Binômio**. Disponível em: <<https://www5.bahiana.edu.br/index.php/enfermagem/article/viewFile/411/341>>. Acesso em: 10/10/2019.

¹⁸⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p 441.

¹⁹⁰ NOBRE, Otavio Mauro. **As Medidas Cautelares Alternativas à Prisão - Uma Abordagem da Recente Lei nº 12.403/2011**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/4/medidas_cautelares_439.pdf>. Acesso em: 10/10/2019

¹⁹¹ BRASIL. Decreto-lei Nº 12.403, de 04 de maio 2011. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm>. Acesso em: 10/10/2019.

elas, a prisão domiciliar no art. 318 do Código de Processo Penal.¹⁹² Há o interesse na diminuição da população carcerária e no número de pessoas expostas ao Estado de Coisas Inconstitucional.¹⁹³

Posteriormente, com o advento da Lei nº 13.257 de 2016,¹⁹⁴ novas hipóteses de prisão domiciliar de natureza cautelar foram acrescentadas ao art. 318 do Código de Processo Penal por meio dos incisos IV, V e VI.¹⁹⁵ O benefício é estendido, respectivamente, a todas às gestantes, às mulheres com filho de até doze anos de idade incompleto e aos homens, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até doze anos.

Ademais, no mês de fevereiro de 2018, o Supremo Tribunal Federal julgou o *Habeas Corpus* coletivo 143.641.¹⁹⁶ A decisão determina que todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, ostentando a condição de gestante, de puérpera ou de mãe com criança até doze anos de idade, têm direito à substituição da prisão preventiva pela custódia domiciliar.

Por fim, em dezembro de 2018, foi editada a Lei nº 13.769/2018.¹⁹⁷ Essa disposição legislativa é consequência da decisão da Suprema Corte e estabelece os requisitos e as condições de fixação da *benesse* para as mulheres com filhos de até doze anos, puérperas e gestantes.

4.2 AS MEDIDAS CAUTELARES SOB O ASPECTO LEGAL

Inicialmente, é importante retomar a distinção entre a prisão como cumprimento de pena e a de natureza cautelar, tendo em vista que os fundamentos e hipóteses para instituí-las são diferentes. Em síntese, a primeira é resultante de sentença condenatória e a segunda visa a tutelar uma situação de caráter provisório.

¹⁹² BRASIL. **Código de Processo Penal (1941)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 20/05/2019.

¹⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 MC/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 09/09/2015.

¹⁹⁴ BRASIL. Lei Nº 13.257, de 8 de março de 2016. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm>. Acesso em: 10/10/2019.

¹⁹⁵ BRASIL. **Código de Processo Penal (1941)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 20/05/2019.

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 143.641/SP**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ: 20/02/2018.

¹⁹⁷ BRASIL. Lei Nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13769.htm>. Acesso em: 10/10/2019.

Nesse íterim, para entender o surgimento das medidas cautelares, é necessário observar que antes de 2008 existiam cinco formas de prisão provisória, sendo elas: em flagrante, temporária, preventiva, por sentença recorrível e por pronúncia. Ocorre que, no referido ano, duas alterações legislativas, as Leis 11.689¹⁹⁸ e 11.719¹⁹⁹ extinguiram, respectivamente, a prisão automática em caso de pronúncia e a para interpor recurso de apelação. Desse modo, passaram a existir três formas de prisão provisória: a temporária, por flagrante delito e a preventiva.²⁰⁰

Assim, o sistema processual penal brasileiro até então, estava baseado no binômio prisão-liberdade.²⁰¹ Contudo, no ano de 2011, o advento da Lei 12.403²⁰² quebra esse paradigma e institui as medidas cautelares diversas da prisão. A partir disso, há uma escala crescente de níveis de restrição da liberdade onde a prisão é a *ultima ratio* a ser aplicada pelo magistrado,²⁰³ nos termos do art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal.²⁰⁴

Nessa acepção, as condições para imposição das medidas cautelares foram fixadas no art. 282 do Código de Processo Penal.²⁰⁵ Do dispositivo legal, extrai-se, em resumo, que deve ser observada a necessidade e a adequação da cautelar ao caso concreto, como apontam seus incisos I e II. Acrescenta-se, ainda, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade da medida.²⁰⁶

Portanto, antes de fixar uma medida restritiva de liberdade, primeiro, o magistrado deverá analisar se há necessidade da medida; segundo, verificar dentre as possibilidades, qual está adequada ao caso concreto. Isto é, o juiz deve optar pela restrição de menor grau à liberdade do investigado/acusado, mas que

¹⁹⁸ BRASIL. Lei Nº 11.689, de 9 de junho de 2008. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm>. Acesso em: 10/10/2019.

¹⁹⁹ BRASIL. Lei Nº 11.719, de 20 de junho de 2008. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em: 10/10/2019.

²⁰⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p 1016.

²⁰¹ LOPES JUNIOR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 852.

²⁰² BRASIL. Decreto-lei Nº 12.403, de 04 de maio 2011. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm>. Acesso em: 10/10/2019.

²⁰³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 13ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010. p. 524.

²⁰⁴ BRASIL. **Código de Processo Penal (1941)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 20/05/2019.

²⁰⁵ BRASIL. **Código de Processo Penal (1941)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 20/05/2019.

²⁰⁶ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23 ed. São Paulo. Atlas. 2015. p 510.

concomitantemente, tutele a situação jurídica. Nestes termos, os conceitos de adequação e necessidade.²⁰⁷

A função da medida cautelar é densificar o princípio da proporcionalidade. Assim, é utilizada nos casos em que estão presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, portanto, os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal,²⁰⁸ porém a prisão preventiva configuraria medida exorbitante para tutelar a situação jurídica.²⁰⁹

Além disso, o art. 282 do Código de Processo Penal estabelece no parágrafo 1º as condições de aplicação da medida, no parágrafo 2º a legitimidade ativa para o requerimento da *benesse*. Em seguida, no parágrafo 3º define que deverá ser observado o direito constitucional ao contraditório prévio e nos casos de urgência e risco de ineficácia da medida, o diferido:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

²⁰⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p 1018.

²⁰⁸ BRASIL. **Código de Processo Penal (1941)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 20/05/2019.

²⁰⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 853.

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).²¹⁰

Ainda, o parágrafo 4º do referido dispositivo determina as consequências do descumprimento da medida cautelar. Já o parágrafo 5º dispõe sobre a possibilidade de revogação, substituição e de nova decretação. Ademais, o parágrafo 6º aponta a prisão preventiva como *ultima ratio* a ser aplicada pelo juiz.

Assim, da análise do texto legal, depreende-se que a segregação cautelar deve ser utilizada apenas quando todas as outras medidas forem insuficientes à proteção da hipótese em apreço. É a denominada excepcionalidade da prisão preventiva pela sua característica subsidiária em relação às demais medidas disponibilizadas ao magistrado.²¹¹

Nesse sentido, Marcão afirma que ao definir a medida cautelar a ser aplicada, o juiz deverá ponderar as condições pessoais do indivíduo, as circunstâncias do fato e a gravidade do crime, baseando-se no princípio da individualização.²¹² Ademais, cumpre destacar que o sujeito não pode ser submetido à restrição cautelar mais grave do que a que será em caso de condenação, seguindo as características de instrumentalidade e provisoriedade da tutela cautelar.²¹³

4.2.1 Prisão Domiciliar

A prisão domiciliar já estava presente no direito brasileiro na Lei de Execução Penal. Como modalidade de prisão cautelar foi adicionada ao Código de Processo Penal no ano de 2011, por meio da Lei Nº 12.403^{214, 215} Assim, embora a distinção quanto à natureza do instituto em ambas as leis, os dispositivos são muito semelhantes.

²¹⁰ BRASIL. **Código de Processo Penal (1941)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 20/05/2019.

²¹¹ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução Penal**. 1ª ed. São Paulo: Forense, 2014. p 32.

²¹² MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 629.

²¹³ BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal Cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p 41.

²¹⁴ BRASIL. Lei Nº 12.403, de 4 de maio de 2011. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm>. Acesso em: 12/10/2019.

²¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p 639.

Para Badaró, a custódia domiciliar não se trata de uma medida autônoma e alternativa à prisão, mas hipótese substitutiva da preventiva,²¹⁶ nos termos do Código de Processo de Penal. O art. 317²¹⁷ do mencionado livro legal define o conceito, dispondo que consiste no cumprimento de pena do indiciado ou acusado em casa com a possibilidade de saída apenas mediante autorização judicial.

Bottini, por sua vez, indica que de acordo com os requisitos do art. 282 do diploma processual penal e ponderado os art. 317 e 318,²¹⁸ a segregação domiciliar não é meramente substitutiva, mas medida autônoma.²¹⁹ Para determiná-la, o aplicador do direito deve primeiro decretar a prisão preventiva para, em seguida, determinar a conversão.²²⁰

Assim, a prisão domiciliar é uma inovação legislativa com muitas vantagens. Consoante Marcão, evita o contato do indivíduo com as mazelas do sistema carcerário; confere caráter humanitário e assistencialista, abrandando a lógica punitivista estatal; reduzindo a massa carcerária, bem como diminuindo as despesas estatais com o cumprimento antecipado.²²¹

Fernando Tourinho justifica que a prisão domiciliar não está prevista no art. 319 do Código de Processo Penal,²²² pois diferente das elencadas nesse dispositivo, não se trata de medida diversa da prisão. O jurista argumenta que o benefício é, na verdade, uma forma de segregação no âmbito da residência do acusado/denunciado.²²³

Ademais, a finalidade do legislador ao formular as hipóteses de concessão da prisão domiciliar é o caráter humanitário da medida.²²⁴ O art. 318 do Código de Processo Penal, em sua redação inicial, limitava-se aos incisos I, II, III e IV,²²⁵

²¹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p 1057.

²¹⁷ BRASIL. **Código de Processo Penal (1941)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 20/05/2019.

²¹⁸ BRASIL. **Código de Processo Penal (1941)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 20/05/2019.

²¹⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. "**Medidas Cautelares - Projeto de Lei 111/2008**", in **As Reformas no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 482.

²²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade: de acordo com a Lei 12.403/2011**. 3ª ed. Revista dos Tribunais, 2013. p 113.

²²¹ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 703.

²²² BRASIL. **Código de Processo Penal (1941)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 20/05/2019.

²²³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 697.

²²⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4ª ed. Salvador: *Juspodivm*, 2016. p 998.

²²⁵ BRASIL. **Código de Processo Penal (1941)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 20/05/2019.

garantindo ao maior de 80 (oitenta) anos; ao extremamente debilitado por doença grave; ao responsável por menor de 06 (seis) anos ou pelo cuidado de pessoa com deficiência e à gestante a partir do 7º mês de gravidez ou com gestação de alto risco, respectivamente, a possibilidade de receber a *benesse*.

Quanto às hipóteses originárias, em relação ao inciso I do aludido dispositivo, trata-se de pessoa idosa. Porém, em que pese o Estatuto do Idoso²²⁶ defina pessoa idosa a com idade superior a 60 (sessenta) anos e a Lei de Execução Penal²²⁷ estabeleça o benefício para o indivíduo com mais de 70 (setenta) anos, o Código de Processo Penal²²⁸ define como 80 (oitenta) anos a idade para o deferimento da domiciliar.

Nesse sentido, considera-se que o sujeito nessa fase da vida não possui condições físicas e emocionais para permanecer no cárcere. Desse modo, será necessário ter a idade definida no inciso no momento do crime ou no curso do cumprimento cautelar.²²⁹

O inciso II do mesmo diploma legal dispõe acerca de sujeito com doença extremamente grave. Conforme Marcão, justifica-se a hipótese em razão do ambiente prisional precário poder agravar o estado de saúde. O autor entende que, em regra, a extremidade da situação deverá ser indicada por um médico. Contudo, afirma que há casos em que o magistrado constatará o estado de saúde muito debilitado e poderá dispensar o parecer.²³⁰

No inciso III do art. 318 do Código de Processo Penal²³¹ está elencada a prisão domiciliar para pessoa imprescindível aos cuidados de menor de 06 anos. Ainda, o mesmo inciso estabelece a hipótese da pessoa fundamental ao cuidado de indivíduo que seja portador de deficiência, independente da idade.

Em relação a este inciso, não há necessidade de demonstração de grau de parentesco, tão somente a comprovação em juízo de que aquele sujeito é indispensável ao menor ou ao deficiente. No caso de criança com 06 (seis) anos,

²²⁶ BRASIL. Lei N° 10. 741, de 1º de outubro de 2003. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 19/10/2019.

²²⁷ BRASIL. Lei N° 7.210, de 11 de julho de 1984. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 19/10/2019.

²²⁸ BRASIL. **Código de Processo Penal (1941)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 20/05/2019.

²²⁹ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 705.

²³⁰ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 706.

²³¹ BRASIL. **Código de Processo Penal (1941)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 20/05/2019.

assim como na situação de deficiência, a dependência é presumida. Todavia, o requisito não está preenchido se existir outra pessoa capaz de cuidar.²³²

No que tange ao inciso IV do diploma processual penal, a gestante deveria comprovar o alto risco ou estar no 7º mês de gravidez para ter direito à domiciliar. Essa possibilidade foi ampliada, posteriormente, no ano de 2016, quando a inovação legislativa indica que a simples comprovação da gestação é suficiente para a mulher ser agraciada pelo benefício.

Desse modo, após a breve exposição da redação original do art. 318 do Código de Processo Penal²³³, observa-se que ao compará-la com as possibilidades de prisão domiciliar definidas no art. 117 da Lei de Execução Penal,²³⁴, constata-se um maior rigor do legislador no dispositivo do diploma processual.

Contudo, no ano de 2016, entrou em vigor a Lei 13.257²³⁵ que promoveu alterações nas hipóteses do art. 318 do Código de Processo Penal: reformulou o inciso IV, ampliando para todas as gestantes; além disso, adicionou os incisos V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompleto e VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos, a esse dispositivo legal.

No que se refere às características, tem legitimidade para requerer a prisão domiciliar, durante o processo penal, o juiz, de ofício, as partes mediante requerimento: pelo próprio preso; pelo defensor; pelo Ministério Público. Na investigação criminal, o benefício pode ser solicitado por representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público, conforme demonstrado na exposição do § 2º do art. 282 do Código de Processo Penal.²³⁶

Badaró sustenta que o ônus da prova é do beneficiário em demonstrar que se enquadra em uma das hipóteses. Contudo, não há impedimento de que, no curso do processo, o juiz constate o preenchimento dos requisitos e conceda de ofício. Nessa esteira, o autor alega que esse pedido deverá ser fundamentado e o magistrado, ao

²³² MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 708.

²³³ BRASIL. **Código de Processo Penal (1941)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 20/05/2019.

²³⁴ BRASIL. Lei N° 7.210, de 11 de julho de 1984. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 19/10/2019.

²³⁵ BRASIL. Lei N° 13.257, de 8 de março de 2016. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm>. Acesso em: 19/10/2019.

²³⁶ BRASIL. **Código de Processo Penal (1941)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 20/05/2019.

analisá-lo, poderá conceder, negar, ou, ainda, determinar a produção de provas que entender necessárias para seu convencimento.²³⁷

Ademais, o autor entende que em que pese o referido dispositivo legal utilize o termo poderá, trata-se de “poder-dever” do magistrado correspondente à direito subjetivo do investigado/acusado. Portanto, caracterizada uma das situações fáticas que ensejam a *benesse*, o juiz deverá deferir-la.²³⁸

Renato Brasileiro, por sua vez, argumenta que ainda que o indivíduo satisfaça requisito do art. 318 do Código de Processo Penal,²³⁹ a substituição pelo juiz não ocorre automaticamente. Afirma que é preciso, para além do caráter objetivo, ponderar a tutela da ordem pública, a conveniência da instrução criminal, o risco à aplicação da lei penal e a periculosidade do agente, antes de deferir o benefício.²⁴⁰ No mesmo sentido, Pacelli e Fischer argumentam pela necessidade de análise do caso concreto quando ocorrer o preenchimento de uma das condições do dispositivo referido.²⁴¹

Ademais, a permanência em prisão-domicílio deverá atender alguns requisitos que serão determinados pelos magistrados no momento de deferimento da *benesse*. Para mantê-la, o sujeito não pode se ausentar da residência sem autorização do juiz que analisará, a cada pedido, as particularidades atuais da situação. Também, no momento do deferimento da prisão domiciliar, o juiz poderá fixar saídas regulares.²⁴²

Nos casos em que há pluralidade de residências, no momento da concessão da prisão domiciliar, o magistrado deverá deixar especificado em qual residência o indivíduo irá cumprir a medida. O indivíduo não pode, em regra, circular entre os domicílios.²⁴³

Se houver o descumprimento das condições fixadas pelo juiz, ou diante da notícia de cometimento de novo delito, o magistrado de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, pode determinar a prisão preventiva, substituir

²³⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p 1058.

²³⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p 1022.

²³⁹ BRASIL. **Código de Processo Penal (1941)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 20/05/2019.

²⁴⁰ BRASILEIRO, Renato. **Manual de Direito Processual Penal**. 3ª edição. Salvador: *Juspodivm*, 2015. p. 998.

²⁴¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p 645.

²⁴² MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 711.

²⁴³ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 710.

por outra cautelar, ou ainda fixar medida cumulativa.²⁴⁴ O descumprimento pode ser justificado ou não. Por isso, o magistrado deverá observar o direito ao contraditório e à ampla defesa antes de aplicar medida definitiva.

Nesse sentido, constatada a violação de alguma condição de manutenção do benefício, a prisão domiciliar poderá ser suspensa até que seja analisado o fato. Todavia, antes de haver a revogação definitiva, o magistrado deverá designar audiência para oitiva do sujeito, do Ministério Público e da defesa. Nessa ocasião, deverá acolher a justificativa ou revogar a prisão domiciliar.²⁴⁵

4.3 MÃES NO CÁRCERE: AS NOVAS HIPÓTESES DE PRISÃO DOMICILIAR

No ano de 2016, consideradas as Regras de Bangkok²⁴⁶ definidas pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, o Decreto Lei nº 13.257²⁴⁷ ampliou o inciso IV e inseriu os incisos V e VI no art. 318 do Código de Processo Penal.²⁴⁸ Tal inovação é consequência da internalização dessas regras que possuem o intuito de proteger a mulher reclusa, também, a maternidade. Ainda, há uma preocupação em tutelar a infância e o convívio familiar com base no princípio do melhor interesse da criança.²⁴⁹

Além disso, também conhecida como Marco Legal da 1ª infância, a referida lei tem o objetivo de tutelar o infante e seu desenvolvimento. Para isso, determina, entre outras medidas, que as mulheres com filhos até 12 (doze) anos e a gestante, têm direito à prisão domiciliar. Isto é, as crianças, filhas de presas, também devem ter seus direitos garantidos pelo Estado.²⁵⁰

²⁴⁴ FRAGA, Alberto. **Medidas Cautelares e Decretação da Prisão Preventiva**. p 30. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/4/medidas_cautelares_27.pdf>. Acesso em: 20/10/2019.

²⁴⁵ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.19.

²⁴⁶ ONU, **Regras de Bangkok**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>> Acesso em: 20/05/2019.

²⁴⁷ BRASIL. Lei Nº 13.257, de 8 de março de 2016. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm> Acesso em: 26/10/2019.

²⁴⁸ BRASIL. **Código de Processo Penal (1941)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 20/05/2019.

²⁴⁹ GARCIA, Maria. **Reforma Penal e a Condição Feminina: As Mães Presidiárias**. Set - Out / 2016 ed. Revista dos Tribunais. Vol. 97/2016. p. 165 – 178.

²⁵⁰ ALENCASTRO, Paola Larroque. **Mães Presidiárias e o Direito da Criança e do Adolescente à Convivência Familiar**. Disponível em:

Em relação ao inciso IV do art. 318 do Código de Processo Penal,²⁵¹ no ano de 2011, conforme a redação do Decreto-Lei 12.403,²⁵² a concessão do benefício para gestante estava restrita à demonstração de gravidez de alto risco ou à gestação a partir do 7º mês. O fundamento era de que o estágio avançado é mais suscetível a complicações, principalmente com o desenvolvimento gestacional em um ambiente precário como o sistema prisional.

Com o advento do Marco Legal da 1ª Infância, há uma flexibilização da possibilidade de custódia domiciliar elencada no inciso IV, ampliando a situação para todas as gestantes, necessitando apenas atestar a gravidez, sem indicar tempo mínimo ou condições de saúde. Isso porque presume-se que dentro de um espaço prisional falido, toda gravidez é de risco.²⁵³

Assim, a partir do novo entendimento adotado pelo legislador no referido inciso, denota-se uma maior preocupação de proteção à maternidade e de tutela da dignidade dessa mulher. Isso porque a gravidez requer cuidados especiais na alimentação, acompanhamento médico e demais particularidades que não estão disponíveis nas prisões brasileiras.²⁵⁴

No que tange ao inciso V do aludido diploma legal, será necessário que a presa tenha filho menor de 12 (doze) anos de idade. Ainda, tendo em vista que o objetivo é assegurar o interesse do menor, deverá ser comprovado que essa mulher é a pessoa responsável pelo cuidado do filho.²⁵⁵ Nesse sentido, não basta que a genitora tenha filho de até 12 (doze) anos incompletos, se essa criança

<http://www.pucrs.br/direito/wpcontent/uploads/sites/11/2018/09/paola_alencastro.pdf>. Acesso em: 26/10/2019.

²⁵¹ BRASIL. **Código de Processo Penal (1941)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 20/05/2019.

²⁵² BRASIL. Lei N° 12.403, de 4 de maio de 2011. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm>. Acesso em: 12/10/2019.

²⁵³ 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-longo-de-sua-mae201d-diz-pesquisa/pesquisa-dar-a-luz-na-sombra-1.pdf>>. Acesso em: 26/10/2019.

²⁵⁴ LEAL, Maria do Carmo; AYRES, Bárbara Vasques da Silva; PEREIRA, Ana Paula Esteves; SÁNCHEZ, Alexandra Roma; LAROUZE, Bernard. **Nascer na Prisão: Gestação e Parto Atrás das Grades no Brasil**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v21n7/1413-8123-csc-21-07-2061.pdf>>. Acesso em: 26/10/2019.

²⁵⁵ BRASIL. **Código de Processo Penal (1941)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 20/05/2019.

estiver sob cuidado de outra pessoa, ela não fará *jus* ao benefício, consoante a principal finalidade da norma editada pelo legislador: a proteção do infante.²⁵⁶

O art. 227 da Constituição Federal²⁵⁷ assegura o direito da criança à convivência familiar. Esse dispositivo é complementado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente que indica, no art. 19,²⁵⁸ o direito a ser criada e educada por sua família e, na falta desta, por família substituta. Ainda, no art. 22 do Estatuto, está a definição da responsabilidade dos pais, dispondo sobre o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores. Logo, além da previsão no diploma processual, há outros dispositivos que complementam e fundamentam a custódia domiciliar referida no inciso V.²⁵⁹

Nesse ínterim, a inovação trazida pela Lei 13.257 de 2016²⁶⁰ reforça o princípio da intranscendência que define que a pena/o processo não pode passar da pessoa do acusado, nos termos da Constituição Federal, art. 5º, XLV.²⁶¹ Nessa acepção, assegura o direito da criança de convivência familiar, amenizando os prejuízos que a prisão da mãe pode causar ao seu desenvolvimento, bem como evitando que a criança nasça em um ambiente degradado.²⁶²

Além disso, essas novas hipóteses de prisão domiciliar podem ser encaradas como uma alternativa provisória à complexidade do problema carcerário. Nessa acepção, o benefício busca tutelar a dignidade da pessoa humana, deixando de inserir pessoas dentro de um sistema falido e não adaptado às necessidades de

²⁵⁶ GARCIA, Maria. **Reforma Penal e a Condição Feminina: As Mães Presidiárias**. Set - Out / 2016 ed. Revista dos Tribunais. Vol. 97/2016. p. 165 – 178.

²⁵⁷ 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: 26/10/2019.

²⁵⁸ BRASIL. Lei N° 8.069, de 13 de julho de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 26/10/2019.

²⁵⁹ GARCIA, Maria. **Reforma Penal e a Condição Feminina: As Mães Presidiárias**. Set - Out / 2016 ed. Revista dos Tribunais. Vol. 97/2016. p. 165 – 178.

²⁶⁰ BRASIL. Lei N° 13.257, de 8 de março de 2016. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm>. Acesso em: 26/10/2019.

²⁶¹ 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: 26/10/2019

²⁶² ROSA, Thalita Galarce da. **O princípio Constitucional da Intranscendência desde o Período de Gestação no Sistema Prisional Feminino**. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14748>>. Acesso em 26/10/2019.

gênero. Ainda, possibilita que essas mulheres cumpram suas obrigações legais dentro da própria residência, há um caráter humanitário nessa medida.²⁶³

4.4 A RECEPÇÃO DOS INCISOS IV E V DO ART. 318 DO CPP PELA JURISPRUDÊNCIA

Como referido ao longo do capítulo, é controvertido na doutrina o entendimento em relação ao deferimento da prisão domiciliar do art. 318 do Código de Processo Penal.²⁶⁴ Discute-se a existência de um poder-dever do magistrado correspondente a um direito subjetivo do acusado/investigado.

Na jurisprudência, a maior parte das decisões indicava uma interpretação literal do dispositivo supracitado. Ou seja, apontavam que seria uma faculdade do juiz após a análise do caso concreto frente às condições pessoais da mulher e a possibilidade de concessão do benefício.²⁶⁵

Nessa acepção, em 20 de fevereiro de 2018, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, após a impetração do *Habeas Corpus* coletivo nº 143.641²⁶⁶ pelo Coletivo de Advogados em Direitos Humanos, por conceder a ordem. Com isso, determinou-se a imediata substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças com até 12 (doze) anos aos seus cuidados ou pessoa com deficiência.

O benefício foi concedido às mulheres identificadas durante o processo pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e outras autoridades estaduais. Além disso, os efeitos da decisão foram ampliados, de ofício pelo relator, a todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou com filhos até 12 (doze) anos sob seus cuidados, também, às adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas.

Ainda, o conteúdo decisório indicou as exceções à concessão do benefício. Isto é, quando o crime tiver sido praticado mediante violência ou grave ameaça,

²⁶³ ANDRADE, Andressa Paula de. **Encarceramento da Maternidade no Estado de Coisas Inconstitucional**. Out / 2019 ed. Revista dos Tribunais. vol. 160/2019. p. 295 – 317.

²⁶⁴ BRASIL. **Código de Processo Penal (1941)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 20/05/2019.

²⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 74.933/MT**. Sexta Turma, Relator: Ministro Antônio Saldanha Palheiro. DJ: 10/11/2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 370.269/MG**. Sexta Turma. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. DJ: 10/11/2016.

²⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 143.641/SP**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ: 20/02/2018.

contra seus descendentes ou em casos pontuais que o magistrado entender não ser cabível, devendo fundamentar o indeferimento.

Em relação ao *Habeas Corpus* coletivo, o primeiro ponto do *decisum* enfrenta seu cabimento. Nesse sentido, os Ministros entenderam pela possibilidade de impetração do *writ*, dentre as justificativas, apontam o fato do *Habeas Corpus* versar sobre a liberdade do indivíduo, fazendo uma analogia à possibilidade de mandado de segurança coletivo, nos termos do art. 5º, inciso LXX, da Constituição Federal.²⁶⁷ Gilmar Mendes apontou que o tema, pela importância que possui, deve ser coletivizado.

Superada essa questão, o teor do julgado quanto ao mérito, inicialmente, discorreu acerca da falência do sistema prisional: superlotação, falta de higiene, infraestrutura, saneamento. Em seguida, foram expostos dados em relação às mulheres e especificidades de gênero, indicando a ausência de presídios adaptados às necessidades femininas, à maternidade.

Ainda, o relator considerou que essa situação viola a Constituição Federal no art. 227²⁶⁸ que prima pela garantia do direito da criança à convivência familiar. Lewandowski sustentou que contraria, também, os incisos XLV e XLVI, do art. 5º da Carta Magna²⁶⁹ em relação aos princípios da intranscendência e individualização da pena, respectivamente, argumentando que há significativo impacto sobre o filho, a prisão da mãe.

Ademais, durante o julgamento, são mencionadas as normas internacionais que influenciaram o desenvolvimento do direito brasileiro. Nessa linha, a internalização das Regras de Bangkok²⁷⁰ contribui diretamente para a evolução do instituto da prisão domiciliar, inclusive essas normas são utilizadas na fundamentação da decisão.

²⁶⁷ 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: 26/10/2019.

²⁶⁸ 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: 26/10/2019.

²⁶⁹ 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: 26/10/2019.

²⁷⁰ ONU, **Regras de Bangkok**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>>. Acesso em: 20/05/2019.

O relator destacou que o legislador já havia se posicionado nesse sentido quando, em 2016, editou o Marco Legal da 1ª Infância que promoveu alterações no art. 318 do Código de Processo Penal.²⁷¹ Levandowski foi acompanhado pelos votos dos ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello.

O Ministro Fachin sustentou o deferimento do *Habeas Corpus* apenas para que os casos discutidos no julgamento fossem interpretados à luz dos incisos IV, V e VI do artigo 318 do Código de Processo Penal.²⁷² Contudo, apontou que a substituição não deve ser automática, devendo ser ponderada no caso concreto pelo magistrado competente.

Como efeito dessa decisão, com a Lei 13.769/18²⁷³ o legislador incluiu os artigos 318-A e 318-B no Código de Processo Penal.²⁷⁴ Essas disposições ampliam o benefício para a mulher responsável por pessoa com deficiência e indicam requisitos para a concessão: a mulher não pode estar sendo investigada por crime com violência ou grave ameaça e por delito cometido contra filho ou dependente. Além disso, as alterações indicam que o deferimento da prisão domiciliar não prejudica a aplicação, concomitantemente, de outra medida cautelar disposta no art. 319 do Código de Processo Penal.²⁷⁵

Nesse sentido, é possível observar o desenvolvimento das normas de proteção em relação à maternidade, bem como a evolução da jurisprudência acompanhando os novos preceitos legais. Isso porque em um ponto dúbio da interpretação do instituto da prisão domiciliar – inciso IV e V do art. 318 do Código de Processo Penal,²⁷⁶ a Suprema Corte pacificou no sentido de indicar a substituição automática para todas as mulheres que preenchessem as hipóteses elencadas nos referidos incisos, ressalvadas às exceções supracitadas.

Essa decisão é de suma importância na construção jurisprudencial, uma vez que, conforme se extrai do acórdão, foram notificados os presidentes dos tribunais

²⁷² BRASIL. **Código de Processo Penal (1941)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 20/05/2019.

²⁷³ BRASIL. Lei Nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13769.htm> Acesso em: 20/05/2019.

²⁷⁴ BRASIL. **Código de Processo Penal (1941)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 20/05/2019.

²⁷⁵ BRASIL. **Código de Processo Penal (1941)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 20/05/2019.

²⁷⁶ BRASIL. **Código de Processo Penal (1941)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 20/05/2019.

estaduais e federais, inclusive da Justiça Militar estadual e federal, sobre o conteúdo decisório. Assim, no prazo de 60 dias, os tribunais inferiores deverão analisar e implementar de modo integral as determinações fixadas pela Segunda Turma.

Ademais, quanto às consequências, alguns estados brasileiros não mapearam ou não forneceram informações sobre a situação das mulheres nas condições abrangidas pelo *decisum*, conforme determinação do Ministro relator. Em razão disso, não é possível dimensionar com exatidão o número de mulheres beneficiadas por esse julgamento.

Porém, em consulta ao site do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), quanto às gestantes e lactantes, extraiu-se que há 350 (trezentos e cinquenta) lactantes, 536 (quinhentos e trinta e seis) gestantes presas e, desse total, 269 (duzentos e sessenta e nove) estão acomodadas em celas adequadas. Além disso, 74% das presas possuem filhos e há 1.111 (um mil cento e onze) crianças vivendo em estabelecimentos prisionais no Brasil.²⁷⁷

Outrossim, é importante ressaltar que no levantamento acima referido não há distinção entre as mulheres com condenação definitiva e as que aguardam julgamento. Ademais não há a especificação de crianças com até doze anos de idade – hipótese do inciso V do art. 318 do Código de Processo Penal.²⁷⁸

Ainda em relação aos efeitos, da análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, é possível observar decisões convergentes ao entendimento exarado pela Suprema Corte. Existem julgados concedendo a liberdade às mulheres que se enquadram nos incisos IV e V do art. 318 do diploma processual penal²⁷⁹ com base no poder-dever do juiz em substituir a preventiva por domiciliar.²⁸⁰

²⁷⁷ BRASIL. Ministério da Justiça, **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres – 2ª Edição – dados de 2016**. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em: 09/05/2019.

²⁷⁸ BRASIL. Ministério da Justiça, **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres – 2ª Edição – dados de 2016**. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em: 09/05/2019.

²⁷⁹ BRASIL. **Código de Processo Penal (1941)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 20/05/2019.

²⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus Nº 516.040-SP**. Relator: Ministro Antônio Saldanha Palheiro. Sexta Turma. DJ: 15/08/2019;

²⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus Nº 504.847-MG**. Quinta Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. DJ: 16/05/2019; BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande

Encontram-se, também, decisões negando o benefício quando não há a comprovação da maternidade, da gestação ou da imprescindibilidade aos cuidados do menor.²⁸¹ Ademais, há acórdãos no sentido do indeferimento diante de situações excepcionais.²⁸² Constatam-se, ainda, a fundamentação de que o deferimento da prisão domiciliar não é automático e não caracteriza direito subjetivo da presa, devendo ser sopesadas as circunstâncias concretas.²⁸³

Portanto, considerando o caminho cursado até a presente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, extrai-se uma crescente e importante preocupação no âmbito nacional e internacional em tutelar a maternidade. Nessa acepção, o intuito de assegurar a proteção dos direitos constitucionais.

Além disso, verifica-se a intenção, sobretudo jurisprudencial, de não expor as gestantes às mazelas do sistema prisional. Também, de evitar que crianças acompanhem suas mães nesse espaço com base na individualização da pena, bem como na intranscendência dos seus efeitos. Ou seja, busca-se evitar que a criança seja punida junto com sua mãe.

Nesse sentido, a jurisprudência tem entendido que o deferimento da prisão domiciliar é, por ora, a medida mais eficaz a tutelar os direitos evidenciados. Ademais, contribui, provisoriamente, para amenizar os problemas do sistema prisional, impedindo, sempre que possível, a submissão de mulheres a situações degradantes.

do Sul. **Habeas Corpus Nº 70083056283**. Primeira Câmara Criminal. Relator: Jayme Weingartner Neto. DJ: 13/11/2019; BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus Nº 70082524984**. Terceira Câmara Criminal. Relator: Maria de Lourdes G. Braccini de Gonzalez. DJ: 05/09/2019.

²⁸¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus Nº 70081845281**. Sexta Câmara Criminal. Relator: Bernadete Coutinho Friedrich. DJ: 27/06/2019; BRASIL. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus Nº 70080280753**. Sexta Câmara Criminal. Relator: Bernadete Coutinho Friedrich. DJ: 28/03/2019.

²⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em **Habeas Corpus 111.050-MG**. Quinta Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. DJ: 12/08/2019; BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus Nº 70082690132**. Oitava Câmara Criminal. Relator: Isabel de Borba Lucas. DJ: 25/09/2019; BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus Nº 70083037655**. Primeira Câmara Criminal. Relator: Honório Gonçalves da Silva Neto. DJ: 23/10/2019.

²⁸³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus Nº 70082714361**. Segunda Câmara Criminal. Relator: Rosaura Marques Borba. DJ: 24/10/2019; BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus Nº 70082677964**. Segunda Câmara Criminal. Relator: Rosaura Marques Borba. DJ: 26/09/2019.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Indiscutível o Estado de Coisas Inconstitucionais do sistema prisional brasileiro em razão das inúmeras violações de garantias asseguradas pela Constituição Federal aos presos. Assim, ante os problemas do cárcere demonstrados ao longo do trabalho, o indivíduo, além de ser privado da liberdade, é punido pela ausência de Estado nesse ambiente, sendo submetido a condições desumanas. E, nesse sentido, conforme evidenciado, a punição é ainda maior sobre a mulher, principalmente quando são mães ou gestantes.

Desse modo, observa-se a importância do advento da prisão domiciliar como alternativa humanitária às mazelas da prisão. Ainda, demonstra-se a relevância, desde a Lei de Execução Penal em seu art. 117, que a jurisprudência assume ao ampliar as hipóteses de concessão do benefício com base nos direitos fundamentais.

Revela-se, também, a necessidade de que o poder público adeque a realidade da execução ao texto legal. Ademais, imperioso referir que é nessa lei que a tutela à maternidade das mulheres em restrição de liberdade surge; porém, fica limitada às apenadas em regime aberto.

Verifica-se, ainda, o papel essencial que o direito internacional exerce sobre o ordenamento jurídico brasileiro, influenciando o desenvolvimento de regras que objetivam garantir os direitos humanos. E, a partir das Regras de Bangkok, atenta-se, também, para a importância da tutela estatal das mulheres, crianças e da maternidade.

Além disso, a perspectiva comparada desenvolvida no segundo capítulo permite explorar duas realidades sobre o mesmo tema, indicando a maior estrutura e preparo do país lusitano em relação ao tratamento dada à temática no Brasil. Por conseguinte, viabiliza que o legislador possa introduzir soluções de enfrentamento adotadas em outros países que entender adequadas ao direito brasileiro.

Nessa acepção, explanadas as questões de gênero e a punição criminal e social que as mulheres sofrem, seja pela lei, seja pela ideia errônea de transgressão do que é ser mulher, conforme o conceito socialmente definido, mostra-se indispensável o debate quanto ao encarceramento feminino, principalmente, diante do aumento significativo nos últimos anos.

Demais disso, com todos os elementos demonstrados, refere-se a função fundamental que o direito, por meio do legislador, jurisprudência e doutrina, assume ao desenvolver esse instituto. Assim, tanto na Lei 12.403 de 2011 que estabelece as medidas cautelares quanto, posteriormente, na Lei 13.257 de 2016 que aperfeiçoa a prisão domiciliar, reformulando e acrescentando os incisos IV e V ao art. 318 do Código de Processo Penal, observa-se a importância da intervenção jurídica.

Ainda, destaca-se a posição louvável do Supremo Tribunal Federal ao julgar o *Habeas Corpus* coletivo nº 143.641, dedicando-se ao estudo do tema. Destarte, com fundamento em dados, bem como assentada em diversas normas legais, a decisão confere maior efetividade ao art. 318 do Código de Processo Penal. Salienta-se, também, a influência que o julgado exerce – deveria exercer – nos tribunais inferiores.

Nessa linha, apesar de toda a evolução legislativa e jurisprudencial quanto ao instituto da prisão domiciliar evidenciadas nessa pesquisa, é possível encontrar inúmeras decisões negando o benefício. Muitas vezes, no indeferimento, os magistrados utilizam em larga escala o conceito aberto das situações excepcionais, consoante orientação do julgado proferido pela Suprema Corte. Assim, os casos de concessão seguem sendo exceção.

Por fim, em que pese a necessidade de aprofundamento do estudo para buscar soluções às questões apresentadas, os indícios averiguados até o presente momento indicam a longo prazo, a necessidade de políticas públicas, tanto no viés executivo quanto legislativo, que diminuam as desigualdades e, conseqüentemente, a criminalidade no país; a médio prazo, a criação e a adequação dos presídios às questões de gênero com a estrutura apropriada às condições de mãe e gestante; a curto prazo, o aprimoramento do benefício da prisão domiciliar seja na execução da pena, seja no curso do processo.

Ademais, mostra-se fundamental que os tribunais inferiores sigam o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido da excepcionalidade da prisão preventiva nos termos fixados pelo *decisum*. Desse modo, nas hipóteses dos incisos IV e V do art. 318 do diploma processual penal, a prisão domiciliar deve ser concedida sempre que constatados os requisitos.

REFERÊNCIAS

ALENCASTRO, Paola Larroque. **Mães Presidiárias e o Direito da Criança e do Adolescente à Convivência Familiar.** Disponível em: <http://www.pucrs.br/direito/wpcontent/uploads/sites/11/2018/09/paola_alencastro.pdf>. Acesso em: 26/10/2019.

ANDRADE, Andressa Paula de. **Encarceramento da Maternidade no Estado de Coisas Inconstitucional.** Out / 2019. Revista dos Tribunais. vol. 160/2019.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução Penal.** 1ª ed. São Paulo: Forense, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal Cautelar.** Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BISPO. Tânia Christiane Ferreira. **Percepção de Mães Presidiárias Sobre os Motivos que Dificultam a Vivência do Binômio.** Disponível em: <<https://www5.bahiana.edu.br/index.php/enfermagem/article/viewFile/411/341>>. Acesso em: 10/10/2019.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral.** v.1. São Paulo: Saraiva, 2007

BRASIL. IBGE, **Projeção da População do Brasil.** Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em: 11/05/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 MC/DF.** Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 09/09/2015.

BRASIL. **Código Penal (1940).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 21/05/2019.

BRASIL. **Código de Processo Penal (1941).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 20/05/2019.

BRASIL. Lei Nº 5.256, de 6 de abril de 1967. **Planalto.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5256.htm>. Acesso em: 21/05/2019.

BRASIL. Lei Nº 6.416, de 24 de maio de 1977. **Planalto.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6416.htm>. Acesso em: 21/05/2019.

BRASIL. Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Planalto.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 21/05/2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21/05/2019.

BRASIL. Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 18/05/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 68.118-SP**. Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 19/12/1990.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 32.180/7- SP**. Quinta Turma. Relator: Ministro Assis Toledo, DJ: 15/03/1993.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus Nº 504.847-MG**. Quinta Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. DJ: 16/05/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus Nº 516.040-SP**. Sexta Turma. Relator: Ministro Antônio Saldanha Palheiro. DJ: 15/08/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus Nº 70081845281**. Sexta Câmara Criminal. Relator: Bernadete Coutinho Friedrich. DJ: 27/06/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus Nº 70080280753**. Sexta Câmara Criminal. Relator: Bernadete Coutinho Friedrich. DJ: 28/03/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus 111.050-MG**. Quinta Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. DJ: 12/08/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus Nº 70082690132**. Oitava Câmara Criminal. Relator: Isabel de Borba Lucas. DJ: 25/09/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus Nº 70083037655**. Primeira Câmara Criminal. Relator: Honório Gonçalves da Silva Neto. DJ: 23/10/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus Nº 70082714361**. Segunda Câmara Criminal. Relator: Rosaura Marques Borba. DJ: 24/10/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus Nº 70082677964**. Segunda Câmara Criminal. Relator: Rosaura Marques Borba. DJ: 26/09/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus Nº 70083056283**. Primeira Câmara Criminal. Relator: Jayme Weingartner Neto. DJ: 13/11/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus Nº 70082524984**. Terceira Câmara Criminal. Relator: Maria de Lourdes G. Braccini de Gonzalez. DJ: 05/09/2019.

BRASIL. Lei Nº 10. 741, de 1º de outubro de 2003. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 19/10/2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 83.358-SP**. Relator: Ministro Carlos Britto. DJ: 04/06/2004.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 21/05/2019.

BRASIL. Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional – CEJIL; Associação Juízes para a Democracia – AJD; Instituto Terra, Trabalho e Cidadania – ITCC; Pastoral Carcerária Nacional – CNBB; Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD; Centro Dandara de Promotoras Legais Popular; Associação Brasileira de Defesa da Mulher, da Infância e da Juventude – ASRAD; Comissão Teotônio Vilela – CTV; Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Com apoio do Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher - CLADEM e do Programa para América Latina da International Women’s Health Condition, **Relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil**. Fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2013/02/Relato%CC%81rio-para-OEA-sobre-Mulheres-Encarceradas-no-Brasil-2007.pdf>>. Acesso em: 09/05/2019.

BRASIL. Lei Nº 11.689, de 9 de junho de 2008. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm>. Acesso em: 10/10/2019.

BRASIL. Lei Nº 12.258, de 15 de junho de 2010. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12258.htm>. Acesso em 25/05/2019.

BRASIL. Decreto-lei Nº 12.403, de 04 de maio 2011. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm>. Acesso em: 10/10/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 MC/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 09/09/2015.

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-longo-de-sua-mae201d-diz-pesquisa/pesquisa-dar-a-luz-na-sombra-1.pdf>>. Acesso em: 26/10/2019.

BRASIL. Lei Nº 13.257, de 8 de março de 2016. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm>. Acesso em: 10/10/2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 641.320-RS**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 11/05/2016.

BRASIL. **Ministério da Justiça, Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres – 2ª Edição – dados de 2016**. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em: 09/05/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº HC nº 366.517-DF**. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. DJ: 27/10/2016

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 74.933/MT**. Sexta Turma, Relator: Ministro Antônio Saldanha Palheiro. DJ: 10/11/2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 370.269/MG**. Sexta Turma. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. DJ: 10/11/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 376.326-SP**. Relator: Ministro Felix Fischer. DJ: 16/03/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 143.641/SP**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ: 20/02/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 431.775–SC**. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. DJ: 01/02/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 143.641/SP**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ: 20/02/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 143.641/SP**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ: 20/02/2018.

BRASIL. Lei Nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13769.htm>. Acesso em: 10/10/2019.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça, Painel do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões 2.0**. Disponível em: <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shBNMPIIMAPA>. Acesso em: 07/05/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 56**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>>. Acesso em: 01/06/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Proposta de Súmula Vinculante 57 Distrito Federal.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_56__PSV_57.pdf>. Acesso em: 01/06/2019.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de Direito Processual Penal.** 3ª edição. Salvador: *Juspodivm*, 2015.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. "**Medidas Cautelares - Projeto de Lei 111/2008**", in **As Reformas no Processo Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARVALHO, Maria Isabel Cury Andrade de, CARDOSO, Guilherme Moraes. **O Feminino em Cárcere: Reflexões acerca do Tratamento dado às Mulheres pelo Sistema Prisional Brasileiro.** 15ª Edição. Revista Científica Eletrônica do Curso de Direito de: janeiro de 2019. p 1. Disponível em: <http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/teCTbHCzk5Prsfx_2019-2-28-14-42-54.pdf>. Acesso em: 15/05/2019.

CORTINA, Monica Ovinski de Camargo. **Mulheres e tráfico de drogas: aprisionamento e criminologia feminista.** p 07. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v23n3/0104-026X-ref-23-03-00761.pdf>> Acesso em: 03/10/2019.

CÚNICO, Sabrina Daiana, BRASIL, Marina Valentim, BARCINSKI, Mariana. **A maternidade no contexto do cárcere: uma revisão sistemática.** Estudos e Pesquisas em Psicologia: Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/epp/v15n2/v15n2a05.pdf>>. Acesso em: 18/05/2019.

FRAGA, Alberto. **Medidas Cautelares e Decretação da Prisão Preventiva.** Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/4/medidas_cautelares_27.pdf>. Acesso em 20/10/2019.

GARCIA, Maria. **Reforma Penal e a Condição Feminina: As Mães Presidiárias.** Set - Out / 2016. Revista dos Tribunais. Vol. 97/2016.

GRECO. Rogério. **Direitos humanos, Sistema Prisional e Alternativas à Privação de Liberdade.** São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal.** 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

GREGOL, Luciana Fernandes. **Maternidade no Cárcere – Um estudo reflexivo acerca da prisão feminina e o exercício da maternidade no sistema penitenciário brasileiro.** PUCRJ, 2016. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/29905/29905.PDF>>. Acesso em: 12/05/2019.

INTERNACIONAL CENTER FOR PRISIONAL STUDIES, **Word Prison Brief.** Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/female-prisoners?field_region_taxonomy_tid=24>. Acesso em: 11/05/2019.

LEAL, Maria do Carmo; AYRES, Bárbara Vasques da Silva; PEREIRA, Ana Paula Esteves; SÁNCHEZ, Alexandra Roma; LAROUZE, Bernard. **Nascer na Prisão: Gestaçã o e Parto Atrás das Grades no Brasil**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v21n7/1413-8123-csc-21-07-2061.pdf>>. Acesso em: 26/10/2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4ª ed. Salvador: *Juspodivm*, 2016.

LEMGRUBER, Julita. **Cemitério dos Vivos: análise psicológica de uma prisão de mulheres**. 2ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 1999.

LOPES JUNIOR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MATOS, Raquel, MACHADO, Carla. **Criminalidade feminina e construção do gênero: Emergência e consolidação das perspectivas feministas na Criminologia**. Análise Psicológica, 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.mec.pt/pdf/aps/v30n1-2/v30n1-2a05.pdf>>. Acesso em: 15/05/2019.

MELLO, Daniela Canazaro de. **A Maternidade no Meio Prisional: vivências de mãe encarceradas na realidade brasileira e portuguesa**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen, iuris, 2016.

MIRABETE, Júlio Fabrini e FABBRINI, Renato N. **Execução Penal**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NOBRE, Otavio Mauro. **As Medidas Cautelares Alternativas à Prisão - Uma Abordagem da Recente Lei nº 12.403/2011**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/4/midas_cautelares_439.pdf> Acesso em: 10/10/2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade: de acordo com a Lei 12.403/2011**. 3ª ed. Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 13ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2015

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 20/05/2019.

ONU. **Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos.** Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html>>. Acesso em: 20/05/2019.

ONU. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em: 20/05/2019.

ONU. **Regras Mínimas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38.pdf>>. Acesso em: 20/05/2019.

ONU. **Resolução 56/261 (2002).** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>>. Acesso em: 20/05/2019.

ONU. **Resolução 58/643 (2003) apud Regras de Bangkok.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf>>; Acesso em: 20/05/2019.

ONU. **Resolução 61/143 (2006) apud Regras de Bangkok.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf>>. Acesso em: 20/05/2019.

ONU. **Resolução 63/241 (2008) apud Regras de Bangkok.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf>>. Acesso em: 20/05/2019.

ONU. **Regras de Bangkok.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>>. Acesso em: 20/05/2019.

PEREIRA, Larissa Urruth, ÁVILA, Gustavo Noronha. **Política de Drogas e Aprisionamento Feminino – O Tráfico e o uso na Lei de Drogas. 2013.** Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/46.pdf>>. Acesso em: 10/05/2019.

PORTUGAL. **Decreto Lei Nº 26.643 (1936).** Disponível em: <<https://dre.pt/application/file/361438>>. Acesso em: 18/05/2019.

PORTUGAL. **Decreto Lei Nº 265 (1979).** Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/396771/details/maximized?perPage=100&q=Lei+n.%C2%BA%2010%2F97>>. Acesso em: 18/05/2019.

PORTUGAL. **Lei Nº 115 (2009)**. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/491690/details/maximized>>. Acesso em: 18/05/2019.

PORTUGAL. **Código Penal (Lei n.º 94/2017)**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2764&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=>>. Acesso em: 20/05/2019.

PORTUGAL. PORDATA, **Base de Dados Portugal Contemporâneo**. Disponível em: <<https://www.pordata.pt/Portugal>>. Acesso em 11/05/2019.

PORTUGAL. Público. **Número de mulheres presas estabilizou**. Disponível em: <<https://www.publico.pt/2018/05/14/sociedade/noticia/numero-de-mulheres-presas-estabilizou-1829773>>. Acesso em: 18/05/2019.

PORTUGAL. **Relatório sobre o Sistema Prisional Tutelar**. Disponível em: <<https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=29dd78f7-d076-4d80-a09b-6b2c94ec09d5>>. Acesso em: 18/05/2019.

PORTUGAL. **Jornal Mapa. Jornadas: as Prisões e as Mulheres**. Disponível em: <<http://www.jornalmapa.pt/2018/01/08/jornadas-as-prisoos-as-mulheres/>>. Acesso em: 18/05/2019.

PORTUGAL. **Dados: Estatísticas Prisionais (3º trimestre de 2016), Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais**. Disponível em: <<https://24.sapo.pt/atualidade/artigos/ala-feminina-na-prisao-a-mulher-sofre-uma-dupla-punicao>>. Acesso em: 18/05/2019.

RANGEL. Paulo. **Direito processual penal**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RONCHI, Isabela Zanette. **A Maternidade e o Cárcere: uma análise de seus aspectos fundamentais**. PUCRS, 2017. Disponível em: <http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2018/03/isabela_ronchi_20172.pdf>. Acesso em 17/05/2019.

ROSA, Thalita Galarce da. **O princípio Constitucional da Intranscendência desde o Período de Gestação no Sistema Prisional Feminino**. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14748>>. Acesso em 26/10/2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.