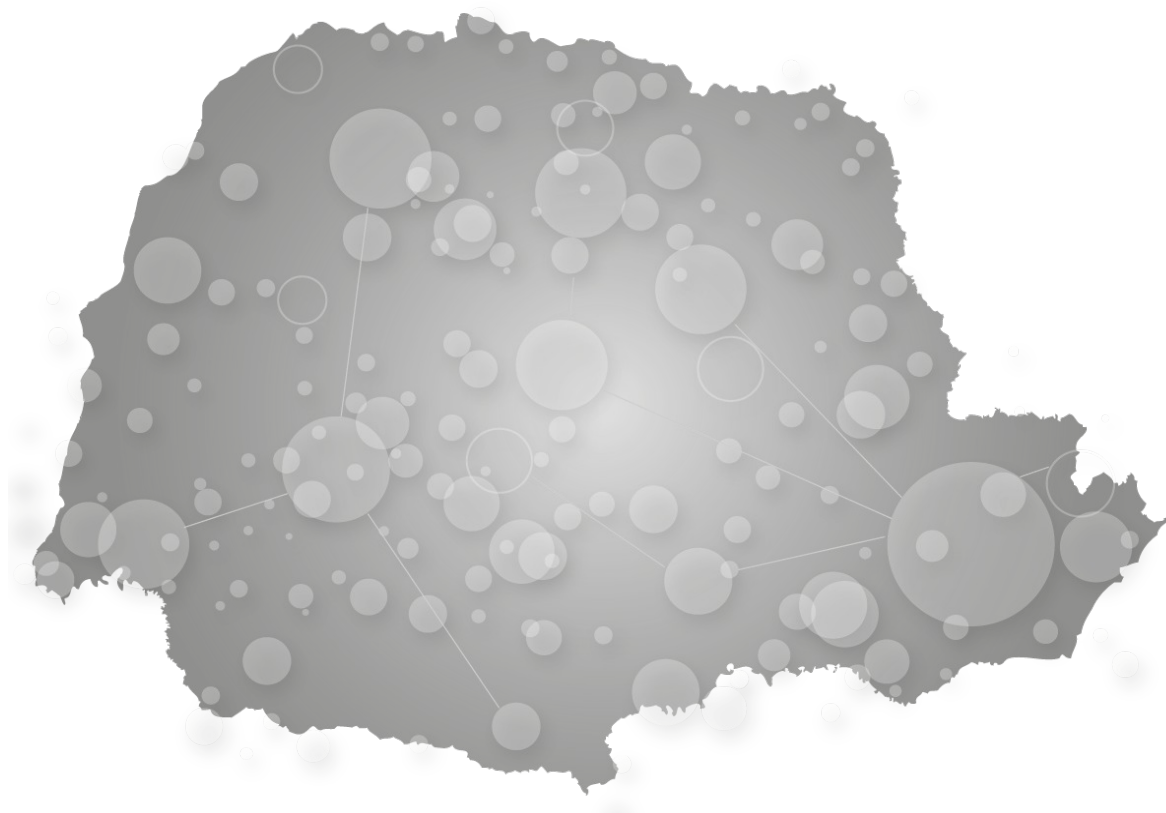


## Maternidade no Cárcere e Lei n. 13.769/2018

Apontamentos sobre a prisão domiciliar como substituto da prisão preventiva e do regime de cumprimento de pena e como instrumento da progressão especial de regime



Curitiba

2019

*(atualizada em 26.2.2019)*



MINISTÉRIO PÚBLICO  
do Estado do Paraná



*MINISTÉRIO PÚBLICO  
do Estado do Paraná*

### **Coordenação**

Cláudio Rubino Zuan Esteves (Procurador de Justiça/MPPR)

### **Coordenação e Revisão dos Trabalhos**

Alexey Choi Caruncho (Promotor de Justiça/MPPR)

André Tiago Pasternak Glitz (Promotor de Justiça/MPPR)

Ricardo Casseb Lois (Promotor de Justiça/MPPR)

### **Equipe Técnica**

Liz Ayanne Kurahashi

Thalita Moreira Guedes

Índice

<b>1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....</b>	<b>4</b>
<b>2 BREVE HISTÓRICO NORMATIVO.....</b>	<b>5</b>
<b>3 ACOMPANHAMENTO DA MULHER PRIVADA DE LIBERDADE GESTANTE...11</b>	
<b>4 BREVE ANÁLISE A RESPEITO DA MANUTENÇÃO DAS CRIANÇAS COM SUAS GENITORAS EM ESTABELECIMENTOS PENAIS E SUAS IMPLICAÇÕES.....</b>	<b>14</b>
<b>5 PRISÃO DOMICILIAR COMO ALTERNATIVA À PRISÃO PREVENTIVA.....</b>	<b>18</b>
<b>5.1 A não obrigatoriedade da substituição da prisão cautelar por domiciliar.....</b>	<b>18</b>
<b>5.2 Mulher Grávida: o cenário jurisprudencial até a Lei 13.769/2018.....</b>	<b>20</b>
<b>5.3 Mulher com filho de até 12 anos: o cenário jurisprudencial até a Lei 13.769/2018.....</b>	<b>25</b>
<b>5.4 O STF e o Habeas Corpus Coletivo n. 143.641/SP, de 20.02.2018.....</b>	<b>28</b>
<b>5.5 A Lei n. 13.769, de 19 de dezembro de 2018 e as alterações no CPP.....</b>	<b>32</b>
<b>6 LEI 13.769/2018 E PRISÃO DOMICILIAR NO CURSO DO CUMPRIMENTO DA PENA.....</b>	<b>36</b>
<b>7 LEI 13.769/2018 E PROGRESSÃO ESPECIAL DE REGIME.....</b>	<b>39</b>
<b>7.1 Prisão domiciliar na execução penal e Progressão especial.....</b>	<b>41</b>
<b>7.2 Política criminal e reflexos da progressão especial de regime.....</b>	<b>41</b>
<b>8 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>42</b>

**MATERNIDADE NO CÁRCERE E LEI N. 13.769/2018**

**Apontamentos sobre a prisão domiciliar como substituto da prisão preventiva e do regime de cumprimento de pena e como instrumento da progressão especial de regime<sup>1</sup>**

**1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES**

Trata-se de estudo voltado a aferir os reflexos ocasionados pela maternidade na privação da liberdade das mulheres e, especificamente, da possibilidade de concessão de prisão domiciliar, tanto para os casos de decreto prisional de natureza cautelar quanto definitivo.

Embora o tema já tenha sido enfrentado no passado no âmbito da Pesquisa n. 186/2017 – dando ensejo a um estudo específico a seu respeito<sup>2</sup> – a recente promulgação da Lei 13.769/2018 gerou mudanças que demandam uma especial atenção por parte do operador.

Dada a natureza multidisciplinar das consequências afetas ao tema tratado, nos pareceu oportuno manter uma abordagem que envolvesse duas perspectivas: i) aquela relacionada ao direito à maternidade da mulher privada de liberdade; e ii) à aquela afeta ao direito à infância. Só assim, quer-se crer, será viável adotar uma interpretação teleológica que permita atingir algumas considerações a título de conclusão para este Estudo.

É válido recordar que até a promulgação da Lei, até onde se tinha ciência, a questão vinha sendo objeto de entendimentos jurisprudenciais divergentes, o que já justificava a busca por subsídios aptos a viabilizar um posicionamento ministerial mais uniforme.

De toda forma, no intuito de viabilizar uma delimitação de sua

1 O presente Estudo figura como uma versão revista, atualizada e ampliada da Pesquisa n. 186/2017, que já tinha sido disponibilizada por nossa Equipe por ocasião de consulta realizada pelo 2º Grupo de Atuação Especializada da Procuradoria de Justiça Criminal do Ministério Público do Paraná, sob o título “Maternidade no Cárcere e Prisão Domiciliar”.

2 Referimo-nos, aqui, ao Estudo publicado em 2017 intitulado “Maternidade no cárcere e prisão domiciliar”, disponibilizado na página institucional do CAOP Criminal.

extensão, o presente Estudo será baseado nos mais recentes entendimentos adotados pelos Tribunais Superiores e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, partindo-se de uma referência que tomará por base um levantamento doutrinário sobre a temática.

Ainda em caráter introdutório, é válido recordar que, dada a natureza das atribuições afetas a esta unidade de apoio e, especialmente, da independência funcional constitucionalmente assegurada aos membros do Ministério Público, a pretensão aqui não será outra senão a de oportunizar uma análise global do assunto trazido e das questões que dele decorrem, buscando subsidiar a atuação funcional.

## 2 BREVE HISTÓRICO NORMATIVO

Tanto a proteção à maternidade quanto à proteção à infância figuram como direitos sociais garantidos pela Constituição de 1988 (art. 6º).

Especificamente em relação ao ***direito à maternidade***, o texto constitucional assegurou à mulher presa as *condições para que possa permanecer com seus filhos durante a amamentação*<sup>3</sup>.

Esta previsão, porém, longe está de ser o único marco normativo desta matéria no ordenamento brasileiro. Diferentes diplomas<sup>4</sup> trazem normas que deverão ser obedecidas no âmbito prisional, a fim de se assegurar outros direitos às mulheres que se encontram em situação de privação de liberdade.

A Lei de Execução Penal, a exemplo de outros ordenamentos<sup>5</sup>, assinala algumas peculiaridades que devem ser observadas nos *estabelecimentos penais femininos*, no intuito de que o direito à maternidade seja viabilizado a essas

3 Art. 5º, inciso L, CF/88.

4 Destaca-se aqui as Regras Mínimas para o Tratamento de prisioneiros – Regras de Mandela, Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras – Regras de Bangkok, Lei de Execução Penal, Estatuto da Criança e do Adolescente e Resolução n. 14 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciário – CNPCP.

5 Cita-se, em caráter ilustrativo, as “Unidades de madres” previsto no entorno espanhol. Disponível em: <<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/centrosPenitenciarios/unidadesMadres.html>>

mulheres quando custodiadas em prisões sob a responsabilidade do Estado brasileiro.

É por isto que o art. 83, § 2º, da LEP dispõe que os *estabelecimentos penais destinados às mulheres* serão dotados de berçário, no qual as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentando-os, no mínimo, até os 06 (seis) meses de idade. Com o mesmo fim, está a previsão de que as penitenciárias femininas sejam dotadas de *seção para gestante e parturiente*, além de *creche* para abrigar crianças maiores de 06 (seis) meses e menores de 07 (sete) anos (art. 89 da LEP).

Ainda dentro desta leitura é que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu art. 8º, § 10, dispôs que incumbe ao poder público *garantir*, à gestante e à mulher com filho na primeira infância que se encontrem sob custódia em unidade de privação de liberdade, uma *ambiência que atenda às normas sanitárias e assistenciais do Sistema Único de Saúde para o acolhimento do filho*, visando ao desenvolvimento integral da criança.

Prevê ainda, em seu artigo 9º, que também ao poder público compete propiciar as condições adequadas ao *aleitamento materno*.

Não bastasse este arcabouço legislativo, no âmbito infralegal também houve uma preocupação com a temática. Neste sentido, a Resolução n. 14 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária dispõe no § 2º do artigo 7º que serão asseguradas *as condições para que a presa possa permanecer com os seus filhos durante o período de amamentação*.

De toda forma, é necessário reconhecer que essas disposições não podem ser lidas isoladamente. Afinal, tem-se entendido que estas previsões relacionadas ao exercício do direito à maternidade – inclusive daquele afeto à permanência diária de seu filho dentro das unidades prisionais – haveria de coadunar-se com o *melhor interesse da criança*, nos termos inclusive do quanto previsto em normativas internacionais firmadas pelo Estado brasileiro em relação ao ***direito à infância***<sup>6</sup>.

---

6 Redação dada à Regra n. 29 das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento dos Presos – Regras de Mandela.

Até porque, também a nossa Constituição da República prevê em seu artigo 227 que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, devendo *colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão*.

Tanto a criança quanto o adolescente, por isto, gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, *em condições de liberdade e de dignidade* (art. 3º ECA).

Justamente por isto, entende-se que se deve buscar sempre o melhor interesse da criança, para que lhe seja garantido o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos (art. 15 do ECA). Deve-se, em resumo, colocar o infante a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Dada a importância do tema, no ano de 2016, foi publicada a **Lei Federal n. 13.257/2016**, denominada “Lei da Primeira Infância”, que já trazia várias inovações, buscando estabelecer princípios e diretrizes para formulação de políticas públicas para a primeira infância em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano, em consonância com os princípios e diretrizes do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 1º), o que, inclusive, implicou em diversos reflexos na leitura da própria Lei de Execuções Penais e do Código de Processo Penal.

De acordo com a redação do art. 19, *caput*, do ECA então inaugurada, “é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral”.

Além disso, o ECA no já citado art. 19, § 4º, passou a garantir também a convivência da criança e do adolescente **mesmo com a mãe e o pai privado de liberdade**, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável, independentemente de autorização judicial.

Foi dentro deste contexto que, visando garantir uma convivência familiar entre a mãe e o infante, seriam promulgados em 2017 e 2018 os **Decretos de Indulto** prevendo a concessão de indulto especial e comutação de penas às mulheres presas, o que se convencionou intitular de “Decreto do Dia das Mães”<sup>7</sup>.

Particularmente na elaboração do projeto que resultou no Decreto de 12 de Abril de 2017<sup>8</sup>, já se verificava o quanto estava sendo tomado em consideração dados que mostravam a necessidade de um tratamento especial ao encarceramento feminino, em particular diante do cenário pátrio de uma contínua excedência de ocupação prisional.

Mencionou-se, na ocasião, que desse universo da população prisional, cerca de 70 a 80% seria de mães. Ademais – sempre nos termos do que então fora reconhecido –, se estaria diante de um grupo de mulheres que, na grande maioria teriam sido abandonadas por seus parceiros, gerando uma consequente fragilização das relações familiares e dos laços entre essas mulheres e seus filhos em decorrência do encarceramento.

Por isto, diante do contexto então existente, ao menos, desde 2017, bem como das premissas das quais se partiu e das previsões normativas

7 Especificamente a respeito desta temática, é válido recordar estudos elaborados por nossa Equipe disponível em <http://www.criminal.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1759>.

8 Conforme consta, vários teriam sido os aspectos analisados para embasar a proposta de Decreto, ganhando destaque a identificação da existência de 37.380 mulheres encarceradas, sendo 9.565 em ambientes superlotados, mais de 50% por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, sendo que o delito que mais encarceraria seria o tráfico doméstico; 36.271 estariam à disposição da Justiça Estadual e 1.102 da Justiça Federal, o que evidenciava que menos de 5% estaria relacionado ao tráfico internacional ou transnacional; neste sentido, afirmava-se que se estaria diante de mães e mulheres em situações de maior vulnerabilidade as quais, em tese, *poderiam cumprir suas penas em condições distintas*. Daí a identificação de 342 mães com filhos menores de 6 anos em estabelecimento penal, 188 mães lactantes, 350 gestantes, 88 mulheres com algum tipo de deficiência intelectual, auditiva, visual, física, múltipla ou cadeirante, 148 mulheres idosas, 1.204 casos de presas com doenças transmissíveis, sendo 565 com HIV, 422 com sífilis, 58 com tuberculose, 82 com hepatite e 77 com outras doenças graves (Fonte: Conselho Nacional de Polícia Criminal e Penitenciária. *Minuta de Decreto Presidencial de Indulto para Mulheres*. Brasília-DF, abril de 2016. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/docs/2016/indulto\\_para\\_mulheres.pdf](http://www.ibccrim.org.br/docs/2016/indulto_para_mulheres.pdf)> Acesso em: 18 abr. 2016.



internacionais e nacionais que permitiriam à mulher encarcerada uma condição especial, que o **Decreto de 12 de abril de 2017** e o **Decreto n. 9.370/2018** teriam contemplado a situação da ***presa gestante e com filhos***, permitindo a concessão de indulto, ou comutação da pena, nos casos de *gestação* ou da existência de filhos que necessitem de seus cuidados<sup>9</sup>.

De toda forma – sem embargo da amplitude de hipóteses contempladas pelos Decretos –, já se notava uma clara tendência normativa voltada a viabilizar uma forma de privação de liberdade (provisória ou definitiva) distinta para este grupo de mulheres encarceradas.

Com efeito, em relação ao tema já se identificava que, no Código de Processo Penal, a Lei da Primeira Infância havia implicado em alterações que passaram a viabilizar a ***concessão da prisão domiciliar às presas provisórias***, em duas situações especificamente direcionadas à maternidade:

- i) quando a presa estivesse gestante; e
- ii) quando a presa possuísse filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Com isto, a autoridade policial, nos termos do art. 6º, inc. X, do CPP, logo que tivesse conhecimento da prática da infração penal por uma mulher, deveria colher as *informações sobre a existência de filhos, as respectivas idades e se possuem alguma deficiência e nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos*, indicado pela pessoa presa.

O que importa destacar é que, no cenário normativo prévio à Lei 13.769/2018, a ***concessão da prisão domiciliar no âmbito da execução da pena*** já estava prevista pelo art. 117, incisos III e IV, da LEP, mas apenas:

- i) para as presas condenadas em regime aberto na condição de gestantes ou com filho menor ou deficiente físico ou mental.

Este cenário seria complementado por um projeto de lei que – após um trâmite em regime de urgência –, redundaria na Lei n. 10.269/2018 cujo objetivo foi a alterar certos dispositivos do Código de Processo Penal, da Lei de

---

<sup>9</sup> Confira-se, aqui, os já referidos Estudos dos decretos de indulto do “Dia das Mães” ([2017](#) e [2018](#)), realizados por este Centro de Apoio, os quais complementam este Estudo.

Execução Penal bem como da Lei dos Crimes Hediondos, no sentido de se estabelecer a substituição da prisão *preventiva* por domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, bem como para disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação.

Publicada em 19 de dezembro de 2018, a Lei n. 13.769 inseriu no Código de Processo os artigos 318 - A<sup>10</sup> e 318 - B<sup>11</sup>, promoveu alteração na Lei de Execução Penal em seus artigos 72<sup>12</sup>, 74<sup>13</sup> e 112<sup>14</sup> e, ainda, deu nova redação ao artigo 2º, §2º da Lei dos Crimes Hediondos.

Feita essa introdução do cenário normativo, passa-se às considerações acerca da maternidade no cárcere, para que a partir daí possa ser analisada a divergência de entendimentos em relação aos requisitos para a concessão da prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva e durante o curso da execução da pena privativa de liberdade.

---

**10 Art. 318-A.** A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que:

- I – não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;
- II – não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.

**11 Art. 318-B.** A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319.

**12 Art.72.** [...]

VII – acompanhar a execução da pena das mulheres beneficiadas pela progressão especial de que trata o § 3º do art. 112, monitorando sua integração social e a ocorrência de reincidência, específica ou não, mediante a realização de avaliações periódicas e de estatísticas criminais. §1º (Antigo parágrafo único)

§ 2º Os resultados obtidos por meio do monitoramento e das avaliações periódicas previstas no inciso VII do caput serão utilizados para, em função da efetividade da progressão especial para a ressocialização das mulheres de que trata o § 3º do art. 112, avaliar eventual desnecessidade do regime fechado de cumprimento de pena para essas mulheres nos casos de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça.” (NR)

**13 Art. 74.** [...]

Parágrafo único. Os órgãos referidos no caput realizarão o acompanhamento de que trata o inciso VII do caput do art. 72 e encaminharão ao Departamento Penitenciário Nacional os resultados obtidos.” (NR)

**14 Art.112.** [...]

§ 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regimes são, cumulativamente:

- I – não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;
- II – não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente;
- III – ter cumprido ao menos 1 /8 (um oitavo) a pena no regime anterior;
- IV – ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;
- V – não ter integrado organização criminosa.

§ 4º O cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício previsto no § 3º deste artigo.” (NR)

### 3 ACOMPANHAMENTO DA MULHER PRIVADA DE LIBERDADE GESTANTE

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no Título reservado aos Direitos Fundamentais, prevê em seu art. 7º que a criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Não por outra razão, a chamada “Lei da Primeira Infância” alterou significativamente o Estatuto, a fim de se efetivar esses direitos constitucionalmente garantidos.

Dentre as inovações trazidas, ao que ora interessa, destaca-se a redação dada ao art. 8º, que previu expressamente que é assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, *às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério* e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Assim, observa-se no § 4º do citado artigo que, incumbe ao poder público proporcionar *assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal*, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal.

É importante anotar ainda que, conforme prevê o § 5º do mesmo dispositivo, tal assistência deve também ser prestada *à gestante e mães que se encontrem em situação de privação de liberdade*, incumbindo *ao poder público garantir, à gestante e à mulher com filho na primeira infância que se encontrem sob custódia em unidade de privação de liberdade, ambiência que atenda às normas sanitárias e assistenciais do Sistema Único de Saúde para o acolhimento do filho, em articulação com o sistema de ensino competente, visando ao desenvolvimento integral da criança* (art. 8º, § 10).

Não se deve estranhar, portanto, o quanto comentado pela doutrina<sup>15</sup> acerca do parágrafo incluído pela Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016, no sentido de que:

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

É válido recordar, de toda forma, que antes mesmo desta modificação legislativa, a própria Lei de Execução Penal já assegurava à mulher custodiada em estabelecimento penal, *o acompanhamento médico, principalmente no pré-natal e no pós-parto, com extensão desse direito ao recém-nascido*<sup>16</sup>.

Por esse mesmo motivo, a mesma LEP dispôs no artigo 89 que, além dos requisitos referidos no artigo 88<sup>17</sup>, a penitenciária de mulheres será *dotada de seção para gestante e parturiente* e de creche para abrigar crianças maiores de 06 (seis) meses e menores de 07 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

Daí prever o seu parágrafo único que serão requisitos básicos desta seção e da creche: **i)** o atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e **ii)** um

<sup>15</sup>DIGIÁCOMO, Murillo José y Ildeara de Amorim DIGIÁCOMO (2016): *Estatuto da criança e do adolescente: anotado e interpretado*, Curitiba, Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente.

<sup>16</sup>Art.14, §3º da Lei 7.210/84.

<sup>17</sup>Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular: a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; b) área mínima de 6,00 m<sup>2</sup> (seis metros quadrados).

horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável.

Se tal não bastasse, encontra-se previsto no Item 6 da Seção I do Tratado de Bangkok (Serviços de cuidados à saúde), que nos estabelecimentos penitenciários para mulheres *devem existir instalações especiais para o tratamento das reclusas grávidas*, das que tenham acabado de dar à luz e das convalescentes.

Importante, ainda, o previsto pelo art. 17 da Resolução n. 14 do CNPCP, no sentido de que o estabelecimento prisional destinado a mulheres disporá de *dependência dotada de material obstétrico*, para atender à grávida, à parturiente e à convalescente, sem condições de ser transferida a unidade hospitalar para tratamento apropriado, em caso de emergência.

Daí a importância de confrontar-se este cenário normativo com a realidade das unidades prisionais para efetivamente compreender-se o que teria guiado o Poder Legislativo (nas últimas reformas), o Executivo (em seus últimos decretos) e, inclusive, o próprio STF (em decisões, no mínimo, do último quinquênio).

Um exemplo já podia ser visto na Lei n. 13.434/2017, que acrescentou um parágrafo único ao art. 292 do Código de Processo Penal e voltava-se a proibir o uso de algemas em mulheres grávidas durante o parto e em mulheres durante a fase de puerpério imediato<sup>18</sup>.

Não é demais recordar, ademais, que embora referidas normativas estivessem voltadas ao ambiente penitenciário, devem ser igualmente aplicadas em ***toda situação relacionada à maternidade no cárcere***. Este alerta vale, especificamente, para o âmbito prisional paranaense que ainda vivencia um cenário em que parte de sua população prisional encontra-se custodiada em delegacias de polícia.

---

18Art. 1º O art. 292 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“Art. 292. [...]”

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

De fato, no Estado do Paraná, os dados da Polícia Civil de janeiro de 2019 informavam a existência de cerca de 480 mulheres custodiadas em carceragens de Delegacias, entre condenadas e provisórias.

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

Este apanhado normativo e fático serve para ressaltar que, embora privadas de liberdade, às mulheres detentas são assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, dentre eles aquele de *ter um acompanhamento digno e orientado durante e após a sua gestação*, devendo o Estado promover os meios necessários para o seu respeito.

#### **4 BREVE ANÁLISE A RESPEITO DA MANUTENÇÃO DAS CRIANÇAS COM SUAS GENITORAS EM ESTABELECIMENTOS PENAIS E SUAS IMPLICAÇÕES**

Pesquisa realizada no âmbito do Projeto “Pensando Direito”, da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ), em parceria com o Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA), identificou que a maioria das mulheres em situação prisional no Brasil, inclusive grávidas e puérperas, seriam jovens, de baixa renda, *em geral mães*, respondendo pela prática de crimes relacionados ao tráfico de drogas ou contra o patrimônio, *presas provisórias*, e em menor número, presas condenadas por crimes também dessa natureza<sup>19</sup>.

<sup>19</sup>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. p. 15. Disponível em <<https://www.justica.gov.br/noticias/201clugar-de-crianca-nao-e-na-prisao-nem-longe-de-sua-mae201d-diz-pesquisa/pesquisa-dar-a-luz-na-sombra-1.pdf>> Acesso em: 13 mar.2017.

De acordo com a referida pesquisa<sup>20</sup>, em 2012, as mulheres representavam 6,4% da população prisional do país, o que em números absolutos significava 35.072, de um total de 548.003 pessoas presas. Entre 2008 e 2011, teria havido um crescimento de 27% na região Norte, 28% no Sul, 28% no Nordeste, 8% no Sudeste e 9% no Centro-Oeste, superando, inclusive, o crescimento da população carcerária masculina. De fato, enquanto entre 2000 e 2012 a população carcerária masculina cresceu 130%, a feminina teria crescido 246%. Dados do ano 2000 apontavam que a população carcerária feminina era de 10.112 mulheres presas, tendo esse número saltado para mais de 35.000 em 2012.

Embora a análise de dados estatísticos sempre deva ser realizada com a devida cautela, no caso específico da maternidade de pessoas custodiadas, são eles que servem para, ao menos, despertar o operador para a necessidade de um olhar diferenciado. Afinal, em nosso ordenamento, há extensa base normativa que legitima um tratamento distinto às mulheres privadas da liberdade em condições de maternidade, seja por força da perspectiva do direito à maternidade já mencionado, seja em razão da perspectiva do direito à infância.

No Estado do Paraná, através da Lei Estadual nº 9.304/90, foi criada a Creche Pré-Escolar “Cantinho Feliz na Penitenciária Estadual Feminina”, atualmente denominada Centro de Educação Infantil Cantinho Feliz – CEI. Trata-se de unidade integrada à referida penitenciária e que visa atender aos filhos e filhas das internas que cumprem penas no período de aleitamento até os 06 anos de idade, enquanto não possuem condições de sobrevivência com a família (art. 1º, parágrafo único).

Essa unidade penal, destinada à privação de liberdade de mulheres, parece ser a única do Estado que efetivamente possui instalações para que as mães possam permanecer com seus filhos.

O Centro de Educação Infantil Cantinho Feliz assemelha-se muito com uma unidade de acolhimento institucional, tratando-se de um local onde as crianças permanecem em tempo integral até, no máximo, 06 anos de idade.

---

<sup>20</sup>Ibidem.



Não é demais recordar que, o Estatuto da Criança e Adolescente, ao tratar das unidades de acolhimento institucional, em seu art. 19, §1º, dispôs que toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 06 (seis) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta.

O art. 19, em seu §2º, neste sentido, regulamenta que a permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 02 (dois) anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária.

O que se vislumbra, portanto, é que o Estatuto da Criança e do Adolescente prioriza a manutenção ou reintegração de criança ou adolescente no ambiente familiar em relação a qualquer outra medida de acolhimento (art. 19, §3º, do ECA).

E, diante do ambiente hostil em que essas crianças acabam permanecendo (em decorrência da situação prisional de suas genitoras), entende-se que pode ele acarretar um prejuízo no desenvolvimento psíquico, educacional, social, físico do infante.

Assim, muito embora o zelo diferenciado da unidade mencionada, é necessário reconhecer que a situação, ainda assim, longe estaria de ser a ideal. Afinal, estando as crianças alojadas em *local anexo* à penitenciária feminina, acabariam sofrendo também os reflexos da privação de liberdade de suas mães.

É nesse sentido que a pesquisa realizada pelo *Projeto Pensando Direito* da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ) concluiu que, “para evitar que a criança seja encarcerada, *modelos de*



*creches externa devem ser pensados*, de modo que as mães visitem as crianças e vice-versa”<sup>21</sup>.

Ademais, de acordo com a mesma pesquisa<sup>22</sup>, já se despertava que a resposta quanto ao destino da mãe e da criança tinha que ser *tratada de forma individualizada*, devendo ser respeitada a autonomia decisória da mulher em relação ao destino da criança.

Ou seja, reconhecia-se que haveria *uma série de variantes que deviam ser cautelosamente sopesadas* e citava-se, como exemplo, que deveria haver uma tentativa de “evitar a institucionalização”, tanto da mãe como do filho, priorizando a manutenção do vínculo familiar e os direitos da criança, evitando, assim, o binarismo da escolha que leva a criança a viver na prisão ou longe da mãe.

Aquela mesma pesquisa<sup>23</sup>, ainda, ao analisar os relatos das presas em relação ao destino das crianças, diagnosticava que alguns fatores pesavam mais nessa escolha, como o tempo de pena, a existência de familiares confiáveis para assumir a guarda, o primeiro filho, o apoio que se tinha no ambiente externo, as condições do estabelecimento, dentre outras.

Diante da pluralidade de contextos da mães presas, o que se percebia, enfim, era *a impossibilidade de generalizar uma só resposta no sistema de justiça*, pois na decisão entre ficar com a criança no estabelecimento prisional ou separar-se dela no nascimento, haveria a necessidade de levar-se em conta todo o contexto psicossocial e familiar da mãe, bem como sua vontade pessoal.

Foi tendo em conta todo também este cenário que a Lei da Primeira Infância, com as alterações que realizou no Código de Processo Penal, viria a possibilitar a concessão da prisão domiciliar em substituição à prisão cautelar, tornando possível a compatibilização da convivência da mãe com a criança em ambiente externo à prisão.

---

21BRASIL, 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. p. 41.

22Idem, p. 79.

23Ibidem.

A compreensão de toda esta *ratio* legislativa é de suma importância, na medida em que deixa claro que, sem embargo de reconhecer o ambiente absolutamente hostil do cárcere para as gestantes, mães e parturientes, **jamais houve um interesse de promover um desencarceramento generalizado e banalizado**, que ignorasse a análise de toda e qualquer condição para a concessão da prisão domiciliar.

## 5 PRISÃO DOMICILIAR COMO ALTERNATIVA À PRISÃO PREVENTIVA

Pois bem, uma vez analisada toda esta perspectiva político criminal que envolve o tema, é válido analisar quais teriam sido as **últimas alterações legislativas** de relevo que merecem atenção por parte do operador.

### 5.1 A não obrigatoriedade da substituição da prisão cautelar por domiciliar

Previamente a análise do ocorrido a partir da Lei 13.769/2018, parece oportuno recordar que o art. 318 do Código de Processo Penal já vinha preconizando que o Juízo **poderia** substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for **gestante** ou **mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos** (incisos IV e V, respectivamente).

Exige o parágrafo único do referido artigo, porém, que a substituição **dependeria de prova idônea dos requisitos estabelecidos**.

Diante desta previsão normativa, Eugênio PACHELLI e Douglas FISCHER<sup>24</sup> procuraram esclarecer que a prisão domiciliar introduzida pela Lei n. 12.403/11 *não constituiria medida cautelar propriamente dita, não se equiparando ao recolhimento domiciliar do art. 319, inciso V, do Código de Processo Penal*, aparecendo como “**substitutiva da prisão preventiva anteriormente decretada**”, cabível somente nas hipóteses previstas no art. 318 do CPP.

---

<sup>24</sup>PACHELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 671.

Atinente à substituição da custódia cautelar pela prisão domiciliar, entretanto, Renato Brasileiro de Lima<sup>25</sup> asseverou que:

[...] a presença de um dos pressupostos indicados no art. 318, isoladamente considerado, não assegura ao acusado, automaticamente, o direito à substituição da prisão preventiva pela domiciliar. O princípio da adequação também deve ser aplicado à substituição (CPP, art. 282, II), de modo que a prisão preventiva somente pode ser substituída pela domiciliar se se mostrar adequada à situação concreta. Do contrário, bastaria que o acusado atingisse a idade de 80 (oitenta) anos para que tivesse direito automático à prisão domiciliar, com o que não se pode concordar. Portanto, a presença de um dos pressupostos do art. 318 do CPP funciona como **requisito mínimo**, mas não suficiente, de *per si*, para a substituição, cabendo ao magistrado verificar se, no caso concreto, a prisão domiciliar seria suficiente para neutralizar o *periculum libertatis* que deu ensejo à decretação da prisão preventiva do acusado.

Para este autor, a concessão da prisão domiciliar não estaria ligada somente ao cumprimento dos requisitos elencados no art. 318 do CPP, **devendo sempre ser analisado o caso concreto**.

Nesse sentido, destaca-se o teor do decidido no *Habeas Corpus* n. 1.624.914-4, julgado em 09.02.2017, em que o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná entendeu que a concessão da prisão domiciliar **exigiria a conciliação com a ausência dos pressupostos previstos no art. 312 do CPP**, haja vista não se operar de forma automática.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, em sede de pedido liminar no *Habeas Corpus* n. 291.439, julgado em 22.05.2014 – em que era pleiteada, pela paciente, a substituição da prisão preventiva pela domiciliar sob a justificativa de que era mãe de duas crianças, de 08 anos e 01 ano –, citando a doutrina de Gustavo Badaró asseverou que, “[...] embora o art. 318 utilizasse o verbo “poderá”, é de considerar que, demonstrada a hipótese de incidência do art. 318, o juiz deverá determinar o cumprimento da prisão preventiva em domiciliar. Trata-se de *direito subjetivo* do preso, independentemente de o preceito empregar o verbo “poder” a indicar inexistente poder discricionário do juiz”.

---

<sup>25</sup>LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 998 (gn).

No referido julgado, o Ministro Relator, em seu voto, explicitou que não chegaria necessariamente à conclusão de que o verbo “poderá” devesse ser interpretado como “deverá”, pois, para ele, *essa interpretação acabaria por gerar uma vedação legal ao emprego da cautela máxima em casos nos quais se mostrava ser ela a única hipótese a tutelar, com eficiência, situação de evidente e imperiosa necessidade da prisão.*

Daí porque não se concordava com uma obrigatoriedade da substituição da prisão cautelar pela domiciliar, sob pena de *assegurar a praticamente toda pessoa com prole, na idade indicada no texto legal, o direito a permanecer sob a cautela alternativa.*

De toda forma, naquela ocasião e diante daquele caso concreto, foi ressaltado pelo Relator – ancorando-se, inclusive, na doutrina da proteção integral e no princípio da prioridade absoluta, previstos no artigo 227 da Constituição, no ECA e, ainda, na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Decreto Presidencial n. 99.710/90 – que seria devido o deferimento da liminar para substituir a prisão preventiva da paciente por prisão domiciliar até o julgamento do *habeas corpus*.

### 5.2 Mulher Grávida: o cenário jurisprudencial até a Lei 13.769/2018

Conforme referido, a **substituição** da prisão preventiva pela domiciliar para as **mulheres gestantes** figura como uma das hipóteses previstas no art. 318, inciso IV, do CPP.

Malgrado esta redação tenha sido entregue ao Código com a Lei da Primeira Infância (Lei 13.257/2016), o CPP já admitia desde 2011 a substituição da prisão preventiva pela domiciliar para as mulheres gestantes. A permitia, porém, *a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.*

Após a alteração de 2016, foi retirada a previsão expressa acerca do período gestacional, bem como da existência de alto risco para a substituição da prisão.

A partir de pesquisa à jurisprudência de nossos Tribunais, contudo, já vinha sendo possível verificar que, embora não houvesse mais essa previsão, **considerava-se imprescindível que fosse demonstrada alguma necessidade para a substituição**, não bastando a simples comprovação da gestação por parte da mulher presa.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por exemplo, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 1.595.031-3 – Corbélia/PR, meses após aquela modificação (01.12.2016) – no qual se pleiteava a substituição da prisão preventiva pela domiciliar sob o mero argumento de que a presa estaria grávida –, denegou a ordem sob o fundamento de que a necessidade da prisão cautelar pela garantia da ordem pública teria ficado evidentemente demonstrada naquele caso.

Na ocasião, foi utilizado como fundamentação o fato de ter sido verificado que o Juízo a *quo* já tinha ciência dessa situação e estava buscando assegurar que a paciente ficasse recolhida em estabelecimento penal adequado, no qual pudesse dispor de cuidados médicos necessários para o acompanhamento de sua gravidez. Entendeu, por fim, que não constava nos autos quaisquer informações a respeito da situação da paciente, como o *tempo de gestação*, se a *gravidez seria de risco*, etc., as quais poderiam, em tese, justificar a medida. Dessa forma, o Tribunal denegou a ordem e *manteve a prisão preventiva da presa gestante*.

Nesse mesmo sentido, também foi o entendimento da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no *Habeas Corpus* n. 363.958 – SP, julgado em 13.09.2016:

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

[...]

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

## Centro de Apoio Operacional das Promotorias

### Criminais, do Júri e de Execuções Penais

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

IV - Na hipótese, restou comprovado nos autos, que a paciente é multirreincidente, inclusive pelo mesmo tipo de delito, circunstâncias aptas a ensejar a custódia cautelar em virtude de fundado receio de reiteração delitiva (precedentes). Documento: 65227445 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 26/09/2016

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

(STJ - HC 363.958/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 26/09/2016)

Desse modo, podia-se mesmo arriscar a dizer que vinha prevalecendo que a grávida apenas teria o direito à substituição da prisão preventiva pela domiciliar **se ficasse comprovado que o estabelecimento penal, onde se encontrava custodiada, não assegurava as condições necessárias à sua situação peculiar de gestante e, principalmente, de que não existissem circunstâncias indicativas de que a cautelar mais restritiva fosse adequada ao caso.**

De toda forma, mesmo naquele momento jurisprudencial, já se mostrava necessário ressaltar que estas conclusões deviam ser recebidas com grande cautela, não sendo devida qualquer generalização.

Com efeito, no julgamento do HC 134.104-SP (Rel. Min. Gilmar Mendes), apreciado pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em 02.08.2016, pleiteava-se a prisão domiciliar, dentre outros, sob os argumentos de que: a) o estado de gravidez da acusada era avançado; b) nos termos do art. 318, inciso IV, do CPP, o recolhimento da paciente em estabelecimento era inadequado à sua condição especial de gestante e c) havia a necessidade de observância das Regras

de *Bangkok*, tendo em vista decisão do STF, que concedeu prisão domiciliar a uma grávida presa preventivamente pela prática de tráfico de drogas.

Naquela ocasião, o Ministro Gilmar Mendes aduziu que *não obstante as circunstâncias em que tinha sido praticado o delito, a concessão da prisão domiciliar encontrava amparo legal na proteção à maternidade e à infância, como também na dignidade da pessoa humana, porquanto priorizava-se o bem-estar do menor e do nascituro, principalmente em razão dos cuidados necessários em seu nascimento e na futura fase de amamentação, cruciais para seu desenvolvimento.*

Conforme o Ministro, no caso, tinha sido constatada que a acusada já se enquadrava na hipótese prevista no art. 318, inciso IV, do CPP e que, tal situação tinha deixado de ser considerada pelas instâncias anteriores. No momento da impetração do *habeas corpus*, ademais, *a paciente encontrava-se presa em estabelecimento inadequado à sua condição de gestante, em total desrespeito aos direitos constitucionais* que haviam sido citados. Por isto, destacou-se que, nos termos das Regras de Bangkok, *a adoção de medidas não privativas de liberdade deviam ter preferência especialmente no caso de grávidas e mulheres com filhos dependentes.*

Daí porque, naquele caso, a Turma, por votação unânime, *já tinha determinado a substituição da prisão preventiva da paciente pela domiciliar*, nos termos do voto do Relator.

Esta posição da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal voltaria a ganhar reforço em data mais recente, a partir do julgamento do HC n. 143.641/SP, em 20 de fevereiro de 2018. Neste julgado seria expressamente reconhecida a existência de “uma gravíssima deficiência estrutural como regra” dos estabelecimentos penais. Uma circunstância que, em certa medida, teve o potencial de **inverter a lógica de apreciação e análise dos casos** a partir de então, ainda que, igualmente, longe estivesse de gerar a concessão generalizada do benefícios da prisão domiciliar<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup>Confira-se, neste sentido, especificamente, o constante nas pp. 7-10 do Voto do Relator no HC referido, em que toma-se emprestado o quanto aferido, inclusive, na ADPF 347 MC/DF.



De toda forma, por aí se vê que, após o marco legal da Primeira Infância (Lei n. 13.527/2016) de março de 2016, que alterou a redação do art. 318 do CPP e tornou ainda mais amplas as hipóteses de concessão de prisão domiciliar, os Tribunais Superiores, *embora por vezes não tivessem descartado a necessidade de comprovação de que o estabelecimento prisional fosse inadequado à condição da gestante*, passaram a reconhecer que *esses direitos deviam ser assegurados conforme a Constituição Federal, a Lei de Execução Penal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Tratado Internacional de Bangkok*.

Bastava ver que mesmo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, no início de abril de 2017, em decisão monocrática, já tinha sido reconhecido pelo Min. Nefi Cordeiro que *a mera previsão legal* teria criado uma “*regra geral*” *voltada à concessão do benefício*, tornando “descabida a discussão de necessidade dos cuidados maternos à criança, pois condição legalmente presumida”.

De fato, na apreciação do HC 362.922, foi reconhecido o benefício para uma genitora, de dois filhos (com dois e seis anos de idade), presa preventivamente por tráfico de drogas, para quem tinha sido indeferida a prisão domiciliar pelo Tribunal de Justiça em razão, precisamente, *de não ter sido demonstrado que a mãe seria a única pessoa capaz de cuidar das crianças e da possibilidade de amamentação do filho de dois anos na cadeia pública local*. Durante a apreciação, o Min. Nefi Cordeiro ressaltou que a Lei 13.257/16, ao normatizar tratamento cautelar diferenciado à *gestante* e à *mulher com filhos até 12 anos*, teria incorporado ao ordenamento jurídico um *novo critério geral para a concessão da prisão domiciliar*. Daí porque, ***na condição de gestante ou de mãe de criança, nenhum requisito seria legalmente exigido, afora a prova dessa condição***. Ressaltava, de todo modo, que ***a negativa do benefício dependeria de uma justificativa excepcional que enfrentasse aquela previsão legal***, sob pena de vigorar a regra geral da proteção da primeira infância.

Daí porque, conforme ressaltamos, toda e qualquer generalização, no momento jurisprudencial que estava em curso, tinha que ser recebida com demasiada cautela.



#### 5.3 Mulher com filho de até 12 anos: o cenário jurisprudencial até a Lei 13.769/2018

Desde 2016, o art. 318, inciso V, do CPP admitia, ainda, a substituição da prisão preventiva pela domiciliar *no caso de mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos*.

Trata-se de inclusão efetuada pela Lei 13.257/2016. Em consulta à jurisprudência dos Tribunais Estaduais e Superiores, verificava-se a *existência de divergência de entendimentos acerca de sua aplicação* que, ora se posicionavam pela interpretação literal do dispositivo, ora se posicionavam pela necessidade de comprovação da imprescindibilidade da mãe aos cuidados com o infante para que a prisão preventiva pudesse efetivamente ser substituída pela domiciliar.

Nessa esteira, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, ao denegar a ordem do *Habeas Corpus* n. 1.628.231-6, em data de 23.02/2017, entendeu que:

PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. SUPOSTA PRÁTICA DO CRIME CAPITULADO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06.1) CONCLAMADA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA. INOCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE PERSISTÊNCIA DO DECRETO CAUTELAR PARA GARANTIR A ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DA AGENTE DEMONSTRADA PELA QUANTIDADE SIGNIFICATIVA DE ENTORPECENTE APREENDIDA [700g (SETECENTOS GRAMAS) DE 'MACONHA']. PERICULUM LIBERTATIS FARTAMENTE EVIDENCIADO.2) PEDIDO DE SUBMISSÃO DA PACIENTE À PRISÃO DOMICILIAR. IMPERATIVIDADE NÃO DELINEADA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA IMPRESCINDIBILIDADE DA RÉ AOS CUIDADOS DOS FILHOS MENORES DE IDADE. CRIANÇAS QUE VÊM SENDO AMPARADAS PELA AVÓ MATERNA. TESE AFASTADA.CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA. --1 Em substituição ao Desembargador Jorge Wagih Massad.-- (TJPR - 5ª C.Criminal - HCC - 1628231-6 - Santo Antônio da Platina - Rel.: Simone Cherem Fabrício de Melo - Unânime - - J. 23.02.2017)

Ressaltou-se que embora não se ignorasse que o novo inciso V havia trazido uma possibilidade de concessão de prisão domiciliar irrestritamente

“para a mulher com filho de até 12 anos de idade, na verdade, se estaria diante de *uma mera faculdade do juiz*”.

Nesse mesmo julgado, destacou-se que a jurisprudência daquele órgão colegiado seria no sentido de que, para que a prisão preventiva fosse substituída pela domiciliar **devia ser comprovada a necessidade de que a mulher presa fosse indispensável para o desenvolvimento de seus infantes**.

Na Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por outro lado, nos termos do voto do Ministro Relator Reynaldo Soares da Fonseca, verificou-se ter sido concedido em 07.02.2017 a substituição. Com efeito, no HC 363.993-SP, houve concessão de ofício para fins de substituir a prisão preventiva de paciente que possuía filho com idade inferior a 12 anos, por se entender que a disposição legislativa insculpida no art. 318, inciso V, do CPP **não teria condicionado a prisão domiciliar da mulher com filho menor de 12 anos à comprovação da imprescindibilidade dos cuidados com o infante**.

No voto do Relator, foi utilizada também como fundamentação o postulado da fraternidade:

- a) O princípio da fraternidade é uma categoria jurídica e não pertence apenas às religiões ou à moral. Sua redescoberta apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias. A fraternidade não exclui o direito e vice-versa, mesmo porque a fraternidade enquanto valor vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade.
- b) O princípio da fraternidade é um macroprincípio dos Direitos Humanos e passa a ter uma nova leitura prática, diante do constitucionalismo fraternal prometido na CF/88 (preâmbulo e art. 3º).
- c) O princípio da fraternidade é possível de ser concretizado também no âmbito penal, através da chamada Justiça restaurativa, do respeito aos direitos humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal. A Lei n. 13.257/2016 decorre desse resgate constitucional.

Também no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, no início de abril de 2017, foi reconhecido pelo Min. Nefi Cordeiro que a mera previsão legal teria criado o que foi chamado de *critério geral* voltada à concessão do benefício, sendo por isto descabida qualquer discussão da necessidade dos cuidados maternos à

criança, “pois condição legalmente presumida” (HC. n. 362.922), *ainda que fazendo a ressalva já referida supra*.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, também foi possível observar certa divergência de entendimentos.

Com efeito, conforme voto do Ministro Teori Zavascki (Segunda Turma) de 13.12.2016, a conversão da prisão preventiva em domiciliar **“*não se perfaz[ia] como hipótese automática de causa e consequência, mas está[ava] condicionada, também, a elementos subjetivos relativos à imprescindibilidade da genitora para com os cuidados dos filhos*”**, tutelando-se os interesses da criança e do adolescente que deviam prevalecer quando houvesse convencimento do juiz.

Em sentido diverso, porém, já era possível identificar que, nesta mesma Turma, o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do já referido HC 134.104/SP, em 02/08/2016, tinha decidido pela *concessão da prisão domiciliar por encontrar respaldo legal na proteção à maternidade e à infância, além da dignidade da pessoa humana, de maneira a priorizar “o bem-estar do menor e do nascituro, principalmente em razão dos cuidados necessários em seu nascimento e na futura fase de amamentação, cruciais para seu desenvolvimento”*. Nesta ocasião, foi usado como base da decisão, a doutrina de Guilherme de Souza Nucci (*Prisão e Liberdade*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 3. ed., p. 114), no sentido de que:

*A mens legis diz com a necessidade de resguardar, em tal situação, não o agente criminoso, mas sim a pessoa que se encontra em situação de vulnerabilidade legitimadora de maiores cuidados, quais as crianças e deficientes, de modo coerente, inclusive, com a maior proteção a eles deferida pelo ordenamento jurídico nacional, constitucional e infraconstitucional, e internacional. Portanto, o raciocínio que se deve fazer, neste caso, deve partir da consideração do que é melhor para o vulnerável o filho recém-nascido e não do que é mais apazível para a paciente.*

Pelo que se nota, a alteração trazida pela Lei da Primeira Infância no artigo 318 do Código de Processo Penal, longe de pacificar a situação, passou a dar ensejo a diversas interpretações por parte dos nossos Tribunais.

É que, ademais das divergências jurisprudenciais, já existia quem entendia que, para a aplicação da substituição da prisão preventiva pela domiciliar, seria necessária *a observância de critérios subjetivos concernentes a cada caso concreto*, competindo ao julgador sopesar o melhor interesse da criança com a necessidade de manutenção da prisão preventiva da mãe.

Da mesma forma, havia entendimento pela *interpretação literal* do disposto no artigo, aduzindo-se que seria apenas necessário que a mulher preenchesse o requisito nele disposto, qual seja – ser gestante ou possuir filho de até 12 anos de idade incompletos –, sem especificar se o incapaz devesse depender exclusivamente de seus cuidados, para fazer jus à substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

#### 5.4 O STF e o Habeas Corpus Coletivo n. 143.641/SP, de 20.02.2018

Em 20 de fevereiro de 2018, no julgamento do Habeas Corpus n. 143,641/SP, de Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria dos votos<sup>27</sup>:

Concedeu a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar – sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - **de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda**<sup>28</sup>.

Preliminarmente, é oportuno ressaltar que este espaço não pretende esgotar detalhes do julgado<sup>29</sup>. O que se sim se deseja é tão somente

---

<sup>27</sup>Por votação unânime, a Turma, preliminarmente, entendeu cabível a impetração coletiva do HC e, por maioria, conheceu do pedido de *habeas corpus*, vencidos os Ministros Dias Toffoli e Edson Fachin, que dele conheciam em parte.

<sup>28</sup>Esta citação faz parte do trecho da decisão divulgada no site do STF, dentre a movimentação processual, na aba do mesmo dia 20.02.2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5183497>>. Acesso em: 01 mar. 2018.

<sup>29</sup>É válido ressaltar que, até outubro de 2018 (Cf. DJe-215 divulg 08-10-2018; public 09-10-2018), o presente julgado ainda pendia de publicação integral, pois tinha sido publicizado apenas o voto do Relator, o extrato do texto da decisão e notícias publicadas pelo próprio Tribunal em sua página virtual a respeito do julgamento.

oportunizar algumas considerações iniciais acerca do quanto decidido, especialmente diante do cenário de grande alarde e, aparentemente, indevida generalização que se seguiu à divulgação do apreciado pelo STF.

Neste sentido, é de todo conveniente que, desde um princípio, observe-se que a **substituição** referida pelo julgado se refere **exclusivamente** aos casos de **mulheres presas preventivamente**, não tendo nenhuma incidência sobre àquelas presas que assim se encontram em razão de sentença condenatória definitiva.

É válido igualmente destacar, em caráter inicial, a pretensão exposta durante o julgado. Com efeito, após ressaltar o quadro de grandes divergência de entendimento<sup>30</sup>, já no princípio do voto do Relator restou consignado seu interesse em “**traçar parâmetros**” para a questão<sup>31</sup>.

Em certa medida, pode-se efetivamente reconhecer que referidos *parâmetros* restaram fixados. No entanto, não parecem que tenham sido eles suficientes a ponto de evitar a banalização e a generalização que passou a ser alardeada desde então.

De fato, de acordo com o julgado, **a substituição poderá ocorrer para as mulheres presas preventivamente que se encontrem nas seguintes situações:**

- i) sejam gestantes;
- ii) sejam puérperas;
- iii) sejam genitoras de crianças sob sua guarda; ou
- iv) sejam genitoras de deficientes sob sua guarda.

Deste rol, deve-se dar especial atenção à circunstância de que tanto as genitoras com “**crianças**”, quanto as genitoras de “**deficientes**”, **deverão possuir sua guarda**<sup>32</sup>.

<sup>30</sup>Confira-se, neste sentido, o constante na p. 6 do Voto do Relator, reconhecendo a importância do tema “diante da existência de inúmeros julgados de todas as instâncias judiciais nas quais foram dadas interpretações dissonantes sobre o alcance da redação do art. 318, IV e V, do Código de Processo Penal (v.g., veja-se, no Superior Tribunal de Justiça: HC 414674, HC 39444, HC 403301, HC 381022)”.

<sup>31</sup>A referência a esta previsão resta clara na p. 33 do Voto do Relator.

<sup>32</sup> Conforme se depreende do acórdão à fl. 07.

Daí a importância que assume a interpretação relacionada à expressão “**sob sua guarda**”, dando ensejo a que possa ser perquirido, **no caso concreto**, até que ponto uma dada genitora, efetivamente, mantém a criança ou o deficiente “**sob seus cuidados**”.

Se tal não bastasse, seria ainda de suma relevância sublinhar que a substituição autorizada, nos termos da própria ressalva estabelecida no voto do Relator, **não devia incidir nos seguintes casos:**

i) de presas que estivessem nesta condição pela prática de **crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça;**

ii) de presas que estivessem nesta condição pela prática de **crimes praticados contra seus descendentes; ou**

iii) em “**situações excepcionalíssimas**”, as quais **deviam ser devidamente fundamentadas pelos Juízos que denegassem o benefício.**

Ainda. Deve-se recordar, igualmente, que quando a presa for **tecnicamente reincidente**<sup>33</sup>, o Juízo **deverá observar às circunstâncias do caso concreto**, ainda que tendo como norte os princípios e as regras acima enunciadas e, necessariamente, a excepcionalidade da prisão.

Em resumo, se por um lado foi pretensão do julgado:

i) consolidar uma interpretação que sufragasse as “interpretações dissonantes sobre o alcance da redação do art. 318, IV e V, do Código de Processo Penal”<sup>34</sup>;

ii) por outro, também se pretendeu conceder a ordem estabelecendo “parâmetros a serem observados, sem maiores dificuldades, pelos Juízes, quando se deparassem com a possibilidade de substituir a prisão preventiva pela domiciliar”<sup>35</sup>, **sem descurar, porém, de trazer diversas ressalvas voltadas a evitar a banalização e generalização de concessões desmedidas.**

<sup>33</sup> Conforme se extrai do acórdão à fl. 08.

<sup>34</sup> Refere-se, aqui, à página 06 do Voto do Relator.

<sup>35</sup> Refere-se, aqui, à página 33 do Voto do Relator.

Neste cenário, e reforçando os “parâmetros” ora trazidos, não é demais ressaltar que:

**5.4.1 Quanto à gestante:** deve-se recordar o quanto mencionado *supra* no item 5.2, no sentido da prévia existência, inclusive no âmbito da própria Suprema Corte, de divergências quanto a (des)necessidade de ficar comprovado que o estabelecimento penal, onde a gestante se encontra custodiada, assegurava (ou não) as condições necessárias a sua situação peculiar de gestante, para que estivesse autorizada a substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

Neste particular, embora o julgado ora referido tenha concedido a ordem para substituir a prisão preventiva de presas gestantes, isto em absoluto significou o completo impedimento de que a prisão, como medida excepcional, seja mantida conforme a análise do caso concreto.

O que sim passou a existir, a partir do julgado, foi o reconhecimento, como regra, de que existe *deficiência estrutural* das unidades prisionais, podendo vir aos autos, porém, prova de que o estabelecimento em que uma dada presa encontra-se custodiada assegura, excepcionalmente, as condições necessárias.

**5.4.2 Quanto às mulheres com crianças sob sua guarda:** conforme discorrido *supra*, no item 5.3, a divergência na jurisprudência vinha sendo em relação à *necessidade ou não de ser comprovada a imprescindibilidade da mulher para o desenvolvimento de sua prole*, já que só quando assim comprovado estaria autorizada a substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

Neste ponto, vale observar, ainda, o acréscimo trazido pelo julgado ora analisado. Com efeito, previu-se que para apurar a situação de guardiã dos filhos da mulher presa, dever-se-á dar credibilidade à palavra da genitora, **facultando-se porém ao juiz, sem prejuízo de cumprir, desde logo, a determinação, requisitar a elaboração de laudo social para eventual reanálise do benefício**<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup>Refere-se, aqui, às págs. 33-34 do Voto do Relator, em que consta que “para apurar a situação de guardiã dos seus filhos da mulher presa, dever-se-á dar credibilidade à palavra da mãe, **podendo o juiz, na dúvida, requisitar a elaboração de laudo social**, devendo, no entanto, cumprir desde logo a presente determinação”.



Enfim, em que pese a grande repercussão gerada em torno da concessão da ordem no remédio constitucional coletivo, a partir de uma análise do quanto efetivamente oficializado, **não se identifica um cenário que autoriza a generalização e a automatização nas concessões**, pois manteve-se, em certa medida, parte do quanto já vinha sendo delineado pelos Tribunais conforme discorrido no presente estudo.

Não há dúvida de que o cenário é de ampliação da permissibilidade para a concessão da prisão domiciliar de natureza cautelar. No entanto, ela longe esteve de figurar como a *regra absoluta* tal qual alguns espaços se precipitaram em concluir. Neste sentido, basta ver que mesmo ao estender os efeitos da concessão da ordem as demais as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência sob seus cuidados, já alertou o próprio voto do Relator que **referida extensão só o seria admissível se “observadas as restrições previstas no parágrafo acima”**, ou seja, precisamente aquele que fez referência às **três hipóteses que autorizam a denegação da substituição da preventiva pela domiciliar**:

Estendo a ordem, de ofício, às demais as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições previstas no parágrafo acima<sup>37</sup>.

Por fim, insta recordar que, conforme igualmente esclarecido ao longo da referida decisão, a partir deste marco jurisprudencial, não haveria mais qualquer prejuízo na aplicação **concomitante da prisão domiciliar com as medidas cautelares diversas de prisão previstas no artigo 319 CPP**, o que, certamente, deve ser aferido conforme as peculiaridades do caso concreto.

#### **5.5 A Lei n. 13.769, de 19 de dezembro de 2018 e as alterações no CPP**

Pois bem, foi dentro deste cenário que a Lei n. 13.769/2018 foi

---

<sup>37</sup>Refere-se, aqui, à página 33 do Voto do Relator.



promulgada no final do ano de 2018.

De fato, tomando claramente por base as premissas delineadas na então decisão proferida pelo Min. Ricardo Lewandowski no julgado que acabamos de mencionar, o legislador acrescentou no Código de Processo Penal, precisamente no Capítulo da “Prisão Domiciliar”, os artigos 318-A e 318-B, nos seguintes termos:

**Art. 318-A.** A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que:

- I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;
- II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.

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

Em uma inaugural análise, nos parece que a ideia do legislador foi de, em certa medida, ratificar o quanto decidido no já citado HC Coletivo. Tanto que se, de um lado, flexibilizou a concessão do benefício para determinadas mulheres, de outro, vetou expressamente sua possibilidade naqueles casos que já eram excepcionados pelo julgado.

Conforme referido, já no julgado o Supremo Tribunal Federal excepcionou a concessão da ordem nos casos de:

**i) presas que estivesse nesta condição pela prática de crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça;**

**ii) presas que estivessem nesta condição pela prática de crimes praticados contra seus descendentes; e**

**iii) de presas cuja “situação excepcionalíssima”, devidamente fundamentada pelo Juízo, justificasse a denegação do benefício.**

Esta alteração, porém, desde logo desperta para algumas dúvidas já vêm sendo aventadas no tocante à **discricionariedade ou não** do Juízo na análise da concessão do benefício. E, isso em decorrência do emprego do verbo “**será**” pelo legislador na redação do art. 318-A. Quer-se crer que referida discussão

deve ser compreendida dentro de um contexto maior do que o meramente semântico.

Neste sentido, inicialmente deve se perceber que a vedação da substituição da prisão preventiva pela domiciliar nos casos referidos pelo legislador – quando o crime for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa ou contra o filho ou dependente – demonstrou que o legislador **manteve a discricionariedade** do Juízo para análise dos pressupostos autorizadores da cautelar. E sequer poderia ser distinto. Afinal, se está diante do exercício de um poder geral de cautela que, devidamente fundamentado, poderá estar presente no caso concreto.

Além disso, o que se percebe é uma **situação de complementariedade** entre o art. 318-A e o art. 318 do CPP, no sentido de que o Juízo concederá a substituição da preventiva em domiciliar nas hipóteses previstas, **desde que ausentes as vedações contidas no art. 318-A incs. I e II, do CPP.**

Dúvida surge a respeito da ausência, no art. 318-A, de qualquer referência à **terceira exceção** mencionada no HC Coletivo<sup>38</sup>. De toda forma, muito embora o legislador tenha silenciado, a possibilidade do Juízo fundamentar o indeferimento de qualquer medida cautelar é norma que figura como uma consequência lógica do próprio sistema que rege a aplicação das cautelares. Afinal, toda e qualquer medida cautelar de natureza pessoal está sujeita à cláusula de reserva de jurisdição.

Daí porque, ao menos numa primeira aproximação, não parece ser possível generalizar-se de forma a concluir que essas medidas poderão ser concedidas de forma automática. Em absoluto, em cada caso concreto, deverá ser verificada a pertinência de sua concessão ou não<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup>Referimo-nos, aqui, à possibilidade do Juízo indeferir a substituição da prisão preventiva em prisão domiciliar em “situações excepcionalíssimas”, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos Juízos que denegarem o benefício.

<sup>39</sup> A título de exemplo, pense-se na situação de uma mulher gestante, que teve sua prisão preventiva substituída pela prisão domiciliar, e que venha a ser novamente presa em flagrante em decorrência da prática dos crimes tipificados nos artigos 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006. Neste caso, num primeiro momento, a situação da presa gestante se adequaria à hipótese prevista no art. 318, inc. IV, do CPP, em especial diante da ausência os impedimentos do art. 318-A, incs. I e II, do CPP. Nada impede, porém, do Juízo analisar o caso concreto e, de forma fundamentada, identificar que a substituição não seria a medida mais adequada.

Não parece ter sido outro, inclusive, a posição assumida em recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça, já vivenciando um cenário posterior àquela alteração legislativa. Com efeito, conforme ressaltado pelo Min. Reynaldo Soares da Fonseca, em seu Voto de vista, malgrado a nova Lei tenha silenciado a respeito de terceira hipótese então referida pelo STF no HC Coletivo n. 143.641:

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

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

Por isso, penso que a normatização de apenas duas das exceções já previstas no *habeas corpus* coletivo não afasta a efetividade do que foi decidido pelo Supremo nos pontos não alcançados pela norma. O fato de o legislador não ter inserido outras exceções na lei, **não significa que o Magistrado esteja proibido de negar o benefício quando se deparar com casos excepcionais**. Tenho que deve prevalecer a interpretação teleológica da lei, assim como a proteção aos valores mais vulneráveis. Com efeito, naquilo que a lei não regulou, **o precedente da Suprema Corte deve continuar sendo aplicado, pois uma interpretação restritiva da norma pode representar, em determinados casos, efetivo risco direto e indireto à criança cuja proteção deve ser integral e prioritária**, como determina a Constituição no art.227, bem como à pessoa deficiente" (HC 426.526, de 12.02.2019).

Adverta-se, porém, que para utilizar-se esta hipótese é essencial que, no caso concreto, sejam adotadas cautelas probatórias para justificar a manutenção da prisão preventiva. Neste sentido, coube ao mesmo Min. Reynaldo Soares da Fonseca, agora no HC 470.549-TO, de 12-2-2019, ressaltar esta a absoluta excepcionalidade na não concessão do benefício e a importância de que, em cada caso, restem devidamente caracterizadas todas as circunstâncias que demonstrem a não aplicabilidade da “presumida indispensabilidade da presença física da mãe”.

## 6 LEI 13.769/2018 E PRISÃO DOMICILIAR NO CURSO DO CUMPRIMENTO DA PENA

Dispõe o artigo 117 da Lei de Execução Penal que será admissível o recolhimento em residência particular, *aos beneficiários de regime aberto* quando se tratar:

i) *de condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;*

ou

ii) *de gestante.*

Conforme se extrai da leitura do artigo, para que seja possível a concessão da prisão domiciliar, além da necessidade de **estar cumprindo pena no regime aberto**, a condenada deve estar *grávida* ou *possuir filho menor ou deficiente físico ou mental*.

Pois bem, no tocante ao **regime de cumprimento da pena**, a jurisprudência já vinha admitindo, *em caráter excepcional*, a **possibilidade de concessão da prisão domiciliar também àquelas inseridas no regime fechado e semiaberto**, particularmente:

i) nos casos em que não exista nenhuma opção em relação à criação e à saúde dos filhos menores; ou

ii) por questões humanitárias, dada a natureza dos direitos envolvidos.

Ainda assim, parte da doutrina<sup>40</sup> persistia asseverando que se devia atentar que a prisão domiciliar é uma espécie reservada aos condenados que cumprem pena em regime aberto e seria absolutamente incompatível com outro regime (semiaberto ou fechado).

Ademais, o entendimento era de que não bastaria que a condenada possuísse filho menor, sendo necessário que, igualmente, estivesse cumprindo pena no regime aberto. Nesse sentido, restou então reconhecido pela 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, ao julgar o Agravo em Execução Penal n. 1.449.534-8, que tinha por objeto a reforma da decisão de primeiro grau que indeferiu a concessão de prisão domiciliar à condenada para permanecer com seus dois filhos menores, entendendo que, *estando a condenada em regime fechado pela prática de tráfico de drogas*, não pareceria razoável admitir o benefício da prisão domiciliar, sob pena de violação ao sistema de aplicação da pena, porque além de não contemplada pela lei, implicaria em violação à isonomia aos detentos<sup>41</sup>.

No mesmo sentido foi o entendimento da 5ª Câmara Criminal paranaense, no Recurso de Agravo n. 1611554-3, julgado em data de 02.02.2017:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. REGIME SEMIABERTO. PLEITO DE CONCESSÃO DO SEMIABERTO HARMONIZADO E/OU PRISÃO DOMICILIAR. **CONDENADA COM FILHO MENOR. IMPROCEDÊNCIA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. IMPRESCINDIBILIDADE NÃO DEMONSTRADA.** DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJPR - 5ª C.Criminal - RA - 1611554-3 - Região Metropolitana de Maringá - Foro Central de Maringá - Rel.: Maria José de Toledo Marcondes Teixeira - Unânime - - J. 02.02.2017). (sem destaques no original)

O Supremo Tribunal Federal também vinha admitindo a possibilidade da concessão de prisão domiciliar às condenadas em regime fechado, mas **ressaltando a excepcionalidade da concessão e sempre que comprovada a necessidade alegada.**

<sup>40</sup>MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Execução Penal*: Comentários à Lei n. 7.2010, de 11-7-1984. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 518.

<sup>41</sup> Esta decisão, inclusive, iria além, referindo que, no caso, não teria havido qualquer menção a respeito da inexistência de parentes que pudessem cuidar dos infantes. Daí porque, tal qual então ressaltado pelo Ministério Público, as particularidades do caso não demonstravam a excepcionalidade necessária para a concessão.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME INICIAL FECHADO. PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR. INVIABILIDADE. GRAVE ESTADO DE SAÚDE DO APENADO. **NÃO COMPROVAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE.** INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. (STF, HC 112412, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 10/11/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 10-12-2015 PUBLIC 11-12-2015) – sem destaques no original.

Nesse sentido, também vinha sendo o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. A título de exemplo, cita-se o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 45434/SC, julgado em data de 27.06.2014:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. DIREITO À AMAMENTAÇÃO. PRISÃO DOMICILIAR. IMPOSSIBILIDADE. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. A Constituição Federal assegura às presidiárias condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação, consoante o disposto no inciso L do artigo 5º. 2. Apesar de a Lei de Execução Penal limitar ao condenado em regime aberto a possibilidade de concessão de prisão domiciliar, a jurisprudência desta Corte de Justiça, atenta a questões humanitárias, tem admitido a concessão da benesse, considerando as peculiaridades do caso concreto. 3. Não há constrangimento ilegal no indeferimento da prisão domiciliar à recorrente, visto que o estabelecimento prisional em que se encontra recolhida possui berçário, além do que a apenada foi condenada por praticar tráfico de drogas em sua residência – "mesmo local em que, agora, pretende executar a pena" - inclusive com o auxílio de sua filha que, à época, possuía apenas 14 anos de idade. 4. O fato de o magistrado singular haver deferido, em 7.10.2013, a permanência dos filhos gêmeos da recorrente no estabelecimento prisional pelo período de 6 meses, somado à data de nascimento das crianças (há quase 1 ano), reforça a impossibilidade de concessão da prisão domiciliar. 5. Recurso em habeas corpus não provido. (STJ, RHC 45.434/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2014, DJe 04/08/2014).

Até porque, conforme referido pelo Ministro Rogério Schietti

Cruz:

[...] também seria possível a aplicação analógica do artigo 117 da Lei n. 7.210/1984 a casos como o presente, mostrando-se proporcional e razoável que, **a depender das circunstâncias do caso**, a condenada fique em regime domiciliar no período de amamentação de seu filho, ainda que apenada em regime semiaberto ou fechado (sem destaques no original).

Enfim, conforme se extrai da jurisprudência colacionada, verifica-se que sim já vinha sendo compreendido pela possibilidade de extensão das hipóteses de cabimento da prisão domiciliar às *condenadas que cumprem pena no regime fechado ou semiaberto*, por questões humanitárias (como saúde, amamentação, necessidade de cuidados dos filhos menores, dentre outras hipóteses).

Tais situações, porém, devem ser interpretadas como exceções à regra e, por isto, **exigem a devida comprovação e fundamentação**.

Até porque, se o desejo do legislador tivesse sido o de considerar que o cumprimento de pena de todas gestantes ou mulher com filhos menores ou deficientes tivesse, como regra, a prisão domiciliar (i.e., mesmo nos casos dos regimes fechado e semiaberto), a própria Lei n. 13.257/16 já teria prontamente alterado as hipóteses da concessão de seu cabimento, assim como fez no caso da prisão preventiva.

Tal, porém, não ocorreu.

## 7 LEI 13.769/2018 E PROGRESSÃO ESPECIAL DE REGIME

Em apertada síntese, o sistema progressivo de cumprimento de pena previsto em nosso ordenamento (LEP, art. 112; Lei 8.072/90, art. 2º, § 2º) prevê que os condenados por crimes não hediondos (reincidentes ou não) terão, como requisito objetivo para progressão de regime prisional, o cumprimento de 1/6 de suas penas, vigorando fração distinta no caso dos condenados por crimes hediondos: 2/5, se primários; e 3/5, se reincidentes.

Com o advento da Lei n. 13.769/2018, criou-se no sistema normativo brasileiro um **novo critério objetivo** para uma determinada parcela da população carcerária.

Com efeito, o **§ 3º inserido no art. 112 da LEP**, passou a prever uma **modalidade especial para progressão de regime**, nos casos de



*mulher gestante* ou que for *mãe* ou *responsável por crianças ou pessoas com deficiência*, desde que presentes de forma cumulativa os seguintes requisitos:

- i) não ter a mesma cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;
- ii) não ter ela cometido o crime contra seu filho ou dependente;
- iii) ter cumprido ao menos 1/8 da pena no regime anterior; e
- iv) ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento penal.

Este acréscimo legal soma-se à **nova redação entregue ao § 2º do art. 2º da Lei 8.072/90** (Lei de Crimes Hediondos), que passou a prever a necessidade de observar-se o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei de Execução Penal, nos casos de progressão de regime relacionada a condenados por crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo.

O legislador acrescentou, ainda, um **§ 4º ao art. 112 da LEP**, prevendo que o cometimento de novo crime doloso ou de falta grave implicará na **“revogação do benefício”**<sup>42</sup>.

Como se nota, as alterações promovidas prestigiaram, em certa medida, todo o contexto político criminal que já vinha surgindo, ao menos, desde a publicação da Lei da Primeira Infância e, mais precisamente, da decisão proferida pelo STF no HC Coletivo n. 143.641/SP.

---

42 Especificamente em relação a este último ponto, ainda que se esteja num momento bastante inicial para uma aferição mais profunda dos efeitos causados pela nova Lei, é válido reportar dúvida já levantada por parte da doutrina, no sentido de saber a real pretensão do legislador ao estabelecer esta “revogação do benefício”. A seu respeito, cf. SANCHES. Rogério. *Breves comentários às Leis 13.769/18 (prisão domiciliar), 13.771/18 (feminicídio) e 13.772/18 (registro não autorizado de nudez ou ato sexual)*. Disponível em: <<https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/12/9c20f715-breves-comentarios-as-leis-13769-18-prisao-domiciliar-13771-18-feminicidio-e-13772-18.pdf>> Acesso em: 14 jan. 2018, segundo o qual o legislador teria impossibilitado que uma nova progressão venha a ser concedida com base nas mesmas regras mais amenas. Tal entender, porém, longe está de ser pacífico. Senão pela inexistência de qualquer ressalva neste sentido no § 4º do art. 112 da LEP, certamente porque uma tal interpretação resultaria numa indevida restrição para se obter novo benefício, divergindo de toda sistemática do instituto progressivo prevista por nosso ordenamento.



#### **7.1 Prisão domiciliar na execução penal e Progressão especial**

Embora a Lei de Execução Penal, como vimos, autorize a concessão de prisão domiciliar à presa condenada que esteja em regime aberto, os Tribunais vinham estendendo essa possibilidade, em situações peculiares, como no caso de condenadas gestantes, com filhos menor ou deficiente físico ou mental (art. 117, incs. III e IV, da LEP), nos casos de regime prisional semiaberto e fechado.

Pois bem, diante da nova previsão de modalidade especial para progressão de regime mencionada, já é possível vislumbrar-se algumas interpretações divergentes acerca da aplicabilidade de ambos institutos.

Explica-se.

Imagine-se a seguinte situação: por um lado uma condenada em regime fechado, que não tenha cumprido 1/8 (um oitavo) de sua pena; por outro, condenada, em regime fechado, que tenha cumprido todos os requisitos para progressão especial.

Nota-se que, com o advento da Lei n. 13.769/2018 a condenada que tiver cumprido 1/8 de sua pena imposta e demais requisitos poderá progredir para o regime semiaberto, enquanto que a condenada que cumpriu o requisito objetivo, mas se enquadre nas hipóteses trazidas pela jurisprudência, poderia, em tese, beneficiar-se da prisão domiciliar.

Ao menos numa primeira aproximação, o que parece é que a nova Lei poderá gerar situações desiguais no tratamento a ser dispensado. Daí a importância de que, novos julgados, reflitam sobre o entendimento que então vinha se consolidando no âmbito dos Tribunais Superiores, haja vista as novas diretrizes trazidas pela legislação ordinária.

#### **7.2 Política criminal e reflexos da progressão especial de regime**

Outra inovação que merece destaque diz respeito à ampliação das atribuições do Departamento Penitenciário Nacional, que passou a ser

responsável pelo acompanhamento da execução da pena de todas as mulheres beneficiadas pela citada progressão especial, monitorando sua integração social, bem como os índices de reincidência delituosa, através de realização de avaliações periódicas e de estatísticas criminais.

Resta nítido que o legislador procurou, pela via normativa, fomentar uma atuação diferenciada em relação ao público egresso e/ou beneficiado com as medidas trazidas pela nova Lei. Caso tal tarefa efetivamente se concretize, dentro de um determinado espaço temporal, parece factível que sejam amealhados subsídios voltados a traçar novas diretrizes de política criminal.

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme proposto no início do presente trabalho, este Estudo buscou analisar a maternidade no cárcere sob duas perspectivas: a do direito à maternidade da mulher privada de liberdade e a do direito à infância. Pretendeu-se, ainda, contextualizar sob a perspectiva político criminal os últimos movimentos legislativos, em especial com a recente promulgação da Lei n. 13.769/2018.

Para tanto, buscou-se analisar a forma com que o tema vem sendo tratado em nosso ordenamento jurídico, sejam através das alterações legislativas, sejam pelos diferentes entendimentos consolidados nos Tribunais ao longo dos últimos anos.

A partir do colacionado, pode-se chegar a algumas considerações conclusivas em relação à temática enfrentada, sem embargo das diversas ressalvas mencionadas ao longo do presente estudo:

- No que diz respeito à **prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência**, na atualidade, a concessão está vinculada aquelas mulheres cujo crime cometido não empregou violência ou grave ameaça a pessoa, nem foi praticado contra o seu descendente;

**a)** No caso de **presa gestante**: no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e nos Tribunais Superiores (STF e STJ) vinha prevalecendo o entendimento de que não bastaria a simples comprovação da gestação por parte da mulher presa, sendo necessário que se comprovasse que o estabelecimento penal não dispunha de instalações adequadas e cuidados médicos necessários para o acompanhamento da gestação. Notava-se, porém, cada vez mais o surgimento de posições que tendiam a modificar este cenário, daí a necessária cautela que já devia existir nas conclusões generalizadas nesta seara. Este último cenário reforça-se, inclusive, a partir da decisão proferida em sede do HC Coletivo n. 143.641/SP, pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal e da inserção do art. 318-A do CPP os quais, em certa medida, passaram a **presumir a inexistência de condições adequadas nos estabelecimentos penais** (cf. itens 5.4 e 5.5);

**b)** No caso da **presa com criança de até 12 (dose) anos incompletos de idade sob seu cuidado**:

**b.1)** no **TJPR (5ª Câmara Criminal)**, ao menos até a edição da Lei, vinha prevalecendo que devia restar comprovada uma demonstração da indispensabilidade da mulher presa para o desenvolvimento de seus infantes;

**b.2)** no **STJ (5ª Turma)**, ao menos até a edição da Lei, vinha prevalecendo que o art. 318, inciso V, do CPP não condicionava esta prisão domiciliar à comprovação da imprescindibilidade dos cuidados com o infante;

**b.3)** no **STF (2ª Turma)**, até a edição da Lei, se constatava uma divergência de entendimentos dentro da mesma Turma, pois: **i)** por um lado, uma decisão de relatoria do Ministro Teori Zavascki capitaneava o entendimento de que a conversão da prisão preventiva em domiciliar não se daria de forma automática e estaria, por isto, condicionada à presença de elementos subjetivos relativos à imprescindibilidade da genitora para com os cuidados dos filhos, tutelando-se os interesses da criança e do adolescente que devem prevalecer quando houver convencimento do juiz; **ii)** por outro lado, o Ministro Gilmar Mendes já tinha reconhecido que esta prisão domiciliar, por encontrar respaldo legal na proteção à maternidade e à infância, estaria voltada a

priorizar o bem-estar do menor e do nascituro, principalmente em razão dos cuidados necessários em seu nascimento e na futura fase de amamentação, cruciais para seu desenvolvimento, sendo por isto desnecessária qualquer outra condição fática. Recente julgado da 2ª Turma, neste sentido – que agora ganha reforço pelas novas disposições do art. 318-A do CPP – fortalecem este último argumento, procurando estabelecer que a concessão do benefício seria a *regra*, ainda que reservando algum espaço para hipóteses excepcionais de manutenção cautelar (cf. itens 5.4 e 5.5);

- No que diz respeito à **prisão domiciliar no curso da execução da pena** tem-se que, embora a Lei de Execução Penal autorize a concessão de prisão domiciliar somente à presa condenada *em regime aberto*, os Tribunais vinham flexibilizando essa possibilidade, em situações peculiares, como no caso de condenadas gestantes, com filhos menor ou deficiente físico ou mental (art. 117, incs. III e IV, da LEP) em cumprimento de regimes prisionais semiaberto e fechado. Com o advento da Lei n. 13.769/2018, passou-se a autorizar progressão especial de regime com critérios diferenciados para as mulheres que se encontrem em situações peculiares, o que poderá levar a uma reinterpretação jurisprudencial (cf. item 7.1).

**Curitiba, 25 de janeiro de 2019<sup>43</sup>.**

**Equipe do Centro de Apoio Operacional das**

**Promotorias Criminais, do Júri e de Execuções Penais**

---

43 Versão atualizada em 26-2-2019.