

**UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
ÁREA DE CONHECIMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DA REGIÃO DAS HORTÊNSIAS
CURSO DE DIREITO**

DANIELLI GUARDA DE ALMEIDA

**AS POSSIBILIDADES DE SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELA
PRISÃO DOMICILIAR PARA MULHERES GESTANTES OU COM FILHOS DE
ATÉ 12 ANOS DE IDADE**

**CANELA
2018**

DANIELLI GUARDA DE ALMEIDA

**AS POSSIBILIDADES DE SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELA
PRISÃO DOMICILIAR PARA MULHERES GESTANTES OU COM FILHOS DE
ATÉ 12 ANOS DE IDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no curso de Bacharelado em Direito da Universidade de Caxias do Sul, Campus Universitário da Região das Hortênsias, na área de Direito Penal, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador Prof. Bruno Silveira Rigon

CANELA

2018

DANIELLI GUARDA DE ALMEIDA

**AS POSSIBILIDADES DE SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELA
PRISÃO DOMICILIAR PARA MULHERES GESTANTES OU COM FILHOS DE
ATÉ 12 ANOS DE IDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no curso de Bacharelado em Direito da Universidade de Caxias do Sul, Campus Universitário da Região das Hortênsias, na área de Direito Penal, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____ de _____ 2018

Banca examinadora

Prof. Bruno Silveira Rigon (orientador)
Universidade de Caxias do Sul

Prof. Convidado:
Universidade de Caxias do Sul

Prof. Convidado:
Universidade de Caxias do Sul

Dedico este trabalho à minha mãe, Núbia Marinês Guarda de Almeida (in memoriam), que não pôde estar ao meu lado neste momento tão importante. Com todo amor e gratidão.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, que me permitiu chegar até aqui.

A minha família e amigos, em especial ao meu pai, Edgar Jesus Cardoso de Almeida, por todo amor, incentivo e investimento, para que hoje eu pudesse concluir mais essa etapa da minha vida.

Ao meu noivo, Alvaro Dorneles, pela paciência, carinho e apoio durante o período em que me dediquei ao trabalho.

E, por fim, ao meu orientador, Professor Bruno Silveira Rigon, pela oportunidade e confiança depositadas em mim.

RESUMO

O presente trabalho buscou estudar as possibilidades de substituição da prisão preventiva decretada às mulheres gestantes, puérperas ou com filhos de até 12 anos, pelo benefício da prisão domiciliar, trazida ao ordenamento jurídico no ano de 2016 pela Lei nº 13.257, que alterou, em especial, o artigo 318 do Código de Processo Penal. Teve por objeto principal a prisão domiciliar, a qual, nas condições trazidas pelo legislador em 2016, é inovação para a jurisprudência brasileira e relevante se torna o estudo devido a recorrência das possibilidades que lhe tornam aplicável na práxis judicial. Além da revisão bibliográfica sobre as medidas cautelares pessoais, o presente trabalho teve como foco de análise a decisão do *habeas corpus* coletivo nº 143.641/SP, julgado em fevereiro de 2018, pelo Supremo Tribunal Federal, buscando, ainda, analisar outros julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com a finalidade de verificar se a decisão da Suprema Corte Brasileira tem sido acatada nas decisões proferidas pelo judiciário brasileiro. Por fim, concluiu-se que a jurisprudência tem aderido o entendimento do Supremo Tribunal Federal e, aos poucos, adequado suas decisões em conformidade a ele.

Palavras-chave: Prisão domiciliar. Prisão Preventiva. Substituição. *Habeas corpus* nº 143.641/SP.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
2 MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS	17
2.1 DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS À PRISÃO	17
2.2 DA PRISÃO PREVENTIVA	26
2.3 DA PRISÃO DOMICILIAR	30
3 ESTUDO DE CASO – <i>HABEAS CORPUS</i> Nº 143.641/SP - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	35
3.1 VOTO DO MINISTRO RELATOR RICARDO LEWANDOWSKI	37
3.1.1 Do cabimento do <i>habeas corpus</i> coletivo.....	37
3.1.2 Da deficiência estrutural do sistema penitenciário brasileiro feminino	39
3.1.3 Dos efeitos sobre o desenvolvimento da criança submetida ao cárcere	45
3.1.4 Da possibilidade de alteração da prisão preventiva por domiciliar.....	48
3.1.5 Da decisão proferida	49
3.2 VOTO DO MINISTRO DIAS TOFFOLI	50
3.2.1 Do cabimento do <i>habeas corpus</i> coletivo.....	50
3.2.2 Da possibilidade de alteração da prisão preventiva por domiciliar.....	52
3.3 VOTO DO MINISTRO EDSON FACHIN	53
3.3.1 Da possibilidade de alteração da prisão preventiva por domiciliar.....	53
3.4 DECISÕES APÓS O JULGAMENTO DO <i>HABEAS CORPUS</i> COLETIVO Nº 143.641/SP	54
3.4.1 Superior Tribunal de Justiça	54
3.4.2 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul	57
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	61

1 INTRODUÇÃO

O Sistema Penitenciário brasileiro é alvo de muitas críticas quanto ao efetivo cumprimento da sua função social. Ademais, o Estado não cumpre as determinações estabelecidas pela legislação vigente em sua integralidade, deixando, muitas vezes, os indivíduos submetidos ao cárcere em condições não condizentes com aquelas previstas no ordenamento jurídico.

A Lei de Execução Penal prevê exigências necessárias às penitenciárias femininas, as quais tem a finalidade de amparar o menor cuja responsável estiver presa. Entretanto, as penitenciárias, em sua grande maioria, não oferecem seção para gestante e parturiente de qualidade, nem mesmo possuem locais adequados para a permanência de crianças de 06 meses a 07 anos, como prevê a referida lei.

Segundo relatório mais recente feito pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN em junho de 2016, há mais de 726 mil presos no Brasil. Deste total, cerca de 45 mil são mulheres, sendo que 75% desta população feminina tem pelo menos 1 filho.

A legislação brasileira permite que crianças em período de amamentação ou até 07 anos de idade, que não tenham familiares que possam exercer sua guarda, permaneçam junto com as mães no próprio sistema penitenciário, sendo esse um “direito” conquistado pela criança em permanecer “encarcerada” junto com a genitora por este período.

As marcas físicas e psíquicas que o encarceramento traz à criança que nasce ou permanece em um ambiente como as penitenciárias durante a sua primeira infância, podem gerar graves consequências para o desenvolvimento do menor. Porém, a separação do infante da sua mãe neste mesmo período, pode causar traumas irreparáveis, sendo a criança vítima, na maior parte das vezes, da falta de estrutura familiar para seu crescimento e desenvolvimento em situações de risco, onde o menor não possui familiares que exerçam a guarda de forma responsável e com o devido afeto que a criança precisa para seu pleno desenvolvimento em todas as áreas da sua vida.

No ano de 2016, alterou-se o Código de Processo Penal Brasileiro, possibilitando a prisão domiciliar para mulheres gestantes e/ou com filhos de até 12 anos de idade, como forma de tutela ao menor que é inserido precoce e injustificadamente ao cárcere. Esta novidade legislativa será o tema principal do

presente trabalho, que abordará as possibilidades para a concessão de tal benefício, os direitos dos dependentes e a repercussão do tema nas decisões judiciais atuais.

Neste viés, é de suma importância a análise da jurisprudência brasileira atual, que coloca em pauta a importância da tutela ao menor no momento em que possibilita a prisão domiciliar como direito da criança em permanecer sob a guarda de sua genitora, porém, em um ambiente que não afete seu pleno desenvolvimento, nem lhe submeta a sofrimentos posteriores. Este entendimento também considera o direito da gestante/mãe em permanecer com seu filho e lhe proporcionar cuidados relativos à sua saúde física e psíquica, sem submetê-lo ao encarceramento precoce e infundado no sistema penitenciário.

Como forma de introduzir o tema, no primeiro capítulo serão analisadas as medidas cautelares pessoais, ou seja, as medidas cautelares diversas à prisão, o instituto da prisão preventiva e, por fim, a prisão domiciliar. No segundo capítulo será efetuado um estudo de caso, tendo como enfoque principal o *habeas corpus* coletivo n. 143.641/SP, referente ao tema e demais decisões após o julgamento do referido *habeas corpus*, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, considerando-se o benefício concedido à mulher e o direito da criança.

2 MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS

Para estudarmos o fenômeno proposto neste trabalho, primeiramente se faz necessário conceituarmos os institutos de maior relevância separadamente, ou seja, as medidas cautelares pessoais diversas à prisão, a prisão preventiva e, por fim, a prisão domiciliar.

2.1 DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS À PRISÃO

O Código de Processo Penal prevê no artigo 319¹ as chamadas medidas cautelares pessoais. Diferentes da prisão, são medidas que impõe determinadas obrigações ao réu, porém, com proporção reduzida no que diz respeito à onerosidade trazida ao indivíduo que praticou a conduta. O inciso II do Art. 282 do Código acima referido enfatiza a adequação que o aplicador da medida deve fazer no tocante à gravidade do crime.

LOPES JR. (2017, p. 658) ressalta que não se trata da não existência dos requisitos para a decretação da prisão preventiva, pelo contrário, o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*² devem estar presentes. No entanto, quando não for cabível a prisão preventiva pela *proporcionalidade* e houver opção menos onerosa que seja suficiente para a situação concreta, deverá o juiz determinar ao acusado a

¹ Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

² Vide item 2.2 sobre tais conceitos.

imposição de uma ou mais dessas medidas, com a observância do artigo 282 do Código de Processo Penal. Esta seria a corrente majoritária atual.

Observa o autor:

Medidas como as de proibição de frequentar lugares, de permanecer, e similares, implicam verdadeira pena de “banimento”, na medida em que impõem ao imputado severas restrições ao seu direito de circulação e até mesmo de relacionamento social. Portanto, não são medidas de pouca gravidade. (LOPES JR., 2017, p. 659).

Todavia, há correntes que defendem o cabimento das medidas cautelares mesmo que não presentes os requisitos para a prisão preventiva, isto porque as medidas cautelares restritivas e a liberdade provisória podem ser aplicadas cumulativamente, conforme dispõe o Art. 321 do Código de Processo Penal; contudo, a liberdade provisória e a prisão preventiva são institutos que, nas palavras de MARCÃO (2016, p. 824), *se antagonizam*, ou seja, onde cabe uma, não caberá a outra.

HASSAN (2014, p. 667) destaca que o rol trazido pelo Código de Processo Penal das medidas cautelares é taxativo, pelo mesmo motivo que havia impossibilidade de ocorrer o chamado “poder geral de cautela” no processo civil. Desta forma, há uma vedação quanto a aplicação de novas medidas cautelares por criação jurisprudencial ou doutrinária.

As medidas cautelares poderão ser aplicadas de forma cumulativa, como prevê o artigo 282, § 1º do Código de Processo Penal, e poderão ser decretadas pelo juiz de ofício ou a requerimento das partes, sendo que, se decretada durante investigação criminal, somente por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público, nos termos do que diz o art. 282, § 2º do Código de Processo Penal.

No caso em que o acusado descumpra alguma das medidas impostas, possível se torna, de ofício ou a requerimento das partes, que o juiz substitua a medida imposta por outra prevista no rol, cumule-as ou decrete sua prisão preventiva, conforme prevê o Art. 282, § 4º do Código de Processo Penal. Além disso, há possibilidade do juiz revogar a medida e voltar a aplicá-la, caso novos motivos constatem tal necessidade (Art. 282, § 5º do CPP).

Passo à análise de cada uma delas.

a) O Comparecimento periódico em juízo (art. 319, inciso I, do CPP);

Com o intuito de que o acusado/investigado informe e justifique suas atividades, fica a critério do juiz determinar quais as condições e também o período em que deverá se apresentar no juízo determinado.

Ao especificar a lei que o indivíduo deve informar e justificar suas atividades, ressalta HASSAN (2014, p. 667) que o não cumprimento de pelo menos uma destas condições implicaria o não cumprimento da medida cautelar, o que torna possível a sua conversão, cumulação ou até mesmo a decretação da prisão preventiva.

Justificar suas atividades não se confunde com agravar a medida por estar o acusado fora de serviço laboral, tendo em vista que o Estado não pode impor o trabalho como requisito para que a medida seja menos onerosa ao réu. O que o Estado pretende, na maior parte das vezes, é tomar conhecimento da origem dos recursos de sobrevivência do indivíduo (PACELLI, 2018, p. 512).

Esta medida de comparecimento periódico já é concedida ao acusado na chamada suspensão condicional do processo, aplicada a crimes cuja pena mínima seja igual ou inferior a 1 ano, sendo oferecida pelo Ministério Público e aceita pelo acusado. Complementa PACELLI (2018, p. 512) que no caso de suspensão, as demais medidas cautelares não poderão ser cumuladas, uma vez que esta condição ofertada não diz respeito a medida cautelar.

Cabe ressaltar que há diferença entre o comparecimento periódico em juízo das medidas cautelares e o comparecimento aos atos processuais, previsto no artigo 310, parágrafo único do Código de Processo Penal, como condição para liberdade provisória, tendo em vista que o primeiro é o comparecimento em juízo, em períodos pré-determinados pelo magistrado e, o segundo, é forma de assegurar o comparecimento do réu nos atos processuais, onde nega-se ao réu o seu direito em não comparecer aos atos que for intimado (LOPES JR., 2017, p. 661).

MACHADO (2014, p. 735) define esta medida como forma de assegurar futura aplicação da lei penal e evitar providência mais severa, como a prisão provisória, sem que esteja formada a culpa do agente.

b) Proibição de acesso/frequência a determinados lugares (art. 319, inciso II, do CPP);

SCHIETTI (apud LOPES JR., 2017, p. 661) explica que esta medida cautelar tem por objetivo a prevenção para que o acusado/indiciado não frequente determinados lugares que possam lhe oferecer novas chances para a prática da conduta a qual a medida tem o objetivo de tutelar.

Para definição do “lugar”, citado no artigo 319, II, do Código Processual Penal, HASSAN (2017, p. 668) conceitua-o não somente como lugares físicos, mas também abrange os “lugares virtuais”, sendo expandido o conceito para os espaços cibernéticos, uma vez que a evolução tecnológica fez com que o entendimento doutrinário fosse aplicado também para os crimes cometidos por meios informatizados.

Esta medida pode ser imposta de forma generalizada em relação ao lugar. Por exemplo, caso o indivíduo esteja sendo investigado por crimes de estupro de vulneráveis, poderá o juiz determinar que ele não se aproxime de parques infantis, creches e ambientes que possibilitem situações em que possa ocorrer novamente a conduta criminosa. MACHADO (2014, p. 736) explica que o ambiente pode estimular o indivíduo a praticar o crime, como lugares que aumentam a possibilidade de conflito e, por esse motivo, esta cautelar é considerada medida de prudência.

Para que haja sua fiscalização, cita PACELLI (2018, p. 516), não necessariamente a medida cautelar será cumulada com o monitoramento eletrônico, previsto no artigo 319, inciso IX, do Código de Processo Penal, uma vez que aquela seria, de certo modo, menos gravosa do que esta, todavia, o autor aduz que, se disponível tal tecnologia, o seu uso não deve ser descartado.

c) Proibição de contato com pessoa determinada (art. 319, inciso III, do CPP);

De forma específica, esta medida tem uma pessoa individualizada que será tutelada, podendo ser a própria vítima, testemunhas ou até mesmo coautores do crime em tela (LOPES JR., 2017, p. 662). O motivo, conforme especifica a lei, é pela necessidade de proteção de pessoas ou provas, circunstâncias que tenham relação com o fato.

PACELLI (2018, p. 517) aborda a questão dos “encontros e desencontros” da vida, que não são premeditados, e frisa que a medida se caracteriza pela imposição ao acusado de uma proibição em procurar, de maneira proposital, se aproximar da pessoa a qual foi deferida a cautelar.

Esta cautelar tem a mesma estrutura da medida protetiva de urgência que é prevista na Lei Maria da Penha e pode ser deferida *inaudita altera pars*, uma vez demonstrado o perigo inerente à vítima/testemunha/coautor, no caso de ser indeferida (HASSAN, 2014, p. 669).

- d) Proibição para ausentar da comarca por conveniência da investigação ou instrução criminal (art. 319, IV, do CPP);

Neste caso, a ausência que caracteriza descumprimento da medida cautelar é a com ânimo definitivo ou de longa duração, segundo HASSAN (2014, p. 669) a ausência temporária ou transitória não caracteriza seu descumprimento, e qualquer alteração de endereço ou necessidade de ausentar-se, deve ser precedido de autorização judicial.

Em seu texto original, o inciso trazia a possibilidade da decretação desta medida cautelar por “risco de fuga”, o que foi piorado, segundo LOPES JR. (2017, p. 662), no momento em que a tramitação legislativa retirou esta possibilidade, deixando somente a conveniência ou necessidade para a investigação ou instrução, uma forma de tutela de prova.

Ainda segundo o autor, a possibilidade da aplicação da proibição em se ausentar da comarca, como meio de conveniência para a investigação/instrução, é contrária ao direito de não produzir prova contra si mesmo, e também ao direito constitucional de silêncio em relação ao qualquer ato processual que seja submetido (LOPES JR., 2017, p. 663).

No entanto, PACELLI (2018, p. 514) exemplifica que para o reconhecimento de pessoa, que seja necessário o depoimento de testemunhas que presenciaram o fato, o Código de Processo Penal, no Art. 260, possibilita a condução coercitiva do réu para que seja feito tal ato. Deste modo, mesmo que pouco prática, válida é a medida cautelar analisada.

- e) Recolhimento domiciliar no período noturno e em dias de folga (art. 319, inciso V, do CPP);

MACHADO (2014, p. 736) assim a define: “trata-se de uma “meia-prisão” que não segrega completamente, estabelece um controle razoável sobre o paradeiro

do indiciado ou réu, podendo evitar a prática de novos crimes”. O autor ainda ressalta a vantagem social que o réu obtém ao ser submetido ao recolhimento domiciliar noturno, uma vez que não o retirar do convívio em sociedade e do seu trabalho laboral, lhe possibilita uma readaptação social mais branda e vantajosa.

Esta modalidade de medida cautelar não deve ser confundida com a prisão domiciliar prevista nos artigos 317 e 318 do Código Processual Penal, uma vez que é uma forma menos gravosa de manter a pessoa sob uma liberdade parcial, sendo permitido que o acusado trabalhe, mantendo esta rotina emprego-domicílio (LOPES JR., 2017, p. 664).

Para que haja uma melhor fiscalização, é possível a aplicação cumulativa do recolhimento domiciliar com a monitoração eletrônica, de forma a aumentar a eficácia pretendida com a aplicação da medida.

Por se tratar de medida que priva o acusado do seu direito de locomoção, previsto no artigo 5º, inciso XV³, da Constituição Federal, ainda que somente no período noturno e nos dias de folga, o tempo do cumprimento deve ser levado à conta da detração da pena, prevista no artigo 42 do Código Penal⁴ (PACELLI, 2018, p. 520).

- f) Suspensão do exercício de função pública ou atividade de natureza econômica/financeira (art. 319, inciso VI, do CPP);

PACELLI (2018, p. 516) define a função pública da seguinte forma:

Por função pública há que se entender toda atividade exercida junto à Administração Pública. A delimitação de seus contornos conceituais há que ser encontrada no Direito Administrativo. Compreende-se por função pública, então, toda a sorte de atividade desenvolvida na prestação de serviços pelo servidor público, o que incluiria também o emprego público sob o regime trabalhista.

Ademais, essa medida cautelar somente é cabível nos casos em que a permanência do acusado na sua função traga receio de um aproveitamento da sua condição para a prática das infrações, sendo específica para crimes praticados por

³ XV - É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens

⁴ Art. 42 - Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior

funcionários públicos (ex: peculato, corrupção passiva) e crimes contra a ordem econômico-financeira (ex: lavagem de capitais, gestão temerária ou fraudulenta de instituição financeira) (LIMA, 2014, p. 970).

Entretanto, AVENA (2015, capítulo 9) conceitua que a medida pode ser aplicada a quem não exerce cargo público, ou seja, ao particular no exercício da sua função, uma vez que o artigo 319, VI, do Código de Processo Penal também acrescenta a possibilidade de suspensão para quem exerce atividade de natureza econômica. Exemplifica o autor com um médico acusado de pedofilia. A medida em exame, nesse caso suspendendo o atendimento de crianças e adolescentes até o julgamento do processo em questão, seria menos gravosa que a decretação da prisão preventiva e da mesma forma eficaz.

A suspensão da função pública ou atividade econômica ou financeira tem a ver com a existência comprovada da ligação existente entre o delito cometido e o indivíduo em sua condição de funcionário/servidor/ particular no exercício da função, ou seja, a existência de um nexo funcional entre o delito e a prática do agente.

Recentemente, em Ação Cautelar nº 4.070/DF, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a suspensão do exercício do mandato parlamentar do Presidente da Câmara de Deputados, Eduardo Cunha, com o entendimento de que sua permanência acarretaria riscos para as investigações penais em andamento, justificando-se nos princípios da probidade e moralidade que devem estar presentes no comportamento de agentes políticos. Todavia, PACELLI (2018, p. 517) discorda de tal decisão, alegando que a suspensão de mandato eletivo somente se justificaria pela “condenação criminal e nas hipóteses constantes da legislação complementar eleitoral e no Código Eleitoral”, uma vez que, segundo o autor, o mandato eletivo “tem como legítimo titular a soberania do voto popular” (2017, p. 517).

g) Internação provisória para inimputáveis ou semi-imputável (art. 319, inciso VII, do CPP);

Para a adequação desta medida cautelar, os requisitos necessários e cumulativos são o cometimento do delito com violência ou grave ameaça, a inimputabilidade ou semi-imputabilidade do agente, e ainda, o risco da reiteração da conduta, como forma de tutela à sociedade (LOPES JR., 2017, p. 665).

A inimputabilidade do autor deve ser devidamente comprovada, por meio de perícia médica a ser realizada, conforme prevê o art. 149 do Código de Processo Penal, na qual verifique-se que no momento do crime, o agente era incapaz de entender que sua conduta era, de fato, criminosa (MACHADO, 2014, p. 737).

h) Fiança (art. 319, inciso VIII, do CPP);

A Lei n. 12.403/2011, tornou a fiança uma medida cautelar autônoma, o que a torna passível de aplicação isolada ou cumulativa com outras medidas (desde que compatíveis), naqueles delitos que a admitem (LIMA, 2014, p. 977)

Ressalta TOURINHO FILHO (2013, p. 702) que legislação não estabelece quando a fiança será cabível, mas sim, quando não cabe sua aplicação, conforme prevê o artigo 323⁵ do Código de Processo Penal (mais aquelas hipóteses previstas em lei extravagante), o que se conclui que, não sendo proibida, é possível sua aplicação. Exemplifica o autor: “o homicídio simples, previsto no art. 121, caput, do Código Penal, é afiançável. O valor da caução é que será bem significativo” (2013, p. 702).

Em sua doutrina, PACELLI (2018, p. 520) caracteriza a fiança como uma espécie de liberdade provisória que substitui a prisão em flagrante. Critica a eficácia desta medida, tendo em vista que não tem o poder de garantir a aplicação da lei penal, muito menos a manutenção da ordem pública.

I) Monitoração eletrônica (art. 319, inciso IX, do CPP);

O monitoramento eletrônico se trata de uma forma de controle monitorado em que um dispositivo, de modo geral, fica preso ao corpo do acusado/investigado para que, sem que fira sua dignidade (princípio constitucional), se saiba a localização geográfica em que o agente se encontra, podendo, desta forma, fiscalizar os atos praticados e exercer controle sobre eles, mesmo que fora do cárcere. Segundo o

⁵ Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança: I - aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código; II - em caso de prisão civil ou militar; III-; IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).

autor, um dos objetivos da monitoração eletrônica é diminuir o contato do agente com o cárcere (LIMA, 2014, p. 978).

Conforme LOPES JR. (2017, p. 668), o objetivo é a vigilância ininterrupta, forma pela qual evita-se o risco de fuga e a prática de novas infrações. Quando utilizada em conjunto com as demais medidas cautelares, serve como forma de verificar o cumprimento de tais, por exemplo, da aproximação por parte do acusado/investigado de pessoa ou lugar em que recaia medida cautelar para que o agente não se aproxime.

Colaciono reflexão, no tocante ao desrespeito à dignidade humana, pregada por alguns, em relação à monitoração eletrônica, nas palavras de TOURINHO FILHO (2013, p. 702):

Há quem conteste o uso de instrumento eletrônico para controlar o ir e vir do réu, sob a alegação de ofensa a dignidade. Mas quem conhece os horrores do cárcere, a vida inumana dos que ali se encontram, como se fossem um monte de farrapos humanos, certamente não fará nenhuma censura ao legislador. *Meno male*.... Na hipótese de ser decretada a preventiva, p. ex., entre ficar no cárcere, sem o mínimo de higiene e, às vezes, sem espaço para deitar, e submeter-se ao monitoramento eletrônico, certamente o indiciado ou réu não pensará duas vezes.

O autor ainda critica a não observância da Lei de Execução Penal, mencionando a falta de condições mínimas para que o cárcere exerça a sua real finalidade de ressocialização do agente infrator na sociedade (TOURINHO FILHO, 2013, p. 703).

j) Proibição de ausentar-se do país (art. 320, do CPP);

Embora não prevista junto aos incisos do artigo 319, a Lei nº 12.403/2011 acrescentou à legislação processual penal a possibilidade da medida cautelar que proíbe o acusado de ausentar-se do país, devendo o juiz comunicar as autoridades policiais das fronteiras e, retirar o passaporte do indivíduo em até 24 (vinte e quatro) horas.

Todavia, entre os países do Mercosul, não se exige passaporte para que os integrantes se desloquem entre eles, podendo o indivíduo tentar a emissão de novo passaporte junto a embaixada do respectivo país de destino, favorecendo sua intenção de fuga. Assim, deverá o juiz impor a proibição de que as autoridades

diplomáticas envolvidas expeçam novo passaporte para o acusado, protegendo-se, dessa forma, a efetiva eficácia da medida cautelar (PACELLI, 2018, p. 522).

2.2 DA PRISÃO PREVENTIVA.

Como forma de tutela do processo, a prisão preventiva, uma das formas de prisão cautelar do nosso ordenamento jurídico, regulamentada nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal, é decretada antes da condenação, podendo ocorrer tanto na fase de investigação policial como durante a ação penal. Ou seja, é, em tese, medida de exceção, para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência à instrução criminal ou como forma de assegurar a aplicação da lei penal (artigo 312, *caput*, do CPP).

Como uma espécie de prisão provisória, a prisão preventiva possui todas as características que as medidas acautelatórias compreendem. Entre elas, a *instrumentalidade*, ou seja, por conveniência à instrução, para que o acusado não destrua provas, ameace testemunhas, etc., a *provisoriedade*, por se tratar de medida que não é definitiva, mas perdura pelo tempo necessário durante a tramitação do processo principal, a *revogabilidade*, nos termos do art. 316 do Código de Processo Penal, que possibilita ao juiz tal faculdade, caso verifique que os motivos de sua decretação não mais existem, e a *facultatividade*, possibilitando ao juiz decretar ou não a prisão preventiva, analisando-se cada caso concreto de modo particular (MACHADO, 2014, p. 589)

Assim diz RANGEL (2017, p. 812), acerca dos motivos para decretação da prisão preventiva:

As expressões *garantia da ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal* constituem o chamado *periculum in mora (periculum libertatis)*, ou seja, o perigo na demora da prestação jurisdicional, pois, quando for dada a sentença, se a medida não for adotada, de nada valerá. Nesse caso, deve-se verificar se há necessidade e urgência na adoção da medida.

REIS E GONÇALVES (2017, p. 411) definem o *periculum libertatis* mencionado por Rangel, como aquela necessidade do indivíduo em permanecer segregado, ainda que sem condenação definitiva, uma vez que configura como pessoa perigosa ou que demonstre intenção em fugir para outro país.

Como requisitos para a prisão preventiva, o próprio artigo 312 do Código de Processo Penal especifica a prova da existência do crime e indícios suficientes quanto a sua autoria. Estas duas situações configuram o *fumus commissi delicti*. Aury Lopes Jr (2017, p. 632) assim o define:

O fumus commissi delicti exige a existência de sinais externos, com suporte fático real, extraídos dos atos de investigação levados a cabo, em que por meio de um raciocínio lógico, sério e desapaixonado, permita deduzir com maior ou menor veemência a comissão de um delito, cuja realização e consequências apresentam como responsável um sujeito concreto.

Outrossim, a prisão preventiva não pode ser decretada com a finalidade de punir o acusado antecipadamente, uma vez que fere a presunção de inocência e o princípio da liberdade que rege o ordenamento jurídico brasileiro. Sua finalidade é beneficiar a atuação do Estado diante do processo penal (HASSAN, 2014, p. 641).

O artigo 93, IX, da Constituição Federal⁶ determina o dever dos órgãos do Poder Judiciário em fundamentar as decisões, sob pena de nulidade, bem como o art. 315 do Código de Processo Penal⁷ determina a motivação para decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva. A simples declaração do Juiz que a conduta merece uma medida cautelar de prisão, não pode ser fundamentação para a decretação da prisão preventiva. A análise de cada caso de forma singular e específica é obrigatória pelo magistrado. Nos casos em que o Juiz deixar de fundamentar adequadamente, possível se torna a revogação da prisão por meio de *habeas corpus* impetrado pelo acusado (REIS e GONÇALVES, 2017, p 411).

SUANNES (2004, p. 282) explana sobre a necessidade da fundamentação judicial para o cerceamento da liberdade humana, definitiva ou provisoriamente. O autor aduz que esta motivação decorre da humanização do processo, que “é apenas e tão somente o reconhecimento de que os valores humanos fundamentais devem ser preservados, independentemente da gravidade do fato que imputa a alguém”.

Colaciono trecho de LOPES JR. (2017, p. 637), que corrobora com tal assunto:

⁶ Art. 93, IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação

⁷ Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.

Por fim, sempre, qualquer que seja o fundamento da prisão, é imprescindível a existência de prova razoável do alegado *periculum libertatis*, ou seja, não bastam presunções ou ilações para a decretação da prisão preventiva. O perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado deve ser real, com um suporte fático e probatório suficiente para legitimar tão gravosa medida.

Toda decisão determinando a prisão do sujeito passivo deve estar calcada em um fundado temor, jamais fruto de ilações ou criações fantasmagóricas de fuga (ou de qualquer dos outros perigos). Deve-se apresentar um fato claro, determinado, que justifique o *periculum libertatis*.

Mesmo que o auto de prisão em flagrante seja homologado pela autoridade judiciária, satisfazendo todas as exigências necessárias para a sua validade, ainda assim, a prisão não está devidamente fundamentada. Deve o juiz analisar de forma detalhada as questões de fato e de direito para, então, fundamentar e privação da liberdade de modo preventivo. Salienta-se que a decretação de prisão preventiva *ex officio* na fase preliminar do processo penal não possui previsão legal ou constitucional (GIACOMOLLI, 2016, p. 260).

Caberá a decretação da prisão preventiva, conforme prevê o artigo 313 do Código de Processo Penal⁸, nos casos em que o crime seja doloso e punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos, se o acusado for condenado por outro crime doloso em sentença transitada em julgado (com as devidas ressalvas trazidas pelo dispositivo legal), nos crimes de violência doméstica familiar em que configure como vítima mulher, criança, adolescente, idoso, ou ainda, pessoa enferma ou com deficiência, e o parágrafo único traz a possibilidade da prisão preventiva quando houver dúvida quanto a identidade civil do indivíduo ou no hipótese dele não fornecer elementos suficientes para que se identifique.

A Lei nº 12.403/2011, que segundo RANGEL (2018, p. 832) possui um caráter descarcerizador, alterou a redação do artigo acima mencionado, e definiu que a

⁸ Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:
I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;
II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;
III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;
Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

decretação da prisão preventiva somente poderá se dar aos crimes dolosos com pena máxima superior a 4 anos, excluindo do rol de aplicabilidade os crimes culposos e contravenções penais, reduzindo a abrangência da prisão cautelar.

Ademais, a código processual penal, antes do ano de 2011, dispunha do artigo 317 que autorizava a prisão preventiva mesmo com a apresentação espontânea do acusado à autoridade policial, todavia, este dispositivo foi revogado pela Lei 12.403/2011, que lhe deu nova redação sobre tema diverso (prisão domiciliar). No entanto, o entendimento se manteve, e a custódia não é proibida nos casos de apresentação do acusado. Cabe ao magistrado o livre convencimento de entender, no caso concreto, se com a apresentação espontânea, o acusado tem o interesse em colaborar com o processo e suas obrigações ou não (AVENA, 2015, capítulo 9).

A legislação também prevê a possibilidade de prisão preventiva quando houver dúvida no que diz respeito à identidade civil do indivíduo, ou quando este se nega a oferecer informações suficientes para que a esclareça, vinculando-se aos pressupostos da prisão preventiva de forma indireta, uma vez que a individualização do agente que cometeu o crime é uma formalidade que se exige para a proposição da denúncia ou queixa-crime (AVENA, 2015, cap. 9.6.8.4).

Cabe salientar que é possível a decretação da prisão preventiva mesmo depois de sentença condenatória recorrível, e também em fase recursal, caso fique claro a sua necessidade para garantir a aplicação da lei penal (LOPES JR., 2017, p. 630).

Criticada por doutrinadores como Aury Lopes Jr. e Adauto Suannes, a prisão preventiva pode ser decretada de ofício no curso da ação penal, o que desfigura a imparcialidade do julgador, que deveria ser “um estar alheio aos interesses das partes na causa”, e acaba assumindo uma postura inquisitória (LOPES JR, 2017, p. 630).

Nas palavras de SUANNES (2004, p. 282):

Lamentavelmente, ainda prevalece entre nós a postura medieval de admitir que o juiz proceda *ex officio* quando entenda necessário coartar a liberdade do acusado, devendo, no entanto, aguardar seja requerida pela defensoria concessão de benefícios prisionais, lendo-se o Código de Processo Penal sem cotejá-lo com os princípios constitucionais que o sucederam.

Ainda que não prevista na lei de forma escrita, a imparcialidade do juiz na ação penal é direito das partes e ainda, uma garantia constitucional, para que nenhum dos polos do processo seja beneficiado ou prejudicado.

2.3 DA PRISÃO DOMICILIAR

Prevista nos artigos 317 e 318 do Código de Processo Penal, acrescentada ao Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/2011, a prisão domiciliar é onde o segregado tem seu recolhimento provisório de forma permanente em sua própria residência, podendo se ausentar dela somente com autorização judicial, conforme dispõe a previsão legal citada.

Entende-se por residência o mesmo que se entende por domicílio na doutrina civilista, ou seja, nos termos do art. 70 do Código Civil Brasileiro, domicílio é onde o indivíduo irá estabelecer sua residência com ânimo definitivo em ali se alocar e permanecer. Ademais, a ausência mencionada pelo dispositivo legal não é caracterizada por saídas rápidas, como para ir até o hospital, por exemplo, mas caracteriza-se pela ausência permanente (HASSAN, 2014, p. 664).

Diverge a doutrina quanto a sua natureza. LOPES JR. (2017, p. 670) explica que a prisão domiciliar, como as demais medidas cautelares já explanadas neste trabalho, é substitutiva da prisão preventiva, e por esse motivo, dispõe dos mesmos requisitos e princípios. PACELLI (2018, p. 581) entende que a prisão domiciliar de forma alguma é alternativa a prisão preventiva, sendo *substitutivo* somente quando presente alguma das hipóteses previstas no art. 318 do Código de Processo Penal⁹.

RANGEL (2018, p. 932) critica o legislador no momento em que ele torna taxativo as possibilidades de substituição da prisão preventiva por domiciliar,

⁹ Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

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

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

IV - gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

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

impossibilitando o juiz de decidir conforme o caso concreto que lhe pareça equânime à concessão.

Diferente do recolhimento domiciliar noturno como medida cautelar, constante no artigo 319, inciso V, do Código Processual Penal, que possibilita ao indivíduo exercer sua atividade laborativa de forma regular durante o dia, devendo recolher-se à sua residência somente no período noturno e feriados, quando este possuir residência e trabalho fixos, na prisão domiciliar há um mandado de prisão preventiva contra o acusado, que será cumprido em sua residência, sendo esta uma medida mais grave que perdura pelas 24 (vinte e quatro) horas do dia (RANGEL, 2018, p. 932).

Todavia, tanto no recolhimento domiciliar noturno quanto na prisão domiciliar, há de se considerar o direito do acusado à detração penal, nos termos do artigo 42 do Código Penal Brasileiro¹⁰, o que reduz do tempo de pena da sentença condenatória o tempo que o acusado ficou recolhido em sua residência, por se tratar de uma forma de privação à liberdade de locomoção (RANGEL, 2018, p. 933).

O ônus quanto a comprovação para que seja feita a substituição da prisão preventiva para a prisão domiciliar, conforme o parágrafo único do artigo 318 do Código Processual Penal, cabe única e exclusivamente ao acusado, que deverá apresentar prova idônea de estar em alguma das situações elencadas nos incisos do artigo mencionado.

Para que seja constatada a existência da situação fática, que é elemento necessário para a autorização da prisão domiciliar, a prova poderá ser feita pela via documental, com a apresentação de certidão de nascimento, por exemplo, ou por perícia médica, caso necessário para a comprovação em caso específico (LOPES JR., 2017, p. 670).

Sobrevindo aos autos comprovação de algumas das hipóteses elencadas pelo legislador, fica o magistrado obrigado a conceder tal substituição, podendo somente indeferi-la fundamentando conforme o caso concreto, em situação de fato relevante. Por exemplo, a doutrina caracteriza a liderança de organização criminosa, onde de fato o indivíduo exerça o papel de líder do grupo e esteja comprovado nos

¹⁰ Art. 42. Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.

autos do processo, não se tratando somente de especulações, poderá o acusado deixar de ter direito à substituição (PACELLI, 2018, p. 582)

O rol taxativo imposto pelo legislador é: ser o acusado maior de 80 anos; estar extremamente debilitado por motivo de doença grave; ser o acusado pessoa imprescindível aos cuidados de menor de 06 anos ou pessoa com deficiência; ser a acusada gestante ou mãe com filho de até 12 anos incompletos; e acusado que seja único responsável pelos cuidados de filhos de até 12 anos incompletos.

No primeiro caso, o legislador, estipulando taxativamente o cabimento ao maior de 80 anos, excluiu do rol, por exemplo, pessoas com 70 e poucos anos que apresentam problemas de saúde consideráveis, os quais justificariam sua permanência em prisão domiciliar. Somente se reconsideraria se fosse o idoso “extremamente debilitado por doença grave”, conforme a segunda condição arrolada na legislação. Desconsiderar o poder do magistrado em decidir conforme o caso concreto faz com que a medida seja aplicada de forma injusta diante de casos reais.

Há uma desproporção criada pelo legislador nas hipóteses de cabimento, ao colocar em situação desigual a maternidade e a paternidade, uma vez que a condição para prisão domiciliar ao genitor é ser o *único* responsável pelo cuidado dos filhos de até 12 anos incompletos, não sendo relevante o fato do genitor conviver diariamente com o filho, coabitar a residência e ser presente na sua criação (art. 318, VI, CPP). Em que pese, a única condição necessária para tal substituição à mulher é a maternidade, independentemente de ser ou não a única responsável pelos cuidados do menor, o que vai contra a evolução do direito parental conquistada ao longo dos anos (PACELLI, 2018, p. 584).

A legislação não delimitou essa possibilidade à mulher, tendo em vista que, ainda que destituída do poder familiar, a genitora poderá se beneficiar da sua maternidade, para que seja a sua prisão preventiva convertida à prisão domiciliar (PACELLI, 2018, p. 584).

As possibilidades para a prisão domiciliar previstas nos incisos I, II, IV e V são de caráter probatório simples, uma vez que para tal comprovação, bastaria apresentar documento que comprove a idade superior a 80 anos, exame que constate a gestação, atestado/laudo médico que indique a extrema debilidade por doença grave (possibilidade de exame pericial neste caso) ou certidão de nascimento do filho menor de 12 anos. Outrossim, as hipóteses previstas nos incisos III e VI requerem cuidado mais específico, sendo papel do juiz analisar as provas da existência da

situação fática em que o(a) acusado(a) seja o único(a) responsável por pessoa com deficiência ou menor de 06 anos, e acusado homem que seja único responsável por criança menor de 12 anos, detectando a necessidade da substituição da prisão nestes dois casos com maior cautela (PACELLI e CALLEGARI, 2017, p.704).

A legislação ainda determina que o juiz exija prova idônea da veracidade das alegações para que ocorra a substituição, ou seja, provas competentes, que tenham força para justificar tal benefício/direito e que demonstre a conveniência de tal medida de forma clara àquela situação.

3 ESTUDO DE CASO – *HABEAS CORPUS* Nº 143.641/SP – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em maio do ano de 2017, impetrou-se pela Defensoria Pública da União *habeas corpus* coletivo, que têm por pacientes todas as mulheres que são submetidas ao sistema penitenciário nacional em razão de prisão cautelar, nas condições de gestante, puérpera ou mãe de criança com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade.

O motivo da impetração do *habeas corpus* referido se justifica, segundo foi alegado pela parte impetrante, nas condições desumanas e cruéis às quais as mulheres são submetidas nas penitenciárias brasileiras. Deste modo, destaca a petição que princípios constitucionais como os que garantem a individualização da pena, o respeito a integridade física e moral e a vedação de penas cruéis são desrespeitados.

No que diz respeito ao princípio da individualização da pena, a Constituição Federal prevê a sua ocorrência no artigo 5º, inciso XLVI¹¹, também possuindo previsão na Lei de Execuções Penais, nos artigos 5º¹², 8º¹³ e 41 inciso XII¹⁴, e no Código Penal Brasileiro, no artigo 34¹⁵.

Este princípio constitucional que norteia a aplicação da execução penal estabelece que as penas impostas a infratores diferentes não devem ser igualadas, uma vez que deve se levar em consideração os aspectos pessoais de cada pessoa, de forma individual. Cada indivíduo tem um histórico de antecedentes, de situações que agravam e minoram a pena, motivo pelo qual cada pessoa recebe punição de acordo com a sua conduta.

¹¹ Art. 5º, XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

¹² Art. 5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.

¹³ Art. 8º O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução.

¹⁴ Art. 41 - Constituem direitos do preso: XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena.

¹⁵ Art. 34 - O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução.

Para melhor compreensão, colaciono trecho da doutrina de MOSSIN (2014, p. 293):

De maneira bem prática, concisa e objetiva, individualizar a pena é aplicá-la em conformidade com o indivíduo que praticou a infração típica. Contém ela, por conseguinte, caráter de personalidade que se ajusta plenamente ao princípio de justiça que pretende impor o legislador constituinte na condição de garantia; bem como se revela como fator positivo com sua própria finalidade, que tem caráter repressivo, preventivo e de recuperação do delinquente.

A Constituição Federal prevê no artigo 5º, inciso XLIX, que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Deste modo, segundo alegado no *habeas corpus* em questão, mulheres grávidas que permanecem encarceradas sem acesso a programas de saúde neonatal e a devida assistência médica durante o período de gestação (situações estas que colocam em risco tanto a vida do bebê quanto da mulher), ou ainda, crianças que em meio ao cárcere, tem seu desenvolvimento prejudicado, os seus direitos a integralidade física e moral são feridos, descumprindo-se assim, direitos e garantias fundamentais do nosso ordenamento jurídico.

A parte impetrante salientou que o julgamento do referido *habeas corpus* é de competência do Supremo Tribunal Federal, aduzindo as proporções do pedido, que vincula todas as mulheres na situação de gestante, puérpera e mãe de criança menor de 12 anos, que ingressarem no sistema prisional por prisão cautelar, além daquelas já submetidas ao cárcere nesta condição. E ressaltou ainda que o Superior Tribunal de Justiça figura como autoridade coautora, não podendo julgar tal pedido.

Ademais, foi alegado na presente ação o fato do sistema penitenciário brasileiro não ter condições mínimas para o recebimento de mulheres gestantes ou mães em suas dependências, e questionou-se os motivos do indeferimento da substituição da prisão preventiva por domiciliar, direito que adentrou ao ordenamento jurídico no ano de 2016, pela Lei 13.257, informando que os indeferimentos se baseiam em análises feitas sobre a gravidade do delito que fora praticado pela detenta e pela necessidade de fazer prova quanto a inadequação do espaço penitenciário em cada caso concreto.

Citou-se a situação de risco em que uma criança é colocada em ambientes sem condições propícias ao seu desenvolvimento, uma vez que prejudicada será sua capacidade de aprendizagem e de socialização, ignorando-se seus direitos

constitucionais, enfatizando o desinteresse do Estado em cumprir o estabelecido na Lei de Execução Penais, que assegura nos parágrafos do artigo 82 condições especiais para estabelecimentos penitenciários destinados às mulheres.

Por fim, o *habeas corpus* requereu a revogação da prisão preventiva das mulheres gestantes, puérperas ou mães de crianças, ou, alternativamente, a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, alegando que não se faz necessário nenhum outro tipo de condição para a substituição nos termos da Lei 13.257/2016, que não seja a pura interpretação legislativa e o preenchimento dos requisitos que esta lei estabelece.

3.1 VOTO DO MINISTRO RELATOR RICARDO LEWANDOWSKI

Passo neste momento à exposição e análise dos fundamentos trazidos junto ao voto do Ministro Ricardo Lewandowski, o qual foi relator do presente *habeas corpus* coletivo nº 143.641/SP.

3.1.1 Do cabimento do *habeas corpus* coletivo

Primeiramente, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski manifestou-se pelo cabimento do *habeas corpus* coletivo, aduzindo a necessidade deste tipo de ação para que o acesso à justiça alcance os mais diversos grupos sociais, que vêm ganhando voz através de institutos que lutam por interesses coletivos e estão em iminente risco de sofrer graves lesões. Ao citar a liberdade como um dos bens que o homem tem de maior valor, reafirmou a necessidade do direito em lhe proporcionar um “remédio processual à altura da lesão”.

Lewandowski enfatizou o fato da população pobre brasileira praticamente não alcançar a justiça e motivou este desajuste nos custos, na distância para acesso e no desconhecimento da população quando aos seus direitos. Destacou a situação precária em que vivem as mulheres no cárcere brasileiro e, mais uma vez, reafirmou o cabimento do *habeas corpus* coletivo em situações de extrema relevância como esta, momento em que citou o princípio do acesso à justiça e o artigo 25 do Pacto de São José da Costa Rica.

O princípio ligado ao acesso à Justiça está previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal¹⁶, e é também conhecido como princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Já o artigo 25¹⁷ da Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, trata sobre o direito que toda a pessoa tem de propor um recurso perante o tribunal competente, em tutela a atos que estão lhe ferindo direitos fundamentais e, também, sobre o dever do estado em assegurar à pessoa o devido cumprimento da decisão que considerou procedente o recurso.

Enfatizou o Ministro que devido à burocratização dos procedimentos e ações judiciais, muitos grupos de pessoas vulneráveis, nos quais incluiu as mulheres do cárcere, deixam de reconhecer o cabimento em seu favor e require-lo à Justiça brasileira.

Realizando uma breve comparação com o judiciário argentino, Ricardo Lewandowski citou o caso “Verbitsky”, que versa sobre os direitos dos indivíduos presos em condições insalubres. Igualmente como aqui no Brasil, a legislação argentina não prevê a existência de um remédio constitucional coletivo para tal situação, porém, entendeu que naquele momento, a melhor forma de se proteger os direitos reivindicados pelos encarcerados era aceitar e receber o *habeas corpus* coletivo.

Ainda em defesa ao seu posicionamento, o Relator referiu-se à legislação processual penal, no artigo 654, § 2º¹⁸, que fala sobre a possibilidade do juiz, caso verifique necessário, expedir ordem de *habeas corpus* de ofício, o qual abre a possibilidade do entendimento diverso daquele já estabelecido pela doutrina majoritária, que defende a inadmissibilidade de *habeas corpus* coletivo. Ademais, explanou o Relator que a possibilidade de ser expedido de ofício lhe caracteriza como

¹⁶ Art. 5º, XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

¹⁷ Art 25 – 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. 2. Os Estados Partes comprometem-se: a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

¹⁸ Art. 654, § 2º - Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

um remédio flexível, com poderes para defrontar rapidamente o perigo que ameaça ou fere direitos fundamentais.

O Relator cita a existência de outro meio disponível para que se busque a defesa de direitos coletivos, no caso, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, mais conhecida como ADPF. Prevista na Lei nº 9.882 de 1999, prevê no artigo 1º que o objetivo desta ação, conforme a letra da lei, é evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, que se resultou de ato praticado pelo poder público. Cabe salientar que a Constituição Federal, no artigo 102, § 1º, confere competência somente ao Supremo Tribunal Federal para que julgue tal ação (MOTTA, 2018, p. 916).

Todavia, explicou o Ministro relator, que este recurso jamais serviria como fundamentação para o Supremo Tribunal Federal deixar de conhecer o *habeas corpus* coletivo em questão.

Outrossim, o Ministro Levandowski frisou o não cabimento do alegado pela Procuradoria Geral da República que caracterizou as presas do sistema carcerário brasileiro como indeterminadas e indetermináveis. Tal argumentação não pode ser considerada verídica, uma vez que, após solicitado pelo Ministro relator, o Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN e demais autoridades estaduais encaminharam aos autos listas com os nomes e dados completos, relacionando todas as mulheres presas preventivamente, que sejam gestantes ou com filhos menores de 12 anos sob sua responsabilidade, o que tornou possível identificar seus direitos individuais homogêneos.

MOTTA (2018, p. 332) conceitua os direitos individuais homogêneos “para efeito da Lei, (são) os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante”.

3.1.2 Da deficiência estrutural do Sistema Penitenciário Feminino Brasileiro

Encerrado a questão de conhecimento do *habeas corpus* coletivo, passou o Relator à análise do mérito da impetração da ação.

Em suma, o *habeas corpus* coletivo alega a existência de uma deficiência estrutural do sistema penitenciário brasileiro, onde os presos, de forma geral, são submetidos a condições de insalubridade, superlotação e desrespeito aos seus direitos fundamentais como seres humanos. Referiu o Ministro que tais condições de

fato são vivenciadas pelas pacientes do presente recurso, ficando tal situação comprovada com o julgamento da ADPF 347 MC/DF, que abordou e detectou tamanho descaso do estado com as penitenciárias brasileiras.

Colaciono ementa da ADPF 347 MC/DF, julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 09 de setembro de 2015, sendo relator o Ministro Marco Aurélio:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil.
SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. (ADPF 347 MC/DF)

Concluiu o relator Marco Aurélio que há falência das políticas públicas voltadas ao sistema penitenciário, o que leva a um colapso de violação dos direitos fundamentais das pessoas presas e que a adoção de medidas para que se modifique tal situação é de extrema urgência, sendo uma delas a diminuição de prisões preventivas, determinando que juízes e tribunais façam maior uso da aplicação de medidas cautelares diversas à prisão, devendo fundamentar de forma convincente quando a decretação da prisão preventiva for, de fato, necessária.

A ADPF em questão ainda cita a existência de uma “cultura de encarceramento”, causada pelos excessos e más interpretações na hora da aplicação das leis penal e processual, principalmente, assegura Lewandowski, em relação a prisões preventivas de mulheres pobres e vulneráveis. O Ministro motiva essa falha estrutural, em magistrados que agem de forma mecânica e automatizada, como também em uma mentalidade punitivista, conservada no código penal e processual penal.

Outrossim, a ADPF assevera que somente o Supremo Tribunal Federal tem capacidade de quebrar o bloqueio político e institucional que impede os movimentos necessários para as soluções, e também atribui ao Supremo a jurisdição para tirar os poderes da imobilidade, movimentando-os para a criação de novas políticas públicas e fiscalizando seus feitos.

A época da decisão do *habeas corpus* coletivo, o Relator utilizou a pesquisa do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN de junho de 2017, e trouxe algumas estatísticas para embasar seu entendimento e seu voto.

Segundo a pesquisa utilizada, entre os anos de 2000 e 2014, a população de mulheres encarceradas aumentou em um percentual de 567%, enquanto a população masculina teve um aumento de 220% (INFOPEN Mulheres, 2016, p. 10). De acordo com dados atualizados em 2018, a população feminina carcerária, no início dos anos 2000 era de aproximadamente 6 (seis) mil detentas, passando para 42 (quarenta e duas) mil presas em junho de 2016 (INFOPEN Mulheres, 2018, p. 14).

No levantamento citado por Lewandowski, o qual trazia dados de junho de 2014, a população feminina encarcerada sem condenação, de forma provisória, era de 30,1%. Atualizada a estatística pela INFOPEN (2018, p. 19), em junho de 2016, 45% da população feminina encontrava-se encarcerada sem nenhum tipo de condenação, o que representa mais de 19 (dezenove) mil mulheres presas preventivamente.

Enfatizou o Ministro que, de fato, as condições de infraestrutura mereciam uma atenção especial, no tocante que, de acordo com a pesquisa levantada, somente 34% dos presídios femininos possuem dormitórios adequados para gestantes, 32% possuem berçários e apenas 5% dispõem de creches para os filhos das detentas. Mais preocupante ainda são os números referentes aos presídios mistos, sendo que do total, somente 6% possuem espaço para custódia de gestantes, 3% dispõe de berçário, e nenhum possui creche para estas “crianças do cárcere” (INFOPEN Mulheres, p. 18-19).

Levantou o Relator, que, em relação aos principais motivos que levam mulheres ao cárcere, 68% estão presas por envolvimento com o tráfico de drogas, sendo que, na maior parte dos casos, são condutas que não envolvem violência ou grave ameaça, tornando a medida cautelar prevista no artigo 318 do Código Processual Penal suficiente e tornando a prisão preventiva desnecessária, sendo eficaz somente a prisão domiciliar, com sua devida fiscalização.

Ressaltou também o Desembargador que a situação do Brasil em relação às mulheres é tão preocupante, que nem mesmo aquelas que não se encontram em situação prisional possuem amparo adequado em relação à maternidade. Nesta senda, lembrou o caso “Alyne Pimentel”, primeira denúncia e única vez em que o

Estado Brasileiro foi condenado por um órgão do Sistema Universal de Direitos Humanos. A mortalidade materna foi o assunto de tal denúncia.

Das recomendações que esta condenação estipulou ao Brasil, está a tutela ao direito da mulher a uma gestação saudável, o treinamento de profissionais à saúde reprodutiva das mulheres e “a imposição de sanções para profissionais de saúde que violem os direitos reprodutivos das mulheres”, que recebeu maior relevância no voto do Ministro Lewandowski,.

A proteção aos direitos reprodutivos das mulheres tem crescido no Brasil, a medida em que o Estado se dedica a colocar em prática as orientações recebidas e, de acordo com o Ministro, esse crescimento do desenvolvimento social nada mais é que o cumprimento do que já está na Constituição de 1.988, que estabelece que ninguém será submetido à tortura, que será realizada a devida punição aos atos discriminatórios, o direitos das presidiárias em permanecer com seus filhos no período de amamentação, respeito à integridade física e moral, entre outros direitos fundamentais previstos no artigo 5º.

Além disso, a Lei nº 11.942/2.009 alterou a Lei de Execuções Penais e determinou acompanhamento às gestantes, principalmente pré-natal e pós-parto, no sistema prisional, além de berçários e creches para melhor assistir a criança vítima do encarceramento precoce.

Todavia, destaca o Desembargador que as autoridades do Sistema Penitenciário Feminino Brasileiro não vêm cumprindo tais determinações, de acordo com a pesquisa do Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN 2014, na qual Lewandowski baseou suas considerações.

Na inicial que deu origem ao *habeas corpus* coletivo em questão, segundo relatado no voto do Ministro Lewandowski, foi efetuado estudo sobre a real situação das penitenciárias femininas, noticiando-se a ocorrência de partos dentro das celas solitárias, corredores e pátios das prisões, sem nenhum acompanhamento médico, ou ainda, com a parturiente algemada, sem a notificação e/ou presença de familiares, além de bruscos afastamentos entre mães e filhos, a permanência de crianças nas celas, entre outras barbáries que ocorrem nos estabelecimentos prisionais.

Na peça, segundo o Relator, são citadas situações sobre a separação entre mães e filhos, feita de forma despreocupada e indiferente pelo Estado, que muitas vezes, por causa de uma primeira tentativa de adaptação “não bem-sucedida”, sem nem ao menos uma tentativa lenta e gradual de menor impacto para o recém-nascido,

a genitora é destituída do poder familiar e a criança entregue para um abrigo ou até mesmo à adoção. De uma relação intensa de convivência para uma separação cruel e violenta, o sistema prisional comete injustiças e desobedece princípios constitucionais importantíssimos e indiscutíveis.

Ainda sobre a inicial do *habeas corpus* coletivo, o Relator frisou o momento em que as impetrantes relatam a restrição que sofreram na sua pesquisa no Centro Hospitalar do Sistema Penitenciária de São Paulo, além de não ter sido permitido pela Secretaria da Administração Penitenciária a entrada das professoras universitárias nas unidades projetadas para atendimento especial às mulheres, mesmo com aval do Ministério da Justiça para tal pesquisa.

Expostas situações vivenciada pelas mulheres do cárcere, colaciono trecho da inicial do *habeas corpus* coletivo citado por Lewandowski (HC 143.641, p.18).

Concluimos que uma melhor possibilidade de exercício de maternidade ocorrerá sempre fora da prisão e, se a legislação for cumprida, tanto em relação à excepcionalidade da prisão preventiva como no tangente à aplicação da prisão domiciliar, grande parte dos problemas que afetam a mulher no ambiente prisional estarão resolvidos”.

O Relator citou, corroborando com as situações esplanadas acima, dados noticiados pelo Conselho Nacional de Justiça em artigo escrito por Manuel Carlos Montenegro (2017). Segundo o autor, a pesquisa versa sobre “saúde materno-infantil nas prisões”, e de 495 mulheres entrevistadas em 24 estados do Brasil, foram consideradas para o estudo 241 mulheres presas que deram à luz em meio ao cárcere e tinham filhos com até 01 (um) ano de idade. A pesquisa ocorreu entre agosto de 2012 e janeiro de 2014.

Dos dados levantados, 67% (sessenta e sete por cento) das mulheres possuem entre 20 (vinte) e 29 (vinte e nove) anos. Do total, 56% (cinquenta e seis por cento) se declararam mães solteiras. O estudo demonstra um agravamento da vulnerabilidade social deste grupo após a experiência da gravidez no cárcere, uma vez que somente um número não superior a 3% (três por cento) das mulheres entrevistadas tivera a possibilidade de acompanhante durante o parto. Quanto às visitas após o nascimento do bebê, somente em 11% (onze por cento) dos casos foram autorizadas.

Aproximadamente 8% (oito por cento) das detentas entrevistadas aduziram que foram algemadas durante o parto, sendo que 36% (trinta e seis por cento)

alegaram terem sido algemadas em algum momento durante a internação na maternidade. Além disso, 16% (dezesesseis por cento) relataram situações de violência verbal ou psicológica e maus tratos praticados pelos profissionais da saúde que lhes atenderam. E, o que não surpreende, somente 32% das 241 mulheres entrevistadas relataram ter usufruído de um atendimento pré-natal adequado.

O Relator, após expor alguns desses dados, lamenta o “descumprimento sistemático de regras constitucionais, convencionais e legais” que atinge as mulheres presas e os filhos do cárcere e ressalta a necessidade do Tribunal em tomar providências para que tais estatísticas sejam reduzidas de tal forma, que este quadro do sistema penitenciário brasileiro feminino mude.

Ademais, cita o Ministro relator a Repercussão Geral de nº 423, resultado do julgamento do Recurso Extraordinário nº 641.320/RS, que teve como relator Ministro Gilmar Mendes, julgada em 21 de outubro de 2016, a qual discorre sobre a impossibilidade do cumprimento de pena em regime mais gravoso, nos casos em que há falta de vaga em estabelecimento penitenciário adequado, fazendo um comparativo com as situações gravosas às quais mulheres gestantes e mães são submetidas durante o cumprimento de prisão preventiva.

Na apresentação das Regras de Bangkok (2016, p. 9), Ricardo Lewandowski relata que o Brasil ainda não investiu em políticas públicas eficazes que sejam capazes de reduzir o encarceramento feminino, principalmente nos casos de prisão provisória, em que não haja condenação transitada em julgado. Enfatizou o autor que, apesar do Brasil ter sido ativo nas negociações que elaboraram as Regras de Bangkok e ter se comprometido internacionalmente em cumpri-las, há uma dificuldade em implementar as normas de direito internacional de direitos humanos no país.

Dentre estas regras, estão estabelecidos os cuidados especiais em relação a presas grávidas, como o parto ocorrer, referencialmente, em um hospital civil, e, caso a criança venha nascer dentro do estabelecimento penitenciário, esta informação não conste em sua certidão de nascimento, como forma de proteger o menor e a mãe de constrangimentos futuros. Além disso, as normas estabelecem a criação de espaços para as crianças permanecerem (berçários) nos momentos em que não estão sob os cuidados de suas genitoras, com profissionais capacitados para promover os devidos cuidados dos infantes (REGRAS DE BANGKOK, 2016, p. 21).

Ademais, as Regras de Bangkok instituíram a proibição de manter mulheres algemadas antes, durante e logo após a realização do parto (2016, p. 25) e a utilização

de medidas cautelares não privativas de liberdade, sempre que possível, com o intuito de diminuir a população carcerária feminina e proteger a mulher da exposição às condições precárias do sistema penitenciário (2016, p. 34).

Com intuito de melhor fundamentar e embasar o seu voto no atual entendimento aplicado, o Ministro Ricardo Lewandowski fez referência às jurisprudências¹⁹ em que o Supremo Tribunal Federal tem sido firme em suas decisões em priorizar o direito da mulher presa de ter respeitada sua dignidade e seus direitos fundamentais, concedendo-lhe condições compatíveis com aquelas previstas na legislação ou possibilitando a alteração da prisão preventiva por domiciliar ou outra medida cautelar diversa, conforme prevê o ordenamento jurídico brasileiro.

3.1.3 Dos efeitos sobre o desenvolvimento da criança submetida ao cárcere

Destarte, não deixou de mencionar o Relator os direitos da criança, como terceira prejudicada, submetida ao encarceramento precoce e injustificado. Citou o artigo 227 da Constituição Federal²⁰, que preconiza a criança como responsabilidade da família, da sociedade e (ponto de maior relevância para o objeto estudado) do Estado.

MOTTA (2018, p. 1087), quanto ao que diz o Estatuto da Criança e do Adolescente, explica que se considera criança a pessoa com até 12 anos de idade incompletos e adolescente, de 12 a 18 anos de idade.

Relembra o Ministro sobre o estabelecido constitucionalmente quanto a pena não passar da pessoa do acusado (artigo 5º, XLV, da CF), e até que ponto a prisão de mulheres gestantes fere esta norma e se estende à criança ainda no ventre da mãe ou já nascida.

Importante salientar os efeitos que a separação de mães e filhos causam ao desenvolvimento da criança e o quanto esta atitude brusca e cruel influencia na vida do infante.

¹⁹ HC 147.322-MC/SP, HC 142.279/CE, HC130.152-MC/SP, HC 134.979/DF, HC 134.130/DF, HC 133.179/DF, HC 129.001/SP, HC 133.532/DF e HC 134.734-MC/SP;

²⁰ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Sobre esse assunto, o Ministro Lewandowski citou em sua fundamentação uma reportagem publicada na Revista Época em 15 de dezembro de 2017, escrita por Gabriela Varella com Marcelo Moura e Daniele Amorim²¹, a qual relata situações em que houve separação de mãe e filho, causando danos possíveis de se constatar a olho nu, momentos após o distanciamento.

Constatações de, por exemplo, criança que após ser retirada do cárcere e da companhia de sua genitora, não mais aceitou ser amamentada. Ou ainda, um menino que após ter sua mãe presa no período em que começara a dizer suas primeiras palavras, simplesmente não mais conseguira se expressar por meio da fala, fazendo-se entender por meio de gestos, isso com 03 (três) anos de idade. Outros relatos como o de criança que se tornou agressiva com a mãe que fora visitá-la em alguma das saídas autorizadas pelo presídio, entre outras situações que demonstram uma anomalia no comportamento infantil em consequência do cárcere.

Ainda explana o Ministro no sentido de que o afeto gerado entre pais e filhos é importante para a formação e desenvolvimento da criança, o que a torna capaz de desenvolver boas relações sociais e uma vida saudável. As autoras NELSON, FOX e ZEANAH (2014 apud. LEWANDOWSKI, 2018), citadas no voto, chamam isso de “experiência compartilhada”, pela qual todas as pessoas devem passar, segundo afirmado por elas.

Após estas análises, o Relator chegou à conclusão que, independentemente do local em que a mulher se encontre encarcerada, seja nos presídios, seja em entidades de acolhimento institucional, o dano causado ao menor que não tem culpa do meio em que lhe foi imposto para desenvolver-se, poderá ser irreversível e causar sequelas na formação de seu caráter, que serão deveras prejudicial à sua vida social no futuro.

Faz uma análise no sentido de que, de um lado, dentro do sistema carcerário, a criança não tem experiências de vida suficientes para seu pleno desenvolvimento, do outro, em instituições de abrigo, a inconsistência do afeto lhe causa sofrimento, uma vez que a atenção dos que ali trabalham restringe-se somente às necessidades físicas imediatas da criança.

²¹ Disponível em: <<https://epoca.globo.com/brasil/noticia/2017/12/no-brasil-filhos-de-maes-encarceradas-ja-nascem-com-direitos-violados.html>> Acesso em 15 out. 2018.

Outrossim, como terceira opção, o afastamento bruto da criança de sua mãe, que até aquele momento só tinha como referência afetiva a própria genitora, para entrega à família extensa, é de igual forma traumático à criança, e, conforme já explanado, prejudica o desenvolvimento pleno, tanto físico, como psicológico.

Corroborando com tal situação pesquisa empírica (SANTOS, Denise et al. Crescimento e Desenvolvimento de Crianças na Casa de Acolhimento no Contexto Prisional. *6º Congresso Ibero-Americano de Pesquisa Qualitativa em Saúde* apud HC 143.641/SP, 2018, p. 29), realizadas no Brasil, conforme citou Lewandowski, que estudam o desenvolvimento de crianças que se encontram no contexto prisional. Na Bahia, em pesquisa com 09 (nove) crianças nesta situação, percebeu-se que algumas delas demonstravam atraso na alfabetização de acordo com sua idade, bem como na identificação de numerais, cores e também atraso social.

HECKMAN (2013, apud LEWANDOWSKI, HC 143.641/SP, 2018, p. 29), menciona que as crianças filhas do cárcere, ou qualquer outra criança que nasça em um ambiente “desvantajoso”, apresentam maiores riscos de não se desenvolver da melhor forma, uma vez que habilidades sócio emocionais são adquiridas na primeira infância. Neste meio corrompido, enfrentam mais problemas ao longo da vida e ainda, aumenta a probabilidade de que venham a cometer crimes. O Ministro classifica esta situação como prejudicial para toda a sociedade.

Colaciono trecho em que o Relator, ainda citando HECKMAN, preconiza:

Essa é a razão pela qual, acrescenta, políticas públicas voltadas à correção precoce desses problemas podem redundar em melhores oportunidades para as pessoas e no incremento de sua qualidade de vida. Disso resultará, finaliza, uma economia mais robusta e uma sociedade mais saudável (HECKMAN, 2013, apud LEWANDOWSKI, HC 143.641/SP, p. 29).

De forma resumida, independentemente da ótica que irá se analisar, tanto do lado dos direitos humanos como por uma ótica utilitarista, o Relator reconhece que em nenhuma hipótese é cabível a manutenção da situação vivenciada pelas mulheres mães no cárcere brasileiro, e também tem a capacidade de discernir que, apesar de existir algum motivo para que esteja a mulher sendo submetida àquela situação, sua cidadania não foi perdida e merece mínimas condições, condizentes com aquelas previstas no ordenamento jurídico.

Todavia, apesar dos fatos ainda vivenciados pela massa carcerária feminina, não deixou o Relator de demonstrar que o sistema legislativo já vem observando a

realidade brasileira e, de alguma forma, providenciando alterações necessárias para que sejam todos os brasileiros respeitados e protegidos pelo Estado.

Assim, cita o Relator a recente alteração ocorrida pelo Estatuto da Primeira Infância, Lei nº 13.257/2.016, o qual alterou alguns aspectos do Estatuto da Criança e do Adolescente, entre essas mudanças, destaco o artigo 8^a, que anteriormente possuía a seguinte redação: “É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal” e, após a alteração de 2016, passou à seguinte redação:

“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” (artigo 8º, do ECA)

Além disso, os parágrafos do artigo 8º e o artigo 9º do Estatuto da Criança e do Adolescente trouxeram direitos de melhor atendimento à gestante do sistema prisional, e à criança que nasce dentro deste contexto, determinando inclusive que os profissionais contatem a gestante que iniciou e não deu continuidade nos atendimentos pré-natais, procurando saber os motivos também do não comparecimento da puérpera em consultar pós-parto (art. 8º, § 9º do ECA).

3.1.4 Da possibilidade de alteração da prisão preventiva por domiciliar

Ao citar a recente alteração legislativa, onde o legislador possibilitou ao Juiz a faculdade de alterar a prisão preventiva pela prisão domiciliar, conforme o artigo 318 do Código de Processo Penal, o Relator cita uma observação importantíssima trazida pelas autoras e *amici curiae* do *habeas corpus* estudado.

O artigo 318 referido, inicia seu texto legal com a palavra “poderá”, dando ao juiz a possibilidade de exercer seu poder discricionário sobre a questão e determinar de acordo com conveniência e oportunidade quais serão os parâmetros utilizados para que haja esta substituição de forma de cumprimento de medida cautelar. Assim, segundo as impetrantes, a cultura do encarceramento é, na prática, cada vez mais fortalecida. Segundo elas, a palavra correta para se evitar tal fenômeno, é “deverá”, ficando o Juiz obrigado a substituir a prisão preventiva por domiciliar nos casos taxativos arrolados no artigo.

Todavia, segundo o Ministro, a Procuradora Geral da República manifesta-se pela necessidade de se analisar caso por caso, priorizando suas particularidades e analisando a situação concreta, estando o legislador correto ao apenas “possibilitar” a substituição e não a “impor” aos magistrados. Entretanto, o Relator posicionou-se contrário ao pensamento da Procuradoria Geral da República e comentou: “essa abordagem, contudo, parece ignorar as falhas estruturais de acesso à Justiça que existem no País” (HC 143.641, p. 32).

No escopo, o Ministro Lewandowski entendeu que, diante do caso examinado, a saída para se evitar que direitos sejam violados e que o judiciário se torne arbitral, é o estabelecimento de orientações claras aos juízes, para que sejam observadas e aplicadas de forma simples e objetiva quando deparadas com casos em que haja a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar.

3.1.5 Da decisão proferida

Por fim, após uma análise minuciosa de toda a fundamentação trazida pelas autoras do *habeas corpus* analisado, bem como um considerável levantamento sobre a real situação vivenciada pelas mulheres que se encontram privadas de sua liberdade no Brasil, um estudo das consequências que esta conjuntura abarca aos filhos menores que nascem no ambiente de uma penitenciária e, como não, à sociedade como um todo, passou o Ministro Relator Ricardo Lewandowski ao seu voto e decisão.

Determinou, primeiramente, a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, sem que isso prejudicasse a possibilidade de aplicá-la de forma cumulada com as demais medidas cautelares, já explanadas no primeiro capítulo deste estudo, à todas as mulheres gestantes, puérperas ou mães de crianças com até 12 anos de idade e deficientes, fundamentando esta decisão no artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente bem como na Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências²².

Todavia, negou esta substituição às mulheres que estão privadas de sua liberdade de forma preventiva por terem praticado crime mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou ainda, para casos de extrema

²² Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015.

excepcionalidade, os quais requisitou que fossem devidamente fundamentados pelos juízes competentes, a fim de promover real convencimento quanto a esta necessidade.

Estendeu tal benefício também às adolescentes que cumprem medidas socioeducativas, que fizerem jus em condições idênticas àquelas excepcionalidades que o Ministro arrolou acima.

Para que fique provado que a mulher presa de fato exerce a guarda de seus filhos, poderá o Juiz determinar a realização de estudo social, no entanto, primeiramente deve-se confiar na palavra da genitora e autorizar a substituição para prisão domiciliar. Caso venha se ter conhecimento da suspensão ou destituição do poder familiar e esta não seja somente em decorrência da prisão, o benefício não será concedido, retornando à prisão preventiva.

Determinou o Relator que no prazo de 60 dias a partir da publicação da presente ordem, todos os Presidentes dos Tribunais Federais, Estaduais e também Militares fossem notificados, para que as diretrizes constantes na presente decisão ganhassem cumprimento imediato, sendo o Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN notificado para que informe às penitenciárias de decisão, as quais tem o dever de repassar aos juízos competentes a situação das presas em condições condizentes com esta decisão sobre sua custódia, a fim de que cumpra-se a decisão com agilidade.

A partir desta decisão, determinou o Ministro Lewandowski, que todas as decretações de prisões preventivas deverão ser analisadas à luz do que firmado foi neste acórdão. Ainda, determinou que, caso haja descumprimento de tal determinação, deverá ser utilizado o recurso e não a reclamação.

3.2 VOTO DO MINISTRO DIAS TOFFOLI

3.2.1 Do cabimento do *habeas corpus* coletivo

Primeiramente, o Ministro Dias Toffoli, após explanar sobre decisões²³ em que houve a inadmissibilidade do *habeas corpus* coletivo, aduziu que o recurso em

²³ HC nº 133.267/SP-AgR; HC nº 135.169/BA; HC nº 119.753/S

questão tem o poder de tutela sobre um dos direitos mais “caros” da sociedade, ou seja, o direito à liberdade. Neste sentido, citou que a necessidade de se repensar o remédio constitucional é de extrema importância, no sentido de que, a possibilidade de admiti-lo de forma coletiva, promoveria um verdadeiro acesso à justiça, principalmente aos mais vulneráveis, como é o caso do público alvo do *habeas corpus* analisado.

Confessou que há campo para admissibilidade da tutela à interesses individuais homogêneos, os quais explicou que são uma subespécie de direitos coletivos de pessoas determinadas ou determináveis e que possuem uma mesma origem em comum, podendo ser detectado o constrangimento ilegal sofrido por cada uma delas.

Além disso, o conhecimento do presente *habeas corpus* faz com que o princípio da isonomia, ou seja, da igualdade perante a lei de pessoas que ostentem a mesma situação, seja aplicado na prestação jurisdicional.

Quanto a possibilidade da impetração do presente recurso, o Ministro Dias Toffoli acompanha o mesmo entendimento do Relator Lewandowski, que opina pelo cabimento do *habeas corpus* coletivo e concorda, inclusive, quanto a legitimidade, a qual equiparou ao do mandado de injunção, nos termos do artigo 12, da lei 13.300/2016²⁴.

Contudo, discordou no que diz respeito a legitimidade do Supremo Tribunal Federal em julgar *habeas corpus* contra ato comissivo ou omissivo de juízes de primeiro grau ou tribunais de segundo grau, sendo estes apontados pelos impetrantes como autoridades coatoras. Assim, opinou pelo conhecimento parcial do presente, pela inexistência de tal legitimidade constitucional concedida à Corte.

²⁴ Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido:

- I - pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis;
- II - por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária;
- III - por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial;
- IV - pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

3.2.2 Da possibilidade de alteração da prisão preventiva por domiciliar

No que diz respeito a “prova idônea”, estabelecida pelo artigo 318, parágrafo único, do Código de Processo Penal, como forma de averiguar a existência dos requisitos propostos no caput e incisos do referido artigo, o Ministro Dias Toffoli se posicionou de forma diversa ao Relator, que aduziu ser suficiente a palavra da mãe presa quanto a sua situação de guardiã do filho menor, num primeiro momento.

Apesar de opinar contra este posicionamento de Lewandowski, menciona que a alteração trazida ao Código de Processo Penal tem o objetivo principal de proteger a maternidade e a primeira infância, porém, necessita de certas condições, até mesmo previstas no próprio artigo 318. Colaciono trecho do voto do Ministro Dias Toffoli como relator no *habeas corpus* nº 132.462/RJ-AgR-ED (2016, p. 5):

Nesse contexto, o fato de haver comprovação de que a acusada é mãe de um menor de 12 (doze) anos não autorizaria, por si só, a concessão de prisão domiciliar na forma do inciso V. É preciso, a meu ver, se demonstrar cabalmente a existência de uma relação de cuidado da genitora para com o menor (convivência e laços de afeto). E mais, que seja ela a única responsável por essa incumbência, assim, como prevê o inciso VI, também incluído pela Lei nº 13.257/16, *in verbis*: “**Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (...) VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos**”.

O Ministro também cita o conhecimento da Corte em aplicar o dispositivo de forma restrita e diligente, analisando-se caso a caso, referindo-se ao voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no *habeas corpus* 142.279/CE de 18 de agosto de 2017.

No referido voto, Gilmar Mendes faz referências aos vários dispositivos legais presentes na Constituição Federal, Código de Processo Penal, Estatuto da Criança e do Adolescentes, inclusive nas Regras de Bangkok, entre outros, os quais fazem referência ao direito da mulher presa em permanecer com a criança, no direito do menor que se encontra em situação vulnerável e nas situações que possibilitam a prisão domiciliar, porém, destaca que esta modalidade de prisão cautelar não pode ser banalizada de tal forma que o sistema penal fique desacreditado pela sociedade.

Deste modo, frisou que se necessita de uma fiscalização do cumprimento das medidas, de tal forma que, em caso de descumprimento, as devidas providências sejam tomadas, entre elas, o reestabelecimento da prisão preventiva.

Por fim, o Ministro Dias Toffoli finalizou seu voto, entendendo por cabível a substituição da prisão preventiva por domiciliar para todas as mulheres presas gestantes, puérperas e mães de crianças e deficientes, desde que, conforme analisado, sejam preenchidos os requisitos com provas idôneas, analisando-se cada caso de forma singular e responsável.

3.3 VOTO DO MINISTRO EDSON FACHIN

3.3.1 Da possibilidade de alteração da prisão preventiva por domiciliar

Inicia o Ministro Edson Fachin, dada máxima vênua ao voto do Ministro Ricardo Lewandowski, aduzindo que pelo entendimento do Relator, o magistrado sequer tem outra opção, inicialmente, a não ser a de possibilitar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar às gestantes, mães e puérperas, alegando que o sistema penitenciário brasileiro atual, ao receber esta parcela da população carcerária feminina da forma em que tem feito, é ilegal e inconstitucional.

Citou o Ministro Fachin, quanto ao julgamento da ADPF 347 que definiu o sistema penitenciário brasileiro, no atual quadro em que se encontra, devido à falência de políticas públicas e falhas estruturais, como estado de coisas inconstitucional, que esta definição não implica a substituição automática por prisão domiciliar.

O próprio Código Processual Penal somente possibilita a prisão preventiva, quando nenhuma outra medida cautelar diversa à prisão for cabível (artigo 282, § 6º, do Código de Processo Penal), e será, analisando-se desta forma, com a devida proporcionalidade na medida tomada em relação ao delito praticado que diminuir-se-á a população feminina de gestantes e mães no cárcere.

Ademais, segue o Ministro no que diz respeito ao melhor interesse da criança afetada pelo encarceramento de sua mãe e, por que não, de seu pai. Ao citar inúmeros artigos e posicionamentos já mencionados durante este estudo, Fachin conclui que nada melhor do que a análise legítima e de forma individual de cada caso, para que o direito do menor seja preservado, e não uma decisão de forma geral e abstrata quanto às mulheres mães no cárcere.

Cita a Convenção sobre os direitos das crianças, da qual o Brasil é estado parte, que no artigo 12.1²⁵ traz a possibilidade de ouvir-se a criança sobre aquilo que lhe diz respeito e, de acordo com sua maturidade e idade, considerar sua opinião durante a análise de cada caso. Desta forma, havendo de fato um exame quanto à situação que o menor está exposto é que ficará evidente o seu melhor interesse, sendo que, em determinados casos, a prisão cautelar será a melhor forma de protegê-lo, assim como em outros, a substituição seja a melhor opção.

Ao fim, votou o Ministro Fachin no sentido de deferir o *habeas corpus* coletivo para que haja o reconhecimento da única interpretação adequada constitucionalmente dos incisos do artigo 318, principalmente o IV, V e VI, do Código de Processo Penal, fazendo com que a substituição preventiva por domiciliar ocorra após análise de cada caso de forma “concreta, justificada e individualizada”, priorizando o melhor interesse da criança. Ademais, o Ministro manifestou sua decisão contrária a ordem de revogar ou revisar automaticamente as prisões preventivas decretadas anteriormente a esta decisão.

3.4 DECISÕES APÓS O JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS* COLETIVO Nº 143.641/SP

Após analisarmos de forma minuciosa a decisão que autorizou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar às mulheres que ostentam a situação de gestante, puérpera ou mãe de crianças de até 12 anos, passo a uma análise da jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça, como também do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a fim de verificar se as decisões proferidas pelos respectivos tribunais têm seguido e aplicado o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

3.4.1 Superior Tribunal de Justiça

Início essa análise pelo julgamento do *habeas corpus* nº 461.631, julgado pela quinta turma, no dia 16 de outubro de 2018, o qual tinha por objetivo substituir a prisão

²⁵ ARTIGO 12.1 – Os Estados Partes garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade.

preventiva por prisão domiciliar da autora, que possui dois filhos, de 03 e 07 anos de idade, presa preventivamente por tráfico de drogas. A defesa fundamentou seu pedido no sentido de que não haviam motivos suficientes para a determinação do decreto prisional.

Ocorre que a prática do tráfico de drogas, conforme extraído do corpo dos autos, segundo o relator Ministro Felix Fischer, era realizado no interior da residência da acusada, inclusive na frente dos filhos, motivo pelo qual a decisão entende que não se justifica a modificação da prisão preventiva pela domiciliar em virtude da sua condição de mãe, tendo em vista que a exposição dos infantes à prática do delito, prejudica o seu desenvolvimento.

No discurso do Relator, nota-se uma insinuação de que a prática do crime de tráfico de drogas é, de certa forma, uma ameaça à integridade moral dos filhos, todavia, a percepção de organização sócio familiar sobre a qual a maior parte dos julgadores baseiam suas decisões não condizem com a realidade das famílias das mulheres presas brasileiras, que em grande parte dos casos encontram no tráfico uma complementação para a renda familiar e para a subsistência de seus filhos (BRAGA e FRANKLIN; 2016, p. 356).

O *habeas corpus* não foi reconhecido, negado o direito a prisão domiciliar, sendo alegado que, além do tráfico ocorrer na presença dos filhos, a residência da autora se localiza nas proximidades de uma escola, motivo pelo qual o Relator deduz que há uma predisposição da conduta da autora prejudicar direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

Da mesma forma, o Recurso ordinário em *habeas corpus* nº 101763/SP, do dia 25 de setembro de 2018, julgado pela quinta turma, no qual o Ministro Felix Fischer também foi Relator, a possibilidade da prisão domiciliar não foi concedida à autora, que era condenada por tráfico de drogas, acusada de possuir 102 (cento e dois) kg de maconha em sua residência dentro de 02 (duas) geladeiras, o que fundamenta o voto do Relator em não permitir tal benefício, sendo que a prisão domiciliar não preveniria a possibilidade de novas práticas criminosas em sua residência.

Todavia, o *habeas corpus* nº 103.096/MG, julgado pela quinta turma em 17 de outubro de 2018, também de relatoria do Ministro Felix Fischer, concedeu a ordem para que fosse a prisão preventiva substituída pela prisão domiciliar, beneficiando a autora, acusada por tráfico de drogas, associação criminosa e posse de arma de fogo de uso permitido. Foram apreendidas 528 porções de crack, 169 porções de cocaína

e 408 porções de maconha, além de uma espingarda, porém, devido ao crime não ter sido cometido com violência ou grave ameaça, nem contra seus descendentes ou na presença deles, os julgadores entenderam pela satisfação aos requisitos previstos no entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Fica evidente que o critério utilizado para concessão ou não da substituição da prisão preventiva é tão somente o melhor interesse e a tutela do menor, sendo deixado de lado o direito concernente a mulher-presença-mãe, de exercer o direito de uma maternidade digna (BRAGA e FRANKLIN, 2016, p. 358).

Analisado *habeas corpus* nº 451.136/SP, julgado no dia 07 de agosto de 2018 pela sexta turma, sendo o Ministro Rogério Schietti Cruz relator, onde a autora, acusada de tráfico de drogas e associação para o tráfico, solicitou o benefício da substituição de prisão preventiva pela domiciliar, tendo a ordem concedida.

O Ministro Rogério fundamentou sua decisão nas circunstâncias de não possuir a ré antecedentes ou indícios de reiteração criminosa, além do delito não ter sido cometido mediante violência ou grave ameaça, embora a decisão do Juízo de primeiro grau tenha deixado devidamente demonstrada a gravidade dos delitos e a periculosidade da acusada.

Das 24²⁶ (vinte e quatro) decisões acessadas e analisadas durante a elaboração do presente estudo, todas julgadas em 2018 após a decisão do *habeas corpus* coletivo nº 143.641/SP, 08 (oito) concederam o benefício da prisão domiciliar à mulheres mães no cárcere, em sua maior parte por não se tratar de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça e, nos casos de tráfico, a prática não ocorrer dentro da residência da autora ou na presença dos filhos; enquanto 16 trataram de denegar tal benefício, onde foram alegados ausentes os requisitos necessários, conforme o *habeas corpus* coletivo 143.641/SP para tal concessão, ou ainda, asseverando a vulnerabilidade da criança ao encontrar-se na companhia da mãe e também a não comprovação de que a presa exercia os cuidados dos filhos antes do seu recolhimento provisório ao Sistema Penitenciário.

²⁶ *Habeas corpus* nº461631/RO, nº 467998/MG, nº 463675/PR, nº 451136/SP, nº 446656/MT, nº 450631/SP, nº 417326/SP, nº 442966/MS, nº 403030/SP, nº 442326/SP, nº 439316/SC, nº 431309/SC, nº 430730/ MG, nº 421524/SP e nº 434681MS; e Recurso ordinário em *habeas corpus* nº 103096/MG, nº 101763/SP, nº 99897/RS, nº 100255/SP, nº 99851/RJ, nº 100230/SP, nº 96737/RJ, nº 96157/RS e nº 91365/SP.

3.4.2 Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul

Passo a análise de algumas das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, e inicio esta verificação pelo Recurso em sentido estrito nº 70079250106, julgado pela terceira câmara criminal, com relatoria do Desembargador Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, no qual o Ministério Público recorreu da decisão que possibilitou a prisão domiciliar da Ré que possui dois filhos, com 02 e 06 anos de idade, e foi acusada por tráfico de drogas, sendo encontrado em sua posse 01 (uma) bucha de cocaína, pesando aproximadamente 0,3g.

A decisão foi no sentido de manter o benefício concedido à ré, e permanecer em prisão domiciliar, devido aos requisitos elencados pelo Supremo Tribunal Federal estarem preenchidos, tendo em vista não ter sido o crime cometido mediante violência ou grave ameaça. Todavia, a fundamentação trazida pelo Ministério Público explica que a traficância ocorria na própria casa da acusada, na presença dos filhos, motivo pelo qual entendeu o órgão ministerial pela reforma da decisão, da mesma forma que entendeu o Superior Tribunal de Justiça, nas decisões analisadas acima. Todavia, o Tribunal de Justiça manteve a decisão, sendo o recurso desprovido.

O *habeas corpus* nº 70078854593, julgado pela primeira câmara criminal, no dia 26 de setembro de 2018, de relatoria do Desembargador Jayme Weingartner Neto, concedeu o benefício da prisão domiciliar a autora, acusada pela prática de tráfico de drogas a qual exercia função de movimentação financeira em um grupo criminoso, todavia, ao entendimento dos julgadores, a conduta não demonstra prova idônea que contraindique o benefício.

Ademais, a acusada é mãe de uma criança de 08 anos, a qual demonstrou problemas comportamentais desde a prisão de sua genitora, possivelmente irreversíveis e prejudiciais ao seu desenvolvimento. Ainda, ficou comprovado nos autos que os avós do menor não possuem condições para exercer sua guarda.

Nas palavras do Relator, “não se trata, de fato, de direito potestativo da acusada, mas medida que tem por objetivo concretizar o princípio da proteção integral da criança” (HC 70078854593, 2018, p. 15).

Neste trecho, novamente fica evidente a proteção exclusiva à criança e a prevenção aos danos irreparáveis causados ao seu desenvolvimento, excluindo-se do discurso do Julgador o direito da mulher-mãe em exercer a maternidade fora do âmbito carcerário.

Ao analisar 10²⁷ (dez) decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 05 (cinco) delas concederam o benefício às mulheres, em sua grande maioria nos casos de crimes considerados não tão graves ou nos casos de tráfico em que não se configurou a presença dos filhos expostos à prática do crime. Os outros 50% (cinquenta por cento) aos quais foi negado o benefício, normalmente se tratavam ou de crimes contra a vida, ao qual o benefício não é cabível, ou de situações em que a permanência da criança na companhia da mãe causa prejuízo ao menor, ao ser exposta à prática de delitos, como o tráfico de entorpecentes, por exemplo.

²⁷ Recurso em sentido estrito nº 70079250106; *habeas corpus* nº 70078810611, nº 70078854593, nº 70078958584, nº 70078806791, nº 70078078904, nº 70078621224, nº 70078503786 e nº 70077783280.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O propósito do presente trabalho foi analisar as possibilidades trazidas recentemente ao ordenamento jurídico brasileiro, que possibilitam a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar para mulheres gestantes, puérperas ou com filhos de até 12 (doze) anos de idade e identificar se, de fato, o benefício tem sido aplicado pelo judiciário brasileiro, como também cumprida a decisão trazida pelo *habeas corpus* já mencionado.

Conforme discutido no trabalho, a prisão preventiva somente deverá ser decretada quando nenhuma outra medida cautelar pessoal seja suficiente e menos onerosa ao réu, desde que cumpra sua função. Desta forma, importante a conceituação das medidas cautelares, conforme abordadas no primeiro capítulo do presente trabalho.

Com enfoque principal no *habeas corpus* coletivo nº 143.641/SP, julgado em fevereiro deste ano pelo Supremo Tribunal Federal, foi possível conhecer do entendimento desta Corte e, assim, analisar as decisões proferidas no decorrer do ano de 2018 pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

O Sistema carcerário feminino brasileiro, assim como também o masculino, tem sido vítima do descaso estatal, que não se preocupa na elaboração de políticas públicas voltadas à estrutura e conservação das penitenciárias. Além disso, como abordado durante a análise da decisão do *habeas corpus* em questão, a irresponsabilidade do Estado em promover tais medidas, faz com que direitos fundamentais sejam totalmente desrespeitados, ferindo a Constituição brasileira.

Pôde-se perceber que os danos causados às crianças encarceradas juntamente com suas mães, em sua grande maioria, trazem consequências para a vida do menor e interferirão de forma drástica no futuro da sociedade. Assim, é de suma importância a preocupação dos julgadores brasileiros em proteger a criança das possíveis sequelas no seu desenvolvimento, principalmente moral.

Todavia, o direito concernente à substituição da prisão preventiva por domiciliar, não somente diz respeito ao infante encarcerado, mas também ao direito da mulher-mãe-presa de exercer a maternidade de forma digna e sem prejuízos à criação do seu filho. Tendo em vista a inoperância do Estado em fornecer o acompanhamento médico necessário à gestante, bem como locais apropriados para

a criança permanecer com a genitora dentro do próprio sistema penitenciário, constata-se a necessidade de ser o benefício ofertado à mulher, para a qual o Estado deixa de cumprir determinações legais referentes ao seu direito à maternidade.

Outrossim, diante da jurisprudência atual, percebe-se que a maior parte das mulheres presas preventivamente são acusadas por tráfico de drogas e associação criminosa, e que um dos motivos que tem sido alegado para negar a concessão do benefício da prisão domiciliar é a prática deste tipo de crime dentro da residência da acusada, na presença dos filhos.

Nota-se a existência de critérios mais rigorosos nas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul diante da decisão proferida nos autos do *habeas corpus* que reconheceu tal direito às mulheres presas. O alegado pelo relator Ricardo Lewandowski, no tocante a ser considerado como verdadeiras, num primeiro momento para o benefício da prisão domiciliar, somente as declarações da mulher-mãe, não tem sido adotado como prova para a concessão da substituição requerida, o que demonstra uma certa cautela do judiciário no que diz respeito à cultura do encarceramento.

Por fim, conclui-se que a prisão domiciliar possui o intuito de proteger a criança vítima do cárcere, conceder melhores condições à mulher-mãe à criação do seu filho e de diminuir a população carcerária presa preventivamente, desta forma, diminuindo-se a cultura do encarceramento presente nas decisões tomadas por grande parte dos julgadores brasileiros. A jurisprudência tem aderido o entendimento do Supremo Tribunal Federal e, aos poucos, adequado suas decisões em conformidade a ele.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Manual de Processo Penal**, 3. ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6717-8/cfi/6/34!/4/148/2/4@0:1000>>. Acesso em: 05 set. 2018;

AVENA, Norberto. **Manual de processo penal**. 3. ed. [s.i]: Método, 2015;

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo : os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502228061/cfi/4!/4/4@0.00:11.5>>. Acesso em: 02 out. 2018;

BÖING, Elisângela; CREPALDI, Maria Aparecida. **Os efeitos do abandono para o desenvolvimento psicológico de bebês e a maternagem como fator de proteção**. Revista Estudos de Psicologia, Campinas, v. 21, n. 3, p.211-226, set./dez. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-166X2004000300006&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 19 jun. 2018;

BRAGA, Ana Gabriela; FRANKLIN, Naila Ingrid Chaves. **Quando a casa é a prisão: uma análise de decisões de prisão domiciliar de grávidas e mães após a lei 12.403/2011**. Disponível em <https://www.academia.edu/22997051/Quando_a_casa_e_a_prisao>. Acesso em: 26 out. 2018;

BRASIL. **Código de Processo Penal**: Decreto-lei 3.689 de 03 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 06 jun. 2018;

_____. **Código Penal Brasileiro**: Decreto-lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 06 jun. 2018;

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 jun. 2018;

_____. **Decreto legislativo nº 186 de 09 de julho de 2008**. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/CONGRESSO/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 10 nov. 2018;

_____. **Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7210.htm>. Acesso em: 08 jun. 2018;

_____. **Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm>. Acesso em: 06 jun. 2018;

_____. **Lei n. 9.882 de 03 de dezembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em: 10 nov. 2018;

_____. **Lei n. 13.257 de 08 de março de 2016.** Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, a Lei no 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei no 12.662, de 5 de junho de 2012. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm>. Acesso em: 06 jun. 2018;

_____. Levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN Mulheres. 2. ed. organização: Thandara Santos; colaboração: Marlene Inês da Rosa... [et al.]. Brasília: **Ministério da Justiça e Segurança Pública**. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. 79p. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf/view>. Acesso em: 03 set. 2018;

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 18 de fevereiro de 2018. **Diária da Justiça Eletrônico**. Brasília, 19 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2018;

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 143.641/SP. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. São Paulo, SP, 20 de fevereiro de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 21 fev. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2018;

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 461631/RO. Relator: Ministro Félix Fischer. Brasília, 09 de outubro de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 16 de outubro de 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=461631&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 02 nov. 2018;

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 497998/PR. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, 18 de setembro de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. 02 de outubro de 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=463675&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 02 nov. 2018;

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 451136/SP. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, 07 de agosto de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 21 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=451136&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 02 nov. 2018;

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 446656/MT. Relator: Ministro Félix Fischer. Brasília, 02 de agosto de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 09 de agosto de 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=446656&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 02 nov. 2018;

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 450631/SP. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, 26 de junho de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 02 de agosto de 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=450631&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 02 nov. 2018;

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 417326/SP. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, 12 de junho de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 22 de junho de 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=417326&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 02 nov. 2018;

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 442966/MS. Relator: Ministro Félix Fischer. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 23 de maio de 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=442966&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 02 nov. 2018;

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 403030/SP. Relator: Ministro Félix Fischer. Brasília, 03 de maio de 2018. **Diária da Justiça Eletrônico**. Brasília, 09 de maio de 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=403030&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 02 nov. 2018;

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 442326/SP. Relator: Ministro Félix Fischer. Brasília, 24 de abril de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 30 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=442326&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 02 nov. 2018;

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 439316/SC. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, 19 de maio de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 02 de maio de 2018. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=439316&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 02 nov. 2018;

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 431309/SC. Relator: Ministro Félix Fischer. Brasília, 17 de abril de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 23 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=431309&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 02 nov. 2018;

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 430730/MG. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, 05 de abril de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 16 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=430730&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 02 nov. 2018;

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 421524/SP. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 13 de março de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 26 de março de 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=421524&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 02 nov. 2018;

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 434681/MS. Relator: Ministro Félix Fischer. Brasília, 06 de março de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 16 de março de 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=434681&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 02 nov. 2018;

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 467998/MG. Relator: Ministro Félix Fischer. Brasília, 04 de outubro de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 10 de outubro de 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=467998&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 02 nov. 2018;

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em *habeas corpus* nº 103096/MG. Relator: Ministro Félix Fischer. Brasília, 09 de outubro de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 17 de outubro de 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=103096&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 02 nov. 2018;

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em *habeas corpus* nº 101763/SP. Relator: Félix Fischer. Brasília, 25 de setembro de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 03 de outubro de 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=101763&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 02 nov. 2018;

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em *habeas corpus* nº 99897/RS. Relator: Rogério Schietti Cruz. Brasília, 25 de setembro de 2018. **Diário**

da Justiça Eletrônico. Brasília, 15 de outubro de 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=99897&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 02 nov. 2018;

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em *habeas corpus* nº 100255/SP. Relator: Ministro Félix Fischer. Brasília, 18 de setembro de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico.** Brasília, 21 de setembro de 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=100255&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 02 nov. 2018;

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em *habeas corpus* nº 99851/RJ. Relator: Ministro Félix Fischer. Brasília, 11 de setembro de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico.** Brasília, 17 de setembro de 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=99851&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 02 nov. 2018;

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em *habeas corpus* nº 100230/SP. Relator: Ministro Félix Fischer. Brasília, 23 de agosto de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico.** Brasília, 30 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=100230&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 02 nov. 2018;

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em *habeas corpus* nº 96737/RJ. Relator Rogério Schietti Cruz. Brasília, 19 de junho de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico.** Brasília, 29 de junho de 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=96737&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 02 nov. 2018;

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em *habeas corpus* nº 91365/SP. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 03 de abril de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico.** Brasília, 09 de abril de 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=91365&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 02 nov. 2018;

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em *habeas corpus* nº 96157/RS. Relator: Rogério Schietti Cruz. Brasília, 05 de junho de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico.** Brasília, 12 de junho de 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=96157&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 02 nov. 2018;

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de declaração em agravo regimental em *habeas corpus* nº 132462/RJ. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 10 de maio de 2016. **Diário da Justiça Eletrônico.** Brasília, 03 de junho de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4911646>>. Acesso em: 15 out. 2018;

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal:** comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502220065/cfi/667!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 20 jun. 2018;

_____. **Medidas cautelares e prisão processual**. 1. ed. [s.i]: Forence, 2011;

CIDH. **Convenção americana sobre Direitos Humanos. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969** Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 01 out 2018;

CNJ - Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras**. 1 ed. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2018;

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL – DEPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Atualização jun. 2016. **Ministério da Justiça**. Disponível em <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2018;

GARCIA, Maria. **Reforma penal e a condição feminina: as mães presidiárias**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 97/2016, p. 1650178, 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.97.09_1.PDF>. Acesso em: 14 jun. 2018;

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016;

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador/BA: JusPODIVM, 2014;

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547216849/cfi/632!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 13 jun. 2018;

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522486687/cfi/761!/4/4@0.00:53.8>>. Acesso em: 03 set. 2018;

MARCÃO, Renato. Código de processo penal comentado, 1ª edição.. Saraiva, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502626805/cfi/824!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 03 set. 2018;

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. 1. ed. São Paulo: Método, 2011. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4233-5/cfi/4!/4/4@0.00:58.1>>. Acesso em: 15 set. 2018;

MONTENEGRO, Manuel Carlos. **Jovem, negra e mãe solteira ira: a dramática situação de quem dá à luz na prisão**. Publicado em 18 set 2017. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=85402:jovem-negra-emaesolteira-a-dramatica-situacao-de-quem-da-a-luz-naprison&catid=813:cnj&Itemid=4640>. Acesso em: 12 out 2018;

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Garantias Fundamentais na Área Criminal**. 1 ed. Barueri/SP: Manole, 2014. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520448519/cfi/5!/4/4@0.00:26.1>>. Acesso em: 02 out. 2018;

MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional: Teoria, Jurisprudência e Questões**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530978761/cfi/6/10!/4/8/4@0:100>>. Acesso em: 03 out. 2018;

OLIVEIRA, Leonardo Alves de. **Marco legal da primeira infância: primeiras impressões sobre a lei 13.257/2016**. Revista dos Tribunais, vol. 967/2016. p. 201 – 208, 2016. Disponível em <<http://www.tjpa.jus.br/CMSPortal/VisualizarArquivo?idArquivo=303911>>. Acesso em: 19 jun. 2018;

OLIVEIRA, Natacha Alves de; FERNANDES, Luciana Cota. **Análise contextual da prisão de Adriana Ancelmo no combate à corrupção e ao superencarceramento feminino: raça, classe e gênero intermediando concessões**. Revista Brasileira de Ciências Criminas, vol. 134/2017, p. 189-217, 2017. Disponível em: <https://elaseistem.files.wordpress.com/2017/09/rbccrim-134_luciana-fernandes-natacha-oliveira.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2018;

ONU. **Convenção sobre os direitos da criança**. Nova Iorque: 1989. Disponível em <<https://www.unhcr.org/html/portuguese/humanrights/Crianca.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2018;

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**, 21. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597010268/cfi/6/38!/4/1262@0:0>>. Acesso em: 19 jun. 2018;

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 22. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597014556/cfi/6/10!/4/24@0:30.2>>. Acesso em 06 jun. 2018;

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**, 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível

em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597010916/cfi/6/22!/4/9606/16@0:0>>. Acesso em: 19 jun. 2018;

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 25. ed. ver. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597011456/cfi/6/50!/4/742/22@0:48.3>>. Acesso em: 06 jun. 2018;

REIS, Alexandre Cebrian Araújo, GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547211080/cfi/411!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 13 jun. 2018;

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Recurso em Sentido Estrito nº 70079250106. Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 24 de outubro de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Porto Alegre, 30 de outubro de 2018. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70079250106&num_processo=70079250106&codEmenta=7975713&temIntTeor=true>. Acesso em: 05 nov. 2018;

_____. Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 70078810611. Relator: Julio Cesar Finger. Porto Alegre, 18 de outubro de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Porto Alegre, 06 de novembro de 2018. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70078810611&num_processo=70078810611&codEmenta=7969961&temIntTeor=true>. Acesso em: 06 nov. 2018;

_____. Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 70078854593. Relator: Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre, 26 de setembro de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Porto Alegre, 02 de outubro de 2018. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70078854593&num_processo=70078854593&codEmenta=7946477&temIntTeor=true>. Acesso em: 05 nov. 2018;

_____. Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 70078958584. Relator: Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre, 26 de setembro de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Porto Alegre, 02 de outubro de 2018. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70078958584&num_processo=70078958584&codEmenta=7946484&temIntTeor=true>. Acesso em: 01 nov. 2018;

_____. Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 70078806791. Relator: Honório Gonçalves da Silva Neto. Porto Alegre, 05 de setembro de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Porto Alegre, 12 de setembro de 2018. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_

processo_mask=70078806791&num_processo=70078806791&codEmenta=7916162&temIntTeor=true>. Acesso em: 01 nov. 2018;

_____. Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 70078078904. Relator: Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre, 22 de agosto de 2018. *Diário da Justiça Eletrônico*. Porto Alegre, 27 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70078078904&num_processo=70078078904&codEmenta=7883930&temIntTeor=true>. Acesso em: 01 nov. 2018;

_____. Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 70078621224. Relator: Manuel José Martinez Lucas. Porto Alegre, 22 de agosto de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Porto Alegre, 24 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70078621224&num_processo=70078621224&codEmenta=7882658&temIntTeor=true>. Acesso em: 01 nov. 2018;

_____. Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 70078503786. Relator: Manuel José Martinez Lucas. Porto Alegre, 22 de agosto de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Porto Alegre, 03 de setembro de 2018. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70078503786&num_processo=70078503786&codEmenta=7881821&temIntTeor=true>. Acesso em: 01 nov. 2018;

_____. Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 70077783280. Relator: Sylvio Baptista Neto. Porto Alegre, 11 de julho de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Porto Alegre, 16 de julho de 2018. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70077783280&num_processo=70077783280&codEmenta=7830461&temIntTeor=true>. Acesso em: 01 nov. 2018;

STELLA, Claudia. **As implicações do aprisionamento materno na vida dos(as) filhos(as)**. Revista brasileira de ciências criminais, vol. 34/2001, p. 237-264, 2001. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:revista:2004;000679376>> Acesso em: 06 jun. 2018;

SUANNES, Adauto. **Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal**. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral n. 423 - RE n. 641.320/RS**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4076171&numeroProcesso=641320&classeProcesso=RE&numeroTema=423>>. Acesso em: 12 out. 2018;

VARELLA, Gabriela; MOURA, Marcelo; AMORIM, Daniele. **No Brasil, filhos de mães encarceradas já nascem com direitos violados.** Revista Época, 2017. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/brasil/noticia/2017/12/no-brasil-filhos-de-maes-encarceradas-ja-nascem-com-direitos-violados.html>>. Acesso em: 15 out. 2018;

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal.** 18. ed. rev. e atual. [s.i]: Saraiva, 2018.