

LUANA GABRIELLE JACINTO DIAS SILVA

**ANÁLISE DO INSTITUTO DA PRISÃO DOMICILIAR, ENQUANTO
POLÍTICA CRIMINAL, A PARTIR DO *HABEAS CORPUS* 14.3641/SP**

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2018

LUANA GABRIELLE JACINTO DIAS SILVA

**ANÁLISE DO INSTITUTO DA PRISÃO DOMICILIAR, ENQUANTO
POLÍTICA CRIMINAL, A PARTIR DO *HABEAS CORPUS* 14.3641/SP**

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do professor Leonardo Rodrigues de Souza.

ANÁPOLIS – 2018

LUANA GABRIELLE JACINTO DIAS SILVA

**ANÁLISE DO INSTITUTO DA PRISÃO DOMICILIAR, ENQUANTO
POLÍTICA CRIMINAL, A PARTIR DO *HABEAS CORPUS* 14.3641/SP**

Anápolis, ____ de _____ de 2018.

Banca examinadora

RESUMO

A presente monografia tem o objetivo analisar o instituto da prisão domiciliar, enquanto política criminal, a partir do *Habeas Corpus* 14.3641/SP. A metodologia utilizada é a de compilação bibliográfica e estudo de posicionamento jurisprudencial dos tribunais. Está dividida didaticamente em três capítulos. Inicialmente, ressalta-se o conceito da prisão domiciliar, abordando principalmente os seus requisitos para concessão e a lei penal vigente que abraça o assunto. O segundo capítulo ocupa-se em apresentar a análise do *Habeas Corpus e seus reflexos a partir de sua concessão*. Por fim, o terceiro capítulo trata-se da política criminal, onde apresenta seu conceito, a importância da prisão domiciliar para mulheres detentas a importância da prisão domiciliar como instituto de política criminal.

Palavras-chave: Prisão domiciliar. Política criminal. Habeas Corpus.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I - PRISÃO DOMICILIAR: CONCEITOS, REQUISITOS E PREVISÃO LEGAL	03
1.1 Conceito doutrinário de prisão domiciliar	03
1.2 Requisitos legais para concessão da prisão domiciliar.....	05
1.2.1 Maior de 80 anos.....	06
1.2.2 Extremamente debilitado por motivo de doença grave.....	06
1.2.3 Imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência.....	07
1.2.4 Gestantes.....	08
1.2.5 Mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.....	08
1.2.6 Homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 anos de idade incompletos	09
1.3 Previsão do instituto no ordenamento jurídico pátrio.....	10
CAPÍTULO II – CORPUS 14.3641/SP E SEUS EFEITOS	12
2.1 Apresentação do Habeas Corpus 143.641/SP e sua estrutura.....	12
2.2 Efeito do Habeas Corpus e seus reflexos para o processo penal brasileiro.....	17
2.3 Reflexos da decisão em casos práticos pelo Brasil.....	19
CAPÍTULO III – PRISÃO DOMICILIAR COMO INSTITUTO DE POLÍTICA CRIMINAL	22
3.1 Conceito de política criminal.....	22
3.2 Importância da prisão domiciliar para as mulheres detentas.....	26
3.3A importância da prisão domiciliar como instituto de política criminal.....	29
CONCLUSÃO	32
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	34

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem a ideia central de analisar o instituto da prisão domiciliar, enquanto a política criminal, a partir do *habeas corpus 14.3641/SP*. Enfatizam-se pesquisas realizadas, por meio de compilação bibliográfica, bem como jurisprudências e normas do sistema jurídico brasileiro. Assim, pondera-se que, este trabalho foi sistematizado de forma didática em três partes.

O primeiro capítulo apresenta os conceitos doutrinários de prisão domiciliar, seus requisitos e a previsão do instituto no ordenamento jurídico pátrio.

O segundo capítulo aborda a apresentação do *habeas corpus* e sua estrutura, seus efeitos e reflexos para o processo penal brasileiro e em casos práticos.

Por fim, o terceiro capítulo fomenta à prisão domiciliar como instituto de política criminal, ou seja, como meio de manter a penalização do indivíduo mas sem sobrecarregar o sistema prisional brasileiro, que já se encontra com inúmeras problemáticas, além de buscar atender proposta humanitária da pena.

Assim sendo, a análise do instituto da prisão domiciliar, enquanto a política criminal, a partir do *habeas corpus 14.3641/SP* merece um estudo aprofundado, visando demonstrar suas origens, e apresentar como é o procedimento da lei em relação aos crimes relacionados às drogas ilícitas.

A pesquisa desenvolvida espera colaborar, mesmo que de forma modesta, para a melhor compreensão da questão projetada, indicando observações

emergentes de fontes secundárias, tais como posições doutrinárias e jurisprudências relevantes, a fim de serem aplicadas quando do confronto judicial com o tema em relação ao caso concreto.

CAPÍTULO I - PRISÃO DOMICILIAR: CONCEITO, REQUISITOS E PREVISÃO LEGAL

Este capítulo apresenta conceitos, requisitos e a previsão do instituto no ordenamento jurídico pátrio. Em seguida, serão apresentados os conceitos doutrinários de prisão domiciliar.

1.1 Conceito doutrinário de prisão domiciliar

Em 2011 o Código de Processo Penal sofreu uma reforma, foi acrescentada uma nova forma de cumprimento da prisão preventiva, chamada prisão domiciliar. De fato, segundo Aury Lopes:

A prisão domiciliar não é, por evidente, uma 'nova modalidade de prisão cautelar, mas apenas [...] uma especial forma de cumprimento da prisão preventiva, restrita aos poucos casos estabelecidos no art. 318 do CPP' (2011, p. 13)

Nessa situação, cabe esclarecer que, inicialmente, o magistrado deve declarar a prisão preventiva do delituoso. Em seguida e na mesma decisão, estando presente uma das hipóteses do artigo 318 do Código de Processo Penal, o juiz permite que o agente cumpra a custódia cautelar em regime domiciliar. É por conta disso que o referido dispositivo legal afirma que a prisão preventiva será substituída pela prisão domiciliar. Nas palavras de Lima (2011, p. 349):

Levando em consideração certas situações especiais, a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar visa tomar menos desumana a segregação cautelar, permitindo que, ao invés de ser recolhido ao cárcere, ao agente seja imposta a obrigação de permanecer em sua residência. Para que ocorra essa substituição,

que só pode ser determinada pela autoridade judiciária, deve se exigir prova Ivone nos requisitos estabelecidos no art. 318 do CPP.

Desta forma, a Lei 12.403/2011 recomeçou o Capítulo IV do Código de Processo Penal e modificou o conteúdo de seus artigos parados-por sobre prisão domiciliar. O artigo 317 tem a seguinte redação: “A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial” (BRASIL, 2011, *online*).

Tourinho Filho (2012) afirma que no direito brasileiro só poderá ocorrer o que esta previsto no artigo acima citado, se a pena máxima for inferior a 3 anos. Diz também que é preciso se atentar a circunstância da necessidade do réu trabalhar para manter sua família e para sua subsistência, sendo assim o Juiz deverá determinar recolhimento ao domicílio logo ao sair do trabalho e nos dias de folga, sendo assim abrindo mão de uma das medidas cautelares prevista no artigo 319 da Lei 12.403/2011. Segundo Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 79):

A prisão domiciliar é uma forma alternativa de cumprimento da prisão preventiva; em lugar de se manter o preso em cárcere fechado, é inserido em recolhimento ocorrido em seu domicílio, durante 24 horas do dia.

Nesses termos, o juiz, ao verificar a possibilidade de aplicação de uma medida alternativa à prisão deve optar pela aplicação da prisão domiciliar. É claro que deverá observar o respeito a alguns critérios legais. O importante é garantir, sempre, o cumprimento do objetivo inserido da Lei de Execução Penal, que é o de ressocialização.

Conforme Távora e Antonni (2011, p. 576):

A prisão domiciliar é decretada em substituição da preventiva, sempre por ordem judicial. Consiste no recolhimento do indiciado ou do acusado em sua residência, só podendo dela se ausentar por ordem do juiz. Para seu deferimento é exigida prova idônea evidenciando a situação específica que a autorize.

Nesse sentido, a decretação da prisão domiciliar deverá ser uma substituição da preventiva, sempre obtida por ordem judicial. Necessita constar

prova idônea para que seja comprovada a situação específica e sendo assim sua autorização.

No livro sob o título “Medidas cautelares e prisão processual” de Choukr (2011, p. 100):

Deve-se recordar que residência é um conceito jurídico que integra o de domicílio, que lhe é mais amplo a teor do dispositivo no art. 70 do Código Civil _ O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência deve ser caracterizada como de forma permanente, desnaturando o elemento subjetivo que acompanha esse conceito e, por consequência, o próprio conceito de domicílio.

1.2 Requisitos legais para concessão da prisão domiciliar

Nucci afirma que o artigo 318 do Código de Processo Penal, na redação anterior, não tinha aplicação alguma, diante do novo texto constitucional de 1988. Independente de qualquer conduta do acusado, a sentença absoluta sempre teve efeito absolutória imediatos, não se sujeitando aos efeitos suspensivos de eventual recurso de apelação. Afinal, prevalecia o princípio constitucional da presunção de inocência. (NUCCI, 2014)

No artigo 318 do Código de Processo Penal, estão expostas as possibilidades do agente que estiver preso preventivamente ter sua prisão preventiva modificada por prisão domiciliar se estiver presentes os requisitos que a autorize.

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;
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. (BRASIL, 1941, *online*)

O dispositivo legal acima aludido trata de hipóteses verdadeiramente humanitárias, guardando enorme semelhança com o já disposto no art. 117 da Lei

de Execução Penal, que disciplina a prisão domiciliar para o apenado que cumpre pena em regime aberto. Nesse cenário, verifica-se que as hipóteses de prisão domiciliar do CPP são bem mais severas do que aquelas encontradas na Lei de Execução Penal, embora isso não implique em inconstitucionalidade por violação à presunção de inocência e à proporcionalidade, de acordo com entendimento doutrinário prevalecente (SANTOS, 2011, p. 149).

Urge analisar agora cada uma das previsões legais do artigo 318 do Código de Processo Penal.

1.2.1 Maior de 80 anos

Tornou-se mais rigorosa em relação ao artigo 117, I, da Lei de Execução Penal, se elevou a idade do preso de 70 para 80 anos. Sendo assim, para merecer a prisão domiciliar, fruto da preventiva, será indisponível idade superior a 80. (NUCCI, 2014)

Vale ressaltar que esta hipótese de substituição não fará jus a pessoas idosas. Segundo, Silvio Maciel (2011, p. 166):

Insta acentuar que a prisão domiciliar substituída da prisão preventiva não pode ser aplicada a qualquer idoso - pessoa com 60 anos o mais (1º da Lei 10.741/2003) - mas somente aqueles com idade superior a 80 anos. A propósito, o STF e STJ já pacificaram o entendimento de que o conceito de idoso previsto na Lei 10.741/03 não possui reflexo sobre normas penais e processuais penais.

A Lei 10.741/2003 dispõe o conceito de idoso, sendo aquele que tiver idade igual ou superior a 60 anos. Para se beneficiar da prisão domiciliar não poderá ser qualquer idoso, e sim aquele que tiver idade superior a 80 anos.

1.2.2 Extremamente debilitado por motivo de doença grave

O artigo 117, II, da Lei de Execução Penal acometimento de doença grave, tornou-se extrema debilidade por motivo de doença grave. Desta forma, não basta ser grave enfermidade, sendo, igualmente, necessário que o indiciado esteja por ela bastante debilitado. (NUCCI, 2014)

Segundo o Superior Tribunal de Justiça:

O Superior Tribunal de Justiça, porém, tem entendimento, do que se vê do julgamento do HC 246.419 – SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 28 de maio de 2013, de que se pode conceder ao condenado em regime fechado ou semiaberto o benefício de prisão domiciliar, quando resta demonstrado que o recluso é portador de doença grave e que não é possível a prestação da devida assistência médica no estabelecimento penal em que esteja recolhido, fundamento esse reiterado ainda no julgamento do HC 271.060 – SP e no julgamento do HC 152.252 – MG, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. (STJ, 2013, *ONLINE*)

Tendo em vista o entendimento do STJ, o detendo deverá provar que é portador de doença grave e que não será prestado a devida assistência médica na instituição penal. Sendo assim, o condenado poderá esbanjar do benefício da prisão domiciliar.

1.2.3 Imprescindível aos cuidados especiais de pessoas menos de 6 anos de idade ou com deficiência

O referido inciso assegura o condenado a prisão domiciliar desde que as pessoas menores de 6 anos de idade ou com deficiência necessitam do seu cuidado. Nucci, afirma que:

A condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental (art. 117, IV, LEP) transformou-se em *agente imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência*, o que restringe - e muito - o âmbito de aplicação do benefício. Nesse caso, na lei processual penal, não se faz distinção de sexo, podendo tratar-se de homem também. (NUCCI, 2014, p. 114)

Para se configurar ao presente inciso, deve ser provado com destaque a condição de imprescindibilidade, sem o que a hipótese não se aperfeiçoa. (CHOUCKER, 2011)

Segundo Eugênio Pacelli Oliveira (2011, p. 47): “ o menor haverá que residir no local. Não se há exigir parentesco de primeiro, mas relação de dependência imediata e direta, ainda que sob regime informal.”

1.2.4 Gestantes

A redação anteriormente era para gestantes a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco, foi atualizado para gestante independente do tempo de gestação e de sua situação de saúde.

Deste modo, agora basta que a investigada ou ré esteja grávida para ter direito à prisão domiciliar. Não mais se exige tempo mínimo de gravidez nem que haja risco à saúde da mulher ou do feto.

Leonardo Alves cita em seu livro 'Processo Penal', a interpretação do Superior Tribunal de Justiça:

O STF, interpretando o teor do art. 318, inciso IV, do CPP, decidiu que a Constituição assegura às presidiárias condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período da amamentação e enfatiza a proteção à maternidade e à infância (Informativo no 789). Em 2016, este mesmo tribunal, já sob a égide do Marco Legal da Primeira Infância (Lei 13.257/2016), concedeu, de ofício, ordem em *P corpus* para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar a uma paciente que, presa preventivamente pela prática do crime de tráfico ilícito de drogas com envolvimento de adolescente, dera à luz enquanto se encontrava encarcerada (CPP, art. 318, V). (ALVES, 2017, p.142)

1.2.5 Mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos

Para obter o benéfico é necessário que a condenada tenha filho menor de 12 (doze) anos de idade, com ou sem deficiência. Exigira provas idôneas e não meras alegações.

O inciso V do art 318 do Código de Processo Penal, foi inserido pela Lei 13.257/16 e dispõe diretamente sobre políticas públicas para a primeira infância. A proteção neste caso, recai especificamente sobre quem seja filho de mulher presa preventivamente, sendo que para obter a substituição é necessário que a mulher punida tenha filho menos de 12 anos de idade e que por ocasião da custódia cautelar, a criança se encontre sob cuidados e responsabilidades de sua genitora que foi presa preventivamente.

Habeas Corpus. Tráfico de drogas, associação ao tráfico e posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito. Pleito objetivando o trancamento da ação penal ante a ausência de justa causa, a liberdade provisória, em razão da ausência dos requisitos do art. 312 do CPP ou o cumprimento da prisão cautelar em regime domiciliar, posto ter a paciente uma filha de 2 anos de idade, além de estar grávida. Trancamento da ação penal. Não cabimento. Índícios de autoria e materialidade delitivas. Feito amparado de fundamentos indicativos para a motivação do ato, não padecendo de qualquer vício legal. Liberdade provisória. Parcial cabimento. Hipótese prevista no artigo 318, inciso V, do CPP. Habeas corpus coletivo concedido pelo E. Supremo Tribunal Federal (HC nº 143.641). Paciente primária e possuidora de bons antecedentes. Medida cautelar diversa da prisão. Comparecimento periódico em juízo, nos termos do artigo 319, incisos I, do Código de Processo Penal. Ordem parcialmente concedida. (TJ-SP 20634704420188260000 SP 2063470-44.2018.8.26.0000, Relator: Guilherme de Souza Nucci, Data de Julgamento: 17/06/2018, 16ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 17/06/2018) (online)

1.2.6 Homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 anos de idade incompletos

O inciso VI, do artigo 318 do Código de Processo Penal, é taxativo ao restringir sua aplicabilidade ao homem e só terá cabimento se em razão da custódia do genitor, o filho de até 12 anos ficar total desamparo. Caso o filho se encontrar em amparo de terceiro, não caberá tal medida, visto que disposição jurídica, não permite a utilização do filho para o salvo-conduto.

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 418.469 - BA (2017/0251578-2)
 RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI AGRAVANTE : LEANDRO SANTOS DA SILVA ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PACIENTE : LEANDRO SANTOS DA SILVA DECISÃO Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que indeferiu liminarmente o presente mandamus ante a sua manifesta inadmissibilidade. Sustenta o agravante que se estaria diante de ilegalidade flagrante, passível de afastar o óbice contido no enunciado 691 da Súmula desta Corte Superior de Justiça. Requer o provimento da insurgência para que o mérito do remédio constitucional seja apreciado pela colenda Quinta Turma. É o relatório. Em consulta à página eletrônica do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia verificou-se que o mérito do habeas corpus originário foi julgado. Desse modo, conforme precedentes deste Superior Tribunal de Justiça, vislumbra-se a perda do objeto do presente writ, pois se insurge contra a decisão indeferitória da medida liminar pretendida no remédio constitucional originário, sob os argumentos que expôs, os quais, com o julgamento definitivo,

restaram superados. A propósito: PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO CONTRA DECISÃO LIMINAR DO TRIBUNAL DE ORIGEM. PEDIDO LIMINAR DEFERIDO PARA CONCEDER PRISÃO DOMICILIAR. MÉRITO JULGADO PELA INSTÂNCIA LOCAL. PREJUDICADO O SEGUIMENTO DESTES WRIT. NOVO ATO COATOR. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. O agravante impugna a decisão monocrática que negou seguimento a este habeas corpus, por prejudicado (perda superveniente do objeto). 2. Ordem impetrada contra decisão liminar do Tribunal local. O paciente, com condenação transitada em julgado, almejava a conversão do regime semiaberto em prisão domiciliar, com espeque no art. 318, VI, do Código de Processo Penal, bem como no art. 117, III, da Lei de Execução Penal. Por ser o único responsável por filhas menores, uma delas menor de 12 anos, o pedido liminar foi deferido por esta Relatoria, com superação ao enunciado da súmula n. 691 do Supremo Tribunal Federal. 3. Julgado o habeas corpus originário, ocasião em que o Tribunal local não enfrentou o mérito mas determinou a remessa dos autos ao Juízo da Execução, esta Relatoria considerou prejudicado o seguimento da presente ordem, pela perda superveniente do objeto. Diante do não enfrentamento do mérito pela instância revisora, tampouco se pode falar na possibilidade da análise, de ofício, dos pedidos iniciais, sob pena de indevida supressão de instâncias. 4. A superveniência do julgamento do habeas corpus impetrado perante o Tribunal de origem prejudica o writ aqui manejado, no qual se impugnava a decisão monocrática que indeferiu o pedido de liminar. Precedentes. 5. Agravo regimental conhecido e não provido. (AgRg no HC 379.825/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 07/04/2017) Ante o exposto, com fundamento no artigo 34, inciso IX, do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça, julga-se prejudicado o presente agravo regimental. Publique-se. Cientifique-se o Ministério Público Federal. Após o trânsito em julgado, remetam-se os autos ao arquivo. Brasília (DF), 23 de abril de 2018. MINISTRO JORGE MUSSI Relator (STJ - AgRg no HC: 418469 BA 2017/0251578-2, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Publicação: DJ 25/04/2018) (*online*)

1.3 Previsão do instituto no ordenamento jurídico pátrio

A premissa desta análise ressalta as características da prisão domiciliar, levando em conta que a mesma tem ocorrido de maneira frequente como alternativa de cumprimento de pena em regime aberto.

Este tipo de prisão está previsto no 317 e 318 do código de processo penal, onde cita os requisitos e pressupostos necessários para que o magistrado avalie a viabilidade de se aplicar tal medida provisória processual cautelar, com a finalidade e a capacidade de substituir a prisão preventiva.

Consequentemente diminuindo a quantidade de detentos provisórios no cárcere brasileiro, proporcionando economia aos cofres públicos.

CAPÍTULO II – HABEAS CORPUS 14.3641/SP E SEUS EFEITOS

Têm-se observado no cenário jurídico nossos recursos utilizados por meio de defesa de réus, visando resguardar prisão cautelar amparado pelos princípios da dignidade humana. Pressupõe, portanto, uma prisão preventiva anteriormente decretada e vem substituí-la, provisoriamente, em virtude de questões humanitárias. Destaque-se que devido a estas condições a prisão poderá ser cumprida em domicílio, sem grandes riscos para o processo e para a sociedade, ao menos temporariamente.

Nesse aspecto tem se amparado então o Habeas Corpus 143.641/SP de caráter coletivo, ou seja, visando resguardar direito da coletividade e não somente individual. Convém salientar então que a ação coletiva refere-se a um instrumento capaz de garantir acesso a justiça que abarque a todo um grupo e não somente a situações individuais e específicas (TERRA JÚNIOR, 2018).

2.1 Apresentação do Habeas Corpus 143.641/SP e sua estrutura

Inicialmente pode-se colocar que o Direito é mutável e tem-se modificado visando resguardar direitos fundamentais juntamente com o direito penal, buscando assim uma nova perspectiva mais humana e menos punitiva. E, tal abordagem tem aberto novos preceitos como o realizado no dia 20 de fevereiro de 2018 no qual julgou se Habeas Corpus coletivo 143.641/SP, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, que preceitua a substituição da prisão preventiva para a domiciliar a mulheres presas que estejam em estado de gravidez, puérperas ou mães de crianças deficientes e sob sua guarda. Conforme apontou Ministro Gilmar Mendes:

Resta dedutível que a eficácia dos referidos dispositivos constitucionais torna-se inviável com o encarceramento de mães e

gestantes. Isso porque, nessas situações, na prática, ou há a separação da genitora e seu filho, ou há o aprisionamento também da criança, que passa a dividir a cela com a mãe. É inequívoco assim que, em ambas as hipóteses, as presidiárias acabam impossibilitadas de cumprir seus deveres literalmente consignados na Constituição Federal de proteção às garantias de seus filhos, que, por sua vez, têm a sua esfera de direitos individuais diretamente transgredida pelo encarceramento de suas genitoras. (*online*, acesso 31/08/2018)

Se o infante ou deficiente tiver familiares ou outra pessoa que possa se encarregar dos cuidados especiais dessas pessoas dependentes, faltará o requisito legal da imprescindibilidade. O próprio legislador indica esta excepcionalidade ao afirmar o caráter imprescindível da medida para os cuidados da criança ou da pessoa com deficiência. Isto significa, em princípio, que se deve comprovar que há um vínculo de dependência entre a criança e o deficiente e o agente preso, por ser este o único capaz de cuidar da criança. Se houver familiares em liberdade, que possam cuidar da criança ou do deficiente, não se deve permitir a medida. Ademais, também aqui é necessário que os cuidados não possam ocorrer na prisão. (MENDONÇA, 2011)

Por fim, reitere-se a necessidade de aplicação comedida da prisão domiciliar nesse caso, sobretudo para se evitar que criminosos utilizem seus filhos como escudos para evitar a decretação da prisão preventiva. Deve-se analisar o caso concreto, à luz do princípio da necessidade e da adequação (art. 282, incs. I e II).

A concessão de prisão domiciliar às gestantes a partir do sétimo mês e em situação de gravidez de alto risco constitui um upgrade legal mais fácil e mais barato de implementar na prática penitenciária e segue a mesma linha protetiva humanitária de outros dispositivos voltados às mulheres já condenadas: o inciso L, do art. 5º, da Constituição Federal, segundo o qual “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação” e o art. 83, § 2º, da LEP, que preconiza a colocação de berçários em estabelecimentos penais femininos, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até seis meses de idade. (SANGUINÉ, 2014)

Na verdade, não interessa se a gravidez é de alto ou baixo risco, mas sim se o estabelecimento prisional tem estrutura para cuidar da gestante com algum risco. Se não tem, a situação de baixo risco torna-se de alto risco, cabendo a prisão domiciliar para receber os cuidados médicos necessários.

Para os Defensores dos Direitos Humanos, confinando mulheres grávidas em prisões precárias, sem condições de atender, por exemplo, a amamentação priva-os do acesso a programas de saúde pré-natal, gestação regular e cuidados pós-parto, além disso, priva as crianças de condições adequadas para o seu desenvolvimento, constitui um tratamento desumano, cruel e degradante, que viola os princípios constitucionais. (TERRA JÚNIOR, 2018)

Sabe-se que o vínculo entre mãe e filho, principalmente na fase puérpera e primeiros anos de vida são fundamentais para desenvolvimento saudável das crianças, inclusive psicológico. O ato de amamentação propicia o contato físico entre a mãe e o bebê, estimulando a pele e os sentidos. As crianças que mamam no peito tendem a ser mais tranquilas e a ter maior facilidade de socializar-se na infância, o que contribui na formação do caráter quando adulto. (VINHA 2002)

Diante da relevância desse vínculo afetivo é que se sustenta a maioria das defesas para com o Habeas Corpus coletivo 143.641/SP. Além de que, por meio deste entendimento busca-se garantir direitos constitucionais e fundamentais humano, que é a dignidade de mães e mulheres grávida, bem como o direito das crianças de sua liberdade, educação e família. (TERRA JÚNIOR, 2018) A decisão do habeas corpus coletivo que não estava prevista na Constituição, aceito então pelo Supremo Tribunal - permitirá que cerca de 15 mil mulheres deixem a prisão, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen).

Certifica-se que, atualmente, o Estado não tem conseguido propiciar ao preso, os direitos contidos na Lei de Execução Penal, pois as causas ineficientes, como a superlotação carcerária e a aprendizagem do cometido de novos crimes ensinados pelos próprios detentos, sobressaem em relação às causas ensejadoras, tais como o trabalho, o livre exercício de determinada religião e assistência moral e humanitária após a sua saída do presídio.

Na verdade, a prisão cautelar está justificada pelo princípio de necessidade. Esse princípio está implicitamente contido no inciso LXVI do art. 5º da Constituição Federal, que prevê a liberdade provisória quando a cautela não se revelar necessária. O Habeas Corpus fica estabelecido como meio idôneo para garantir todos direitos do acusado e do sentenciado relacionados com sua liberdade de locomoção. (CAPEZ, 2014)

Estabeleceu-se junto a este alguns critérios de concessão e não concessão, como no caso de crimes praticados por mulheres que caracterizou-se violência grave ou ameaça contra seus descendentes, que apresentem alto risco de periculosidade para a sociedade esse benefício não se aplica. (TERRA JÚNIOR, 2018)

A medida cautelar de prisão domiciliar substitutiva (arts. 317 e 318 do CPP) “consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial”. Não configura uma nova medida cautelar alternativa à prisão, nem visa impedir a decretação da prisão preventiva, mas sim constitui uma medida cautelar “substitutiva” da prisão preventiva, ou seja, uma espécie de prisão preventiva “mitigada” com nova forma de cumprimento em regime domiciliar, aplicável em situações excepcionais por motivos humanitários, em razão das circunstâncias pessoais do imputado previstas no art. 318 do CPP, conforme discorreu o Ministro Gilmar Mendes o seguinte:

A questão central do *writ* circundava em grande medida a interpretação que se deveria conceder ao artigo 5º, L, da Constituição Federal — dispositivo que determina a necessidade de se assegurarem às presidiárias condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação —, bem como às disposições dos incisos IV e V do artigo 318 do Código de Processo Penal — os quais preveem a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar quando as encarceradas estiverem gestantes ou forem mães de crianças de até 12 anos de idade. Nesse contexto, mostra-se oportuno o processo legislativo que resultou na promulgação da Lei 13.257/2016 — conhecida por Marco Legal da Primeira Infância —, a qual terminou por acrescentar os referidos incisos IV e V ao artigo 318 do CPP (2018, p. 02).

Anterior a esse julgado coletivo onde julgou se Habeas Corpus coletivo 143.641/SP, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal já se era estabelecida a

concessão do benefício de prisão domiciliar substitutiva (arts. 317 e 318 do CPP) possui fundamento em razões humanitárias porquanto “poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente, nos termos do art. 318 do CPP, 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”. Observa-se assim que houve uma ampliação nos cabimentos de tal benefício (SANGUINÉ, 2014).

O rol das hipóteses de admissibilidade da prisão domiciliar substitutiva (art. 318 do CPP) é taxativo, não permitindo ampliação. A taxatividade das hipóteses de cabimento não impede, contudo, a aplicação da prisão domiciliar, mesmo que o investigado ou acusado não se encontre em uma das hipóteses do art. 318 do CPP, quando não houver estabelecimento adequado para a custódia do preso provisório, até que surja vaga em estabelecimento adequado. Estes requisitos legais da prisão domiciliar não são cumulativos, mas sim alternativos e devem estar implementados na data da conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar. (SANGUINÉ, 2014).

Como a prisão domiciliar prevista nos arts. 317 e 318 do CPP pressupõe a decretação de prisão preventiva anteriormente, também não será cabível se o legislador não tiver cominado à infração, isolada, cumulativa ou alternativamente, pena privativa de liberdade, conforme vedação contida no § 1º do art. 283 do CPP. Ademais, como a prisão domiciliar possui natureza cautelar, sua aplicação não é automática, pois, além de preencher algum requisito do art. 318 do CPP, no juízo de adequação, o magistrado deverá aferir se constitui uma medida adequada para neutralizar o *periculum libertatis* no caso concreto (TERRA JÚNIOR, 2018).

O art. 318 do CPP exige ‘prova idônea’ para a comprovação de cada um dos pressupostos da prisão domiciliar. Pode ser utilizado qualquer meio probatório, desde que não seja prova ilícita, ressalvadas as restrições impostas pela lei civil quando envolver o estado da pessoa (art. 155, parágrafo único, do CPP). Assim, nas hipóteses previstas de concessão de tal benefício para detentas mães responsáveis pelas crianças deverá ser realizada mediante certidão de nascimento ou documento

equivalente; nas hipóteses dos incisos II e IV, a doença grave ou a gravidez de alto risco deverá ser comprovada por documento/atestado médico (SANGUINÉ, 2014).

Para a substituição da prisão preventiva pela medida cautelar de prisão domiciliar prevista no art. 317 do CPP, o juiz exigirá “prova idônea” dos requisitos legais, nos termos do disposto no parágrafo único do art. 318 do CPP. Portanto, somente será cabível a prisão domiciliar se houver comprovação nos autos do processo da ocorrência de alguma das hipóteses mencionadas no art. 318 do CPP. O ônus incumbe à defesa, de modo que, na dúvida, deve ser indeferido o benefício (SANGUINÉ, 2014).

Não se trata, por evidente, de uma nova modalidade de prisão cautelar, mas apenas de uma especial forma de cumprimento da prisão preventiva, restrita aos poucos casos estabelecidos no art. 318 do CPP.

2.2 Efeito do Habeas Corpus e seus reflexos para o processo penal brasileiro

A decisão do Supremo Tribunal Federal foi considerada inédita, ao decidir transformar prisão preventiva de mulheres grávidas ou que tenha filhos de até 12 anos que requerem cuidados da mãe, à prisão domiciliar. Através deste acolhimento pelo STF reconheceu a figura do Habeas Corpus Coletivo. Este entendimento somente sendo designado a detentas que não foram condenadas, ou seja, estando em caráter provisório. Essa medida, porém, não terá preceito para mulheres que tenham praticado crimes violentos e de grave ameaça, ou contra seus descendentes (TERRA JÚNIOR, 2018).

Qualquer modificação traz modificações, isso também no campo jurídico. No caso Habeas Corpus coletivo 143.641/SP também apresentará reflexos junto ao processo penal brasileiro. Um dos aportes de justificação para tal medida, além da garantia do resguardo aos direitos fundamentais, e da recente Lei 13.257/2016 conhecida por Marco Legal da Primeira Infância, busca-se ainda é buscar atuação mais objetiva do STF, tendo intuito da economia de tempo e agilidade de processos juntos aos tribunais, além de diminuir o número de prisão carcerária que é um dos grandes problemas atuais em termos prisionais. Podendo ainda destacar a

promulgação da Lei 12.403 de 04 de maio de 2011, que objetiva aumentar as medidas alternativas à prisão preventiva, para tentar em parte, solucionar o sistema prisional do País. (SANGUINÉ, 2014)

Como reflexos positivos pode-se ainda colocar os apontamentos favoráveis ao Habeas Corpus coletivo 143.641/SP pelo Ministro Gilmar Mendes que de que esse favorecerá a situação de mulheres submetidas a prisão cautelar, e que de alguma forma, a sua restrição de liberdade atinja diretamente a formação saudável de suas proles. Assim enfatiza-se tal decisão como ampla e simbólica quanto a efetividade da tutela de direitos fundamentais de crianças conforme amparo pela Constituição Federal, Declaração dos Direitos Humanos e Estatuto da Criança e do Adolescente. (MENDES, 2018)

A realidade vivida por muitas mulheres detidas é cruel e desumana, incluindo para com seus filhos, pré-natal precário, transmissão vertical doenças como HIV, Sífilis, o que expõe a risco, gestantes e prole. Diante disso torna-se relevante o Habeas Corpus coletivo 143.641/SP, a qual visa beneficiar mulheres mães na prisão. O sistema prisional brasileiro, assim como reiterado anteriormente, passa-se por uma crise, onde não consegue atender seus objetivos, não estando estes estabelecimentos preparados para atender direitos essenciais como da amamentação de crianças, e de puerperas.

Segundo dados oficiais, faltam berçários e centros materno-infantis e que, em razão disso, as crianças se ressentem da falta de condições propícias para seu desenvolvimento, o que não só afeta sua capacidade de aprendizagem e de socialização, como também vulnera gravemente seus direitos constitucionais, convencionais e legais (LEWANDOWSKI, 2018, p. 06)

Embora a Lei de Execuções Penais preveja a existência de creches e creches em prisões femininas, esse tipo de instalação ainda é raro. Uma pesquisa com 41 unidades prisionais em 10 estados conduzida pelo Depen, Departamento Penitenciário Nacional do Brasil, mostrou que apenas 7,3% tinham creches e 31% tinham creches. Conforme se pode observar são amplas as discussões quanto a vigoração Habeas Corpus coletivo 143.641/SP, até, porquê até então passa a ocorrer a solicitação de vários pedidos junto aos tribunais. E o intuito de desafogar o

judiciário não seria então a premissa de defesa desse instituto. Outro ponto que merece atenção nesses casos, refere-se a necessidade de avaliação de cada caso concreto, a fim de que, esse instituto não seja utilizado como meio de fraudar o sistema punitivo brasileiro. Nessa hipótese, devem ser descartadas, qualquer possibilidade de fraude, abusos e insegurança na realização da Justiça. (MIRABETE, 2006)

2.3 Reflexos da decisão em casos práticos pelo Brasil

O Habeas Corpus coletivo 143.641/SP trouxe então amplas discussões, onde observa colisões de direitos fundamentais. É fundamental que o cenário jurídico considere na concessão de tal recurso cada caso em concreto e de forma individualizada, para que o mesmo não seja utilizado como meio de burlar o sistema punitivo.

Assim, o Poder Judiciário tem sido acionado quanto a decisões de substituição de prisão preventiva pela domiciliar nos casos amparado em Lei e atualmente por tal decisão do STF, porém, muitos casos ainda são indeferidos. Normalmente o indeferimento estão relacionados à gravidade dos delitos praticados pelas detidas, bem como, a falta de comprovação quanto a inadequação de condições carcerárias e também de necessidades de cuidado da mãe para com sua prole, ou seja, de que a mãe seria a única responsável pelo cuidado de seus filhos (TERRA JÚNIOR, 2018).

Conforme decisão na 6ª Câmara de Direito Criminal, a qual rejeitou benefício de Habeas Corpus coletivo tendo em vista a substituição de prisão preventiva para domiciliar, de mulher – mãe acusada de desvio de verba pública. O supremo deferiu o seguinte na justificativa de negativa:

A decisão do Supremo constitui “uma proteção principalmente às mulheres consideradas pobres e vulneráveis”. Esse não é o caso da paciente, diz o acórdão, pois ela “está sendo representada por aguerrida e eficiente banca de advogados”.

O mesmo colegiado negou a substituição da preventiva a uma mãe de criança de 11 anos e 1 mês por entender que “a intenção da Suprema Corte é proteger a primeira infância, principalmente das crianças que nascem nos presídios, o que não é o caso da paciente, cujo filho é um pré-adolescente [...] sob os cuidados da sua avó” (TJ-

SP - Habeas Corpus nº 2039982-60.2018.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, 2018).

Há casos ainda em que a convivência com a mãe também não caracteriza segurança para com os filhos, e, assim como em diversas situações deve-se buscar prevalecer a segurança e integridade das crianças, conforme pode-se observar caso em que Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator do HC n. 2036342-49.2018.8.26.0000, que indeferiu HC Coletivo nº 143.641/SP, mantendo a segregação cautelar da paciente em razão da suposta prática dos delitos caracterizado nos artigos 33 do CP. A defesa argumentou que não havia-se motivação concreta para o decreto construtivo. Porém, após análise do caso concreto optou-se por negativa de substituição preventiva pela domiciliar, conforme pode-se observar na sustentação de tal decisão o seguinte:

O presente caso concreto é situação excepcionalíssima, que demanda a negativa da substituição preventiva pela domiciliar, já que existem vários elementos de crimes de tráfico de drogas e associação por parte da requerente, a qual foi surpreendida preparando enorme quantidade de drogas, juntamente com os demais autuados. Cabe ressaltar que o marido de Sabrina (LUCAS DE MELO PENHA) também está preso, sendo condenado por este Magistrado no processo nº 0001621-29.2017.8.26.0360 pela prática de roubo majorado, à pena de 08 (oito) anos, 08 (oito) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão e 19 (dezenove) dias-multa, em regime inicial fechado, o que demonstra que o ambiente familiar de seus pais oferece risco ao menor. Assim, a liberdade da autuada Sabrina acarreta prejuízo ao superior interesse do seu filho, criança tenra idade que deve ser criado em ambiente que garanta o seu desenvolvimento integral, a teor do que dispõe o artigo 19 da Lei . 8.069/90. Com bem ressaltou o Ministério Público no HC nº 143.641, 'não se deve esquecer que, muitas vezes, as próprias mães expõem as crianças a situações de grave risco, não sendo razoável que eles permaneçam sob sua guarda. Há casos, inclusive, que os crimes são cometidos pelos próprios pais, vide os crimes de infanticídio, de maus tratos e de abandono de incapaz" (e-STJ, fls. 25/29, grifos nossos e no original). Como se observa, as circunstâncias em que a paciente se encontra se amoldam às situações excepcionalíssimas previstas pela Suprema Corte de modo a indicar a inviabilidade e a inadequação da prisão domiciliar. [...] Pelo exposto, indefere-se liminarmente o habeas corpus, com fulcro no art. 210 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Publique-se. Após ciência do Ministério Público Federal e com o trânsito em julgado da presente decisão, arquivem-se os autos. Brasília (DF), 23 de março de 2018. MINISTRO JORGE MUSSI Relator (STJ - HC: 441713 SP

2018/0064137-5, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Publicação: DJ 04/04/2018)

A intervenção estatal visa a concessão de maior proteção, melhorar o padrão racial, proporcionar melhores condições de vida às gerações novas e podem servir de exemplo de modelos de comportamento a serem observados quanto a expectativa em relação à família. (RODRIGUES, 2008) Deve-se sempre dar prevalência aos interesses dos menores. Por isso, o art. 1.586 do Código Civil confere poderes ao juiz para, a bem deles, decidir de forma diferente dos critérios estabelecidos nos artigos anteriores, desde que comprovada a existência de motivos considerado graves. (GONÇALVES, 2012)

CAPÍTULO III – PRISÃO DOMICILIAR COMO INSTITUTO DE POLÍTICA CRIMINAL

O presente capítulo dará ênfase à prisão domiciliar como instituto de política criminal, ou seja, como meio de manter a penalização do indivíduo mas sem sobrecarregar o sistema prisional brasileiro, que já se encontra com inúmeras problemáticas, além de buscar atender proposta humanitária da pena.

3.1 Conceito de política criminal

A política criminal pode ser conceituada como conjunto de procedimentos que estabelecem na sociedade respostas referentes à criminalidade, sendo amparada pelo direito penal, que conserva um papel essencial como ponto de sustentação no que tange à penalização no ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme discorre Mireille Delmas Marty (2005, p. 108),

A política criminal se expande em torno do direito penal [...] e abrir o campo penal significa mudar de métodos. O método proposto não consiste em fixar a atenção nos elementos que compõem o objeto, mas na estrutura que lhe é própria, na ordem interna, aquela que caracteriza o sistema chamado política criminal.

Uma boa política criminal, entretanto, dependerá sempre de uma boa legislação, já que não pode haver crime e nem pena sem prévia cominação legal. Por isso, as decisões adotadas pelos nossos legisladores têm muita relevância para a sociedade, porque a paz social, nesse caso, dependerá também de uma eficiente política de prevenção e de repressão ao crime. É o legislador quem deve decidir se determinado fato é passível de criminalização ou não. São os nossos parlamentares

que, decidindo pela introdução de determinado fato típico no corpo da lei, também deverão estabelecer a pena correspondente.

Com a constante evolução vivenciada no mundo, nota-se uma enorme alteração no que tange aos sistemas punitivos. Neste sentido, verifica-se que as penas desumanas e degradantes cederam espaço àquelas com senso mais humanitário, buscando principalmente a recuperação dos delinquentes, a qual pode-se destacar os apontamentos de Foucault para se ter a ótica para com sistema pena que se tem atualmente. Desta forma, as penas e os castigos corporais anteriormente aplicados foram substituídos por penas que geralmente privam de liberdade quem descumpre normas impostas à sociedade. Na segurança constitucional, conforme estabelecido no inciso XLIX, artigo 5º, aos presos são assegurados o respeito a integridade física e moral, conforme foi apontado por Foucault (2014) em sua obra o seguinte:

A prisão local de execução da pena, é ao mesmo tempo local de observação dos indivíduos punidos. Em dois sentidos. Vigilância, é claro, mas também conhecimento de cada detento, de seu comportamento, de suas disposições profundas de sua progressiva melhora; as prisões devem ser concebidas como um local de formação para um saber clínico sobre os condenados. (FOUCAULT, 2014, p. 209).

A prisão não tem só que conhecer a decisão dos juízes e aplicá-la em função dos regulamentos estabelecidos: ela tem que coletar permanentemente do detento um saber que permitirá, transformar a medida penal em uma operação penitenciária, que fará da pena tornada necessária pela infração uma modificação do detento, útil para a sociedade (FOUCAULT, 2014).

Pela Lei de Execução Penal, o condenado deve ser bem assistido, porém a verdade é outra. Cumprindo pena em cadeia pública, penitenciária, colônia, albergue ou hospital, todos estruturados de forma deficiente, a possibilidade de recuperação é nula. Na prática, pouco se faz com relação a real situação da mulher no sistema carcerário, onde não se verifica a construção de unidades prisionais exclusivamente destinadas a elas, e conseqüentemente não se vislumbra a busca pelo respeito às condições femininas e aos Direitos Humanos.

A grande maioria das penitenciárias femininas existentes estão localizadas em prédios antigos que foram reformados, ou eram penitenciárias masculinas, ou cadeias públicas, ou, ainda, prédios públicos desativados, o que comprova a tese mencionada. No cenário atual de nosso país, observa-se como grande problema a desativação de casas de detenção, levando inúmeras detentas a cumprir pena em delegacias de polícia e cadeia. Tal cenário é evidenciado devido à falta de penitenciárias, sempre lotadas e sem nenhuma condição de higiene e principalmente sem adaptação a realidade feminina (CARDOZO; LAZARINI, 2001).

Neste contexto, nota-se que a construção de prisões sempre foi pensada em favor dos homens, restando para as mulheres os prédios já sem serventia. O judiciário volta-se mais para a população masculina, uma vez que existe a necessidade de promoção de uma maior circulação de presos homens para a liberação de vagas dentro do sistema. Os homens possuem maior acesso a visitas íntimas, bem como uma política de assistência na execução de suas penas, sendo propiciado estudo e maior garantia de saúde (OLIVEIRA, 2010).

A verificação do crime deve atender os critérios gerais da verdade. E, com isso, o julgamento judiciário utilizar de argumentos e provas para assim apresentar julgamento homogêneo. Observa-se também que a evolução dos princípios penais apresentam determinações os estágios das civilizações, já que a evolução destes princípios gera um reflexo da própria evolução do ser humano, pois os princípios estão inseridos no contexto social.

A política criminal pressupõe necessariamente uma referência ao fenômeno criminal, amplamente entendido como o conjunto dos comportamentos de transgressão as normas de um grupo social determinado, por um dos membros do grupo. Se toda política criminal implica efetivamente uma referência, explícita ou implícita, a segurança das pessoas e dos bens das quais depende a sobrevivência do corpo social, ela pode em seguida organizar-se de diversas formas a respeito das correntes de doutrina, das correntes ideológicas e dos valores que elas projetam como princípio de organização social – liberdade, igualdade, alteridade, ou ainda solidariedade que exprime a interdependência de cada parte do corpo social. Assim, o princípio da autoridade, é, por exemplo, privilegiado na perspectiva totalitária do fascismo ou do integrista (DELMAS-MARTY, 2005, p. 109).

É um estatuto de caráter nitidamente repressivo, construído sobre a crença da necessidade e suficiência da pena privativa da liberdade (pena de prisão) para o controle do fenômeno do crime.

Sob a concepção do Estado Democrático de Direito faz-se imprescindível à análise de qualquer instituto a abordagem dos princípios de regem tal sistemática (no presente estudo o sistema penal). Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2015, p. 153) traçam um paralelo introdutório para o conhecimento dos princípios:

Assim como nas análises químicas é imprescindível preparar as amostras e cingir-se a determinados cânones para não inutilizar o trabalho analítico, também na análise jurídica a preparação dos elementos para a construção e os resultados da mesma devem corresponder a certos princípios que não podem ser vulnerados, sob pena de inutilizar as proposições a que se cheguem ao término da investigação. Não se trata de princípios obtidos dogmaticamente, mas de princípios que são anteriores à aplicação do método e que condicionam o objeto do conhecimento.

É importante salientar que a prisão não deve impor nenhuma restrição no tocante à própria natureza da pena privativa de liberdade. Segundo preceito constitucional: impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento ou presidiário (artigo 5º, XLIX CF), dispondo a nova lei que “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral” (art. 38 do CP).

No entanto, teve por parte do legislador a preocupação em humanizar a pena, possibilitando numa proclamação formal que dê garantia e respalda todo o procedimento da execução. Desta feita, conclui-se que necessário se faz a compatibilização entre o respeito às garantias fundamentais sustentadas pela Constituição Republicana também ao preso (mesmo existindo tamanha represália de tal pensamento pelas ideias simplistas transmitidas pelos controladores sociais, tais como políticos, os meios de comunicação, entidades de ensino), e a aplicação de uma medida alternativa na aplicação da lei penal, enxugando o rol de repressão legislativa, para que haja uma efetivação do sistema prisional, que, obviamente, não é um instituto isolado e, diante disso, requer transformações em várias esferas da administração pública. (ROLIM, 2006)

3.2 Importância da prisão domiciliar para as mulheres detentas

Ao buscar analisar todo o sistema carcerário feminino em um aspecto geral, deve-se compreender quais são os direitos das detentas no que se refere à gestação dentro do sistema carcerário de nosso país. Neste, verifica-se a incidência cada vez maior de mulheres grávidas, lactantes e com filhos no cárcere. (HASHIMOTO; GALLO, 2011)

Com relação às detentas gestantes pode-se colocar que antes da alteração realizada no Código de Processo Penal pela Lei 13.257, de 08.03.2016, a possibilidade de deferimento da prisão preventiva domiciliar à gestante condicionava-se à ocorrência de uma das seguintes situações: que se tratasse de gestante a partir do sétimo mês de gravidez ou que fosse hipótese de gestante em gravidez de alto risco, independentemente, neste último caso, da idade gestacional.

Assim, com a vigência da mencionada lei, tais requisitos deixaram de existir, sendo suficiente, para que possa o juiz conceder a benesse, que se trate de mulher grávida, sendo indiferente o estágio da gestação ou se é ou não caso de gravidez de risco. Apesar da literalidade do dispositivo, cremos que é preciso ter cautela em sua interpretação. Não se pode, com efeito, entender que há, aqui, espécie de direito subjetivo da mulher em permanecer recolhida em domicílio apenas porque é gestante. (AVENA, 2018)

Entende-se, por fim, que a maternidade inserida no contexto carcerário, se vincula ao aspecto de oportunidade destinada às detentas de poderem cuidar de seus filhos. Assim, a maternidade na prisão pode ser caracterizada de forma ambígua: de um lado, como fator de felicidade e aprimoramento do instinto materno e, ao mesmo tempo, como dupla penalização face ao momento de separação da mãe-presa de seu filho, levando-as a um imensurável sofrimento (RITA, 2009)

O direito à saúde é garantido constitucionalmente e deve ser usufruído por todas as mulheres, estando estas livres ou sob custódia estatal. A proteção destinada à mulher grávida já deve ser garantida antes mesmo do parto, sob o princípio da exclusiva proteção dos direitos da criança, previstos no Estatuto da

Criança e do Adolescente e na Lei de Execução Penal. (HASHIMOTO; GALLO, 2011)

Ao descobrirem a gravidez, na grande maioria oriunda de visitas íntimas dentro do cárcere, grande parcela das detentas sofrem com críticas. A maior delas refere-se ao fato da irresponsabilidade de se ter um filho na prisão. Estas presas são vistas por numerosa parcela populacional como frias e cruéis pelo fato de não evitarem uma gestação na situação a que estão submetidas (SANTOS, 2011, *online*).

No que tange o desenvolvimento gestacional, nota-se que os cuidados médicos durante toda gestação são indispensáveis, tendo em vista a necessidade de um acompanhamento desde o pré-natal até o momento pós-parto. Assim que for confirmada a gravidez, a presa deve ser transferida para uma unidade prisional que possua equipe médica e todo um aparato para acompanhamento dos 9 (nove) meses de gestação, o que infelizmente não se concretiza.

Desde o momento que a mulher presa dá a luz, ela estará sob a vigilância do Estado, que exige que se tenha intrínseca adequação aos preceitos e regulamentos institucionais, evitando, por exemplo, a existência de conflitos com a direção, técnicos e demais presas. O nascimento da criança desperta inúmeras controvérsias acerca de sua permanência ao lado da mãe. Tais conflitos existentes são vislumbrados entre o seio social e até mesmo entre os profissionais que lidam com a questão. (SANTOS, 2011)

Nota-se que o amparo constitucional referente à amamentação no ambiente carcerário. Neste sentido, o artigo 5º, inciso L da nossa Lei Maior, estabelece:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação. (BRASIL, 1988, *online*)

Quanto as condições adequadas ao aleitamento, inclusive aos filhos de

mães submetidas a medida privativa de liberdade, o art. 9.º do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe: “Art. 9º O poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade”.

Ainda neste sentido, o artigo 83 § 2º da Lei de Execução Penal determina:

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

§ 2o Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade. (BRASIL, 1984, *online*)

Compreende-se assim, enfim, que, à semelhança do que ocorre em relação ao indivíduo com idade superior a oitenta anos, o artigo 318, IV, do CPP apenas insere um permissivo ao juiz, no sentido de que possa conceder a prisão domiciliar à gestante, sendo necessário, contudo, averiguar cada caso. Portanto, se, apesar da gravidez, as condições do cárcere não revelarem a necessidade do benefício ou contraindicá-lo (por exemplo, em face da elevada propensão à prática de outros delitos; à ausência de vínculo com o distrito da culpa; à ausência de comprovação de residência etc.), este poderá ser indeferido sem que importe ilegal constrangimento à presa. e) Mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos (art. 318, V): Como se vê, não exige a norma situação de imprescindibilidade aos cuidados, tal como faz o inciso III do dispositivo.

Neste contexto, uma interpretação precipitada pode conduzir à ideia de que faz jus à prisão preventiva domiciliar a mulher que tem filho de até doze anos incompletos, independentemente de qualquer outro condicionamento. Ora, é evidente que não pode ser este raciocínio. Tampouco tenha sido este o intuito do legislador nessa mal redigida disposição. Fosse assim, poderia usufruir do benefício a pessoa que, conquanto mãe de infante com menos de doze anos, com ele não convive há vários anos, o que seria o mais completo dos absurdos. Logo, é preciso, mais uma vez, analisar o caso concreto, apenas sendo a benesse deferida quanto presente situação de excepcionalidade tal que permita a presunção de que, longe da

mãe, a criança está em situação de risco. (AVENA, 2018)

Nas situações de substituição da prisão preventiva pela domiciliares atuadas no art. 318, III, IV e V, sempre se defende, na esteira do que vinha sendo o entendimento majoritário da jurisprudência nacional, a necessidade de serem analisadas as peculiaridades do caso concreto, deferindo-se a benesse, unicamente, quando se mostrar necessária e justificada. (NUNES, 2016) Sem embargo, no enfrentamento do *Habeas Corpus* coletivo 143.641/SP, impetrado pela Defensoria Pública da União, a 2.^a Turma do STF, em 20.02.2018, entendeu por conceder a ordem e determinar a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar a todas “as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas sócio educativa sem idêntica situação no território nacional”, independentemente da apuração da imprescindibilidade da medida, facultando-se ao juiz, inclusive, se entender “que a prisão domiciliar se mostra inviável ou inadequada em determinadas situações”, substituí-la por outras medidas alternativas dentre as previstas no art. 319 do CPP. (AVENA, 2018, p. 154)

3.3 A importância da prisão domiciliar como instituto de política criminal

Deve-se ressaltar que não se confunde a *prisão* domiciliar do art. 117 da LEP com a prisão domiciliar prevista no art. 318 do CPP. No primeiro caso, com efeito, tem-se um benefício concedido pela Lei de Execução Penal aos apenados do regime aberto nos casos expressamente autorizados; no segundo, a prisão domiciliar possui natureza cautelar, sendo prevista como forma de cumprimento da prisão preventiva, de sorte que o indiciado ou acusado recolhido a sua residência apenas poderá dela ausentar-se com autorização judicial (artigo 317 do CPP). Além disso, também não são exatamente os mesmos os permissivos legais em um e outro caso.

Prisão domiciliar (artigo 318, Código de Processo Penal, com redação modificada pela Lei 13.257/2016).

É o recolhimento do indiciado/acusado em sua residência, somente podendo dela ausentar-se com autorização judicial, nas seguintes hipóteses:

a) maior de 80 (oitenta) anos;

- b) extremamente debilitado por motivo de doença grave;
- c) imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;
- d) gestante;
- e) mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos; e
- f) homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 anos de idade incompletos. (BRASIL, 2016, *online*)

Cabe, aqui, fazer alerta no sentido da inaplicabilidade, das hipóteses de prisão domiciliar regradas pelo artigo 117 da LEP para os presos definitivos, do entendimento recentemente adotado pela 2ª Turma do STF, no julgamento do Habeas Corpus coletivo n. 143.641/SP, quando compreendeu essa Corte por conceder a ordem e determinar a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar a todas “as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional”, ressalvando, apenas, as hipóteses de “crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes”, bem como “de situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício” e o caso de se encontrar a presa beneficiária sob suspensão ou destituição do poder familiar por outro motivo que não a prisão de que está sendo liberada. Precitado julgado, repita-se, concerne à situação das presas provisórias, cujo regramento se encontra nos arts. 317 e 318 do CPP, não alcançando, então, as hipóteses dos incisos III e IV, do artigo 117, da LEP. (AVENA, 2018)

A prisão domiciliar *prevista no art. 318 do CPP* assim, além de ser forte aliada da desprisionalização, movimento em curso nos demais recantos do mundo, representa uma nova fórmula de custódia, sem os males da prisão, sem custos financeiros para o Estado e com a participação da família do recluso, que dessa forma acompanha a execução da pena, cuja influência positiva na integração social do condenado é por demais certa e necessária. A prisão domiciliar é uma alternativa à prisão, de imensa valoração humana e social, mas que precisa ser mais bem vista pelas nossas autoridades judiciárias. (NUNES, 2016)

A doutrina e a jurisprudência se dividem quanto ao caráter do artigo, se taxativo ou exemplificativo. Assim, trata-se de disposição exemplificativa, pela índole

humanitária que a reveste. Lembra-se que, a partir da edição da Lei n. 12.258/2010, que alterou a Lei de Execução Penal, o submetido à prisão albergue domiciliar poderá ser monitorado eletronicamente. (BRITO, 2018)

Pode-se colocar assim que a decisão proferida do Habeas Corpus coletivo n. 143.641/SP revela-se um olhar mais humano junto ao sistema penal, visando resguardar principalmente o bem estar das crianças e de adolescentes que requerem cuidado da mãe para sua sobrevivência. Claro que também leva-se em conta o caos carcerário a que se depara o sistema penitenciário no Brasil que dificulta o atendimento de proteção dos direitos fundamentais dos filhos de detentas gestantes ou em puerpério. Porém, é preciso que a decisão deva ser analisada o viés jurídico, onde não é recurso para todos. É necessária análise casuística, analisando cada situação em concreto de forma individual, e claro os requisitos de prisão preventiva, para conceder ou não a liberdade.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise do instituto da prisão domiciliar, enquanto política criminal, a partir do *Habeas Corpus* 14.3641/SP.

É de suma importância o estudo do instituto da prisão domiciliar, para que possamos entender como o nosso ordenamento jurídico nos disponibiliza. A prisão domiciliar deverá ser uma substituição da preventiva, para esta substituição acontecer deverá ser preenchido alguns requisitos dispostos no artigo 318.

No segundo capítulo foi feita a análise *Habeas Corpus* 14.3641/SP e sua estrutura, onde o tal foi concedido a mulheres presas preventivamente que estiverem dentro dos requisitos, responder em prisão domiciliar. O efeito do *Habeas Corpus* e seus reflexos para o processo penal brasileiro, além do mais os seus reflexos da decisão em casos práticos pelo Brasil.

Por fim, o terceiro capítulo visa falar sobre a política criminal, apresentando seu conceito e definição. Visto também a importância da política criminal para mulheres detentas e a importância da prisão domiciliar como instituto de política criminal.

O presente tema é considerado importante para as academias jurídicas, pois o tema o qual conteúdo traz uma decisão recente, onde apresenta um assunto polemico e com tudo difícil de ser analisado.

Dessa maneira, a presente monografia visa contribuir para todos quantos a ele tenham acesso, colaborando, assim para a comunidade académica e para a literatura jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Sinopses para Concursos - Processo Penal - Parte Geral**. 7. Ed. Rev. Atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 10 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BRASIL. **Código Penal**. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Vade Mecum Saraiv: São Paulo. Saraiva, 2013.

_____. **Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210compilado.htm>. Acesso em: 13. junh. 2018.

_____. **Lei nº 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.

BRITO, Alexis Couto de. Execução penal. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Medidas cautelares e Prisão processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2011

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, vl.1, (arts. 1º a 120). 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p.134.

CARDOZO, Nadir; LAZARINI, Maria. Situações das penitenciárias femininas no Brasil. **Jornal FEEMA**. Brasília, vol 9, n. 105, out 2001. Disponível em: <http://www.cfemea.org.br/images/stories/colecao femea/jornalfemea105.pdf>. Acesso em 15 nov 2018.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Os grandes sistemas da política criminal**. São Paulo: Manole, 2005.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 34. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de Direito Civil**, v.3. São Paulo: Saraiva, 2012.

HASHIMOTO, Érica; GALO, Janaina. **Maternidade e cárcere: um olhar sobre o drama de se tornar mãe na prisão**. 2011. Disponível em: [http://www. revis taliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=117](http://www.revis taliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=117). Acesso em: 13 nov 2018.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **HABEAS CORPUS 143.641**. São Paulo, 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em 31 ago 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar**. Niterói. RJ: Impetus, 2011.

LOPES JR., Aury. **O Novo Regime jurídico da Prisão Processual. Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011.

MACIEL, Silvío. Da prisão domiciliar. In: GOMES, Luis Plávio e MARQUES, Ivan Luís (Coord.). **Prisão e medidas cautelares**. São Paulo: RT, 2011.

MENDES, Gilmar. **Maternidade livre, direitos efetivados — O Habeas Corpus coletivo 143.641**. Consultor jurídico, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-07/observatorio-constitucional-maternidade-livre-direitos-efetivados-hc-coletivo-143641>. Acesso em 31 ago 2018.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. Rio de Janeiro : Forense, 2011.

MIRABETE, Júlio Fabrine. **Processo Penal**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

_____. **Prisão e Liberdade**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, Adeildo. **Comentários à lei de execução penal**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Guiomar Veras de. **Efeitos Sanção penal e família: diálogos e possibilidades**. 2010. 40f. Monografia. XIII Concurso Nacional de Monografias do CNPCP.

RITA, Rosângela. **Criança em ambiente penitenciário: uma análise da experiência brasileira**. 2009. Disponível em: http://www.ugf.br/editora/pdf/voxxuris_2/artigo7.pdf. Acesso em: 15 nov 2018.

RODRIGUES, Ruy Zoch. Uma inversão do sentido da demanda judicial a partir das motivações inconscientes. In: ZIMERMAN, D.; COLTRO, A. C. M. (Orgs.). **Aspectos psicológicos na prática jurídica**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008. p. 377-384.

ROLIM, Marcos. **História das prisões no Brasil**. 2002. Disponível em: <http://rolim.com.br/2006/index.php?option=com_content&task=view&id=848&Itemid=3>. Acesso em: 24 de set. 2018.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **O Novo Processo Penal Cautelar: À luz da lei 12.403/11**. Salvador: Juspodivm, 2011.

SANTOS, Raquel Costa. **Maternidade no cárcere: reflexões sobre o sistema penitenciário feminino**. 2011. Disponível em: <http://repositorio.uff.br/jspui/bitstream/1/482/1/okRaquelCostaSousaSantos.pdf>. Acesso em: 14 nov 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus HC: 20634704420188260000 SP 2063470-44.2018.8.26.0000/SP**. Relator Guilherme de Souza Nucci. Publicado dia 17/06/2018. Disponível em: <https://tjsp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/590427405/20634704420188260000-sp-2063470-4420188260000/inteiro-teor-590427405> Acesso em: 18 jun de 2018

_____. **Habeas Corpus HC: 418469 BA 2017/0251578-2.**
Relator Ministro JORGE MUSSI. Publicação: DJ 25/04/2018. Disponível em:
https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/570924841/agrg-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-418469-ba-2017-0251578-2?ref=topic_feed Acesso em: 18 jun de 2018

_____. **Habeas Corpus HC: 441713 SP 2018/0064137-5,** Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Publicação: DJ 04/04/2018

TAVÓRA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. **Curso de direito processual penal.** 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

TERRA JÚNIOR, João Santa. **Habeas Corpus 143.641/SP, do STF:** da ausência de caráter vinculante e das contradições de exequibilidade da sua decisão. São Paulo, 19 de março de 2018. Disponível em: www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf. Acesso em 31 ago 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, volume 3.** 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TJ-SP - **Habeas Corpus nº 2039982-60.2018.8.26.0000,** 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, 2018

VINHA, V. H. P. **O livro da amamentação.** São Paulo: CLR Balieno, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro:** parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 796 p.