

**MULHERES ENCARCERADAS E DIREITOS HUMANOS:
BREVES REFLEXÕES ACERCA DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E
MELHOR INTERESSE DO MENOR NA CONCESSÃO DE PRISÃO
DOMICILIAR**

**IMPRISONED WOMEN AND HUMAN RIGHTS:
BRIEF REFLECTIONS ABOUT THE PRINCIPLES OF ISONOMY AND
THE BEST INTEREST OF THE MINOR IN THE CONCESSION OF
HOUSE ARREST**

Maria Eduarda Peppe Senju¹

Augusto Martinez Perez Filho²

RESUMO

A prisão domiciliar, no Direito Penal brasileiro, é possível em determinadas hipóteses previstas em lei, como no caso da mulher que estiver presa preventivamente e possuir filho com até 12 anos incompletos ou que seja gestante. O instituto pode ser observado também para as mulheres que, nas mesmas condições, estejam cumprindo pena em regime aberto. O objetivo do presente estudo é analisar a possibilidade de aplicação da prisão domiciliar para os casos além dos previstos em lei, para as condenadas ao regime semiaberto ou fechado, frente ao princípio da isonomia e ao melhor interesse do menor. Para tanto, a análise será guiada pelo método hipotético-dedutivo, através de pesquisas em livros, artigos científicos e jurisprudências a respeito do tema.

Palavras-chave: Prisão Domiciliar. Maternidade. Princípio da Isonomia. Direito da Criança e do Adolescente. Direitos Humanos.

ABSTRACT

House arrest, in Brazilian Criminal Law, is possible in specific cases determined in law, as in the case of a woman who is preventively arrested and has a child up to 12 years old or who is pregnant. The institute also includes women who, under the same conditions, are serving time in an open regime. The objective of the present study is to analyze the possibility of applying house arrest for cases beyond those provided by law for those sentenced to the semi-open or closed regime, given the principle of isonomy and the best interest of the minor. Therefore, the hypothetical deductive method will guide analysis through doctrinal and jurisprudential research about this issue.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP) – Email: mariae.psenju@gmail.com

² Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito - FADISP, Mestre em Direito Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” - UNESP, Master of Laws (LLM) pela Brigham Young University (EUA). Professor Universitário na Universidade Paulista - UNIP, na Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP e no Programa de Mestrado Profissional de Direito e Gestão de Conflitos da Universidade de Araraquara - UNIARA. Advogado – Email: amfilho@unaerp.br

Keywords: House Arrest. Maternity. Principle of Isonomy. Rights of Children and Adolescents. Human Rights.

1 INTRODUÇÃO

Historicamente, o sistema prisional, no Brasil e no mundo, tem sido pensado por homens e para os homens. Assim, a visão masculina em relação aos presídios deixa à parte as peculiaridades a que se submete uma mulher encarcerada, em seus diversos aspectos, principalmente quando se trata de mulheres presas que são mães.

A crescente criminalidade entre as mulheres tem gerado atenção a esse grupo até então invisível, e as condições inadequadas em que se encontram os estabelecimentos prisionais só agravam a situação.

As mulheres presas, gestantes ou mães de menores, apresentam uma condição especial frente às demais prisioneiras, justamente por serem responsáveis por uma criança, que, embora seja alheia à causa da prisão, é diretamente afetada por ela.

Diante da complexidade da temática do encarceramento feminino e de seus desdobramentos na vida dos filhos menores, a questão que orienta a presente reflexão é a prisão domiciliar de mulheres mães frente ao princípio da isonomia e a possibilidade de ampliação dessa modalidade de prisão aos casos além dos previstos em lei, levando-se em conta o melhor interesse do menor.

Assim, para a análise que se segue, em um primeiro momento, será trazida a conceituação do instituto da prisão preventiva, as hipóteses de sua ocorrência e sua aplicação no direito brasileiro.

O segundo capítulo volta-se a diferenciar a prisão domiciliar e o regime aberto em residência, já que ambos estão positivados no ordenamento jurídico interno, e sua diferenciação é essencial para a presente explanação.

No terceiro capítulo do trabalho, será demonstrado um panorama geral em razão da situação carcerária nacional, com enfoque para o caso das mulheres encarceradas e seus filhos, bem como será apresentada a legislação vigente sobre a temática.

No último capítulo, será discorrido a respeito da questão principal do estudo, qual seja, a prisão domiciliar de mulheres mães frente ao princípio da isonomia levando-se em conta

a proteção e o melhor interesse de seus filhos menores, com a análise jurisprudencial dos tribunais brasileiros em razão do tema.

Por fim, serão apresentadas considerações finais a respeito dessa forma de prisão nos casos diversos dos previstos em lei, de modo a observar-se o princípio da isonomia e o amparo dos menores, cuja genitora se encontra presa.

2 DA PRISÃO PREVENTIVA

Para a análise a que se propõe o presente estudo, a conceituação, bem como a diferenciação de alguns institutos presentes no direito processual penal brasileiro se fazem necessárias, como a prisão preventiva, a prisão domiciliar e o regime aberto em residência.

No Brasil, pelo princípio da presunção da inocência, a regra é a liberdade do indivíduo, portanto, apenas após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória seria possível a prisão do agora condenado. Tendo em vista essa questão, as prisões cautelares se apresentam como a exceção, já que a prisão deve ser decretada em *ultima ratio*, mesmo após uma eventual condenação. Por isso, dá-se preferência às medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal (CPP).

A prisão preventiva é uma espécie do gênero prisão cautelar prevista nos artigos 311 ao 316 do CPP. Este instrumento processual pode ser definido como uma medida cautelar que poderá ocorrer tanto na fase da investigação policial, quanto na fase do processo penal, e será decretada pelo juiz, apenas com o requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.³

Para a ocorrência dessa espécie de prisão, é necessária a observância do *fumus comissi delicti*, que diz respeito aos indícios de autoria e prova da materialidade do delito, ou seja, é necessária a presença de provas de que realmente houve o crime, bem como evidências de quem seria o autor do delito. Além disso, deve estar presente o *periculum in libertatis*, que seria o perigo que aquele agente representa estando em liberdade. Assim, na ocorrência de ambos, estarão presentes os pressupostos para a prisão cautelar.

Ademais, a prisão preventiva poderá ser decretada para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, para assegurar a aplicação da lei penal⁴ ou se houver o descumprimento das medidas cautelares diversas da prisão.

³ BRASIL. Código de Processo Penal. Lei nº 3.689. 1941. Art. 311.

⁴ BRASIL. Código de Processo Penal. Lei nº 3.689. 1941. Art. 312.

3 DA PRISÃO DOMICILIAR E O REGIME ABERTO EM RESIDÊNCIA

O instituto da prisão domiciliar está disposto no artigo 317 do Código de Processo Penal, o qual prevê que o acusado ou indiciado deverá se recolher em sua residência, podendo dela se ausentar apenas com autorização judicial para tanto.

O Direito Civil empresta ao Direito Penal o conceito de domicílio, o qual, na seara cível, se apresenta como o lugar onde se estabelece a residência com ânimo definitivo⁵, assim, residência diz respeito ao local físico em que o indivíduo estabelece sua morada.

A prisão domiciliar ocorrerá até o trânsito em julgado, e pode suceder-se na fase de inquérito policial ou na fase da ação penal, através da substituição da prisão preventiva. As hipóteses de substituição são taxativas e estão elencadas no artigo 318 do Código de Processo Penal, o qual prevê essa possibilidade para os agentes maiores de 80 anos; os que estejam acometidos de doença grave que os tornem extremamente debilitados; os que se apresentarem como imprescindíveis aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 anos de idade ou com deficiência; as que forem gestantes ou as mulheres com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos, desde que não tenham cometido crime com violência ou grave ameaça e que não tenham cometido crime contra seu filho ou dependente; e para os homens, que forem os únicos responsáveis pelos cuidados do filho de até 12 anos de idade incompletos.

Por sua vez, o regime aberto em residência é uma “prisão domiciliar” prevista na Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) em seu artigo 117. Nesse caso, a lei estipula hipóteses de cabimento do recolhimento em residência particular do condenado ao regime aberto, ou seja, nesse momento o agente já recebeu uma sentença penal condenatória com pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime aberto, e por situações excepcionais admite-se sua prisão domiciliar, funcionando como uma modalidade de execução da pena.

As situações que permitem a sua ocorrência são similares às hipóteses do Código de Processo Penal, sendo concedido o benefício ao condenado maior de 70 anos; condenado acometido de doença grave; condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental ou condenada gestante.⁶

⁵ BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406. Art. 70.

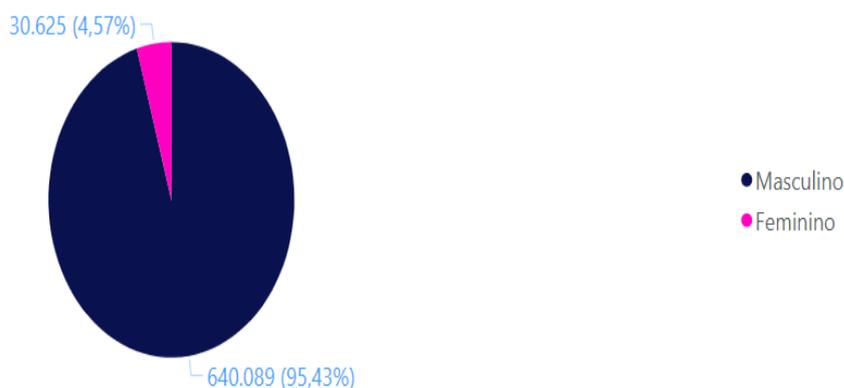
⁶ BRASIL. Lei de Execução Penal. Lei nº 7.210, 1984. Art. 117.

A mencionada lei trouxe um tratamento diferenciado para essas figuras elencadas, dadas as suas condições peculiares, porém, no presente trabalho, limitaremos a análise às mulheres com filho menor e as gestantes que foram condenadas.

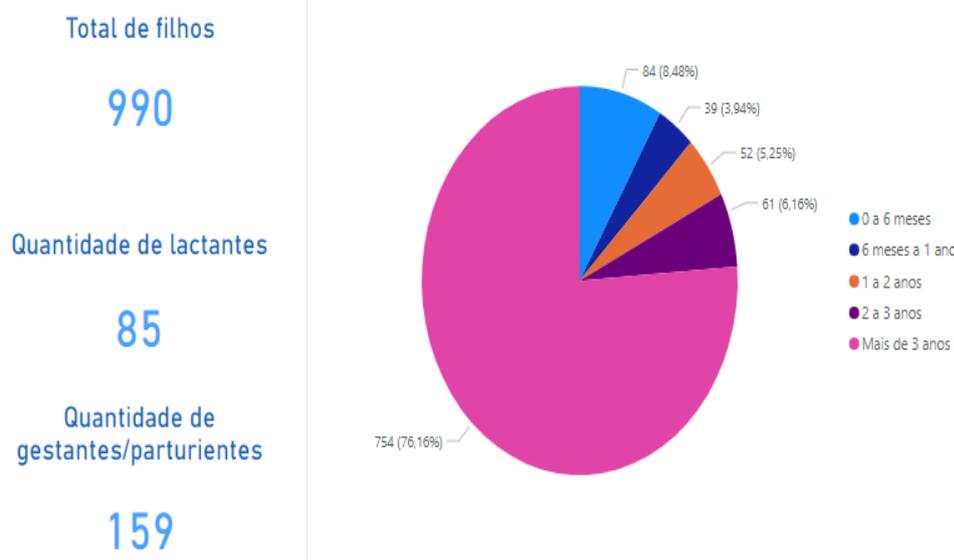
4 A MULHER E O CÁRCERE

Dados do Departamento Penitenciário Nacional, órgão brasileiro de segurança pública, subordinado ao Ministério da Segurança Pública, informam que até dezembro de 2021 a população carcerária total era de 678.684 presos, dos quais 4,57% representavam as mulheres encarceradas, ou seja, 30.625 presas. Desse total, 85 eram lactantes, 159 eram gestantes ou parturientes e 990 era o valor total dos filhos das presas que se encontravam nos estabelecimentos prisionais, conforme gráficos abaixo:

TOTAL DA POPULAÇÃO PRISIONAL FEMININA E MASCULINA



Fonte: DEPEN, 2021



Fonte: DEPEN, 2021.

Apesar de ser expressivamente menor o número de mulheres presas em relação aos homens, há que se pontuar que é uma quantidade significativa quando levada em conta as condições dos estabelecimentos prisionais, bem como o número de presídios femininos, que é muito inferior ao masculino, ocorrendo muitas vezes a prisão de mulheres em alas ou celas de presídios destinados aos homens.

No ano de 2019, a quantidade total de estabelecimentos prisionais, dentre estes as cadeias públicas, casas de albergado, centros de observação criminológica, colônias agrícolas, industrial ou similar, hospitais de custódia/tratamento psiquiátrico e penitenciárias, era de 1.397, dos quais apenas 114 eram destinados a mulheres e 259 deles eram estabelecimentos mistos.⁷

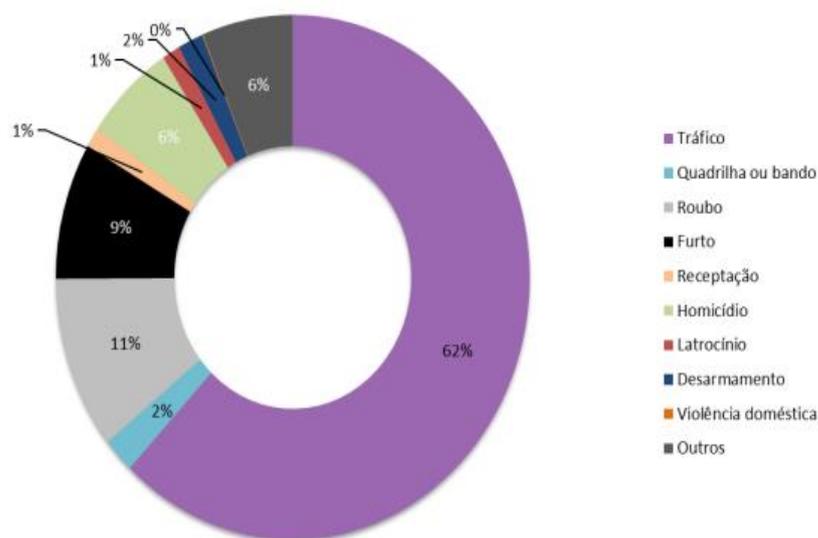
A ausência de locais apropriados para acomodar as condenadas, apenas confirma as violações aos direitos humanos e reforçam a presença de falhas estruturais em políticas públicas referentes ao sistema carcerário.

Estatísticas apontadas pelo INFOPEN- Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, do ano de 2016, mostram que o Brasil é o quarto país com a maior população carcerária feminina, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, China e Rússia.⁸

⁷ Conselho Nacional do Ministério Público. Sistema Prisional em Números, 2019.

⁸ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública. INFOPEN, 2ª Edição, 2016. Org. Thandara Santos. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017, p. 13.

No ano do levantamento realizado, a maior parte das prisões era consequência de crimes relacionados ao tráfico de drogas, portanto, crimes cometidos sem violência ou grave ameaça. Os dados referentes à prática desse delito, representavam cerca de 62% das autuações, o que demonstrava que a cada 5 mulheres presas, 3 respondiam por crimes ligados ao tráfico, conforme gráfico abaixo.⁹



Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias - INFOPEN, Junho/2016.¹⁰

Os estabelecimentos prisionais femininos, em sua maioria, não apresentam a estrutura necessária para atender as necessidades especiais das mulheres, nos dados mencionados (INFOPEN, junho/2016) é possível observar que apenas 55 unidades em todo o país confirmam a presença de cela ou dormitório para gestantes; somente 14% das unidades femininas ou mistas contam com berçário e/ou centro de referência materno-infantil, capazes de amparar os bebês com até 2 anos de idade e apenas 3% das unidades prisionais brasileiras declararam contar com espaço de creche para receber os bebês com até 2 anos de idade.¹¹

A situação degradante e inapropriada dos presídios não é recente, sendo um problema já existente há muitos anos. Não é por acaso que o Supremo Tribunal Federal

⁹ Ibidem, p. 53.

¹⁰ O gráfico representa a distribuição dos crimes tentados/consumados entre os registros das mulheres privadas de liberdade, por tipo penal.

¹¹ Ibidem, p. 29/33.

reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, ante as graves violações de direitos fundamentais e a omissão reiterada do Estado em relação ao problema.¹²

Diante dessas questões, fica evidente o despreparo e a ausência de condições mínimas nos presídios, capazes de suprirem as necessidades de presas que estejam grávidas ou que possuam filhos pequenos.

Em detrimento disso, é possível notar a presença de diversos mecanismos que objetivam coibir essa situação, principalmente em relação a garantir tratamento diferenciado à mulher que é mãe e se encontra presa, de modo a prezar pelo bem estar do menor, mas que, embora, não surtam os efeitos esperados, como mencionado.

O artigo 227 da Constituição Federal dispõe que é dever da família, bem como da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem os direitos e garantias fundamentais, como o direito à vida, saúde, educação, além de protegê-los de qualquer negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.¹³ Ademais, o texto constitucional também garante a proteção à maternidade e a infância, em seu artigo 6º.¹⁴

A Lei de Execução Penal (LEP), de igual forma, dispõe sobre a questão em seus artigos 14, §3º quando trata de atendimento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido e o artigo 83, §2º, da mesma lei, prevê a existência de berçários nos estabelecimentos prisionais femininos, para que as condenadas possam amamentar e cuidar de seus filhos até os seis meses de vida. Ademais, a LEP, em seu artigo 89 determina a existência de seção para gestante e parturiente, bem como de creches para crianças entre seis e sete anos de idade, cujas mães estiverem presas.¹⁵

No mesmo sentido, temos a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar nos casos de gestantes ou mulheres com filhos de até 12 anos de idade incompletos¹⁶

¹² O Estado de Coisas Inconstitucional foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, a qual foi ajuizada em maio de 2015, pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). A ação objetivava sanar as evidentes violações de direitos fundamentais ocorridas no sistema prisional brasileiro como um todo, como as superlotações, violência, proliferação de doenças, ausência de estrutura adequada e de produtos básicos de higiene. Esse fato representa um descumprimento das normas constitucionais, bem como de normas internacionais a que o Brasil está submetido, como o Pacto de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Com a ocorrência dessa situação, a ressocialização, um dos principais objetivos da prisão não é alcançado, uma vez que a ressocialização do indivíduo dificilmente ocorrerá em um ambiente tão hostil e gerido pelo crime, como é o caso das prisões.

¹³ BRASIL. CRFB, 1988. Art. 227.

¹⁴ BRASIL. CRFB, 1988. Art. 6º

¹⁵ BRASIL. Lei de Execução Penal nº 7.210, 1984. Art. 14.

¹⁶ BRASIL. Código de Processo Penal. Lei nº 3.689. 1941. Art. 318, IV e V.

e do recolhimento em residência particular, da condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental e da condenada gestante, presa em regime aberto, como mencionado.¹⁷

Além disso, a Lei 8.069/90, a qual dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, objetiva em seu artigo 8º e parágrafos, assegurar às mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde e de planejamento reprodutivo, bem como a nutrição adequada, às gestantes e a 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.¹⁸ Alinhado ao Estatuto, observa-se a Lei nº 13.257 de 2016, que trouxe o Marco Legal da Primeira Infância, a qual dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância que é compreendida até os seis anos de vida da criança, prevendo a proteção integral e prioritária do menor.

A tentativa de amparo a essas figuras também pode ser observada em âmbito internacional. As Regras de Bangkok são regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Esse compromisso internacional prioriza soluções alternativas ao encarceramento feminino considerando as especificidades do gênero. Ademais, as regras estabelecem um tratamento diferenciado para as mulheres gestantes ou com filhos dependentes, de modo a aplicar-lhes penas não privativas de liberdade, sempre que possível e apropriado, prezando pelo melhor interesse do menor.¹⁹

Embora existam diversos aparatos legais internacionais e internos que visam dar uma atenção especial às mães encarceradas, bem como a seus filhos menores, a aplicação das mencionadas leis está longe da realidade de milhares de mulheres nos cárceres, o que gera desdobramentos prejudiciais diretos nas vidas de seus filhos.

Assim, denota-se:

No contexto brasileiro, as mulheres em situação carcerária têm sua vulnerabilidade aumentada em razão de obstruções ao acesso a serviços legais, de saúde e social, além das degradantes condições ambientais carcerárias. Essa situação é estendida aos seus filhos, reproduzindo um círculo vicioso de persistente violação de direitos humanos.²⁰

Portanto, nesses casos, com a violação dos direitos das mães, conseqüentemente se viola os direitos dos filhos, fato que se repete e gera um ciclo de violações sem fim. Os menores

¹⁷ BRASIL. Lei de Execução Penal. Lei nº 7.210, 1984. Art. 117, III e IV.

¹⁸ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente nº 8.069, 1990. Art. 8º.

¹⁹ CNJ. Regras de Bangkok, 2016. Regra 64.

²⁰ VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; Larouzé, Bernard. Maternidade atrás das grades: em busca de cidadania e saúde. Um estudo sobre a legislação brasileira. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 31(3):607-619, mar, 2015.

serão submetidos ao tratamento precário que sua genitora possui, o que representa uma grave falha na aplicação dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente garantidos.

5 A PRISÃO DOMICILIAR DE MULHERES MÃES FRENTE AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Estabelecidos os conceitos principais, o panorama atual da situação carcerária no Brasil, bem como da legislação sobre a temática, partiremos ao principal tópico do presente estudo, as mulheres encarceradas que são mães e a aplicação (ou violação) do princípio constitucional da isonomia.

Pontua-se desde já, que a análise que se faz é em relação ao melhor interesse do menor, frente ao tratamento desigual que essa criança²¹ recebe, a depender da condição que se encontra a sua genitora.

O artigo 318 do Código de Processo Penal e o artigo 117 da Lei de Execução Penal, ao estipularem a possibilidade de prisão domiciliar a mulheres que estejam grávidas ou possuam filhos de até 12 anos ou filhos com deficiência física ou mental, estabelecem um tratamento diferenciado a essas figuras justamente por sua condição de mãe, logo, zelando pelo bem estar da criança.

Porém, esse instituto é dirigido apenas às mulheres presas preventivamente ou com sentenças condenatórias definitivas, que estejam cumprindo suas penas em regime aberto. Indaga-se, portanto, a respeito dos menores não contemplados por esse “benefício”, pelo fato de suas mães não se encontrarem nas situações previstas em lei, ou seja, as condenadas com penas em regime semiaberto ou fechado.

As prisões, no geral, não apresentam um ambiente propício, saudável ou mesmo preparado para receber essas mulheres e seus filhos, como demonstrado em capítulo anterior. Ademais, é inegável que, em grande parte das famílias brasileiras, o papel de cuidado dos filhos é realizado pela mãe.

Portanto, frente ao princípio da isonomia, ou seja, da aplicação da lei de forma igualitária a todos, sem que haja distinção entre os indivíduos, o tratamento a ser conferido aos menores, cuja genitora se encontre presa preventivamente ou em regime aberto deveria ser o mesmo conferido aos menores, cuja genitora se encontre em regime semiaberto ou fechado,

²¹ O termo criança é utilizado em seu sentido legal, disposto no artigo 2º do ECA, como a pessoa de até doze anos de idade incompletos.

desde que isso represente o melhor interesse da criança, já que é justamente essa questão que se objetiva com os dispositivos legais.

A jurisprudência dos tribunais já se posicionou no sentido de permitir a substituição da prisão preventiva pela domiciliar aos casos em comento, com a aplicação do artigo 318 do Código de Processo Penal, como pode ser observado no Habeas Corpus 143.641, do Supremo Tribunal Federal.

Assim, foi concedida a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, enquanto perdurar a condição, e sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas previstas no art. 319 do CPP, com exceção dos casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, a serem devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.²²

É possível verificar também, manifestação do Superior Tribunal de Justiça pela aplicação da prisão domiciliar aos casos de execução definitiva, através da interpretação extensiva do Habeas Corpus citado, para que fosse concedida a prisão domiciliar às mulheres gestantes ou mães de crianças de até 12 anos, mesmo que estejam cumprindo pena em regime fechado.²³

O mesmo tribunal, em decisão mais recente, entendeu pela aplicação extensiva do artigo 318, V, do Código de Processo Penal ao caso de uma condenada ao regime semiaberto. Logo, estando presentes os requisitos do mencionado dispositivo legal para a prisão domiciliar, a aplicação da substituição é medida que se impõe.²⁴

²² STF. Habeas Corpus nº 143.641. Relator: Min. Ricardo Lewandowsk. Julgamento: 20/02/2018. Segunda Turma. Publicação: 09/10/2018.

²³ EMENTA RECLAMAÇÃO. PRISÃO DOMICILIAR. MÃE DE MENOR DE 12 ANOS. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, EM HABEAS CORPUS, QUANDO A RÉ CUMPRIA PENA EM EXECUÇÃO PROVISÓRIA. COMANDO JUDICIAL QUE NÃO DEIXA DE SURTIR EFEITOS EM VIRTUDE DE A EXECUÇÃO PASSAR A SER DEFINITIVA. 1. A jurisprudência desta Corte tem se orientado no sentido de que deve ser dada uma interpretação extensiva tanto ao julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus coletivo n. 143.641, que somente tratava de prisão preventiva de mulheres gestantes ou mães de crianças de até 12 anos, quanto ao art. 318-A do Código de Processo Penal, para autorizar também a concessão de prisão domiciliar às rés em execução provisória ou definitiva da pena, ainda que em regime fechado. [...] (STJ. Reclamação nº 40.676 – SP. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Data do julgamento 25/11/2020. Terceira Seção. Data da publicação/fonte DJe 01/12/2020).

²⁴ STJ. Habeas Corpus nº 731.648 – SC. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Data do Julgamento 07/06/2022. Quinta Turma. Data da publicação/fonte DJe 23/06/2022.

Outra questão que merece destaque, determinada também no Habeas Corpus nº 731.648 - SC é a de que a imprescindibilidade da mãe aos cuidados dos filhos com até 12 é legalmente presumida, já que o próprio artigo da lei (art. 318, do CPP) não estabelece esse requisito para a concessão da substituição. Portanto, não seria necessária a comprovação de que a mãe seria imprescindível para os cuidados dos filhos menores, já que esta situação é automaticamente considerada.²⁵

Em consonância com a decisão, o Enunciado nº 20 da I Jornada de Direito e Processo Penal do Conselho de Justiça Federal, dispõe: “É possível, em situações excepcionais, a aplicação da prisão domiciliar humanitária, prevista no art. 117 da Lei nº 7.210/1984, também aos condenados em cumprimento de regime fechado e semiaberto.”²⁶

Dessa forma, a análise da questão sob a ótica de que a substituição é direito subjetivo do menor e não da própria condenada, possibilita a interpretação extensiva das normas penais para possibilitar a prisão domiciliar também em casos de sentenças definitivas de cumprimento de pena em regime semiaberto e fechado, como uma forma de não ser violado o princípio da isonomia, bem como o princípio da *intranscendência*, já que, caso contrário, os menores estariam igualmente submetidos às penas conferidas às suas genitoras, principalmente quando se tratar de presas grávidas.

As consequências da privação de liberdade das condenadas são estendidas aos seus filhos, de modo que a pena culminada transcende a pessoa da presa e atinge a sua prole. Logo, a impossibilidade de substituição para prisão domiciliar causaria prejuízo direto às crianças, as quais não podem ser punidas por atos praticados por suas mães.

Diante disso, é possível verificar uma tendência do Estado em conferir o tratamento igualitário aos menores, cujas mães estejam presas, independente do regime de cumprimento de pena que sua genitora está submetida, o que demonstra um grande avanço jurisprudencial para a proteção dos menores que se encontram nessa situação.

Porém, em detrimento dessas decisões, há entendimentos contrários, como o proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 177.164, em que, apesar de não se

²⁵ Ibidem.

²⁶ CFJ. Enunciado nº 20 da I Jornada de Direito e Processo Penal.

tratar diretamente da questão, sustentou-se que não caberia o cumprimento de sanção em regime domiciliar aos indivíduos cumprindo pena em regime fechado.²⁷

Assim, a posição controvertida dos tribunais nacionais dificulta que os filhos de mulheres presas tenham acesso ao tratamento digno e à proteção da infância sem interferências indesejadas que podem acarretar prejuízos irreversíveis em suas vidas.

A não aplicação extensiva da prisão domiciliar às mulheres condenadas que possuam filhos menores ou que sejam gestantes implica no descumprimento do princípio constitucional da isonomia, da *intranscendência*, bem como de tratados internacionais, que o Brasil é signatário, e contraria o objetivo precípuo a que foi pensado o Estatuto da Criança e do Adolescente, de proteção integral e absoluta aos menores.

Dessa forma, a possibilidade de aplicação da prisão domiciliar às mulheres condenadas ao cumprimento de pena em regime semiaberto ou fechado, desde que esta substituição represente a proteção integral à criança, é um meio termo não apenas aceitável, mas necessário para se garantir a aplicação de sanção penal e ao mesmo tempo se garantir o melhor interesse do menor.

6 CONCLUSÃO

A pesquisa demonstrou estudos quantitativos acerca da situação do sistema carcerário brasileiro, em especial, no que tange às mulheres encarceradas e seus filhos menores. De modo a demonstrar, precipuamente, a condição precária a que esses indivíduos estão submetidos nesses ambientes prisionais.

Verificou-se que a aplicação da prisão domiciliar é possível para os casos de mulheres presas preventivamente que possuam filhos menores de 12 anos ou que estejam grávidas e para as condenadas em regime aberto, nas mesmas condições.

Dessa forma, a lei penal desconsidera o direito do menor, cuja mãe esteja presa em regime semiaberto ou fechado, que, todavia, sentirão os mesmos efeitos negativos que o cárcere pode gerar.

²⁷ STF. Medida Cautelar no Habeas CORPUS HC 177.164 MC. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Julgamento: 26/11/2019. Publicação: 29/11/2019.

A diferença de tratamento entre essas crianças demonstra uma evidente violação ao princípio constitucional da isonomia, uma vez que se confere um tratamento diferente a menores que se encontram em uma mesma situação.

A avaliação da possibilidade de prisão domiciliar deve recair, justamente em relação ao interesse do menor, o que não é observado ao se estipular essa diferenciação entre as condenadas nos diferentes regimes de cumprimento de pena.

Diante disso, pontua-se que a proteção integral da criança não está diretamente e sempre ligada à possibilidade de prisão domiciliar de sua genitora. Portanto, o que se faz necessária é a possibilidade de análise do caso concreto, de mulheres com sentença condenatória transitada em julgado terem a aplicação da prisão domiciliar, para o bem de seus filhos.

O que se espera é garantir essa avaliação do juiz no caso concreto, já que, por certo, muitas vezes a substituição não irá garantir a proteção integral da criança. Assim, busca-se a oportunidade de análise, e não a garantia automática da substituição para a prisão domiciliar a todos os casos, de modo indiscriminado.

Portanto, se a prisão domiciliar realmente garantir o melhor interesse da criança, a substituição poderá ocorrer, independente do regime que se encontra a condenada, do mesmo modo, se a substituição não representar a proteção do menor, ela não deverá ocorrer.

Pondera-se que a substituição para a prisão domiciliar não é uma medida permanente, podendo ser revertida a qualquer momento, diferentemente dos prejuízos causados na vida dos menores que não possuem o devido amparo à sua infância, já que os malefícios decorrentes dessa situação serão constantemente sentidos por essas crianças e terão desdobramentos perpétuos em suas vidas.

Ademais, preceitua-se que eventual impossibilidade de fiscalização do Poder Público, em relação ao cumprimento da prisão domiciliar, não pode representar prejuízos ao menor, que é quem se busca privilegiar nessa ocasião.

Cabe destacar ainda, que a prisão domiciliar não irá representar uma impunidade às condenadas, como muitos podem acreditar, já que estas terão a sua liberdade limitada, porém, de modo a garantir a proteção à infância de seus filhos menores, que serão os principais contemplados por esse benefício.

Portanto, a análise de uma possível substituição para a prisão domiciliar deve ocorrer em relação ao caso concreto, de forma individualizada, para as condenadas que possuam

filhos menores ou que sejam gestantes, levando-se em conta o melhor interesse da criança, que é justamente a figura que se objetiva amparar com esse instituto, independentemente do regime prisional em que se encontra a condenada.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Larissa Vial Marques de. A prisão preventiva feminina e o exercício da maternidade no cárcere. Editora PUC-RS. Disponível em:

<<https://editora.pucrs.br/edipucrs/acesolivre/anais/congresso-internacional-de-ciencias-criminais/assets/edicoes/2018/arquivos/20.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2022.

BORGES, Izabella; BORGES, Bruna Hernandez. A invisibilidade das mulheres presas e egressas do sistema prisional brasileiro. Conjur, 2022. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2022-set-07/escritos-mulher-invisibilidade-mulher-presa-egressa-sistema-prisional>>. Acesso em: 20 de set. de 2022.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. I Jornada de Direito e Processo Penal, 2020.

Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2020/08-agosto/i-jornada-de-direito-e-processo-penal-aprova-32-enunciados>>. Acesso em: 10 de set. de 2022.

BRASIL. DEPEN - Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, 2021. Disponível em:

<<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiaMjY2M2UzMWMtZmJkOS00YjhlLWFMGEtZGVmODM4YTE0MjI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 10 de set. de 2022.

BRASIL. Lei nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), as Leis nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), para estabelecer a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência e para disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13769.htm>. Acesso em: 12 de set. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.257, de 8 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/113257.htm. Acesso em: 12 de set. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Regras de Bangkok: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Coordenação: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em:

<<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/cd8bc11ffdc397c32eecd40afbb74.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Sistema Prisional em Números, 2019. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>>. Acesso em: 20 de set. de 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 de set. 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 de set. 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 12 de set. de 2022.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública. INFOPEN, 2ª Edição, 2016. Org. Thandara Santos. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017. Disponível em: <https://conectas.org/wp-content/uploads/2018/05/infopenmulheres_arte_07-03-18-1.pdf>. Acesso em: 20 de set. 2022.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 12 de set. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 12 de set. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 12 de set. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça. Infopen - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Disponível em: <<https://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>>. Acesso em: 13 de set. de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 731.648 – SC. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PRISÃO DOMICILIAR. ART. 318, V, DO CPP. MÃE COM FILHOS DE ATÉ 12 ANOS INCOMPLETOS. CRIME SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. NÃO COMETIMENTO CONTRA OS PRÓPRIOS FILHOS. IMPRESCINDIBILIDADE DE CUIDADOS MATERNS PRESUMIDA. EXECUÇÃO DEFINITIVA DA PENA. ART. 117 DA LEP. REGIME SEMIABERTO. HC COLETIVO N. 143.641/SP DO STF. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. FLAGRANTE ILEGALIDADE CONFIGURADA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE

OFÍCIO. [...]. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Data do Julgamento 07/06/2022. Quinta Turma. Data da publicação/fonte DJe 23/06/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação nº 40.676 – SP. RECLAMAÇÃO. PRISÃO DOMICILIAR. MÃE DE MENOR DE 12 ANOS. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, EM HABEAS CORPUS, QUANDO A RÉ CUMPRIA PENA EM EXECUÇÃO PROVISÓRIA. COMANDO JUDICIAL QUE NÃO DEIXA DE SURTIR EFEITOS EM VIRTUDE DE A EXECUÇÃO PASSAR A SER DEFINITIVA. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Data do julgamento 25/11/2020. Terceira Seção. Data da publicação/fonte DJe 01/12/2020. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 22 de set. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 143.641. Ementa: HABEAS CORPUS COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DOUTRINA BRASILEIRA DO HABEAS CORPUS. MÁXIMA EFETIVIDADE DO WRIT. MÃES E GESTANTES PRESAS. RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUROCRATIZADAS. GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS. ACESSO À JUSTIÇA. FACILITAÇÃO. EMPREGO DE REMÉDIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016. MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA. PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INADMISSIBILIDADE. PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉ-NATAL E PÓS-PARTO. FALTA DE BERÇARIOS E CRECHES. ADPF 347 MC/DF. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO. DETENÇÕES CAUTELARES DECRETADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL. INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS ENCARCERADAS. OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. REGRAS DE BANGKOK. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. APLICAÇÃO À ESPÉCIE. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO. [...] Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 20/02/2018. Segunda Turma. Publicação: 09/10/2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur392233/false>>. Acesso em: 14 de set. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Habeas CORPUS HC 177.164 MC. HABEAS CORPUS – ATO INDIVIDUAL – ADEQUAÇÃO. O habeas corpus é adequado em se tratando de impugnação a ato de colegiado ou individual. PRISÃO DOMICILIAR – INADEQUAÇÃO. O cumprimento de sanção em regime domiciliar pressupõe situação excepcional – artigo 117 da Lei nº 7.210/1984. PRISÃO DOMICILIAR – ARTIGO 318 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – CONDENAÇÃO – PRECLUSÃO MAIOR. O disposto no artigo 318 do Código de Processo Penal é restrito a prisão preventiva, não alcançando título condenatório precluso na via recursal. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Julgamento: 26/11/2019. Publicação: 29/11/2019. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur422113/false>>. Acesso em: 22 de set. de 2022.

FREITAS, Vladimir Passos de. Prisão domiciliar de mãe de menor exige bom senso. *Conjur*, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-15/segunda-leitura-prisao-domiciliar-mae-menor-exige-bom-senso>>. Acesso em: 17 de set. de 2022.

ONU vê tortura em presídios como “problema estrutural do Brasil”. Agência Câmara de Notícias, 2021. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/809067-onu-ve-tortura-em-presidios-como-problema-estrutural-do-brasil/#:~:text=O%20Depen%2C%20C3%B3rg%C3%A3o%20do%20Minist%C3%A9rio,c om%20ocupa%C3%A7%C3%A3o%20superior%20a%20200%25>>. Acesso em: 19 de set. de 2022.

LEMOS, Amanda Nunes Lopes Espiñeira; CRUZ, Gabriel Dias Marques da. Análise do estado de coisas inconstitucional na ADPF 347 e seu papel como instrumento na efetivação da política pública carcerária. *Rev. de Direito Sociais e Políticas Públicas* | e-ISSN: 2525-9881 | Maranhão | v. 3 | n. 2 | p. 18 - 40 | Jul/Dez. 2017. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/revistadspp/article/view/2300>>. Acesso em: 19 de set. de 2022.

LIMA, Renata Miranda. Prisão Domiciliar: um direito da mãe ou da criança à luz do STF na decisão cautelar do habeas corpus coletivo 143.641-SP. Dissertação (Mestrado). Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://bibliotecatede.uninove.br/handle/tede/2407>>. Acesso em: 18 de set. de 2022.

MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. *Revista Direito GV*. São Paulo. V. 15 N. 2. e1916. 2019. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rdgv/a/ByKVxtb9n59HykCV4457SvB/abstract/?lang=pt>>. Acesso em: 19 de set. de 2022.

NUNES, Clarissa do Rego Barros. Maternidade Desviante: Prisão domiciliar para mulheres encarceradas grávidas ou mães nos tribunais de justiça de Pernambuco e do Distrito Federal e Territórios. Dissertação (Mestrado). Universidade de Brasília, 2020. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/38985>>. Acesso em: 18 de set. de 2022.

REGIME domiciliar para presa com filho de até 12 anos não exige prova da necessidade de cuidados maternos. *STJ*, 2022. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/02082022-Regime-domiciliar-para-presa-com-filho-de-ate-12-anos-nao-exige-prova-da-necessidade-de-cuidados-maternos.aspx>>. Acesso em: 29 de ago. de 2022.

RODAS, Sérgio. Por ser mãe de crianças, TRF-2 determina prisão domiciliar de acusada da "lava jato". *Conjur*, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-12/mae-criancas-acusada-lava-jato-prisao-domiciliar>>. Acesso em: 11 de set. 2022.

SOUSA, Albertina Antonielly Sydney de. Maternagem no cárcere: adoção do papel materno por mulheres detentas. 2015. 283 f. Tese (Doutorado em 2015) - Universidade Estadual do Ceará, 2015. Disponível em:

<<http://siduece.uece.br/siduece/trabalhoAcademicoPublico.jsf?id=84530>> Acesso em: 18 de set. de 2022.

VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; Larouzé, Bernard. Maternidade atrás das grades: em busca de cidadania e saúde. Um estudo sobre a legislação brasileira. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 31(3):607-619, mar, 2015. Disponível em:

<<https://www.scielo.br/j/csp/a/ggQbpCvkNZCTZ59RTNxsVrw/abstract/?lang=pt>>. Acesso em: 20 de set. de 2022.

VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral. Crianças encarceradas - A proteção integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade. Tese (Doutorado).

Universidade Federal de Santa Catarina, 2013. Disponível em: <

<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/122854>>. Acesso em: 13 de set. de 2022.

Submetido em 07.10.2022

Aceito em 15.10.2022