



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

PESQUISA N. 186/2017

Referência: PA n. 0046.17.010910-5

Assunto: Estudo solicitado pelo 2º Grupo de Atuação Especializada da Procuradoria de Justiça Criminal do Ministério Público do Paraná sobre Maternidade no Cárcere: Substituição da Prisão Preventiva e dos Regimes de Cumprimento de Pena por Prisão Domiciliar

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Trata-se de provocação chegada a este Centro de Apoio Operacional a partir de pleito trazido pelo 2º Grupo de Procuradorias Criminais do Ministério Público do Estado do Paraná, no sentido de noticiar uma temática corriqueira que estaria sendo enfrentada por aquela instância de execução.

Cinge-se à questão dos reflexos ocasionados pela maternidade na privação da liberdade das mulheres e, especificamente, da possibilidade de concessão de prisão domiciliar, tanto para os casos de decreto prisional de natureza cautelar quanto definitivo.

Dada a natureza multidisciplinar das consequências afetas a uma tal decisão, para estes fins, a questão será analisada sob duas perspectivas: **i)** aquela relacionada ao direito à maternidade da mulher privada de liberdade; e **ii)** à aquela afeta ao direito à infância. Só assim, quer-se crer, será viável adotar uma interpretação teleológica que permita atingir algumas considerações a título de conclusão para este Estudo.

É válido recordar que a provocação, até onde se tem ciência, foi resultado da identificação de entendimentos jurisprudenciais divergentes quanto a esta temática, o que teria implicado na busca de subsídios para um entendimento



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

que, devidamente argumentado, possa dar ensejo a um posicionamento ministerial mais uniforme.

Dada a natureza da provocação e do quanto há de ser aferido, no intuito de viabilizar uma delimitação de sua extensão, o presente Estudo será baseado nos mais recentes entendimentos adotados pelos Tribunais Superiores e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, partindo-se de uma referência que tomará por base um levantamento doutrinário sobre a temática.

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

2 MARCO NORMATIVO

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

Especificamente em relação ao ***direito à maternidade***, o texto constitucional assegurou à mulher presa as *condições para que possa permanecer com seus filhos durante a amamentação*¹.

Esta previsão, porém, longe está de ser o único marco normativo desta matéria no ordenamento brasileiro. Diferentes diplomas² trazem normas que deverão ser obedecidas no âmbito prisional, a fim de se assegurar outros direitos às mulheres que se encontram em situação de privação de liberdade.

1 Art. 5º, inciso L, CF/88.

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



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

A Lei de Execução Penal, por exemplo, assinala algumas peculiaridades que devem ser observadas nos *estabelecimentos penais femininos*, no intuito de que o direito à maternidade seja viabilizado a essas mulheres quando custodiadas em prisões sob a responsabilidade do Estado brasileiro.

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

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

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

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

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



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

direito à infância³.

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

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

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

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

De acordo com a nova redação do art. 19, *caput*, do ECA “é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e,

³ Redação dada à Regra n. 29 das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento dos Presos – Regras de Mandela.



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral”.

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

Se tal não bastasse, nesse mesmo sentido, visando garantir a convivência familiar entre a mãe e o infante, foi recentemente promulgado o Decreto de 12 de abril de 2017, prevendo a concessão de indulto especial e comutação de penas às mulheres presas.

Especificamente na elaboração do projeto que resultou neste Decreto de Indulto⁴, o que se verifica é terem sido levados em conta dados que mostram a condição especial do encarceramento feminino. Mencionou-se, na ocasião, que desse universo da população prisional, cerca de 70 a 80% seria de mães. Ademais, se estaria diante de um grupo de mulheres que, na grande maioria, teriam sido abandonadas por seus parceiros, gerando uma conseqüente fragilização das relações familiares e dos laços entre essas mulheres e seus filhos em decorrência do encarceramento.

Por isto, diante do contexto apresentado, e pautando-se em normativas internacionais e nacionais que permitiriam à mulher encarcerada uma condição especial, o Decreto de 12 de abril de 2017 teria contemplado a situação da ***presa gestante e com filhos***, permitindo a concessão de indulto, ou comutação da

⁴ Conforme conta, vários teriam sido os aspectos analisados para embasar a proposta de Decreto, ganhando destaque a identificação da existência de 37.380 mulheres encarceradas, sendo 9.565 em ambientes superlotados, mais de 50% por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, sendo que o delito que mais encarceraria seria o tráfico doméstico; 36.271 estariam à disposição da Justiça Estadual e 1.102 da Justiça Federal, o que evidencia que menos de 5% estaria relacionado ao tráfico internacional ou transnacional; neste sentido, afirmava-se que se estaria diante de mães e mulheres em situações de maior vulnerabilidade as quais, em tese, poderiam cumprir suas penas em condições distintas. Daí a identificação de 342 mães com filhos menores de 6 anos em estabelecimento penal, 188 mães lactantes, 350 gestantes, 88 mulheres com algum tipo de deficiência intelectual, auditiva, visual, física, múltipla ou cadeirante, 148 mulheres idosas, 1.204 casos de presas com doenças transmissíveis, sendo 565 com HIV, 422 com sífilis, 58 com tuberculose, 82 com hepatite e 77 com outras doenças graves (Fonte: Conselho Nacional de Polícia Criminal e Penitenciária. *Minuta de Decreto Presidencial de Indulto para Mulheres*. Brasília-DF, abril de 2016. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/docs/2016/indulto_para_mulheres.pdf> Disponível em 18 abr. 2016).



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

pena, nos casos de *gestação de risco* ou da existência de filhos que necessitem de seus cuidados⁵.

De toda forma – sem embargo da amplitude de hipóteses contempladas pelo Decreto, naqueles casos em que não restar devida a sua incidência por ausência dos requisitos exigidos –, fato é que já se notava uma clara tendência normativa voltada a viabilizar uma forma de privação de liberdade – provisória ou definitiva – distinta à este grupo de mulheres encarceradas.

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

i) quando a presa estiver gestante; e

ii) quando a presa possuir filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Frise-se, que, a **concessão da prisão domiciliar no âmbito**

5 “Art. 1º O Indulto especial será concedido às mulheres presas, nacionais ou estrangeiras, que, até o dia 14 de maio de 2017, atendam, de forma cumulativa, aos seguintes requisitos:

I – não estejam respondendo ou tenham sido condenadas pela prática de outro crime cometido mediante violência ou grave ameaça;

II – não tenham sido punidas com a prática de falta grave; e

III – se enquadrem, no mínimo, em duas das seguintes hipóteses:

a) Mães condenadas à pena privativa de liberdade por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, que possuam filhos, nascidos ou não dentro do sistema penitenciário brasileiro, de até doze anos de idade ou de qualquer idade se pessoa com deficiência, nos termos da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 - Estatuto da Pessoa com Deficiência, que comprovadamente necessite de seus cuidados, desde que cumprido um sexto da pena;

[...]

e) Gestantes cuja gravidez seja considerada de alto risco, condenadas à pena privativa de liberdade, desde que comprovada a condição por laudo médico emitido por profissional designado pelo juízo competente;

[...]

Art. 2º A comutação da pena privativa de liberdade será concedida às mulheres, nacionais e estrangeiras, nas seguintes proporções:

[...]

II – 2/3 da pena, se não reincidentes, quando se tratar de mulheres condenadas por crime cometido sem violência ou grave ameaça e que tenham filho menor de dezesseis anos de idade ou de qualquer idade se considerado pessoa com deficiência ou portador de doença crônica grave e que necessite de seus cuidados, desde que cumprido 1/5 da pena até 14 de maio de 2017;

III – à metade, se reincidentes, quando se tratar de mulheres condenadas por crime cometido sem violência ou grave ameaça e que tenha filho menor de dezesseis anos de idade ou de qualquer idade se considerado pessoa com deficiência ou portador de doença crônica grave e que necessite de seus cuidados, desde que cumprido 1/4 da pena até 14 de maio de 2017.”



da execução da pena já era prevista pelo art. 117, incisos III e IV, da LEP, mas apenas:

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

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

3 ACOMPANHAMENTO GESTACIONAL DA MULHER PRIVADA DE LIBERDADE

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

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

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

Assim, observa-se no § 4º do citado artigo que, incumbe ao poder público proporcionar *assistência psicológica à gestante e à mãe, no período*



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

pré e pós-natal, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal.

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

Neste particular, oportuno o registro dos comentários efetuados pela doutrina mais abalizada⁶ acerca do parágrafo em questão:

Parágrafo incluído pela Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016. Vide art. 19, §4º, do ECA. A manutenção de vínculos entre os pais/mães privados de liberdade e seus filhos é um direito assegurado por lei, cujo exercício deve ser objeto de uma política pública específica, que contemple ações múltiplas e coordenadas entre os órgãos de segurança pública, assistência social, saúde e educação (dentre outros). Trata-se de matéria de alta complexidade, especialmente quando envolve crianças de tenra idade, ainda em fase de aleitamento materno, devendo-se ter a cautela de, a pretexto de assegurar o direito da criança ao aleitamento – e ao próprio contato com sua mãe –, não ser aquela também colocada em regime de privação de liberdade, juntamente com esta. Daí a necessidade de adequação de espaços nos presídios e mesmo a adoção de alternativas ao encarceramento, como é o caso da prisão domiciliar, nos moldes do previsto no art. 318, inciso V, do CPP, com a redação que lhe deu a Lei nº 13.257/2016 (valendo mencionar que já existem decisões que conferem a prisão domiciliar a mulheres com filhos de tenra idade até mesmo após a condenação).

Antes desta modificação legislativa, porém,, a Lei de Execução Penal já assegurava à mulher custodiada em estabelecimento penal, o *acompanhamento médico, principalmente no pré-natal e no pós-parto, com extensão desse direito ao recém-nascido*⁷.

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

7 Art.14, §3º da Lei 7.210/84.



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

Por esse mesmo motivo, a mesma LEP dispõe no artigo 89 que, além dos requisitos referidos no artigo 88⁸, a penitenciária de mulheres será *dotada de seção para gestante e parturiente* e de creche para abrigar crianças maiores de 06 (seis) meses e menores de 07 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

Daí prever o seu parágrafo único que serão requisitos básicos desta seção e da creche: **i)** o atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e **ii)** um horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável.

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

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

Em data recente, finalmente, foi sancionada a Lei n. 13.434/2017, que acrescentou um parágrafo único ao art. 292 do Código de Processo Penal, no intuito de proibir o uso de algemas em mulheres grávidas durante o parto e em mulheres durante a fase de puerpério imediato⁹.

8 Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular: a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; b) área mínima de 6,00 m² (seis metros quadrados).

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

“Art. 292.

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



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

Muito embora referidas normativas estejam voltadas ao ambiente penitenciário, devem elas ser igualmente aplicadas em toda situação relacionada à maternidade no cárcere. O alerta vale especificamente para o âmbito paranaense.

É que, como notório, no Estado do Paraná ainda existem presas em carceragens de Delegacias de Polícia. Dados da Polícia Civil do Estado do Paraná de 13.03.2017 informam a existência de cerca de 625 mulheres custodiadas em carceragens de Delegacias, entre condenadas e provisórias.

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

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

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

Em pesquisa realizada no âmbito do Projeto “Pensando Direito”, da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ), em parceria com o Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA), identificou-se



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

que a maioria das mulheres em situação prisional no Brasil, inclusive grávidas e puérperas, que estão encarceradas nas unidades femininas, seriam jovens, de baixa renda, *em geral mães*, respondendo pela prática de crimes relacionados ao tráfico de drogas ou contra o patrimônio, *presas provisórias*, e em menor número, presas condenadas por crimes também dessa natureza¹⁰.

De acordo com a referida pesquisa¹¹, em 2012, as mulheres representavam 6,4% da população prisional do país, o que em números absolutos significava 35.072, de um total de 548.003 pessoas presas. Entre 2008 e 2011, teria havido um crescimento de 27% na região Norte, 28% no Sul, 28% no Nordeste, 8% no Sudeste e 9% no Centro-Oeste, *superando, inclusive, o crescimento da população carcerária masculina*. De fato, enquanto entre 2000 e 2012 a população carcerária masculina cresceu 130%, a feminina teria crescido 246%. Dados do ano 2000 apontavam que a população carcerária feminina era de 10.112 mulheres presas, tendo esse número saltado para *mais de 35.000 em 2012*.

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

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

10 BRASIL, Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. *Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão*. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015. p. 15. Disponível em <<https://www.justica.gov.br/noticias/201clugar-de-crianca-nao-e-na-prisao-nem-longe-de-sua-mae201d-diz-pesquisa/pesquisa-dar-a-luz-na-sombra-1.pdf>> acesso em 13.mar.2017

11 Ibidem.



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

*CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS*

idade, enquanto não possuem condições de sobrevivência com a família (art. 1º, parágrafo único).

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

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

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

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

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

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



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

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

É nesse sentido que a pesquisa realizada pelo *Projeto Pensando Direito* da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ) concluiu que, “para evitar que a criança seja encarcerada, *modelos de creches externa devem ser pensados*, de modo que as mães visitem as crianças e vice-versa”¹².

Ademais, de acordo com a mesma pesquisa¹³, a resposta quanto ao destino da mãe e da criança tem de ser ***tratada de forma individualizada***, devendo ser respeitada a autonomia decisória da mulher em relação ao destino da criança.

Neste sentido, reconheceu-se que haveria ***uma série de variantes que devem ser cautelosamente sopesadas***, citando-se como exemplo, buscar ao máximo evitar a institucionalização tanto da mãe como do filho, priorizando a manutenção do vínculo familiar e os direitos da criança, evitando, dessa forma, o binarismo da escolha que leva a criança a viver na prisão ou longe da mãe.

Aquela mesma pesquisa¹⁴, ainda, ao analisar os relatos das presas em relação ao destino das crianças, diagnosticou que alguns fatores pesam mais nessa escolha, como o tempo da pena, a existência de familiares confiáveis para assumir a guarda, primeiro filho, o apoio que se tem na rua, as condições do estabelecimento, dentre outras.

Diante da pluralidade de contextos da mães presas, o que se percebe é a *impossibilidade de generalizar uma só resposta no sistema de justiça*,

12 BRASIL, Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. *Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão*. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015. p. 41.

13 Idem, p. 79.

14 Ibidem.



pois na decisão entre ficar com a criança no estabelecimento prisional ou separar-se dela no nascimento, haverá que ser levado em conta todo o contexto psicossocial e familiar da mãe, bem como sua vontade pessoal.

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

5 PRISÃO DOMICILIAR COMO ALTERNATIVA À PRISÃO PREVENTIVA

Naquilo que ora interessa, o art. 318 do Código de Processo Penal preconiza que poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for **gestante** ou **mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos**.

Exige o parágrafo único do referido artigo que a substituição dependerá de prova idônea dos requisitos estabelecidos.

Diante desta previsão normativa, Eugênio PACELLI e Douglas FISCHER¹⁵ procuraram esclarecer que a prisão domiciliar introduzida pela Lei n. 12.403/11 *não constituiria medida cautelar propriamente dita, não se equiparando ao recolhimento domiciliar do art. 319, inciso V, do Código de Processo Penal*, aparecendo como substitutiva da prisão preventiva anteriormente decretada, cabível somente nas hipóteses previstas no art. 318 do CPP.

Atinente à substituição da custódia cautelar pela prisão domiciliar, entretanto, Renato Brasileiro de Lima¹⁶ assevera:

[...] a presença de um dos pressupostos indicados no art. 318, isoladamente considerado, não assegura ao acusado, automaticamente, o direito à

15 PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013. Pág. 671

16 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 998.



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

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

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

Nesse sentido, destaca-se o teor do decidido no *Habeas Corpus* n. 1.624.914-4, julgado na data de 09/02/2017, em que o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná entendeu que a concessão da prisão domiciliar **exige a conciliação com a ausência dos pressupostos previstos no art. 312 do CPP**, haja vista não se operar de forma automática.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, em sede de pedido liminar no *Habeas Corpus* n. 291.439, julgado em 22/05/2014 – em que era pleiteada, pela paciente, a substituição da prisão preventiva pela domiciliar sob a justificativa de que era mãe de duas crianças, de 08 anos e 01 ano – citando a doutrina de Gustavo Badaró asseverou que, “[...] embora o art. 318 utilize o verbo “poderá”, é de considerar que, demonstrada a hipótese de incidência do art. 318, o juiz deverá determinar o cumprimento da prisão preventiva em domiciliar. *Trata-se de direito subjetivo do preso*, independentemente de o preceito empregar o verbo “poder” a indicar inexistente poder discricionário do juiz”. Ou seja, conforme este entender, deve-se ler o “poderá” como “deverá”.

No referido julgado, o Ministro Relator, em seu voto, explicitou que não chegaria necessariamente à conclusão de que o verbo “poderá” deve ser interpretado como “deverá”, pois, para ele, *essa interpretação acabaria por gerar uma vedação legal ao emprego da cautela máxima em casos nos quais se mostre*



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

ser ela a única hipótese a tutelar, com eficiência, situação de evidente e imperiosa necessidade da prisão.

Contudo, embora não concordasse com a obrigatoriedade da substituição da prisão cautelar pela domiciliar, no caso concreto em que analisava, entendeu que *importaria em assegurar a praticamente toda pessoa com prole na idade indicada no texto legal o direito a permanecer sob a cautela alternativa.*

Naquela ocasião, foi ressaltado ainda pelo Relator a posição central, em nosso ordenamento jurídico, da doutrina da proteção integral e do princípio da prioridade absoluta, previstos no artigo 227 da Constituição, no ECA e, ainda, na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Decreto Presidencial n. 99.710/90, pelo que, seria devido o deferimento da liminar para substituir a prisão preventiva da paciente por prisão domiciliar até o julgamento do *habeas corpus*.

5.1 MULHER GRÁVIDA: PRISÃO PREVENTIVA E PRISÃO DOMICILIAR

Conforme já referido, a substituição da prisão preventiva pela domiciliar para as mulheres gestantes é uma hipótese prevista no art. 318, inciso IV, do CPP.

Destaca-se, que, antes da Lei da Primeira Infância, o CPP admitia a substituição da prisão preventiva pela domiciliar para as mulheres gestantes. A permitia, porém, *a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco*. Após a vigência dessa Lei, foi retirada a previsão expressa acerca do período gestacional, bem como da existência de alto risco para a substituição da prisão.

A partir de pesquisa à jurisprudência de nossos tribunais, porém, foi possível verificar que, embora não haja mais essa previsão, tem se considerado imprescindível que seja demonstrada *alguma necessidade para a*



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

substituição, não bastando a simples comprovação da gestação por parte da mulher presa.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por exemplo, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 1.595.031-3 – Corbélia/PR, julgado em data de 01/12/2016 – no qual se pleiteava a substituição da prisão preventiva pela domiciliar sob o mero argumento de que a presa estaria grávida –, denegou a ordem sob o fundamento de que a necessidade da prisão cautelar pela garantia da ordem pública ficou evidentemente demonstrada naquele caso.

Ainda, foi utilizado como fundamentação o fato de ter sido verificado que o Juízo a *quo* já tinha ciência dessa situação e buscava, assim, assegurar que a paciente ficasse recolhida em estabelecimento penal adequado, no qual pudesse dispor de cuidados médicos necessários para o acompanhamento de sua gravidez.

Por fim, entendeu que não constava nos autos quaisquer informações a respeito da situação da paciente, como o *tempo de gestação*, se a *gravidez seria de risco*, etc., as quais poderiam, em tese, justificar a medida. Dessa forma, o Tribunal denegou a ordem e *manteve a prisão preventiva da presa gestante*.

Nesse mesmo sentido, foi o entendimento da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no *Habeas Corpus* n. 363.958 – SP, julgado em 13/09/2016:

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

(...)

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



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

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

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

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

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

Desse modo, pode-se arriscar a dizer que tem prevalecido que a grávida apenas terá o direito à substituição da prisão preventiva pela domiciliar se *ficar comprovado que o estabelecimento penal, onde se encontra custodiada, não assegurar as condições necessárias à sua situação peculiar de gestante e, principalmente, de que não existam circunstâncias indicativas de que a cautelar mais restritivas seja adequada ao caso.*

De toda forma, no momento jurisprudencial atual, deve-se mesmo reconhecer que uma tal conclusão deve ser aceita com grande cautela.

Neste sentido, merece destaque, inicialmente, o ocorrido no julgamento do *Habeas Corpus* n. 134.104 – São Paulo, sob Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, apreciado pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em data de 02/08/2016. Naquela ocasião pleiteava-se, dentre outros benefícios, a prisão domiciliar sob os argumentos de que: a) o estado de gravidez da acusada era avançado; b) havia a possibilidade de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar; c) nos termos do art. 318, inciso IV, do CPP, o recolhimento da paciente em estabelecimento era inadequado à sua condição especial de gestante e d) a



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

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

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

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

Assim, naquele caso, a Turma, por votação unânime, *determinou a substituição da prisão preventiva da paciente pela domiciliar, nos termos do voto do Relator.*

Por aí se vê que, após o marco legal da *Primeira Infância* (Lei n. 13.527/2016), que entrou em vigor em março de 2016 e alterou a redação do art. 318 do CPP – tornando ainda mais amplas as hipóteses de concessão de prisão domiciliar –, os Tribunais Superiores, *embora não tenham descartado a necessidade de comprovação de que o estabelecimento prisional seja inadequado à condição da gestante*, passaram a reconhecer que *esses direitos devem ser assegurados conforme dispõe a Constituição Federal, a Lei de Execução Penal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Tratado Internacional de Bangkok.*



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

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

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

Como antes mencionado, toda e qualquer generalização, no momento jurisprudencial atual, há de ser recebida com demasiada cautela.

5.2 MULHER COM FILHO DE ATÉ 12 ANOS: PRISÃO PREVENTIVA E PRISÃO DOMICILIAR

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



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

Frise-se, por oportuno, que, a previsão dessa hipótese foi incluída no Código de Processo Penal pela Lei n. 13.257/2016. Em consulta à jurisprudência dos Tribunais Estaduais e Superiores, *verificou-se a existência de divergência de entendimentos acerca de sua aplicação* que, ora se posicionam pela interpretação literal do dispositivo, ora se posicionam pela necessidade de comprovação da imprescindibilidade da mãe aos cuidados com o infante, para que a prisão preventiva possa efetivamente ser substituída pela domiciliar.

Nessa esteira, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, ao denegar a ordem do *Habeas Corpus* n. 1.628.231-6, em data de 23/02/2017, entendeu que:

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

Ressaltou-se que embora não se ignorasse que o novo inciso V havia trazido uma possibilidade de concessão de prisão domiciliar irrestritamente “para a mulher com filho de até 12 anos de idade, na verdade, se estaria diante de *uma mera faculdade do juiz*”.

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



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

Na Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por outro lado, nos termos do voto do Ministro Relator Reynaldo Soares da Fonseca, verificou-se ter sido concedido em data recente (07/02/2017) a substituição. Com efeito, no *Habeas Corpus* n. 363.993 – SP, houve concessão de ofício para fins de substituir a prisão preventiva de paciente que possuía filho com idade inferior a 12 anos, por se entender que a disposição legislativa insculpida no art. 318, inciso V, do Código de Processo Penal *não teria condicionado a prisão domiciliar da mulher com filho menor de 12 anos à comprovação da imprescindibilidade dos cuidados com o infante*.

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

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

Também no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, como já referido, no início de abril de 2017, foi reconhecido pelo Min. Nefi Cordeiro que a mera previsão legal teria criado o que foi chamado *critério geral* voltada à concessão do benefício, sendo por isto descabida qualquer discussão da necessidade dos cuidados maternos à criança, “pois condição legalmente presumida” (HC. n. 362.922).

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



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

Com efeito, conforme voto do Ministro Teori Zavascki (Segunda Turma) de 13/12/2016, a conversão da prisão preventiva em domiciliar *“não se perfaz como hipótese automática de causa e consequência, mas está condicionada, também, a elementos subjetivos relativos à imprescindibilidade da genitora para com os cuidados dos filhos”*, tutelando-se os interesses da criança e do adolescente que devem prevalecer quando houver convencimento do juiz.

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

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

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

É que, ademais das divergências jurisprudenciais, há quem entenda que, para a aplicação da substituição da prisão preventiva pela domiciliar, seria necessária a *observância de critérios subjetivos concernentes a cada caso*



concreto, competindo ao julgador sopesar o melhor interesse da criança com a necessidade de manutenção da prisão preventiva da mãe.

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

6 PRISÃO DOMICILIAR NO CURSO DO CUMPRIMENTO DA PENA

No que interessa para os fins deste Estudo, o artigo 117 da Lei de Execução Penal estabelece que será admissível o recolhimento em residência particular, *aos beneficiários de regime aberto* quando se tratar: i) de *condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental*; ou ii) de *gestante*.

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

Inicialmente, cumpre destacar que, no tocante ao **regime de cumprimento da pena**, a jurisprudência tem admitido, *em caráter excepcional*, a possibilidade de concessão da prisão domiciliar também àquelas *inseridas no regime fechado e semiaberto*, particularmente, nos casos em que não houver nenhuma outra opção em relação à criação e a saúde dos filhos menores das presas, ou ainda, por questões de humanização, dada a natureza dos direitos envolvidos.

Parte da doutrina¹⁷ assevera que se deve atentar que a prisão domiciliar é uma espécie reservada aos condenados que cumprem pena em regime aberto e seria absolutamente incompatível com outro regime (semiaberto ou

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



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

fechado). Dessa forma, por exemplo, não bastaria estar acometido por doença grave para obtenção do benefício.

Ademais, especificamente no tocante às mulheres encarceradas, o entendimento seria de que não bastaria que a condenada possuísse filho menor, sendo necessário que, igualmente, esteja cumprindo pena no regime aberto.

Nesse mesmo sentido, restou reconhecido pela 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, ao julgar o Agravo em Execução Penal n. 1.449.534-8, que tinha por objeto a reforma da decisão de primeiro grau que indeferiu a concessão de prisão domiciliar à condenada para permanecer com seus dois filhos menores, entendendo que, *estando a condenada em regime fechado pela prática de tráfico de drogas*, não pareceria razoável admitir o benefício da prisão domiciliar, sob pena de violação ao sistema de aplicação da pena, porque além de não contemplada pela lei, implicaria em violação à isonomia aos detentos.

A decisão mencionada ressaltou também o fato de não ter havido indicação de que não havia parentes (maternos ou paternos) para cuidar dos infantes.

Destaca-se, ainda, que no julgado ora tratado, o Ministério Público ao se pronunciar mencionou que, *excepcionalmente, em situações muito peculiares, os Tribunais vêm concedendo a possibilidade de prisão domiciliar para hipóteses autorizadas no art. 117 da LEP aos apenados do regime semiaberto e fechado*. No entanto, especificamente naquele caso, embora a condenada se enquadrasse no inciso III do art. 117 (filho menor), as particularidades não demonstravam a excepcionalidade necessária para a concessão.

No mesmo sentido foi o entendimento da 5ª Câmara Criminal paranaense, no Recurso de Agravo n. 1611554-3, julgado em data de 02/02/2017:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. REGIME SEMIABERTO. PLEITO DE
CONCESSÃO DO SEMIABERTO HARMONIZADO E/OU PRISÃO



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

DOMICILIAR. **CONDENADA COM FILHO MENOR. IMPROCEDÊNCIA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. IMPRESCINDIBILIDADE NÃO DEMONSTRADA.** DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJPR - 5ª C.Criminal - RA - 1611554-3 - Região Metropolitana de Maringá - Foro Central de Maringá - Rel.: Maria José de Toledo Marcondes Teixeira - Unânime - - J. 02.02.2017). (sem destaques no original)

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

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

Nesse sentido, também o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 45434/SC, julgado em data de 27/06/2014:

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



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

habeas corpus não provido. (STJ, RHC 45.434/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2014, DJe 04/08/2014).

Nesse contexto, merece destaque ainda o quanto referido pelo Ministro Rogério Schietti Cruz, no voto do mencionado RHC n. 45434/SC:

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

Portanto, conforme se extrai da jurisprudência colacionada, verifica-se que sim seria possível a extensão das hipóteses de cabimento da prisão domiciliar às *condenadas que cumprem pena no regime fechado ou semiaberto*, por questões humanitárias (como saúde, amamentação, necessidade de cuidados dos filhos menores, dentre outras hipóteses). *Tais situações, porém, devem ser interpretadas como exceções à regra e, por isto, exigem a devida comprovação.*

Até porque, se o desejo do legislador fosse no sentido de que a regra do cumprimento de pena das gestantes ou de mulheres com filho menor ou deficiente físico ou mental fosse em prisão domiciliar (mesmo nos casos dos regimes fechado e semiaberto), a própria Lei n. 13.257/16 já teria prontamente alterado as hipóteses da concessão de seu cabimento, assim como fez no caso da prisão preventiva.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme proposto no início do presente trabalho, esse estudo buscou analisar a maternidade no cárcere sob duas perspectivas: o direito à maternidade da mulher privada de liberdade e o direito à infância.



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

A partir do colacionado, pode-se chegar a algumas considerações conclusivas em relação à temática enfrentada, sem embargo das diversas ressalvas mencionadas nos tópicos anteriores:

- No que diz respeito à **prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva** tem-se que:
 - a)** No caso de **presa gestante**: no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e nos Tribunais Superiores (STF e STJ) têm prevalecido o entendimento de que não bastaria a simples comprovação da gestação por parte da mulher presa, sendo necessário que se comprove que o estabelecimento penal não dispõe de instalações adequadas e cuidados médicos necessários para o acompanhamento da gestação. Nota-se, porém, cada vez mais o surgimento de posições que tenderiam a modificar este cenário, daí a necessária cautela com qualquer conclusão nesta seara;
 - b)** No caso da **presa com filho de até 12 (dose) anos de idade**:
 - b.1)** no **TJPR (5ª Câmara Criminal)** tem prevalecido que deve ser comprovada a demonstração da indispensabilidade da mulher presa para o desenvolvimento de seus infantes;
 - b.2)** no **STJ (5ª Turma)** tem prevalecido que o art. 318, inciso V, do CPP não condiciona esta prisão domiciliar à comprovação da imprescindibilidade dos cuidados com o infante;
 - b.3)** no **STF (2ª Turma)** constatou-se uma divergência de entendimentos dentro da mesma Turma, ou seja: **i)** por um lado, o Ministro Teori Zavascki capitaneava o entendimento de que a conversão da prisão preventiva em domiciliar não se daria de forma automática e estaria, por isto, condicionada à presença de elementos subjetivos relativos à imprescindibilidade da genitora para com os cuidados dos filhos, tutelando-se os interesses da criança e do adolescente que devem prevalecer quando houver convencimento do juiz; **ii)** por outro lado, o Ministro Gilmar Mendes já teria reconhecido que esta prisão



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

domiciliar, por encontrar respaldo legal na proteção à maternidade e à infância, estaria voltada a priorizar o bem-estar do menor e do nascituro, principalmente em razão dos cuidados necessários em seu nascimento e na futura fase de amamentação, cruciais para seu desenvolvimento, sendo por isto desnecessária qualquer outra condição fática;

- Finalmente, no que diz respeito à **prisão domiciliar no curso da execução da pena** tem-se que a discussão central acerca da concessão da prisão domiciliar residiria no tocante à sua *extensão às condenadas que cumprem pena em regime diverso do aberto*.

Neste aspecto, tanto o TJPR, quanto os Tribunais Superiores filiam-se ao entendimento de que esta prisão domiciliar somente poderá ser concedida às condenadas em regime aberto e que, *apenas em situações excepcionais e desde que devidamente comprovada a necessidade alegada*, poderá ser autorizada àquelas sentenciadas que estiverem cumprindo pena em regime fechado e semiaberto.

Curitiba, 19 de abril de 2017.

**Equipe do Centro de Apoio Operacional das
Promotorias Criminais, do Júri e de Execuções Penais**