



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO AUTOMÁTICA DA PRISÃO
PREVENTIVA EM DOMICILIAR NO CASO DE MULHER GESTANTE E MÃES
DE FILHOS COM ATÉ DOZE ANOS DE IDADE

Gabriela Resende de Vasconcellos

Rio de Janeiro
2019

GABRIELA RESENDE DE VASCONCELLOS

POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO AUTOMÁTICA DA PRISÃO
PREVENTIVA EM DOMICILIAR NO CASO DE MULHER GESTANTE E MÃES
DE FILHOS COM ATÉ DOZE ANOS DE IDADE

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO AUTOMÁTICA DA PRISÃO
PREVENTIVA EM DOMICILIAR NO CASO DE MULHER GESTANTE E MÃES
DE FILHOS COM ATÉ DOZE ANOS DE IDADE

Gabriela Resende de Vasconcellos

Graduada pela Pontifícia Universidade
Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo - O reconhecido estado de coisa inconstitucional do sistema carcerário brasileiro tem como consequência uma posição mais atuante do Poder Judiciário para minimizar a violação de direitos fundamentais. Nesse sentido, decisões que determinem o caráter excepcional da prisão preventiva, bem como a imposição de sua conversão em prisão domiciliar no caso de mulheres grávidas e mães de filhos até 12 anos visam a resguardar a preservação não só das genitoras, como também das crianças. Porém, não é só através do Poder Judiciário que pode buscar a solução do problema, mas também através da modificação das leis impostas, como é o caso da Lei nº 13.769/2019. No que se refere à mudança legislativa, ela entra em conflito com a decisão anteriormente citada e o trabalho busca analisar todos os entendimentos, sempre pretendendo aquele que melhor resguarda os direitos das minorias e vulneráveis, mulheres e crianças, respectivamente.

Palavras-chave – Processo Penal. Substituição. Prisão preventiva. Prisão domiciliar. Mulher gestante. Mãe.

Sumário - Introdução. 1. O reconhecimento do estado de coisa inconstitucional do sistema carcerário brasileiro e sua influência nas medidas adotada pelo judiciário para cessar com as violações de direitos fundamentais dos presos. 2. Excepcionalidade da prisão preventiva e conversibilidade em prisão domiciliar. 3. O impacto da Lei nº 13.769/2018 na aplicação do precedente do STF quanto a prisão domiciliar da mulher mãe de criança e grávida. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de substituição automática da prisão preventiva em domiciliar no caso de mulheres gestantes e mães de filhos com até doze anos de idade. Objetiva-se discutir como a mudança da lei e a decisão do Supremo Tribunal Federal influenciam nas prisões preventivas já decretadas, bem como analisar quais os requisitos para que o juiz determine sua substituição.

Com o número de presos que chega a 726.000 (setecentos e vinte e seis mil), o Brasil tem hoje a terceira maior população carcerária do mundo. Por outro lado, o número de vagas em estabelecimentos prisionais teve um acréscimo mínimo nos últimos anos, culminando em estabelecimentos superlotados, onde os direitos básicos não são garantidos.

O presente tema ganha maior notoriedade com a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, que reconhece o estado de coisa inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, trazendo à tona a falha do Estado em tutelar os que estão sob sua guarda.

Além disso, levando em consideração a modificação do Código de Processo Penal com o advento da Lei nº 13.769, bem como a decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* Coletivo nº 143641/SP, a previsão de hipóteses de prisão domiciliar no caso de mulher gestante ou mãe de filho até doze anos de idade é reflexo desse panorama. Os Tribunais buscam mecanismos de garantir direitos fundamentais diante do atual cenários de graves violações.

O trabalho enfoca nessa temática diante de uma realidade de crise na segurança pública, em que a questão do encarceramento é tema latente e de extrema relevância, sem deixar de lado a preocupação com o futuro da nação, representado nessas crianças filhas de mães encarceradas, expostas a situação de violência e degradantes.

A separação traumática de mães e filhos descumpra o Marco Legal de Atenção à Primeira Infância, que dispõe sobre o melhor interesse da criança, e representa não só um custo social, como também financeiro, em manter encarceradas as mães que cometeram crimes sem violência e sem decisão condenatória transitada em julgado.

Importantes aspectos serão analisados para que se extraia uma conclusão lógica a respeito de toda essa abordagem. No primeiro capítulo será feita uma análise de como a decisão do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu o estado de coisa inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, influencia nas medidas a serem tomadas pelo Poder Público para reverter o cenário, principalmente pelo Poder Judiciário.

No segundo capítulo, será feita uma exposição sobre a excepcionalidade da prisão preventiva e como a prisão domiciliar é uma medida cautelar alternativa de gravidade inferior. Além disso, será demonstrado como, com o passar do tempo, as hipóteses em que é possível a prisão domiciliar se modificaram e como chegamos ao cenário atual, com enfoque nas hipóteses de gestantes e mães de filhos até doze anos de idade.

Por fim, no terceiro e último capítulo, serão esclarecidos quais os critérios e requisitos devem ser observados para a conversão da prisão preventiva em domiciliar, bem como para sua determinação como medida autônoma, levando em conta a decisão do Supremo Tribunal Federal, em fevereiro de 2018, no *Habeas Corpus* Coletivo nº 143641/SP e a posterior edição da Lei nº 13.769 de 2019 e o conflito entre os dois.

Acerca da metodologia adotada, a pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativa e documental, de forma predominantemente explicativa, passando por uma fase descritiva.

1. O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO E SUA INFLUÊNCIA NAS MEDIDAS ADOTADAS PELO JUDICIÁRIO PARA CESSAR COM AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS PRESOS

O estado de coisa inconstitucional é uma categoria primeiro formulada pela Corte Constitucional Colombiana¹ para descrever um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, relacionada a um determinado grupo social, causada principalmente pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura.

Existem algumas condições para que seja reconhecido o Estado de Coisa Inconstitucional, são elas²: (i) vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; (ii) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir a promoção dos direitos, demonstrando um quadro de bloqueio institucional; (iii) que a superação das violações de direitos pressupõem a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais que dependem de alocação de recursos públicos; (iv) potencialidade de congestionamento do Poder Judiciário caso cada um dos atingidos o provocar de forma individual.

A importância de tal reconhecimento pela Corte Constitucional é justamente a atuação mais assertiva do Poder Judiciário diante de um quadro de omissão generalizada de todos os poderes e entes do Estado, inclusive do Judiciário. Ou seja, a inércia não é de uma única autoridade pública e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo.

Dessa forma, a Corte Suprema deve adotar uma postura de ativismo judicial para forçar a implementação de políticas públicas visando a solução do problema, retirando os

¹ No ano de 1997, através da *Sentencia de Unificación*, em uma demanda promovida por professores que tiveram seus direitos previdenciários sistematicamente violados por autoridades públicas. A Corte então determinou às autoridades envolvidas a superação do quadro de inconstitucionalidade em prazo razoável.

² SARMENTO. Daniel. *Petição Inicial da ADPF nº 347*. Disponível em: <<http://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

outros Poderes da inércia, catalisando os debates e monitorando os resultados das medidas adotadas.

Essa atuação mais enérgica é condizente não só com os textos normativos internos, principalmente com o constitucional, como segue o que é preconizado pelos textos normativos que integram o patrimônio mundial de salvaguarda dos indivíduos colocados sob a custódia do Estado. No plano internacional temos a Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Convenção das Nações Unidas contra Tortura ou Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e as Regras de Mandela.

No Brasil, a expressão estado de coisa inconstitucional foi primeiro reconhecida no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 pelo Supremo Tribunal Federal³, que tratou do nosso sistema penitenciário. A decisão, em liminar, deferiu dois dos oito pedidos autorais, quais sejam: implementação das audiências de custódia e a liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN).

De acordo com o relatório do Departamento Penitenciário Nacional, de junho de 2016⁴, o Brasil tinha, à época, a terceira maior população carcerária do mundo, com total de 726.000 presos e um déficit de 358.000 vagas.

Desse número total, 40% são presos que aguardam julgamento, ou seja, não tem decisão condenatória transitada em julgado. Entre 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento aumento 157%.

Esse quadro dramático se mostra ainda mais grave no caso das minorias, sobretudo as mulheres. Há uma falha estrutural que a agrava a cultura do encarceramento, que é celetista em impor prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis. Do ano de 2000 ao ano de 2014 a população absoluta de mulheres encarceradas no sistema penitenciário cresceu 567%⁵. Das 42.355 mulheres presas no Brasil, 30,1% são presas provisórias⁶.

O problema do encarceramento feminino no Brasil transcende os direitos individuais da mulher e atinge o dos seus filhos, crianças que, segundo nosso ordenamento constitucional e infraconstitucional, são prioridade em termos de proteção. 74% das encarceradas têm ao

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 14 out. 2018.

⁴ DEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 16 out. 2018.

⁵ DEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. INFOPEN MULHER*. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em: 16 out. 2018.

⁶ Ibid.

menos um filho⁷. Além disso, 89% das mulheres presas têm entre 18 e 25 anos, idade em que há grande probabilidade de serem gestantes ou mães de crianças⁸.

Nos estabelecimentos femininos, apenas 34% dispõe de cela dormitório adequada para gestantes, 32% dispõe de berçários ou centro de referência em materno infantil e apenas 5% dispõe de creche⁹. Nos estabelecimentos mistos, apenas 6% das unidas dispõem de espaço específico para a custódia de gestantes, apenas 3% dispõem de berçário ou centro de referência materno infantil e nenhum dispõe de creche¹⁰.

Dentro do panorama de inconstitucionalidade do cárcere no Brasil, a situação das mulheres é ainda mais alarmante. A realidade é a de partos sem assistência médica, que ocorrem inclusive dentro das celas ou pátios das prisões, algemadas, sem nenhuma assistência pré-natal, expostas a doenças fatais como o sífilis, os abusos no ambiente hospitalar, sem contar o afastamento abrupto de mães e filhos, com manutenção de crianças em celas, sem higiene nenhuma.

Um dos motivos ensejadores da cultura do encarceramento brasileiro é o excesso na interpretação e aplicação da lei penal e processual penal. Logo, cabe ao Supremo Tribunal Federal, a mais alta instância, exercer uma função de racionalizar e concretizar a aplicação da norma, buscando uma leitura constitucional de uma legislação essencialmente punitivista.

Nesses termos a decisão do *Habeas Corpus* Coletivo nº 143641/SP¹¹ pelo seu pleno, no sentido de uniformizar a interpretação do art. 318 do Código de Processo Penal, com nova redação, dada pela Lei nº 13.257/2016. A decisão permite a substituição da prisão preventiva pela domiciliar no caso de mulheres grávidas e mães de filhos com até doze anos de idade.

A manifestação da Corte se mostra necessária pois, mesmo com a entrada em vigor da referida lei, metade dos pedidos de substituição foram negados, sob fundamentação de que se tratava de delito grave ou exigindo prova na inadequação do ambiente carcerário.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus Coletivo nº 143641/SP*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

2. A EXCEPCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA E A CONVERTIBILIDADE EM PRISÃO DOMICILIAR

Seguindo as diretrizes do direito civil, a legitimidade do decreto de prisão preventiva se extrai da presença de dois requisitos¹²: *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*.

O primeiro diz respeito à probabilidade de ocorrência do delito, ou seja, que há prova da existência do crime e indício de autoria, enquanto o segundo se relaciona com o perigo decorrente do estado de liberdade do criminalmente imputado.

Com relação ao segundo requisito, o sujeito processado, mas ainda não condenado, seria uma ameaça ao normal desenvolvimento do processo, sendo a prisão preventiva utilizada como forma de garantir a ordem pública, econômica, a conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, nos moldes do art. 312 do Código de Processo Penal.

A exigência desses dois requisitos é um dos motivos pelo qual a prisão preventiva é considerada uma medida cautelar, utilizada no curso do processo como meio de garantir a aplicação final de eventual pena.

Tendo em vista o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, a prisão antes do trânsito em julgado só pode ocorrer se tiver natureza cautelar¹³. Por isso, esta é a natureza da prisão preventiva, cuja finalidade é conservar uma situação de fato para assegurar a utilidade e eficácia de um provimento condenatório futuro, isto é, busca tutelar o bom desenvolvimento do processo, para que ele atinja a sua finalidade.

Além de cautelar, está-se diante de uma medida excepcional, que se justifica não só pelo princípio da não culpabilidade, como também pelos danos irreparáveis do cerceamento de liberdade do indivíduo em seu grau máximo. Uma vez preso, não há como retornar ao

¹² Segundo Aury Lopes Jr., o requisito para a decretação é apenas a existência do *fumus comissi delicti*, enquanto o *periculum libertatis* seria o fundamento da prisão. LOPES JR. Aury, *Direito Processual Penal*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p 599 e 600.

¹³ Merece atenção a recente mudança de entendimento do STF quanto a execução provisória da pena, que anuncia que o cumprimento da pena de prisão não mais está condicionado ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, autorizando o início de sua execução após a decisão judicial condenatória em segunda instância. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 22 fev. 2019. IDEM. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

status quo ante, visto que os danos são irreversíveis, principalmente se considerarmos o estado inconstitucional dos estabelecimentos prisionais brasileiros.

A reforma parcial do Código de Processo Penal, através da Lei nº 12.403 de 2011, deixa ainda mais claro o caráter excepcional da prisão preventiva, trazendo medidas cautelares alternativas a prisão. Um dos seus principais objetivos é tomar o encarceramento provisório como uma exceção, adaptando a legislação infraconstitucional ao paradigma constitucional de que a prisão cautelar deve ser usada como *ultima ratio*.

A lei passa a reger as medidas cautelares pessoais, alternativas à prisão, que recaem sobre a pessoa do acusado, mas não restringem por completo a sua liberdade, aumentando o leque de alternativas do magistrado. Tais medidas estão disciplinadas no art. 319 do Código de Processo Penal que, além de enunciar que a prisão preventiva só terá espaço quando as outras medidas não forem suficientes, ainda traz um rol taxativo de opções para o magistrado.

É nesse panorama de excepcionalidade do encarceramento preventivo que a prisão domiciliar se mostra mais uma alternativa, não tão agressiva, à prisão em estabelecimento prisional. Ou seja, a intenção do legislador ao modificar a lei é justamente demonstrar a preferência por meios menos danosos de medidas cautelares e a prisão domiciliar é uma delas.

O encarceramento em ambiente domiciliar é medida menos gravosa do que o encarceramento em presídio pois, de acordo com o art. 317, do Código de Processo Penal, ocorre na residência do indiciado ou acusado, permitindo que o mesmo tenha melhor estrutura, em ambiente mais confortável, mas, principalmente, fazendo com que o acusado não rompa de forma definitiva e abrupta o convívio familiar.

A prisão domiciliar, em algumas das suas hipóteses, vislumbra uma aplicação prática do princípio da intranscendência, previsto no art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal de 1988, que determina que a pena não deve passar da pessoa do condenado. Sendo assim, a opção pela prisão domiciliar não é apenas benéfica para o acusado/indiciado que a ela faz jus, mas também serve de mecanismos para minimizar danos a terceiros inocentes.

Sobre o título prisional domiciliar, a Lei nº 12.403/2011 traz novidades, sendo a mais importante delas a sua previsão como medida cautelar¹⁴, nos moldes do art. 318 do Código de Processo Penal.

Quando se diz que a prisão domiciliar é uma medida substitutiva da prisão preventiva, isso não significa a vedação de sua aplicação direta em um determinado caso

¹⁴ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Lei nº 12.403 comentada: Medidas Cautelares, Prisões Provisórias e Liberdade Provisória*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013, p. 423.

concreto, avaliando a proporcionalidade. Logo, ela pode ser aplicada como uma medida cautelar autônoma.

É de suma importância diferenciarmos a prisão domiciliar como medida cautelar daquela prevista no art. 117, da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84)¹⁵, que não é objeto do nosso estudo, pois não é de prisão provisória. Neste caso, estamos diante da possibilidade de alguém já condenado, com trânsito em julgado, cumprir a pena privativa de liberdade em sua residência, ou seja, trata-se de execução penal e não de medida cautelar.

Importante ressaltar que a conversão da preventiva em domiciliar, bem como a sua decretação autônoma como medida cautelar, só será possível se ocorrer uma das hipóteses previstas em lei, cujos requisitos são de ônus probatório do Estado.

Os incisos do art. 318, do Código de Processo Penal, que trazem as hipóteses em que é possível a substituição, foram se modificando ao longo dos anos. Em 2011 a lei previa que as hipóteses de substituição ocorreriam quando a pessoa fosse maior de 80 (oitenta) anos, ou extremamente debilitada por motivo de doença grave, ou que fosse imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência, ou gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Com o advento da Lei nº 13.257 de 2016¹⁶ a hipótese de gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco foi alterada para apenas gestante, aumentando o campo de aplicação da norma. Sendo assim, hoje, pela redação atual do inciso IV do art. 318 do Código de Processo Penal, qualquer gestante faz jus a substituição.

A mencionada lei ainda adicionou mais dois incisos, prevendo a possibilidade de encarceramento domiciliar no caso de mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos e homem responsável por filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Mais tarde, em 2018, a Lei nº 13.769¹⁷, adiciona o art. 318-A, que impõe requisitos para a prisão domiciliar da mulher gestante e aquela que tem filho de até 12 (doze) anos de idade. São eles: que ela não tenha cometido crime de violência ou grave ameaça a pessoa e que não tenha cometido crime contra seu filho dependente.

A previsão da prisão domiciliar como substitutiva da preventiva traz inúmeras vantagens. A primeira delas é que o indivíduo está restrito de sua liberdade, mas não

¹⁵ BRASIL, *Lei nº 7.210* de 11 de julho de 1984. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 22 fev. 2019.

¹⁶ BRASIL. *Lei nº 13.257* de 8 de março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm>. Acesso em: 18 mar. 2019

¹⁷ Idem. *Lei nº 13.769* de 19 de dezembro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13769.htm> Acesso em: 18 mar. 2019

experimenta as mazelas do sistema carcerário. Além disso, com previsão de hipóteses bastante pontuais, observamos que há particularidade de casos, que fogem da normalidade e exigem tal tratamento por questões humanitárias. Diminui, ainda, o contingente penitenciário de presos provisórios, que hoje ocupam mais de 40% do sistema¹⁸.

3. O IMPACTO DA LEI Nº 13.769/2018 NA APLICAÇÃO DO PRECEDENTE DO STF QUANTO A PRISÃO DOMICILIAR DA MULHER MÃE DE CRIANÇA E GRÁVIDA

O entendimento firmado pelo STF no julgamento do *Habeas Corpus* Coletivo nº 143.641/SP¹⁹, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, julgado no dia 20 de fevereiro de 2018 é no sentido de que no caso das hipóteses previstas no art. 318, incisos IV e V do Código de Processo Penal²⁰ há obrigatoriedade na concessão da prisão domiciliar para todas as mulheres presas e aquelas que viessem a ser.

Entretanto, de acordo com a decisão da Corte Superior, cabem exceções à previsão legal, em que a prisão domiciliar não será decretada, são elas: se a mulher tiver praticado crime mediante violência ou grave ameaça; se a mulher tiver praticado crime contra seus descendentes; em outras situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegaram o benefício.

As duas primeiras exceções se relacionam justamente com o melhor interesse da criança. Em casos tais, o retorno da genitora ao convívio com seus filhos traria mais malefícios do que benefícios, os expondo diretamente à risco. A terceira exceção ficaria à critério do juiz, para analisar diante do caso concreto se a concessão de prisão domiciliar seria ou não adequada.

A Lei nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018, altera a redação do Código de Processo Penal, adicionando o art. 318-A, para positivar em parte o entendimento manifestado pelo STF sobre o tema. Além de determinar quais as hipóteses em que a mulher faz jus a

¹⁸ DEPEN. *Relatório do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça*. Disponível em: < <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulga-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>> Acesso em: 16 out. 2018.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus Coletivo nº 143641/SP*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

²⁰ Idem. *Decreto-Lei nº 3.689* de 03 de outubro de 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 14 out. 2018.

substituição, seguindo a mesma diretriz da decisão da Corte, traz ainda as situações excepcionais.

É nas exceções que está a grande polêmica, pois não foi positivada a terceira e última exceção trazida pelo STF: as situações excepcionalíssimas que o juiz iria analisar diante do caso concreto. Teria sido um silêncio eloquente do legislador com o objetivo de superar, neste ponto, o entendimento do STF sobre o tema ou é simples omissão, que pode ser preenchida pela aplicação do precedente superior?

Parte da doutrina²¹ entende que a terceira exceção continua a poder ser aplicada, pois não deriva de interpretação da lei, mas sim de uma construção jurisprudencial. Ademais, sustentam que o legislador não tem a capacidade de prever todas as hipóteses excepcionais, sendo justificável que o magistrado, diante do caso concreto, faça a análise dos requisitos da decretação da prisão preventiva²².

O entendimento²³ nesse sentido ainda levanta o fato de que a prisão domiciliar tem natureza cautelar e deve ser analisada sob as diretrizes estabelecidas no art. 292, do Código de Processo Penal, quais sejam: necessidade e adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Além disso, acabaria por violar o art. 5º, da Constituição Federal de 88, que garante, entre outros, o direito à segurança²⁴.

De um lado há a necessidade de proibição de excesso por parte de alguns magistrados no que diz respeito a proteção integral da criança, mas de outro há a impossibilidade do juiz se omitir diante de situação em que direitos estão sendo violados. Nesse caso, a ponderação entre esses dois direitos deve ser orientada pelo princípio da proporcionalidade e razoabilidade. Logo, quem defende a aplicação da exceção prevista na decisão do STF, defende que é nesse ponto que o tema ganha ponderação equilibrada de direitos²⁵.

²¹ DIZER O DIREITO. *Comentários à Lei 13.769/2018: prisão domiciliar e progressão especial para gestantes e mulher que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência*. Disponível em: < <http://www.dizerodireito.com.br/2018/comentarios-lei-137692019-prisao.html> > Acesso em: 18 mar. 2019.

²² *Ibid.*

²³ CUNHA, Rogério Sanches. *Breves comentários às Leis 13.769/18 (prisão domiciliar), 13.771/18 (feminicídio) e 13.772 (registro não autorizado de nudez ou ato sexual)*. Disponível em: < <http://s3.meusitejuridico.com.br/2018/12/9c20f715-breves-comentarios-as-leis-13769-18-prisao-domiciliar-13771-18-feminicidio-e-13772-18.pdf> >. Acesso em: 18 mar. 2019.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

Mais ainda, mesmo que se admita que estamos diante de direito subjetivo da presa, sempre haverá margem para que o juiz formule algum conceito de ordem subjetiva, como por exemplo a análise se a criança, filha da presa, está efetivamente em sua companhia²⁶.

Como últimos argumentos, o Ministro do STJ, Reynaldo Soares da Fonseca, em seu voto em processo²⁷ sobre o tema, enuncia ainda que o principal objetivo da lei²⁸ que altera o Código de Processo Penal é a proteção da criança e não a concessão de uma espécie de salvo-conduto às mulheres que cometem crime sem violência ou grave ameaça.

O Ministro, em outra oportunidade²⁹, entendeu que naquilo que a lei não regulou deve ser aplicada a decisão do STF, pois uma interpretação restritiva poderia culminar em risco efetivo e indireto à criança ou deficiente, cuja proteção deve ser integral e prioritária. Portanto, a separação excepcionalíssima da mãe e da criança só poderia ocorrer quando violar direitos dos mesmos, tendo em vista a força normativa da lei em vigor.

O STJ vem aplicando tal entendimento em seus julgados sobre o tema. À título de exemplo, existem algumas situações que os Ministros, tanto da Quinta, como da Sexta Turma, entendem que, apesar de não ter disposição na lei, se tratam de casos excepcionais que justificam a negação da concessão de prisão domiciliar.

São elas: a grande quantidade de droga apreendida com a mulher³⁰; o fato de que o armazenamento e a comercialização de drogas se dava na presença da prole, dentro de sua casa³¹; a reincidência da mulher; o fato da mulher integrar facção criminosa perigosa, tendo cometido práticas violentas além do tráfico, como por exemplo o uso de arma de fogo³².

²⁶ Ibid.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em *Habeas Corpus* nº 426.526/RJ. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1788878&num_registro=201703073354&data=20190220&formato=PDF > Acesso em: 19 mar. 2019.

²⁸ A lei em comento extrai seu fundamento do art. 227 da Constituição Federal.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 470.549/TO. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: < http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1792638&num_registro=201802472603&data=20190220&formato=PDF > Acesso em: 19 mar. 2019.

³⁰ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Habeas Corpus* nº 475.064/GO. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201802768778&dt_publicacao=07/12/2018 >. Acesso em: 18 mar. 2019.

³¹ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 461.631/RO. Relator: Ministro Felix Fishcer. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201801899340&dt_publicacao=16/10/2018 > Acesso em: 18 mar. 2019.

³² Idem. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental em Habeas Corpus* nº 426.526/RJ. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1788878&num_registro=201703073354&data=20190220&formato=PDF > Acesso em: 19 mar. 2019.

Ademais, o Tribunal da Cidadania³³ já fixou parâmetros em que a prisão domiciliar deve ser concedida mesmo que no caso da mulher esteja sendo acusada de tráfico de drogas. São os critérios: a mulher não ser reincidente, não ter o crime de tráfico ocorrido dentro de sua residência e não ter envolvido os seus filhos na atuação criminoso.

Sobre a reincidência, o STF, no julgamento do *Habeas Corpus* Coletivo nº 143.641/SP, já havia mencionado anteriormente que não é motivo que enseja a não aplicação da prisão domiciliar por si só, devendo o magistrado analisar as circunstâncias do caso concreto.

Em sentido diametralmente oposto, há entendimento de que a promulgação da lei tornou impossível a aplicação da exceção enunciada pelo STF em momento anterior, tendo ela suprimido a discricionariedade do juiz.

Nesse sentido, em artigo recentemente publicado, o juiz auxiliar do Supremo Tribunal Federal Fernando Barbagalo anuncia³⁴ que a redação do caput do art. 318 do Código de Processo Penal dava margem interpretativa, que sumiu com a inclusão do art. 318-A. Entende o magistrado que a nova lei impõe a substituição quando atendidos requisitos de ordem meramente objetiva e não estabelece nenhuma ressalva que dê espaço para interpretação do juiz a luz do caso concreto.

Em tom de crítica, ressalta o magistrado que a lei deu origem a uma modalidade de constrição domiciliar obrigatória, afastando quase que por completo o controle judicial da prisão domiciliar em tais casos.

Diante do exposto, a intenção do legislador seria de criar um poder-dever ao magistrado, que somente não poderia aplicar o dispositivo se vislumbrasse uma das situações dispostas em lei, motivo pelo qual a lei é considerada mais benéfica que a decisão do STF, que abre espaço para o julgador não conceder a prisão domiciliar a depender do caso concreto.

Seguindo essa posição, a lei que altera o art. 318-A traz uma redação mais atual e mais específica sobre o tema, devendo ela prevalecer. Ou seja, o uso de verbo impositivo no caput do art. 318-A deve prevalecer sob a do caput do art. 318 que dá ao juiz a possibilidade de aplicação.

³³ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 470.549/TO. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: < http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1792638&num_registro=201802472603&data=20190220&formato=PDF > Acesso em: 19 mar. 2019.

³⁴ BARBAGALO. Fernando. *Lei nº 13.769/2.018: primeiras impressões*. Disponível em: < <https://www.tjdf.jus.br/institucional/imprensa/artigos/lei-13-769-2-018-primeiras-impressoes-juiz-fernando-barbagalo> > Acesso em: 19 mar. 2019.

Entender em sentido contrário abriria espaço para decisões judiciais, como vêm ocorrendo no âmbito do STJ³⁵, no sentido de não permitir a concessão ou conversão no caso do crime praticado ser o de tráfico de entorpecentes. Estaria diante de um retrocesso e uma ineficiência de um dos objetivos da norma, que é justamente a de redução do número de mulheres encarceradas, levando em conta as condições desumanas e degradantes dos estabelecimentos prisionais.

Isso se justifica porque, segundo pesquisas³⁶, o tipo penal que mais leva à condenação de mulheres no Brasil é o tráfico de entorpecentes, com índice que chega a 62% das condenações.

É seguindo esse entendimento que se critica³⁷ que a imprecisão do termo abre lastro para diversas interpretações do poder judiciário, em grande medida, arbitrárias, contrariando os fins propostos pela própria decisão.

Logo, permitir a interpretação do juiz diante do caso concreto sobre a substituição ou não da prisão preventiva por domiciliar é violar a força impositiva da previsão legal, que traz um caráter objetivo de aplicação, encerrando qualquer margem de discricionariedade para o magistrado como determinava a decisão do STF. Por fim, a intenção do legislador, quando se omite na previsão de uma hipótese mais aberta é justamente de vedá-la.

O tema é divergente e não foi pacificado, não tendo o STF sido chamado a se manifestar, dada a atualidade do debate.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou que diante do cenário de graves violações de direitos fundamentais dentro dos estabelecimentos prisionais brasileiros, foram adotadas medidas para solução do problema, com iniciativa tanto do Poder Judiciário, que atuou de maneira mais afirmativa em suas decisões, como do Poder Legislativo, no que diz respeito a modificação das lei.

³⁵ CUNHA, Rogério Sanches. *STJ: situações excepcionais que justificam a prisão preventiva de mulher gestante ou grávida*. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/02/22/stj-situacoes-excepcionais-justificam-prisao-preventiva-da-mulher-gestante-ou-que-mae/>> Acesso em 19 mar. 2019.

³⁶ DAPP FGV. *Encarceramento feminino*. Disponível em: <daap.fgv.br/publicacao/encarceramento-feminino-policy-paper/> Acesso em: 19 mar. 2019.

³⁷ MOURA, Gina Kerly Pontes Moura; ROCHA, Jorge Bheron; LANDIM, Maria Noêmia Pereira. *Tribuna da Defensoria: Indeferimentos de prisão domiciliar devem ser revistos*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-01/indeferimentos-prisao-domiciliar-revistos-lei>> Acesso em: 19 mar. 2019.

No caso trabalhado, a possibilidade da decretação da prisão domiciliar para mães de filhos menores de 12 anos e de nascituros é uma dessas medidas que primeiro foi implementada pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* Coletivo nº 143.641/SP e depois melhor aprimorada pela Lei nº 13.769/2018, que positiva tal possibilidade.

Entretanto, ficou claro que existe um conflito entre a decisão do Tribunal Superior e do ato normativo posterior, pois esta, em tese, não possibilitaria uma avaliação por parte do magistrado do caso concreto, dando menor margem à interpretação.

Diante da ausência da previsão legal de situações excepcionais que autorizam o juiz a não conceder a prisão domiciliar, apesar do preenchimento dos demais requisitos, cinge-se a controvérsia: trata-se de omissão intencional do legislador que não pretende mais que haja análise do caso concreto por parte do juiz, devendo a mulher preencher único e exclusivamente os requisitos previstos de forma expressa ou prevalece o entendimento anterior do Supremo Tribunal Federal dando tal poder ao magistrado.

A doutrina se divide sobre o tema pelos mais diversos motivos expostos no terceiro capítulo do trabalho. Nos tribunais, o Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou sobre o tema, diante de sua atualidade, já que a modificação da lei ocorreu no final de 2018.

Levando em conta as decisões mais recentes, verifica-se um entendimento quase que pacífico do Superior Tribunal de Justiça que, em reiteradas decisões, mantém o mandamento do corte suprema, possibilitando que o juiz não conceda a prisão domiciliar diante da análise do caso concreto.

Parece ter havido um avanço positivo não só com a decisão paradigma, mas também com a modificação da lei. Entretanto, de um lado há uma interpretação um pouco mais conservadora, que diminuiria os casos de conversão ou decretação da prisão domiciliar, pois abre uma margem de discricionariedade do magistrado que pode culminar em diversas decisões negativas, impedindo a cessação da violação de direitos.

Esta pesquisa pretende sustentar a importância do tema em análise, demonstrando que existe uma controvérsia que precisa ser pacificada, tendo em vista sua repercussão social.

Levando em conta o princípio da separação de poderes, esse controle do Poder Judiciário pelo Poder Legislativo e vice-versa é muito saudável para a democracia brasileira.

Ao tempo da decisão do *Habeas Corpus*, o Supremo Tribunal Federal faz uso da técnica de *judicial review* da lei posta, ampliando a possibilidade de decretação e conversão da prisão em domiciliar feminina. Diante do movimento do judiciário, atuante para minimização da violação de direitos, o Poder Legislativo também segue o mesmo ritmo, alterando o Código de Processo Penal para positivar a decisão.

Entretanto, diante de um diálogo institucional, em menor medida, os legisladores positivaram a decisão, mas o fazem com supressão de parte dela, o que gera a controvérsia hoje discutida.

Pelo exposto, não há como negar que, em sua maior parte, a atual redação do art. 318-A, do Código de Processo Penal é a reprodução da decisão paradigma do Supremo Tribunal Federal. Mas também não se pode ignorar o fato de que houve sim uma omissão e que na lei não é dada ao magistrado a discricionariedade diante do caso concreto.

Ante o exposto, a proposta do autor é demonstrar que o tema ainda não foi pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, que deve ser chamado a decidir em breve. Ademais, visa demonstrar seu posicionamento no sentido de aplicação literal do dispositivo legal.

Ao longo do primeiro capítulo ficou demonstrada a importância do ativismo judicial como forma de resguardar direitos fundamentais, o que ocorreu não só quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu o estado de coisa inconstitucional do nosso sistema carcerário, como também quando determinou a decretação e conversão da prisão domiciliar no caso de mulheres mães e gestantes. Porém, existe também a técnica de autocontenção do poder judiciário (*judicial self restraint*), que não pode decidir no sentido de suprimir direitos em hipóteses em que a literalidade da lei os resguarda.

REFERÊNCIAS

BARBAGALO. Fernando. *Lei nº 13.769/2018: primeiras impressões*. Disponível em: < <https://www.tjdf.jus.br/institucional/imprensa/artigos/lei-13-769-2-018-primeiras-impressoes-juiz-fernando-barbagalo> > Acesso em: 19 mar. 2019.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689* de 03 de outubro de 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm >. Acesso em: 14 out. 2018.

_____. *Lei nº 7.210* de 11 de julho de 1984. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm >. Acesso em: 22 fev. 2019.

_____. *Lei nº 13.257* de 8 de março de 2016. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm >. Acesso em: 18 mar. 2019.

_____. *Lei nº 13.769* de 19 de dezembro de 2018. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13769.htm > Acesso em: 18 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 14 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus Coletivo nº 143641/SP*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 426.526/RJ*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1788878&num_registro=201703073354&data=20190220&formato=PDF> Acesso em: 19 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 470.549/TO*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1792638&num_registro=201802472603&data=20190220&formato=PDF> Acesso em: 19 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 475.064/GO*. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201802768778&dt_publicacao=07/12/2018>. Acesso em: 18 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 461.631/RO*. Relator: Ministro Felix Fishcer. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201801899340&dt_publicacao=16/10/2018> Acesso em: 18 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 426.526/RJ*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1788878&num_registro=201703073354&data=20190220&formato=PDF> Acesso em: 19 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 470.549/TO*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1792638&num_registro=201802472603&data=20190220&formato=PDF> Acesso em: 19 mar. 2019.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Lei 12.403 comentada: Medidas Cautelares, Prisões Provisórias e Liberdade Provisória*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013.

CUNHA, Rogério Sanches. *Breves comentários às Leis nº 13.769/18 (prisão domiciliar), 13.771/18 (feminicídio) e 13.772 (registro não autorizado de nudez ou ato sexual)*. Disponível em: < <http://s3.meusitejuridico.com.br/2018/12/9c20f715-breves-comentarios-as-leis-13769-18-prisao-domiciliar-13771-18-feminicidio-e-13772-18.pdf> >. Acesso em: 18 mar. 2019.

_____. *STJ: situações excepcionais que justificam a prisão preventiva de mulher gestante ou grávida*. Disponível em: < <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/02/22/stj-situacoes-excepcionais-justificam-prisao-preventiva-da-mulher-gestante-ou-que-mae/> > Acesso em: 19 mar. 2019.

DAPP FGV. *Encarceramento feminino*. Disponível em: < daap.fgv.br/publicacao/encarceramento-feminino-policy-paper/ > Acesso em: 19 mar. 2019.

DEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Disponível em: < http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf >. Acesso em: 16 out. 2018.

_____. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. INFOPEN MULHER*. Disponível em: < http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf >. Acesso em: 16 out. 2018.

_____. *Relatório do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça*. Disponível em: < <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulga-novo-relatorio-do-infopen- nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf> > Acesso em: 16 out. 2018.

DIZER O DIREITO. *Comentários à Lei 13.769/2018: prisão domiciliar e progressão especial para gestantes e mulher que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência*. Disponível em: < <http://www.dizerodireito.com.br/2018/comentarios-lei-137692019-prisao.html> > Acesso em: 18 mar. 2019.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MOURA, Gina Kerly Pontes Moura; ROCHA, Jorge Bheron; LANDIM, Maria Noêmia Pereira. *Tribuna da Defensoria: Indeferimentos de prisão domiciliar devem ser revistos*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-jan-01/indeferimentos-prisao-domiciliar-revistos-lei> > Acesso em: 19 mar. 2019.

SARMENTO, Daniel. *Petição Inicial da ADPF nº 347*. Disponível em: < <http://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf> >. Acesso em: 14. Out. 2018.

SZABÓ, Ilona; RISSO, Melina. *Segurança pública para virar o jogo*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.