



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE LAVRAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

TATIANE APARECIDA DE ABREU MARCELINO

**PRISÃO DOMICILIAR PARA GESTANTES E MÃES PRESAS
PROVISORIAMENTE: (IM)POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DO
BENEFÍCIO ÀS PRESAS CONDENADAS DEFINITIVAMENTE**

**LAVRAS – MG
2019**

TATIANE APARECIDA DE ABREU MARCELINO

**PRISÃO DOMICILIAR PARA GESTANTES E MÃES PRESAS
PROVISORIAMENTE: (IM)POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DO
BENEFÍCIO ÀS PRESAS CONDENADAS DEFINITIVAMENTE**

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Lavras, como parte das
exigências do curso de graduação em
Direito.

Orientador(a): Prof. Me. Adriane Patrícia
dos Santos Faria

**LAVRAS – MG
2019**

Ficha Catalográfica preparada pelo Setor de Processamento Técnico da
Biblioteca Central do UNILAVRAS

| | |
|-------|---|
| M323p | <p>Marcelino, Tatiane Aparecida de Abreu.</p> <p>Prisão domiciliar para gestantes e mães presas provisoriamente: (Im)possibilidade de extensão do benefício às presas condenadas definitivamente / Tatiane Aparecida de Abreu Marcelino; orientação de Adriane Patrícia dos Santos Faria. -- Lavras: Unilavras, 2019.</p> <p>49 f.</p> <p>Monografia apresentada ao Unilavras como parte das exigências do curso de graduação em Direito.</p> <p>1. Aplicabilidade. 2. Prisão domiciliar. 3. Progressão de regime. 4. Extensão. 5. Condenadas. I. Faria, Adriane Patrícia dos Santos (Orient.). II. Título.</p> |
|-------|---|

TATIANE APARECIDA DE ABREU MARCELINO

**PRISÃO DOMICILIAR PARA GESTANTES E MÃES PRESAS
PROVISORIAMENTE: (IM)POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DO
BENEFÍCIO ÀS PRESAS CONDENADAS DEFINITIVAMENTE**

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Lavras, como parte das
exigências do curso de graduação em
Direito.

APROVADA EM: 17/09/2019

ORIENTADOR (A)

Prof. Me. Adriane Patrícia dos Santos Faria/ UNILAVRAS

MEMBRO DA BANCA

Prof. Pós-Dr. Denilson Victor Machado Teixeira/ UNILAVRAS

LAVRAS-MG

2019

RESUMO

Introdução: O presente estudo apresenta a situação de crianças que convivem com suas genitoras dentro do cárcere, que correm risco a saúde física e psíquica.

Objetivo: aplicar de forma extensiva a prisão domiciliar a todas as mulheres presas independentemente da situação jurídica no que tange a pena, com o intuito principal, o bem estar social dos infantes, que a luz da norma reflita de forma necessária para o magistrado na hora de aplica-la.

Metodologia: Realizado por pesquisas bibliográficas, jurisprudenciais de método analítico aborda a necessidade de extensão do benefício da prisão domiciliar para mulheres mães e gestantes que se encontram encarceradas e que não fazem jus ao benefício das presas provisórias. Tendo em vista a frequência de menores, filhos de detentas em penitenciarias não é medida considerada adequada, por ferir princípios constitucionais e não ser adequado o convívio dos mesmos. Ademais há prejuízos que lhes são causados em relação a precariedade dos sistemas prisionais brasileiros.

Resultados: O estado deve garantir os direitos inerentes as presas crianças e aos adolescentes, a efetivação do princípio da dignidade humana, estabelecer o mínimo de respaldo legislativo para que a norma se estabelece de forma plena. Com o advento da Lei 13.257/2016 e o HC coletivo 143.641/SP, que inovou o ordenamento jurídico para maior atender as crianças e aos adolescentes de forma a beneficiar mulheres presas que possuem filhos.

Conclusão: Ocorre que não corresponderam às expectativas, pois os magistrados ainda não consolidaram entendimento, por afirmarem que a gravidade do delito fere a ordem pública, que ainda se sobressai, e não bem estar e o convívio familiar do infante. Por fim houve neste conceito a criação da Lei 13.769/2018 que veio beneficiar mães e gestantes condenadas, mas ainda não está sendo aplicada com justeza por parte dos magistrados de primeira instancia, de maneira que é possível em instâncias superiores, por atender à necessidade maior que é o interesse da criança. Mas os requisitos exigidos para progressão de regime diferenciada são considerados complexos e devem ser revistos para que assim possa ser estendido o benefício.

Palavras-chave: aplicabilidade; prisão domiciliar; progressão de regime; extensão; condenadas.

ABSTRACT

Introduction: The present study presents the situation of children who live with their parents in prison, who are at risk to physical and mental health. **Objective:** Extensive application of house arrest to all women prisoners regardless of the legal situation with regard to punishment, with the main purpose, the social welfare of infants, so that the light of the norm reflects in a necessary way for the magistrate on the spot. to apply it. **Methodology:** Performed by bibliographical research, case law of the analytical method addresses the need to extend the benefit of house arrest to women mothers and pregnant women who are incarcerated and who are not entitled to the benefit of provisional prisoners. Given the frequency of minors, children of detainees in prisons is not considered appropriate because it violates constitutional principles and is not appropriate to live with them. In addition there are damages caused to them in relation to the precariousness of the Brazilian prison systems. **Results:** The state must guarantee the rights inherent to prey children and adolescents, the implementation of the principle of human dignity, establish the minimum legislative backing so that the standard is fully established. With the advent of Law 13.257 / 2016 and the collective HC 143.641 / SP, which innovated the legal system to better serve children and adolescents to benefit women prisoners who have children. **Conclusion:** It turns out that they did not live up to expectations, because the magistrates have not yet consolidated understanding, for claiming that the seriousness of the offense hurts the public order, which still stands out, and not well being and the family life of the infant. Finally, in this concept there was the creation of Law 13.769 / 2018 that came to benefit condemned mothers and pregnant women, but is not yet being applied fairly by the first instance magistrates, so that it is possible in higher instances, because it meets the greater need that is the interest of the child. But the requirements required for differentiated regime progression are considered complex and must be reviewed so that the benefit can be extended.

Keywords: applicability; home prison; regime progression; extension; doomed.

LISTA DE SIGLAS

| | |
|-------|---|
| CF/88 | Constituição Federal de 1988 |
| ECA | Estatuto da Criança e Adolescente de 1990 |
| CPP | Código de Processo Penal de 1941 |
| STF | Supremo Tribunal de Justiça |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 6 |
| 2 REVISÃO DA LITERATURA | 7 |
| 2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. | 7 |
| 2.2 PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA DA PENA..... | 9 |
| 2.3 VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO DIREITO PENAL..... | 9 |
| 2.4 COMISSÃO INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. | 11 |
| 2.5 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE NO DIREITO PENAL..... | 13 |
| 2.6 PRINCÍPIOS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL..... | 14 |
| 2.7 PRINCÍPIO PERTINENTE À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE..... | 16 |
| 2.8 DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE..... | 17 |
| 2.9 PRISÃO PREVENTIVA | 18 |
| 2.10 MULHERES NO CÁRCERE..... | 20 |
| 2.11 DIREITO DAS MÃES ENCARCERADAS E DOS FILHOS À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. | 22 |
| 2.12 PRISÃO DOMICILIAR..... | 23 |
| 2.13 LEI DE EXECUÇÃO PENAL | 25 |
| 2.14 APLICAÇÃO DA PRISÃO DOMICILIAR PARA CONDENADAS..... | 26 |
| 2.15 LEI 13.257/2016 | 28 |
| 2.16 HABEAS CORPUS COLETIVO 143.641/SP..... | 30 |
| 2.17 APLICABILIDADES DA DOMICILIAR, DEFERIMENTOS E INDEFERIMENTOS. | 33 |
| 2.18 DISCUSSÃO DA PRISÃO DOMICILIAR APÓS CONDENAÇÃO EM 2ª INSTÂNCIA | 36 |
| 2.19 DA PROGRESSÃO DE REGIME DIFERENCIADA PARA MÃES E GESTANTES..... | 40 |
| 3 CONSIDERAÇÕES GERAIS | 42 |
| 4 CONCLUSÃO | 45 |
| REFERÊNCIAS..... | 48 |

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo terá por objetivo demonstrar a aplicação da prisão preventiva para mulheres gestantes e mães com filhos menores de doze anos de idade e incapazes, sendo neste caso necessária a extensão do benefício da medida de prisão domiciliar para presas condenadas segundo os princípios constitucionais e os princípios da lei penal, bem como os princípios oriundos do Estatuto da Criança e do Adolescente que visa trazer garantias e segurança aos infantes, no intuito de relacionar a ótica da proteção familiar.

O sistema prisional brasileiro não comporta mais tantos detentos, causa geradora de superlotações, rebeliões e falta de efetivo, configurada pela desídia do estado perante a classe carcerária, violando direitos fundamentais do ser humano. A notificação a Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, declarando maus tratos e crueldades praticadas contra os detentos, gerando repulsa a sociedade. Com o advento da Lei 13.257/2016, trouxe para a legislação as situações que podem causar riscos à saúde e à integridade das crianças e gestantes, dentro do cárcere, que vive momentos difíceis na atual conjuntura.

A prisão preventiva é a medida após a prisão em flagrante, necessária a verificação da possibilidade de liberdade provisória ou a necessidade da prisão preventiva, adotada para serem de imediato analisados os requisitos autorizadores para a prisão. Segundo Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2017), a prisão será admitida até mesmo sem a instauração do inquérito policial, sendo analisados os requisitos autorizadores do procedimento inicial investigatório. De modo que será necessário que se comprovem os indícios de materialidade do fato e autoria, a decretação da prisão ocorrerá dentro desses trâmites.

A problemática no bojo da pesquisa será: Existem soluções igualitárias para as mulheres gestantes e mães com filhos menores de 12 anos de idade ou incapazes, que se encontram presas provisoriamente ou condenadas por crimes com penas maiores a serem cumpridas? A questão não será em si conceder a domiciliar somente às presas provisórias e sim a admissibilidade para abranger as presas condenadas que também são mulheres e mães, como as outras, o que não está sendo utilizado em conformidade perante os tribunais regionais estaduais.

Esta pesquisa procurará relatar e analisar os resultados obtidos com a nova Lei 13.257/2016 e o Habeas Corpus Coletivo 143.641/SP, que veio garantir as presas provisórias o benefício da prisão domiciliar e proteger o convívio familiar, bem como a Lei 13.769/2018 que alterou pontos relevantes no Código de Processo Penal e na Lei de Execuções Penais, decisões e jurisprudências no sentido de beneficiar várias mulheres gestantes e mães presas provisoriamente e condenadas, ou seja, casos de deferimentos e indeferimentos do benefício.

O fato de exercer o poder familiar, sem incompatibilidade, dentro do seio familiar, oportunizar os direitos às condenadas, estabelecendo medidas menos gravosas, no intuito de beneficiar não somente as mães ou as gestantes, como também as crianças que dependem inicialmente do afeto materno, primando pelos princípios norteadores da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ademais, desafogará os estabelecimentos prisionais na maior parte do Brasil, onde as condições são inóspitas para o desenvolvimento infantil, adotando medidas para solucionar ainda mais no que couber a domiciliar para mulheres gestantes e mães.

Neste sentido, os debates jurisprudenciais do Tribunal de Justiça de Minas Gerais acerca da aplicabilidade do instituto da domiciliar para as preventivas, vêm incessantemente sendo controversos, ou seja, em alguns casos se aplica, em outros, não.

De modo que não está sendo aplicada corretamente a Lei 13.257/2016 que, alterou os artigos do Código de Processo Penal, que trata em específico da prisão domiciliar, a Lei 13.769/2018 que, ainda alterou o Código de Processo Penal no que se refere-se a aplicabilidade da prisão domiciliar, quanto à Lei de Execução Penal para mulheres que cumprem pena e gozam do benefício da domiciliar.

2 REVISÃO DE LITERATURA

2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

A Constituição Federal de 1988 consagra diversos princípios pertinentes aos seres humanos. Os princípios basilares são os classificados como direitos fundamentais, que determinam as condições primordiais de convivência da sociedade.

São princípios que buscam determinar uma ordem de convivência, direitos e deveres de cada ser. O Estado, em suas relações de soberania, deve observar os direitos fundamentais, pois, através desses direitos não há abusos da parte soberana em face das pessoas.

A aplicação dos direitos fundamentais encontra respaldo na Constituição Federal de 1988, art. 5º, embora alguns artigos necessitem de condição legislativa, ou seja, casos que serão direitos diminuídos (BRASIL, 1988).

Os direitos fundamentais se classificam por outras formas, tais como; direitos individuais, civis, coletivos, sociais, de nacionalidade democrática, liberais entre outros.

No entanto, o princípio que entra no conteúdo do presente tema é o da Dignidade da Pessoa Humana, que tem o seu preceito secular na filosofia contemporânea, considerando que sua base é toda de uma estrutura principiológica da humanidade, através de acontecimentos humanos históricos, como se pode citar a 2ª Guerra Mundial, fato importante que deu início à nova estrutura legal, portanto, encontra-se descrito no art.1º, inciso III, da CF/88 (BRASIL, 1988).

Este princípio visa resguardar e proteger os direitos dos homens, reconhecer os valores das pessoas como seres humanos e se sobressai a todos os outros princípios.

Sylvio Clemente Motta Filho (2016) conclui que a nossa Constituição é deficiente na aplicação deste princípio, pois, quando se tratar de normas penais, no caso de pessoas presas, serão discutidas em estudos sobre as normas fundamentais.

Na função de demonstrar toda sua eficácia, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana não atua sozinho, há direitos fundamentais que são pertinentes a esse, como pode-se citar os direitos individuais.

De modo que figura também certa limitação entre o poder estatal e as pessoas, considerados como direitos naturais, onde o Estado deve ser responsável pelos seus atos no que diz respeito aos cidadãos, como se pode verificar os procedimentos descritos no art. 5º, incisos XLVIII, XLVIX e L da Constituição Federal de 1988, que dispõem que as pessoas presas merecem o respeito à integridade física e moral, e a pena que irão cumprir deve ser em locais especializados.

No que tange a idade e sexo da pessoa, de modo que ainda, assegura o direito para mulheres presidiárias permanecerem com seus filhos, conforme disposto na Constituição Federal de 1988:

Art. 5º. XLVIII. A pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; XLIX - É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; L - Às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (BRASIL, 1988).

Nesta consideração do art. 5º, inciso L da CF/88, fica demonstrado o direito individual e coletivo. Ambos conferem importância, de modo que a Constituição os consagra como direitos fundamentais da vida humana (BRASIL, 1988).

Desta forma, mulheres presas precisam amamentar seus filhos, e seus filhos precisam ser nutridos pelo leite materno desde seu primeiro dia de vida. O presente inciso traz dois direitos que estão previstos em outras leis, não somente pela Carta Magna, mas em outros dispositivos do ordenamento brasileiro, ou seja, o Código Penal, Lei 2.848/40 e o ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90.

A liberdade e a igualdade angariam o princípio da Dignidade Humana, que constitui e condiciona o Estado Democrático, os direitos fundamentais; as pessoas têm o direito de escolhas e são responsáveis por elas. Conforme leciona Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2016), o Estado garante essas liberdades de escolha, de forma que estrutura as condições conflitantes a estas, resultantes de sua liberdade.

A autonomia da presunção da dignidade humana não é mera situação de uma barreira que figura a relação estatal, trata-se de uma liberdade positivada, que não somente visa a imposição de barreiras pertinentes à liberdade configurada por escolhas de determinadas pessoas ou grupos, mas sim de encorajá-las para que possam assumir suas atitudes liberais e que exerçam de forma plena a liberdade e a igualdade.

2.2 PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA DA PENA.

O Princípio da Intranscendência ou da Responsabilidade Pessoal busca as garantias da aplicação individual da pena ao indivíduo, ou seja, a pessoa responde individualmente pela sua ilicitude, não abrangendo seus familiares. Desta forma nenhuma pena deverá passar da pessoa condenada, exceto nas relações de reparação de dano que serão estendidas aos sucessores até o limite do patrimônio, conforme depreende o art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

No âmbito do direito penal as sanções se remetem a um único patamar, que é a pessoa condenada, neste caso, as penas devem ser aplicadas, mas respeitando a individualidade humana. De modo que, à medida que se impõe às pessoas que cometem um crime é a repressiva e privativa do poder Estatal, já a aplicação da pena se remete ao agente infrator e não se pode estender às pessoas de sua família. O Princípio da Intranscendência Penal assegura a premissa de que o crime praticado pelo agente infrator não atinja os demais familiares, ou seja, somete o infrator responderá pela prática do delito (NUCCI, 2015).

No entanto, obsta dizer que os familiares dos apenados são privados de suas liberdades, pois, há casos em que a pessoa presa era quem provia os alimentos, ou que seria o único responsável pela criação dos filhos. Ademais, ficam tolhidos ao convívio familiar, dificultando ainda a ressocialização no ambiente de trabalho.

De outro modo, o Princípio da Intranscendência da pena cuida da premissa de que a pena não ultrapasse além da pessoa apenada, de modo que a punição atinja somente a pessoa que cometeu o ato criminoso. Neste sentido, a situação das prisões de forma geral não respeita totalmente este princípio, pois, em relação ao tema discutido, mulheres gestantes e mães presas são punidas, mas seus filhos acabam por cumprir as penas a elas impostas por terem que conviver presas à realidade do direito penal brasileiro.

2.3 VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO DIREITO PENAL.

A grande perturbação, que ainda existe, está ligada às garantias fundamentais pertinentes aos seres humanos, pois, gera um desconforto para a sociedade quando se trata de pessoas encarceradas.

As pessoas presas sofrem com discriminação e são vistas como “problemas para o Estado”, mesmo que este às vezes trabalhe em defesa delas e geralmente são vistos como pessoas que perdem os seus direitos por serem consideradas delinquentes.

O fato da pessoa ser um apenado, não quer dizer que seja um excludente de direitos e deveres, a Dignidade da Pessoa Humana, prevista na Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, inciso III, não traz exceções, ou seja, condiz com todos os seres humanos, incluindo os apenados do sistema penitenciário, em especial mulheres gestantes e mães, assim como seus filhos que também partilham dessas condições (BRASIL, 1988).

Ora, o Estado deve dar condições a esses apenados, para que sejam encarcerados de forma digna, para que preservem suas condições de seres humanos e que não sejam mitigadas essas condições a eles.

O Estado deve proteger e fazer com que tenham os seus direitos garantidos. A nossa Constituição dispõe que somos todos iguais perante a Lei, sem qualquer distinção ou menção ao contrário. O direito à vida é muito, senão o mais importante, pois é considerado requisito para que seja aplicado o exercício dos demais direitos.

No entendimento de Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2016, p.155):

As garantias institucionais resultam da percepção de que determinadas instituições (direito público) ou institutos (direito privado) desempenham papel de tão elevada importância na ordem jurídica que devem ter o seu núcleo essencial (as suas características elementares) preservado da ação erosiva do legislador. O seu objeto é constituído de um complexo de normas jurídicas, de ordem pública e privada. A garantia da família (art. 226) e a da autonomia da universidade (art.207) exemplifica essa categoria de normas entre nós.

Desta forma, torna-se evidente que o Estado se responsabiliza pela vida das pessoas encarceradas, não somente no âmbito da estrutura e condições do estabelecimento prisional, mas dos familiares dos detentos, inclusive as mães e gestantes que necessitam do vínculo materno com os filhos, e acabam colocando eles em risco contaminável, à saúde física e mental dessas crianças, limitando o convívio familiar.

Tendo em vista todas essas situações elencadas, fica demonstrado o total descaso do Estado para com essas pessoas, provocando evidentemente a violação do direito à vida, à dignidade e à convivência familiar das pessoas encarceradas, e conseqüentemente, a de seus familiares.

As detentas, de forma especial, gestantes e mães, além de perderem sua liberdade no momento da prisão, ficam tolhidas de criar seus filhos em ambientes menos agressivos e desumanos, pois nem sequer têm celas específicas às suas condições. Ficam ainda, restringidas de prover alimentos, educação e afeto a seus filhos.

A Constituição Federal de 1988 cuidou para que sejam asseguradas às mulheres a permanência com seus filhos durante a amamentação (BRASIL, 1988). O Estado é extremamente falho neste quesito, ainda mais agora com a situação das penitenciárias que não suportam tantos presos, devido à superlotação e tomam como medidas para flexibilizar, colocar mais de 20 presos em uma única cela, com capacidade para cinco pessoas.

Em alguns casos, mulheres e homens dentro da mesma cela, como por exemplo: Juíza do Pará, que deixou uma moça de 15 anos presa com outros detentos do sexo masculino na mesma cela; a adolescente foi torturada e violentada¹.

Neste sentido, o fato citado acima é considerado uma violação dos direitos humanos e inaceitável para o ordenamento jurídico maior, pois, fere o Princípio da Dignidade Humana.

Ainda há outras formas que levam a repulsa da sociedade e das famílias, como ocorre nas transferências de uma penitenciária para outra e que os condicionam a uma situação de risco e desumana, em muitos casos, para uma longa distância, limitando o acesso das famílias aos detentos.

Os magistrados que pregam as normas estabelecidas, geralmente a maioria deles desconhecem por “omissão” essa realidade do sistema carcerário, e, oprimidos pelo Estado, simplesmente lavam as mãos.

2.4. COMISSÃO INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS.

Em relação à proteção dos direitos humanos prevista na Corte Interamericana dos Direitos Humanos, os direitos à vida e à liberdade são dever do Estado, cumprir com todas as tarefas e requisitos que persistem nas considerações previstas na Corte

¹A magistrada foi apontada pelo CNJ como responsável por manter uma adolecer de 15 anos em uma cela masculina na delegacia de Abaetetuba (PA), em 2007. Em 2010, o conselho chegou a determinar a aposentadoria compulsória da magistrada, mas, em 2012, o Supremo suspendeu a aposentadoria (D'AGOSTINHO, 2019)

Internacional de Direitos Humanos. Somente será acionada a Corte, se o Estado demonstrar que está sendo falho na gerência desses direitos, o que vem acontecendo com nossa Nação brasileira em relação à criminalização de mulheres e o sistema carcerário (PEREIRA, 2017).

Assevera-se então que a desídia do Estado é considerada pela sociedade um dos fatores principais pelo acontecimento de revoltas dentro das penitenciárias. Desta forma, condizem com a realidade as chacinas que acontecem repentinamente nos presídios com excesso de presos, situações vivenciadas na maior parte dos estados brasileiros.

Ademais, essa crise no sistema penitenciário acarreta outras situações como; poucos agentes capacitados, a falta de verbas para médicos e enfermeiros e assistentes sociais entre outros fatores, que se o Estado atendesse o sistema prisional, estariam funcionando de forma estável.

No ano de 2015, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, publicou o relatório sobre as defensoras e defensores dos seres “Humanos nas Américas”, que destacou a forma como o direito penal tem sido prejudicial a esses movimentos, ferindo o princípio da Presunção de Inocência e generalizando a ordem pública. A criminalização feminina no direito penal ainda é recente, pois, as mulheres ainda são vistas como sexo frágil e que não seriam capazes de praticar crimes; anteriormente a prática de algum crime praticado pela mulher era visto como doença psiquiátrica (SANTOS; SOUZA, 2017).

Nota-se que realmente o ordenamento jurídico da classe penal no Brasil precisa de uma urgente reforma, pois é considerado muito antigo. Desta forma é imprescindível que os legisladores venham trazer uma resposta a atual criminalização no entorno do direito penal. Nem sempre a analogia a determinadas normas ou entendimentos jurisprudenciais vai chegar à total eficácia da norma; deve-se evoluir juntamente com a sociedade.

Por conta disso, em fevereiro de 2018, o Conselho Nacional de Justiça, recebeu mais de duas mil cartas de presidiários, relatando as condições do sistema carcerário, denunciando ainda, as agressões e abusos sofridos pelos agentes penitenciários, além de falta de medicamentos e médicos. Sendo verificada toda essa situação, foi considerada pelo defensor nacional dos Direitos Humanos da Defensoria Pública, que demonstrou total evidência de abandono e descaso no sistema carcerário brasileiro, tamanha indignação. (SOUZA; LIMA; DIAS, 2018).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou que o Brasil está relacionado como uma série de problemas no sistema carcerário, deixando claro o cenário de violação dos direitos humanos. Portanto a Corte, vendo a necessidade de interferir, promoveu uma audiência acerca da situação carcerária no Brasil. Nesta audiência ficou determinado que o governo deveria tomar providências a respeito das superlotações que estavam causando riscos e insegurança aos presidiários.

Assevera que, a maioria das penitenciárias do país está em situações calamitosas, e o Estado apertado com essa situação e a crise econômica, está tomando iniciativas para tentar que o sistema carcerário seja desafogado, ou seja, proporcionando transferências para penitenciárias maiores e concessão de domiciliares aos detentos do regime aberto.

Verifica-se, que, estas decisões não são plausíveis e não devem ser a solução, pois, estão se condicionando de forma errônea. Já que não há verbas suficientes, o Estado, junto ao poder Legislativo, deve estabelecer soluções, aproveitar também as normas já existentes e que detenham aplicabilidade na prática.

Ademais, que a aplicação de benefícios como a domiciliar não sejam uma faculdade do magistrado, mas sim, como uma obrigação nos casos relacionados às mulheres presas condenadas.

Considerando em primeiro momento, que o Estado tem o poder e dever de gerar essas condições de melhoria tanto no sistema prisional como no âmbito do poder Legislativo e poder Executivo, para solucionar de forma mais eficaz as superlotações carcerárias no país, e observando as normas jurídicas principalmente que versam sobre os Direitos Humanos, em específico o direito à vida, liberdade e a integridade da pessoa humana, o bem jurídico deve prevalecer com a finalidade de tentar modificar a situação do sistema carcerário brasileiro, sendo então lamentável que continue o descaso do Estado em relação aos apenados de forma geral.

2.5. PRINCÍPIO DA HUMANIDADE NO DIREITO PENAL.

O Princípio da Humanidade no Direito Penal configura para a doutrina a função de demonstração em que se aplicam as sanções no Brasil, ou seja, as penas a serem cumpridas no nosso país não podem ser consideradas, como em outros países norteamericanos, como penas de morte e prisões perpétuas entre outras, que são cumprimentos rigorosos. Ocorre que no direito penal brasileiro a pena deve-se pautar

na benesse para garantir a coletividade e o bem-estar social, de modo que a Constituição Brasileira não considera como pena as prisões perpétuas e as de morte, por serem consideradas cruéis.

Conforme leciona Guilherme de Souza Nucci (2018), o ordenamento jurídico brasileiro considera essas penas cruéis, mas adota como lei ordinária a pena privativa de liberdade, que se destaca com indiferença, pois, não temos condições carcerárias adequadas para esse cumprimento de pena, que é considerado regular, mas ao mesmo tempo se torna cruel porque são sistemas adequados para cumprimento, mas ineficazes por conta da má aplicação.

Nesta situação depara-se novamente com o princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, ou seja, nas condições que se relacionam ao sexo feminino no cumprimento de pena no Brasil.

Há uma grande diferença no que cabe ao cumprimento da pena, pois, para as mulheres gestantes e mães, que cumprem a pena privativa de liberdade, sejam presas provisórias ou condenadas, o fato de serem mães não modifica a situação com relação a pena imposta, sendo que todas são mães ou serão; dessa forma deve ser imposto o instituto do cumprimento da pena em prisão domiciliar, e requer que seja estendido o direito às mulheres presas com sentença condenatória, observando o Princípio da Igualdade.

2.6 PRINCÍPIOS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL.

O processo penal deve estar em conformidade com os princípios constitucionais. O processo age de forma garantidora aos fatos imputados, contra as arbitrariedades do Estado, de modo que não pode perder o interesse e muito menos a necessidade da prestação jurisdicional, para garantir que, de forma procedimental, possa cumprir as normas constitucionais.

Nesta hipótese, os princípios que angariam o processo penal são considerados fundamentais, por estarem expressos na Constituição Federal; estes princípios estão elencados em um rol taxativo, mas em contra partida, os juristas que dependem de uma construção efetiva da norma jurídica, classificam como princípios explícitos e implícitos (TAVORA; ALENCAR, 2013).

Desta forma todo ordenamento jurídico brasileiro é constituído de princípios que formam a base estrutural de cada lei ordinária. Observa-se que no direito penal e

processual penal, os institutos que dispõe regras que limitam tanto o poder estatal como os indivíduos que praticam algo que não está em conformidade com as regras procedimentais do ordenamento jurídico, sofrem sanções.

No entanto, esses princípios que norteiam tanto a Constituição quanto o direito penal, devem ser analisados a cada caso concreto, ou seja, cada princípio tem um fim, relacionados aos atos praticados.

Constata-se que, no presente momento, o tema relacionado a essa pesquisa é um caso concreto, que busca o respaldo principiológico e jurisdicional para tratar de determinada situação.

Portanto os princípios a serem tratados neste momento, serão os princípios elencados no Direito Processual Penal, pois, relacionam-se, no que couber às aplicações de penas a serem cumpridas por mulheres gestantes e mães que buscam através do entendimento doutrinário e jurídico a extensão dos direitos às presas, cujo cumprimento inicial se dá por prisão preventiva verso as que obtenham a condenação em que cumprirão suas penas fixadas pelo magistrado.

O princípio da “presunção de inocência” dispõe que deve ser considerado de início a autoria da infração criminal, que, posteriormente será arguida na sentença condenatória, art. 5º, inciso LVII da CF/88 (BRASIL, 1988).

Porém, antes deste fato procedimental, deve-se presumir que todos nós somos considerados inocentes, de modo que deverá ser alegado ao contrário por quem detém o ônus probatório desta menção, ou seja, o Ministério Público.

Nesta situação, fica a regra de liberdade ou encarceramento e essa medida tem que soar como uma estrita exceção. O Princípio da Presunção de Inocência, no que tange às medidas cautelares durante a persecução penal, exige um redobrado cuidado.

Ainda assim, o STF, nas súmulas 716 e 717, admite aplicação dos benefícios da Lei de Execução Penal, como a progressão de regime, aqueles que ainda não estejam definitivamente condenados, desde que exista sentença condenatória em que só a defesa tenha recorrido. É o que tem chamado de execução provisória (TAVORA; ALENCAR, 2013, p. 56).

Desta forma, a percepção na aplicação deste princípio viabiliza o entendimento de que nenhuma pessoa pode ser considerada culpada antes da sentença condenatória; a fase da persecução penal do ponto de vista a depender de cada Estado ou cidade é lenta e a desídia do Estado contribui efetivamente com a situação, levando as pessoas presas provisoriamente a ficarem longos períodos.

Neste mesmo raciocínio, as mulheres presas que precisam amamentar seus filhos e conviver com eles, ficam longos períodos a depender de visitas quinzenais, e, para isso, decorre primeiramente de cadastros no sistema prisional.

Resta a evidência somente por esse motivo de que a violação deste princípio se torna preciso, pois, não há no momento da prisão preventiva sequer uma condição de prestar o auxílio estatal a essas mulheres que necessitam amamentar seus filhos pelo menos em um local adequado e digno.

2.7 PRINCÍPIO PERTINENTE À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE.

A Constituição Federal de 1988, art. 227, que dispõe sobre os direitos pertinentes à criança, adolescente e ao jovem, determinam que esses sejam tratados com prioridades tanto pela sociedade bem como pelo estado.

O ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) prevê, em seu dispositivo, que a família juntamente com a sociedade, assegurará os direitos à vida, saúde, educação e dignidade da pessoa humana, art.4º da Lei 8.069/1990 (BRASIL, 1990).

Toda criança tem direito a crescer e ser educada dentro do seio familiar, tendo a proteção da família, de modo que, a base de um bom cidadão advém do âmbito familiar. As crianças no geral se espelham na vida dos pais, de modo que crescem dentro de um lar, aprendem a repartir e respeitar o próximo.

Na maior parte das famílias as crianças se desenvolvem no entorno de parentes, amigos e escola; esta por sua vez, ajuda a família a desenvolver as crianças como cidadãos do bem, para que sejam inseridos na sociedade; e juntamente com as famílias ensinam o melhor, a sabedoria e conhecimento.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, a saúde à alimentação, à educação ao lazer, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

Um dos princípios mais pertinentes nesta oportunidade, é o Princípio da Convivência Familiar, o qual dispõe que toda criança detém o direito de ter um lar, sendo criado por sua própria família, livre da presença de pessoas que fazem uso de substâncias entorpecentes e de locais inadequados para seu desenvolvimento, este princípio encontra respaldo na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Neste contexto o Estado promoverá ações sociais voltadas para o público das crianças e jovens; com este fundamento constitucional a emenda de nº 65, de 2010, determina que a lei do Estatuto da Criança e do Adolescente, além de resguardar os direitos a eles pertinentes, abrangerá ainda o Plano Nacional da Juventude, com o fim de priorizar a classe infantil. Neste sentido, a legislação busca trazer soluções para maior proteção às crianças e aos adolescentes, pois são considerados, a parte frágil e mais afetada em uma sociedade moderna. (MORAIS, 2017).

Através das normas elencadas no ordenamento jurídico, ficam demonstradas a todos os cidadãos, famílias e ao Estado, que é dever de todos, zelar pelo bem-estar de toda criança e adolescente, pois, são eles o futuro da nação, devendo ser protegidos e educados para uma formação digna e respeitosa.

No entanto, a sociedade se evolui constantemente, mudando os preceitos e as formas de se conviver, mas, o ser humano no geral, busca para seus descendentes o melhor, assim como a própria sociedade e o Estado.

Assim, nenhuma criança ou adolescente devem ser privado de seus direitos, ou seja, a educação, lazer, cultura, esporte, convívio familiar, entre outros. Ocorre, portanto, que a realidade brasileira é outra, considerando que a maior parte da população juvenil são crianças de famílias pobres ou órfãs.

Nesse sentido a proteção se quebra, pois, de um lado tem a falta de condições financeiras - não tem o que comer - e de outro o abandono de suas famílias ou que por motivos maiores são destinadas a viver nas ruas ou em abrigos.

2.8 DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

Toda criança e adolescente tem o direito à liberdade, respeito e dignidade da pessoa humana, de forma a ser resguardado o desenvolvimento social angariado no art.15 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8069/90 (BRASIL, 1990).

Estes direitos fundamentais vieram garantir uma maior atenção aos infantes, sendo reprisados em outros artigos, principalmente na Constituição Federal de 1988. As crianças brasileiras são sujeitas de direitos (BRASIL, 1988).

Com o advento da Lei 13.257/2016 dispõe mais uma vez que, devem ser priorizadas, a proteção contra toda forma de violência e pressão consumista, seja por parte da sociedade, família e do Estado (BRASIL, 2016).

O poder público através dessas repetitivas normas que angaria tanto o estatuto como outras leis ordinárias, que bebem na fonte do sistema constitucional, vem editando mais e mais normas na população infanto-juvenil, mas conforme salienta (Nucci, 2018), poucas que trazem inovações que realmente interessam aos direitos das crianças e adolescentes no Brasil. Assim, nas modificações feitas no estatuto como também no direito penal, veio abarcar a preocupação com mulheres presas.

Desta forma, seguindo o raciocínio do doutrinador, faz-se um questionamento: O poder público que cria uma creche dentro das penitenciárias para mulheres que possuem condenação de vários anos de prisão, o que realmente quer e pretende proteger? obsta dizer então que o interesse do infante e sua mãe é viver dentro de uma cela cercados por pessoas latrocinas, homicidas, entre outros.

Fica claramente demonstrado que ao poder público não importa necessariamente solucionar essa situação vivenciada nos sistemas carcerários brasileiros, deixando crianças e adolescentes conviverem dentro de ambientes inadequados para seu desenvolvimento natural.

Nesta lógica, pode ser dito, ao contrário e em defesa do poder público que, há parentes de mães presas que podem ficar com as crianças e cuidar deles. Ocorre primeiramente que esse entendimento já está previsto, mas nem todas as presas têm parentes, maridos e outros.

No entanto, onde fica “o direito de família”, que detém a premissa de que é fundamental o convívio entre mães e filhos? Resta então dizer que nada disso tem a ver com o interesse do estado democrático de direito! O interesse dos infanto-juvenis assim como de qualquer ser humano que goze dos direitos previstos constitucionalmente deve ser respeitado, sendo necessário não mais a criação de normas que tem a função de enfeitar um papel, mas colocar essas normas em prática.

2.9 PRISÃO PREVENTIVA.

A prisão preventiva acontece em qualquer fase da investigação policial ou processual e deve ser requerida pelo Ministério Público, querelante, autoridade policial ou assistente da acusação; pode também ser requerida de ofício pelo juiz, observando que o magistrado pode fazer de ofício desde que preenchido os requisitos dispostos no art. 312 CPP: materialidade comprovada e autoria na participação, entre outros (LIMA, 2016).

Nesta situação, é necessário justificar o motivo pelo qual aquela pessoa será mantida presa. O juiz pode fundamentar todos, mas apenas um motivo é suficiente para tal. O juiz precisa fazer a base da prisão preventiva em alguma das justificativas; quando o juiz enquadrar a situação daquele indivíduo em algum requisito do art. 312 do CPP (BRASIL, 1941), elenca os requisitos: garantia da ordem pública, da ordem econômica, por interesse da instrução criminal e para assegurar a ordem penal. Não precisa, necessariamente, enquadrar a conduta do indivíduo nos outros requisitos. Apenas deve citar que aquele requisito não se encaixa na situação do indivíduo.

O magistrado deve-se demonstrar imparcial aos feitos da fase ministerial da investigação bem como em todo procedimento, mas acaba neste ato da decretação da prisão, se afastando dessa nomenclatura, sem que qualquer das partes envolvidas seja ouvida e conforme a análise desses procedimentos dará sua decisão com base na forma do órgão acusatório (NUCCI, 2013).

Portanto o artigo 311 do Código de Processual Penal dispõe que o juiz não pode decretar a prisão preventiva de ofício na fase de investigação (BRASIL, 1941). Deste modo, é robusto que o magistrado deva perquirir a conduta da imparcialidade. Além do mais, nesta fase da persecução penal, estará inserida a fase de levantamento de provas, sendo considerada uma medida cautelar.

No que tange à prisão preventiva, está sendo considerada como medida subsidiária, entendimento este estabelecido pela reforma do Código de Processo Penal com a lei nº 12.403/2011. Será possível a conversão desta quando não couber a substituição da medida cautelar prevista no art. 319 do CPP (BARROS, 2018).

Neste conceito se faz jus doutrina ao entendimento acima exposto, pois, a prisão preventiva está ligada à fase investigativa, apuração dos fatos e levantamento de dados do fato delituoso.

A restrição de liberdade do agente infrator fica condicionada à apuração de toda persecução penal - para as mulheres que são presas preventivamente, devem aguardar todo este ato processual. Pela lei seria um procedimento rápido, mas nem sempre é assim; infelizmente as mazelas do estado e o abarrotamento de processos nos judiciários são fatores que contribuem para atrasar a finalização deste procedimento.

No entanto, a prisão preventiva poderá ser revogada pelo magistrado, quando esta se tornar inviável pelo lapso de tempo, pois é considerada como medida cautelar.

A revogação se dá no momento em que não estão mais elencados os requisitos que a autorizam, ou quando se fizer necessária que seja aplicada em grau menos ofensivo, de modo que poderá o magistrado, à luz da lei, ordenar que se substitua a prisão preventiva por medidas cautelares, devidamente expressas no ordenamento jurídico, segundo CPP (PACELLI, 2018).

Sendo observados esses requisitos, a pessoa será posta em liberdade ou deverá continuar presa. Até este acontecimento, será posto mais tempo dentro de uma cela. Nesta situação deverão ser analisados todos os fundamentos da necessidade de continuação ou não da prisão. Feita essa análise, o magistrado, entendendo que a pessoa presa faz jus aos requisitos impostos pelas cautelares, aplicará essa medida.

A conversão da prisão preventiva em domiciliar obedecerá aos requisitos do art. 319 do CPP, de modo que o inciso III e IV, referem-se às crianças menores de 6 (seis) anos e mães gestantes, sendo que a domiciliar será cumprida integralmente dentro do domicílio, sem poder sair, ou seja, as principais diferenças das medidas alternativas do art. 319 do Código de Processo Penal, serão aplicadas a qualquer pessoa, na hipótese de prisão domiciliar com recolhimento noturno dentro de determinado horário. (CAPEZ, 2016).

O aluído dispositivo abrange integralmente a questão discutida no referido projeto de pesquisa e traz necessariamente os requisitos para alcançar o benefício da domiciliar. Embora se limite a cada caso em concreto, como irá se depreender mais adiante, o recolhimento noturno será o meio pelo qual o indivíduo garantirá ao judiciário que não está importunando a ordem pública e estará restrito de cometer outros fatos incriminadores.

2.10 MULHERES NO CÁRCERE.

No decorrer dos anos, com a evolução da sociedade, a falta de emprego e o abandono da família, progressivamente, as mulheres são estimuladas a escolherem a vida do crime ou até mesmo compartilhar com seus parceiros ou maridos, que por maioria das vezes, obrigam-nas a levar drogas no presídio durante as visitas.

Essas mulheres devem receber respaldo da Justiça, pois elas, na grande maioria das vezes, não queriam se submeter a essas condições de vida. As mulheres grávidas presas em determinadas cadeias ou penitenciárias de segurança máxima, vem a ter seus filhos dentro das celas, com menor condição higiênica, e falta de médicos e enfermeiros para ajudar na evolução da gravidez, o que muito se dá ao descaso de se atender às presas. As crianças nascem com muita chance de contrair doenças infecciosas.

Há de se destacar que existem locais adequados sendo feitos nas regiões do Brasil, para abrigarem as mulheres grávidas e para que venham a ter seus filhos de forma mais segura e digna. Ocorre que ainda falta muito para isso chegar a todos os Estados brasileiros, pois a crise enfrentada no país ainda assola a economia e as dívidas só aumentam.

Nesse sentido tem-se as seguintes considerações do Conselho Nacional de Justiça (2018, p. 02):

Algumas unidades prisionais femininas possuem espaços razoavelmente adaptados às gestantes, lactantes e seus filhos. É o caso do Centro de Referência à Gestante Privada de Liberdade, em Vespasiano, entorno de Belo Horizonte (MG). Lá, 57 mulheres, 23 gestantes e 34 lactantes, convivem com seus filhos até estes completarem um ano. A diretora Miriam Moreira Alves diz que o sistema empregado no Centro propicia um diferencial importante na vida das mulheres e seus filhos ao permitir a reaproximação delas com a família.

Há de certa forma, uma briga constante entre os órgãos competentes para viabilizar recursos para construções de penitenciárias adequadas para receber mulheres gestantes e mães.

É imprescindível o elo materno entre mãe e filho, pois a criança que nasce e inicia sua infância ao lado da mãe, tende a ter um crescimento saudável e alegre, já, a criança que estabelece um vínculo afetivo com a mãe e de repente se vê sem ela, sofre emocionalmente e psicologicamente. Contudo, há ainda pessoas a criticarem, pois o filho terá o direito à visita da mãe de quinze em quinze dias, mas o fato é: essa criança não detém discernimento para entender essa condição imposta. (SILVA, 2018).

Entorno dessa situação, o judiciário flexibilizou ainda mais no que tange às mães presas provisoriamente, possibilitando a prisão em seu próprio domicílio, atendendo as garantias do bem social e moral da criança, de forma subsidiária estendendo às mães, pois os menores dependem dos cuidados maternos.

2.11 DIREITO DAS MÃES ENCARCERADAS E DOS FILHOS À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA.

A Constituição Federal dispõe que caberá à defensoria pública de cada comarca, prestar auxílio de assistência jurídica gratuita de forma integral, as pessoas que dela necessitar.

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (BRASIL, 1988).

É importante demonstrar que tanto as mães presas quanto as crianças têm o direito de buscar a justiça gratuita perante o Estado, cabendo aos Defensores Públicos atuar na Vara da Infância e Juventude ou na Vara de Execuções Criminais, primando pela convivência familiar, sendo este acesso de forma igualitária a todas às mães presas preventivamente ou condenadas.

Desta forma, deve buscar-se o direito de relação entre mãe e filho a qualquer tempo, viabilizando o interesse do menor que está desprotegido perante o Estado.

Nas situações em que se encontrarem mulheres encarceradas e os filhos se encontrarem em abrigos, caberá ainda ao Estado garantir o acesso à visita destas crianças a suas mães recolhidas no sistema penitenciário, sendo uma ação propriamente realizada pelos agentes sociais, tendo a finalidade principal de manter o vínculo afetivo entre a família. Visitas que devem acontecer em espaços próprios e não em celas, de acordo com dados do Núcleo Especializado da Infância e Juventude (2018).

Cabe ao Estado garantir essa condição a eles. A princípio, todos nós contribuimos para a o Estado propiciar melhorias e condições de sobrevivência à nação brasileira. Há de se relevar que todo agente infrator deve responder pelos seus atos na medida em que a lei impõe, mas o Estado deve também observar os direitos do indivíduo. Contudo, mulheres gestantes e mães, presas provisórias ou condenadas detém o mesmo vínculo afetivo com seus filhos, e nada mais justo que primar pelo bom convívio familiar e pelo direito de proteção à criança.

2.12 PRISÃO DOMICILIAR.

A prisão domiciliar se baseia no cumprimento da pena em residência fixa da pessoa, que ficará subordinada a não sair do local senão por ordem judicial expressa, devendo a pessoa indiciada ficar dentro de sua residência, não sendo possível esta modalidade antes do trânsito em julgado do processo que detém sentença penal condenatória (BARROS, 2018).

A prisão em residência somente será possível depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, sendo analisados para a sua decretação os mesmos requisitos objetivos e subjetivos: no primeiro a necessidade de adequação e o segundo dispõe sobre a taxatividade, punição da pena e a legitimação ativa (BARROS, 2018).

A prisão domiciliar pode ser pedida na fase de inquérito (investigativa) e em fase processual (instrutória), segundo o art. 317 do CPP (BRASIL, 1941). Ocorre que a prisão domiciliar restringe a permanência do preso dentro dos quatro muros que limitam a sua propriedade.

Essas informações são importantes porque a prisão em estudo - prisão domiciliar - nasce a partir da conversão da prisão preventiva, nesta lógica, a domiciliar será uma medida aplicável para mulheres que estejam grávidas ou que tenham filhos menores de 12 anos, assim, a mulher que cometeu um crime pode cumprir sua pena preventiva em domicílio, atendendo os requisitos impostos para cuidar dos filhos, evitando o convívio dentro de uma penitenciária, o que não é adequado a uma criança.

No que consiste a prisão domiciliar, é uma medida cautelar de modo a conceder a liberdade, mas com medidas impostas ao seu cumprimento. Estas condições estão previstas no art. 318 e 319 do CPP, sendo o seu consentimento provado para fazer jus ao benefício. A prisão domiciliar de que se trata o art. 318, obteve uma nova redação com o advento da Lei 13.257/2016, nas relações que se classificam como meios geradores de riscos aos filhos de presas, menores de 12 (doze) anos de idade ou respectivamente incapazes (TAVORA; ALENCAR, 2017).

A fundamentação do magistrado para a conversão da preventiva em domiciliar deve observar os artigos 315, 317 e 318, fundamentando o *fumus comissi delicti* (se houve o crime, autoria e materialidade) e do *periculum libertatis* (motivação para a

pessoa ficar presa). Se persistirem os requisitos da preventiva, não haverá a conversão em domiciliar.

O caráter da prisão domiciliar é humanitário, ou seja, será facultativo ao juiz conceder a domiciliar ou não, mas com as vertentes da nova legislação que busca a proteção à criança e ao adolescente, o magistrado deve ater-se a essas condições cabendo-lhe, no caso concreto, conceder a prisão domiciliar à mulher mãe e à gestante que necessita de cuidados.

A modalidade da prisão domiciliar, como dito acima, pode ser aplicada a qualquer tempo, seja ela na fase investigativa ou na fase processual. Ademais nas medidas substitutivas alternativas do art. 319 do CPP, sendo estas aplicadas de forma cumulativa à liberdade provisória no momento da decisão aferida pelo magistrado. Ocorre que nas medidas alternativas são consideradas como uma restrição, impondo determinadas regras no que tange à liberdade completa, ou seja, restrita a limitações de frequentar determinados lugares fora de hora (LOPES, 2016).

No que se restringe na domiciliar, a presa beneficiada estará em seu domicílio, mas serão impostas limitações para que tenha efetividade no cumprimento da pena, ou seja, estará presa do mesmo modo que na penitenciária, mas terá o apoio no seu lar, pelas pessoas que se mostrarem solidárias a ajudar nas suas atividades, como levar o filho na escola, por exemplo, pois não poderá sair, a depender do que se limita.

Em análise à prisão preventiva e à prisão domiciliar, ambas têm que atingir um fim. O magistrado deverá através de todos os requisitos, estando presentes para a substituição ou não das medidas, utilizar-se do meio menos gravoso (BRASILEIRO 2016).

O meio menos gravoso consiste nas condições de limitação da pessoa, como horários determinados, sair do local do domicílio sem prévia informação e aceitação do juízo. A domiciliar de forma em geral, detém duplo grau de jurisdição, pois se encontra presente tanto no Código de Processo Penal (Decreto Lei 3.689/41), quanto na Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210/84), mas com definições diferentes, as quais serão tratadas mais adiante.

O que realmente importa na conversão da prisão preventiva para domiciliar será a incapacidade efetiva e concreta - o direito existente da pessoa presa deve ser entendido e analisado pelo magistrado, atentado para a luz da lei e não cercear a capacidade de direito e defesa da pessoa. Deve-se obedecer aos princípios pertinentes e existentes do processo penal. (PACELLI, 2018).

2.13 LEI DE EXECUÇÃO PENAL.

A Lei 7.210/84 se destina a aplicação da pena ou medida de segurança, fixados em sentença condenatória, em regra a execução penal se considera como o seguimento da primeira fase do processo; é a sequência do procedimento processual feita de forma autônoma, sendo acompanhada de peças do cumprimento da pena, já fixadas pelo magistrado e da concessão de benefícios (BRASIL, 1984).

O artigo 107 da Lei de Execução Penal, dispõe a concessão da domiciliar perante os requisitos exigidos e necessários ao cumprimento da pena imposta por meio da condenação, no caso pertinente às gestantes (BRASIL, 1984).

Estas terão o direito, a partir do sétimo mês de gestação, sendo provado o alto risco da gravidez, e mães com filhos menores de 6 (seis) anos de idade, e que não tenham cometido crimes com violência e grave ameaça. Nestes moldes deveria ocorrer um adequamento das normas pertinentes ao Código Processual Penal e à Lei de Execução Penal, para melhor ser definido o entendimento dos magistrados (MARCÃO, 2016).

A execução penal se aplica às pessoas presas provisoriamente, que obtiveram suas penas fixadas em sentença transitada em julgado, sendo-lhes impostas penas restritivas de liberdade ou penas restritivas de direito. Quanto ao local do cumprimento da pena, serão respeitadas as condições pessoais do indivíduo, seja provisoriamente preso ou condenado, ou seja, mulheres e idosos, levados a estabelecimentos próprios e adequados.

A penitenciária é estabelecimento penal destinado ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado. É chamada de presídio e tem por finalidade acomodar o apenado (preso definitivo, via de regra). (TAVORA, 2017, p.1714).

Já a cadeia pública fica destinada às pessoas presas provisoriamente. A Lei de Execução Penal dispõe em seu art. 103, que cada comarca deverá ter um estabelecimento adequado, para resguardar os direitos aos presos que detém familiares por perto, mas por falta de recurso ou a desídia do Estado, não é dessa forma que ocorre (BRASIL, 1984).

Muitas cidades, como no Estado de Minas Gerais, sequer têm cadeia pública; outras têm, mas enfrentam a crise carcerária com a falta de estruturas, agentes do Estado, entre outros fatores.

Levando às comarcas julgadoras determinar as transferências, levando os condenados ou até mesmo os provisórios para longe de suas famílias.

As prisões albergues domiciliares são excepcionalmente destinadas às pessoas como mães de menores de 12 anos de idade, gestantes, idosos com mais de setenta anos de idade e doentes graves; estes serão beneficiados com o regime domiciliar aberto que não é considerado igual à prisão domiciliar cautelar, pois esta última é cabível somente às pessoas presas preventivamente.

Decerto que a Lei 13.257/2016, flexibilizou bastante o entendimento do magistrado, mas ocorrendo tão somente o HC coletivo 143.641 do STF às presas provisórias, não abrangendo as condenadas e por ter estipulado entendimento em lei de execução penal (BRASIL, 2016).

Sendo obrigatório o cumprimento dos requisitos mínimos para atingir o tempo necessário para recorrer à domiciliar, ainda é desproporcional à condenada.

Contudo, a domiciliar será imposta e a pessoa beneficiada irá cumpri-la de modo que responderá ainda pelo ato praticado. Sobrevindo uma sentença favorável, nada se discute, e continua a cumprir a domiciliar, mas se sobrevier uma condenação desfavorável à pessoa, possivelmente o seu benefício será revogado.

Desta forma como ficará a situação da criança? Voltará ao estado anterior e novamente a mãe será levada à cela de uma prisão? Essa é grande preocupação; não tem eficácia plena este benefício, pois a lei se impõe às presas provisórias, sem levar em conta que podem ser condenadas posteriormente.

2.14 APLICAÇÃO DA PRISÃO DOMICILIAR PARA CONDENADAS.

Diferentemente da prisão domiciliar de caráter provisório, a execução penal não detém o cunho de prisão preventiva, pois já passou pela primeira fase do processo de investigação e instrução, almeja a execução penal da pena já fixada em sentença do magistrado e já demonstrada a culpa do agente.

Pois bem, nesta fase da execução penal há a possibilidade do benefício da domiciliar, nos casos de pessoas condenadas maiores de setenta anos de idade, pessoas condenadas portadoras de doenças graves, condenadas com filho menor ou incapaz e condenadas gestantes, mas devem ser aplicadas às pessoas que cumprem a pena e sejam beneficiadas pela progressão de regime.

Ou seja, atingem o regime aberto, aquelas pessoas que foram beneficiadas com bom comportamento carcerário e que atingiram o tempo mínimo presas em regime fechado.

No regime domiciliar cabível na fase da execução penal, será fixado tempo e não poderão frequentar estabelecimentos em determinados horários, já nas penitenciárias que possuem colônia agrícola deverá ser prestado serviço - este procedimento cabe a pessoas que tenham cumprido o tempo mínimo da pena, presas inicialmente no regime fechado.

Há casos em que serão concedidos esses benefícios mesmo que a pessoa condenada não esteja em regime aberto, sendo para pessoas com estado de saúde grave; é o que o STJ vem decidindo.

Diante desse entendimento do STJ, isso vem sendo aplicado de forma lenta, mas possível, nos casos de pessoas condenadas que estejam no regime semiaberto, onde a pessoa condenada terá o benefício, depois de atingido o lapso temporal estipulado na Lei de Execução Penal, com o benefício de sair durante o dia para trabalhar e se recolher a noite no estabelecimento prisional, devendo obedecer às regras pertinentes à referida Lei. No que se tratar de doentes graves, farão jus ao benefício da prisão domiciliar, comprovando a doença²

Embora a Lei faça menção às mães com filhos menores de 12 anos de idade ou deficientes e incapazes e às gestantes, o benefício da prisão domiciliar fica restrito a elas, pois devem cumprir o mínimo da pena em regime fechado para depois atingir o benefício.

Fica demonstrado também, que pouco se fala das mães e gestantes. Há de se considerar que as condenadas devem fazer jus ao benefício, pois, o que está em jogo é o bem-estar da criança, não devendo ser privado de ficar longe da figura materna

²CUNHA, Rodrigo Sanches. **STJ: Prisão Domiciliar por doença não se justifica se há tratamento adequado.** Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/07/13/stj-prisao-domiciliar-por-doenca-nao-se-justifica-se-ha-tratamento-adequado-na-prisao/>>. Acesso em: 01 jul. 2019.

ou a frequentar desde o primeiro dia de vida uma prisão onde só há situações desumanas, desagradáveis e sórdidas.

2.15 LEI 13.257/2016.

A Lei n.13.257/2016 foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro para atender à relação das políticas públicas no entorno das crianças, tendo refletido em várias normas do ordenamento jurídico, inclusive na norma do Código de Processo Penal (BRASIL, 2016).

Com o advento desta Lei, a preocupação em torno dos infantes, vem crescendo assiduamente, vez que trouxe maior respaldo na aplicação da norma jurídica, o que anteriormente não era visto pelo ordenamento jurídico.

Acresce ainda o poder do Estado em fiscalizar e garantir que as normas sejam aplicadas e eficazes. Esta medida inovadora da Lei torna-se um grande avanço para melhorias no âmbito do Poder Legislativo.

Outro aspecto importante que gerou modificação foi no âmbito penal, art. 318 do CPP, inciso IV, ao dispor que o juiz poderá substituir a prisão provisória em prisão domiciliar às gestantes, em qualquer fase da gestação, de modo que os legisladores levaram em conta que nem toda gestação é tranquila, podendo ser de risco, tanto para a gestante quanto para a criança. (TAVORA; ALENCAR, 2017).

Vislumbra salientar que o estado de gravidez, seja qual for a gestação, tem que ser considerado um estado que exige cuidados, devendo ser garantidos às gestantes tratamentos como acompanhamento médico, instruções de cuidados para com os recém nascidos, higienização, alimentação, entre outros fatores que influenciam para receber uma vida considerada indefesa.

Portanto, as mulheres que dão à luz e que estejam encarceradas, não contam com a maioria destas condições mínimas para cuidar de seus filhos nos primeiros dias de vida, ou seja, dentro de uma cela prisional não há condições mínimas para as detentas, quem dirá para uma criança que acaba de nascer.

No entorno dessas situações, as mães preferem ficar longe dos filhos para evitar até mesmo contaminações, e acabam entregando-os aos parentes, quando os têm.

Aos pais também trouxe a possibilidade de ser convertida a prisão provisória em prisão domiciliar, nos termos do art. 318, inciso VI, do CPP, se o pai for o único responsável pelo menor, ou seja, a mãe pode se beneficiar com a domiciliar para atingir o fim principal que será a criança, mas ao pai isso ficou restrito de certa forma, pois não procurou o legislador atingir a mesmo fim, de modo que o melhor seria a possibilidade para ambos. Assim, o legislador deixou de analisar o primordial da questão deixando críticas a serem produzidas. (PACELLI, 2018).

Notável a fixação deste inciso, embora viesse beneficiar ao homem que se encontra nas condições de ser o único responsável pelo menor. Ocorre que este entendimento ficou incompleto, pois, será muito difícil encontrar um homem que seja o único responsável pela criança, de modo que é de se considerar que todos nós temos alguém próximo ou um parente mesmo que distante, mas isso não mudaria de forma alguma a convivência de pai e filho, de forma que o que está em jogo é a liberdade da criança e não somente do pai.

Essa primordial mudança que se concretizou no ano de 2016, veio para beneficiar as crianças que se desvinculam de seus pais de forma repentina, gerando transtornos psicológicos, de modo que o menor não terá discernimento a concluir, porque sua mãe ou seu pai, simplesmente foram presos e desapareceram e o abandonaram. (RODRIGUES, 2018).

Ocorre, nesta concepção, que para uma criança deve ser muito difícil entender por que seus pais não estão ali para cuidar deles; são imaturos e inocentes e ao mesmo tempo podem estar perto dos pais e depois longe deles.

A princípio, serão encontradas complexidades no comportamento da criança, como mudanças de hábito, levando até mesmo às depressões. Não é comum nas escolas crescer sabendo que a mãe não poderá comparecer na reunião, comemorações e outras coisas.

O fator prejudicial ficou absolutamente demonstrado para os nobres legisladores e através desses fatores, condicionaram a essas mudanças que aos olhos da doutrina são um avanço, mas sem a ênfase necessária.

A referida Lei possui imediata aplicação, com fim de beneficiar as pessoas que se encontrarem presas ou que estejam cumprindo pena independentemente de terem sido presas antes de a referida Lei entrar em vigor³.

No mais, o benefício desta norma angaria os direitos pertinentes à criança e ao adolescente, de modo que deve ser respeitado tudo aquilo que liga a criança e o adolescente com base nos princípios da proteção integral a eles. Ademais, a aplicabilidade no ordenamento penal, também veio a beneficiar as mulheres mães e gestantes, mas com a premissa de que será faculdade do magistrado conceder a domiciliar à mulher mãe. É claro que devem ser obedecidos os requisitos necessários para fazer jus a esses benefícios.

Ocorre que mesmo preenchendo esses requisitos, os juízes da primeira instância, acabam não concedendo, o que veremos mais adiante. Manter crianças dentro de sistemas prisionais, junto de suas mães ou separá-las por esse motivo, prejudica severamente o estado de desenvolvimento da criança, gerando também problemas emocionais.

2.16 HABEAS CORPUS COLETIVO 143.641/SP.

O Supremo Tribunal Federal decidiu de forma inovadora o presente Habeas Corpus de nº143.641/SP, no dia 20/02/2018, para converter a prisão provisória de mulheres gestantes, mães de menores, puérperas ou mães com crianças deficientes, em prisão domiciliar (BRASIL, 2018).

Esse julgamento se mostrou um avanço para a justiça, em razão de beneficiar inúmeras presas provisórias e condenadas à prisão domiciliar. Possibilitando assim ao Magistrado avaliar cada caso concreto para aplicar as medidas cautelares em substituição à prisão⁴.

O principal fundamento alegado pela Defensoria Pública no Habeas Corpus Coletivo foi a precariedade do estabelecimento prisional, sendo um local desumano e degradante, sem condições mínimas de higiene para se aguardar a chegada de uma

³OLIVEIRA, Adriano; MILHOMEM, Raissy Gomes. **Implicações da Lei 13.257/2016 no direito à licença-paternidade.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/49345/implicacoes-da-lei-13-257-2016-no-direito-a-licenca-paternidade>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

⁴SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **2ª Turma concede HC Coletivo a gestantes e mães de filhos com até doze presas preventivamente.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/porta1/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

criança, que necessita de conforto e segurança, tanto para a criança quanto para a mãe, estando sujeitos às doenças infecciosas.

A Defensoria Pública requereu a concessão da ordem de Habeas Corpus para substituir a prisão provisória pela prisão domiciliar, com o fim de beneficiar a criança.

Por maioria foi concedido o Habeas Corpus Coletivo em favor das mulheres presas preventivamente, sendo aplicáveis as medidas cabíveis da domiciliar e para que se cumpram as normas estabelecidas no art. 319 do CPP (BRASIL, 1941).

Com base nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, com exceção dos crimes cometidos com violência ou grave ameaça contra seus descendentes, não farão jus ao benefício, devendo nos casos previstos ser fundamentado pelo magistrado na ocorrência da impossibilidade da concessão (BRASIL, 1990).

Nestes termos, possui o seguinte fundamento do Habeas Corpus Coletivo em favor das mulheres:

HABEAS CORPUS COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DOUTRINA BRASILEIRA DO HABEAS CORPUS. MÁXIMA EFETIVIDADE DO WRIT. MÃES E GESTANTES PRESAS. RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUROCRATIZADAS. GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS. ACESSO À JUSTIÇA. FACILITAÇÃO. EMPREGO DE REMÉDIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016. MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA. PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INADMISSIBILIDADE. PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉ-NATAL E PÓS-PARTO. FALTÁ DE BERÇARIOS E CRECHES. ADPF 347 MC/DF. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO. DETENÇÕES CAUTELARES DECRETADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL. INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS ENCARCERADAS. OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. REGRAS DE BANGKOK. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. APLICAÇÃO À ESPÉCIE. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO. I – Existência de relações sociais massificadas e burocratizadas, cujos problemas estão a exigir soluções a partir de remédios processuais coletivos, especialmente para coibir ou prevenir lesões a direitos de grupos vulneráveis. II – Conhecimento do writ coletivo homenageia nossa tradição jurídica de conferir a maior amplitude possível ao remédio heroico, conhecida como doutrina brasileira do habeas corpus. III – Entendimento que se amolda ao disposto no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal - CPP, o qual outorga aos juízes e tribunais competência para expedir, de ofício, ordem de habeas corpus, quando no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal. IV – Compreensão que se harmoniza também com o previsto no art. 580 do CPP, que faculta a extensão da ordem a todos que se encontram na mesma situação processual. V - Tramitação de mais de 100 milhões de processos no Poder Judiciário, a cargo de pouco

mais de 16 mil juízes, a qual exige que o STF prestigie remédios processuais de natureza coletiva para emprestar a máxima eficácia ao mandamento constitucional da razoável duração do processo e ao princípio universal da efetividade da prestação jurisdicional VI - A legitimidade ativa do habeas corpus coletivo, a princípio, deve ser reservada àqueles listados no art. 12 da Lei 13.300/2016, por analogia ao que dispõe a legislação referente ao mandado de injunção coletivo. VII – Comprovação nos autos de existência de situação estrutural em que mulheres grávidas e mães de crianças (entendido o vocábulo aqui em seu sentido legal, como a pessoa de até doze anos de idade incompletos, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) estão, de fato, cumprindo prisão preventiva em situação degradante, privadas de cuidados médicos pré-natais e pós-parto, inexistindo, outrossim berçários e creches para seus filhos. VIII – “Cultura do encarceramento” que se evidencia pela exagerada e irrazoável imposição de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação da lei penal, bem assim da processual penal, mesmo diante da existência de outras soluções, de caráter humanitário, abrigadas no ordenamento jurídico vigente. IX – Quadro fático especialmente inquietante que se revela pela incapacidade de o Estado brasileiro garantir cuidados mínimos relativos à maternidade, até mesmo às mulheres que não estão em situação prisional, como comprova o “caso Alyne Pimentel”, julgado pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher das Nações Unidas. X – Tanto o Objetivo de Desenvolvimento do Milênio nº 5 (melhorar a saúde materna) quanto o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 5 (alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas), ambos da Organização das Nações Unidas, ao tutelarem a saúde reprodutiva das pessoas do gênero feminino, corroboram o pleito formulado na impetração. X – Incidência de amplo regramento internacional relativo a Direitos Humanos, em especial das Regras de Bangkok, segundo as quais deve ser priorizada solução judicial que facilite a utilização de alternativas penais ao encarceramento, principalmente para as hipóteses em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado. XI – Cuidados com a mulher presa que se direcionam não só a ela, mas igualmente aos seus filhos, os quais sofrem injustamente as consequências da prisão, em flagrante contrariedade ao art. 227 da Constituição, cujo teor determina que se dê prioridade absoluta à concretização dos direitos destes. XII – Quadro descrito nos autos que exige o estrito cumprimento do Estatuto da Primeira Infância, em especial da nova redação por ele conferida ao art. 318, IV e V, do Código de Processo Penal. XIII – Acolhimento do writ que se impõe de modo a superar tanto a arbitrariedade judicial quanto a sistemática exclusão de direitos de grupos hipossuficientes, típica de sistemas jurídicos que não dispõem de soluções coletivas para problemas estruturais. XIV – Ordem concedida para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício. XV – Extensão da ordem de ofício a todas as demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições acima. (HC 143641, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 20/02/2018,

PROCESSO ELETRÔNICO DJe-215 DIVULG 08-10-2018 PUBLIC 09-10-2018).⁵

No que se refere às presas reincidentes, os juízes verificarão com atenção a cada caso em concreto, pois caso o magistrado entenda, observando os requisitos e princípios pertinentes à prisão, que não é cabível a domiciliar. Este poderá aplicar as medidas alternativas do art. 319 do CPP (BRASIL, 1941).

No que tange às presas provisórias, diga-se de passagem, vem sendo bastante concedido, mas ocorre que as condenadas que já cumprem pena, detêm o mesmo direito que as provisórias de estarem com seus filhos, e pelo fato de estarem em regime mais gravoso, devem permanecer no cárcere.

Contudo o Habeas Corpus não beneficiou as presas condenadas por crimes praticados contra os descendentes, beneficiando somente as preventivas.

2.17 APLICABILIDADES DA DOMICILIAR, DEFERIMENTOS E INDEFERIMENTOS.

A evidência tratada pela Lei 13.257/2016 (BRASIL, 2016), e o aluído HC 143.641/SP, tornaram-se efetivamente utilizados nas comarcas judiciais de cada cidade. Com base na prisão domiciliar às condenadas, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, concedeu no dia 28/09/2018, a ordem de Habeas Corpus, a uma detenta condenada pela suposta prática de tráfico de drogas, associação para o tráfico de drogas, organização criminosa e lavagem de dinheiro.

A pena total é de 17(dezessete) anos de reclusão pela prática de tráfico de drogas, lavagem de dinheiro, associação para o tráfico e organização criminosa no regime fechado. Em razão da mesma ter preenchido o requisito de que trata o art. 318, inciso V do CPP, ou seja, mãe de uma criança menor de 12 anos de idade (BRASIL, 1941).

⁵BRASIL. Superior Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 143.641 – São Paulo. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdão, 09 out. 2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+143641%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+143641%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y4bdbkyd>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

Portanto, com a efetividade do Habeas Corpus Coletivo do STF, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, concedeu, parcialmente, ordem permitindo a domiciliar em face da mulher com filho menor de 12 (doze) anos de idade, condenada em primeira instância, ou seja não houve o transito em julgado da sentença. Neste sentido segue a ementa do aluído acórdão.

EMENTA: HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS, ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E LAVAGEM DE DINHEIRO - EXCESSO DE PRAZO PARA A REMESSA DO FEITO ORIGINÁRIO AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO - DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE - SEGREGAÇÃO CAUTELAR NECESSÁRIA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - SENTENÇA FUNDAMENTADA - SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELA PRISÃO DOMICILIAR - NECESSIDADE.

1. A remessa do feito originário ao Tribunal de Justiça, para análise do Recurso de Apelação, deve ser realizada após a intimação e manifestação de todos os Réus submetidos a julgamento (art. 602 c/c art.603, CPP).

2. A Prisão Cautelar deve ser mantida se as circunstâncias fáticas demonstram a insuficiência e inadequação das medidas cautelares diversas da prisão, e se a decisão que aplicou a segregação se encontra satisfatoriamente fundamentada.

3. A Prisão Preventiva deve ser substituída pela Domiciliar, quando a Agente tem, sob sua responsabilidade, criança menor de 12 anos de idade, nos termos do art. 318, inciso V, do CPP (Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP). (TJMG - Habeas Corpus Criminal 1.0000.18.070584-0/000, Relator(a): Des.(a) Octavio Augusto De Nigris Boccalini , 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 25/09/2018, publicação da súmula em 05/10/2018)⁶.

Portanto, esta Lei 13.257/2016, apesar de diversas polêmicas, tem como ponto fundamental resguardar os direitos da criança e posteriormente os da mãe. De modo que deve ser aplicada analisando cada caso em concreto, não devendo servir como pressuposto para o incentivo do crime e da impunidade, cabendo ao magistrado analisar todas as circunstâncias pertinentes para determinar sua decisão.

Ocorre que, nem todos os tribunais inferiores estão concedendo a domiciliar para essas mulheres que preenchem os requisitos, tornando o Habeas Corpus Coletivo e a Lei que veio a proteger e resguardar o menor, sem eficácia na aplicação da domiciliar no Brasil.

⁶MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Habeas Corpus Criminal n. 10000170611990000/MG – Minas Gerais. Relator: Eduardo Machado. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdão, 28 jul. 2017. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/482627034/habeas-corporis-criminal-hc-10000170611990000-mg/inteiro-teor-482627037>>. Acesso em: 21 jul. 2019.

Pois, ainda continua sendo uma faculdade dos magistrados, e há muitos tribunais conservadores impossibilitando que a norma democrática seja aplicada aos casos pertinentes às mulheres e crianças. Neste sentido, verifica-se o espelho do acórdão, o qual negou a domiciliar em face de mulher com filho menor de 12 (doze anos), e se trata de decisão do mesmo tribunal de justiça que concedeu ao caso acima exposto, porém a câmara responsável foi diferente.

EMENTA: "HABEAS CORPUS" - TRÁFICO DE DROGAS - SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA - DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE - IMPOSSIBILIDADE - PRESENÇA DOS REQUISITOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 312 E 313 DO CPP - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO - POSSÍVEL REITERAÇÃO CRIMINOSA - DECISÃO FUNDAMENTADA - SUBSTITUIÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR PELA PRISÃO DOMICILIAR - ART. 318 DO CPP - INVIABILIDADE - SITUAÇÃO EXCEPCIONALÍSSIMA DEMONSTRADA - HABEAS CORPUS COLETIVO Nº 143.641/SP (STF) - ORDEM DENEGADA. - Presentes os requisitos previstos nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, a manutenção da segregação cautelar da paciente é medida que se impõe. - A gravidade concreta do delito em tese praticado pela paciente, demonstrada pela grande quantidade de substância entorpece **Erro! A referência de hiperlink não é válida.**nte apreendida, evidencia a periculosidade da agente, justificando a manutenção de sua custódia cautelar como forma de garantia da ordem pública. - A possibilidade de reiteração criminosa constitui motivo idôneo para a manutenção da prisão preventiva da paciente. - O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP, entendeu ser possível a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionálíssimas, desde que devidamente fundamentada. - Demonstrada a situação excepcionálíssima, em razão da gravidade concreta do delito e da possibilidade de reiteração delitiva, incabível é a concessão da prisão domiciliar, notadamente quando a paciente já foi condenada e submetida a regime inicial fechado. (TJMG - Habeas Corpus Criminal 1.0000.18.023776-0/000, Relator(a): Des.(a) Catta Preta, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 07/06/2018, publicação da súmula em 18/06/2018).⁷

⁷MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Habeas Corpus Criminal n. 1.0000.18.023776-0/000 – Minas Gerais. Relator: Des.(a) Catta Pereira. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdão, 18 jun. 2018. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=3FA6C33549A38692B60FFA2C30D1BF08.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.18.023776-0%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 23 jul. 2019.

Observa-se da presente ementa e em análise aos crimes impostos no primeiro caso, que restou muito mais complexo devido à quantidade de crime configurado, tendo em vista que o crime de tráfico de drogas somente foi suficiente para negar à paciente o benefício da domiciliar, entendimento da mesma Corte que concedeu o primeiro Habeas Corpus. Notável foi a posição dos julgadores, que mostrou grande divergência na aplicabilidade da domiciliar.

Havendo estabelecimento prisional feminino, contendo espaço para cuidados maternos para crianças menores de 12 (doze) anos de idade, não há que se falar em prisão domiciliar para as gestantes e mães. Mas, ocorre que, na atual conjuntura, o sistema prisional é incompatível para receber uma mãe com criança.

Versando ainda sobre a falta de estabelecimentos prisionais, não há como receber mães e filhos nesses ambientes, pois, grande parte das penitenciárias é compartilhada entre homens e mulheres. Muitas das vezes presas são transferidas para outra unidade, longe da família e dos filhos, ficando inviável, até mesmo, as visitas. Contendo estabelecimentos próprios, que atualmente são poucos, as mães não ficam com os filhos durante o cumprimento total da pena, somente o período de um ano de idade, depois voltam para casa.

2.18 DISCUSSÃO DA PRISÃO DOMICILIAR APÓS CONDENAÇÃO EM 2ª INSTÂNCIA.

No dia 25 de outubro do ano de 2018, o Ministro Ricardo Lewnadowisk, consolidou o seu entendimento, que se baseou na questão de que não deve ser discutido se a presa é provisória ou condenada, ressalvadas aquelas que tenham sentença transitada em julgado, pois em seu argumento todas presas condenadas em segunda instancia, que ainda podem recorrer, tem o direito ao benefício, pois todas são partes vulneráveis em nosso estado democrático de direito. (OLIVEIRA, 2018).

Entorno dos direitos fundamentais da pessoa humana, a prisão domiciliar virou requisito entre as mulheres mães e gestantes, após a concessão do aluído Habeas Corpus Coletivo, número 143.641/SP, que por sua vez estaria a beneficiar mulheres presas provisoriamente, avanço importante dado no início do ano de 2018. O ministro Ricardo Lewandowski autor dessa decisão, demonstrou ser necessário a extensão do benefício as condenadas que preenche os requisitos.

Ademais, relatou a importância dos órgãos como a defensoria pública, a buscar soluções para extensão do benefício às condenadas que estejam recorrendo da sentença condenatória, como também requereu a notificação do Conselho Nacional para estudarem uma maneira de abranger as condenadas. (OLIVEIRA, 2018)

Diante desse entendimento fica claro que todas as mulheres são sujeitas de direitos e prezam por estarem com seus filhos, não se pode limitar um benefício que não faria jus somente as mulheres mães ou gestantes presas provisórias, mas principalmente as crianças que são filhos de mulheres condenadas e suas liberdades são tolhidas por conta do legislador.

No dia 19 de dezembro do mesmo ano, após inúmeras discussões nos tribunais sobre a prisão domiciliar referentes à Lei 13.257/2016 e ao Habeas Corpus Coletivo 143.641/SP do STF, foi aprovada a Lei 13.769/2018, que inseriu ao Código de Processo Penal, mudanças a respeito da prisão domiciliar as presas provisórias, dispondo que o magistrado deverá substituir a prisão preventiva por domiciliar, ao passo que antes da referida lei era facultativo ao magistrado (BRASIL, 2018).

Conforme é cediço o Código de Processo Penal juntamente com a Lei 13.257/2016, que alterou o dispositivo da domiciliar, já prevê a prisão domiciliar as mulheres mães com filhos menores de 12 anos de idade e as gestantes provisórias, No entanto a recente lei 13.769/2018 incrementou ao Código de Processo Penal, os artigos 318-A e 318-B, que trata do instituto da prisão domiciliar, para dar respaldo e abrangência quanto ao entendimento do magistrado na hora da aplicação da medida de justiça.

Nestes termos segue o presente diploma legal, dado pela nova redação do Decreto Lei 3689/1941:

Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. Art. 318-B. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código (BRASIL, 1941).

A prisão domiciliar como regra, será aplicada as presas provisórias, nos termos do artigo 318-A do Código Processo Penal, ocorrendo, contudo a condenação este benefício cessará. Entretanto, a mãe condenada poderá formular um novo pedido de prisão domiciliar na execução penal, nos termos do artigo 117 da Lei de Execução Penal, que conforme a Súmula 716 do Superior Tribunal de Justiça, permite aos que ainda não foram condenados definitivamente à execução provisória.

Súmula 716 - Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. (BRASIL, 2003).

Segundo esse entendimento, as mulheres mães e gestantes, com filhos menores de 12 anos, seja presa provisória ou condenada em segunda instância, mas que não tem o trânsito em julgado da sentença condenatória, faz jus a prisão domiciliar, conforme os julgados dos Tribunais, inclusive do STJ.

Conforme recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, vem sendo a seguinte decisão sobre a domiciliar para mães condenadas que ainda não obtiveram a sentença condenatória transitada em julgado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. INADEQUAÇÃO DO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS O EXAURIMENTO DA JURISDIÇÃO ORDINÁRIA. POSSIBILIDADE. MÃE DE MENOR DE 12 ANOS. PRISÃO DOMICILIAR. CABIMENTO. ART. 318-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE EXCEPCIONALIDADE QUE IMPEÇA O DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. INTEGRIDADE FÍSICA E EMOCIONAL DE MENOR DE IDADE. NECESSIDADE DE PROTEÇÃO. CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. PREÂMBULO E ART. 3º DA CF. PARECER MINISTERIAL FAVORÁVEL À CONCESSÃO DA ORDEM. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM, NO ENTANTO, CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando assim o sistema recursal vigente. 2. Admite-se, entretanto, em casos de flagrante ilegalidade, a concessão da ordem, de ofício. Assim, embora o presente habeas corpus não possa ser conhecido, passo à análise das teses suscitadas pela defesa, a fim de verificar se é o caso de flagrante constrangimento ilegal hábil a justificar a atuação, de ofício, deste Superior Tribunal de Justiça, em respeito ao princípio constitucional da ampla defesa. 3. Caso em que, sem noticiar a oposição de embargos declaratórios, de recurso especial ou extraordinário, a defesa sustenta: i) a ilegitimidade da execução provisória da pena, argumentando que o seu cumprimento só deveria ocorrer depois do trânsito em julgado da condenação, no exaurimento das eventuais instâncias especial e extraordinária; e ii) a possibilidade de que a paciente, que teve sua condenação a 5 anos de

reclusão em regime inicial fechado confirmada em segundo grau, cumpra a pena em regime domiciliar, no interesse de sua filha de 3 anos, com fundamento no art. 318, III, do CPP. 4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal entende que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal (STF, HC n. 126.292, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe 17/5/2016). 5. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar Habeas Corpus coletivo n. 143.641/SP, de relatoria do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, em 20/2/2018, concedeu comando geral para fins de cumprimento do art. 318, V, do Código de Processo Penal, em sua redação atual. No ponto, a orientação da Suprema Corte é no sentido de substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo n. 186/2008 e Lei n. 13.146/2015), salvo as seguintes situações: crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício. 4. O art. 318-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.769/2018, estabelece um poder-dever para o juiz substituir a prisão preventiva por domiciliar de gestante, mãe de criança menor de 12 anos e mulher responsável por pessoa com deficiência, sempre que apresentada prova idônea do requisito estabelecido na norma (art. 318, parágrafo único), ressalvadas as exceções legais. Todavia, naquilo que a lei não regulou, o precedente da Suprema Corte (HC n. 143.641/SP) deve continuar sendo aplicado, pois uma interpretação restritiva da norma pode representar, em determinados casos, efetivo risco direto e indireto à criança ou ao deficiente, cuja proteção deve ser integral e prioritária. 5. A fim de proteger a integridade física e emocional da filha menor e pela urgência que a medida requer, mister autorizar a substituição da prisão da paciente, ainda que se tratasse de execução provisória da pena, pela prisão domiciliar, com fundamento nos arts. 117, inciso III, da Lei de Execuções Penais e no art. 318, inciso V, do Código de Processo Penal, com alicerce, ainda, no Preâmbulo e no art. 3º da Constituição Federal. Resgate do princípio constitucional da fraternidade. 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem, no entanto, concedida de ofício, para conceder prisão domiciliar à paciente, sem prejuízo da fixação de outras medidas cautelares, a critério do Juízo a quo. (HC 487.763/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/04/2019, DJe 16/04/2019) (*apud* CANAL CIÊNCIAS CRIMINAIS, 2019, p. 02)⁸.

⁸ CANAL CIÊNCIAS CRIMINAIS. **STJ: é possível a concessão de prisão domiciliar para condenada com filho menos de 12 anos.** Disponível em: <
<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/713500001/stj-e-possivel-a-concessao-de-prisao-domiciliar-para-condenada-com-filho-menor-de-12-anos?ref=feed>>. Acesso em: 07 set. 2019.

Portanto, se verifica dos autos acima que o entendimento do Ministro Ricardo Lewandowski, surtiu efeito após concluir que caberá as condenadas que ainda estejam recorrendo em segunda instância, sendo que a sentença condenatória não transitou em julgado, a extensão do benefício da prisão domiciliar, de acordo com a nova norma 13.769/2018 que alterou o diploma legal da Lei de Execução Penal, de forma determinante para buscar o benefício a todas as mães e gestantes presas condenadas com o direito ao regime de cumprimento de pena diferenciado, limitando ao magistrado aplicar a norma.

2.19 DA PROGRESSÃO DE REGIME DIFERENCIADA PARA MÃES E GESTANTES.

A referida lei 13.769/208 também alterou o instituto da Lei de Execução Penal, passando a vigorar nas questões de benefícios da progressão de regime diferenciada entorno do cumprimento da execução provisória.

O direito ao benefício às condenadas em segunda instância, em sua dimensão acresce salientar que o magistrado deverá avaliar os novos requisitos cumulativos tragos pela atual norma, ou seja, não fará jus ao benefício se a presa mãe ou a gestantes e quem for responsável pelo menor pelo menor tiver cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa, passando a ser mais rigoroso entorno da gravidade da conduta do crime.

Art. 112, § 3º. No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente. I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; I - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior; IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento; V- não ter integrado organização criminosa (BRASIL, 1984).

No entanto a referida norma no que compete mudança na execução penal, ou seja, o cumprimento da pena deferida pela sentença condenatória, considera-se plausível no que tange a progressão de regime diferenciada, a fração para o benefício é menor, mas traz também requisitos mínimos a ser cumprido, para ter o direito ao benefício.

Portanto restou provado que ainda há entendimentos favoráveis sobre a matéria, mas cabe aos magistrado aplicar o benefício da domiciliar as presas condenadas, ou seja, ter mais aplicabilidade. Enseja que a atual norma ainda é

inovadora para os tribunais, mas não é a que melhor se aplica nos casos das presas que possuem execução penal no âmbito da progressão de regime diferenciada, devendo ser aplicada, mas com menos complexidade no que figura os requisitos.

3 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Observados todos os pontos negativos e positivos da prisão domiciliar em questão, ainda não há nenhum fato que foi concedido pelos tribunais para aplicar as normas e estender o benefício às presas condenadas com trânsito em julgado. Perante às presas provisórias e condenadas que ainda recorrerem em segunda instância está sendo aplicada, de maneira que ainda não é uniformizada, ou seja, ainda há uma insegurança dos magistrados. No entanto com os novos dispositivos trazidos pelas normas atuais, é de se considerar que é um passo importante para chegar na aplicabilidade de forma digna e satisfatória.

Ademais, a situação presente, relata a insegurança dos magistrados em fazer justiça, de modo que se deve observar a segurança jurídica da criança e do adolescente e superveniente às mães.

No que se refere à Lei 13.257/2016 (BRASIL, 2016), o Habeas Corpus Coletivo número 143.641/SP do STF e a Lei 13.769/2018, trouxeram inúmeros requisitos subjetivos para o alcance do direito da prisão domiciliar para mulheres. Embora tardiamente, vieram abarcar a aplicabilidade da norma, ainda são conservadoras as decisões de 1ª instância, já, pelos doutos julgadores dos tribunais superiores, está sendo possível a aplicação da prisão domiciliar às condenadas, mas de maneira ainda desconhecida e restrita, ou seja, só será concedido o benefício após recorrerem às instâncias superiores e cumprir as exigências inovadoras pela atual lei 13.769/2018 (BRASIL, 2018).

Desta maneira, crianças continuam sofrendo a restrição do poder judiciário em virtude da aplicação do benefício, que no início veio priorizar o infante, mas se tornou esquecidos pela norma que passou a tratar da domiciliar discutindo somente a conduta social da mulher presa, estabelecendo requisitos para almejar o benefício. Violando portanto os direitos e garantias dos princípios constitucionais que protegem a criança e o adolescente.

Tanto a forma de buscar os interesses voltados ao bem-estar social das crianças, quanto minimizar a superlotação das penitenciárias do Estado brasileiro, que estão explícitas na Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade humana deve ser respeitado e servir de suporte a todo conteúdo do ordenamento jurídico.

A proteção à criança e ao adolescente conforme a constituição federal de 1998 estabelece que são de inteira responsabilidade do estado, sociedade e da família, proteger e os colocar a salvo de toda e qualquer discriminação e negligencia, pois são considerados vulneráveis e devem ser priorizados em quaisquer circunstâncias.

Se o Estado não está sendo eficaz na estruturação das penitenciárias, serão traçados pontos de relevância para melhorias e não dar as costas à população prisional. O que está em jogo nesta situação não é dar absolvição ao réu, mas a possibilidade de cumprir sua pena de forma como está exposto no art.103 da Lei de Execução Penal, que dispõe que cada comarca deverá ter estabelecimento adequado para receber os presos e que deve ser próximo de seu convívio familiar.

Difere-se desta norma o entendimento do doutrinador Nestor Távora, que dispõe que as penitenciárias são locais para receber presos condenados. Ocorre que isso não condiz com a realidade - muitas pessoas presas provisoriamente são destinadas as penitenciarias que são estabelecimentos de segurança máxima, destinadas a presas definitivas com o regime de cumprimento de pena fechado por não ter o estabelecimento adequado.

Pois bem, no tocante destas disposições, o que realmente figura é que há outros meios de evitar tantas situações de transferência e nos casos que envolvem mães, crianças gestantes, idosos com idade acima de 70 anos e pessoas com deficiência, devem ter a aplicação do benefício da domiciliar.

Portanto, ocorreu tanta insistência, que o STF julgou em Habeas Corpus Coletivo 143.641/SP, para aplicar o benefício da prisão domiciliar para mulheres que possuem filhos menores de 12 anos de idade e para as gestantes, essa decisão veio a beneficiar mais os infantes do que as próprias mães.

Ocorre que a princípio esta decisão não surtiu efeito compensatório em massa, por conta desta situação, abriu-se a discussão para extensão do benefício para mulheres que também são mães, mas que tenha sido condenada e cumprem a execução provisória, de modo que devem cumprir os requisitos tragos pela nova redação a lei 13.769/2019 que carece de uma revisão em face destes cumprimentos que continua a ferir o principia da dignidade humana e convivência familiar.

Por outro lado, ocorre a violação perante o princípio da igualdade que afeta as crianças que são filhos de mulheres ou gestantes que possuem condenação transitada em julgado, que não dispõe do benefício da prisão domiciliar. Por conta desta situação a apenada que possui filho menor e esteja recorrendo da sentença faz

jus ao benefício, já a outra mãe ou gestante que detém sentença condenatória transitada em julgado não faz. Perante a lei 13.257/2016 o que deve prevalecer é o direito e a proteção do infante, pois, a extensão ao benefício tem a prioridade de beneficiar a criança e não somente a mãe ou a gestante, independentemente de ser condenada com trânsito em julgado ou não. Mas em vista do que se apresenta a realidade jurisprudencial e ao entendimento do legislador não é isso o que ocorre.

4 CONCLUSÃO

A princípio, a pesquisa relacionou ao caso, todos os princípios constitucionais explícitos e implícitos referentes ao tema, inclusive, a violação destes princípios, passou por evoluções históricas até se consolidar como base constitucional de direitos e deveres de uma nação.

A luta é persistente em buscar igualdade entre os fatores impostos pelos legisladores no que tange à extensão dos direitos da prisão domiciliar às presas condenadas.

Posteriormente, sobre a égide destes princípios e principalmente a interferência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, se torna a questão mais abrangente, pois não se relaciona somente as mulheres em si, mas as crianças e adolescentes que são atingidos pelo mau funcionamento do ordenamento jurídico. Com toda essa questão, os princípios norteadores existentes no Estatuto da Criança e do Adolescente e a premissa constitucional de que devem ser tratados com prioridade, a Lei 13.257/2016, veio modificar e instituir a proteção da criança e do adolescente em outras normas, como no Direito Processual Penal (BRASIL, 2016).

Atentou-se para todas as crianças e jovens que estavam privados de sua liberdade e do direito do convívio familiar com suas genitoras, desta forma estendeu os direitos às mulheres mães: o direito de conviver com seus filhos, mesmo que presas, através do benefício da domiciliar que já era previsto no ordenamento penal, mas não era aplicado de forma abrangente. Esta lei corroborou para o entendimento dos julgadores do Habeas Corpus 143.641/SP do STF, à concessão da prisão domiciliar de mulheres que são mães e gestantes, presas provisoriamente e que não tenham cometido crime com violência ou grave ameaça.

Nestes termos do Habeas Corpus, veio a beneficiar somente as mulheres gestantes e mães que estariam presas provisoriamente, não sendo passível às condenadas que cumpriam pena, sendo que estas só poderiam alcançar o benefício após uma parte da pena cumprida no âmbito da execução provisória. Diante desses fatos, começou a ser discutido a extensão do benefício das mulheres condenadas, pois, estas também estão presas e possuem filhos ou vão ter. Com essa premissa, ficou inviável a efetiva norma, pois, não teve sua preponderância alcançada a todas as presas de modo geral.

Contudo, em outubro de 2018, foi levantado pelo Ministro relator do Habeas Corpus Coletivo Ricardo Lewandowski, a possibilidade de extensão do benefício as mulheres condenadas, de modo que em dezembro do mesmo ano, foi criada e sancionada a Lei 13.769/2019, que reformulou os itens tratados no instituto da prisão domiciliar e da lei de execução penal, Lei 7.210/1984 que estabelece o cumprimento da pena as condenadas, que flexibilizou a extensão do benefício da domiciliar para mulheres mães, gestantes ou responsáveis pelo menor, e em especial, as que têm filhos deficientes e idosos e que estejam presas provisoriamente (BRASIL, 1984).

No entanto, frisou que o benefício atingiria as mães e gestantes que não detivesse sentença condenatória transitada em julgado. Ademais a referida lei estabeleceu ainda requisitos a serem seguidos pelo magistrado e modificou a nomenclatura de “pode” o magistrado por “será” aplicada a domiciliar, quando atender os requisitos subjetivos, ou seja, ser mulher gestante ou mãe de criança menor e que não tenha praticado crime com violência ou grave ameaça contra a pessoa.

A Lei 13.769/2019, também alterou o instituto da Lei de Execução Penal, o que foi considerado um avanço, pois, as condenadas necessitam, cuja sentença condenatória não transitou em julgado, dessa mudança para maior efetividade no cumprimento da pena, com uma nova criação da progressão de regime diferenciada, ou seja, o tempo para atingir será menor do que previa a antiga redação. Ocorre que a domiciliar neste instituto deve preencher os requisitos do art. 112 § 3º DA Lei 7.210/84 que por sua vez são complexos.

Nesta concepção da nova Lei, trouxe à luz, pontos importantes para estender o benefício às presas que possuem condenação mas que ainda se encontram em fase recursal. Ocorre que, por ser uma lei recente, ainda não possui a extensão necessária que deveria, pois, ainda é analisada pelos magistrados de primeira instância como ato de aplicabilidade facultativa e não se estende a presas que possuem condenação com transito em julgado.

Utiliza-se também, o argumento de que deve prevalecer à segurança da ordem pública e será inviável, ainda a não voltar à pessoa a delinquir, deste modo, muitas vezes é indeferido o benefício da domiciliar.

Portanto, a premissa para se chegar ao alcance desta extensão ao benefício da domiciliar, será a preponderância de ser obrigatória a aplicação do magistrado nos casos em que a pessoa preencha os requisitos autorizadores da concessão da prisão

domiciliar e não de sua faculdade a estabelecer o benefício, pois o entendimento de cada magistrado é diferente para aplicação da norma.

A obrigatoriedade do magistrado em aplicar o benefício é medida de direito a ser cumprida e obedecerá aos princípios constitucionais, de modo a evitar tanto abarrotamento de inúmeros recursos sendo enviados à Suprema Corte, para que seja deferido o benefício da domiciliar. Esse pode ser concedido em primeira instância, ou seja, aplicação das normas de imediato, de modo a deixar a forma costumeira e equivocada na análise da Lei, que traz explicitamente a condição de ser deferida a ordem, ao invés de se submeterem às ações costumeiras e conservadoras da Corte de cada tribunal estadual e observar também a aplicação dada pelos tribunais superiores.

Desta forma se faz necessário a extensão do benefício a todas as mulheres mães e gestante, incluindo os que representam os infantes, que, seja os entendimentos uniformizados perante os magistrados, pois ainda há indeferimentos nos casos que atende os requisitos disposto em lei, pois, continuam referindo a gravidade da conduta praticada, ao invés de aplicar a norma que se faz uma medida de direito, observando também a súmula 716 do STJ que trata a execução provisória, e que seja aplicável as condenadas cuja sentença condenatória ainda não transitou em julgado, pois, todas as crianças são passíveis dos mesmos direitos independentemente das mães serem condenadas definitivamente.

Portanto, com relação as presas que possuem sentença condenatória transitada em julgado, em virtude dos princípios e leis preestabelecidos no bojo da pesquisa, principalmente o da dignidade da pessoa humana, se mostra necessária extensão da prisão domiciliar para beneficiar crianças, filhos de presas condenadas com trânsito em julgado da sentença condenatória, pois, a lei tem o fim de proteger e amparar o menor, independentemente das consequências e das atitudes das mulheres que lhes deram à luz, pelo fato de não terem discernimento do que é uma prisão, e não merecem crescer neste ambiente hostil, independente de saberem se a mãe é culpada ou não pelo ato que a mesma praticou. Nesse caso, em consagração ao princípio da intranscendência da pena, verifica-se que a prisão domiciliar deveria ser concedida a toda gestante, ou mães, independentemente de ter ou não a sentença penal condenatória transitado em julgado, pois o que se tutela no presente caso é o direito do infante.

REFERÊNCIAS

BARROS, Francisco Dirceu. **Tratado Doutrinário de Processo Penal**. São Paulo: J.H. Mizuno, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 jun. 2019.

_____. **Decreto-lei n. 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 15 jul. 2019.

_____. **Decreto-lei n. 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 15 jul. 2019.

_____. **Decreto-lei n. 8.069**, 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 15 jul. 2019.

_____. **Lei n. 7.210**, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 15 jul. 2019.

_____. **Lei n. 13.257**, de 08 de março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm>. Acesso em: 15 jul. 2019.

_____. **Lei n. 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 15 jul. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 716**, de 13 de outubro de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=249>>. Acesso em: 07 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **2ª Turma concede HC Coletivo a gestantes e mães de filhos com até doze presas preventivamente**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>>.
Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 143.641 – São Paulo. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdão, 09 out. 2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+143641%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+143641%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y4bdbkyd>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CANAL CIÊNCIAS CRIMINAIS. **STJ: é possível a concessão de prisão domiciliar para condenada com filho menor de 12 anos**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/713500001/stj-e-possivel-a-concessao-de-prisao-domiciliar-para-condenada-com-filho-menor-de-12-anos?ref=feed>>. Acesso em: 07 set. 2019.

CUNHA, Rodrigo Sanches. **STJ: Prisão Domiciliar por doença não se justifica se há tratamento adequado**. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/07/13/stj-prisao-domiciliar-por-doenca-nao-se-justifica-se-ha-tratamento-adequado-na-prisao/>>. Acesso em: 01 jul. 2019.

D'AGOSTINHO, Rosanne. **STF mantém punição a juíza que deixou menina em cela masculina**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/02/05/stf-mantem-punicao-a-juiza-que-manteve-menina-em-cela-masculina.ghtml>>. Acesso em: 25 jul. 2019.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. vol. único.

LOPES, Aury Junior. **Curso de Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. Branco, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Habeas Corpus n. 10000190049411000/MG – Minas Gerais. Relator: Fortuna Grion. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/693382761/habeas-corpus-criminal-hc-10000190049411000-mg?ref=serp>>. Acesso em: 27 jul. 2019.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Habeas Corpus Criminal n. 1.0000.18.023776-0/000 – Minas Gerais. Relator: Des.(a) Catta Pereira. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdão, 18 jun. 2018. Disponível em:<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=3FA6C33549A38692B60FFA2C30D1BF08.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.18.023776-0%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 23 jul. 2019.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Habeas Corpus Criminal n. 10000170611990000/MG – Minas Gerais. Relator: Eduardo Machado. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdão, 28 jul. 2017. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/482627034/habeas-corpus-criminal-hc-10000170611990000-mg/inteiro-teor-482627037>>. Acesso em: 21 jul. 2019.

MORAIS, Alexandre. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente. **Direito Constitucional**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 4. ed. rev., atual. eampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 14. ed. rev., atual. eampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NÚCLEO ESPECIALIZADO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE. **Observações técnicas para atuação profissional em espaço de convivência**. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/01/formacao-cartilha-maes-no-carcere-leitura-sp.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

OLIVEIRA, Adriano; MILHOMEM, Raissy Gomes. **Implicações da Lei 13.257/2016 no direito à licença-paternidade.** Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/49345/implicacoes-da-lei-13-257-2016-no-direito-a-licenca-paternidade>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

OLIVEIRA, Mariana. Ministro concede prisão domiciliar a presas por tráfico que forem mães estiverem grávidas. **TV GLOBO.** Disponível em: <

<https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/10/25/stf-autoriza-prisao-domiciliar-para-todas-as-presas-por-trafico-que-forem-maes-ou-estiverem-gravidas.ghtml>>. Acesso em: 07 set. 2019.

PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal.** 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. **O Estado de Coisa Institucional e a Violação dos Direitos Humanos no Sistema Prisional Brasileiro.** Disponível em:

<<https://www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/472/206>>. Acesso em: 22 jul. 2019.

SANTOS, Layza Queiroz; SOUZA, Alice de Marchi Pereira. **Criminalização e Violência Vontra Defensoras e Defensores de Direitos Humanos no Brasil,** Curitiba: Terra de Direitos, 2017.

SILVA, Dyene Kelly Leopoldina Rodrigues da et al. Aleitamento Materno em Mulheres da População Carcerária. **Revista Unigá.** [S.l.], v. 55, n. 3, p. 72-82, out. 2018. ISSN 2318-0579. Disponível em:

<<http://revista.uninga.br/index.php/uninga/article/view/2137>>. Acesso em: 25 jul. 2019.

SOUZA, Letícia Belasco¹; LIMA, Laísa Ferreira Lins; DIAS, Elioterio Facchin. **O Sistema Prisional Brasileiro e os Tratados e Convenções Internacionais.**

Disponível em:

<<https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/viewFile/3094/2398>>. Acesso em: 25 jul. 2019.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.