

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
CAMPUS AVANÇADO DE NATAL
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO**

NAYARA DA SILVA COSTA FARIAS

**MÃES FORA DO CÁRCERE: UM CONTRAPONTO JURÍDICO A POSIÇÃO
LIBERTÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

NATAL/RN

2018

NAYARA DA SILVA COSTA FARIAS

**MÃES FORA DO CÁRCERE: UM CONTRAPONTO JURÍDICO A POSIÇÃO
LIBERTÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Artigo apresentado como requisito de aprovação da disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II (TCC), do curso de Direito, da Universidade Estadual do Rio Grande do Norte.

Orientadora: Prof. Dra. Carla Maria Fernandes Brito Barros.

NATAL/RN

2018

NAYARA DA SILVA COSTA FARIAS

**MÃES FORA DO CÁRCERE: UM CONTRAPONTO JURÍDICO A POSIÇÃO
LIBERTÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Artigo apresentado como requisito de aprovação da disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II (TCC), do curso de Direito, da Universidade Estadual do Rio Grande do Norte.

Aprovado em: 07 de novembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dra. Carla Maria Fernandes Brito Barros.
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN)
Orientadora

Prof. Me. José Armando Ponte Dias Júnior
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN)
Membro

Profa. Esp. Flavianne Fagundes da Costa
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN)
Membro

Catálogo da Publicação na Fonte.
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

C837m Costa Farias, Nayara da Silva
MÃES FORA DO CÁRCERE: UM CONTRAPONTO JURÍDICO A
POSIÇÃO LIBERTÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. /
Nayara da Silva Costa Farias. - Natal, 2018.
36p.

Orientador(a): Profa. Dra. Carla Maria Fernandes Brito Barros.
Monografia (Graduação em Direito). Universidade do Estado do Rio
Grande do Norte.

1. Cárcere Feminino. 2. Princípio da Individualidade. 3. Prisão
Preventiva. 4. Prisão Domiciliar. 5. Maternidade. I. Barros, Carla Maria
Fernandes Brito. II. Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. III.
Título.

MÃES FORA DO CÁRCERE: UM CONTRAPONTO JURÍDICO A POSIÇÃO LIBERTÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

NAYARA DA SILVA COSTA FARIAS¹

RESUMO: O atual cenário prisional brasileiro aponta para o crescente encarceramento feminino e, como parcela do gênero, para o incremento da custódia de mães com filhos menores e gestantes. Estas aprisionadas em um conhecido sistema prisional ineficaz, pensado e criado para homens, onde é insuficiente e inadequado o atendimento das necessidades específicas que requer a maternidade. Nesse sentido, o presente trabalho tem por objetivo esboçar um contraponto jurídico por intermédio da análise da decisão libertária do Superior Tribunal Federal ao apreciar o HC coletivo nº 143641, que conferiu a substituição da prisão provisória pela prisão domiciliar para todas as presas mães com filhos até 12 (doze) anos de idade e as gestantes, à luz do Princípio da individualização da pena. Assim, indagar-se se tal decisão fere a aplicação do princípio da individualização da pena na análise casuística a ser realizada pelo juiz. A metodologia que se utiliza é a pesquisa bibliográfica e documental, com opção epistemológica pelo método dialético-dedutivo, uma vez que se pretende analisar a doutrina, a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional pátrias que versem sobre a aplicação da prisão domiciliar e o princípio da individualização da pena. Conclui-se que o estudo em tela suscita o debate social e jurídico para repensar medidas alternativas à prisão feminina, principalmente as que estão em condição de maternidade, que não perpassasse por decisões judiciais padronizadoras e generalizantes, conferindo risco à segurança jurídica.

Palavras-chave: Cárcere feminino. Maternidade. Prisão preventiva. Prisão domiciliar. Princípio da individualidade.

ABSTRACT: The current Brazilian prison scenario points to increasing female imprisonment and, as part of the gender, to increase the custody of mothers with minor and pregnant children. They are imprisoned in a well-known ineffective prison system, designed and created for men, where insufficient and inadequate care is taken to meet the specific needs of maternity. In this sense, the objective of this work is to outline a legal counterpoint through the analysis of the libertarian decision of the Federal Superior Court in assessing the collective HC nº. 143641, which granted the replacement of the provisional arrest by house arrest for all prey mothers with children up to 12 (twelve) years of age and pregnant women, in the light of the Principle of individualization of the sentence. It is therefore necessary to ask whether such a decision affects the application of the principle of individualization of sentence in the case-by-case analysis to be carried out by the court. The methodology that is used is the bibliographical and documentary research, with epistemological option by the dialectic-deductive method, since it intends to analyze the doctrine, the Federal Constitution and the infraconstitutional legislation homelands that deal with the application of the house arrest and the principle of

¹ Discente do curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Graduada em Licenciatura em Geografia pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. E-mail: nayara_costa22@hotmail.com.

individualisation of the penalty. It is concluded that the study on the screen raises the social and legal debate to rethink alternative measures to the female prison, especially those that are in maternity condition, that does not pass through standardizing and generalizing judicial decisions, posing a risk to legal certainty.

Keywords: Female jail. Maternity. Preventive detention. Home prison. Principle of individuality.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 UMA SENDA HISTÓRICA SOBRE A PRISÃO PREVENTIVA. 3 A CUSTÓDIA CAUTELAR E SUA VINCULAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. 4 A DECISÃO DO STF NO HABEAS CORPUS Nº 143641 À LUZ DA INDIVIDUALIDADE NO PROCESSO. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 INTRODUÇÃO

O cenário atual da sociedade brasileira é marcado pela crescente realidade de desigualdade social, condição esta que conduz, também, a um assustador crescimento da violência urbana, com aumento dos índices de criminalidade, acompanhado de um estado de insegurança generalizado.

Diante de tal panorama, observa-se um crescente clamor social por justiça e aplicações de sanções penais mais rigorosas que sirvam como resposta e reprimenda exemplar para o cometimento de delitos penais, principalmente por aquela parte da população que busca por uma rápida solução da criminalidade.

De acordo com o CNJ² (Conselho Nacional de Justiça), a população carcerária feminina no Brasil corresponde, em 2016, a pouco mais de 44.700 (quarenta e quatro mil) nessa condição. Ocupando, dessa forma, o 4º lugar no ranking mundial dos países com a maior população carcerária feminina. Conforme o relatório do INFOPEN Mulheres - 2017³, em um período de 16 anos, entre os anos de 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento de mulheres aumentou em 455% no Brasil. Enquanto que, no mesmo período, a Rússia diminuiu em 2% o encarceramento feminino.

² CNJ. **Números de mulheres presas multiplica por oito em 16 anos.** Publicação 13/10/2018.

³ Levantamento nacional de informações penitenciárias **INFOPEN Mulheres**. 2ª ed. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Nacional Penitenciário, 2017. p. 13.

Dentro dessa penosa realidade brasileira, o números crescentes de mulheres encarceradas, envolve como parcela do gênero, as mães com filhos menores e gestantes. De acordo com o levantamento do Cadastro Nacional de Presas Grávidas de Lactantes do CNJ (Conselho Nacional de Justiça)⁴, em janeiro de 2018, nos presídios brasileiros encontravam-se presas nessas condições um total de 622 (seiscentos e vinte e dois) grávidas ou lactantes.

Já no mês de setembro do corrente ano de 2018, de acordo com o Cadastro do CNJ⁵, esse número apresentou uma redução, totalizando 477 (quatrocentos e setenta e sete) encarceradas, onde 302 (trezentos e dois) correspondiam as presas grávidas e 175 (cento e setenta e cinco) eram presas lactantes.

Referidas mulheres/mães integram um sistema prisional que diante das constantes e intensas violações aos direitos fundamentais da pessoa presa, foi considerado pela Suprema Corte do País como “estado de coisas inconstitucional”, sendo, certamente, inadequado ao atendimento das necessidades específicas exigidas pela presa gestante e bem assim, os cuidados primários que os primeiros meses de vida de qualquer criança requer.

Nesse cenário, emergiu a impetração do *habeas corpus* coletivo nº 143641/SP, com o intuito de concessão da substituição da prisão preventiva pela domiciliar, de forma irrestrita, a todas as mulheres presas que se amoldam ao que prescreve o art. 318, incisos IV e V, do Código de Processo Penal, ou seja, as presas preventivas que se encontravam gestantes e, ou, com filho de até doze anos de idade incompletos, o que foi deferido pelo Supremo Tribunal Federal.

Diante desse panorama, o presente artigo tem por escopo esboçar um contraponto jurídico à citada decisão concessiva da ordem de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar a todas as presas nesta condição especial, sob o ponto de vista principiológico-constitucional que sustenta o processo e a execução penal, a luz do Princípio da individualização da pena.

Sem a pretensão de desqualificar e, considerando o caráter humanitário e político criminal da posição adotada pela Suprema Corte, cabe indagar se tal decisão, está em consonância com a aplicação do constitucional princípio da individualização da pena ou se apresenta uma violadora padronização de benefícios processuais.

Assim, a presente pesquisa científica se propõe a discorrer sobre o instituto da prisão preventiva e da prisão domiciliar, abordando seus critérios e objetivos de aplicação no processo

⁴ Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Brasil tem 622 grávidas ou lactantes em presídios**. 25/01/2018.

⁵ Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Cadastro nacional de presas grávidas e lactantes**. Ano/Mês Referência: 2018-09.

penal, tendo como parâmetro, o princípio da individualização da pena por intermédio de seu conceito, alcance e relevância no contexto do *Habeas Corpus* coletivo nº 143641.

Para a execução do artigo, foram utilizados os procedimentos de pesquisa bibliográfica e documental, com a seleção e a leitura de artigos, dissertações, Constituição Federal, leis infraconstitucionais e, principalmente, livros doutrinários, relacionados ao tema em tela, especialmente no que diz respeito ao princípio da individualização da pena e ao instituto da prisão domiciliar no país.

O presente artigo fora estruturado em três capítulos. O primeiro deles apresenta um traçar histórico sobre a prisão preventiva, destacando brevemente a história das penas e prisões no mundo e, posteriormente, fazer um rápido levantamento desse instituto no ordenamento jurídico brasileiro. No segundo capítulo, faz-se uma análise vinculativa entre a aplicação da custódia cautelar e princípio da individualização da pena. E, por fim, no último capítulo, examina-se o teor do *writ* concessivo do STF sobre a prisão domiciliar extensa à todas as presas provisórias gestantes e mães de crianças, tecendo contrapontos jurídicos a luz do princípio da individualização da pena.

2 UMA SENDA HISTÓRICA SOBRE A PRISÃO PREVENTIVA

Anteriormente a existência de uma sociedade organizada por meio da estrutura estatal, o ser humano vivia em pequenas comunidades compostos por família, constituindo clãs e tribos e, sendo assim, para manter uma convivência harmônica entre seus membros e, garantir, até mesmo, sua própria sobrevivência, no geral, obedecia as regras de comportamentos impostas pela coletividade.

Todavia, isso não foi o bastante para evitar violações as regras de convivência. Nas sociedades primitivas, pela crença em forças sobrenaturais e divinas, a sanção aplicada ao transgressor consistia em expulsão de sua comunidade, por conseguinte, da proteção oferecida pelo grupo, ficando o sujeito ao acaso. Salienta-se que, desse período não há relatos históricos sobre prisões ou aprisionamento de pessoas como forma de punição de infrações.

Também não foi na Idade Antiga o começo da pena privativa de liberdade como termo final das punições. Desse período, relatos históricos dão conta que o fim da punição era eminentemente retributivo, baseado nos castigos físicos, mutilações, trabalhos forçados, na morte em suplício, dentre outros.

As prisões, por sua vez, exerciam caráter de custódia temporária. Um meio de manter o transgressor sob domínio e garantir, posteriormente, a execução da pena, que como já fora mencionada acima, era, essencialmente, corporal e cruel.

Nesse sentido, Edmundo Vieira⁶ destaca que “antes do século XVI, a função da pena era exclusivamente cautelar, ou seja, a contenção do acusado até a sentença e execução da pena, até porque, naquela época as penas se esgotavam com a morte e lesões corporais infamantes”.

Na Idade Média, período histórico marcado pela hegemonia da Igreja Católica e de seu Direito Canônico, ainda vigoravam as penas corporais e as prisões mantinham seu caráter de custódia provisória do sujeito até aplicação de sua pena real. Os crimes cometidos eram considerados pecados, e as penas adquiriram uma essência religioso-espiritual, ou seja, castigo divino.

Assim, a igreja, através da aplicação de seu direito, ressignifica o encarceramento dos delinquentes por meio da prisão como penitência, com finalidade espiritual, de reconciliação com o Divino e, outra com o sentido de repressão do delito.

Sobre esse período Guilherme Nucci⁷ assevera que:

O Direito Canônico, que predominou na Idade Média, perpetuou o caráter sacro da punição, que continuava severa, mas havia, ao menos, o intuito corretivo, visando à regeneração do criminoso. A religião e o poder estavam profundamente ligados nessa época e a heresia implicava crime contra o próprio Estado. Surgiram os manifestos excessos cometidos pela denominada Santa Inquisição, que se valia, inclusive, da tortura para extrair a confissão e punir, exemplarmente, com medidas cruéis e públicas, os culpados. Inexistia, até então, qualquer proporcionalidade entre a infração cometida e a punição aplicada.

Nesse contexto, o Direito Canônico, com sua ressignificação das prisões, foi o alicerce da pena de prisão hodierna, de acordo com os ensinamentos de Cezar Bitencourt⁸, pois guiou o sistema para ideia de recuperação do homem por meio da restrição de liberdade, momento este que, afastado das formas de tentações, o sujeito poderia refletir e arrepender-se do mal praticado, alcançando, assim, a sua salvação.

Na Idade Moderna, a monarquia absolutista era a forma de representação política desse período, onde se tinha a figura do monarca absolutista como exemplo máximo do poder, e seu

⁶ VIEIRA, Edmundo Brescancin. **A banalização das prisões cautelares**. 2015. TCC (Especialização em Direito Penal e Política Criminal) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2015. p. 8.

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011. p. 64.

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 35.

governo era ilimitado e incondicional. As sanções eram por ele aplicadas e, geralmente cruéis e não motivadas.

O direito penal, nesse período, servia como “instrumento de preservação e de reprodução da ordem política e social, o sistema penal absolutista reprimia as forças sociais garantindo a expansão da política mercantilista”⁹.

A referida conjuntura social e penal, dessa época, levou a insatisfação em massa por parte da população, no contexto europeu vislumbrado, o que ocasionou inúmeras revoltas contra os governos absolutistas.

O contexto econômico europeu vivenciado pela população também contribuiu para a mudança de paradigma quanto à aplicação das penas. A população enfrentava um grave quadro de dificuldade econômicas, com uma crescente miséria, decorrente da expulsão do trabalhador do campo para a cidade.

Sobre o assunto, destaca Tatiana Chiaverini¹⁰ que:

O sistema penal baseado no espetáculo do sofrimento do criminoso e da pena de morte começou a entrar em decadência junto com a superação do absolutismo. Alguns fatores favoreceram essa mudança: a ineficácia do sistema punitivo que, embora cruel e vigoroso, não conseguia conter a criminalidade perigosa que se multiplicava; a necessidade de trabalhadores para as indústrias; a economia que exigia uma maior liberdade para o desenvolvimento do capitalismo; a superação da política de manutenção parasitária dos privilégios de nascimento da nobreza e do próprio rei.

Tatiana Chiaverini também relaciona a prisão moderna com as alterações culturais vivenciadas pelo homem nesse período e afirma que, em dado momento, foram utilizadas como um alternativa para coibir a vagabundagem e disciplinar o trabalhador industrial¹¹.

Nesse cenário, ainda no século XVI foi construída na Inglaterra a primeira prisão, conhecida como *House of Correction*, com o objetivo de recolher os vagabundos, mendigos, praticantes de delitos, dentre outros, para serem disciplinado, “corrigidos” pelo trabalho obrigatório.

Sobre as *House of Correction*, Chiaverini¹², com referências em Melossi e Pavarini, expõe que:

Por solicitação de alguns expoentes do clero inglês, alarmados com proporções alcançadas pela mendicância em Londres, o rei autorizou o uso do castelo de Bridewell para acolher os vagabundos, os ociosos, os ladrões e os autores de delitos de menor importância. O objetivo da instituição, que era dirigida com mão de ferro,

⁹ CHIAVERINI, Tatiana. **Origem da pena de prisão**. 2009. Op. cit., p. 70.

¹⁰ Op. cit. p. 78.

¹¹ Op. cit. p. 8.

¹² MELOSSI e PAVARINI, 2006. p. 36, apud CHIAVERINI, 2009. p. 84. Op. cit. p. 84.

era transformar os internos através do trabalho obrigatório e da disciplina. Além disso, ela deveria desencorajar outras pessoas a seguirem o caminho da vagabundagem e do ócio, e assegurar o próprio autosustento através do trabalho, a sua principal meta. O trabalho que se fazia era, em grande parte, no ramo têxtil, como o exigia à época. A experiência deve ter sido coroada de sucesso, pois, em pouco tempo, *houses of correction*, chamadas indistintamente de *bridewells*, surgiram em diversas partes da Inglaterra.

Essas casas de correção e trabalho, inicialmente criadas na Inglaterra, logo se espalharam como modelo prisional por toda a Europa. Assim, as “*houses of correction*” ou “*workhouses*”, com seu trabalho forçado, eram uma forma bastante contundente de forçar o trabalhador a aceitar as cruéis condições de trabalho existentes na época”¹³.

Tal sistema, alicerçado no trabalho forçado do condenado, visava um interesse essencialmente econômico. Assim, o fundamento da pena não era mais o castigo de outrora, entrava em cena agora, a regeneração do sujeito pelo trabalho. Sobre esse momento de transição aponta Tatiana Chiaverini¹⁴ que:

Na transformação dos métodos de punição do absolutismo para o capitalismo, foram determinantes os interesses econômicos da elite da sociedade que estabeleceu uma mudança fundamental na política criminal. O crime e o criminoso passaram a ser destacados, analisados em todos os seus detalhes e expostos, enquanto a punição é a mais discreta possível. [...] O perigo não está mais no uso arbitrário da máquina estatal, está no criminoso, no indisciplinado, no desempregado, no vadio, no inútil, naquele que não consome nem colabora com o bem-estar que supostamente usufrui com a vida em sociedade. A violência vem daquele que rompeu com o contrato social que o favorecia.

O processo de modernização do direito penal somente iniciou-se com o Iluminismo que, de acordo com Guilherme Nucci¹⁵. O surgimento da prisão, como pena privativa de liberdade, apenas ocorre a partir do século XVII, consolidando-se posteriormente no século XIX¹⁶.

O movimento intelectual iluminista objetivava, por intermédio do uso da razão, a superação dos modelos tirânicos anteriores, na busca de se construir uma sociedade e um estado melhor. É nesse período que surgem os primeiros pensadores sobre a humanização da pena, como Cesare Beccaria (1738-1774), com sua admirável obra “*Dos Delitos e das Penas*”¹⁷.

É nesse período histórico que se verifica o declínio da pena corpórea e a ascensão paulatina da pena de prisão como objetivo final do sistema penal. A pena adquiri um caráter utilitário, com enfoque na prevenção do crime.

¹³ CHIAVERINI, Tatiana. **Origem da pena de prisão**. 2009. Op. cit., p. 84.

¹⁴ Op. cit., p. 90 e 91.

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011. p. 65.

¹⁶ Op. cit., p. 65.

¹⁷ Op. cit., p. 65.

Sob outra perspectiva, percebe-se que a prisão com seu caráter provisório, esteve presente desde os primórdios da história da humanidade. Nas sociedades antigas, materializava-se como meio para assegurar a real execução da pena, mediante a prisão custódia, ou seja, mantinham o acusado preso até a sua sentença, para assim evitar fugas e garantir a aplicação da pena que, geralmente, eram cruéis e desumanas.

A mesma de linha de pensamento é observada nos dizeres expostos a seguir de Edmundo Vieira.¹⁸

Na história da pena, a prisão como espécie de sanção penal não tinha o mesmo caráter da que se tem hoje, conhecida na Antiguidade, era somente como forma de contenção dos que aguardavam a sentença; portanto, a prisão era utilizada até os fins do século XVIII como espécie de prisão provisória, utilizando-se da nomenclatura atual.

Sobre o tema, discorre Layse Azevedo¹⁹ que, desde a Antiguidade a prisão possui natureza provisória e instrumental, enfatizando o seguinte:

[...] a prisão como medida antecipada à pena principal tem seus vínculos históricos voltados, praticamente, ao início da história da humanidade, constituindo prática secular a manutenção do acusado sob custódia, evitando sua fuga para, assim, oportunizar o processo e aplicar-lhe a pena devida. A prisão sempre teve um caráter provisório e instrumental, configurando-se em medida eminentemente processual, que visava somente manter o acusado no distrito da culpa para, ao final, puni-lo com as penas que existiam na época. Na idade moderna, contudo, a prisão ganhou o caráter de pena, explicado anteriormente.

Nesse sentido, destaca Sidney Eloi Dalabrida apud José Ricardo Filho²⁰ que, a prisão preventiva antecedeu a própria pena privativa de liberdade. Atingiu o seu ápice na Idade Média, com as inquisições, onde era um pressuposto da instrução, que permitia o uso da tortura do acusado como meio de obtenção da confissão dos delitos.

No ordenamento jurídico brasileiro, salienta-se que a mesma apareceu legalmente no ano de 1822. A prisão provisória, anterior a essa data, somente se dava em virtude de flagrante delito e crime cuja pena fosse de morte natural ou civil, com a plena formação de culpa, em conformidade com as lições de José Ricardo Filho²¹.

¹⁸ VIEIRA, Edmundo Brescancin. **A banalização das prisões cautelares**. 2015. TCC (Especialização em Direito Penal e Política Criminal) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2015. p.11.

¹⁹ AZEVEDO, Layse Negromonte. **Alternativas cautelares à prisão preventiva e o poder geral de cautela do juiz**. João Pessoa, 2011. Monografia (Graduação) – Universidade Federal da Paraíba. Centro de Ciências Jurídicas, 2011. p. 13.

²⁰ DALABRIDA, 2009. p.85, apud CORREIA FILHO, 2011. p. 8 e 9. CORREIA FILHO, José Ricardo Correia. **Fundamentação da prisão preventiva**. Curitiba, 2011. TCC (Graduação) – Universidade Tuiuti do Paraná, 2011. p. 8 e 9.

²¹ CORREIA FILHO, José Ricardo. **Fundamentação da prisão preventiva**. Curitiba, 2011. TCC (Graduação) – Universidade Tuiuti do Paraná, 2011. p. 9.

A Constituição Imperial de 1824 estabeleceu, em seu artigo 175, a hipótese de prisão provisória, mesmo sem a culpa formada, para aqueles que fossem presos em flagrante ou para os indiciados por crimes inafiançáveis. Entretanto, tais prisões somente eram determinada por ordem expressa do juiz²².

Em 1941, a exposição de motivos do Código de Processo Penal, apresentou a prisão como um instrumento de interesse da administração pública, fato que demonstrou a forte influência fascista do período em que foi elaborado, ampliando os casos em que a prisão preventiva era admitida²³ e evidenciando o objetivo de conter os movimentos sociais e políticos contra o governo autoritarista vigente.

Nesse contexto, o Código de Processo Penal de 1941 determinou a obrigatoriedade da prisão preventiva para os acusados de crimes cuja pena fosse a de reclusão igual ou superior a dez anos, indicando os elementos que a motivariam: a garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal.

Conforme expõe ainda Jose Ricardo Correia Filho²⁴ com a edição da lei nº 5.349/1967 reiterou a hipótese de prisão preventiva obrigatória tanto para os crimes inafiançáveis quanto para os afiançáveis.

Já a Lei nº 6.416/1977, trouxe uma importante inovação ao instituto da prisão preventiva, ao introduzir no parágrafo único do art. 310 do CPP, a regra de concessão judicial de liberdade provisória ao acusado preso em flagrante, sempre que não estiverem presentes as hipóteses de decretação da preventiva. É nesse momento que efetivamente se institui o sistema de tutela cautelar, de acordo com Silva apud Correia Filho²⁵.

É com o advento dessa Lei que há o rompimento da ideia de prisão cautelar como regra. A prisão preventiva passa a ser exceção, pois a liberdade provisória deverá ser concedida sempre que ausentes os requisitos daquela. Essa regra mais tarde será consagrada pelo art. 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal²⁶ de 1988, ao informar que, “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

²² AZEVEDO, Layse Negromonte. **Alternativas cautelares à prisão preventiva e o poder geral de cautela do juiz**. Op. cit. p. 16.

²³ AZEVEDO, Layse Negromonte. **Alternativas cautelares à prisão preventiva e o poder geral de cautela do juiz**. João Pessoa, 2011. Monografia (Graduação) – Universidade Federal da Paraíba. Centro de Ciências Jurídicas, 2011. p. 16.

²⁴ CORREIA FILHO. José Ricardo. **Fundamentação da prisão preventiva**. Op. cit. p. 10 e 11.

²⁵ Op. cit. p. 11.

²⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Op. cit. p. 16.

Para finalizar, a última alteração de grande relevância foi a promovida pela Lei nº 12.403/2011, a chama Nova Lei das Prisões, que, consoante as lições de Layse Negromonte²⁷, “confirmou o caráter cautelar da prisão e positivou sua subsidiariedade ao introduzir medidas cautelares do encarceramento que têm preferência na aplicação no caso concreto”, dispondo, expressamente, no art. 282, §6º, do CPP, que “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”.

3 A CUSTÓDIA CAUTELAR E SUA VINCULAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.

A liberdade do homem é considerada um bem caríssimo a título de figurar como um direito fundamental. Entretanto, sabe-se que esse direito não é ilimitado, podendo sim, a depender da situação fática, ser restringida através da pena de prisão, inclusive na fase processual e, não somente na fase de cumprimento de sentença.

No curso da fase policial ou da ação penal, isto é, na fase processual, poderá haver situações que ensejam, por parte do juiz, a adoção de medidas que visem garantir a utilidade do processo.

Situações urgentes que exigem medidas para se “assegurar a correta apuração do fato delituoso, a futura e possível execução da sanção, a proteção da própria coletividade, ameaçada pelo risco de reiteração da conduta delituosa, ou, ainda, o ressarcimento do dano causado pelo delito”²⁸, por exemplo.

Essas medidas, chamadas de cautelares, são previstas no Código de Processo Penal e em legislação especial, e é empregada para instrumentalizar a prestação jurisdicional, como explica Renato Brasileiro²⁹ que:

Medidas cautelares de natureza pessoal: são aquelas medidas restritivas ou privativas da liberdade de locomoção adotadas contra o imputado durante as investigações ou no curso do processo, com o objetivo de assegurar a eficácia do processo, importando algum grau de sacrifício da liberdade do sujeito passivo da cautela ora em maior grau de intensidade (v.g., prisão preventiva, temporária), ora com menor lesividade (v.g., medidas cautelares diversas da prisão do art. 319 do CPP).

²⁷ AZEVEDO, Layse Negromonte. **Alternativas cautelares à prisão preventiva e o poder geral de cautela do juiz**. p. 17.

²⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Volume único. 5 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 829.

²⁹ Op. cit. p. 830 e 831.

Ao abordar a matéria sobre os princípios aplicáveis às medidas cautelares de natureza pessoal, Brasileiro³⁰ destaca a observância, nesses casos, do princípio da presunção de inocência, o princípio da proporcionalidade, bem como, o princípio que mais interessa a esse trabalho, o princípio da jurisdicionalidade, ou como bem preferiu definir o conceituado autor, “princípio implícito da individualização da prisão e não somente da pena”.

Sobre este último, frisa que a decretação de qualquer espécie de medida cautelar processual penal está condicionada à manifestação fundamentada do Poder Judiciário³¹, obviamente, ao proceder a análise individualizada dos casos concretos.

Nesse sentido, a prisão cautelar ou *carcer ad custodiam* é definida como a prisão que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, com o fito de garantir a fase investigatória e a efetividade do processo criminal.

Evidencia Brasileiro³² que, “trata-se de medida de natureza excepcional, que não pode ser utilizada como cumprimento antecipado de pena, na medida em que o juízo que se faz, para sua decretação, não é de culpabilidade, mas sim de periculosidade”.

A melhor doutrina apresenta como espécies de prisão processual cautelar a prisão em flagrante; a prisão temporária e a prisão preventiva. É nesta última que se detém, com maior atenção, este trabalho.

A prisão preventiva é espécie de prisão cautelar que pode ser decretada em qualquer fase da investigação ou do processo criminal, inclusive após a sentença condenatória recorrível, sempre que estiverem preenchidos os requisitos elencados no art. 313 do Código de Processo Penal - CPP, bem como, estiverem presentes os motivos dispostos no art. 312, do CPP.

Dispõe a Constituição Federal³³ em seu art. 5º, inciso LXI, que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Portanto, são estes os requisitos que motivam a privação de liberdade de alguém.

Nestor Távora³⁴ conceitua tal instituto da seguinte maneira:

É a prisão de natureza cautelar mais ampla, sendo uma eficiente ferramenta de encarceramento durante toda a persecução penal, leia-se, durante o inquérito policial e na fase processual. Até antes do trânsito em julgado da sentença admite-se a

³⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Volume único. 5 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 834.

³¹ Op. cit. p. 834.

³² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Op. Cit. p. 875.

³³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2015. p.16.

³⁴ ROSMAR, Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 12 ed. Salvador: Ed. JusPodivm. 2017. p. 931.

decretação prisional, por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente (art. 5º, inciso LXI da CF), desde que presentes os elementos que simbolizem a necessidade do cárcere, pois a preventiva, por ser medida de natureza cautelar, só se sustenta se presentes o lastro probatório mínimo a indicar a ocorrência da infração, os eventuais envolvidos, além de algum motivo legal que fundamente a necessidade do encarceramento.

Com relação ao pressupostos legais dessa medida cautelar, Aury Lopes Jr.³⁵ evidencia que a prisão preventiva poderá ser decretada desde que presente o *fumus commissi delicti* (previsto no art. 312, parte final, do CPP - prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria ou participação) e o *periculum libertatis*, observando que o próprio CPP coloca a prisão preventiva como *última ratio* ao explicitar seu caráter subsidiário, no já referido art. 282, § 6º do CPP, face as outras medidas cautelares elencadas no art. 319.

Nesse contexto, verifica-se que a decretação dessa medida cautelar só se justifica quando presentes as hipóteses³⁶ e requisitos autorizadores vistos anteriormente e, por decisão fundamentada.

É nesse sentido o julgado do Superior Tribunal de Justiça – STJ³⁷ apresentado a seguir, vejamos:

Ementa: PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. **TENTATIVA DE HOMICÍDIO. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA CUSTÓDIA CAUTELAR. FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL IDÔNEA. PERICULOSIDADE DO AGENTE E AMEAÇA À TESTEMUNHAS. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO.** 1. **Considerando a natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos,** o preenchimento dos pressupostos e dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos do previsto no art. 319 do CPP. 2. **Na hipótese, a prisão preventiva foi adequadamente motivada, revelando-se imprescindível para garantir a ordem pública, tendo em vista a periculosidade do paciente,** apontado como integrante de associação criminosa na comarca, **bem como para a conveniência da instrução criminal,** uma vez que há relatos de que o recorrente estaria ameaçando e intimidando testemunhas. 3. Esta Corte Superior possui entendimento firme no sentido de **que a presença de condições pessoais favoráveis do agente, como primariedade, domicílio certo e emprego lícito, não representa óbice, por si só, à decretação da prisão preventiva, quando identificados os requisitos legais da cautela.** 4. Recurso ordinário em habeas corpus não provido.

³⁵ LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 132.

³⁶ O art. 313, do Código de Processo Penal especifica que será admitida a custódia preventiva nos crimes dolosos, punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos (inciso I); se o acusado tiver sido condenado por outro delito doloso, em sentença transitada em julgado (inciso II); bem como se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência (inciso III). Ainda é possível a decretação da preventiva quando houver dúvida quanto à identidade civil da pessoa suspeita ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.

³⁷ **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso ordinário em habeas corpus rhc 70912 DF 2016/0122763-8. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Data de Publicação: DJe 03/03/2017.

STJ - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS RHC 70912 DF 2016/0122763-8 (STJ). Data de publicação: 03/03/2017. (Grifos acrescidos).

O legislador, no art. 312 do CPP, elenca os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva, são eles: a garantia da ordem pública e da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, assegurar a aplicação da lei penal.

O que em breves palavras, sublinha Távora, sobre o conceito de ordem pública, que não há, doutrinariamente, um significado exato do termo. O autor entende que esse termo remete a uma circunstância de paz e tranquilidade social. Assim sendo, a decretação da preventiva, se for necessário, visa evitar que o sujeito continue a delinquir durante a fase processual³⁸.

Sobre a hipótese da conveniência da instrução criminal Nucci³⁹ apresenta que “visualiza-se esse requisito quando o indiciado ou réu perturba a colheita da prova de alguma forma”.

Em relação à garantia de aplicação da lei penal esclarece Távora⁴⁰ que, “evita-se aqui a fuga do agente, impedindo o sumiço do autor do fato, que deseja eximir-se de eventual cumprimento da sanção penal”.

Quanto à garantia da ordem econômica, aponta o ilustre autor que, visa-se coibir que o indivíduo, se solto estiver, continue a praticar novas infrações afetando a ordem econômica⁴¹.

O autor ainda apresenta uma última hipótese retirada dos mandamentos do art. 282, § 4º, do CPP, refere-se, portanto, ao descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares, em decorrência do caráter subsidiário da prisão preventiva⁴².

Nesse contexto de excepcionalidade da prisão preventiva, ressalta de importância o princípio da individualização da pena, previsto no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal – CF, de 1988, com a seguinte redação:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

³⁸ ROSMAR, Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 12 ed. Salvador: Ed. JusPodivm. 2017. p. 932.

³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. p. 371.

⁴⁰ ROSMAR, Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. p. 934.

⁴¹ ROSMAR, Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. p. 934.

⁴² Op. cit. p. 935.

Pelo referido preceito constitucional se entende que a pena ou prisão, especialmente as determinadas cautelarmente, deverá sempre ser individualizada para cada sujeito, impondo-se a análise, no momento de aplicação da sanção ou medida encarceradora, de todas as circunstâncias que contribuíram para a existência do crime, bem como o grau de culpabilidade do agente.

Sobre tal princípio, os ensinamentos de Nucci⁴³ afirmam que a “individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou mesmo corréus”.

O referido autor ainda explica sobre o princípio da individualização da pena que, o mesmo tem como objetivo evitar a padronização de sanções, fazendo que cada agente respondam na medida de sua culpabilidade, vejamos:

Significa que a pena não deve ser padronizada, cabendo a cada delinquente a exata medida punitiva pelo que fez. Não teria sentido igualar os desiguais, sabendo-se, por certo, que a prática de idêntica figura típica não é suficiente para nivelar dois seres humanos. Assim, o justo é fixar a pena de maneira individualizada, seguindo-se os parâmetros legais, mas estabelecendo a cada um o que lhe é devido⁴⁴.

Para o supramencionado autor⁴⁵, a individualização da pena, “além de preceito constitucional, significa a concretização da justiça ao se atribuir a cada um o que é seu, a cada um o que efetivamente merece, valendo-se, pois, da culpabilidade do fato e da culpabilidade do autor”.

A observância da culpabilidade do fato “auxilia na formação dos tipos penais, especificamente [...] (limites mínimo e máximo da pena), bem como oferece ao magistrado dados concretos da gravidade do que foi praticado, para a eleição da pena concreta”. Já a culpabilidade do autor “serve ao juiz, pois a vida pregressa, a personalidade, a motivação e outros dados próprios de cada réu, devem ser considerados igualmente na fixação da pena justa”⁴⁶.

Cabe ressaltar que, esse princípio constitucional rege essencialmente toda a matéria de Direito Penal, Processual Penal, bem como a Execução Penal. A individualização da pena não deve ser levada em consideração somente na fase legislativa, judicial (sentença), ou executória

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011. p. 36.

⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.75.

⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2014. p. 362.

⁴⁶ Op. cit. p. 362.

da pena. Deve ser considerada em todos os momentos processuais, inclusive na aplicação de medidas cautelares pessoais, como a decretação da prisão preventiva.

A melhor doutrina aponta que a individualização da pena ocorre em três fases: a primeira é a individualização no âmbito legislativo, que ocorre no momento da criação do tipo penal incriminador, quando o legislador estabelece abstratamente o mínimo e o máximo da pena cominada. A segunda fase se dá no âmbito judicial quando, diante do caso concreto, o juiz, a partir dos critérios estabelecidos na legislação, fixa a pena cabível ao agente. E a terceira fase acontece no âmbito executório, quando o juiz da execução penal adapta a pena aplicada na sentença à pessoa do condenado ou internado, concedendo-lhe ou negando-lhe benefícios executórios⁴⁷.

Afirma Renato Brasileiro⁴⁸ que:

Se é verdade que o legislador confere ao juiz certa discricionariedade por ocasião da individualização da pena na sentença condenatória, também é verdade que todas as operações realizadas na dosimetria da pena devem ser devidamente fundamentadas, apontando o magistrado como valorou cada uma das circunstâncias analisadas, desenvolvendo um raciocínio lógico e coerente que permita às partes e à própria sociedade entender os critérios utilizados nessa valoração, evitando-se, assim, quaisquer arbitrariedades.

Do mesmo modo, para decretação das medidas cautelares, inclusive prisão preventiva, deve o(a) magistrado(a), observar os ditames do princípio da individualização da pena, considerando as particularidades do agente e das circunstâncias do fato, bem como se a decisão encontra consonância com o descrito no art. 315 do CPP.

Aqui, merece destaque a lição de Nucci⁴⁹ sobre a individualização da medida cautelar, quando afirma que:

Passa-se a demandar do juiz, para fins processuais, a individualização da medida cautelar. Em perfeita harmonia com os fins do princípio constitucional da individualização da pena, que abomina a padronização da sanção penal, quer-se individualizar a restrição à liberdade na fase processual. **Qualquer medida cautelar (prisão ou alternativa) deve ser fixada de acordo com o caso concreto**, levando em consideração a pessoa do indiciado ou réu, **sem nenhum padrão estabelecido de antemão.** (Grifos acrescidos).

Nesse sentido, entende-se que a obediência a tais orientações só é possível a partir da análise casuística feita pelo juiz da causa, o qual deverá eleger dentre as alternativas propostas pela legislação pátria, aquela que mais se adequa ao caso concreto.

⁴⁷ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução penal**: esquematizado. 1ª ed. - São Paulo: Forense, 2014. p. 9.

⁴⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Volume único. 5 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 1516.

⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. Op. cit. p. 372.

No julgamento do HABEAS CORPUS 104.174⁵⁰ pelo STF, o ministro relator Ayres Britto, afirma que “a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, se afigurar como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo”.

Dessa forma, no âmbito da aplicação das medidas cautelares, principalmente nas que se refere a privação do direito fundamental de liberdade, devem ser proferidas pelo juiz, considerando as peculiares do caso concreto, em observância ao princípio da individualização da pena ou prisão, por decisão devidamente motivada, limitada pelos preceitos legais, com vistas a evitar qualquer arbitrariedade ou padronização de decisões e, assim alcançar a aplicação justa da medida penal condizente.

4 A DECISÃO DO STF NO HABEAS CORPUS Nº 143641 À LUZ DA INDIVIDUALIDADE NO PROCESSO.

No âmbito do princípio da individualização, a decisão proferida pelo STF no Habeas Corpus nº 143641, impetrado pelo “Coletivo de Advogados em Direitos Humanos” (CADHu), que concedeu automaticamente à todas as presas provisórias, na condição de gestantes ou mães de crianças até 12 anos de idade, a substituição da medida cautelar pela prisão domiciliar, merece a colocação de alguns contrapontos jurídicos.

A prisão domiciliar prevista nos arts. 317 e 318 do CPP, introduzida por força da Lei 12.403/2011 (Nova Lei das Prisões), é uma forma de cumprimento da prisão preventiva em lugar distinto da cadeia pública em razão de condições especiais (idade e saúde, por exemplo), elencadas nos incisos do artigo 318 do CPP.

De acordo com as lições Noberto Avena, a prisão domiciliar “Consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, de onde apenas poderá sair com prévia autorização judicial”⁵¹.

Esclarece Nucci⁵² que a prisão domiciliar advém da decretação da prisão preventiva, nos casos em que não se pode manter o preso recolhido em presídios comuns, tendo em vista condições pessoais especiais, pode-se transferi-lo para o recolhimento em sua residência.

⁵⁰ **Supremo Tribunal Federal.** HABEAS CORPUS 104.174 RIO DE JANEIRO. Relator Ministro Ayres Britto. Data de publicação 22/02/2011.p. 3.

⁵¹ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal.** 9ª ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, 2014. p. 684.

⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade.** 4ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.114.

Entende-se que o instituto da prisão domiciliar, previsto nos arts. 317 e 318, não se trata de uma outra classe de medida cautelar, somente uma forma de cumprimento da prisão preventiva, devendo ser adotada em casos legais, conforme o legislador, e quando for estritamente conveniente.

De acordo com o disposto no art. 318 do CPP⁵³, as hipóteses de concessão da prisão domiciliar se dá em razão de condições especiais como:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - maior de 80 (oitenta) anos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - gestante; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016).

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016).

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016).

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo. (Grifos acrescentados).

Para fins do presente estudo, analisaremos as hipóteses destacas nos incisos IV e V do mencionado artigo.

Destaca-se, como característica dessa medida, a natureza humanitária e excepcional vislumbrada pelo legislador, em virtude de condições pessoais dos aprisionados, que por motivo de idade, saúde, ou imprescindibilidade ao cuidados de filhos menores, poderão, a partir da análise individual e empírica do juiz da causa, cumprir a prisão preventiva na sua residência.

Sobre essa natureza destaca Renato Brasileiro⁵⁴ o seguinte:

Levando em consideração certas situações especiais, de natureza humanitária, a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar visa tomar menos desumana a segregação cautelar, permitindo que, ao invés de ser recolhido ao cárcere, ao agente seja imposta a obrigação de permanecer em sua residência. Para que ocorra essa substituição, que só pode ser determinada pela autoridade judiciária, deve se exigir prova idônea dos requisitos estabelecidos no art. 318 do CPP.

Salienta o supramencionado autor, a exigência legislativa de prova idônea de qualquer das situações elencadas, advindas do expresso no parágrafo único do mencionado artigo, não se admitindo, portanto, mera alegações.

⁵³ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de Outubro de 1941.

⁵⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Volume único. 5 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 1021.

Vale mencionar que, a substituição indicada nos incisos IV e V, do supramencionado artigo, nos termos atuais, adveio da Lei nº 13.257/2016, conhecida, também, como Lei do Marco Legal da Primeira Infância. Portanto, tais mandamentos visam proteger o direito das crianças, e não necessariamente favorecer as encarceradas em condição de maternidade.

Caminham nesse mesmo pensamento os ensinamentos de Nestor Távora⁵⁵ ao dizer que:

A prisão domiciliar, como forma de substituição da prisão domiciliar cautelar, teve mais duas hipóteses para sua admissibilidade com o advento da Lei no 13.257/2016, bem como ampliação de uma das que já estava prevista no art. 318, do CPP. A Lei do Marco Legal da Primeira Infância buscou abranger situações outras que podem ensejar, concretamente, risco a filho menor de doze anos ou incapaz.

O citado autor⁵⁶ destaca ainda que o legislador, ao ampliar as hipóteses de substituição de prisão preventiva pela domiciliar no caso específico descrito no inciso IV, ou seja, as gestantes, entendeu que estas podem necessitar de cuidados especiais que não podem ou não são oferecidos, nos estabelecimentos penais brasileiros. Assim, apenas nessas específicas hipóteses, é possível e cabível a prisão domiciliar substituída.

Renato Brasileiro⁵⁷ ao tratar sobre a novidade desse inciso, assevera que a substituição só deverá acontecer quando o estabelecimento prisional não puder conceder tratamento adequado à gestante. Evidencia que o Superior Tribunal de Justiça – STJ, já entendeu que “não há ilegalidade na negativa de substituição da preventiva por prisão domiciliar quando não comprovada a inadequação do estabelecimento prisional à condição de gestante ou lactante da condenada”.

Além disso, Nestor Távora⁵⁸ ainda deixa claro que para haver a substituição é indispensável a análise empírica do caso pelo juiz, com o objetivo de avaliar a situação prisional e individual da presa, vejamos:

O legislador reconheceu que a gestante, independentemente do tempo de gravidez, pode necessitar de cuidados especiais que não são oferecidos, como regra, nas cadeias públicas brasileiras, nem tampouco nas penitenciárias. Destarte, **deve o juiz avaliar empiricamente a situação prisional e individual da gestante presa para, se o caso, concluir pela substituição da preventiva pela prisão domiciliar.** A exigência de prova idônea para tal desiderato está estampada no parágrafo único do art. 318, do CPP. (Grifos acrescidos)

⁵⁵ ROSMAR, Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal.** Op. Cit. p. 956.

⁵⁶ ROSMAR, Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal.** Op. Cit. p. 956.

⁵⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal.** Op. cit. p. 1025.

⁵⁸ ROSMAR, Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal.** Op. Cit. p. 956.

Em relação a hipótese elencada no inciso V, do art. 318 do CPP, referente a mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos, apresenta Távora⁵⁹ que nesses casos, não é necessário que a presa seja a única responsável pelos cuidados da criança. Ainda assim, é indispensável provas documentais que atestem a residência comum entre mãe e filho e as condições de exercício do poder familiar pela mesma.

Evidencia ainda que o juiz pode “argumentar que, havendo estabelecimento prisional feminino com espaço adequado para os cuidados maternos ao menor de doze anos, não se deve conceder a prisão domiciliar à mãe”⁶⁰, fato que aponta significativamente para o caráter não automático da prisão substituída.

Sobre esta temática Renato Brasileiro sublinha que a regra do inciso V do art. 318 do CPP deve ser interpretado com extrema cautela. “Isso porque, à primeira vista, fica a impressão de que o simples fato de a mulher ter filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos daria a ela, automaticamente, o direito de ter sua prisão preventiva substituída pela prisão domiciliar, o que não é correto”⁶¹.

Destaca ainda o mencionado autor que, para ser cabível a substituição em comento, “incumbe a interessadas comprovar que não há nenhuma outra pessoa que possa cuidar do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos”⁶². Assim, se existir, no caso, outro parente que possa ser responsável por esse filho, não caberá a substituição da medida preventiva.

Nesse contexto, se verifica que a decisão do STF, ao atribuir generalidade e automaticidade as situações concretas, orientou-se muito mais por política criminal do que por fundamentos jurídicos.

Isso porque, a realidade de presídios e penitenciárias brasileiras, superlotadas e com infraestruturas precárias e desumanas expõem uma situação tão grave que levou o STF a declarar o sistema prisional brasileiro como um “estado de coisas inconstitucional”, o que significa dizer que, há nele constantes violações aos direitos fundamentais da pessoa presa e a persistente omissão das autoridades competentes em reverter esse quadro.

No tocante aos estabelecimentos femininos a situação não é tão divergente. A maioria não possui ambientes adequados para as presas e, menos ainda, bebês e crianças, como creche, sala de amamentação, brinquedoteca, dentre outros; tampouco possuem espaços adequados para atendimento das necessidades específicas de gestantes na condição de presa.

⁵⁹ Op. cit. p. 957.

⁶⁰ ROSMAR, Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. Op. Cit. p. 957.

⁶¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Op. cit. p. 1026.

⁶² Op. cit. p. 1026.

No que tange ao estabelecimentos destinados ao cumprimento de penas, o relatório do INFOPEN Mulheres - 2017⁶³ –, quantifico-os, revelando que existem cerca de 1.064 (um mil e sessenta e quatro) unidades prisionais masculinas no nosso país, representando um percentual de 74% (setenta e quatro por cento); cerca de 244 (duzentos e quarenta e quatro) estabelecimentos são considerados mistos, onde abriga tanto a população carcerária masculina quanto à feminina, correspondendo a 17% (dezessete por cento) do total de estabelecimentos penais; e representando apenas 7% (sete por cento) das unidades, existem somente 107 (cento e sete) estabelecimentos femininos.

Entende-se que, o fato das encarceradas brasileiras estarem, em sua grande maioria, presas em estabelecimentos penais mistos, não pensados e muito menos construídos para atender as necessidades femininas, especialmente as ligadas à maternidade, é o relevante problema em torno das condições do cárcere feminino brasileiro. Fato este que produzirá reflexos também na substituição da prisão preventiva pela domiciliar, objeto de estudo deste trabalho.

Não obstante, no Brasil existem exemplos de estabelecimentos penais femininos planejados e construídos para atender as particularidades das mulheres presas, na condição de gestantes e mães de filhos pequenos. A título exemplificativo pode-se citar a Penitenciária Feminina II de Tremembé⁶⁴, construída para atender essas necessidades e, em total conformidade com os descritos do art. 82, §1º e art. 83, §2º, da Lei de Execuções Penais - Lei nº 7.210/1984.

À vista disso, se os estabelecimentos penais femininos fossem inicialmente planejados e construídos para abrigar mulheres, e não somente meras adaptações de unidades masculinas, conseqüentemente, possuiriam ambientes adequados à satisfação das necessidades de gestantes e ambientes adequados aos bebês e filhos pequenos, reduzindo sobremaneira o número de prisões domiciliares e ficando resguardada para casos excepcionalíssimos, e não utilizada automaticamente, como determinou o SFT no julgamento do HC nº 143641.

A leitura atenta do caput do artigo art. 318 conduz ainda a interpretação de ser uma faculdade do juiz conceder a prisão domiciliar em substituição a preventiva, quando se verificarem as hipóteses descritas nos incisos I ao VI. Vale destacar que essa discricionariedade

⁶³ Levantamento nacional de informações penitenciárias **INFOPEN Mulheres**. 2ª ed. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Nacional Penitenciário, 2017. p. 22.

⁶⁴ GOMES, Lourival. O que mudou nas Prisões Femininas Paulistas. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília, ano XVI – nº 364, p. 36/37, mar. de 2012.

do juiz está vinculada aos princípios constitucionais da legalidade e da motivação, com base na análise do caso concreto, e não uma faculdade indistinta e pessoal do magistrado.

Ao tratar sobre a individualização da medida cautelar pessoal e sobre a vinculação do magistrado ao juízo de legalidade e aos fatos, Rodrigo Capez⁶⁵ argumenta que:

A aplicação de uma medida cautelar pessoal não constitui exercício judicial de uma potestade discricionária, que admita uma pluralidade de soluções justas. Retomando-se a distinção feita por Eros Grau, enquanto o juízo de oportunidade comporta uma opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente, **o juízo de legalidade constitui atividade de interpretação do direito, que o juiz desenvolve atado ao texto normativo e aos fatos.** (Grifos acrescentados)

Sobre a faculdade do juiz em aplicar a substituição, tomando como exemplo o caso de pessoa com mais de 80 anos, entretanto, entende-se que também pode ser aplicados aos demais incisos do art. 318, Nucci⁶⁶ argumenta que:

O magistrado *pode* substituir a prisão preventiva pela domiciliar. É uma faculdade admissível para as hipóteses descritas nos novos incisos I a IV do art. 318. Imagine-se o chefe de uma associação criminosa perigosa, autentico paradigma de crime organizado, com mais de 80 anos: não tem sentido colocá-lo em prisão domiciliar. A idade não é o único elemento a ser ponderado nessa hipótese.

Abordando o caráter não automático da substituição da preventiva pela domiciliar assegura Renato Brasileiro⁶⁷ que “convém destacar que a presença de um dos pressupostos indicados no art. 318, isoladamente considerado, não assegura ao acusado, automaticamente, o direito à substituição da prisão preventiva pela domiciliar”.

E Nucci⁶⁸ ainda alerta que, “cuidando-se de garantia de ordem pública, torna-se indispensável a prisão em modelo fechado e não em residência, onde, fatalmente, inexistirá qualquer espécie de fiscalização. [...] Não tem sentido algum *fingir* que o réu está preso, enquanto, na verdade, está solto”.

Observando por esse ângulo, indaga-se: quando deve ser aplicado a substituição? A resposta, é a partir da análise do caso concreto pelo magistrado, adstrito ao princípio da proporcionalidade, adequação, legalidade e a individualização da pena.

⁶⁵ CAPEZ, Rodrigo. **A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro**. São Paulo, 2015. Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015. p. 271.

⁶⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**. Op. cit. p.115.

⁶⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Volume único. 5 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 1023.

⁶⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**. 4ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.115.

Abordando esta mesma problemática, ao falar sobre a proporcionalidade da medida, Rodrigo Capez⁶⁹ apresenta esta como um método de observância na aplicação de medidas que visem a restrição da liberdade de alguém, vejamos:

Como se verificar, em um caso concreto, se há fundamentação constitucional para a intervenção no direito fundamental de liberdade? Pelo exame da proporcionalidade da medida aplicada, método destinado a estabelecer se uma restrição pode ser considerada constitucionalmente fundamentada, ou se, ao revés, configura uma violação ao direito fundamental.⁹⁵⁰ Como visto, restrições a direitos fundamentais que passem no teste da proporcionalidades são constitucionais e não atingem o seu conteúdo essencial.

O princípio da adequação, nos dizeres de Renato Brasileiro⁷⁰, deve ser considerado na substituição quando se mostrar mais adequada à situação concreta. Afirma que a observância desse princípio respalda-se no art. 282, inciso II, do CPP, ao estabelecer que na aplicação das medidas cautelares deve-se considerar a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do agente, observe:

O princípio da adequação também deve ser aplicado à substituição (CPP, art. 282, li), de modo que a prisão preventiva somente pode ser substituída pela domiciliar se se mostrar adequada à situação concreta. Do contrário, bastaria que o acusado atingisse a idade de 80 (oitenta) anos para que tivesse direito automático à prisão domiciliar, com o que não se pode concordar.

Nesse contexto, entende-se, igualmente a Brasileiro, que a presença de um dos pressupostos elencados no art. 318 do CPP, não conduz automaticamente a substituição, apresentando-se como requisito mínimo e não único para o deferimento da substituição.

Portanto, a presença de um dos pressupostos do art. 318 do CPP funciona como requisito mínimo, mas não suficiente, de per se, para a substituição, cabendo ao magistrado verificar se, no caso concreto, a prisão domiciliar seria suficiente para neutralizar o *periculum libertatis* que deu ensejo à decretação da prisão preventiva do acusado⁷¹.

Era nesse mesmo sentido que vinham decidindo os principais tribunais desse país. Observe o entendimento do STJ (Supremo Tribunal de Justiça) sobre o tema:

Ementa: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE. MÉRITO. TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR. PACIENTE GESTANTE, PRIMÁRIA, COM BONS ANTECEDENTES. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. PROTEÇÃO DA INTEGRIDADE FÍSICA E EMOCIONAL DA GESTANTE E DO FILHO

⁶⁹ CAPEZ, Rodrigo. **A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro**. Op. cit. p. 270 e 271.

⁷⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Op. cit. p. 1023.

⁷¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Op. cit. p. 1023.

RECÉM-NASCIDO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1... 2. A questão jurídica limita-se a verificar a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar. **Nesse contexto, o inciso V do art. 318 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n. 13.257/2016, determina que Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.** 3. O regime jurídico da prisão domiciliar, especialmente no que pertine à proteção da integridade física e emocional da gestante e dos filhos menores de 12 anos, e as inovações trazidas pela Lei n. 13.257/2016 decorrem, indiscutivelmente, do resgate constitucional do princípio da fraternidade (Constituição Federal: preâmbulo e art. 3º). 4. O artigo 318 do Código de Processo Penal (que permite a prisão domiciliar da mulher gestante ou mãe de filhos com até 12 anos incompletos) foi instituído para adequar a legislação brasileira a um compromisso assumido internacionalmente pelo Brasil nas Regras de Bangkok. "Todas essas circunstâncias devem constituir objeto de adequada ponderação, em ordem a que a adoção da medida excepcional da prisão domiciliar efetivamente satisfaça o princípio da proporcionalidade e respeite o interesse maior da criança. Esses vetores, por isso mesmo, hão de orientar o magistrado na concessão da prisão domiciliar" (STF, HC n. 134.734/SP, relator Ministro Celso de Melo). 5. **Caso em que a paciente é primária, portadora de bons antecedentes, estava gestante (7 meses) e agora possui filho recém-nascido, o que preenche o requisito objetivo insculpido no art. 318, V, do Código de Processo Penal.** Ponderando-se os interesses envolvidos no caso concreto, revela-se adequada e proporcional a substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Adequação legal, reforçada pela necessidade de preservação da integridade física e emocional do infante. Precedentes do STF e do STJ. 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a medida liminar, substituir a prisão preventiva da paciente pela prisão domiciliar. (STJ - HC 367546 / TO 2016/0217089-9, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA (1170), Data do Julgamento: 20/04/2017, Data da Publicação: 27/04/2017, T5 - QUINTA TURMA). (Grifos acrescidos)⁷². (Grifos acrescidos).

Todavia, no dia 20 de fevereiro do corrente ano, a 2ª Turma do STF, em julgamento histórico e ousado, examinou e julgou o Habeas Corpus coletivo nº 143641/SP, que têm como pacientes “todas as mulheres submetidas a prisão cautelar no sistema penitenciário nacional que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade e das próprias crianças”.

Na decisão, a Suprema Corte determinou a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar à todas as mulheres presas provisoriamente que estiverem na condição de gestante ou forem mães de crianças até 12 (doze) anos de idade incompletos. A exceção dirige-se aquelas que tenha praticado crime mediante violência ou grave ameaça contra seus descendentes, ou outras situações consideradas “excepcionalíssimas” (não determinada na decisão), que deverá ser fundamentada judicialmente, conforme relatoria do ministro Ricardo Lewandowski.

⁷² Superior Tribunal de Justiça - STJ - HC 367546 / TO 2016/0217089-9, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (1170), Data do Julgamento: 20/04/2017, Data da Publicação: 27/04/2017, T5 – Quinta Turma.

Como argumento justificador da apreciação do HC pelo STF, o relator⁷³ alegou que o Tribunal tinha responsabilidade pelos mais de 100 (cem) milhões de processos em tramitação no Poder Judiciário, a cargo de pouco mais de 16 mil juízes, e às dificuldades estruturais de acesso à Justiça, passando a adotar e fortalecer remédios de natureza abrangente, sempre que os direitos em perigo disserem respeito às coletividades socialmente mais vulneráveis.

Assim, contribuirá também para permitir que lesões a direitos potenciais ou atuais sejam sanadas mais celeremente, descongestionando o enorme acervo de processos sob responsabilidade dos juízes brasileiros⁷⁴.

Abordou que a ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação, no caso do sistema carcerário nacional. Apresentou também a parcela contributiva do judiciário nesse cenário, afirmando que 41% (quarenta e um) dos presos estão em custódia provisória, colaborando dessa forma com a chamada “cultura do encarceramento”⁷⁵.

Nessa perspectiva, concorda-se com os argumentos do STF, pois ao verificar a realidade da população carcerária feminina no Brasil que corresponde, em 2016, à pouco mais de 44.700 (quarenta e quatro mil e setecentas), de acordo com o CNJ⁷⁶, e o perfil das encarceradas, traçado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA em 2015, através do estudo “*Dar à luz na sombra*”⁷⁷, revela, com não muita surpresa, que estas são, em sua maioria jovens, de baixa renda, em geral mães, presas provisórias, suspeitas de crimes relacionados ao tráfico de drogas ou contra o patrimônio e, em menor número, condenadas por crimes dessa natureza.

A “cultura do encarceramento”, demonstrado pelo número excessivo de prisões provisórias, decorre de possíveis excessos na forma de interpretação e aplicação da lei penal e processual. Assim, o que se nota é a imposição exagerada de prisões provisórias as mulheres pobres e em condições de vulnerabilidade, recolhidas em estabelecimentos não adequados, sujeitas a situações que ferem a dignidade humana de gestantes e mães, com prejuízos também sentidos pelos filhos destas⁷⁸.

⁷³ STF, HC 143641/SP, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20/02/2018. p. 6.

⁷⁴ STF, HC 143641/SP, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20/02/2018. p. 6.

⁷⁵ STF, HC 143641/SP, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20/02/2018. p.8.

⁷⁶ CNJ. **Números de mulheres presas multiplica por oito em 16 anos.** Publicação 13/10/2018.

⁷⁷ BRASIL. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. **DAR À LUZ NA SOMBRA:** condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015. p. 15.

⁷⁸ STF, HC 143641/SP, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20/02/2018. p. 8 e 9.

Na explanação de seu voto, que foi acatado pela maioria dos ministros, o ministro-relator Ricardo Lewandowski⁷⁹ expôs que:

Decisão: [...] Em face de todo o exposto, concedo a ordem 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 DEPENDENTE 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 pelo juízes que denegarem o benefício. [...] Embora a provocação por meio de advogado não seja vedada para o cumprimento desta decisão, ela é dispensável, pois o que se almeja é, justamente, suprir falhas estruturais de acesso à Justiça da população presa. Cabe ao Judiciário adotar postura ativa ao dar pleno cumprimento a esta ordem judicial.

Dessa forma, ao decidir pela aplicação automática da substituição da medida cautelar pela prisão domiciliar a todas as presas gestantes e mães de filhos pequenos, entende-se que o STF retirou do juiz sentenciante a sua discricionariedade, vinculada ao juízo de legalidade, de apreciar o caso concreto e decidir motivadamente com base no seu livre convencimento. Dispensando, inclusive, o protocolo de petição por advogado.

Em seu voto o ministro-relator⁸⁰ deixou para a análise do juiz competente apenas o que se chamou de “situações excepcionalíssimas” e os casos em que as detentas forem reincidentes. Nesses casos, recomendou que os magistrados considerassem as circunstâncias do caso concreto, contudo sempre tendo como norte a excepcionalidade da prisão e o próprio teor da decisão dessa corte, ou seja, o caráter automático.

Estabeleceu ainda, como orientação na aplicação da substituição, que se deve dar credibilidade a palavra da mãe na apuração de ser ela a guardiã de seus filhos. Contudo, nos casos em que sobrevier a dúvida, deverá o juiz requisitar a elaboração de laudo social, e se constatarem a destituição do poder familiar por motivos outros que não a prisão, a substituição da preventiva não deverá ser concedida. Entretanto, até a conclusão do referido laudo, deverá ser concedida a substituição.

Em seus argumentos destaca o ministro Ricardo Lewandowski⁸¹ que a resposta apresentada pela Procuradoria-Geral da República, quanto a problemática sobre quais devem ser os parâmetros para se conceder a substituição de que trata o art. 318, IV e V do CPP, que

⁷⁹ STF, HC 143641/SP, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20/02/2018. p. 33 e 34.

⁸⁰ STF, HC 143641/SP, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20/02/2018. p. 33.

⁸¹ Op. cit. p. 32.

atribuiu dever ser formulada caso a caso, sempre à luz da particularidade do caso, parecia desconsiderar as falhas estruturais de acesso à Justiça que existem no Brasil.

Entendeu como sendo a melhor resposta à por ele apresentada, a saber: “a de conceder a ordem, estabelecendo parâmetros a serem observados, sem maiores dificuldades, pelos juízes, quando se depararem com a possibilidade de substituir a prisão preventiva pela domiciliar.”⁸²

Entretanto, não descreveu quais parâmetros eram esses, apresentando apenas essa solução coletiva, porém, generalista e, nessa perspectiva, violadora do princípio da individualização da pena. A não ser que os parâmetros a que se referiu trata-se apenas da exceção expressa na decisão, a de que não cabe a substituição às presas que praticaram crimes com violência ou grave ameaça contra seus filhos.

Considera-se louvável o caráter humanitário da decisão do STF, nada mais desumano do que encarcerar gestantes e mães e, conseqüentemente, os filhos delas, em um sistema falido. Contudo, entende-se que a solução encontrada por meio de decisões padronizadoras e genéricas como foi a proferida, não é o caminho mais acertado, pois acaba por violar princípios constitucionais, penais e processuais caros, como o da individualização da pena.

Assim, como anteriormente visto, o princípio da individualização visa estabelecer a justa e adequada sanção penal ao agente de forma individualizada. Sua finalidade é justamente a fuga de padronizações de penas, mas também de quaisquer medidas processuais, pois não se trata apenas de um direito do acusado, mas de um dever agir estatal, que impede o estado de padronizar posições sem observar a necessidade concreta da custódia.

Isso porque, a prisão preventiva, assim como as demais prisões de natureza cautelar, somente são impostas quando motivadas em algum interesse/necessidade pública, social ou processual, as quais, foram ignoradas no referido julgamento.

Se a custódia preventiva foi decretada é porque preenche os requisitos de admissibilidade destacados nos arts. 312 e 313 do CPP. Como visto anteriormente, são decretadas para garantir a ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal ou na garantia de aplicação da lei penal. Eis que não existe imposição automática de prisão preventiva. Sua decretação visa conferir uma segurança social e jurídica de acordo com o motivo que ensejou a prisão preventiva.

Embora seja verdadeira toda a situação apontada pelo excelso Tribunal (sistema penitenciário falido, inadequado as presas gestantes e mães, abusivo número de decretações de prisões preventivas, cárcere seletivo, com aprisionamento de mulheres pobres e envolvidas em

⁸² STF, HC 143641/SP, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20/02/2018. p. 33.

crime de tráfico de entorpecentes, em uma função secundária), não se pode oferecer soluções coletivas, devendo-se, ainda, encontrar a solução caso a caso.

Do contrário, corre-se o risco de errar, inclusive, com os principais destinatários da medida, os filhos, porquanto há situações tais em que, infelizmente, o convívio com a genitora pode afetar o desenvolvimento saudável da criança de modo negativo, aspecto que somente o juiz do caso concreto pode analisar apropriadamente.

Em caso similar, o julgamento do HC 441.781-SC pelo STJ⁸³ possuindo como tema a questão do tráfico de drogas e a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, ponderou o seguinte:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA EM SENTENÇA CONDENATÓRIA. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. RECEPÇÃO. PORTE ILEGAL DE ARMAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. VIVÊNCIA DELITIVA. APLICAÇÃO DE MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO. INADEQUAÇÃO. PRISÃO DOMICILIAR. DELITO PRATICADO NA PRÓPRIA RESIDÊNCIA. INDEFERIMENTO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. ... 2. **Havendo a indicação de fundamentos concretos para justificar a custódia cautelar, não se revela cabível a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, visto que insuficientes para resguardar a ordem pública.** 3. Esta Sexta Turma também entende que **a substituição do encarceramento preventivo pelo domiciliar não resguarda o interesse dos filhos menores de 12 anos de idade, quando o crime é praticado na própria residência da agente, onde convive com os infantes.** 4. Habeas corpus denegado. (STJ - HC: 441781 SC 2018/0064533-0, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 12/06/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/06/2018) (Grifos acrescidos).

Entende-se que, a solução dessas violações da dignidade da pessoa humana das presas, perpassa pelo reconhecimento do sistema prisional como questão de segurança pública, construção de uma política prisional séria e, por uma mudança em todo sistema penal, a começar pela efetivação, por parte dos governos, das diretrizes da LEP, quanto aos estabelecimentos penais femininos.

Deve-se buscar a efetivação de estabelecimentos com instalações adequadas para atender as necessidades das presas gestantes e mães de crianças. Primar pelo planejamento e construção de unidades femininas específicas, e não se contentar com meras adaptações de unidades essencialmente masculinas.

Além disso, atacar a raiz que conduz a inserção dessas mulheres no mundo delitivo, ou seja, a situação de vulnerabilidade, a falta de oportunidade de estudo e emprego fora dos portões das cadeias. Tendo em vista que a maioria dessas mulheres cometem crimes

⁸³ Superior Tribunal de Justiça. HC: 441781 SC 2018/0064533-0. Relator: Ministro NEFI CORDEIRO. Data de Julgamento: 12/06/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/06/2018.

relacionados ao tráfico de drogas, simplesmente por influência de seus parceiros ou por ser o meio mais próximo de garantir a subsistência de sua família.

Considera-se também que devem ser criados e incentivados programas dentro dos próprios estabelecimentos penais que proporcionem à essas mulheres capacitação profissional e assim, estas possam visualizar oportunidades de trabalho, além do tráfico de drogas ou a práticas de outros crimes, quando estiverem em liberdade, que garantam o sustento familiar.⁸⁴

Enfim, embora se reconheça que tais objetivos não são fáceis de serem atingidos e não oferecem uma solução célere para a crise instalada no sistema prisional, pois não produzem resultados instantâneos para a questão das violações aos direitos das presas gestantes e mães e, até as próprias crianças, por outro lado, também se entende que não são respostas genéricas por meios de decisões judiciais que produzirão as soluções pretendidas por todos.

Aqui, vale destacar que não cabe ao STF se substituir ao administrador, ainda que para tentar resolver problema de tamanha gravidade, mas que passa necessariamente por uma decisão política de atuação.

Posto isso, e em que pese ainda não seja possível saber a extensão dos efeitos sociais da decisão da Suprema Corte, dada a proximidade do julgamento, vale o estudo sobre seus reflexos jurídicos a luz do caríssimo princípio constitucional da individualização da pena.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema penitenciário brasileiro, há tempos em crise, revela uma cultura equivocada, com alicerce no direito penal máximo, em um modelo flagrantemente punitivo. A sociedade, como um todo, fecha os olhos as constantes violações a direitos fundamentais sofridos por aqueles que, por lei, apenas tem seu direito à liberdade restringindo, preservando-se os demais.

Nesse cenário, existem um pouco mais de 44.700 (quarenta e quatro mil e setecentas) mulheres com restrição à liberdade no Brasil, muitas presas provisoriamente, por crimes relacionados, em sua grande maioria, ao tráfico de entorpecentes. O perfil dessas mulheres é composto, em grande parte, de jovem, de baixa renda, e em geral mães.

Nesse sentido, salienta-se ainda a parcela de mulheres gestantes, puérperas e com filhos pequenos ou adolescentes, encarceradas, em sua maior parte, em estabelecimentos mistos, onde provavelmente, as necessidades específicas que exigem a maternidade e os

⁸⁴ Fato que não é impossível ou longe a atual realidade, como exemplo disso, tem-se o Projeto Lisbela, promovido pela Secretaria de Estado de Administração Penitenciária (Seap), nas unidades prisionais de Manaus/AM. Frisa-se que não é objetivo desse trabalho explorar esses projetos.

cuidados primários que requer os primeiros meses de vida das crianças não são atendidos em sua integralidade, nem oferecem ambientes adequados às crianças menores, como creche, brinquedoteca, biblioteca, por exemplo.

É nesse contexto de flagrante indiferença no enfrentamento das questões carcerárias femininas, principalmente as relacionadas à maternidade, que o Superior Tribunal Federal – STF, em decisão histórica, no último mês de fevereiro, concedeu Habeas Corpus Coletivo nº 143641/SP para converter a prisão preventiva em prisão domiciliar à todas as mulheres grávidas e mães de crianças de até 12 anos.

Ressalta-se o caráter humanitário da decisão do STF, que enfrentou e trouxe aos palcos o que se tratou, por muito tempo, com invisibilidade, ou seja, o penoso tratamento dispensados às gestantes aprisionadas (sem acesso ou com atendimento limitado ao pré-natal, dando à luz em celas ou em presídios insalubres, ou tendo que permanecer com seus filhos recém-nascidos em celas inadequadas de cadeias), e propôs uma solução para minimizar tamanha agressão a dignidade humana dessas mulheres e crianças.

Todavia, na aplicação de medidas cautelares de natureza pessoal ou na sua alteração, deve-se levar em conta princípios como, o da presunção de inocência, da proporcionalidade, adequação da medida, e, especialmente, o princípio da individualização da pena/prisão (considerando a individualidade do agente e das circunstâncias do fato), de forma condicionada à manifestação fundamentada do magistrado, em consonância com o descrito no art. 315 do Código de Processo Penal.

Ao analisar o instituto da prisão preventiva pode-se constatar que, na fase processual poderá haver situações que ensejam a adoção de medidas que visem garantir a utilidade do processo. Situações essas como a garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal.

Referida custódia é uma medida de exceção, devendo ser interpretada de maneira restritiva, podendo ser decretada desde que presente o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, bem como, a real necessidade da prisão.

Nesse perspectiva, o instituto da prisão domiciliar, prevista nos arts. 317 e 318 do CPP, e que não se trata de uma outra classe de medida cautelar, mas somente uma forma de cumprimento da prisão preventiva, quando não se pode manter o preso recolhido em presídios comuns, tendo em vista condições pessoais especiais que autorizam sua transferência para o recolhimento em sua residência, não deve ser feita sem uma análise concreta quanto as circunstâncias de fato que a autorizam.

A alteração de qualquer medida cautelar ou da forma de seu cumprimento, demanda a análise dos preceitos legais e mandamentos principiológicos que a orientam, a fim de evitar qualquer arbitrariedade ou padronização de decisões, alcançando a aplicação justa da medida penal condizente.

Isso porque, ao contrário do que decidiu o STF, as hipóteses de admissibilidade da substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar não possuem caráter automático. O magistrado, ao determiná-la, deve considerar o caso concreto, estabelecer o juízo de legalidade, observando se a referida substituição atende as exigências legais ou não, e se atende sua finalidade ou não. Além disso, deverá examinar os pressupostos constitucionais da individualização da pena. E somente a partir desses fundamentos lógicos, e não meramente discricionários, deverá proferir sua decisão de forma motivada.

Nesse sentido, entende-se que o STF, ao conceder a substituição automática a todas as presas gestantes e mãe de filhos até 12 (doze) anos de idade incompletos, não considerou atentamente os ditames do princípio da individualização da pena ou prisão, que tem por objetivo essencial, analisar as condições e circunstâncias pessoais e individuais do agente, e isso só será feito pelo juiz, ao analisar caso a caso, evitando assim, decisões padronizadas, em desacordo com a individualidade do processo.

Em suma, é indiscutível a necessidade de abordar a realidade do sistema prisional feminino no Brasil, principalmente a relacionada às presas gestantes e mães, retirando essas mulheres da invisibilidade social reinante e efetivando seus direitos fundamentais, com base no caráter humanitário dos seus objetivos, no entanto, a lei processual e o princípio da individualização, estabelecem critérios e limites que vedam a utilização ou alteração automática de medidas cautelares para tanto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução penal**: esquematizado. 1ª ed. - São Paulo: Forense, 2014.

_____. **Processo penal**. 9.ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

AZEVEDO, Layse Negromonte. **Alternativas cautelares à prisão preventiva e o poder geral de cautela do juiz**. 2011. 63 f. Monografia (Graduação) – Universidade Federal da Paraíba. Centro de Ciências Jurídicas, João Pessoa, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/70/1/LNA17092012.pdf>. Acesso em: 04/10/2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2015.

_____. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de Outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 18/10/2018.

_____. **Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN Mulheres**. 2ª ed. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Nacional Penitenciário, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Acesso em: 18/10/2018.

_____. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. **DAR À LUZ NA SOMBRA: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão**. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/201clugar-de-crianca-nao-e-na-prisao-nem-longo-de-sua-mae201d-diz-pesquisa/pesquisa-dar-a-luz-na-sombra-1.pdf>. Acesso em: 25/10/2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. HABEAS CORPUS 104.174 RIO DE JANEIRO. Relator Ministro Ayres Britto. Data de publicação 22/02/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc104174.pdf>>. Acesso em: 15/10/2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. HC 143641/São Paulo. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20/02/2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/2/art20180220-18.pdf>. Acesso em: 25/10/2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso ordinário em habeas corpus rhc 70912 DF 2016/0122763-8. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Data de Publicação: DJe 03/03/2017. JusBrasil, 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/443315068/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-70912-df-2016-0122763-8>. Acesso em: 14/10/2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça - STJ - HC 367546 / TO 2016/0217089-9**, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA (1170), Data do Julgamento: 20/04/2017, Data da Publicação: 27/04/2017, T5 - QUINTA TURMA. Disponível em: <http://www.portaljustica.com.br/acordao/2024209>. Acesso em: 08/06/2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. HC: 441781 SC 2018/0064533-0. Relator: Ministro NEFI CORDEIRO. Data de Julgamento: 12/06/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/06/2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595900459/habeas-corpus-hc-441781-sc-2018-0064533-0?ref=juris-tabs>. Acesso em: 29/10/2018.

CAPEZ, Rodrigo. **A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro**. São Paulo, 2015. 357 f. Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em

Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-05022016-090727/. Acesso em: 25/10/2018.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Informativo comentado: Informativo 629-STJ**. Publicação. 19 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2018/10/informativo-comentado-629-stj.html>. Acesso em: 29/10/2018.

CHIAVERINI, Tatiana. **Origem da pena de prisão**. 2009. 120 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: www.observatoriodeseguranca.org/files/Origem%20da%20pena%20de%20prisao.pdf. Acesso em: 04/10/2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Brasil tem 622 grávidas ou lactantes em presídios**. 25/01/2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86062-brasil-tem-622-gravidas-ou-lactantes-em-presidios>. Acesso em: 18/10/2018.

_____. **Cadastro nacional de presas grávidas e lactantes**. Ano/Mês Referência: 2018-09. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensoc.htm?document=qvw_1%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shIGLMapa. Acesso em: 18/10/2018.

_____. **Números de mulheres presas multiplica por oito em 16 anos**. Publicação 13/10/2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85563-numero-de-mulheres-presas-multiplica-por-oito-em-16-anos>. Acesso em: 25/10/2018.

CORREIA FILHO, José Ricardo. **Fundamentação da prisão preventiva**. 2011. 43 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Universidade Tuiuti do Paraná. Curitiba, 2011. Disponível em: tconline.utp.br/wp-content/.../FUNDAMENTACAO-DA-PRISAO-PREVENTIVA.pdf. Acesso em: 08/10/2018.

GOMES, Lourival. O que mudou nas Prisões Femininas Paulistas. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília, ano XVI – nº 364, mar. de 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Volume único. 5 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011.

_____. **Manual de direito penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**: 12 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Prisão e liberdade**. 4ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROSMAR, Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 12 ed. Salvador: Ed. JusPodivm. 2017.

UMANIZZARE. **Projeto Lisbela é retomado nos presídios com cursos profissionalizantes para as mulheres**. Publicação 26/02/2018. Disponível em: <http://umanizzarebrasil.com.br/2018/02/26/projeto-lisbela-e-retomado-nos-presidios-com-cursos-profissionalizantes-para-as-mulheres/>. Acesso em: 26/10/2018.

VIEIRA, Edmundo Brescancin. **A banalização das prisões cautelares**. 2015. 61 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Direito Penal e Política Criminal) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2015. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/143623/000996345.pdf?sequence=1>. Acesso em: 03/10/2018.