

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ESCOLA NACIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

N. 21, jan./jun. de 2024
Brasília, DF

ISSN 1984-0322 (impresso)
e-ISSN 2448-4555 (online)

R. Defensoria Públ. União	Brasília, DF	n. 21	p. 1-446	jan./jun. 2024
---------------------------	--------------	-------	----------	----------------

**A PRISÃO DOMICILIAR DE MULHERES
DURANTE A EXECUÇÃO DA PENA:
AS OLGAS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO**

*HOUSE ARREST OF WOMEN DURING CRIMINAL
SENTENCE EXECUTION: THE OLGAS
FROM BRAZILIAN PENITENTIARY SYSTEM*

Gabriel Saad Travassos

(Doutorando em Ciências Criminais - PUC-RS. Defensor Público Federal)

gabriel.travassos@dpu.def.br

RESUMO

O Brasil é um dos países que mais aprisiona mulheres no mundo. No rastro dessa indelével marca está a desestruturação de núcleos familiares, a ausência de proteção integral às crianças e adolescentes, o descumprimento das funções declaradas da execução penal e a violação de paradigmas internacionais de proteção dos direitos humanos. O problema de pesquisa reside na interpretação literal da Lei de Execução Penal que veda a concessão da prisão domiciliar a mulheres sob o argumento da taxatividade. Nossa hipótese de pesquisa é que, sem embargo de alguns precedentes favoráveis, ainda remanesce em nosso ordenamento jurídico um modelo hermenêutico conservador que tem provocado danos irreversíveis às mulheres aprisionadas e às suas famílias. A pesquisa é quali-quantitativa e assume como técnicas de pesquisa a revisão bibliográfica, o estudo de caso, o levantamento de dados e a pesquisa documental. Aponta para a inconstitucionalidade e a inconveniência da restrição da prisão domiciliar na Lei de Execução Penal.

Palavras-chave: Encarceramento feminino. Prisão domiciliar. Execução penal. Processo penal. Direitos humanos.

ABSTRACT

Brazil is one of the countries in the world with more prisons of women. In the wake of this indelible mark is the disruption of family groups, the lack of full protection for children and adolescents, the failure to

fulfill the declared functions of criminal enforcement and the violation of international paradigms for the protection of human rights. The research problem lies in the literal interpretation of the Penal Execution Law which prohibits the granting of house arrest to women under the argument of taxativity. Our research hypothesis is that, despite some favorable precedents, a conservative hermeneutic model still remains in our legal system that has caused irreversible damage to imprisoned women and their families. The research is qualitative and quantitative and uses bibliographic review, case study, data collection and documentary research as research techniques. It points to the unconstitutionality and unconventionality of the restriction of house arrest in the Criminal Execution Law.

Keywords: Female incarceration. Home prison. Penal execution. Criminal proceedings. Human rights.

Data de submissão: 15/03/2024

Data de aceitação: 07/05/2024

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. A PRISÃO DOMICILIAR DURANTE A EXECUÇÃO DA PENA. 2. ESTUDO DE CASO. AS “OLGAS” DO SISTEMA PENAL PENITENCIÁRIO BRASILEIRO. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

O Brasil é um dos países que mais aprisiona mulheres no mundo¹. No rastro dessa indelével marca está a desestruturação de núcleos familiares, a ausência de proteção integral às crianças e aos adolescentes, o

¹ BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** – Infopen Mulheres, 2018, p. 13.

descumprimento das funções declaradas da execução penal e a violação de paradigmas internacionais de proteção dos direitos humanos.

Compreender o aprisionamento feminino a partir de uma criminologia crítica nos permite analisar a continuidade entre o público e o privado no sistema de controle e punição sobre os corpos femininos na esteira dos modelos de domínio coloniais². Ao lado das regras explícitas, estão metarregras que condicionam decisões judiciais a partir de estereótipos que buscam perquirir se a acusada cumpre o papel social que lhe foi atribuído.

Nesse contexto, não se pode projetar uma análise do sistema formal de punição sem considerar a sua estruturação a partir de um paradigma machista, patriarcal e racista. Partindo desse campo epistemológico, o problema de pesquisa reside na interpretação literal da Lei de Execução Penal que veda a concessão da prisão domiciliar a mulheres sob o argumento de taxatividade do artigo 117.

Nossa hipótese de pesquisa é que, sem embargo de alguns precedentes favoráveis, ainda remanesce em nosso ordenamento jurídico um modelo hermenêutico conservador que tem provocado danos irreversíveis às mulheres aprisionadas e às suas famílias, além de expor o Estado ao risco de responsabilização por violação de normas internacionais de direitos humanos.

A pesquisa é quali-quantitativa e assume como técnicas de pesquisa a revisão bibliográfica, o estudo de caso, o levantamento de dados e a pesquisa documental. Na primeira seção, buscamos compreender o conceito e a aplicação da prisão domiciliar no Brasil, analisando as diferenças entre a sua efetivação no momento processual e na execução penal.

No segundo tópico, apresentamos um estudo de caso sobre precedente no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4^a Região que envolve, justamente, o objeto do estudo. A leitura é feita de forma interdisciplinar com a cinematografia para demonstrar que, sem embargo das fórmulas

² ANDRADE, V. R. P. de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 121.

jurídicas e dos discursos rebuscados, ainda reproduzimos práticas de modelos totalitários de governo.

A pesquisa aponta para a inconstitucionalidade e a inconveniência da restrição da prisão domiciliar na Lei de Execução Penal, demonstrando a necessidade de uma interpretação conforme a Constituição Federal para compreender o rol como não exaustivo.

1. A PRISÃO DOMICILIAR DURANTE A EXECUÇÃO DA PENA

A análise dos dados demográficos oficiais do sistema prisional brasileiro aponta que a população em cumprimento de pena privativa de liberdade em celas físicas corresponde a 644.305 pessoas. Desse número, 616.930 são homens (95,75%) e 27.375 são mulheres (4,25%). No que diz respeito ao cumprimento da privação de liberdade em regime domiciliar, são 171.712 homens (90,34%) e 18.368 mulheres (9,66%). Desse total, apenas 1,88% (3.575) são do regime fechado e 33,53% (63.743) são do regime semiaberto. As demais hipóteses envolvem presos provisórios (15,25%), regime aberto (49,25%), internação e tratamento ambulatorial (0,09%)³.

As hipóteses de aplicação da prisão domiciliar na execução penal são mais restritas do que durante o processo penal. No processo penal, admite-se a prisão domiciliar como modalidade substitutiva da prisão preventiva – e não medida alternativa. Da compreensão dessa natureza jurídica se extrai a importante conclusão de que a prisão domiciliar não pode ser banalizada para estender sua aplicação quando ausentes os requisitos da prisão preventiva.

É uma importante medida de cunho humanitário que *substitui* o encarceramento preventivo, que, na realidade do sistema penal brasileiro, é bastante problemático, sob a óptica da vulneração do estado de inocência⁴ e proibição do tratamento cruel, desumano ou degradante. Assim, se por um lado é desejável que a prisão em cárcere seja substituída

³ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. SENAPPEN. **Relatório de Informações Penais - RELIPEN - 1.º semestre 2023**.

⁴ GIACOMOLLI, N. J. **O Devido Processo Penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica, 2016, p. 113.

pelo recolhimento domiciliar, por outro há de se ter o cuidado para que a prisão domiciliar não se transforme em mais uma forma banalizada de expansão do arquipélago prisional, a exemplo do que ocorreu com as penas restritivas de direito⁵.

A prisão domiciliar é cabível na hipótese de o sujeito ser pessoa maior de 80 (oitenta) anos; estar extremamente debilitado por motivo de doença grave; ser imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; estar gestante; ser mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; ou, no caso de homem, ser o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos⁶.

Paulo Rangel critica a pretensão de taxatividade do rol de conversão da prisão preventiva em domiciliar, salientando casos concretos em que seria absurdo não conferir margem decisória para que a autoridade judicial aplique a domiciliar nas hipóteses em que a concessão lhe pareça justa⁷.

Em 2018, com o advento da Lei n.º 13.769, a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar também passou a ser obrigatória nos casos de mulher gestante, mãe ou pessoa responsável por crianças ou pessoa com deficiência, desde que não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça e que o delito não tenha sido contra seu filho ou dependente, conforme artigo 318-A do Código de Processo Penal.

Nesse ponto, é preciso recordar que a prisão domiciliar constitui modalidade de prisão preventiva e, por isso, apenas tem cabimento quando justificada a excepcionalidade da medida extrema de privação de liberdade cautelar e quando preenchidos os requisitos da prisão preventiva. Não se trata de uma medida cautelar alternativa sujeita a requisitos mais frágeis⁸. Assim, somente quando presentes os requisitos da prisão preventiva, a autoridade judicial, em vez de determinar a privação de liberdade no cárcere, fixa a prisão domiciliar. Como visto, tal decisão não flexibiliza os fundamentos, os pressupostos e os requisitos, formais e

⁵ CARVALHO, S. de. Substitutivos penais na Era do Grande Encarceramento. **Revista Científica dos Estudantes de Direito da UFRGS**, nov. 2010.

⁶ Código de Processo Penal, artigo 318.

⁷ RANGEL, P. **Direito Processual Penal**, 2016, p. 914.

⁸ LOPES JR., A. **Direito Processual Penal**, 2023, p. 307.

materiais, para a adoção desse tipo de medida, que, em realidade, antecipa o poder punitivo do Estado sob o discurso jurídico da cautelaridade⁹.

Nesse sentido, a prisão domiciliar conta para efeitos de detração da pena, conforme artigo 387, §2º, do Código de Processo Penal¹⁰, e deve ser revista periodicamente a cada 90 dias, sob pena de se tornar ilegal, nos termos do artigo 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

Ainda no campo do processo penal, dois precedentes do Supremo Tribunal Federal são paradigmáticos para o enfoque de gênero na matéria. No Habeas Corpus n.º 143.641/SP, a Corte decidiu que a prisão preventiva deveria ser substituída pela prisão domiciliar a todas as mulheres gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, independentemente da apuração da imprescindibilidade da medida. Em seu voto condutor, o Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, referenciou os dados trazidos pelas impetrantes – Eloísa Machado, Bruna Soares, André Ferreira, Nathalie Fragoso e Hilem Oliveira, do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos –, que apresentam a realidade inconstitucional das mulheres no cárcere: partos em solitária sem assistência médica, sem comunicação e sem presença dos familiares; ausência de cuidados pré-natal; transmissão evitável de doenças graves aos filhos; falta a consultas médicas em razão da ausência de escolta; abusos no ambiente prisional-hospitalar; abrupto afastamento dos filhos; manutenção de crianças em celas, entre outras atrocidades¹¹.

No Habeas Corpus n.º 165.704/DF houve a extensão dos efeitos a pais e responsáveis por crianças menores de 12 (doze) anos e pessoas com deficiência. Ali o Ministro Gilmar Mendes recordou o estudo de Harvard quanto aos efeitos transcendentais da privação de liberdade sobre a infância e os danos no desenvolvimento da criança¹². Chama a atenção que o Ministro constatou, nesse precedente, a dificuldade de implementação da ordem desencarceradora nos Tribunais, proferindo em seguida uma série

⁹ LOPES JR., A. **Prisões cautelares**, 2023, p. 73.

¹⁰ RANGEL, P. **Direito Processual Penal**, 2016, p. 916.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 143.641/SP**, 20 fev. 2018, p. 15.

¹² NELSON, C. A.; FOX, N. A.; ZEANA, C. H. **Romania's Abandoned Children: Deprivation, Brain Development, and the Struggle for Recovery**, 2014.

de decisões de implementação, o que reforça o protagonismo que a prisão tem assumido no funcionamento das agências judiciais.

Se enquanto medida cautelar a prisão domiciliar se consolidou para mulheres gestantes e mães de crianças menores de 12 (doze) anos ou com deficiência, na execução penal o cenário é mais restritivo. De acordo com a Lei n.º 7.210/1984, a Lei de Execução Penal, a prisão domiciliar ocorrerá somente no regime aberto e nas seguintes hipóteses: I - condenado maior de 70 (setenta) anos; II - condenado acometido de doença grave; III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV - condenada gestante¹³.

Assim, uma interpretação literal do dispositivo não admitiria a prisão domiciliar de mulheres que sejam condenadas e estejam cumprindo pena no regime fechado ou semiaberto. Nessa linha, Renato Marcão pondera que, na letra da lei, só se pode conceder a modalidade domiciliar ao condenado que esteja no regime aberto¹⁴.

O enfoque desta pesquisa é, a partir do estudo de caso, demonstrar a inconstitucionalidade e a inconveniência dessa interpretação literal diante de mulheres em cumprimento de pena. Essa é uma realidade ainda presente no nosso sistema penitenciário. Da população feminina total, há 185 gestantes e 100 lactantes no sistema prisional. Constam ainda 102 crianças até 2 anos de idade que estão em estabelecimentos prisionais junto de suas mães¹⁵.

2. ESTUDO DE CASO. AS “OLGAS” DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Em um dos casos de atuação, deparei-me com a situação de uma assistida acusada de tráfico internacional de drogas. Ela era jovem e tinha dois filhos pequenos – um com 7 (sete) anos e outro com 6 (seis) meses, um deles ainda em estágio de amamentação. Por um relacionamento afetivo que

¹³ Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210/1984), artigo 117.

¹⁴ MARCÃO, R. **Curso de Execução Penal**, 2023, p. 83.

¹⁵ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. SENAPPEN. **Relatório de Informações Penais - RELIPEN - 1.º semestre 2023**. Brasília, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-1-semester-de-2023.pdf>. Acesso em: 6 mar. 2024.

teve no passado, acabou sendo acusada de participação em uma rede de tráfico. Na ação penal, o juízo havia proferido a sentença condenatória de 7 (sete) anos em regime semiaberto, mas determinado a prisão preventiva, o que a afastaria do núcleo familiar.

No julgamento da apelação, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, aplicando o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria (Habeas Corpus n.º 143.641/SP), converteu a prisão preventiva em prisão domiciliar, o que permitiu que a assistida continuasse junto a seus filhos. No entanto, após o julgamento da Apelação¹⁶, a prisão se tornou definitiva e, com isso, o juízo determinou a expedição do mandado de prisão por entender que não era mais cabível prisão domiciliar diante de título executivo.

De fato, as hipóteses de prisão domiciliar dispostas na Lei de Execução Penal somente são admitidas no caso de regime aberto quando se tratar de condenado maior de 70 (setenta) anos; acometido por doença grave; gestante; ou com filho menor ou com deficiência física ou mental, conforme artigo 117. Como a hipótese era de regime semiaberto, a interpretação literal do texto não admitiria a manutenção da assistida com seus filhos.

Isso significaria que ela seria afastada do seu lar e recolhida em estabelecimento prisional distante mais de 232 quilômetros da residência. Os filhos, até então sob proteção materna, seriam colocados em supervisão do Conselho Tutelar, já que não havia familiares que pudessem cuidar deles. O dano no núcleo familiar seria irreversível e devastador, atingindo a própria essência da proteção integral e prioridade absoluta.

Questiona-se, no caso, até que ponto a alteração da natureza processual do título – de provisório para definitivo – teria o condão de romper os laços afetivos, psicológicos e materiais da mãe com seus filhos. A leitura burocrática e formal da legislação, a princípio, aponta para uma solução

¹⁶ À época prevalecia o entendimento de execução da pena após o julgamento em 2º grau (Habeas Corpus n.º 126.292/STF), o que foi revertido no julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade n.º 33, 44 e 54.

inadequada para o caso concreto e injusta – adotando-se aqui uma perspectiva aristotélica de justiça¹⁷.

A Lei de Execução Penal propaga entre seus objetivos, além de efetivar as disposições da sentença, proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado ou internado (art. 1.º). Há uma óptica correcionalista nítida que, em que pesem suas deficiências teoréticas, ainda nos salvaguarda de uma criminologia atuarial ou de uma criminologia do outro que buscam, respectivamente, a neutralização e a exclusão¹⁸. Há, então, na legislação ao menos um discurso que apregoa uma perspectiva humanística que se centra na pessoa condenada para minorar os danos da dessocialização provocada pela pena.

No caso concreto, a mulher seria transferida para um presídio situado a mais de 232 quilômetros de distância de seus filhos, com relatórios de inspeção que apontavam para a superlotação da unidade prisional. De que modo tais circunstâncias colidem com as bases constitucionais e convencionais do nosso ordenamento jurídico?

Observa-se, em primeiro lugar, que a decisão conflita com o núcleo duro da Constituição Federal. Viola a dignidade da pessoa humana enquanto fundamento constitucional e com a intranscendência da pena enquanto garantia fundamental, uma vez que tanto a mãe quanto seus filhos serão atingidos, material e psicologicamente, com a separação do núcleo familiar. Outro princípio violado é o princípio da humanidade, segundo o qual a Constituição Federal proíbe a existência de penas cruéis ou degradantes.

A respeito de ambos os princípios, Rodrigo Roig destaca como o recolhimento em local distante do lar viola o princípio da humanidade e a intranscendência da pena:

A transcendência da pena aos familiares e amigos da pessoa presa igualmente se verifica com o recolhimento desta em estabelecimento distante do local onde possui laços de convívio social. Trata-se de medida desalinhada com o princípio da humanidade, que expropria dos familiares e amigos a manutenção de contato e

¹⁷ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, 1991, p. 106.

¹⁸ GARLAND, D. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*, 2008, p. 104.

vínculos afetivos, além da oportunidade (e possibilidade financeira) de oferecer assistência ao preso, reduzindo seu sofrimento e a correspondente dor de seus entes e amigos¹⁹.

Um terceiro aspecto que precisa ser mencionado é o dever do Estado brasileiro com a proteção das famílias, previsto no artigo 226 da CRFB, e com a proteção integral da criança, conforme artigo 227 da CRFB e artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei n.º 8.069/90.

Renato Marcão relembra a obrigação prevista na Lei de Execução Penal a respeito da existência de creches em penitenciárias para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos de idade²⁰. É evidente que, como ocorre em outras penitenciárias femininas no país, tal obrigação não era respeitada.

Assim, a iminente separação da mãe de seus filhos, um deles em estágio de amamentação, caracterizava-se como pena cruel, desumana e degradante, por atingir muito mais do que a liberdade da mulher, como também o núcleo familiar que conforma seu sentido existencial naquele caso concreto.

O filme “Olga” reconta a história da ativista política deportada do Brasil para a Alemanha e separada do seu filho pelos nazistas ainda durante o estágio de amamentação. Na interpretação histórica de Camila Morgado, pode-se notar o tamanho da dor de uma mãe cuja principal cicatriz não era a privação da liberdade ou mesmo a morte, mas sim a separação de seus filhos.

Ainda que se possa argumentar sobre diferentes fundamentos jurídicos, uma análise sociológica não deixa de nos surpreender quando notamos a similaridade de contexto entre o funcionamento do nosso sistema penal e o funcionamento de um Estado totalitário, isso sob a perspectiva dos danos que é capaz de gerar.

O sistema prisional está em colapso reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347 e expande sua teia de dessocializações para o universo feminino e

¹⁹ ROIG, R. D. E. **Execução penal**: teoria crítica, 2014, p. 69.

²⁰ MARCÃO, R. **Curso de execução penal**, 2012, p. 145.

infantil. O Estado brasileiro está na terceira posição entre os países que mais encarceram mulheres, com um aumento de 455% entre 2000 e 2016; em apenas 49% das unidades femininas há locais específicos para a visitação; as mulheres têm uma média de visitação cinco vezes inferior à dos homens; e a grande maioria dos estabelecimentos prisionais não possui espaços adequados para amamentação, berçário ou dormitório para gestantes²¹.

Os dados apontam para a absoluta incompatibilidade entre a condição materna e a estrutura do sistema penitenciário brasileiro. Admitir em qualquer hipótese, seja qual for a natureza do título prisional, a privação de liberdade em cárcere para as mulheres com filhos pequenos é anuir com um tratamento sabidamente degradante.

A decisão judicial violava também o princípio da proporcionalidade, na medida em que não ponderava o conflito de bens jurídicos envolvidos na aplicação da norma. Sobre tal princípio, ensina que é, na essência, um princípio corretor de iniquidades no âmbito da execução penal. Conjugasse com a ideia de razoabilidade para evitar excessos e atrela-se ao princípio da isonomia para justificar a necessidade de tratamento equânime entre presos condenados e provisórios²².

Não bastasse a contradição que o aprisionamento representa quanto às normas internas, havia uma série de compromissos internacionais do Estado brasileiro, com força normativa constitucional, decorrentes da aplicabilidade imediata e dos tratados internacionais de direitos humanos. A Constituição Federal assegura que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Além disso, o rol dessas garantias é ampliado pelo artigo 5º, §2º, incluindo-se no bloco de constitucionalidade os tratados internacionais aderidos pelo Estado brasileiro.

Nesse sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos, incorporada pelo Decreto n.º 678/1992, destaca a vedação ao tratamento cruel, o princípio da intranscendência da pena e a finalidade ressocializadora da sanção (art. 5.2, 5.3 e 5.6). Na mesma direção, o artigo 7º do Pacto

²¹ BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** – Infopen Mulheres, 2018, p. 13.

²² ROIG, R. D. E. **Execução penal**: teoria crítica, 2014, p. 77.

Internacional dos Direitos Civis e Políticos assegura que ninguém poderá ser submetido a torturas, penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Esse é também o escopo da Convenção Internacional Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, incorporada pelo Decreto n.º 40/1991.

Pelas Regras de Tóquio, adotadas pela Resolução n.º 40/110 da Assembleia Geral da ONU, os Estados integrados ao Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos expressamente assumem que devem reduzir a utilização do encarceramento e racionalizar as políticas de justiça criminal. Buscando a proteção especial das mulheres em situação de encarceramento, as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras, conhecidas como Regras de Bangkok, aprovadas pela Assembleia Geral da ONU, também determinam que:

Mulheres presas deverão permanecer, na medida do possível, em prisões próximas ao seu meio familiar ou local de reabilitação social, considerando suas responsabilidades maternas, assim como sua preferência pessoal e a disponibilidade de programas e serviços apropriados (Regra 4).

Será incentivado e facilitado por todos os meios razoáveis o contato das mulheres presas com seus familiares, incluindo seus filhos, quem detêm a guarda de seus filhos e seus representantes legais. Quando possível, serão adotadas medidas para amenizar os problemas das mulheres presas em instituições distantes de seu meio familiar (Regra 26).

Essas regras e esses princípios interpretativos, que, a nosso ver, integram o bloco de constitucionalidade²³, assumem ainda mais relevância no contexto do reconhecido estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro. No julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347, o Supremo Tribunal Federal reconheceu um estágio crítico no qual o sistema penitenciário nacional já não encontra soluções para os problemas que promete enfrentar, tampouco tem condições de cumprir o seu papel. Diante desse estágio de coisas, a Corte tem flexibilizado a manutenção do regime de prisão domiciliar

²³ PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, 2016, p. 125.

durante a execução da pena, em atenção à proteção integral e à prioridade absoluta à criança e ao adolescente²⁴.

Nenhum desses argumentos convenceu o juiz de primeira instância, motivo pelo qual foi necessário impetrar Habeas Corpus no Tribunal Regional Federal da 4ª Região. No entanto, o mesmo juízo teve a sensibilidade de aguardar a decisão do tribunal e manteve suspensa a expedição do mandado de prisão.

Para nós, Defensores/as que atuamos na primeira instância e temos contato direto com as partes assistidas, é uma situação limítrofe entre o alívio pela não execução da prisão e a tensão pela iminência de, a depender do julgamento do tribunal, observar diante de seus olhos o esfacelamento de um núcleo familiar.

Enfim, no julgamento do Habeas Corpus, o Tribunal concedeu a ordem para determinar a continuidade da execução da pena em regime domiciliar. No voto condutor, o Desembargador relator considerou que:

No caso em tela, a paciente, que já se encontra em prisão domiciliar, comprovou ser genitora de uma criança de sete anos (ev. 1, doc. 24) e de um **bebê de seis meses de vida**, que está sob seus cuidados diretos (ev. 1, doc. 28), em período de amamentação. Com efeito, não se pode olvidar que a Constituição Federal consagra, no rol de direitos e garantias fundamentais, o direito à proteção da maternidade e da infância e o direito das mulheres reclusas a permanecerem com seus filhos durante a fase de amamentação (art. 5º, inc. L, e art. 6º, da CF/88).

Neste cenário, não se mostra proporcional a suspensão do benefício concedido à paciente, de modo a afastá-la da companhia da filha de tenra idade em razão da superveniência do trânsito em julgado, visto que a imprescindibilidade da presença materna já foi reconhecida em momento anterior e também porque a apenada vem cumprindo, rigorosamente, com todas as condições impostas para o cumprimento do regime

²⁴ Cite-se, por exemplo, o Habeas Corpus n.º 176.666, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes (DJe, 07/11/2019).

domiciliar, comunicando ao juízo de origem até mesmo atividades banais que realiza²⁵.

A descrição do alívio da jovem mãe ao receber a notícia não encontra similitude no vernáculo. O seu estado de choque correspondia à improvável segunda chance de conseguir criar seus filhos, vê-los crescer e garantir a sua educação. Para isso, estava disposta a cumprir qualquer condição da pena, até mesmo a realização de exames toxicológicos permanentes e o monitoramento por visitas mensais e aleatórias por Oficial de Justiça.

O desfecho do caso veio na esteira da posição assumida por Rodrigo Roig, para quem não se pode conceber o rol do artigo 117 da Lei de Execução Penal como taxativo sobre as hipóteses de prisão domiciliar no curso da execução da pena²⁶. Esse foi também o entendimento que prevaleceu no Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Agravo Regimental no Habeas Corpus n.º 731.648/SC:

É possível a extensão do benefício de prisão-albergue domiciliar às sentenciadas gestantes e mães de menores de até 12 anos, ainda que em regime semiaberto ou fechado, nos termos dos arts. 318, V, do CPP e 117, III, da LEP, desde que presentes os requisitos legais²⁷.

Apesar desse precedente, a prisão domiciliar para mulheres gestantes ou mães na execução da pena ainda não é uma realidade consolidada em nosso sistema penal, havendo algumas decisões posteriores do próprio STJ que, para crimes patrimoniais como roubo, vedaram a prisão domiciliar, mesmo no caso de uma mãe com cinco filhos menores²⁸.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No curso desta pesquisa foi possível compreender o conceito e a natureza jurídica da prisão domiciliar processual e da prisão domiciliar durante a

²⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. HC 5053291-11.2019.4.04.0000, 23 jan. 2020.

²⁶ ROIG, R. D. E. **Execução penal**: teoria crítica, 2014, p. 337.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC n.º 731.648/SC. **Diário de Justiça Eletrônico**, 23 jun. 2022.

²⁸ *Idem*. AgRg no HC n.º 827.548/SP. **Diário de Justiça Eletrônico**, 28 set. 2023.

execução penal. A partir disso, delinearão-se os efeitos sobre o processo penal e sobre a execução, com destaque ao rol do artigo 117 da Lei de Execução Penal e a discussão sobre a sua taxatividade com um enfoque de gênero.

O estudo de caso permitiu aproximar o leitor da realidade do funcionamento das agências do sistema penal no contexto de privação de liberdade de mulheres e prisão domiciliar.

A partir da revisão bibliográfica, do levantamento de precedentes do Supremo Tribunal Federal e da análise documental sobre as normas constitucionais e internacionais envolvendo os direitos das mulheres em contexto de reclusão e a proteção da infância e das famílias, notou-se que a restrição da prisão domiciliar às mulheres na execução penal está eivada de inconstitucionalidade e inconveniência.

Apesar disso, ainda são observadas algumas decisões isoladas que insistem na manutenção de mães no cárcere, em detrimento do seu recolhimento próximo aos filhos. Nesse panorama, o sistema penal, assim como o regime totalitário e autoritarista do passado, ainda tem muitas “Olgas”. Continua reproduzindo a prática de separação das mães de seus filhos – quando não os aprisiona –, a demonstrar que a pena atinge muito além da pessoa condenada e, no caso de mulheres, vulnera o dever do Estado de proteção das famílias e de garantia da prioridade absoluta e proteção integral das crianças e dos adolescentes.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução: Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Rio de Janeiro, p. 19.699, 13 out. 1941.

BRASIL. Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, p. 10.227, 13 jul. 1984.

BRASIL. Decreto n.º 592, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Poder Executivo. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, p. 8716, 7 jul. 1992.

BRASIL. Decreto n.º 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, 9 nov. 1992.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** – Infopen Mulheres. 2. ed. Brasília, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 143.641/SP. Segunda Turma. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. **Diário da Justiça Eletrônico**, 9 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 176.666. Ministro Alexandre de Moraes. Decisão monocrática. **Diário da Justiça Eletrônico**, 7 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. HC 5053291-11.2019.4.04.0000. Oitava Turma. Relator Marcelo Cardozo da Silva. Juntado aos autos em 23 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC n.º 731.648/SC. Relator Ministro Joel Ilan Paciornik. Relator para acórdão Ministro João Otávio de Noronha. Quinta Turma. Julgado em 7 jun. 2022. **Diário da Justiça Eletrônico**, 23 jun. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. SENAPPEN - Secretaria Nacional de Políticas Penais. **Relatório de Informações Penais** - RELIPEN - 1.º semestre 2023. Brasília, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-1- semestre-de-2023.pdf>. Acesso em: 6 mar. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC n.º 827.548/SP. Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Sexta Turma. Julgado em 25 set. 2023. **Diário da Justiça Eletrônico**, 28 set. 2023.

CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na Era do Grande Encarceramento. **Revista Científica dos Estudantes de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 2, n. 2, nov. 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Bangkok**: Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Brasília, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Tóquio**: Regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Brasília, 2016.

GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.
- LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.
- MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.
- NELSON, Charles A.; FOX, Nathan A.; ZEANAH, Charles H. **Romania's Abandoned Children: Deprivation, Brain Development, and the Struggle for Recovery**. Cambridge: Harvard University Press, 2014.
- OLGA. Direção: Jayme Monjardim. Produção: Rita Buzzar. Rio de Janeiro: Globo Filmes, 2004. Mídia Digital (141 min).
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. São Paulo: Saraiva, 2014.