

TESE 79

Proponente: Juliana Araújo Lemos da Silva Machado

Área: Execução Criminal

Súmula: A presa gestante ou lactante tem direito a prisão domiciliar especial quando não houver vaga em estabelecimento penal adequado.

INDICAÇÃO DO ITEM ESPECÍFICO RELACIONADO ÀS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA:

Artigo 5º, incisos III, VI, "b", "c", "i", VII, da Lei Complementar Estadual nº 988, de 9 de Janeiro de 2006.

Fundamentação jurídica

Dentre os direitos humanos assegurados expressamente pela Constituição Federal, estão o direito social à proteção da maternidade e da infância e o direito das mulheres encarceradas de permanência com seus filhos durante a fase de amamentação. É o que dispõem o **artigo 5º, inciso L, e o artigo 6º, caput, da Carta Magna**:

"Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

**L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação".**

"Art. 6º. São **direitos sociais** a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a **proteção à maternidade e à infância**, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

Em nível infraconstitucional, a Lei n. 11.942/2009 deu nova redação ao parágrafo segundo do artigo 83 e ao artigo 89 da **Lei de Execução Penal**, para o fim de assegurar, expressamente, às mulheres presas o direito de cuidar e amamentar seus filhos por, no mínimo, 6 (seis) meses, prevendo ainda que as penitenciárias de mulheres deverão obrigatoriamente dispor de espaços adequados ao acolhimento de gestantes e parturientes:

"Art. 83.

**§2º. Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive**

**amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade”.**

“Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a **penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente** e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa”.

Por sua vez, o **Estatuto da Criança e do Adolescente** assegura à gestante o atendimento médico pré e perinatal, e também acompanhamento no período pós-natal, garantindo, ainda, o direito à amamentação inclusive no caso de mães privadas da liberdade:

“Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

“Art. 8º **É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal.**

§ 1º A gestante será encaminhada aos diferentes níveis de atendimento, segundo critérios médicos específicos, obedecendo-se aos princípios de regionalização e hierarquização do Sistema.

§ 2º A parturiente será atendida preferencialmente pelo mesmo médico que a acompanhou na fase pré-natal.

§ 3º Incumbe ao poder público propiciar apoio alimentar à gestante e à nutriz que dele necessitem.

§ 4º Incumbe ao poder público proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal.

§ 5º A assistência referida no § 4º deste artigo deverá ser também prestada a gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção”.

“Art. 9º. **O Poder Público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade”.**

E a **Lei de Execução Penal** é enfática ao prever que as pessoas condenadas ao cumprimento de pena não poderão sofrer nenhuma mitigação de direitos que não tenha sido determinada na própria sentença ou na lei, vale dizer, no caso dos condenados à pena privativa de liberdade, estes conservam todos os demais direitos de que são titulares. É o que preceitua o artigo 3º:

**“Art. 3º. Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”.**

A conservação de direitos, com maior razão, é regra que se aplica também aos presos provisórios, havendo na Lei de Execução Penal disposições que asseguram sua aplicação aos presos ainda não definitivamente condenados (artigo 2º, parágrafo único, artigo 42, artigo 82).

Inúmeras, no entanto, são as mulheres presas – em caráter provisório ou definitivo – que se encontram recolhidas em estabelecimentos penais superlotados, insalubres e desprovidos de estrutura física para acolhimento quer de presas em estágio avançado de gravidez, sem condições para um adequado acompanhamento médico pré e perinatal, quer de presas que já deram à luz e assim são privadas da devida assistência pós-natal e, sobretudo, da necessária amamentação de seus filhos, não raras vezes entregues a parentes ou entidades de acolhimento.

Diante de casos concretos é que a jurisprudência pátria vem reconhecendo os direitos das mulheres encarceradas, assegurando-os, sobretudo, quando a presa se encontra recolhida em unidade que não tenha condições estruturais de possibilitar a permanência do recém-nascido com a mãe, aplicando, nestes casos, por analogia com as hipóteses do artigo 117 da LEP, uma espécie de **prisão domiciliar especial**.

É o que se vê no julgado abaixo transcrito do Egrégio **Superior Tribunal de Justiça**:

**HABEAS CORPUS Nº 115.941 - PE (2008/0207028-0)**

**EMENTA**

EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS*. 1. PRESA PROVISÓRIA. NECESSIDADE DE AMAMENTAÇÃO DE FILHO RECÉM-NASCIDO. DETENÇÃO EM COMARCA DIVERSA DE ONDE RESIDE E ONDE SE ENCONTRA A CRIANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL. RECONHECIMENTO. 2. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 117 DA LEP. POSSIBILIDADE. MEDIDA EM NOME DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E PROPORCIONAL NO CASO CONCRETO. 3. ORDEM CONCEDIDA.

1. Mesmo às presas provisórias devem ser garantidas condições de permanecer com o filho no período de amamentação (artigo 5º, L, CR). Não é razoável que a paciente fique presa em comarca diversa da que residia com a criança, ainda mais se já se encontra condenada em primeiro grau e não mais subsiste qualquer interesse probatório na sua proximidade física com o local dos fatos.

2. É possível a aplicação analógica do artigo 117 da Lei 7.210/84, ao caso ora sob exame, mostrando-se proporcional e razoável que a paciente fique em regime

domiciliar para dar maior assistência a seu filho, já que não há estabelecimento adequado para estas circunstâncias na Comarca de Juazeiro.

3. Ordem concedida para que a paciente seja colocada em prisão domiciliar até o trânsito em julgado da ação penal, devendo o juízo de primeiro grau estipular as suas condições.

## **VOTO**

### **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):**

Nos termos do artigo 3º da Lei de Execução Penais, "ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou lei". Assim, quanto mais em relação ao preso provisório, deverá ser-lhe assegurado o exercício destes mesmos direitos. No caso, tem a mãe o direito de amamentar e prestar assistência à criança que gerou. Se não há na Comarca de Juazeiro local adequado para que possa estar perto de sua família e amamentar e cuidar do bebê, ainda que estando recolhida em estabelecimento prisional, penso que deve ser-lhe assegurado o direito de permanecer em prisão domiciliar. Ora, trata-se de direito individual fundamental insculpido no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil o direito das presidiárias de "permanecer com seus filhos durante o período de amamentação". Nota-se na Lei de Execução, da mesma forma, uma preocupação do legislador em deixar o preso próximo ao seu meio social e familiar, como forma de integração social, fim máximo da execução penal, nos termos do artigo 1º deste mesmo diploma. Dispõe, ainda, o artigo 103 da Lei de Execução Penal que "cada comarca terá, pelo menos, uma Cadeia Pública a fim de resguardar o interesse da administração da justiça criminal e a permanência do preso em local próximo ao seu meio social e familiar". Trata-se de artigo aplicável, por óbvio, também ao preso provisório. Há, é verdade, o interesse da administração da justiça em que a paciente fique na comarca em que cometido o delito (Trindade/PE), como ressaltado pelo juízo de primeiro grau. Todavia, o interesse da administração da justiça também há que ser sopesado em relação ao interesse do menor lactente em ter a assistência da mãe nestes primeiros anos de vida. Por outro lado, com a prolação da sentença, penso que não se verifica mais qualquer razão para que a paciente seja mantida na Comarca em que teria sido cometida a infração criminal. Considerando que o regime inicial aplicado em sentença condenatória à paciente foi o regime semi-aberto, é possível a aplicação analógica do artigo 117 da Lei 7.210/84, ao caso ora sob exame, mostrando proporcional

e razoável que a paciente fique em regime domiciliar para dar maior assistência a seu filho, especialmente diante da notícia de que a avó da criança, a quem incumbiam os seus cuidados, ficou viúva recentemente, com a morte de seu marido em 6 de novembro de 2008. Como bem ressaltado no parecer da Subprocuradoria-Geral da República:

"É notório que a prisão domiciliar só deve ser concedida aos presos condenados no regime aberto (art. 117, da Lei de Execução Penal). Porém, a rigidez da regra deve ser relativizada quando está em jogo o direito da criança. Estabelece o art. 227 da Constituição que 'é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão'.

(...)

No caso concreto, a criança, que se encontra em outro Estado e sob os cuidados da avó (que também está em situação difícil, em razão da senilidade e da perda recente do esposo), precisa da proteção materna, de modo que, entendendo cabível a prisão domiciliar" (fls. 179/180).

Esta Sexta Turma tem admitido a concessão da prisão domiciliar mesmo em casos de presos provisórios ou de condenados ao regime semi-aberto, quando a medida se mostrar necessária diante das peculiaridades do caso concreto, em nome da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito:

"(...)

1. Constitui constrangimento ilegal submeter o paciente a condições incompatíveis com a dignidade humana, um dos fundamentos sobre o qual repousa a República Federativa do Brasil, bem como em local mais gravoso que o estabelecido na condenação.

2. Se o sistema prisional mantido pelo Estado não possui meios para manter o detento em estabelecimento apropriado, é de se autorizar, excepcionalmente, que a pena seja cumprida em prisão domiciliar.

3. O cidadão, mesmo condenado e cumprindo pena, é titular de direitos e estes não podem ser desrespeitados pelo próprio Estado que os conferiu.

4. Ordem concedida." (STJ, Sexta Turma, HC 96719/RS, Relator(a)

Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), j. 15/04/2008, DJ de 28/04/2008)

"(...)

4. Ainda que não satisfeitos os requisitos específicos do artigo 117 da Lei de Execução Penal, a prisão domiciliar também pode ser concedida a preso provisório cujo estado de saúde esteja débil a ponto de não resistir ao cárcere, em respeito à dignidade da pessoa humana. Precedentes.

5. Nessa hipótese, o benefício deve perdurar apenas enquanto a saúde do agente assim o exigir, cabendo ao Juízo de 1º Grau a fiscalização periódica dessa circunstância, o mesmo podendo ocorrer na hipótese de os hospitais credenciados ao sistema penal virem a oferecer os serviços de saúde dos quais necessitam o agente.

6. Recurso parcialmente provido." (STJ, Sexta Turma, RHC 22537/RJ,

Relator(a) Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA

DO TJ/MG), j. 15/04/2008, DJ de 12/05/2008)

Ante o exposto, **concedo a ordem** para que a paciente seja colocada em prisão domiciliar até o trânsito em julgado da ação penal, devendo o juízo de primeiro grau estipular as suas condições.

É como voto.

A hipótese se assemelha aos casos em que, ante a falta de vaga em estabelecimento penal adequado ao regime de cumprimento de pena a que faz jus o sentenciado, a este é concedido o direito de aguardar vaga em regime menos gravoso, no caso, o aberto. Nesse sentido as seguintes decisões, inclusive do **Superior Tribunal de Justiça** e do **Supremo Tribunal Federal**:

"O preso não pode ser punido pela falta de estrutura carcerária do Estado. Habeas corpus é instrumento apto a sanar tamanha ilegalidade. Se não há vagas no regime de cumprimento de pena adequado - e determinado pelo Juízo da Execução -, assiste ao sentenciado o direito de aguardar em regime aberto pela determinada. Fixado o prazo de 48 horas para a transferência do sentenciado para o regime adequado. Caso não seja cumprido, será expedido alvará de soltura para que aguarde no regime aberto a vaga apropriada" (**TJSP**. Habeas Corpus nº. 990.09.297.697-4 7º Câmara de Direito Criminal. Rel. Des. Christiano Kuntz. DJ: 04/02/2010)

“EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. REGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO. RÉU MANTIDO EM ESTABELECIMENTO INCOMPATÍVEL. AUSÊNCIA DE VAGA EM COLÔNIA AGRÍCOLA. REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE.

I - Constitui constrangimento ilegal submeter o apenado a regime mais rigoroso do que aquele para o qual obteve a regressão. Vale dizer, é flagrante a ilegalidade se o condenado cumpre pena em condições mais rigorosas que aquelas estabelecidas no regime para o qual regrediu. Se o caótico sistema prisional estatal não possui meios para manter os detentos em estabelecimento apropriado, é de se autorizar, excepcionalmente, que a pena seja cumprida em regime mais benéfico, in casu, o aberto. O que é inadmissível é impor ao apenado, regredido ao regime semiaberto, o cumprimento da pena em regime fechado, por falta de vagas em estabelecimento adequado (Precedentes).

II - Na espécie, o paciente, condenado ao cumprimento da reprimenda em regime aberto, regrediu ao regime semiaberto, mas, em virtude da ausência de vagas em estabelecimento adequado, foi recolhido à Presídio de Segurança Máxima. Ordem concedida.” (STJ. HC nº 110.569/MS – 5º Turma. Rel. Min. Felix Fischer. DJ: 04/06/2009)

“HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REGIME DE CUMPRIMENTO. SEMI-ABERTO. AUSÊNCIA DE VAGAS. DEFICIÊNCIA DO ESTADO. REGIME MAIS BENÉFICO. ORDEM CONCEDIDA.

I - Consignado no título executivo o regime semi-aberto para o cumprimento da pena, cabe ao Estado o aparelhamento do Sistema Penitenciário para atender à determinação. II - À falta de local adequado para o semi-aberto, os condenados devem aguardar em regime mais benéfico até a abertura de vaga.

III- Ordem concedida.” (STF. HC nº 94.526/SP – 1º Turma. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. DJ: 24/06/2008)

E, havendo a mesma razão, o mesmo deve ser o direito: se não há vaga em estabelecimento penal adequado à sua condição de lactante ou gestante, deve a mulher ser colocada em prisão domiciliar, suprindo, dessa forma, a ineficiência do sistema prisional mantido pelo Estado.

Configura, pois, constrangimento ilegal o encarceramento de mulheres gestantes ou lactantes em estabelecimento penal inadequado à sua condição especial, cabendo ao juiz da execução criminal sanar a ilegalidade por meio da concessão, em caráter especial, de prisão domiciliar, zelando, assim, pelo correto cumprimento da pena (artigo 66, inciso VI, da Lei de Execução Penal).

Negar à mulher presa o direito ao devido acompanhamento médico pré, peri e pós-natal e o direito de cuidar e amamentar seus filhos é, sem dúvida alguma, impingir-lhe o cumprimento de uma pena desumana, cruel, que contraria todos os princípios de humanização das sanções penais, de modo que, em última instância, o que está em jogo é a **dignidade** da pessoa presa, violada em seus direitos fundamentais por uma circunstância a que não deu causa e pela qual não pode ser penalizada: a notória falha do Estado na manutenção de um sistema prisional caótico, que não resguarda os mais elementares direitos dos cidadãos encarcerados.

O respeito ao **princípio da dignidade da pessoa humana**, fundamento do Estado brasileiro constituído em **Estado Democrático de Direito**, reclama uma solução urgente e eficaz para a situação em que se encontra incontável número de mulheres em nosso País, o que poderá ser alcançado com a concessão, em caráter especial, da prisão domiciliar à mulher presa quando, concretamente, não existir vaga em estabelecimento penal adequado à sua condição de gestante, parturiente ou lactante.

#### Fundamentação fática

É notória a falha do Estado brasileiro na manutenção de estabelecimentos penais adequados para o recolhimento de mulheres grávidas e de mulheres que tenham dado à luz e estejam em período de amamentação de seus filhos.

No caso específico do Estado de São Paulo, faltam vagas em estabelecimentos desse tipo, o que tem gerado situações freqüentes em que mulheres gestantes ficam sem o devido acompanhamento médico até os estágios mais avançados da gravidez, bem como situações em que mulheres são separadas de seus filhos logo após o nascimento, sendo estes entregues a familiares ou a entidades de acolhimento, ficando privados de amamentação.

Sendo assim, ante a concreta falta de vagas em estabelecimentos penais adequados, somente a concessão de uma prisão domiciliar especial poderá remediar a falha do Estado no sentido de garantir os direitos das presas gestantes e lactantes, possibilitando que, no meio aberto, possam buscar a necessária assistência médica pré, peri e pós-natal, bem como possam permanecer em casa a fim de amamentar e cuidar de seus filhos.

#### Sugestão de operacionalização

Primeiramente, por meio de simples petição, requerimento dirigido ao juiz da execução criminal pleiteando a concessão de prisão domiciliar especial ante a falta de vaga em estabelecimento penal adequado e, caso indeferido o pedido, a impetração de "Habeas Corpus" junto ao Tribunal de Justiça do Estado e, caso necessário, sucessivamente, aos Tribunais Superiores.

Em caso de presas gestantes, sugere-se o seguinte pedido:

*"Pelo exposto, requer-se seja concedido o benefício da prisão domiciliar, mediante o cumprimento de condições a serem estabelecidas por este r. Juízo, pelo tempo que resta até o parto e, após este, pelo período*

*mínimo de 6 (seis) meses a fim de que possa cuidar e amamentar seu filho.”*

se: E em caso de presas que já tenham dado à luz o filho, sugere-

*“Pelo exposto, requer-se seja concedido o benefício da prisão domiciliar, pelo período mínimo de 6 (seis) meses, mediante o cumprimento de condições a serem estabelecidas por este r. Juízo, a fim de que possa cuidar e amamentar seu filho.”*