XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL II

THAIS JANAINA WENCZENOVICZ

VLADIA MARIA DE MOURA SOARES

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

C928
Criminologias e política criminal II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS
Coordenadores: Thais Janaina Wenczenovicz; Vladia Maria de Moura Soares. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.
Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-689-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).
CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL II

Apresentação

Têm sido comum os debates sobre a violência exercida e vivida na América Latina nas últimas décadas. Em se tratando de Brasil o cenário também é de grande repercussão. Dos bancos escolares as universidades a violência é discutida e presenciada cotidianamente. Neste cenário urge a participação dos diversos entes em busca de soluções e construção da cultura pela paz.

Importante destacar o papel da imprensa no contexto da violência no Brasil. Sabemos que a mídia em geral, e a imprensa em particular, tem influencia e poder para estimular discussões que envolvem crimes em geral. Dessa forma, a imprensa tem a responsabilidade social de alertar, conscientizar e sensibilizar a respeito da gravidade e trajetória do problema da violência contra os mais variados contextos e categorias sociais e também ao contextualizar o problema cobrar dos órgãos responsáveis a qualidade e abrangência dos serviços prestados.

Dos diversos temas e várias perspectivas metodológicas os trabalhos apresentados tangenciaram os grandes eixos como: corrupção; classe, Estado e raça; enfrentamento ao crime organizado; gênero; políticas públicas de enfrentamento a violência; violência estrutural e simbólica;

Nesse sentido, o Grupo de Pesquisa ‘Criminologias e Política Criminal II’ reúne ferramentas para contribuir com a divulgação de informações qualificadas e o debate contextualizado e profundado sobre a violência no Brasil ao mostrar e instigar a necessidade de revisar conceitos e atuação da sociedade como um todo constantemente, bem como mostrar sua complexidade. Pode-se constatar também por meio dos artigos criteriosidade e responsabilidade com os temas por parte dos autores para evitar a reprodução de estereótipos ou individualizar aquilo que na verdade tem um contexto muito mais amplo, simplificar ou reduzir o que é complexo.

Profa. Dra. Thais Janaina Wenczenovicz – UERGS

Profa. Dra. Vladia Maria de Moura Soares – UFMT

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

MATERNIDADE E PRISÃO DOMICILIAR NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

MATERNITY AND HOUSE ARREST IN THE DECISIONS OF THE RIO GRANDE DO SUL COURT OF JUSTICE

Anna Carolina Meira Ramos [1]

Resumo

O aumento do encarceramento feminino no Brasil traz novas preocupações para o sistema criminal, em especial relacionadas ao exercício da maternidade. A legislação processual penal foi alterada para ampliar as hipóteses de prisão domiciliar provisória. Realizou-se pesquisa jurisprudencial no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a fim de averiguar como esta lei tem sido aplicada. Ao final, analisou-se a visão do aplicador do direito sobre a natureza da prisão domiciliar, e como a mesma pode ser vista como continuidade do controle social exercido sobre as mulheres, manejando-se a maternidade ora como prêmio, ora como castigo imposto à infratora.

Palavras-chave: Gênero, Encarceramento feminino, Prisão domiciliar, Maternidade, Análise jurisprudencial

Abstract/Resumen/Résumé

The increase in female incarceration in Brazil brings new concerns to the criminal system, especially related to maternity. New law has been approved to increase the chances of provisional house arrest. Jurisprudential research was carried out in the Court of Justice of Rio Grande do Sul in order to find out how this law has been applied. It is analyzed the decisions view on the nature of house arrest, and how it can be seen as continuity of the social control exercised over women, since maternity is often used as a reward, or as a punishment imposed on the offender.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Gender, Female incarceration, House arrest, Maternity, Jurisprudential analysis

[1] Mestranda em Direitos Humanos pela UniRitter. Defensora Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

1. INTRODUÇÃO

Cresce no Brasil o número de mulheres acusadas de delitos, e consequentemente encarceradas. O encarceramento feminino traz consigo novas preocupações para o sistema de justiça criminal, em especial relacionadas ao exercício da maternidade.

No que toca à prisão preventiva, a legislação processual penal foi alterada para ampliar as hipóteses de cabimento da prisão domiciliar, passando a contemplar especificamente o cabimento do benefício a mulheres com filhos que tenham até 12 anos de idade.

Empreendeu-se, no presente estudo, pesquisa jurisprudencial junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a fim de averiguar como tem sido a aplicação deste novo dispositivo legal, surgido em março de 2016. Foram analisadas decisões em sede de habeas corpus, utilizando como termos de pesquisa as expressões "mãe", "mulher" e "prisão domiciliar". Foi realizada a contagem das decisões denegatórias e concessórias em cada câmara criminal do Tribunal, particularizando-se, ainda, aquelas relacionadas ao tráfico de drogas. Alguns acórdãos foram escolhidos para análise direta, entendendo-se ser os mesmos representativos do entendimento dos órgãos fracionários estudados.

Ao final, analisa-se a visão do aplicador do direito sobre a natureza da prisão domiciliar, a partir das hipóteses em que concedida ou denegada, e como a mesma pode ser vista como continuidade do controle social exercido sobre as mulheres, manejando-se a maternidade ora como prêmio, ora como castigo imposto à infratora.

2. ENCARCERAMENTO FEMININO

O INFOPEN Mulheres informa que, em junho de 2014, o Brasil contava com uma população carcerária total de 579.781 pessoas, sendo que destas, 37.380 eram mulheres(BRASIL, 2015, p. 5). Em 2016, de acordo com informações prestadas ao STF pelo Departamento Penitenciário Nacional, o número de mulheres presas saltou para 44.721. Considerando-se que no ano 2000 havia 5.601 detentas no país, percebe-se um crescimento de quase 700% da população carcerária feminina em 16 anos (PONTES, 2018, p.1).

O aumento em níveis alarmantes do encarceramento feminino tem provocado uma série de preocupações específicas sobre como o sistema penitenciário lida com as detentas que precisa receber. Em especial, a questão do exercício da maternidade dentro do cárcere tem sido objeto de pesquisas e estudos diversos, por se tratar de situação que hoje não mais se pode

rotular de excepcional, e por envolver também os direitos das crianças cujas mães respondem a processos criminais.

No âmbito internacional, o tratamento que deve ser dado a mulheres em situações de privação de liberdade está consubstanciado nas Regras de Bangkok, tratado internacional do qual o Brasil é signatário. Este documento enfatiza a necessidade de atenção diferenciada à reclusa, como forma de buscar-se a igualdade material. Mais ainda, recomenda que se busque a aplicação de medidas não restritivas de liberdade tanto quanto possível para evitar a separação entre mulheres e suas famílias:

> Regra 58
> Considerando as provisões da regra 2.3 das Regras de Tóquio, mulheres infratoras não deverão ser separadas de suas famílias e comunidades sem que se considere devidamente a sua história e laços familiares. Formas alternativas de lidar com mulheres infratoras, tais como medidas despenalizadoras e alternativas à prisão, inclusive à prisão cautelar, deverão ser empregadas sempre que apropriado e possível.

Especificamente no tocante a mulheres com filhos, a recomendação na aplicação de penas definitivas é a seguinte:

> Regra 64
> Penas não privativas de liberdade para as mulheres gestantes e mulheres com filhos/as dependentes serão preferidas sempre que for possível e apropriado, sendo a pena de prisão considerada apenas quando o crime for grave ou violento ou a mulher representar ameaça contínua, sempre velando pelo melhor interesse do/a filho/a ou filhos/as e assegurando as diligências adequadas para seu cuidado.

No cenário nacional, em especial, agrava-se o problema da maternidade no cárcere ao se considerar a precariedade das instituições prisionais, especialmente no estabelecimento de ambientes adequados que propiciem a convivência entre mães e filhos. Há que se levar em conta, também, que o ambiente prisional não é o mais adequado para o desenvolvimento psicossocial de uma criança, bem como o prejuízo emocional que esta suportará na ausência do convívio materno.

Nesse viés, o Projeto Pensando o Direito, do Ministério da Justiça, elaborou estudo em que, empreendidas pesquisas de campo em várias penitenciárias femininas, concluiu-se pela necessidade de se aumentar a aplicação da prisão domiciliar a mulheres que exerçam a maternidade:

> Uma das saídas desse (falso) paradoxo, entre institucionalizar a criança ou separá-la da mãe, seria a prisão domiciliar, essa opção choca com a cultura do encarceramento

> e a priorização do "combate ao crime" presente nos discursos e práticas do sistema de justiça.
> O aumento do encarceramento feminino, e logo do número de gestantes, puérperas e mães encarceradas demonstra que o sistema de justiça criminal vem ignorando recomendações de organizações internacionais contra o uso de prisão para essas mulheres.
> Concluímos que uma melhor possibilidade de exercício de maternidade ocorrerá sempre fora da prisão e, se a legislação for cumprida, tanto em relação à excepcionalidade da prisão preventiva como no tangente à aplicação da prisão domiciliar, grande parte dos problemas que afetam a mulher no ambiente prisional estarão resolvidos. (BRASIL, 2015, p. 78)

3. PRISÃO PREVENTIVA E PRISÃO DOMICILIAR

Em junho de 2014, 3 em cada 10 mulheres presas ainda não haviam sido julgadas de forma definitiva, estando acauteladas provisoriamente (BRASIL, 2015, p. 20). A modalidade mais comum de prisão cautelar é a prisão preventiva, regulada nos artigos 311 a 316 do Código de Processo penal.

Em 2011, houve uma alteração legislativa no artigo 318 do Código de Processo Penal, que passou a possibilitar a substituição da prisão preventiva (a qual se dá nos estabelecimentos prisionais comuns) por prisão domiciliar, na qual a pessoa acusada de delito fica recolhida dentro de sua residência, tendo ali restringida a sua liberdade.

Em abril de 2016, sobreveio nova alteração legislativa, desta vez trazida pelo chamado Estatuto da Primeira Infância – Lei nº 13.257/16, que aumentou as hipóteses para concessão da prisão domiciliar. Esta lei tem como foco principal a maior proteção das crianças, aí incluída a assistência materna e paterna. As novas situações que ensejam a prisão domiciliar estão nos incisos IV, V e VI do artigo 318:

> Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:
> I - maior de 80 (oitenta) anos;
> II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;
> III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;
> 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)*

A redação anterior do inciso IV tratava da "gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco", sendo que o novo dispositivo se refere tão somente à condição de gestante.

Os incisos V e VI foram incluídos de forma inédita, tratando da maternidade e da paternidade de crianças até 12 anos de idade. Com relação à mulher, o legislador reconheceu a situação fática predominante, e estabeleceu uma presunção de que esta é a responsável principal pelos cuidados aos filhos, não fazendo a exigência de que a mulher comprove tal condição, em contraposição à redação do inciso seguinte que, ao tratar do homem, impõe tal exigência.

Pode-se argumentar que a maternidade tem sido um encargo social imposto às mulheres, o qual foi reforçado pela redação diferenciada adotada pelo legislador. No entanto, entende-se que a diferenciação realizada é necessária, pois permite um tratamento mais adequado à pessoa do gênero feminino que exerce a maternidade e que está em situação de encarceramento provisório.

Assim, as mudanças legislativas revelam-se sensíveis à nova realidade do perfil da população carcerária brasileira. Questiona-se, neste estudo, se a interpretação jurisprudencial feita sobre este dispositivo legal também se mostra adequada às situações fáticas delicadas que ali são tratadas.

4. PESQUISA JURISPRUDENCIAL

A fim de verificar, nestes dois anos de vigência do novo texto legal, como tem sido sua aplicação pelos órgãos judiciais, empreendeu-se uma pesquisa jurisprudencial no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Em especial, foram buscadas decisões tomadas em sede de *habeas corpus*, tendo em conta ser este o instrumento comumente usado para combater decretos de prisão preventiva em primeiro grau. A análise tem por objeto as situações de pedidos de concessão de prisão domiciliar para mulheres gestantes ou com filhos.

Trata-se de pesquisa utilizando o método indutivo, pois a partir da amostra estudada, dentro dos parâmetros propostos, se busca traçar um panorama geral do entendimento da corte gaúcha sobre o tema (LAKATOS e MARCONI, 2003, p. 85).

A pesquisa usou como marcos temporais as datas de 09/03/2016, entrada em vigor da alteração legislativa promovida pelo Estatuto da Primeira Infância (Lei nº 13.257/16), e 31/12/2017.

Os termos pesquisados foram "prisão domiciliar", e ainda "mulher" ou "mãe", de forma conjunta[1]. Retornaram 133 resultados, dos quais 13 foram descartados por não se

[1] Usou-se a expressão entre aspas "prisão domiciliar", para restringir a busca a este conjunto de palavras, e concomitantemente usou-se o recurso "mãe OR mulher", o qual possibilita resultados em que apareçam quaisquer das 2 palavras ou ambas.

adequarem ao objeto de estudo proposto: 7 casos em que o paciente era do gênero masculino; 1 caso em que se tratava de mulher com doença grave, e não gestante ou com filhos; 1 caso em que não houve deferimento de prisão domiciliar por já ter sido aplicada outra medida cautelar mais benéfica; 1 caso em que houve perda de objeto por deferimento da prisão domiciliar em primeiro grau; 1 caso em que o filho da paciente era maior de 12 anos; 1 caso em que a ordem foi denegada por conta da ausência de documentação comprovando ser a paciente mãe de filhos menores; 1 caso em que a paciente pedia a revogação da domiciliar e concessão de liberdade plena. Restaram, assim, 120 ementas de acórdão a serem analisadas.

Das decisões analisadas, 93 se referiam ao delito de tráfico de drogas, cuja distribuição se dá de forma direcionada à Primeira, Segunda e Terceira Câmaras Criminais. Como é significativo o número de prisões por este tipo de crime, optou-se por se realizar a sua contagem de forma especificada, separando-se os delitos de tráfico dos demais.

Assim, as 120 decisões em sede de *habeas corpus* analisadas podem ser assim organizadas:

	Natureza do crime	Ordem concedida	Ordem denegada	Total
1ª Câmara Criminal	tráfico	27	31	58
	outros	1	2	3
2ª Câmara Criminal	tráfico	11	18	29
	outros	1	3	4
3ª Câmara Criminal	tráfico	5	1	6
	outros	-	2	2
5ª Câmara Criminal	outros	4	-	4
6ª Câmara Criminal	outros	2	1	3
7ª Câmara Criminal	outros	1	-	1
8ª Câmara Criminal	outros	-	10	10
Total		52	68	120

4.1. PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Mais da metade das decisões proferidas sobre o tema tiveram origem na Primeira Câmara Criminal. Isto em parte pode ser explicado pelo critério de distribuição de feitos já mencionado anteriormente, que direciona às três primeiras câmaras criminais os processos relativos a delitos de tráfico. A discrepância numérica também pode advir de uma maior velocidade no julgamento dos casos por este órgão fracionário, dado o uso repetitivo de modelos, claramente perceptível na leitura dos julgados, ou ainda, pela maior incidência da linguagem especificamente pesquisada na redação dos acórdãos.

Em termos numéricos, prevalecem nesta câmara as decisões denegatórias da prisão domiciliar a mulheres com filhos. Porém, não se verifica uma disparidade muito gritante: foram 28 decisões que deferiram a medida alternativa, contra 33 que a negaram.

O conteúdo dos acórdãos em que se deixou de conceder a prisão domiciliar, ainda que as mulheres preencham os requisitos legais, por serem mães de crianças com até 12 anos de idade, pode ser exemplificado pela decisão a seguir:

> Ementa: HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. RISCO CONCRETO À ORDEM PÚBLICA. PRISÃO DOMICILIAR. IMPOSSIBILIDADE. Cuidando-se o tráfico de drogas de crime grave, tanto que equiparado a hediondo, a repercussão social dele decorrente, quer no âmbito da saúde pública, quer na esfera da criminalidade - potencializada pelo uso e pelo comércio de substâncias entorpecentes - está a evidenciar concreto risco à ordem pública a tornar necessária a prisão preventiva e obstar a aplicação das medidas cautelares a que alude o art. 319 do Código de Processo Penal. Segregação cautelar devidamente fundamentada, fundada nas circunstâncias em que se deu a prisão da paciente, decorrente de intensa investigação, lastreada em interceptações telefônicas judicialmente autorizadas, inclusive, evidenciando o envolvimento da paciente em associação voltada para a prática de tráfico de drogas. A alteração legislativa aventada, com o acréscimo, pelo Estatuto da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016) do inciso V ao artigo 318 do Código de Processo Penal, contemplando a possibilidade da concessão de prisão domiciliar à mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos, não tem a consequência de, diante da existência de prole até tal idade, ser obrigatória a adoção de tal providência. Não fosse assim e teria o legislador tornado imperativo o deferimento do benefício, o que não fez. Por isso que, não vindo aos autos dado algum que evidencie ser necessária a colocação da paciente em prisão domiciliar, não se está diante de hipótese que autorize a providência lá contemplada, sobretudo diante da circunstância consistente em que há informações dando conta de que a paciente se utilizava de sua residência para a prática do delito a ela imputado - o que está a sugerir que a providência requerida nem sequer é recomendável. ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus Nº 70075634121, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Honório Gonçalves da Silva Neto, Julgado em 25/10/2017)

Verifica-se que principal preocupação do julgador é deixar patente que a alteração legislativa empreendida não o vincula de forma definitiva. Frisa-se o uso da fórmula "poderá o juiz" no *caput* do dispositivo para sustentar que não basta estar a mulher na condição objetiva de ser mãe de criança até 12 anos de idade para que a domiciliar seja concedida, devendo ser analisada a situação específica da mesma.

Assim, acaba esta linha de entendimento por criar novos requisitos não compreendidos no texto legal, escolhidos ao arbítrio do julgador. No caso acima, como a traficância aparentemente estava sendo exercida no ambiente da residência da paciente, entendeu-se tal circunstância como excludente do direito pleiteado.

No entanto, é decorrência lógica da situação de maternidade de crianças pequenas a dificuldade da mulher em ausentar-se do lar e buscar fonte de renda em ambiente externo, em

especial se se tratar de mulher de classe social mais baixa, que não tem condições de arcar com custos de creche ou babá para seus filhos. A necessidade obter renda informal sem sair do meio doméstico explica, em grande parte, a grande predominância de delitos de tráfico entre mulheres.

Assim, verifica-se com bastante frequência a situação descrita no julgado acima, a atingir de forma mais particular as mulheres que estão em situação de vulnerabilidade mais acentuada. O entendimento desta vulnerabilidade da mulher que é mãe e é pobre, simultaneamente, escapa à mentalidade adotada na decisão, que a pune com maior rigor justamente por se enquadrar em condições mais dificultosas.

Por outro lado, as decisões desta Câmara Criminal que optam pela concessão da prisão domiciliar, via de regra, adotam redação semelhante à seguinte:

> Ementa: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. PACIENTE QUE É MÃE DE DOIS FILHOS PEQUENOS. A paciente preenche os requisitos para a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, porquanto possui dois filhos pequenos, isto é, uma menina de 05 anos e um menino de 09 anos. Em razão da tenra idade de ambos, indubitavelmente, eles dependem dos cuidados da mãe, sendo isso imprescindível. Assim, nos termos do art. 318, incisos III e V, do Código de Processo Penal, é cabível a concessão de prisão domiciliar à paciente. Ordem parcialmente concedida, por maioria. (Habeas Corpus Nº 70075394049, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 18/10/2017)

Nota-se que, aqui, o julgador tão somente adotou a presunção já trazida pelo legislador: se a mulher tem filhos pequenos, eles precisam da convivência materna, e por isso a prisão domiciliar deve ser concedida. Garantidos estão, nessa linha de entendimento, o melhor interesse das crianças e o pleno exercício da maternidade pela mulher.

Trata-se de raciocínio diametralmente oposto ao adotado na decisão anterior. Prevalece, na amostragem estudada, o entendimento pela concessão do benefício quando ausente ou minoritário dentre os votantes o desembargador relator da primeira decisão, o qual de toda forma sempre deixa registrado seu inconformismo na forma de voto vencido.

4.2. SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Em números absolutos, há uma quantidade menor de acórdãos neste órgão fracionário utilizando as expressões buscadas, em comparação à câmara anterior. No total, são 21 decisões negando a prisão domiciliar e 12 concedendo o benefício. A proporção de decisões denegatórias é significativamente maior, passando de 63% dos casos analisados.

O relator de quase todas as decisões que apareceram na busca foi o do acórdão a seguir, que mesmo concedendo a ordem, deixa clara sua adoção da primeira linha de entendimento, de que a concessão é opcional, não bastando à mulher preencher os requisitos objetivos da lei:

> Ementa: HABEAS CORPUS. DELITOS DE TÓXICOS (ARTIGO 33, DA LEI Nº 11.343/06). SUBSTITUIÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR POR PRISÃO DOMICILIAR (ARTIGO 318, DO CPP). Quanto ao pedido de substituição da prisão por medida cautelar diversa, tem-se que, com o advento da Lei n. 13.257/16, o artigo 318 do Código de Processo Penal passou a permitir ao juiz, entre outras hipóteses, a substituição da prisão cautelar pela domiciliar quando o agente for "imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência" ou "mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos." A despeito da nova redação do artigo 318 do Código de Processo Penal, mantenho o entendimento de que o preenchimento de um dos seus pressupostos, isoladamente considerado, não assegura ao acusado o direito à substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, devendo ser analisado o caso concreto. Com isso quero dizer que o verbo "poderá", previsto no caput do artigo 318 do Código de Processo Penal não pode ser lido como "dever" do juiz determinar a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar quando presente uma de suas hipóteses. In casu, a paciente é primária e mãe de W.S.M., com 13 (treze) anos de idade e de H.S.C., com 04 (quatro) anos de idade, sendo que este, segundo atestado médico, apresenta problemas neurológicos. A avó materna, que estaria com a guarda das crianças, aparentemente também possui problemas de saúde, conforme documentos anexados à ação constitucional de habeas corpus. O pai de H.S.C., ademais, encontra-se segregado na penitenciária de Alta Segurança de Charqueadas. Diante desse contexto, embora o fato objeto da ação penal originária seja grave, entendo que, neste caso, é adequada a substituição da custódia preventiva pela prisão domiciliar, dada a necessidade de observância à doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente. Nessas circunstâncias, diante das peculiaridades do caso concreto e tendo como prioridade absoluta os direitos da criança, recomenda-se o cumprimento da prisão cautelar em regime domiciliar. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE, RATIFICANDO A LIMINAR ANTERIORMENTE DEFERIDA. (Habeas Corpus Nº 70074357815, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em 27/07/2017)

O entendimento desta câmara é mais homogêneo, não havendo a discrepância de correntes sentida no órgão anteriormente abordado. De fato, os julgados da Segunda Câmara têm exigido que se comprove, no caso concreto, que a criança tem necessidade direta dos cuidados da mãe, não havendo outro familiar que possa substituí-la. No caso acima colacionado, nota-se ter sido demonstrada a impossibilidade de cuidados pela avó e pelo pai, que também se encontrava recolhido em estabelecimento prisional.

Analisando-se outras decisões da mesma câmara percebe-se que, mesmo que haja essencial diferenciação nas redações do inciso V, referente às mulheres, e do inciso VI, referente aos homens, sendo que somente neste último se exige a demonstração de que a pessoa seja a única responsável pelo cuidado da criança, tal exigência parece ter sido adotada como necessária pelos desembargadores ainda assim, o que explica o menor número de concessões

de domiciliar no total. Veja-se outra decisão, na mesma linha de entendimento, de lavra de relator diferente, na mesma câmara:

> Ementa: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO. ROUBO E EXTORSÃO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. Prisão preventiva que veio fundamentada na garantia de ordem pública. Prévia investigação policial que culminou com apreensão de diversos integrantes de facção criminosa de Porto Alegre denominada "V7", inclusive a paciente. ALEGAÇÕES ATINENTES À PROVA. DESCABIMENTO. Quanto às alegações expostas na inicial, que impõem dilação probatória, importante registrar que o habeas corpus não é via adequada para análise aprofundada da prova, bastando, para avaliar a legalidade da prisão preventiva, a verificação de seus pressupostos, que se traduzem em prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, o que se configurou no caso concreto. PRISÃO DOMICILIAR. CABIMENTO NO CASO CONCRETO. Em que pese a gravidade do (s) delito (s) pelo qual a paciente foi segregada, considerando que o pai das crianças também está recolhido preventivamente ao Presídio e, ao que tudo indica, a paciente, que é mãe, é a única responsável, no momento, pelos cuidados dos filhos, mormente tratando-se de uma menina nascida há menos de seis meses que está em fase de amamentação e menino com cinco anos de idade, é caso de concessão de prisão domiciliar, nos termos do art. 318, III e V, do CPP, como também concluiu o douto Procurador de Justiça. ORDEM CONCEDIDA PARCIALMENTE. UNÂNIME. (Habeas Corpus Nº 70070427257, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Mello Guimarães, Julgado em 30/08/2016)

4.3. TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Poucos acórdãos foram encontrados na pesquisa efetuada, mesmo tendo esta câmara competência para feitos relacionados ao tráfico de drogas. No total, foram 5 decisões concedendo a prisão domiciliar e 3 decisões negando, tratando-se, portanto, do primeiro órgão em que prevalece a concessão da ordem.

Das decisões denegatórias, apenas uma tratava de delito de tráfico de drogas, a qual colaciona-se a seguir:

> Ementa: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE MUNIÇÃO DE USO PROIBIDO. DEMONSTRADA A NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR. 1. A segregação preventiva é medida extrema e excepcional, condicionada à existência do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*. Outrossim, importa que a prisão corresponda às exigências da proporcionalidade. 2. No caso dos autos a paciente foi presa em sua residência, sendo apreendida quantidade expressiva de droga (cocaína, crack e maconha), além de munições, rádios comunicadores, balança de precisão e um giroflex de uso restrito da Polícia. Prisão decretada para a garantia da ordem pública, uma vez que os objetos apreendidos indicam que não se trata de fato isolado de menor monta. 3. Impossibilidade de concessão da prisão domiciliar. Em que pese a paciente seja mãe de criança de apenas 07 (sete) meses, a prática delitiva ocorria dentro da residência, sendo que alguns dos itens apreendidos foram encontrados na gaveta onde estavam os objetos da criança. Ademais, não há documentação indicando situação de vulnerabilidade. A criança está sob a guarda da avó e da tia. ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus Nº 70074111147, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ingo Wolfgang Sarlet, Julgado em 05/07/2017)

Percebe-se aqui, novamente, o entendimento de que o fato de o tráfico supostamente ocorrer no âmbito residencial impede a concessão da domiciliar. Além disso, também a exigência de que a mãe fosse a única pessoa que pudesse cuidar da criança está subentendida, por haver referência a outras pessoas da família, também de gênero feminino, que estariam assumindo tal encargo em seu lugar. Isso, ainda que se trate de criança menor de 2 anos de idade, com relação à qual estaria presumida a recomendação de aleitamento materno, por exemplo.

Já no caso seguinte, a ordem foi concedida, justamente por se tratar de criança recém-nascida, a demandar amamentação exclusiva, o que restou demonstrado nos autos:

> Ementa: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO DOMICILIAR. ARTIGO 318, INCISO III, DO CPP. FACULDADE DO JULGADOR. CASO CONCRETO QUE SE AMOLDA A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO. A concessão da prisão domiciliar nos termos do artigo 318 do CPP é faculdade do julgador, o qual concederá com base nos elementos do caso concreto. No caso dos autos, restou evidenciada a imprescindibilidade da paciente para os cuidados de seu filho, o qual possui menos de 02 (dois) meses de vida. Há documentação dando conta de que a flagrada encontrava-se segregada em Delegacia de Polícia e que os familiares levavam o infante diversas vezes por dia até o local para que fosse amamentado. Caso concreto que justifica a concessão da ordem, resguardando-se o bem-estar da criança e da mãe, em observância da dignidade da pessoa humana. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. LIMINAR RATIFICADA. (Habeas Corpus Nº 70071098529, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ingo Wolfgang Sarlet, Julgado em 28/09/2016)

Repita-se, no entanto, que a previsão legal não se restringe a casos de aleitamento materno, tratando tão somente do critério etário de 12 anos da criança como exigência para concessão do benefício.

Em prosseguimento à análise jurisprudencial, registre-se que não houve qualquer resultado com as palavras buscadas advindo da Quarta Câmara Criminal, a qual tem competência para delitos mais específicos.

4.4. QUINTA CÂMARA CRIMINAL

Neste órgão fracionário, apenas 4 decisões foram levantadas tratando das expressões pesquisadas, todas envolvendo delitos de cunho patrimonial. A integralidade das decisões se deu de forma a conceder a prisão domiciliar.

Registre-se que se trata de órgão composto majoritariamente por desembargadoras mulheres, as quais abraçaram o entendimento de que, estando preenchidos os requisitos objetivos da lei, cabível a substituição.

Colaciona-se a seguir um julgado exemplificativo do entendimento pacífico desta câmara criminal:

> Ementa: HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PACIENTE MULHER COM FILHA MENOR DE 12 ANOS. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO INCISO V DO ART. 318 DO CPP. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. Presentes os requisitos do artigo 312 do CPP, não é o caso de revogação da prisão preventiva. Todavia, sendo a paciente mulher e possuindo uma filha menor de 12 (doze) anos, possível a substituição da prisão cautelar por prisão domiciliar, consoante o disposto no artigo 318, inciso V, do CPP. DECISÃO LIMINAR TORNADA DEFINITIVA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. (Habeas Corpus Nº 70069987857, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Julgado em 20/07/2016)

4.5. SEXTA CÂMARA CRIMINAL

Nesta câmara criminal, da mesma forma, poucas decisões se enquadraram nos critérios propostos: 2 concessões de ordem, e apenas 1 decisão denegatória.

As decisões concessivas, no entanto, foram relutantes, buscando fugir ao critério legal objetivo, como se pode verificar no caso a seguir:

> Ementa: HABEAS CORPUS. DELITO CONTRA O PATRIMÔNIO. RECEPTAÇÃO QUALIFICADA. PRISÃO DOMICILIAR. Em obediência ao princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade, a prisão cautelar se apresenta como exceção. Assim sendo, deve vir assentada em elementos que demonstrem a sua efetiva imprescindibilidade no contexto em que praticada a infração, especialmente com a entrada em vigor da Lei 12.403/2011, que prevê a prisão preventiva como última medida para garantir a ordem pública, a conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal. No caso, a paciente é tecnicamente primária, não possui maus antecedentes e tem residência fixa. Além disso, o crime imputado (receptação qualificada), em que pese ser grave, não foi cometido com violência ou grave ameaça, devendo ser lembrado, ainda, que a paciente confessou a autoria delitiva na fase inquisitorial. A somar, comprovou ser mãe de 03 filhos com idade inferior a 12 anos, sendo que um deles, que conta com 01 ano de idade, está evidentemente em fase de amamentação, havendo informação nos autos de que o pai das crianças está preso por outro crime. Logo, diante da excepcionalidade da prisão e da especial condição pessoal da paciente, que é primária e está amamentado criança com 01 ano de idade, possível a aplicação de prisão domiciliar, com monitoramento eletrônico, conforme artigo 318, inciso III, do CPP, devendo a paciente permanecer em sua residência para o efetivo cuidado do lactante e dos demais filhos, podendo se ausentar apenas mediante prévia autorização judicial (artigo 317 do CPP), sob pena de revogação do benefício e restabelecimento da prisão preventiva. Por fim, vale lembrar que as alterações trazidas pela Lei nº 13.257/2016 ao artigo 318 do CPP não autorizam, pela mera alegação da parte, a concessão obrigatória do benefício, que, na verdade, é facultativo. Ao contrário fosse, ou seja, caso a medida cautelar da prisão domiciliar se tornasse obrigatória, estariam criadas pelo legislador determinadas

> hipóteses de vedação da segregação preventiva às mães grávidas ou àquelas pessoas que possuem filhos na idade indicada no texto legal, mesmo quando a custódia cautelar fosse a única medida que pudesse tutelar, com eficiência, casos em que fosse imprescindível a prisão, hipóteses estas que não refletem o objetivo da novel norma. LIMINAR RATIFICADA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. (Habeas Corpus Nº 70074416819, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, Julgado em 30/08/2017)

Nota-se que a domiciliar foi concedida com base no inciso III do artigo 318, e não com base no inciso V, que tem a cláusula mais aberta, justamente porque se buscou uma interpretação mais restritiva do mesmo.

A preocupação externada pelo julgador é a de que alteração legislativa não sirva como "carta branca" às mulheres que se enquadrarem na situação legal. Porém, tal raciocínio desconsidera que a prisão domiciliar ainda é uma medida de restrição de liberdade e de controle social, ainda que não seja a mais gravosa prevista no ordenamento jurídico, e justamente por se enquadrar a mulher na situação de maior vulnerabilidade ali prevista, foi que o legislador buscou isentá-la da restrição à liberdade total.

Embora pequena a amostragem, conclui-se tratar de mais uma câmara que adere a um entendimento que vai de encontro à busca de soluções não encarceradoras com relação às mulheres.

Na Sétima Câmara Criminal, encontramos apenas uma decisão utilizando os termos pesquisados, de modo que a mesma pode ser desprezada para fins deste estudo, por não ser representativa de um pensamento geral do órgão.

4.6. OITAVA CÂMARA CRIMINAL

Nesta última câmara criminal do Tribunal de Justiça, das 10 decisões levantadas na pesquisa, todas foram denegatórias.

Em geral, tratavam-se de casos de delitos patrimoniais, muitos deles cometidos sem violência. As decisões deixam claro o entendimento do órgão de que para a concessão da domiciliar não basta que a mulher tenha filhos de até 12 anos de idade, devendo ser avaliada a situação concreta da mesma. No entanto, em todas a as situações concretas analisadas, houve denegação da ordem, de modo que não se pode apontar qual exatamente é a especificidade buscada pelo julgador desta câmara para permitir que a mulher usufrua do benefício.

A título de exemplo, colacionam-se dois julgados que excluem a possibilidade da domiciliar por motivos diversos: em um deles não se demonstrou a imprescindibilidade da

genitora, e em outro, havendo delido de corrupção de menores imputado à paciente, também se denegou a ordem.

> Ementa: HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. OCULTAÇÃO DE BENS, DIREITOS E VALORES. JOGO DO BICHO. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE HIPÓTESE DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. - SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR DOMICILIAR. ARTIGO 318 DO CPP. O artigo 318 do Código de Processo Penal apresenta uma possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar quando a paciente for mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos (inciso V). No caso, a gravidade concreta das infrações imputadas à paciente indica não ser adequada a substituição da segregação preventiva por prisão domiciliar. Não demonstrada, igualmente, a imprescindibilidade da genitora nos cuidados dos menores. Ordem denegada. (Habeas Corpus Nº 70075282392, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgado em 18/10/2017)

> Ementa: HABEAS CORPUS. RECEPTAÇÃO QUALIFICADA. CORRUPÇÃO DE MENORES. LEGALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. AUSÊNCIA DE HIPÓTESE DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. - CABIMENTO. Crimes dolosos cujas penas, somadas, ultrapassam quatro anos de reclusão, imputados a agente reincidente (art. 313, incs. I e II, do CPP). - REQUISITOS DO ART. 312, CPP. FUMUS DELICTI. Paciente presa em flagrante, em sua própria residência, ao ser indigitada, pelo menor adolescente detido em atitude suspeita, como a pessoa que lhe prometera determinada quantia para realizar a venda das peças de vestuário de origem ilícita. PERICULUM LIBERTATIS. Prisão preventiva apoiada na afirmação de necessidade de resguardo da ordem pública em razão da periculosidade da agente e da probabilidade de reiteração da prática criminosa (conclusão retirada de seu histórico criminal). Segregação cautelar decretada para a garantia da ordem pública, especialmente para acautelamento do meio social. Fundamentos que encontram amparo na jurisprudência do STF e do STJ quando apoiados em elementos concretos. - SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR DOMICILIAR. ARTIGO 318 DO CPP. O artigo 318 do Código de Processo Penal apresenta uma possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar quando o paciente for imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência (inciso III) ou for mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos (inciso V). No caso, as circunstâncias indicam não ser adequada a substituição da segregação preventiva por prisão domiciliar. Paciente denunciada por crime de corrupção de menores, delito tipificado no ECA justamente para punir aquele que se vale da imaturidade do menor de 18 anos para fins ilícitos, inserindo-o precocemente no mundo do crime. - ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. Eventuais condições pessoais favoráveis do agente não obstam a decretação da prisão preventiva, nem conferem ao paciente o direito subjetivo à concessão de liberdade provisória. - ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO. Não se encontra configurada qualquer ilegalidade, pois não se verifica mora processual decorrente de inércia imputável ao aparato judicial. Feito que apresenta tramitação regular, observadas as particularidades do caso. ORDEM DENEGADA POR MAIORIA. (Habeas Corpus Nº 70070655733, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgado em 28/09/2016)

Assim, não havendo caso algum que demostre qual a particular vulnerabilidade que este órgão fracionário contemplaria com a concessão da prisão domiciliar, conclui-se haver resistência genérica pelo mesmo à aplicação do dispositivo legal.

5. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em 20 de fevereiro de 2018, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal veio a manifestar-se sobre o tema estudado, analisando o Habeas Corpus nº 143.641, impetrado pelo Coletivo de Advogados em Direitos Humanos, o qual requeria a substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência, em todo o território nacional.

A impetração do *habeas corpus* coletivo se mostrou necessária justamente pela resistência do tribunais estaduais e federais, e até mesmo do Superior Tribunal de Justiça, na aplicação direta do disposto no artigo 318, IV e V, do Código de Processo penal.

Essa resistência pode ser exemplificada pelo entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, como visto no capítulo anterior, verificando-se que a maior parte dos órgãos fracionários criminais acaba por criar requisitos não previstos na legislação para a concessão do benefício, em especial a demonstração da indispensabilidade da presença da mãe para os cuidados da criança.

O entendimento esposado no voto do Ministro Ricardo Lewandowski, relator do caso, afasta a necessidade de comprovação desta condição, conforme se depreende de sua ementa:

> Ementa: HABEAS CORPUS COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DOUTRINA BRASILEIRA DO HABEAS CORPUS. MÁXIMA EFETIVIDADE DO WRIT. MÃES E GESTANTES PRESAS. RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUROCRATIZADAS. GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS. ACESSO À JUSTIÇA. FACILITAÇÃO. EMPREGO DE REMÉDIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016. MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA. PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INADMISSIBILIDADE. PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉ- NATAL E PÓS-PARTO. FALTA DE BERÇARIOS E CRECHES. ADPF 347 MC/DF. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO. DETENÇÕES CAUTELARES DECRTEADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL. INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS ENCARCERADAS. OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. REGRAS DE BANGKOK. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. APLICAÇÃO À ESPÉCIE. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO.
> I – Existência de relações sociais massificadas e burocratizadas, cujos problemas estão a exigir soluções a partir de remédios processuais coletivos, especialmente para coibir ou prevenir lesões a direitos de grupos vulneráveis.
> II – Conhecimento do *writ* coletivo homenageia nossa tradição jurídica de conferir a maior amplitude possível ao remédio heroico, conhecida como doutrina brasileira do *habeas corpus*.

III – Entendimento que se amolda ao disposto no art. 654, § 2o, do Código de Processo Penal - CPP, o qual outorga aos juízes e tribunais competência para expedir, de ofício, ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.
IV – Compreensão que se harmoniza também com o previsto no art. 580 do CPP, que faculta a extensão da ordem a todos que se encontram na mesma situação processual.
V - Tramitação de mais de 100 milhões de processos no Poder Judiciário, a cargo de pouco mais de 16 mil juízes, a qual exige que o STF prestigie remédios processuais de natureza coletiva para emprestar a máxima eficácia ao mandamento constitucional da razoável duração do processo e ao princípio universal da efetividade da prestação jurisdicional
VI - A legitimidade ativa do habeas corpus coletivo, a princípio, deve ser reservada àqueles listados no art. 12 da Lei 13.300/2016, por analogia ao que dispõe a legislação referente ao mandado de injunção coletivo.
VII – Comprovação nos autos de existência de situação estrutural em que mulheres grávidas e mães de crianças (entendido o vocábulo aqui em seu sentido legal, como a pessoa de até doze anos de idade incompletos, nos termos do art. 2o do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) estão, de fato, cumprindo prisão preventiva em situação degradante, privadas de cuidados médicos pré-natais e pós-parto, inexistindo, outrossim berçários e creches para seus filhos.
VIII – "Cultura do encarceramento" que se evidencia pela exagerada e irrazoável imposição de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação da lei penal, bem assim da processual penal, mesmo diante da existência de outras soluções, de caráter humanitário, abrigadas no ordenamento jurídico vigente.
IX – Quadro fático especialmente inquietante que se revela pela incapacidade de o Estado brasileiro garantir cuidados mínimos relativos à maternidade, até mesmo às mulheres que não estão em situação prisional, como comprova o "caso Alyne Pimentel", julgado pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher das Nações Unidas.
X – Tanto o Objetivo de Desenvolvimento do Milênio no 5 (melhorar a saúde materna) quanto o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável no 5 (alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas), ambos da Organização das Nações Unidas, ao tutelarem a saúde reprodutiva das pessoas do gênero feminino, corroboram o pleito formulado na impetração.
X – Incidência de amplo regramento internacional relativo a Direitos Humanos, em especial das Regras de Bangkok, segundo as quais deve ser priorizada solução judicial que facilite a utilização de alternativas penais ao encarceramento, principalmente para as hipóteses em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado.
XI – Cuidados com a mulher presa que se direcionam não só a ela, mas igualmente aos seus filhos, os quais sofrem injustamente as consequências da prisão, em flagrante contrariedade ao art. 227 da Constituição, cujo teor determina que se dê prioridade absoluta à concretização dos direitos destes.
XII – Quadro descrito nos autos que exige o estrito cumprimento do Estatuto da Primeira Infância, em especial da nova redação por ele conferida ao art. 318, IV e V, do Código de Processo Penal.
XIII – Acolhimento do *writ* que se impõe de modo a superar tanto a arbitrariedade judicial quanto a sistemática exclusão de direitos de grupos hipossuficientes, típica de sistemas jurídicos que não dispõem de soluções coletivas para problemas estruturais.
XIV – Ordem concedida para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2o do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes.
XV – Extensão da ordem de ofício a todas as demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às

> adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições acima.

Este voto do ministro relator foi acompanhado pelos Ministros Dias Toffoli, Gilmar mendes e Celso de Mello, tendo restado vencido apenas o ministro Edson Fachin, que sustentou que somente em cada caso concreto se poderia avaliar a adequação do instituto da prisão domiciliar.

O voto condutor discorre longamente sobre a situação caótica do sistema prisional brasileiro, lembrando já ter a mesma corte entendido tratar-se de um estado de coisas inconstitucional. Também aborda as especificidades da situação feminina, em especial a necessidade de cuidados pré-natais e de ambientes adequados aos acompanhamento infantil, que não estão presentes na maior parte das penitenciárias femininas. Traz à baila diversos tratados e convenções internacionais de direitos humanos sobre a temática.

Por outro lado, o voto é lacônico no que diz respeito a como efetivar a aplicação do dispositivo que trata da prisão domiciliar materna. Da sucinta redação, como já adiantado, percebe-se que o julgador adota o entendimento de que não há que se falar em análise de outros requisitos que não sejam a situação de gestação e maternidade de crianças com até 12 anos de idade. Rejeita, assim, a construção segundo a qual a mãe deve comprovar ser imprescindível aos cuidados dos filhos, o que pode ser considerado um avanço em relação à interpretação adotada na maior parte das decisões do tribunal gaúcho.

Deste modo, a ordem foi concedida para que se leia como obrigatória a concessão da prisão domiciliar a mulheres que se encontrem na situação descrita no dispositivo legal. Ainda, estendeu-se a ordem, de ofício, para abranger a concessão do benefício a adolescentes sujeitas a medida de internação que também sejam mães ou gestantes.

Porém, foram incluídos na decisão dois requisitos não previstos na legislação: não se tratar de crime praticado mediante violência ou grave ameaça, e ainda não se tratar de crime praticado contra descendente. A redação do voto não deixa claro se os requisitos devem ser preenchidos de forma cumulativa, mas dada a presença da vírgula na parte final do item XIV acima colacionado, tem-se veiculado que se tratam de dois requisitos separados.

A última exceção, não se tratar de crime praticado contra descendente, faz algum sentido na interpretação da lei em seu contexto, que busca assegurar o pleno exercício da maternidade e o melhor interesse da criança.

No entanto, traz perplexidade a menção a delito praticado com violência ou grave ameaça, situação nem remotamente contemplada na alteração legislativa analisada. Trata-se de

criação arbitrária de requisito não previsto em lei, que traz sérias restrições ao objetivo de desencarceramento almejado. Felizmente, em números percentuais, os casos de mulheres encarceradas por este tipo de delito ainda se mostram reduzidos, como verificado na amostragem estudada na jurisprudência gaúcha.

6. CONCLUSÃO

O direito penal, no dizer de Alessandro Baratta, é "*um sistema de controle específico das relações de trabalho produtivo [...] dirigido especificamente aos homens*" (BARATTA, 1999, p. 45 e 46). Segundo o autor, as mulheres são controladas por um sistema informal da sociedade, que mais age na esfera privada, enquadrando-as no papel de gênero que devem assumir. No entanto, quando se tornam infratoras, são tratadas com mais benevolência na aplicação da lei, e no cárcere são educadas a retomar seus lugares de esposa e mãe. Mas quando cometem delitos vistos como essencialmente masculinos, o rigor dos aplicadores da justiça se mostra até maior do que com relação aos homens, por estarem se desviando do papel feminino delas esperado (BARATTA, 1999, p. 50 a 52).

Na maior parte dos casos analisados neste estudo (77%), as mulheres infratoras são acusadas do delito de tráfico de drogas. Não se pode caracterizar o mesmo como sendo tipicamente masculino, por não envolver diretamente aspectos de violência ou grave ameaça. No entanto, a situação geral foge do estereótipo do furto famélico que outrora se imaginava comum entre mulheres. Tampouco foram verificados neste estudo delitos específicos do gênero feminino, como aborto ou infanticídio.

Ressalte-se que a recente decisão do Supremo Tribunal Federal revela claramente esta faceta de punir com maior rigor aquelas que se afastam do perfil feminino delas esperado. A exclusão das mulheres acusadas de delitos violentos pode ainda ser vista por um viés de maior punição àquelas mulheres de classes sociais mais baixas, que são as que têm mais chances de cometer este tipo de infração.

O fato é que as mulheres têm sido cada vez mais enquadradas como sujeitos ativos de delitos, em um sistema criminal pensado para sujeitos ativos masculinos. A jurisprudência que tem se formado a partir desta nova realidade oscila entre dois extremos: de um lado o julgador busca reconduzir a mulher ao seu papel materno, incentivando a convivência desta com os filhos mesmo em situação de restrição de liberdade, e de outro lado se horroriza com o desvio de uma mulher que mais santa deveria ser por ser mãe, e a considera não merecedora da maternidade.

A maternidade, segundo Laura Mattar e Carmem Diniz, se exerce de forma desigual na sociedade, sendo pouco aceita quando as mulheres se encontram em determinadas situações específicas (moradoras de rua, usuárias de drogas, infratoras, por exemplo). Estas se configuram em verdadeiras maternidades subalternas, vistas como ilegítimas pelo Estado e pela sociedade (MATTAR e DINIZ, 2012, p.116).

O fenômeno das maternidades subalternas ajuda a entender a grande resistência encontrada nos julgados de alguns órgãos fracionários na concessão da prisão domiciliar a mulheres que são vistas como transgressoras do próprio papel de mãe. É inadmissível, para alguns operadores do direito, que uma mulher que tenha em casa um filho, use este mesmo local para a venda de drogas, ainda que com a renda advinda de tal atividade esteja a sustentar sua criança. Essa transgressão, e a impossibilidade de separação entre espaço de exercício de maternidade e espaço de auferir renda é tipicamente encontrada entre mulher de classes sociais mais baixas, que acabam novamente sendo mais penalizadas e consideradas menos merecedoras de serem mães.

Por outro lado, a prisão domiciliar, quando concedida, não se afigura em privilégio sem amarras. A convivência com os filhos e a responsabilidade total pela sua criação, no âmbito residencial, de forma única e constante, é a forma de controle social escolhida neste caso. Para a mulher a quem a prisão domiciliar é outorgada, a maternidade se torna uma imposição. Dela se espera que passe a ser mãe em tempo integral, como forma de se redimir da transgressão praticada.

Deve-se ter em mente, portanto, que a prisão domiciliar não é um perdão judicial concedido à mulher que tem filhos, mas sim uma medida alternativa à prisão comum, evitando-se o encarceramento em massa e o caos social advindo da ausência de alguém que possa exercer o papel feminino no núcleo familiar. Talvez por isso seja grande o número de decisões que exigem que a mulher comprove o requisito não presente no texto legal, de ser imprescindível ao cuidado da criança, pois se há alguém (geralmente outra mulher da família) que possa substitui-la, o julgador não entende necessário recolocar a mulher no lar. De toda forma, o controle social e a preservação dos papeis de gênero tradicionais são assegurados pela concessão da prisão domiciliar.

Assim, a maternidade é usada ora como mecanismo de resgate da transgressora, que acaba se consubstanciando em um castigo mais adequado ao gênero feminino, ora como privilégio não merecido por aquela que desvia da conduta socialmente adequada.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana**. in CAMPOS, Carmen Hein de [Org.]. Criminologia e feminismo. Porto Alegre: Sulina, 1999.

BRAGA, Ana Gabriela. FRANKLIN, Naila Ingrid Chaves. **Quando a casa é uma prisão: uma análise de decisões de prisão domiciliar de grávidas e mães após a lei 12.403/2011**. In Quaestio Iuris. vol. 09, no. 01, Rio de Janeiro, 2016. pp. 349-375. Disponível em: http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/ 18579. Acesso em 14 de janeiro de 2018.

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**. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015. (Série pensando o direito, nº 51). Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/publicacoes/. Acesso em 14 de janeiro de 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN Mulheres – junho de 2014**. Brasília: Ministério da Justiça, DEPEN, 2015. Disponível em: http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-infopen-mulheres.pdf. Acesso em 15 de janeiro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Imprensa. Notícias STF. **2ª Turma concede HC coletivo a gestantes e mães de filhos com até doze anos presas preventivamente**. 20 de fevereiro de 2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152. Acesso em 27 de fevereiro de 2018.

HASHIMOTO, Érica Akie; GALLO, Janaina Soares. **Maternidade e Cárcere: um olhar sobre o drama de se tornar mãe na prisão**. In: Revista Liberdades, nº 09, jan-abril, 2012. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=117. Acesso em 14 de janeiro de 2018.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5 ed. São Paulo: Atlas 2003.

MATTAR, Laura Davis; DINIZ, Carmen Simone Grilo. **Hierarquias Reprodutivas: maternidade e desigualdades no exercício de direitos humanos pelas mulheres**. Revista Interface: comunicação, saúde, educação, Botucatu, v.16, n. 40, 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/icse/v16n40/aop0212. Acesso em 17 de janeiro de 2018.

PONTES, Felipe; MARTINS, Helena. População carcerária feminina cresce 700% em dezesseis anos no Brasil. **Agência Brasil**. 26 de agosto de 2017. Disponível em: http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-08/populacao-carceraria-feminina-cresce-700-em-dezesseis-anos-no. Acesso em 17 de janeiro de 2018.