

V SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE PESQUISA EM PRISÃO

09 a 11/12/2019, FFLCH – SUP, São Paulo – SP

Grupo de Trabalho: Gênero, sexualidade e prisão. (GT10)

**ENCARCERAMENTO FEMININO, PRISÃO DOMICILIAR E
(DES)IGUALDADE JURÍDICA: POTENCIALIDADES E INCERTEZAS DA
MATERNIDADE NO CONTEXTO PRISIONAL**

Bianca Garcia Neri – UFF/UNESA

Jaqueline Sousa Vasconcellos de Miranda Carvalho – UCAM

Resumo

De acordo com os últimos dados publicados em relatórios oficiais, é possível perceber que o encarceramento feminino no Brasil vem apresentando vertiginosa ascensão, com grande destaque para o número de prisões provisórias e a incidência do delito de tráfico de drogas. A falta de políticas públicas que considerem a prisão sob a perspectiva de gênero, face à inadequação estrutural e sensibilidade às necessidades femininas, torna os efeitos do cárcere ainda piores, notadamente no caso de mulheres que são mães ou gestantes. Visando efetivar as chamadas Regras de Bangkok, em 2016, foi publicada a Lei n. 13.257, que altera o Código de Processo Penal, determinando que o juiz “poderá” substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando se tratar de gestante ou mulher com filho até 12 anos incompletos. Diante da discricionariedade judicial admitida pela lei, diversos pedidos foram negados pelos tribunais pátrios, até mesmo sob argumentos de cunho moralista, considerando determinadas mulheres inaptas ao exercício da maternidade. Vislumbrando tais negativas, o STF concedeu *habeas corpus* coletivo n. 143.641/SP para fins de cumprimento da norma, o que contribuiu para trazer nova alteração legislativa – Lei n. 13.769/2018 -, determinando que a prisão domiciliar “será” viabilizada à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, desde que o crime não seja praticado com violência ou grave ameaça, tampouco contra seu filho ou dependente, apresentando-se como direito subjetivo. O presente trabalho visa analisar o tom do discurso na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a partir de acórdãos que concederam ou negaram a prisão domiciliar a mulheres acusadas pela prática de tráfico de drogas, a fim de verificar (I) se a norma está sendo aplicada de maneira igualitária e (II) se as decisões que negam o direito reproduzem aspectos moralistas, em especial com marcas de uma cultura machista e patriarcal.

Palavras-chave: encarceramento feminino, prisão domiciliar, desigualdade jurídica

Introdução

O hiperencarceramento vem sendo tema de debates profundos nos últimos anos no Brasil, especialmente por ocuparmos, em cálculo bruto, o 3º lugar entre os países que mais prendem no mundo de acordo com o World Prison Brief, base de dados da Universidade de Londres. Dados do INFOPEN Mulher 2019 referentes ao período de 2017, informam que o Brasil possui 37.828 mulheres presas em âmbito nacional, sendo 37,67% prisões provisórias. Esse número se eleva no Estado do Rio de Janeiro, alcançando a marca de 41,37% das prisões femininas, o que faz com que a aplicação legal das normas estabelecidas e suas revisões se tornem fundamentais para a redução desses dados.

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 elenca em seus incisos, inúmeros direitos e garantias fundamentais que deveriam igualar o tratamento dado à população, seja ela masculina ou feminina, encarcerada ou não, para que pudéssemos afirmar a isonomia em todos os seus aspectos. Contudo, sabemos que a realidade se afasta da intenção da Carta Magna, forçando o guardião constitucional - o Supremo Tribunal Federal - a agir nos casos onde se clarifica o desrespeito a alguma garantia fundamental.

Assim, podemos afirmar que o HC coletivo nº 143641/SP, de relatoria do ilustre Ministro Ricardo Lewandowski, fora um marco na conquista dos direitos das mulheres grávidas e com filhos até 12 anos incompletos, não somente por assentar entendimento acerca da prisão domiciliar, mas também por aclarar em seu voto todo comportamento machista e patriarcal que permeia o judiciário brasileiro e que acaba por punir a mulher presa para além da pena processualmente imposta.

A Lei n. 13.257 entra em vigor no ano de 2016, trazendo alterações para o artigo 318 do código de processo penal, reconhecendo a importância da prisão domiciliar para o respeito e cuidado com a criança, a mãe e a redução do encarceramento em massa, retirando a limitação anterior que restringia a hipótese apenas às gestantes a partir do 7º mês de gestação ou quando essa gravidez fosse de risco. Ampliou-se o benefício para a mulher grávida, independentemente do tempo e/ou tipo de gravidez e para a mãe com filho de até 12 anos incompletos.

Mesmo com a alteração, observou-se vasto comportamento discricionário de magistrados negando o direito à prisão domiciliar com justificativas que fogem à lógica isonômica e que se aproximam do julgo, muitas vezes machista, que recai sobre a mulher criminosa, como se esta fosse “ainda pior” por ser mãe e cometer algum tipo de crime.

Em 2018, o STF julgou o habeas corpus coletivo n. 143641/SP e substituiu o verbo “poderá” por “será”, o que deveria significar dúvida dirimida acerca da obrigatoriedade ou não da concessão do benefício nos casos enquadrados pela lei processual penal. Porém, não é o que se observa nas decisões tomadas por algumas câmaras criminais do Estado do Rio de Janeiro, que insistem em julgar de modo discricionário se a presa mulher e mãe, possui qualidades que preenchem os requisitos que os julgadores supõem ser o de capacidade materna ou qualquer outra coisa que se afasta da letra da lei. O apego em se desejar qualificar a qualidade da mulher ou da mãe, assombra quem se debruça sobre o tema, posto que em nada se apoia no ordenamento jurídico atual mas revela, em si mesmo, o comportamento patriarcal e machista que o voto do Ministro Relator Ricardo Lewandowski tanto expôs, ressaltou e refutou.

O judiciário é apenas um braço da sociedade e, como parte dela, ainda não se afastou do comportamento massacrante dado à mulheres, frequentemente manifestado por decisões que se utilizam do discurso da justiça para, na verdade, reafirmarem a condição de inferioridade de direitos e de ofensas que diminuem e acabam extrapolando

a punição judiciária, atingindo toda a qualidade do ser mulher e resvalando no afastamento de seus filhos, funcionando como elementos extras de punição.

1. Encarceramento feminino no Brasil

O crime é um problema sociológico que cada vez mais vem despertando a atenção dos pesquisadores. No entanto, é possível perceber que grande parte dos estudos, especialmente no Brasil, concentram-se em questões relacionadas ao encarceramento masculino. A criminologia crítica trouxe importante inversão paradigmática no tocante à análise do sistema penal, deslocando o olhar do criminalizado para o processo de criminalização, porém, a despeito da relevância de suas contribuições, não explica as peculiaridades do encarceramento feminino, invisibilizando as necessidades e os direitos de um grupo que já se encontra em posição de vulnerabilidade social.

A discrepância em relação ao número de crimes praticados por homens e por mulheres pode ser compreendida pelo fato de que, enquanto aqueles estão sujeitos ao controle social formal, estas sofrem maior incidência do controle informal – o patriarcado. (BARATTA, 1999). A criminologia feminista identifica, então, um caráter androcêntrico do Direito Penal (CAMPOS; CARVALHO, 2014), responsável por acarretar uma dupla violência sobre a mulher, seja no papel de vítima, seja no de autora do delito. Assim:

Ao trazer a perspectiva das mulheres para o centro dos estudos criminológicos, a criminologia feminista denunciou as violências produzidas pela *forma mentis* masculina de interpretação e aplicação do direito penal. O sistema penal centrado no ‘homem’ (androcêntrico) invariavelmente produziu o que a criminologia feminista identificou como dupla violência contra a mulher. Em um primeiro momento, invisibiliza ou subvaloriza as violências de gênero, ou seja, as violências decorrentes normalmente das relações afetivo-familiares e que ocorrem no ambiente doméstico, como são a grande parte dos casos de homicídios, lesões corporais, ameaças, injúrias, estupros, sequestros e cárceres privados nos quais as mulheres são vítimas. No segundo momento, quando a mulher é sujeito ativo do delito, a criminologia feminista evidenciou o conjunto de metarregras que produzem o aumento da punição ou o agravamento das formas de execução das penas exclusivamente em decorrência da condição de gênero. (CAMPOS; CARVALHO, 2014, p. 152).

Em especial quando sujeita ao sistema prisional, a mulher depara-se com a existência de um conjunto de metarregras que influenciam no aumento da punição ou no agravamento das formas de execução da pena a partir de estruturas tipicamente machistas que, na verdade, acabam por ensejar múltiplas violências quando associadas a outras estruturas – como o racismo -, resultando em um modelo com implicações diferenciadas.

Historicamente, o crime sempre foi considerado uma atividade típica do universo masculino e sua prática pelas mulheres encarada de modo divergente em relação aos padrões válidos para os homens, estando muitas vezes relacionada ao espaço social – ambientes domésticos e familiares – ocupado por estas, de modo que as condutas femininas costumavam estar relacionadas ao aborto, infanticídio, envenenamento. (SOARES; ILGENFRITZ, 2002). No entanto, as mudanças sociais - ocorridas notadamente ao longo do século XX -, dentre outros fatores, levaram ao aumento do número de crimes e da variação dos tipos penais praticados pelas mulheres, a despeito de continuarem em posição subalterna na estrutura de oportunidades ilegítimas, estando sujeitas a estereótipos sexuais também no mundo do crime, que as coloca em atividades secundárias, de menor ganho e menor importância. (ALARID et al, 2006).

No Brasil, apesar da lacuna de dados relacionados especificamente sobre o encarceramento a partir de um recorte de gênero, tomando por base o último relatório do Departamento Penitenciário Nacional – INFOPEN Mulheres (BRASIL, 2019), em junho de 2017 foram registradas 37.828 mulheres em situação de cárcere. Ainda que o quantitativo seja bastante inferior em comparação à população carcerária masculina - 665.482 homens presos no período de 2016 -, é possível verificar que o encarceramento feminino se apresenta em vertiginosa ascensão, com aumento de mais de 600% em relação ao total apontado no início dos anos 2000.

Verifica-se, ainda, que grande parte dessas mulheres se encontra em prisão provisória (37,67%) – aguardando julgamento – ou foram sentenciadas a cumprir pena em regime fechado (36,21%); mesmo que em sua maioria tenham praticado crimes sem violência ou grave ameaça, como o tráfico de drogas, que representa 62% das incidências penais. (BRASIL, 2018). Além disso, analisando o perfil sociodemográfico das mulheres privadas de liberdade no Brasil, o relatório demonstra que cerca de 50% é composto por mulheres jovens – até 29 anos -, 62% são negras, 74% possuem filhos e 66% ainda não acessou o ensino médio, apresentando, portanto, baixa escolaridade. (BRASIL, 2018).

No entanto, esse incremento nos números do encarceramento feminino não vem acompanhado da criação de novas vagas, havendo em 2016 uma taxa de ocupação de 156,7% (BRASIL, 2018), dificultando a concretização do discurso de ressocialização e da retórica da garantia de direitos fundamentais. Agravando tal situação, o relatório aponta que a maior parte dos estabelecimentos penais foi projetada para o público masculino, de modo que “74% das unidades prisionais destinam-se aos homens, 7% ao público feminino e outros 16% são caracterizados como mistos, o que significa que

podem contar com alas/celas específicas para o aprisionamento de mulheres dentro de um estabelecimento originalmente masculino.” (BRASIL, 2018, p. 22).

Ainda que a separação dos estabelecimentos prisionais por gênero esteja prevista na Lei de Execução Penal – tendo sido incorporada à Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional – a fim de atender às peculiaridades femininas (aleitamento, espaço para gestantes, equipes multidisciplinares de atenção à saúde da mulher, espaços para bebês e crianças, ...), na prática o que se verifica é a predominância de espaços (mal) adaptados, que contribuem por perpetuar violências físicas e morais no contexto prisional. (LEMOS, 2017).

Braga e Angotti (2015) destacam a falta de políticas públicas que considerem a prisão sob a perspectiva de gênero, diante da inadequação estrutural às necessidades femininas, tornando os efeitos do encarceramento ainda piores, acabando por gerar uma verdadeira “sobrepensa”, não só pela falta de recursos, mas principalmente pelo fato de o sistema prisional ser voltado para o público masculino. Maiores dificuldades podem ser identificadas no caso de detentas gestantes/lactantes, que são submetidas a condições insalubres, não possuindo acompanhamento médico necessário (LEAL; SANCHEZ, 2014), sendo-lhes imposto sofrimento ainda mais grave com a posterior retirada e separação de seu bebê. Ao discutir a maternidade no contexto prisional, Stella (2009) destaca questões como a culpabilização sobre o abandono sofrido, abalos na estrutura familiar e as incertezas sobre o futuro da criança, que crescerá longe dos cuidados maternos, podendo acarretar impactos negativos ao seu pleno desenvolvimento – afetivo, motor e psicossocial.

2. Cárcere, maternidade e prisão domiciliar

Contextualizar as condições e peculiaridades do encarceramento feminino é um caminho necessário para se discutir as garantias e violações a direitos fundamentais, notadamente a partir da perspectiva de gênero.

Apesar das inúmeras lutas das mulheres por seu reconhecimento como sujeitos de direitos e todas as conquistas já alcançadas, a igualdade de gênero ainda não é uma realidade. Mesmo que a Carta de 1988 estabeleça que todos são iguais perante a lei, na prática, essa pretensa igualdade é questionável, em especial no contexto brasileiro, onde vivemos em uma sociedade marcada por valores hierárquicos (KANT DE LIMA, 2000; TEIXEIRA MENDES, 2005) e patriarcais (GONZAGA; CARDOSO, 2018).

Em que pese as dificuldades enfrentadas pelas mulheres, é possível perceber os avanços conquistados pelos movimentos feministas. Internacionalmente, destaca-se a Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, em 1979, considerada um marco dos direitos humanos das mulheres no mundo, visando a busca pela materialização do tratamento igualitário e o combate às diversas formas de discriminação. (ONU, 1979).

Outro marco importante se deu no ano de 1995, com a 4ª Conferência Mundial da Mulher, em que se discutiu a afirmação dos direitos sexuais femininos, encontrando barreiras ainda em aspectos conservadores de cunho cultural e religioso que subalternizam a mulher. (ONU, 1995).

Relevante também a 65ª Assembleia da Organização das Nações Unidas, que, em julho de 2010, estabeleceu as chamadas Regras de Bangkok - Regras das Nações Unidas Para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade Para Mulheres Infratoras (ONU, 2010) -, ampliando o debate sobre o tratamento conferido às mulheres encarceradas. Assim, foram definidos princípios para uma organização prisional que permita o reconhecimento das peculiaridades de gênero e, com o intuito de aplicar medidas adequadas:

[...] *Incentiva* os Estados-membros a adotar legislação para estabelecer alternativas à prisão e a priorizar o financiamento de tais sistemas, assim como o desenvolvimento dos mecanismos necessários para sua implementação; *Incentiva* os Estados-membros que elaboraram leis, procedimentos, políticas e práticas para mulheres em prisões ou alternativas ao cárcere para mulheres infratoras a tornarem disponíveis essas informações a outros Estados-membros e organizações internacionais, regionais e intergovernamentais, além de organizações não-governamentais, e ajudá-los a desenvolver e implementar a capacitação ou outras atividades relacionadas a tais leis, procedimentos, políticas e práticas; *Convida* os Estados-membros a considerarem as necessidades e realidades específicas das mulheres presas ao desenvolver leis, procedimentos, políticas e planos de ação relevantes e que reflitam, oportunamente, as Regras de Bangkok; *Também convida* os Estados-membros a reunir, manter, analisar e publicar, oportunamente, dados específicos sobre mulheres presas e infratoras; *Enfatiza* que ao sentenciar ou decidir medidas cautelares a mulheres grávidas ou pessoa que seja fonte primária ou única de cuidado de uma criança, medidas não privativas de liberdade devem ser preferíveis quando possível e apropriado, e considerar impor penas privativas de liberdade a casos de crimes graves ou violentos [...]. (ONU, 2010. Grifos no original).

Mesmo inserindo-se em um contexto de declarado estado de coisas inconstitucional¹ no que tange ao sistema carcerário, o Brasil ratificou as Regras de Bangkok, comprometendo-se a dar tratamento digno, especialmente, às mães e gestantes

¹ Nesse sentido, conferir o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347. 09 de setembro de 2015).

privadas de liberdade. Assim, em maio de 2011, foi publicada a Lei n. 12.403, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal (CPP) relativos à prisão processual, demais medidas cautelares, bem como à liberdade provisória. Especificamente no tocante à prisão domiciliar – objeto desta pesquisa -, “poderá” o juiz deferi-la à gestante a partir do 7º mês de gravidez ou quando esta for de risco e, ainda, a qualquer pessoa que seja imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 anos de idade ou com deficiência.² Tratou-se, portanto, de importante ganho para as mulheres e seus filhos, tendo em vista que os cárceres brasileiros não se apresentam em condições adequadas para atender às referidas necessidades, em especial diante da importância na manutenção dos laços familiares.³

Em março de 2016 entrou em vigor a Lei n. 13.257, que dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância, trazendo novas alterações ao artigo 318 do Código de Processo Penal. O referido dispositivo, reconhecendo a importância da prisão domiciliar, ampliou as possibilidades de concessão desse direito ao estabelecer que o juiz “poderá” substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando se tratar de gestante ou mulher com filho até 12 anos de idade incompletos. Assim, retirou a limitação anterior que restringia o benefício apenas a gestantes a partir do 7º mês de gravidez ou quando esta fosse de risco, bem como assegurou que as mães de crianças que se encontrem na fase de primeira infância possam permanecer com seus filhos, ficando recolhidas no lar e não mais no ambiente prisional.

No entanto, tal dispositivo gerou divergências jurisprudenciais, tendo em vista que sua redação deu ensejo a interpretações no sentido de que a substituição da prisão

² 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 a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

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

³ Nesse sentido, posicionou-se o ministro Gilmar Mendes: “Não obstante a gravidade do delito, a concessão da prisão domiciliar encontra amparo legal na proteção à maternidade e à infância, como também na dignidade da pessoa humana, porquanto prioriza-se o bem-estar do nascituro, principalmente em razão dos cuidados necessários com o seu nascimento e futura fase de amamentação, cruciais para seu desenvolvimento.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Habeas Corpus n. 131.760/SP. 02 de fevereiro de 2016).

preventiva pela domiciliar ficaria a critério do magistrado, diante da análise do caso concreto, não bastando o preenchimento dos requisitos previstos em lei.

Em decorrência de tal entendimento e verificando que magistrados de diversos tribunais brasileiros estavam negando tal direito a mulheres que se encontravam nessas condições, a Defensoria Pública da União - com assistência do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (CADHU) - impetrou Habeas Corpus (HC) coletivo n. 143.641/SP – perante o Supremo Tribunal Federal (STF) em favor de todas as mulheres submetidas à prisão cautelar que ostentassem a condição de gestantes, puérperas ou mães de crianças com até 12 anos de idade, de modo que:

a prisão preventiva, ao confinar mulheres grávidas em estabelecimentos prisionais precários, subtraindo-lhes o acesso a programas de saúde pré-natal, assistência regular na gestação e no pós-parto, e ainda privando as crianças de condições adequadas ao seu desenvolvimento, constitui tratamento desumano, cruel e degradante, que infringe os postulados constitucionais relacionados à individualização da pena, à vedação de penas cruéis e, ainda, ao respeito à integridade física e moral da presa. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Habeas Corpus n. 143.641/SP. 20 de fevereiro de 2018).

A impetração do HC foi justificada não só diante das precárias condições do sistema prisional para o exercício digno da maternidade, mas também diante dos inúmeros indeferimentos por parte dos tribunais pátrios, fundamentando-se especialmente na “gravidade do delito supostamente praticado pelas detidas e na necessidade de prova da referida inadequação do ambiente carcerário no caso concreto.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Habeas Corpus n. 143.641/SP. 20 de fevereiro de 2018). Além disso, sustentou-se que ainda que se entenda que a prisão domiciliar não é direito subjetivo das mulheres gestantes e mães, outros direitos vêm sendo desrespeitados pela falta de estrutura, não podendo ser penalizadas por uma omissão estatal. Diante disso, a melhor interpretação ao Art. 318 do CPP é que a palavra “poderá” deve ser lida como “deverá”, evitando-se que, na prática, a discricionariedade do magistrado seja utilizada de maneira a reforçar a cultura do encarceramento.

Em fevereiro de 2018, analisando os referidos fundamentos, a 2ª Turma do STF concedeu a ordem no referido Habeas Corpus coletivo, determinando 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, salvo nos casos de (I) crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, (II) crimes cometido em face de seus descendentes ou, ainda, (III) em situações excepcionalíssimas, que deverão ser

devidamente fundamentadas pelo magistrado à luz do caso concreto.⁴ E, ainda, destaca que o critério para apurar se a mulher atende aos requisitos da lei, “dever-se-á dar credibilidade à palavra da mãe, podendo o juiz, na dúvida, requisitar a elaboração de laudo social, devendo, no entanto, cumprir desde logo a presente determinação.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Habeas Corpus n. 143.641/SP. 20 de fevereiro de 2018).

Assim, determinou o cumprimento imediato da decisão, oficiando-se a todos os tribunais pátrios para a devida implementação da medida, sendo certo que “nada justifica manter a situação atual de privação a que estão sujeitas as mulheres presas e suas crianças, as quais, convém ressaltar, não perderam a cidadania, em razão da deplorável situação em que se encontram.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Habeas Corpus n. 143.641/SP. 20 de fevereiro de 2018).

Dando continuidade às políticas de atenção às mulheres em situação de cárcere e aos seus filhos, em dezembro de 2018, entrou em vigor a Lei n. 13.769, alterando novamente o CPP, inserindo os artigos 318-A e 318-B. De grande relevância a alteração trazida no primeiro dispositivo, visto que positivou o entendimento do STF no julgamento do *habeas corpus* coletivo. Assim, passou a determinar que a prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência “será” substituída pela domiciliar desde que não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça e que o delito não tenha sido praticado contra seu filho ou dependente.

É possível perceber que uma interpretação literal do artigo demonstra o afastamento da discricionariedade do juiz, que apenas não poderá conceder o benefício nas hipóteses expressamente previstas. Tais exceções repetem o entendimento que o Supremo Tribunal Federal havia exposto em seu julgado, no entanto, destaca-se que não foi encampada pelo legislador a terceira exceção, qual seja a possibilidade de ser negada a prisão domiciliar em situações excepcionalíssimas, a serem devidamente fundamentadas pelo juiz. Assim, verifica-se que referida alteração, a qual trouxe critérios objetivos tanto para a concessão como para a negativa do benefício, não foi capaz de

⁴ “Diante dessas soluções díspares, e para evitar tanto a arbitrariedade judicial quanto a sistemática supressão de direitos, típica de sistemas jurídicos que não dispõem de soluções coletivas para problemas estruturais, a melhor saída, a meu ver, no feito sob exame, consiste em conceder a ordem, estabelecendo parâmetros a serem observados, sem maiores dificuldades, pelos juízes, quando se depararem com a possibilidade de substituir a prisão preventiva pela domiciliar. [...] Quando a detida for tecnicamente reincidente, o juiz deverá proceder em atenção às circunstâncias do caso concreto, mas sempre tendo por norte os princípios e as regras acima enunciadas, observando, ademais, a diretriz de excepcionalidade da prisão.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Habeas Corpus n. 143.641/SP. 20 de fevereiro de 2018).

colocar fim aos entendimentos divergentes, gerando dúvidas se terá havido uma simples alteração legislativa ou se estamos diante de um silêncio eloquente.

3. O posicionamento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e a concretização da prisão domiciliar

Como visto anteriormente, a concessão da prisão domiciliar em substituição à preventiva revela as preocupações com o descompasso entre o encarceramento feminino e o exercício digno da maternidade, tendo levado a alterações legislativas, bem como à provocação do STF para conter o quadro de massiva violação a direitos fundamentais de gestantes, mães e crianças. Apesar da ampla concordância no que tange a tal cenário, notadamente diante de relatórios e pesquisas apresentadas, a temática ainda é objeto de inúmeras controvérsias em relação aos critérios para aplicação ou não da prisão domiciliar no caso concreto.

Diante da necessidade de limitação do objeto, o presente trabalho analisará tão somente as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a fim de explicitar e refletir sobre os implícitos contidos em tais julgados. Para tanto, utilizou-se o serviço de consulta de jurisprudência disponível no portal eletrônico do referido tribunal (www.tjrj.jus.br), adotando-se como termo de pesquisa as seguintes expressões: “prisão domiciliar”; “gestante”; “mãe”.

Foram selecionados apenas casos de mulheres que respondam por tráfico de drogas ou afins – como, por exemplo, associação ao tráfico -, diante da maior incidência no encarceramento feminino, além de não ser praticado com violência ou grave ameaça – requisito exigido pelo CPP para a concessão da prisão domiciliar.

No tocante ao limite temporal, a pesquisa se limitou às decisões proferidas no período entre abril de 2016 a abril de 2019, considerando o marco inicial diante entrada em vigor da Lei n. 13.257/2016 e o marco final por ser posterior à Lei n. 13.769/2018, compreendendo um lapso de 3 anos, o que se considera relevante para demonstrar o comportamento jurisprudencial.

Vale mencionar, ainda, que grande parte dos resultados encontrados dizem respeito a decisões proferidas no julgamento de Habeas Corpus, pois, apesar de não ter sido feita nenhuma restrição na pesquisa, trata-se do remédio constitucional aplicável aos casos de constrangimento ilegal à liberdade de locomoção. Além disso, destaca-se que a pesquisa possui natureza qualitativa, motivo pelo qual não haverá preocupação em

quantificar o número de decisões, destacando-se apenas aquelas que foram consideradas mais relevantes, de acordo com os critérios adotados na consulta jurisprudencial.

3.1. A valoração quanto à gravidade da conduta

Um dos aspectos que chamaram atenção na leitura dos julgados está relacionado com a valoração da conduta praticada pela autora do delito. Vale lembrar que a legislação expressamente só ressaltou a possibilidade de concessão da prisão domiciliar quando o crime foi praticado com violência ou grave ameaça ou, ainda, em face do filho ou dependente. Assim, de acordo com a lei, há critérios objetivos no tocante à análise valorativa da gravidade do delito para fins de negativa do benefício.

No entanto, analisando os julgados, foi possível perceber a falta de parâmetros nesse sentido, visto que, em alguns casos, o tribunal reconheceu a gravidade do delito e, até mesmo, a periculosidade da agente, porém, concedeu a prisão domiciliar por entender que tais fatores não seriam impeditivos previstos na lei. Nesse sentido, destaca-se o caso de uma mulher que foi presa junto com seu marido, visto que ambos guardavam no interior do apartamento mais de 30 quilos de maconha, porém, foi reconhecido seu direito ao benefício, tendo em vista ser mãe de criança de 5 anos de idade. Assim:

Outrossim, a periculosidade da Paciente e de seu marido, evidenciadas pelas circunstâncias concretas de sua captura, notadamente pela expressiva quantidade de droga que guardavam no apartamento do casal e no sótão - cujo acesso se dá em frente à sua porta, mais de 30 Kg de maconha, além dos materiais usualmente utilizados para sua endolação, demonstram a necessidade da sua custódia cautelar para interromper ou diminuir sua atuação como agente difusor da substância espúria, enquadrando-se, portanto, no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva. 3) Por outro lado, apesar da gravidade da conduta que lhe é atribuída, se comprovado nos autos que a paciente, de primariedade incontestada, é mãe de uma criança de 05 anos de idade, e se os crimes a ela imputados não foram cometidos mediante violência ou grave ameaça, ou mesmo contra o filho menor, ela se enquadra nos termos do que decidido pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº 143.641/SP. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 3ª Câmara Criminal. Habeas Corpus n. 0018356-77.2019.8.19.0000. 14 de maio de 2019).

No mesmo sentido, a 3ª Câmara Criminal manteve seu entendimento no caso de uma mulher que guardava em sua casa 1.950 gramas de maconha, sendo reconhecida sua periculosidade diante das circunstâncias de sua captura, porém fez jus à prisão domiciliar por estar grávida e ser mãe de uma criança de 5 anos, sendo estes os fatores preponderantes.⁵

⁵ “Outrossim, a periculosidade da Paciente, evidenciada pelas circunstâncias concretas de sua captura, notadamente pela expressiva quantidade de droga que guardava em casa (1.950g de maconha) [...] Por outro

Por outro lado, alguns meses antes, a 4ª Câmara Criminal, em caso semelhante, negou a possibilidade de concessão do benefício a uma mulher com quem haviam sido apreendidos 1.950 gramas de maconha e 198 gramas de cocaína por entender que a imensa quantidade do material tornaria a situação excepcionalmente grave, inserindo-se em uma das hipóteses que o STF no julgamento do Habeas Corpus coletivo permitiu o afastamento da prisão domiciliar. Note-se que tal apreensão se deu em volume muito menor do que o caso relatado acima, em que a mulher estava na posse de mais de 30 quilos de maconha.

A existência de alguma das circunstâncias previstas no artigo 318 do Código de Processo Penal constitui requisito mínimo e, mesmo que comprovada, não implica, de per si, a concessão da prisão domiciliar. [...] Mais uma vez é importante se mencionar a imensa quantidade e qualidade de material entorpecente apreendido em seu poder. Foram 198g (cento e noventa e oito gramas) de cocaína, e 1.950g (mil novecentos e cinquenta gramas) de maconha, e esta situação pode ser qualificada como excepcional para, também, fundamentar a manutenção do ergástulo, de acordo com o que decidiu nosso Pretório Excelso, nos autos do Habeas Corpus coletivo nº 143.641/SP. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 4ª Câmara Criminal. Habeas Corpus n. 0064404-31.2018.8.19.0000. 12 de dezembro de 2018).

Para além da inexistência de tal vedação na lei, tampouco de maneira específica na jurisprudência do STF, é possível perceber uma prática recorrente entre os tribunais brasileiros, qual seja a falta de consenso no tocante à aplicação da norma. Os órgãos mencionados integram o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no entanto, casos semelhantes recebem soluções distintas, com base em critérios subjetivos, que dependem tão somente da interpretação de cada magistrado, em verdadeira disputa pelo monopólio de “dizer o Direito” (BOURDIEU, 1989).

Dessa forma, ainda que formalmente a Constituição Federal de 1988 estabeleça que todos são iguais perante a lei, o que se verifica na prática é um cenário de verdadeira desigualdade e insegurança jurídica, causando óbices ao pleno exercício da cidadania. Caberá a autoridade judiciária decidir o destino de cada cidadão de acordo com seu livre convencimento, sem que haja necessidade de conferir uma previsibilidade mínima ao caso concreto. Assim, quando nos deparamos com a realidade brasileira, em que é comum

lado, apesar da gravidade da conduta que lhe é atribuída, se comprovado nos autos que a paciente, de primariedade incontestada, é mãe de uma criança de 05 anos de idade e está grávida, em gestação de 06 meses, e se o crime a ela imputado não foi cometido mediante violência ou grave ameaça, ou mesmo contra o filho menor, ela se enquadra nos termos do que decidido pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº 143.641/SP.” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 3ª Câmara Criminal. Habeas Corpus n. 0014926-20.2019.8.19.0000. 07 de maio de 2019).

encontrarmos decisões judiciais díspares e controversas entre si, percebemos que o discurso da igualdade jurídica não passa de mera construção retórica, que mantém a supremacia daqueles que detém o poder interpretativo sobre aqueles que estão a mercê da loteria judicial. (KANT DE LIMA, 2000).

3.2. Mãe, cuidado e risco: idealizações no exercício da maternidade

A possibilidade de concessão da prisão domiciliar apresenta ainda outros aspectos de grande relevância. Analisando os julgados, foi possível perceber que a redação do parágrafo único do artigo 318 acabou por fomentar as divergências doutrinárias e jurisprudenciais ao estabelecer que, para a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, o juiz exigirá prova idônea do preenchimento dos requisitos legais. Com isso, analisando os incisos IV e V, bastaria fazer prova, respectivamente, de que a mulher se encontra gestante – por meio de exames médicos – ou que é mãe de filho com idade inferior a 12 anos – através de certidão de nascimento da criança.

Em complementariedade, o inciso III do referido dispositivo estabelece, ainda, a possibilidade de concessão da prisão domiciliar quando o agente for imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 anos de idade ou com deficiência. Trata-se de hipótese mais ampla e genérica, a ser aplicada em casos diversos dos anteriores, notadamente quando a pessoa que necessita dos cuidados não for filho da suposta autora do delito, pois, caso contrário, se enquadrará no inciso V. Ocorre que tal redação gerou uma série de incongruências quando de sua aplicação aos casos concretos, visto em que alguns julgados condicionaram a concessão da prisão domiciliar à demonstração da imprescindibilidade da mãe para os cuidados de seu filho, enquanto outros, entenderam descabida tal exigência.

Dessa forma, no julgamento de uma mulher que foi flagrada com quantidade de drogas considerada excessiva, a 3ª Câmara Criminal, a despeito de reconhecer a gravidade da conduta, deferiu a prisão domiciliar, uma vez que a ré era mãe de uma menina de 1 ano de idade, sendo desnecessária qualquer discussão sobre a imprescindibilidade dos cuidados maternos, que são presumidos. Assim:

[...] acrescentando possuir filha menor de um ano de idade, sendo sua presença imprescindível à subsistência da menor, a qual se acha em fase de amamentação. Mérito que se resolve parcialmente em favor da Defesa. Paciente que, em tese, foi surpreendida na posse de expressiva quantidade de entorpecente (14.736 Kg de maconha - 21 tabletes prensados), enquanto trafegava em coletivo de trajeto

interestadual. [...] Hipótese que, no entanto, a despeito da aguda gravidade do fato criminoso, impõe observância das diretrizes estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal, [...] Advertência do STJ no sentido de ser "descabida a discussão acerca de necessidade dos cuidados maternos à criança, pois a condição é legalmente presumida, de acordo com precedentes". (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 3ª Câmara Criminal. Habeas Corpus n. 0009629-66.2018.8.19.0000. 27 de março de 2018. Grifos no original).⁶

Porém, de forma diversa, entendeu a 1ª Câmara Criminal no caso de uma mulher, mãe de duas crianças, que tentou entrar em uma unidade prisional com substância entorpecente, que não faria jus ao benefício da prisão domiciliar, pois não havia prova nos autos de que sua presença seria essencial aos filhos, que se encontravam sob os cuidados de sua irmã. Desse modo, de nada adiantou ser primária, de bons antecedentes e possuir residência fixa, visto que o posicionamento da Corte é no sentido da substitutividade da presença materna, sem nem ao menos conhecer de perto a realidade da família.

Paciente presa ao tentar entrar em um estabelecimento prisional para visitar a sua mãe, com 30g (trinta gramas) de cocaína escondido dentro de um bolo, encontrado na revista de sua bolsa, e mais R\$ 309,00 (trezentos e nove reais) em espécie, escondidos na barra da sua calça. [...] A conversão em prisão domiciliar não é automática, devendo ser analisadas as circunstâncias do crime praticado, a personalidade da presa, o atendimento ao superior interesse do menor, bem como a imprescindibilidade da genitora para com os cuidados dos seus filhos. No caso, em que pese ser a paciente primária, de bons antecedentes e de possuir residência fixa, inobstante a idade das crianças - nascidas em 02.04.2018 e 31.12.2014 -, verifica-se que as mesmas possuem apoio familiar da irmã da paciente, pelo que não se encontram desamparadas, não tendo a defesa comprovado a indispensabilidade da presença da genitora para cuidar de suas filhas. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 1ª Câmara Criminal. Habeas Corpus n. 0024191-80.2018.8.19.0000. 22 de maio de 2018.)⁷

Considerando, ainda, a necessidade de produção de provas acerca de elemento que não se encontra previsto em lei, importante mencionar o entendimento da 4ª Câmara Criminal no julgamento de uma mulher denunciada pelo crime de associação ao tráfico

⁶ No mesmo sentido, conferir também: BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 3ª Câmara Criminal. Habeas Corpus n. 0060536-45.2018.8.19.0000. 27 de novembro de 2018.

⁷ Da mesma maneira, é possível verificar tal entendimento em julgado semelhante, de modo que: “[...] A conversão em prisão domiciliar não é automática, devendo ser analisadas as circunstâncias do crime praticado, a personalidade da presa, o atendimento ao superior interesse do menor, bem como a imprescindibilidade da genitora para com os cuidados dos seus filhos. No caso, em que pese ser a paciente primária, de bons antecedentes e de possuir residência fixa, inobstante a idade das crianças - nascidas em 22.11.2016 e 17.12.2014 -, verifica-se que as mesmas possuem apoio familiar, pelo que não se encontram desamparadas, não tendo a defesa comprovado a indispensabilidade da presença da genitora para cuidar de seus filhos. De outra banda, conforme remansosa jurisprudência desta corte e dos tribunais superiores, as condições pessoais favoráveis da paciente, como a primariedade, os bons antecedentes, o desempenho de atividade lícita e residência fixa, não têm o condão, por si sós, de garantir a liberdade pretendida ou a substituição da prisão por outra medida cautelar, se a necessidade da prisão decorre das circunstâncias inerentes ao caso concreto, como na hipótese em tela.” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 1ª Câmara Criminal. Habeas Corpus n. 0021194-27.2018.8.19.0000. 19 de junho de 2018).

por, supostamente, avisar a traficantes da sua comunidade a movimentação de policiais, bem como de lhes fornecer alimentos em seus esconderijos. Mesmo tendo a mulher comprovado ser mãe de 3 filhos menores de 12 anos e determinado o STF no julgamento do HC coletivo que para apurar a situação de guardião de seus descendentes, deve-se dar credibilidade à palavra da genitora, a Corte entendeu que se faz necessário apresentar outras provas para comprovar a situação de dependência física, psíquica ou emocional existente entre ela e seu filho. Assim, a despeito de não exigir as formalidades da lei civil para comprovação da guarda:

deve ao menos existir entre mãe e filho vínculo afetivo, de onde decorreriam, como conseqüências lógicas, a necessidade imperiosa de bem tratar, dentro das possibilidades existentes, de sua saúde, segurança e educação. Apesar de juntar aos autos deste Remédio Heroico as certidões de nascimento comprobatórias de sua maternidade, e de alegar ser mãe, não entendo como se possa dar guarida à pretensão formulada pela paciente, por intermédio de sua defesa, com base, apenas, nesses elementos de convicção. Se é verdade que devemos admitir como verdadeiras suas declarações, devem estas ser instruídas com um mínimo de prova. Outrossim, ressalta-se que a existência de alguma das circunstâncias previstas no artigo 318 do Código de Processo Penal constitui requisito mínimo e, mesmo que comprovada, não implica, de per si, a concessão da prisão domiciliar. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 4ª Câmara Criminal. Habeas Corpus n. 0011465-74.2018.8.19.0000. 03 de abril de 2018).

Analisando tal decisão, dentre outras⁸, é possível perceber que, além de exigir comprovação de requisito que não está previsto na lei, tal prova pode ser vista como diabólica, uma vez que impossível ou excessivamente difícil de ser produzida. Primeiro, devido ao subjetivismo do chamado vínculo afetivo, que orbita no mundo dos sentimentos, não sendo algo palpável e, segundo, porque, notadamente em sede de Habeas Corpus, não se admite ampla dilação probatória, devendo as alegações ser demonstradas de plano por meio de prova documental, o que certamente não se faz viável nesse caso.

Outro ponto que também se destacou durante a análise dos julgados, está relacionado à valoração da figura materna da mulher e ao exercício da maternidade. Conforme explicado anteriormente, nem as alterações legislativas nem a decisão do STF no HC n. 143.641/SP admitem que os magistrados neguem a concessão do benefício ao valorar a autora do delito, uma vez que basta o enquadramento nos critérios objetivamente estabelecidos.

⁸ Conferir também BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 4ª Câmara Criminal. Habeas Corpus n. 0064404-31.2018.8.19.0000. 18 de dezembro de 2018.

Assim, em alguns julgados, reconheceu-se a necessidade de conferir tratamento igualitário às mulheres, bastando o preenchimento dos requisitos legais, tal como no caso de uma mulher que foi presa em flagrante delito por tentar entrar com drogas em determinada unidade prisional, mas que possuía filho nas condições estabelecidas pela lei, fazendo jus à prisão domiciliar, uma vez que a conduta praticada não lhe retira o caráter de mãe. Nesse sentido, conforme entendimento da 8ª Câmara Criminal:

[...] o fato de a presa ser flagrada levando substâncias entorpecentes para estabelecimento prisional não é óbice à concessão da prisão domiciliar e, em hipótese nenhuma, configura a situação de excepcionalidade a justificar a manutenção da custódia cautelar. Ademais, a concepção de que a mãe que trafica põe sua prole em risco e, por este motivo, não é digna da prisão domiciliar, não encontra amparo legal e é dissonante do ideal encampado quando da concessão do habeas corpus coletivo. Outrossim, não há razões para suspeitar que a mãe que trafica é indiferente ou irresponsável para o exercício da guarda dos filhos, nem para, por meio desta presunção, deixar de efetivar direitos garantidos na legislação nacional e supranacional. [...] não configura situação excepcionalíssima, apta a evitar a concessão da ordem no caso concreto, o fato de o flagrante ter sido realizado pela suposta prática de tráfico de entorpecentes na residência da presa, porque não é justo nem legítimo penalizar a presa e aos que dela dependem por eventual deficiência na capacidade de fiscalização das forças de segurança. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 8ª Câmara Criminal. Habeas Corpus n. 041143-03.2019.8.19.0000. 14 de agosto de 2019).

Por outro lado, a 7ª Câmara Criminal indeferiu o pedido de prisão domiciliar a uma mulher mãe de um bebê, logo, ainda em período de amamentação, pelo simples fato de que nem mesmo a sua condição materna a impediu de praticar o crime: “[...] apesar da tenra idade da criança de apenas 08 (oito) meses de idade, sendo certo que a condição de mãe não a impediu de se aliar aos corréus para supostamente praticarem os crimes pelos quais restaram denunciados.” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 7ª Câmara Criminal. Habeas Corpus n. 0060185-38.2019.8.19.0000.22 de outubro de 2019).

No mesmo sentido, entendeu a 4ª Câmara Criminal ao determinar que “Paciente presa em flagrante na posse de 265,30 gramas de cocaína, não faz jus a prisão domiciliar, já que traficava em sua própria casa, expondo seus filhos a todas as mazelas decorrentes do delito a que foi condenada.” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 4ª Câmara Criminal. Habeas Corpus n. 0008096-72.2018.8.19.0000. 06 de março de 2018).⁹ Note-se que nem mesmo se levou em consideração o fato de que estar traficando em casa pode significar que aquela mulher, mesmo diante da prática delituosa, preferiu manter-se

⁹ Da mesma forma, considerando a impossibilidade de deferimento da prisão domiciliar por ter sido o delito praticado na casa onde a mulher morava com suas filhas, conferir: BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 1ª Câmara Criminal. Habeas Corpus n. 0060335-53.2018.8.19.0000. 27 de novembro de 2018.

perto de seus filhos do que deixá-los sozinhos, especialmente, se considerarmos que muitas vezes é mãe solteira e única provedora do lar.

Nesse aspecto, vale mencionar também o entendimento da 7ª Câmara Criminal no caso de uma mulher presa por tráfico de drogas ao ser encontrada com cerca de 340g da cocaína e 6,5g de maconha, quantidade que se entendeu excessiva, tornando grave a sua conduta. Assim, a referida Corte considerou que a prisão domiciliar deveria ser negada, pois apesar de ser mãe de criança ainda na fase da primeira infância, seria necessário analisar a aptidão da mulher para o exercício da maternidade, tendo em vista que ao não se enquadrar na concepção idealizada dos julgadores acerca da figura materna, poderia acarretar risco ao seu filho.

A bem da verdade o benefício ora em análise não se caracteriza como mero direito subjetivo da ré, devendo ser avaliado de acordo com as características do caso concreto, sempre objetivando a melhor e maior proteção ao menor. Nesse ponto, tem-se que não se trata de negar a criança seu direito de ser criado e educado no seio de sua família, mas sim sopesar, pela gravidade em concreto do caso, as aptidões da genitora para, de fato, promover tal direito. Aplicar esse benefício de forma automática e indiscriminada, é, de forma oblíqua, colocar em risco a própria proteção da criança e estimular ainda mais a participação da mulher na faceta criminosa. In casu, consoante se extrai do decisum ora objurgado, a paciente foi flagrada na companhia de uma adolescente de posse de significativa quantidade de drogas (cerca de 340g da cocaína e 6,5g de maconha). [...] Nesse ponto, sem se imiscuir no mérito do feito, não se pode deixar de destacar a gravidade da conduta perpetrada pela ora paciente, de forma que colocá-la, no presente momento, diante dos parcos elementos que estão sendo apresentados no presente mandamus, acautelada no mesmo ambiente da prole, pode trazer para esta risco maior à sua própria integridade. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 7ª Câmara Criminal. Habeas Corpus n. 0040744-08.2018.8.19.0000. 28 de agosto de 2018).

A análise da jurisprudência apresentada nos permite perceber que a cultura hegemônica patriarcal que estigmatiza a mulher (LEMGRUBER, 1999), ainda presente na sociedade brasileira, encontra reflexos no interior do sistema de justiça criminal. Mesmo havendo toda uma luta para resguardar os direitos das mulheres e o interesse de seus filhos, mesmo havendo critérios objetivos previstos na lei, os julgados demonstram a pensamentos pautados em uma construção idealizada da figura da mulher, que deve ser aquela preocupada com o cuidado familiar, sendo sancionada em múltiplas dimensões quando se envolve na prática de delitos. Ainda que ocupe posição subalterna no mundo do crime, a mulher sofre com a carga moral que lhe é imposta quando quebra as expectativas relacionadas ao gênero, notadamente ao descumprir seu papel de mãe. As decisões que indeferiram a concessão da prisão domiciliar e seus fundamentos deixam evidente o caráter androcêntrico (CAMPOS; CARVALHO, 2011), do Direito Penal e do

Judiciário ao negar às mulheres proteção e direitos que lhes são formalmente assegurados, contribuindo por perpetuar uma cultura misógina e sexista.

Conclusão

Não há que se negar o esforço empreendido por nossas instâncias judiciárias superiores na regulação e clarificação acerca da devida interpretação e aplicação da pena de prisão domiciliar para as mulheres enquadradas nos termos dos artigos 318, 318-A e 318-B do código de processo penal. Contudo, impossível não se observar a insistência das instâncias inferiores na relativização da norma processual acerca de conteúdo já explorado e revisitado por nossa instância judicial máxima, insistência tal que assombra a quem se debruça sobre o tema e que pune duplamente as mulheres mães preventiva e provisoriamente presas, que sentem em suas rotinas, as mazelas de um sistema criminal soterrado de estereótipos e sob o olhar machista.

Na sociedade patriarcal brasileira, que associa o crime - especialmente o tráfico de drogas e afins - à figura masculina, a mulher, ao tornar-se criminosa, se expõe não somente ao julgo social, mas ao julgo preconceituoso que o próprio judiciário encampa em suas decisões sobre a relativização da capacidade materna da mulher criminosa e as condições da prática do crime que lhe é imputado, justificando uma excepcionalidade que em nada se relaciona com o que versa o parágrafo único do artigo 318 do código de processo penal. Dessa forma, impõe sobre ela “sobrepêna” concreta e simbólica, como se a própria condição de ser mulher, fosse uma chaga que validasse a manutenção da discricionariedade do juiz em conteúdo já opostamente vencido.

A mudança do verbo “poderá” para “será”, não fora suficiente para que as dúvidas acerca do deferimento ou não dos pedidos de cumprimento em prisão domiciliar por mulheres mães fossem sanadas. Não surpreende, posto que o judiciário é, por natureza, também reflexo da sociedade que atua fomentando a direção das interpretações de nossos dispositivos legais, o que acaba por se contaminar pelas reiteradas violências que a mulher historicamente enfrentou e enfrenta, na busca da obtenção do cumprimento da isonomia de direitos, na visibilidade de suas demandas e na igualdade de tratamento.

A afronta à proteção dos direitos humanos da mulher e mãe presa, adquire aparência legítima ao se justificar o afastamento de seu(sua) filho(a) por culpa única e exclusiva da mãe que cometera o crime, eximindo do judiciário a responsabilidade pela privação ilegítima e ilegal de uma relação fundamental entre ambos – mãe e filho - e protegida por decisão oriunda e esmiuçada pela mais alta corte brasileira, o Superior Tribunal Federal.

Como proferiu oralmente em seu voto, o Relator do HC coletivo 143641/SP, ilustríssimo Ministro Ricardo Lewandowski:

Nós estamos transferindo a pena da mãe para a criança inocente. Me lembra a sentença de Tiradentes. Não só ele foi enforcado, esquartejado, mas as penas também passaram aos seus descendentes. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Habeas Corpus n. 143.641/SP. 20 de fevereiro de 2018).

Não raras as vezes, os reflexos são o abalo marcante da estrutura familiar e do futuro da criança, imputando à prole, extensão punitiva reconhecidamente ilegal.

O encarceramento feminino empreende uma escala de crescimento relevante, tornando-se tema de políticas nacionais e internacionais de proteção à mulher em situação de cárcere. O Brasil mantém acordos internacionais com organizações fundamentais no combate aos abusos contra a mulher encarcerada, tendo o judiciário o papel de guardião da segurança jurídica, obrigando-se, de modo inexcusável, o cumprimento de todas as garantias que o ordenamento jurídico nos apresenta, tornando-se, assim, o fim para o machismo estrutural e não o início do mesmo.

Referências

ALARID, Leanne F. et al. Do women play a primary or a secondary role in felony offenses? In: ALARID, Leanne; CROMWELL, Paul. *In her own words: women offender's views on crime and victimization*. Los Angeles: Roxbury, 2006.

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.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes; ANGOTTI, Bruna. *Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão*. Brasília: Ministério da Justiça e da Segurança Pública, 2015.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN Mulheres*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça e da Segurança Pública, 2018.

_____. Código de Processo Penal. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.

_____. Lei n. 12.403 de 04 de maio de 2011.

_____. Lei n. 13.257 de 08 de março de 2016.

_____. Lei n. 13.769 de 19 de dezembro de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. 09 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 20 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. *Habeas Corpus n. 131.760/SP*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 02 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4893527>>. Acesso em: 20 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). 2ª Turma. *Habeas Corpus n. 143.641/SP*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. 20 de fevereiro de 2018. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 3ª Câmara Criminal. *Habeas Corpus n. 0018356-77.2019.8.19.0000*. Relator: Desemb. Suimei Meira Cavalieri. 14 de maio de 2019. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00049902575762EED7952CD1CDB3FA986FC7C50A2360550C>>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 3ª Câmara Criminal. *Habeas Corpus n. 0014926-20.2019.8.19.0000*. Relator: Desemb. Suimei Meira Cavalieri. 07 de maio de 2019. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00046681A016D58BA681B85BC3896252F0CCC50A2024590C>>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 4ª Câmara Criminal. *Habeas Corpus n. 0064404-31.2018.8.19.0000*. Relator: Desemb. Antonio Eduardo Ferreira Duarte. 12 de dezembro de 2018. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=1&Version=1.1.5.0>>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 3ª Câmara Criminal. *Habeas Corpus n. 0009629-66.2018.8.19.0000*. Relator: Desemb. Carlos Eduardo Freire Roboredo. 27 de março de 2018. Disponível em:

<<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.5.0>>.
Acesso em: 10 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 3ª Câmara Criminal. *Habeas Corpus n. 0060536-45.2018.8.19.0000*. Relator: Desemb. Carlos Eduardo Freire Roboredo. 27 de novembro de 2018. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=1&Version=1.1.5.0>>.
Acesso em: 10 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 1ª Câmara Criminal. *Habeas Corpus n. 0024191-80.2018.8.19.0000*. Relator: Desemb. Luiz Zveiter. 22 de maio de 2018. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.5.0>>.
Acesso em: 10 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 1ª Câmara Criminal. *Habeas Corpus n. 0021194-27.2018.8.19.0000*. Relator: Desemb. Luiz Zveiter. 19 de junho de 2018. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=1&Version=1.1.5.0>> .
Acesso em: 10 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 4ª Câmara Criminal. *Habeas Corpus n. 0011465-74.2018.8.19.0000*. Relator: Desemb. Antonio Eduardo Ferreira Duarte. 03 de abril de 2018. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.5.0>>.
Acesso em: 10 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 4ª Câmara Criminal. *Habeas Corpus n. 0064404-31.2018.8.19.0000*. Relator: Desemb. Antonio Eduardo Ferreira Duarte. 18 de dezembro de 2018. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=1&Version=1.1.5.0>>.
Acesso em: 10 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 8ª Câmara Criminal. *Habeas Corpus n. 0041143-03.2019.8.19.0000*. Relator: Desemb. Adriana Lopes Moutinho. 14 de agosto de 2019. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=1&Version=1.1.5.0>>.
Acesso em: 10 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 7ª Câmara Criminal. *Habeas Corpus n. 0060185-38.2019.8.19.0000*. Relator: Desemb. Sidney Rosa Da Silva. 22 de outubro de 2019. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=1&Version=1.1.5.0>>.
Acesso em: 10 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 4ª Câmara Criminal. *Habeas Corpus n. 0008096-72.2018.8.19.0000*. Relator: Desemb. Gizelda Leitão Teixeira. 06 de março de 2018. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.5.0>>.
Acesso em: 10 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 1ª Câmara Criminal. *Habeas Corpus n. 0060335-53.2018.8.19.0000*. Relator: Desemb. Maria Sandra Rocha Kayat Direito. 27 de novembro de 2018. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=1&Version=1.1.5.0>>.
Acesso em: 10 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 7ª Câmara Criminal. *Habeas Corpus n. 0040744-08.2018.8.19.0000*. Relator: Desemb. Maria Angélica Guimarães Guerra Guedes. 28 de agosto de 2018. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.5.0>>.
Acesso em: 10 out. 2019.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org). Lei Maria

da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 143-152.

GONZAGA, Maria Simone; CARDOSO, Fernando da Silva. Maternidade, cárcere e vivência de direitos reprodutivos na colônia penal feminina de Buíque/PE. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, vol. 5, n. 1, mar 2018.

KANT DE LIMA, Roberto. Carnavais, malandros e heróis: o dilema brasileiro do espaço público. In: GOMES, Laura Graziela; BARBOSA, Livia; DRUMOND, José Augusto. *O Brasil não é para principiantes: carnavais, malandros e heróis 20 anos depois*. Rio de Janeiro: FGV, 2000.

LEAL, Maria do Carmo; SANCHEZ, Alexandra Roma. (coord.) *Relatório do projeto de pesquisa Saúde Materno-Infantil nas Prisões do Brasil*. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca/Fundação Oswaldo Cruz, 2014.

LEMGRUBER, Julita. *Cemitério dos vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres*. 2.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LEMOS, Carolina Barreto. Violência no cárcere: A agressão moral em estabelecimentos prisionais do Distrito Federal. *DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social – Vol. 10 – no 2 – MAI-AGO 2017 – pp. 353-377*.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher*. México, 1979.

_____. *Conferência Mundial sobre a Mulher: Igualdade, Desenvolvimento e Paz*. Pequim, 1995.

_____. *Regras Mínimas para o Tratamento das Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres que Cometem Crimes (Regras de Bangkok)*. Bangkok, 2010.

SOARES, Bárbara M.; ILGENFRITZ, Iara. *Prisioneiras: vida e violência atrás das grades*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

STELLA, Claudia. Filhos de mulheres presas: o papel materno na socialização dos indivíduos. *Estudos e Pesquisas em Psicologia*, Rio de Janeiro, ano 9, n. 2, p. 292-306, 2009.

TEIXEIRA MENDES, Regina Lúcia. Princípio da igualdade jurídica à brasileira: cidadania como instituto jurídico no Brasil. In: KANT DE LIMA, Roberto; MISSE, Michel. (coord.) *Ensaios sobre a igualdade jurídica*. Acesso à justiça criminal e direitos de cidadania no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.