

# O HC Nº 143641/STF E A PRISÃO DOMICILIAR DE MÃES NO RIO GRANDE DO SUL

Dani Rudnicki<sup>1</sup>

Joana Coelho da Silva<sup>2</sup>

Matheus Oliveira Veeck<sup>3</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo analisar a aplicação do direito à substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar para mães, em casos apreciados após o julgamento do HC nº 143641 pelo Supremo Tribunal Federal, em 20 de fevereiro de 2018. A partir de uma metodologia empírica qualitativa, busca-se compreender a efetividade do direito disposto no artigo 318, incisos IV e V, do Código de Processo Penal, nos casos em que envolvem, especificamente, mães e gestantes. Após análise de 26 julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, foi possível determinar que o benefício não é concedido, mesmo sendo essa a determinação do STF.

**Palavras-Chave:** Presas mães. Prisão preventiva. Prisão domiciliar. Seletividade. Direitos Humanos.

## HC 143641/STF AND THE HOUSE ARREST OF MOTHERS IN RIO GRANDE DO SUL

---

<sup>1</sup> Professor do PPG Direito da Universidade La Salle, Canoas/RS, Brasil; Bacharel em Direito, UFRGS, Porto Alegre/RS, Brasil; Mestre em Direito, Unisinos, São Leopoldo/RS, Brasil; Doutor em Sociologia, UFRGS, Porto Alegre/RS, Brasil.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito, Centro Universitário Ritter dos Reis, Porto Alegre/RS, Brasil; Mestre em direito, Centro Universitário Ritter dos Reis, Porto Alegre/RS, Brasil.

<sup>3</sup> Advogado Criminalista; Bacharel em Direito, Centro Universitário Ritter dos Reis, Porto Alegre/RS, Brasil; Especialista em Direito Penal e Processo Penal com ênfase na segurança pública, Centro Universitário Ritter dos Reis, Porto Alegre/RS, Brasil.

**Abstract:** The purpose of this article is to analyze the application of the right to substitution of pre-trial detention by house arrest for mothers, in cases assessed after the judgment of HC No. 143641 by the Federal Supreme Court, on February 20, 2018. From a qualitative empirical methodology, we seek to understand the effectiveness of the law provided for in article 318, clauses IV and V of the Code of Criminal Procedure, in cases where they specifically involve mothers and pregnant women. After analysis of 26 judges of the Court of Rio Grande do Sul, it was possible to determine that the benefit is not granted, even if this is the determination of the Supreme Court.

**Keywords:** Mothers inmates. Pre-trial detention. Home prison. Selectivity. Human rights.

## 1. INTRODUÇÃO



presente artigo objetiva analisar acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) que discutem a aplicação da substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar para mães e gestantes. Ele tem como objetivo compreender a efetividade do direito disposto no artigo 318, incisos IV e V, do Código de Processo Penal, após o julgamento do HC nº 143641 pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Este dispositivo legal, datado de 2016, era ignorado até ser utilizado pela ex-primeira dama do Estado do Rio de Janeiro, Adriana Ancelmo, cuja prisão preventiva foi substituída por prisão domiciliar em 2017. Na sequência, o Coletivo de Advogados em Direitos Humanos, impetra pedido de habeas corpus coletivo, concedido por maioria de votos pela Segunda Turma do

Supremo Tribunal Federal (STF), em 20 de fevereiro de 2018<sup>4</sup>.

Neste mesmo ano, dados publicados pelo Infopen Mulheres<sup>5</sup> reforçam a necessidade de discussão a respeito do tema, pois indicam que 45% das mulheres privadas de liberdade estão presas preventivamente e somente 7% dos estabelecimentos penais são destinados exclusivamente às mulheres (17% são mistos). Esses números demonstram a inadequação física do sistema carcerário brasileiro para a acomodação de mães e gestantes, sem adentrar nas questões relacionadas à saúde pública e violações de direitos humanos, também indicadas como fatores relevantes para a determinação do Supremo Tribunal Federal.

A condição insalubre e precária das instituições penitenciárias brasileiras não é novidade, é problema presente desde a época do Império. Em 1830, no Rio de Janeiro, relatórios mencionavam problemas ainda caracterizadores do sistema penitenciário: superlotação, casas sujas, precárias, em condições deficientes e insalubres<sup>6</sup>. A situação atual do sistema, certamente, é reflexo do descaso que sempre existiu com o apenado e a presa.

Assim, busca-se perceber, nas decisões do TJRS, como os magistrados gaúchos analisam a questão. Os acórdãos utilizados na pesquisa versam sobre pedidos de prisão domiciliar para presas provisórias mães com filhos de até 12 anos. Tratam-se de julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decididos no período entre 20 de fevereiro de 2018 (data de julgamento do HC 143641) e 23 de novembro de 2018 (data em que se inicia o desenvolvimento do presente artigo).

---

<sup>4</sup>Supremo Tribunal Federal, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>, acesso em 05/04/2019.

<sup>5</sup> Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Infopen Mulheres, 2ª Edição. 2018.

<sup>6</sup> SANTOS, I. P.; SANTOS, J. H. P.. História do Direito. In: WOLKMER, Antonio Carlos; FONSECA, Ricardo Marcelo; SIQUEIRA, Gustavo Silveira. (Org.). Prisões: um aporte sobre a origem do encarceramento feminino no Brasil. 1ªed. Florianópolis: Conpedi, 2014, v. 1, p. 387-401. Também HOLLOWAY, Thomas H. *Polícia no Rio de Janeiro: repressão e resistência numa cidade do século XIX*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas: 1977. 344 p.

As decisões foram selecionadas através da ferramenta de busca de jurisprudência do site do Tribunal. Para filtrá-las, foram utilizadas as seguintes expressões: “prisão preventiva”, “prisão domiciliar” e “HC 143641”. Nesse recorte temporal e de expressões foram encontrados 30 acórdãos. Destes, quatro foram excluídos, pois não relacionados ao tema proposto; consideram-se, portanto, 26. Destes, nenhum envolve presa gestante, todos se referem a pedidos de mães de crianças menores de 12 anos.

Dos 26 acórdãos, 18 mencionavam o delito de tráfico de drogas. Assim, o artigo focou em realizar análise específica e aprofundada dos acórdãos envolvendo mulheres presas por este fato.

Ressalta-se desde já que, dentre os acórdãos considerados, em nenhum foi concedido o benefício da substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar (ou outra medida cautelar diversa da prisão). Deste modo, não se visualiza, no TJRS, a aplicação da substituição da prisão preventiva pela domiciliar. E, como todos tratam de presas pobres (o que se verifica pelo tipo de crime praticado, pela (pequena) quantidade de droga apreendida e por utilizar a própria residência como local da prática delituosa), pessoas comuns (e não “famosas”, como uma ex-primeira dama), firma-se a percepção de uma aplicação seletiva do direito penal pelo sistema judicial.

A ideia de seletividade do direito e do sistema penal está consolidada e merece sempre ser considerada nos estudos. SUTHERLAND (1949, p.25) explica que as “classes superiores são politicamente importantes e proíbem atos danosos das classes menos privilegiadas, mas as leis se definem e executam de tal maneira que os atos danosos e sutis das classes superiores não caem dentro do seu âmbito”. Essa ideia de seletividade refere que o sistema se volta a punir os mais fracos. FRANCE (1923, p.117), há muito, na França, denunciava o processo legislativo: “Outro motivo de orgulho, ser cidadão! Isto significa, para os

pobres, sustentar e conservar os ricos em sua opulência e ociosidade. Eles devem trabalhar perante a igualdade das leis, que proíbem tanto ao rico quanto ao pobre de dormir sob as pontes, de mendigar nas ruas e de roubar pão.”

Mas a seletividade expande-se para a atuação do poder judiciário, na qual, por diversas razões e com uso de vários mecanismos, torna-se mais comum a condenação de um pobre do que um rico<sup>7</sup>.

Há um flagrante desrespeito, pois, aos direitos humanos. Gravíssimo, eis que referente ao uso seletivo do poder punitivo estatal. “No plano jurídico é óbvio que esta seleção lesiona o princípio da igualdade, desconsiderado não apenas perante a lei, mas também na lei. O princípio constitucional da isonomia (art. 5º CR) é violável não apenas quando a lei distingue pessoas, mas também quando a autoridade pública promove uma aplicação distintiva (arbitrária) dela.” (ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA, SLOKAR, 2003, p. 43).

Para elaboração da presente pesquisa, utiliza-se metodologia empírica qualitativa, através de pesquisas jurisprudencial, legislativa, documental e bibliográfica. No que tange à empiria, vale-se da lição de EPSTEIN e GARY (2013, p. 11):

Os dados podem ser precisos ou vagos, relativamente certos ou muito incertos, diretamente observados ou conseguidos indiretamente; podem ser antropológicos, interpretativos, sociológicos, econômicos, jurídicos, políticos, biológicos, físicos ou naturais. Desde que os fatos estejam de alguma maneira relacionados ao mundo, eles são dados, e, contanto que a pesquisa envolva dados que são observados ou desejados, ela é empírica.

---

<sup>7</sup> Entre vários artigos: Seletividade penal: crimes de furto e crimes contra a ordem tributária no Brasil contemporâneo. Rudnicki, Goranov e Gonzalez, 2018; Contribuições feministas para os estudos acerca do aprisionamento de mulheres. Carvalho, Daniela Tiffany Prado de; Mayorga, Claudia. Revista Estudos Feministas Abr 2017, Volume 25 Nº 1 Páginas 99 - 116; Fraternidade como Alternativa à Seletividade do Direito Penal Fernandes. Sérgio Ricardo Aquino; Pellenz, Mayara; Bastiani, Ana Cristina Bacega de. Sequência (Florianópolis), Mai 2017, Nº 76 Páginas 155 - 182;

Acima já se procedeu à apresentação sobre a seleção da mostra. Cabe ressaltar que devido ao tamanho e proposta de análise, essa pesquisa limita-se ao modo qualitativo. O que não permite generalizações, mas propicia conhecer com profundidade os casos e interpretar com acuidade os dados coletados.

Logo, o presente artigo se justifica pela possibilidade jurídica de substituição da prisão preventiva pela domiciliar para mães e gestantes estar prevista no Código de Processo Penal e ter tido ampla repercussão após o julgamento no STF. Importa ressaltar que houve consolidação, nesse Tribunal, do entendimento de que a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar para mães e gestantes deve ser a regra e a negativa deve ocorrer apenas em situações excepcionalíssimas, com ampla fundamentação.

Para tanto, apresenta-se um panorama da legislação nacional e internacional no que tange ao direito de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar. Em seguida, discute-se as decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

## 2. DIREITO À PRISÃO DOMICILIAR

A legislação brasileira prevê o direito a prisão domiciliar como forma de substituição à prisão preventiva para mães e gestantes. A opção de substituição foi trazida pela Lei nº 12.403, de 2011, que introduziu o artigo 318 ao Código de Processo Penal, possibilitando a substituição para “gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco”.

Em 2016, entrou em vigor o Estatuto da Primeira Infância (Lei nº 13.257 de 2016), que alterou o texto do artigo 318 do CPP. Com as mudanças apresentadas pela referida lei, as hipóteses de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar foram ampliadas, recebendo nova redação e passando a abranger “gestante” e “mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos”.

Verifica-se que a Lei nº 13.257/2016, no inciso IV, retirou o requisito da necessidade de gestação a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou que esta seja de alto risco, limitando-se ao termo “gestante”, abrangendo, desta forma, o direito a prisão domiciliar a toda mulher gestante. Ainda inovou a lei ao acrescentar, ao artigo 318 do CPP, o inciso V, que engloba qualquer mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

A ampliação e alteração do rol de cabimento da substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar trouxe uma proteção de caráter humanitário para mulheres e crianças, plenamente justificável pelas atuais condições carcerárias. Para a aplicação da substituição da prisão, via de regra, bastaria a comprovação, de modo idôneo, da situação descrita nos incisos do artigo 318 do CCP, exame de gravidez e/ou certidão de nascimento, (LOPES JR., 2018, p.672).

Ocorre que, ainda que haja amparo legal, a concessão da substituição da prisão preventiva é bem incomum. A jurisprudência demonstra a não aplicação do direito expresso no artigo 318 do Código de Processo Penal. Na maioria dos casos, em decorrência de interpretações subjetivas dos julgadores, demonstrando a seletividade do sistema de justiça criminal, como se verificará.

Tendo em vista a inaplicabilidade da possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar, principalmente para público convencional do sistema carcerário brasileiro, quais sejam: mulheres pobres, negras e jovens, no dia oito de maio de 2017, foi impetrado *Habeas Corpus* coletivo<sup>8</sup> perante o Supremo Tribunal Federal. Esta medida buscava favorecer as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou

---

<sup>8</sup> Impetrado pelos integrantes do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (CADHu), a Defensoria Pública da União, bem como o defensor público-geral federal, tendo como *amici curiae* o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, a Pastoral Carcerária e o Instituto Terra Trabalho e Cidadania (ITTC), além dos defensores públicos-gerais de todos os estados brasileiros.

de mães com crianças de até 12 anos de idade; bem como as próprias crianças. Cabe transcrever trecho da introdução apresentada no *Habeas Corpus* que sintetiza a problemática<sup>9</sup>:

A determinação da prisão preventiva a estas mulheres, ou seja, a sua sujeição, antes de transitada em julgado uma condenação criminal, ao confinamento em estabelecimentos de privação de liberdade, por subtrair-lhes o acesso a programas de saúde pré-natais, a assistência regular ao parto e pós-parto, condições razoáveis de higiene e autocuidado e privar suas crianças de condições adequadas de desenvolvimento, constitui a to ilegal prática do de forma reiterada pelo Poder Judiciário brasileiro.

[...]

O impacto desproporcional ficou ainda mais evidente no episódio envolvendo a prisão preventiva de Adriana Ancelmo, ex-primeira dama do Estado do Rio de Janeiro. Sua prisão preventiva foi [...] logo substituída por prisão domiciliar pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região. O episódio, que poderia simplesmente indicar a correta aplicação da lei, expôs a enorme seletividade do sistema de justiça, que mantém as demais mulheres gestantes, puérperas ou mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade no encarceramento.

Como se pode observar na transcrição acima, além da precariedade das instalações prisionais, a impetração do *Habeas corpus* também se justificou em decorrência da seletividade das decisões que concedem e denegam os pedidos de substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Foi utilizado como exemplo de desproporcionalidade e seletividade, decisão do Tribunal Federal da 2ª Região, no qual a substituição foi aplicada de maneira eficaz, enquanto que, para outras mulheres, na mesma situação e condições, o benefício não é aplicado, permanecendo presas preventivamente no regime fechado.

Após tramitação do *Habeas Corpus* no Supremo Tribunal Federal, em 20 de fevereiro de 2018, a Segunda Turma, julgou e proferiu decisão acolhendo o *writ* e concedendo a ordem para determinar, em síntese:

---

<sup>9</sup> Petição inicial do HC n° 143641, disponível nos autos eletrônicos da referida ação autônoma.



[...] a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no artigo 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, nos termos do artigo 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas nesse 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 ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício. [...] <sup>10</sup>

Portanto, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal reforçou o direito à substituição da prisão preventiva para mães e gestantes (estabelecido na legislação). Foram ressaltados, ainda, como fundamentação na decisão, diversas afrontas aos direitos humanos das mulheres e crianças que estão sujeitas a um sistema penitenciário despreparado e degradante, “em especial privadas de cuidados médicos pré-natal e pós-parto, bem como se as crianças estão se ressentindo da falta de berçários e creches” <sup>11</sup>.

Em 19 de dezembro de 2018, foi sancionada a lei nº 13.769/18 que acrescentou os artigos 318-A e 318-B ao Código de Processo Penal:

Artigo 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que:

I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;

II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.

Artigo 318-B. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no artigo 319 deste Código.

---

<sup>10</sup> HC 143641, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 20/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-215 DIVULG 08-10-2018 PUBLIC 09-10-2018.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

Portanto, a legislação retirou o caráter optativo (*poderá o juiz substituir*) para a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, determinando sua aplicação de forma obrigatória (*será substituída*) desde que obedecidos os requisitos objetivos estabelecidos nos incisos I e II do artigo 318-A.

Ainda, as normas estabelecidas nas Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras, conhecidas por Regras de Bangkok (regras 48 a 52)<sup>12</sup>, disciplinam o cuidado especial e específico aos direitos das mulheres gestantes/mães e aos nascituros/filhos encarcerados, para que estes não sofram as consequências do sistema prisional brasileiro degradante.

Em âmbito constitucional, o artigo 227 da Constituição Federal, por sua vez, elenca os direitos das crianças e dos adolescentes, dentre eles estão os direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Ademais, o artigo 6º da Constituição Federal, prevê a proteção à maternidade e à infância enquanto direito social dos brasileiros. Ainda, a CF, no artigo 229, atribui especificamente aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores.

Contudo, a efetivação de todos os dispositivos constitucionais e internacionais citados são incompatíveis com a atual realidade do sistema carcerário brasileiro. Para ilustrar, verifica-se, em relação aos estabelecimentos prisionais, que apenas 55 unidades em todo o território brasileiro (16% do total) declaram apresentar cela ou dormitório para gestantes. Em relação à capacidade de oferecer espaço adequado para que a mulher privada de liberdade permaneça em contato com seus filhos e possa oferecer cuidados ao longo do período de amamentação (até os dois

---

<sup>12</sup> BRASIL. Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras. Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativa. 1. Ed – Brasília, 2016.

anos de idade do filho), apenas 14% das unidades prisionais (femininas e mistas) contam com berçário e/ou centro de referência materno-infantil. Por fim, o total de unidades femininas ou mistas que têm espaços de creche, destinados a receber crianças acima de 2 anos, somam o percentual de, tão somente, 3% das unidades prisionais.<sup>13</sup>

Ainda que haja previsão legal de assistência médica para a mulher presa, principalmente no pré-natal, no pós-parto e ao recém-nascido (artigo 14, § 3º, da LEP), bem como determinação de que as penitenciárias de mulheres sejam dotadas de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de seis meses e menores de sete anos (artigo 89, do LEP), a realidade é que a assistência médica é ineficaz. Poucas unidades prisionais possuem espaço adequado, tal situação foi exaustivamente evidenciada no julgamento do *Habeas Corpus* nº 143641 do STF.

Para ilustrar a ausência de assistência médica em unidades prisionais atuais, especificamente em relação à mulher gestante, cabe mencionar relato de uma apenada de uma penitenciária do Pará (QUEIROZ, 2015, p.107):

— Eu, por exemplo, estava grávida. Perdi meu filho faz dez dias, sangrei feito porco e ninguém fez nada, não vi um médico. Agora, tô aqui cheia de febres. Vai ver o corpinho tá apodrecendo dentro de mim.

Corroborando a situação acima o relatório realizado em 2017, pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania:

A violação dos direitos humanos no que diz respeito às gestantes, em muitos sentidos, se assemelha à situação das outras mulheres presas. Como dito anteriormente neste capítulo, o tratamento de saúde dentro da unidade não prima pelo cuidado e pela atenção. Pelo contrário. Estar grávida dentro da prisão significa inevitavelmente estar exposta a uma gravidez de risco. Seja pela estrutura prisional, seja pela precariedade do

---

<sup>13</sup> Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Infopen Mulheres, 2ª Edição.

a atendimento médico, a realidade violadora do cárcere se mantém.<sup>14</sup>

Os problemas do sistema prisional feminino foram amplamente enfrentados quando da análise do HC n° 143641 pelo STF. Foi possível observar que na realidade pouquíssimas penitenciárias possuem espaço e assistência médica adequada, em total desacordo com a legislação vigente.

Diante do quadro caótico do sistema carcerário feminino, justifica-se a possibilidade de substituição da prisão preventiva por domiciliar, devendo, conforme consignou o Supremo Tribunal Federal, para mulheres presas que estivessem gestantes, puérperas ou mães de crianças e/ou deficientes sob sua guarda ser a regra, e, conseqüentemente, a negativa à substituição prisional deveria ocorrer apenas em situações excepcionalíssimas, com ampla fundamentação judicial.

### 3. MÃES TRAFICANTES

Dos 26 acórdãos considerados na pesquisa, 18 referem-se a acusações por tráfico de drogas, corroborando o Levantamento de informações penitenciárias (junho/2016) que registrou estarem 62% das mulheres presas no Brasil pelo delito de tráfico de drogas. Ainda, segundo dados do INFOPEN<sup>15</sup>, 74% das mulheres privadas de liberdade possuem filhos. Com base nos percentuais apresentados, pode-se afirmar que as mulheres encarceradas, em sua maioria, são mães e presas pelo delito de tráfico de drogas.

Dito isso, observa-se que há nítida “relação entre a economia da droga e economia doméstica, o papel normalmente

---

<sup>14</sup> INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA (São Paulo). Mulheres em prisão: desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória de mulheres. 2017. Disponível em: <[http://itc.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio\\_final\\_online.pdf](http://itc.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio_final_online.pdf)>. Acesso em: 30 abr. 2017.

<sup>15</sup> Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Infopen Mulheres, 2ª Edição.

destinado à mulher permite que ela siga com os cuidados com a casa e com os filhos e filhas, e ao mesmo, tempo garanta seu sustento” (FRANKLIN, BRAGA, 2016, p. 324-348) e de seus filhos através do tráfico de entorpecentes. Foi possível visualizar essa situação em 11 (onze) dos casos analisados, no qual, em tese, o tráfico era realizado no próprio local em que mãe e filhos residiam.

Os desembargadores, nestes casos, utilizaram esse fato como justificativa para indeferir diversos pedidos de substituição da prisão preventiva pela domiciliar, por entenderem que essa forma não atenderia o interesse da criança, pois a mãe desenvolveria o tráfico na companhia dos mesmos. Nesse sentido a fundamentação do caso 01, no qual a acusada é primária e possui dois filhos, um de três e outro de oito anos.

[...] ressalva situações “excepcionalíssimas” como a presente, em que a paciente, presa em virtude de investigação apontando seu envolvimento no crime de tráfico de drogas, valia -sede sua residência para comercializar entorpecentes, inclusive, na presença dos filhos menores. Ora, as regras atinentes à colocação da genitora em prisão domiciliar destinam-se à proteção da prole. E, em casos como o presente, ao contrário, a adoção de tal providência não atenderia o interesse das crianças, a possibilidade de, na companhia dessas, a paciente continuar a desenvolver a atividade delituosa. (Habeas Corpus Nº 70079161568, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Redator: Honório Gonçalves da Silva Neto, Julgado em 07/11/2018)

No mesmo sentido o caso 02, com acusada igualmente primária, e filhos de três, cinco e oito anos:

[...] E, no caso dos autos, a paciente, além de ostentar condenação recorrível pela prática anterior de tráfico de drogas e associação para esse, restou presa em flagrante sob a imputação de exercer a narcotraficância em sua residência, com o que a prisão domiciliar não preservaria o melhor interesse da prole, não fazendo jus à prisão domiciliar. (Habeas Corpus Nº 70078829744, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Honório Gonçalves da Silva Neto, Julgado em 05/09/2018)

O indeferimento da substituição se justificou, em ambos os casos, especificamente, pelo fato de as acusadas realizarem atividades ilícitas no ambiente familiar. Foi destacado no primeiro caso: “valia-se de sua residência para comercializar entorpecentes, inclusive, na presença dos filhos menores”.

A argumentação apresentada é de cunho subjetivo e moralista, pois o fato da mãe supostamente traficar, não determina obrigatoriamente na exposição do filho ao delito, considerando que o tráfico de drogas pode ser praticado em paralelo aos cuidados maternos. Além disso, ser traficante não é sinônimo de ser “mãe ruim”.

As atividades e responsabilidades maternas não se perdem com o ato ilícito – que de resto é de mercancia. Pelo contrário, como já mencionado, muitas mães optam pelo tráfico de drogas justamente por ser um delito que não obstaculiza a maternidade efetiva.

Contudo, as interpretações realizadas pelos desembargadores são sempre no sentido de que a mãe expõe os filhos ao tráfico. Nunca, porém, apontam elementos concretos que evidencie tal afirmação. Essa questão fica nítida no caso 03, de outra acusada primária (com filhos de um e de três anos):

[...] E, no caso dos autos, a paciente restou presa em flagrante na posse de vultosa quantidade de droga especialmente nociva (200 gramas de crack), sob a imputação de exercer a narcotráfica em sua residência, onde, em cumprimento a mandado de busca judicialmente expedido, localizaram os agentes policiais dinheiro fracionado, materiais utilizados no fracionamento e na embalagem de entorpecentes e anotações referentes à mercancia, com o que a prisão domiciliar não preservaria o melhor interesse da prole, não fazendo jus a paciente à prisão domiciliar. (Habeas Corpus Nº 70079246492, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Honório Gonçalves da Silva Neto, Julgado em 03/10/2018)

Chama a atenção, no caso 03, a mãe ter sido presa em flagrante fora de sua residência, em frente aos Correios, e nenhuma droga foi apreendida na residência da mesma, ou seja,

não havia qualquer circunstância que contraindicasse a prisão domiciliar em benefício de seus filhos (de três e um anos). A análise deste caso é ainda mais subjetiva, pois, além de não terem sido apreendidas drogas na residência da ré, não foram especificados elementos que justifiquem as razões da prisão domiciliar da mãe ser desinteressante para os filhos.

No caso 04 (acusada primária, um filho de oito anos e outro de quatorze), a justificativa do indeferimento aconteceu pelo envolvimento do núcleo familiar direto (companheiro e irmão) da acusada, também estarem envolvido no delito imputado. Convém citar a fundamentação:

[...] E isso porque nem sempre a soltura da mulher ou a sua colocação em prisão domiciliar resulta na preservação do melhor interesse da criança, sendo o narcotráfico, em muitas vezes, exercido justamente no ambiente doméstico, situação em que os infantes são diretamente expostos aos riscos da atividade criminosa. E esta é justamente a hipótese examinada, pois o tráfico associado se desenvolve, a priori, num contexto familiar, plasmado nas relações de parentesco estabelecidas entre seus componentes. Chama a atenção, num dos diálogos transcritos, a estreita combinação de tarefas estabelecida entre a paciente e pessoas do seu núcleo familiar direto, sem que tenham sido excluídas do ambiente criminoso os menores que, paradoxalmente, são o alicerce para o pedido de liberdade. (...) (Habeas Corpus Nº 70079229415, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Relator: Honório Gonçalves da Silva Neto, Julgado em 03/10/2018)

Neste caso, cabe salientar que sequer foi demonstrada a alegada exposição dos menores ao ambiente criminoso, pois, segundo consta no acórdão, a acusada foi denunciada pela prática de associação para o tráfico, tendo em vista que auxiliava, em tese, na contabilidade financeira das vendas e compras de drogas. Toda prova angariada na fase inquisitorial, em relação à acusada, é de diálogos interceptados que indicam a participação da mesma no delito; até esse momento, sua participação no delito foi constatada somente por conversas interceptadas. Ou seja,

não houve qualquer elemento probatório que indicasse a exposição dos filhos.

Diferente das fundamentações apresentadas, tem-se a posição apresentada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, em decisão monocrática de acompanhamento do cumprimento da ordem concedida, atrelada ao julgamento do HC n° 143641 pelo STF. No voto, restou definido que a prática do delito de tráfico de drogas na residência da acusada:

[...] 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. Efetivamente, a suspeita de que a presa poderá voltar a traficar caso retorne à sua residência não tem fundamento legal e tampouco pode servir de escusa para deixar de aplicar a legislação vigente, que protege a dignidade da mulher e da sua prole.

Outra fundamentação, utilizada para negar a substituição é a de que os filhos se encontram sob os cuidados de outros familiares, seja anterior ou posteriormente à prisão. O caso 05, de uma acusada primária (dois filhos, um de dois anos e outro de sete meses) revela:

[...] E, no caso dos autos, a paciente restou presa em flagrante na posse de significativa quantidade de drogas diversas, duas das quais altamente nocivas (crack e cocaína). Nesse contexto, resulta evidente que a colocação da paciente em liberdade a molda-se a pretensões político-criminais outras que não o melhor interesse da prole, sobretudo se, consoante registrou a magistrada a quo, as informações sobre vida pregressa da ré (não juntadas à impetração) dão conta de que os menores já se encontravam sob os cuidados dos avós maternos. (Habeas Corpus N° 70079493912, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Honório Gonçalves da Silva Neto, Julgado em 07/11/2018)

Também exemplifica o caso 06, de acusada primária (o acordo somente revela que são dois e menores de 12 anos):

[...] E, no caso dos autos, vê-se que a paciente foi presa em



flagrante na posse de expressiva quantidade de drogas diversas, uma das quais de especial nocividade (crack), em local vigiado por corréu armado. Nesse contexto, diante do quadro de excepcional gravidade acima retratado, resulta evidente que a colocação da paciente em liberdade amolda-se a pretensões político-criminais outras que não o melhor interesse da prole, sobretudo se há informação nos autos dando conta de que o menor Ryan encontra-se sob os cuidados da avó materna, e a menor Ana Clara, sob aqueles de seu genitor (fl. 65). (Habeas Corpus Nº 70078184413, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Honório Gonçalves da Silva Neto, Julgado em 08/08/2018)

No caso 05, o pedido foi negado com base na “excepcionalidade”, ante a periculosidade da mãe, pois a mesma portava significativa quantidade de drogas (crack e cocaína), bem como pelo fato de haver informações de que os filhos se encontravam sob os cuidados dos avós maternos antes da prisão.

Cabe salientar que não foi especificada a quantidade de drogas e o fato de ter sido presa em flagrante com dois tipos de drogas, por si só, não demonstra “periculosidade exacerbada” que justifique situação excepcional que se distancie do tipo penal imputado.

Em relação à fundamentação de que as crianças já estavam sob cuidados dos avós maternos, tampouco parece ser justificativa hábil para afastar a substituição. Entende-se que, ainda que outros membros da família cuidem dos filhos, isso não exclui a importância do cuidado materno, sobretudo no caso em análise, em que um deles está em idade na qual a amamentação é de suma importância (sete meses). Assim como em outros casos analisados, a idade das crianças, por si só, comprova ser indispensável a presença materna para os cuidados devidos.

No caso 06, os argumentos utilizados para negar a substituição, dizem respeito a gravidade do delito, pois foram apreendidas 91 pedras de crack e 29 gramas de maconha e o fato de existirem notícias de que os filhos estão, após a prisão, sob os cuidados da avó e do genitor. A argumentação utilizada é,

novamente, precária. As crianças ficaram sob o cuidado de familiares em decorrência da prisão realizada e, caso não houvesse ocorrido prisão, as crianças continuariam sob os cuidados da mãe.

Ressalta-se que o artigo 318 do CPP e a decisão do HC nº 143641 não exigem a demonstração da imprescindibilidade dos cuidados maternos aos filhos menores. Corroborando a desnecessidade de tal demonstração, o Estatuto da Criança e do Adolescente determina ser dever dos pais ter os filhos em sua companhia, e não mera faculdade<sup>16</sup>. Quando do julgamento do *Habeas Corpus*, foi demonstrada a importância da presença materna no desenvolvimento da criança, decorrente da necessidade de proteção física, psicológica e afetiva proporcionada pela presença materna. Portanto, utilizar a existência de cuidado de terceiros como pretexto para negar a domiciliar (que proporcionaria o cuidado materno essencial) não parece ser satisfatório.

Em outros casos foi referido como argumento para negar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar o suposto envolvimento das mães em organizações criminosas (facções). Conforme exposto no caso 07, relativo a acusada primária, com um filho de dois anos:

[...] E, no caso dos autos, vê-se que a recorrida foi presa em flagrante, juntamente com o corréu, na posse de vultosa quantidade de drogas diversas (repisa-se: oitenta e quatro porções de maconha, com peso aproximado de 456,7 gramas, e sessenta e duas pedras de crack, pesando aproximadamente 806 gramas), esta de especial nocividade, além de numerário e balança de precisão, quando a bordada, à noite, na via pública, em zona onde corrente a mercancia; mais, há fortes indícios de que a recorrida e o corréu pertencem à facção criminosa “Os Manos”, atuante nesse Estado. Nesse contexto, diante do quadro de excepcional gravidade acima retratado, resulta evidente que a colocação da recorrida em liberdade amolda-se a pretensões político-criminais outras que não o melhor interesse da prole, com

---

<sup>16</sup> “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores” (artigo 22 do ECA).

o que inviável o deferimento da prisão domiciliar. (Recurso em Sentido Estrito Nº 70079520433, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Honório Gonçalves da Silva Neto, Julgado em 14/11/2018)

No mesmo sentido o caso 08, de acusada primária, um filho de 10 anos:

[...] E, no caso dos autos, vê-se que a paciente, supostamente integrante da facção criminosa “Os Manos”, restou presa preventivamente em virtude de representação da autoridade policial, dando conta da prática dos crimes de tráfico de drogas (nas cidades de Nova Hartz e Araricá) e organização criminosa; mais, a autoridade precitada recebeu informações de que a paciente e o corréu estariam vendendo drogas em locais de grande circulação de pessoas, bem como recebendo informações privilegiadas acerca da atuação da Polícia Civil. Nesse contexto, diante do quadro de excepcional gravidade acima retratado, resulta evidente que a colocação da paciente em liberdade a molda-se a pretensões político-criminais outras que não o melhor interesse da prole, com o que inviável o deferimento da prisão domiciliar. (Habeas Corpus Nº 70079342911, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Honório Gonçalves da Silva Neto, Julgado em 07/11/2018)

Salienta-se que, no caso 07, a ré (consta no acordão) responde tão somente pelo delito de tráfico e não pela organização criminosa (associação). Menciona-se que a suposta participação em facção se deu em decorrência de terem sido apreendidas 32 pedras de crack e 18 porções de maconha adesivadas com o símbolo da facção. Ou seja, foi utilizada a suposta participação em organização criminosa para negar o direito a substituição da prisão, mesmo a acusada não estando a responder pelo crime.

No caso 08, a acusada responde pela associação e pelo tráfico de drogas, contudo não há qualquer valoração ou elemento que demonstre atuação na organização criminosa a justificar a negativa da aplicação da prisão domiciliar, sequer houve apreensão de drogas. Entende-se que, somente a afirmação de suposta participação em organização criminosa, sem considerações concretas que identifiquem a gravidade excepcional do delito, não é suficiente para negar o benefício. Cabe mencionar,

inclusive, conforme ressaltado no julgamento do HC n° 143641, que na maioria dos casos relacionados ao tráfico de drogas praticado por mulher a repressão recai “em especial sobre os pequenos traficantes, quase sempre mulheres, vulgarmente denominadas de “mulas do tráfico””.

Os demais casos<sup>17</sup> apresentam, de forma sucinta, as mesmas fundamentações analisadas, demonstrando que há um padrão de casos e julgamento dos pedidos realizados pelas mães presas preventivamente, em ações penais que tramitam no Rio Grande do Sul.

Para enquadrar os casos na “brecha” da “excepcionalidade” indicada na decisão do STF, as decisões se apoiam na suposta gravidade do delito de tráfico de drogas, utilização da residência para exercer o tráfico, exposição dos menores ao delito, menores sob o cuidado de terceiros, envolvimento com facções, apreensão de drogas.

Cabe ressaltar, nos casos 14, 15, 16, 17 e 18, julgados pela Segunda Câmara Criminal, além dos fundamentos comuns aos casos já citados, foi utilizada a seguinte fundamentação,

---

<sup>17</sup> *Caso 09:* Habeas Corpus N° 70077732444, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Honório Gonçalves da Silva Neto, Julgado em 30/05/2018; *Caso 10:* Habeas Corpus N° 70077186575, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Honório Gonçalves da Silva Neto, Julgado em 18/04/2018; *Caso 11:* Habeas Corpus N° 70077017713, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Honório Gonçalves da Silva Neto, Julgado em 28/03/2018; *Caso 12:* Habeas Corpus N° 70076938810, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Honório Gonçalves da Silva Neto, Julgado em 14/03/2018; *Caso 13:* Habeas Corpus N° 70079072468, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em 27/09/2018; *Caso 14:* Habeas Corpus N° 70078599032, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em 30/08/2018; *Caso 15:* Habeas Corpus N° 70078577053, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em 16/08/2018; *Caso 16:* Habeas Corpus N° 70077885879, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em 14/06/2018; *Caso 17:* Habeas Corpus N° 70077591592, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em 24/05/2018; *Caso 18:* Habeas Corpus N° 70076998483, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em 12/04/2018.

*ipsis litteris:*

Assim, embora comprovado que a paciente é mãe de uma criança menor de 12 (doze) anos de idade, não há certeza que a convivência da paciente com seu filho é a melhor solução a ser seguida, ou que essa possa protegê-lo; pelo contrário, os fatos até a agora revelados demonstram que a manutenção da paciente em seu lar, além de permitir que ela prossiga livremente no mister de comercializar drogas, é negativa para a criança, por sua aparente dedicação a atividades criminosas, a além do que a coloca em risco de vida.

Outrossim, se é certo que o encarceramento da mãe causa sério abalo no filho menor, que se vê privado do cuidado materno, não é menos correto a firmar que o convívio com a impunidade diante de crime tão grave, causa igual comprometimento e abalo, não só na criança que vê com olhos de normalidade essa situação, mas também na sociedade que, impotente, se vê à mercê do efetivo aumento da criminalidade feminina. Nessa toada é importante assinalar que o direito a segurança individual e coletiva também é uma garantia fundamental e um dever do Estado.

A fundamentação foi utilizada de modo automático, genérico, “recorta e cola”, sem qualquer análise específica dos casos. De acordo com o que se depreende da fundamentação, toda e qualquer mãe, acusada de tráfico de drogas (tido como “crime tão grave”), representa uma ameaça à integridade moral e física dos filhos. Não se analisa o risco concreto, pelo contrário, se pressupõe uma violência não caracterizada, lançando à mulher acusada de tráfico a inviabilidade materna.

Ainda pode-se observar, em todas as decisões analisadas (caso 01 a 18), que os desembargadores atribuem periculosidade exacerbada às mulheres que respondem pelo delito de tráfico de drogas, com base na gravidade abstrata do delito, sem considerar a primariedade e a ausência de antecedentes das mesmas (nos 18 casos, 13 indicavam rés primárias). Em relação a suposta gravidade do delito de tráfico de drogas, assim foi mencionado no julgamento do HC nº 143641:

Outro dado de fundamental interesse diz respeito ao fato de que 68% das mulheres estão presas por crimes relacionados ao

tráfico de entorpecentes, delitos que, na grande maioria dos casos, não envolvem violência nem grave ameaça a pessoas [...] Nesses casos, quase sempre, como revelam os estudos especializados, a prisão preventiva se mostra desnecessária, já que a prisão domiciliar prevista no artigo 318 pode, com a devida fiscalização, impedir a reiteração criminosa.

Cabe reforçar que na decisão do HC nº 143641 ficou determinado que a substituição apenas não ocorreria nos “casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício”.

Os delitos de tráfico de drogas atribuídos às acusadas, nas decisões analisadas, não foram cometidos com violência e/ou grave ameaça, contudo, em todos os casos, foi justificada a negativa da substituição com base em “situações excepcionalíssimas”, resumidas à suposta excepcionalidade do delito praticado.

De modo geral, como se pode observar, não há gravidade acentuada nos casos que justifique a recusa em aplicar o direito de prisão domiciliar com base em “situações excepcionalíssimas”. Os casos analisados apresentam características comuns do delito de tráfico de drogas, não apresentando nada de extraordinário nas condutas. O que se revela nos julgados é a banalização do uso da exceção, considerando ser regra a concessão da substituição da prisão para todas as mães com filhos até 12 anos e gestantes.

Para justificar a excepcional gravidade das condutas, se relevou a quantidade de drogas, o fato de terem sido apreendidos mais de um tipo de droga, e/ou a participação em organização criminosa. As condutas expostas não revelaram discrepância com a realidade social do tráfico de drogas, inclusive, são inerentes ao próprio tipo penal.

Portanto, verificou-se que a exceção foi tratada como regra, eis que em nenhum dos casos citados houve a aplicação da

substituição. Todos os casos foram amoldados como situação excepcional, contrariando a determinação da decisão do Supremo Tribunal Federal.

Convém referir, dos 18 casos selecionados, referentes ao delito de tráfico de drogas, 12 foram julgados pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. A referida Câmara, em todas as decisões, apresentou a seguinte fundamentação em relação à determinação da decisão do HC 143641 do STF:

Ora, 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 de 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 recorrida em prisão domiciliar, impositiva a decretação da prisão preventiva.

Registro, por derradeiro, que a decisão proferida pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no bojo do HC n. 143.641/SP não ostenta o alcance que lhe emprestamos impositivos, porquanto não é dotada de efeito vinculante, nos termos do que preceitua a regra posta no artigo 102, § 2º, da CRFB, combinada com o artigo 927 do Código de Processo Civil.

Seja como for, anoto que a decisão proferida pelo órgão fracionário da Suprema Corte ressalva as hipóteses envolvendo crimes praticados “mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionáísimas”.

A fundamentação foi utilizada como introdução em todos os julgados da Primeira Câmara Criminal. Saliencia que o fato de haver previsão legal em relação à substituição da prisão preventiva para domiciliar - inciso V do artigo 318 do CPP - o referido dispositivo legal não torna obrigatória a adoção da

prisão domiciliar, ainda que haja existência de prole até os 12 anos, afirma que a decisão proferida no HC coletivo nº 143641 do STF não é dotada de efeito vinculante e menciona que a liberdade da acusada amolda-se a pretensões político-criminais e não busca o melhor interesse da criança e adolescente.

Há de ressaltar, o relator, ao analisar as alterações trazidas pela Lei nº 13.257/2016, inova o texto apresentado no inciso V, afirmando que é necessário para a benesse a confirmação da imprescindibilidade da genitora para os cuidados com o menor de 12 anos, realizando uma interpretação analógica ao inciso III do mesmo dispositivo legal. Ocorre que o inciso V não apresenta requisitos específicos para a concessão, afirmando tão somente “mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos”.

Segundo a fundamentação, ainda que preenchido os requisitos objetivos contidos no artigo 318 do CPP e na decisão do HC nº 143641, a substituição da prisão preventiva pela domiciliar é entendida como faculdade do juiz, não sendo um direito automático da presa. A partir dessa perspectiva, em sentido contrário ao determinado pelo STF, criaram-se novos requisitos para a substituição, como por exemplo, a necessidade de evidenciar dados que justifiquem a substituição ou que evidenciem a imprescindibilidade dos cuidados maternos.

#### 4. CONCLUSÃO

De acordo com os dados apresentados e a análise realizada, verifica-se que o Poder Judiciário do Rio Grande do Sul não aplica a orientação proposta na decisão do julgamento do HC nº 143641. O TJRS não defere os pedidos de substituição formulados, sob o fundamento da “excepcionalidade” do caso. Os argumentos apresentados pelos desembargadores alargam a categoria de “excepcionalidade”, diminuindo o alcance da decisão, que estende a ordem de substituição da prisão preventiva pela domiciliar a todas as mulheres presas, gestantes, puérperas



ou mães de crianças e deficientes.

Não foi possível constatar, na pesquisa jurisprudencial realizada, sequer um julgado que tenha admitido a substituição da prisão preventiva por domiciliar. Demonstra-se, desta forma, que a conquista lançada no HC nº 143641, na prática, é ignorada, visto que em todos os casos o descumprimento da decisão preponderou, sob fundamentos genéricos.

Os principais argumentos, para justificar a “excepcionalidade” dos casos, foram a gravidade abstrata do delito, a ausência de comprovação da imprescindibilidade dos cuidados maternos em relação aos filhos, suposto envolvimento em facções, tráfico realizado no endereço residencial e cuidados das crianças por terceiros.

Entende-se que tais fatos são intrínsecos e comuns ao delito de tráfico de drogas, não revelando gravidade exacerbada ou excepcionalidade. E percebe-se que a fundamentação é comum em todos os casos, demonstrando, desta forma, que o delito em discussão é sempre cometido sob as características específicas utilizadas para negar o benefício da prisão domiciliar; ou seja, não há tráfico de drogas que justifique a substituição da prisão pela domiciliar, o delito por si só justifica a não concessão da substituição.

Portanto, as características comuns ao delito de tráfico não deveriam ser utilizadas como fundamentação para indeferir os pedidos. Sob esse entendimento, jamais haverá concessão para mães acusadas de tráfico de drogas, visto que em todos os casos haverá alguma característica que se enquadre em um argumento utilizado. Um exemplo refere ao fato de que sempre o tráfico de drogas foi tido como crime grave, com o objetivo de justificar a “excepcionalidade”.

Da análise dos julgados observa-se a subjetividade utilizada para fundamentar as decisões, que sob a ótica de um conceito de maternidade e mãe idealizado pelo julgador, considerando padrões de classe diversa da complexa realidade social e

moral da mulher encarcerada, deslegitima a substituição da prisão preventiva por domiciliar. Os padrões de realidade (moral e social) dos julgadores desconsidera a possibilidade das mulheres se lançarem ao tráfico de drogas, justamente, para permitir um desempenho da maternidade de forma mais efetiva. Assim, como salientado, o tráfico de drogas, muitas vezes, é praticado para complementar a renda e prover o sustento dos filhos, facilitar o cuidado afetivo materno e a manutenção do lar.

Contudo, da análise dos julgados, percebe-se que o fato de ser acusada de tráfico de drogas, por si só, mostra-se razão suficiente para caracterizar a mulher como uma mãe ruim e atribuir os cuidados dos filhos a terceiros, como se a figura materna fosse incompatível com a criminalidade (ou acusação de um crime).

De forma geral, os argumentos apresentados geram contradição. Nesse sentido, a legislação e a decisão do HC nº 143641 vieram para assegurar a maternidade das mulheres (mães e grávidas) acusadas de algum crime. Entretanto, a substituição da prisão preventiva por domiciliar é negada, por, em tese, terem cometido um delito. Assim, há o direito de prisão domiciliar, todavia, tendo em conta que a mãe está sendo acusada de participação em crime, este fato, que geraria o direito de substituição, a desqualifica para receber o benefício.

É a seletividade penal no âmbito do Poder Judiciário. A perspectiva de France continua atual. Aliás, outro francês, BOURDIEU (2000, p.245) declara ser de conservação a posição do poder judiciário nas sociedades contemporâneas.

E conservar significa manter as pessoas em seus extratos e espaços sociais. Os ricos nos clubes sociais, os pobres na prisão. Assim, mulheres mães ricas podem receber o benefício da prisão domiciliar, as pobres não. A seletividade torna-se mais elaborada e adentra no âmbito da hermenêutica e da aplicação do direito e fere a igualdade, mas garante a perpetuidade do sistema.



## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASÍLIA. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN Mulheres. 2<sup>a</sup> Ed. 2018. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres\\_arte\\_07-03-18.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf). Acesso em 16 de abril de 2019.
- BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. 3 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000. 322 p.
- EPSTEIN, Lee; GARY, King. Pesquisa empírica em direito [livro eletrônico]: as regras de inferência. São Paulo: Direito GV, 2013. Disponível em: [http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11444/Pesquisa\\_empirica\\_em\\_direito.pdf?sequence=3](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11444/Pesquisa_empirica_em_direito.pdf?sequence=3) pesquisa empirica em direito.
- FRANCE, Anatole. *Le lys rouge*. Paris: Calmann-Lévy, 1923.
- FRANKLIN, N. I. C. ; BRAGA, A. G. M. . Quando a casa é a prisão: uma análise de decisões de prisão domiciliar de grávidas e mães após a lei 12.403/2011. *Quaestio Iuris* (Impresso), v. 8, p. 324-348, 2016.
- HOLLOWAY, Thomas H. *Polícia no Rio de Janeiro: repressão e resistência numa cidade do século XIX*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas: 1977. 344 p.
- INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA (São Paulo). *Mulheres em prisão: desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória de mulheres*. 2017. Disponível em: [http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio\\_final\\_online.pdf](http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio_final_online.pdf). Acesso em: 30 abr. 2019.

- LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Pg. 672.
- QUEIROZ, Nana. Presos que menstruam. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Record, 2015, pg. 107.
- SANTOS, I. P.; SANTOS, J. H. P.. História do Direito. In: WOLKMER, Antonio Carlos; FONSECA, Ricardo Marcelo; SIQUEIRA, Gustavo Silveira. (Org.). Prisões: um aporte sobre a origem do encarceramento feminino no Brasil. 1ªed. Florianópolis: Conpedi, 2014, v. 1, p. 387-401;
- Supremo Tribunal Federal. disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>, acesso em 05/04/2019;
- SUTHERLAND, Edwin H. Princípios da Criminologia. São Paulo: Martins, 1949;
- ZAFFARONI, Eugênio Raul, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro I. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003, p. 46.