

MATERNIDADE E CÁRCERE: UMA ANÁLISE DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ FRENTE A LEI 13.769/2018

MATERNITY AND PRISON: AN ANALYSIS OF THE JUDGMENTS OF THE PARANÁ COURT OF JUSTICE AFTER LAW 13.769 / 2018

MARIANA GARCIA TABUCHI

Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Mestranda em Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR)

Resumo: : O presente trabalho tem como escopo analisar a tratativa dada pelo Poder Judiciário, em especial o Tribunal de Justiça do Paraná, nos casos de requerimento de prisão domiciliar pelas mulheres mães, sobretudo após a promulgação da Lei da Lei n. 13.769/2018, que alterou o Código de Processo Penal, estabelecendo critérios objetivos para a substituição da prisão preventiva por esta modalidade. Como objetivos específicos, intenciona-se averiguar as relações estabelecidas entre o sistema de justiça criminal brasileiro e a maternidade e o recente fenômeno do superencarceramento feminino. Além disso, busca-se analisar o HC coletivo 143.641, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, que alterou e unificou o entendimento sobre a prisão de mulheres gestantes e mães, bem como a Lei 13.769/2018. Como metodologia adotada, utilizou-se a pesquisa qualitativa e quantitativa, através da análise documental dos julgados do TJPR no período entre dezembro de 2018 a agosto de 2019. Como resultados obtidos, aponta-se que apesar da Lei 13.769/2018 trazer avanços consideráveis no compromisso com as mulheres no cárcere, a tratativa dada pelo Poder Judiciário, notadamente pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, não caminha no mesmo sentido, ainda se pautando em supostas “exceções”, que são, em verdade, as regras de um sistema punitivo.

Palavras-chave: maternidade; cárcere; lei 13.769/2018.

Abstract: This paper aims to analyze the treatment given by the judiciary, especially the Court of Justice of Paraná, in cases of application for house arrest by women mothers, especially after the promulgation of Law no. 13.769/2018, which amended the Code of Criminal Procedure, establishing objective criteria for the replacement of pre-trial detention by this modality. As specific objectives, we intend to investigate the relationships established between the Brazilian criminal justice system and motherhood and the recent phenomenon of female incarceration. In addition, we seek to analyze the collective HC 143,641, judged by the Federal Supreme Court, which changed and unified the understanding about the arrest of pregnant women and mothers, as well as Law 13.769/2018. As methodology adopted, the qualitative and quantitative research was used, through the documentary analysis of the judges of the TJPR from December 2018 to August 2019. As results obtained, it is pointed out that despite the Law 13.769 / 2018 bring considerable advances in the Commitment to women in jail, the deal given by the

Judiciary, notably by the Court of the State of Paraná, does not go in the same direction, still based on alleged “exceptions”, which are, in fact, the rule.

Keywords: maternity; prison; Law 13.769/2018.

1. INTRODUÇÃO

Despejou o leite devagarinho no copo de café, curtindo cada gota que caía com aquela satisfação que as pessoas sentem quando veem o mar pela primeira vez, conhecem o amor de suas vidas ou descobrem que se curaram de uma doença grave. Depois de quase seis anos, era a primeira vez que Safira podia fazer o café da manhã dos dois filhos — um de seus desejos imediatos na sua primeira saída do presídio no regime semiaberto.

Colocou os copos na mesa, sorridente. Um dos meninos olhou aquilo com estranheza. — Mas você não sabe, mãe, que a gente não toma café, só toma Toddy?

A frase caiu sobre ela com o peso dos anos perdidos. Em sete anos de prisão, chegara a ficar três sem vê-los. Perdeu o primeiro dia de aula, a primeira vez que andaram de bicicleta. O mais velho, de 13 anos, já tinha até uma namorada.

“Eu não conheço meus filhos. Eu sou assim: eles sabem que eu sou a mãe deles, mas praticamente sou uma desconhecida. Além de eu ter que me adaptar às coisas que eu perdi todo esse período que estive presa, eu tenho que aprender a conhecer os MEUS filhos” pensou. (QUEIROZ, 2015, p. 12)

A história de Safira, contada por Nana Queiroz na obra *Presos que menstruam*, embora guarde singularidades que dizem respeito apenas à sua vida, representa, por outro lado, parte do drama da grande maioria de mulheres encarceradas no Brasil.

Diz-se *parte* porque a redescoberta dos filhos depois de anos de cárcere é apenas uma das diversas batalhas enfrentadas pelas mulheres que passam pelo sistema de justiça criminal. E, em que pese essas mulheres sejam também pequena parcela do que constitui esse sistema, sendo ainda menos aprisionadas do que homens, representam uma das feridas mais latentes e pulsantes do direito penal brasileiro.

Ainda assim, a problemática das relações estabelecidas entre o cárcere, o gênero e a maternidade, foi pouco enfrentada e ainda engatinha em termos de políticas públicas para se responder ao problema. Não à toa, apenas em 2018, em um julgado de Habeas Corpus Coletivo é que a Corte Superior brasileira reconheceu, concedendo a prisão domiciliar a todas as mulheres nessa situação, que o ambiente prisional não é favorável para mães e gestantes. Por sua vez, foi também somente naquele ano que foi promulgada a lei que estabelece a

obrigatoriedade da substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar para mulheres nessas condições, salvo em casos específicos.

Assim, refletindo acerca dessas problemáticas, o presente trabalho tem como escopo revisitar essa temática, em especial para analisar as decisões judiciais do Tribunal de Justiça do Paraná no que concerne à concessão de prisão domiciliar às mulheres mães, após a promulgação da Lei n. 13.769/2018, que alterou o Código de Processo Penal, estabelecendo critérios objetivos para a substituição da prisão preventiva por esta modalidade.

Para tanto, em um primeiro momento, buscar-se-á averiguar as relações estabelecidas entre o sistema de justiça criminal brasileiro e a maternidade, a conexão entre o direito penal e as relações de gênero e, ainda, o recente fenômeno do superencarceramento feminino. Já em um segundo momento, pretende-se analisar o HC 143.641, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, que alterou e unificou o entendimento sobre a prisão de mulheres gestantes e mães, bem como estabeleceu orientações, que ainda têm servido como norte para os tribunais brasileiros.

Por fim, analisa-se os acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que julgaram pedidos de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar em virtude da presa ser mãe, no período de dezembro de 2018 até agosto de 2019, na tentativa de identificar as principais fundamentações para o indeferimento.

2. GÊNERO, MATERNIDADE E CÁRCERE

Heidi Ann Cerneka (2009, p. 62) ao descrever de que modo o sistema prisional brasileiro não atende às especificidades das mulheres, convida o leitor a um exercício reflexivo: como seria um mundo apenas com homens, feito para homens e pensado por homens? Ao responder, Cerneka afirma que, de fato, essa foi a regra por milênios. Porém, observou-se nos últimos séculos avanços significativos nas pautas feministas, existindo hoje espaços cada vez maiores de voz e fala.

Nada obstante, quando se traz essa reflexão para o sistema carcerário no Brasil, o que se vislumbra é que os signos ainda são majoritariamente masculinos. O cárcere é projetado e arquitetado para o homem e nele não são cogitadas as demandas de mulheres. Um exemplo dado por Cerneka (2009, p. 63) é o episódio ocorrido em São Paulo, quando uma das unidades penitenciárias feminina seria desativada e reaberta como masculina. Na ocasião, a Secretaria de Administração Penitenciária solicitou à diretoria da prisão que os uniformes fossem recolhidos, pois poderiam ser reaproveitados na nova unidade, já que eram feitos para homens, mesmo aqueles utilizados pelas mulheres. O que frustrou, contudo, a ideia da SAP foi que as presas haviam customizado as roupas com bordados e adereços, não tendo o plano sido levado adiante. Ou seja:

Por mais que as motivações para o crime, os tipos de delitos cometidos e a experiência na prisão para homens e mulheres sejam diferentes, a situação da mulher no cárcere ainda parece ser tratada a partir de tentativas de adaptações do sistema já existente e não vista, sob a ótica de gênero, de acordo com as suas particularidades (CÚNICO; BRASIL; BARCINSKI, 2015, p. 511).

Com isso não se pretende reforçar que as mulheres possuem qualquer *essencialidade* que lhes seja inerente, mas apenas que os corpos que foram identificados culturalmente pelas cifras do que seja feminino, e sobre os quais foram despejadas normativas sociais, são novamente oprimidos dentro do sistema de justiça criminal.

E, se o cárcere não é um ambiente que corresponda às necessidades dos corpos femininos, isso se agrava ainda mais quando se fala de mulheres gestantes e mães – que não é senão a grande parte das mulheres presas. Os estudos apontam que as penitenciárias brasileiras não estão preparadas para abrigar grávidas e mães acompanhadas de seus filhos, sendo que a maioria desses estabelecimentos sequer possuem alojamento adequado (MELLO; GAUER, 2011, p. 119).

Um dos fatos mais recorrentes é a ausência de acompanhamento do pré-natal e ausência de estrutura mínima para atender as necessidades da gestante. Nos casos de filhos recém-nascidos, não há espaço físico para o exercício da maternidade nem da primeira infância, a maioria dos estabelecimentos não contam com berçário e toda a estrutura necessária para o acolhimento do bebê e da mãe em fase de aleitamento (GALVÃO; DAVIM, 2013).

Observa-se que esse processo está fundamentalmente relacionado com a forma que o direito penal brasileiro – como estrutura e sistema – foi construído e desenvolvido. Isto é, a

partir de premissas androcêntricas, que ratificam os discursos machistas e as dicotomias por eles estabelecidas (VASCONCELOS; SOUZA, 2016, p. 36).

Não só a história dos códigos penais brasileiros reforça esse argumento¹, mas o próprio Código Penal de 1940, que ainda se encontra vigente e que foi construído sobre as bases de uma sociedade na qual a mulher é associada a servidão, docilidade, fragilidade e ao ambiente doméstico (VASCONCELOS; SOUZA, 2016, p. 39).

Inclusive, até 2005, o Código Penal trazia no artigo 215 a criminalização da conduta de “ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude”. Em que pese a expressão tenha sido revogada com a Lei 11.106/05 e novamente alterada em 2009 com a Lei 12.015, a construção da “mulher honesta” esteve presente na legislação penal brasileira desde 1890 (VASCONCELOS; SOUZA, 2016) e, apesar de não estar mais em vigor, sua significação ainda orienta o tratamento dado àquelas que estão fora desse enquadramento.

Outro exemplo que merece ser citado e que corrobora à tratativa dada pelo sistema penal às mulheres é que apenas em 1997, através da Lei 9.520, foram revogados dispositivos processuais penais que impediam a mulher casada de exercer o direito de queixa criminal sem o consentimento do marido (BIANCHINI; BAZZO; CHAKIAN, 2019, p. 33).

Ressalta-se, desse modo, que o sistema de justiça criminal não é só *reflexo passivo* de uma sociedade que se funda em sistemas hierárquicos de gênero e na dominação masculina. Ao revés, é também *produtor e reprodutor* dos controles sociais baseados nessas diferenças, isto é, tem papel importante no funcionamento dessas interlocuções. Conforme assevera Andrade (2005, p. 83):

Ora, nisso o SJC replica a lógica e a função real de todo o mecanismo de controle social que se, em nível micro, implica ser um exercício de poder e de produção de subjetividades (a seleção binária, entre o bem e o mal, o masculino e o feminino), em nível macro, implica ser um exercício de poder (de homens e mulheres); reprodutor de estruturas, instituições, simbolismos e o SJC ocupa um importantíssimo lugar na manutenção do *status quo* social.

¹ A título de exemplo, o primeiro Código Penal brasileiro, de 1830, previa uma atenuante nos casos de homens que matassem suas mulheres, por conta do adultério. Nessa época, a legítima defesa da honra era autorizada, sendo que a honra do homem era bem mais precioso do que a própria honra das mulheres. (MELLO; PAIVA, 2019, p. 24). Outro exemplo a ser citado é a diferenciação de penas dadas aos crimes de estupro cometidos contra mulheres honestas e mulheres prostitutas, presente no Código Penal de 1890.

Nesse sentido, como apontam Vasconcelos e Souza (2016, p. 40), o Direito Penal reproduz e reforça os papéis sociais de gênero, tanto ao se destinar ao controle de condutas masculinas – e apenas de forma residual a condutas femininas –, quanto ao colocar a mulher majoritariamente no papel de vítima.

Ao tratá-la preponderantemente como sujeito passivo a delinea novamente como criatura emocional, subjetiva, frágil, impotente e pacífica, isto é, a vincula aos papéis necessários ao trabalho reprodutivo, ao papel de esposa, mãe e trabalhadora do lar, que foram historicamente a mulher atribuídos (FEDERICI, 2017, p. 119).

Nesse processo, ao se considerar as mulheres apenas como vítimas de delitos, faz sentido que o cárcere não seja pensado e projetado para o acolhimento desses sujeitos e que as presas sigam sofrendo com as ausências de assistência.

Todavia, em que pese o SJC seja arquitetado através de olhares androcêntricos, um fenômeno importante e significativo tem ganhado cena no Brasil: o superencarceramento feminino. Segundo pesquisa realizada pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ), em parceria com o Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA), entre 2000 e 2012, a população carcerária feminina cresceu 246%, enquanto a masculina cresceu 130%. Em 2012, as mulheres representavam 6,4% da população prisional, que, em números absolutos, significava 32.072 de um total de 548.003 pessoas presas (BRASIL, 2015, p. 15). Por sua vez, em junho de 2016, a população prisional feminina atingiu a marca de 42 mil mulheres privadas de liberdade, “o que representa um aumento de 656% em relação ao total registrado no início dos anos 2000” (BRASIL, 2017, p. 14).

Importante registrar que a maioria dessas mulheres em privação de liberdade respondem pela prática do crime de tráfico ilícito de drogas, fenômeno que, segundo Simões, Bartolomeu e Placha Sá (2017, p. 158) está diretamente relacionado com a feminização da pobreza e, por conseguinte, com a feminização do tráfico. Esse processo de pauperização guarda relação tanto com os menores salários que recebem as mulheres em comparação com os homens, quanto com os próprios papéis sociais majoritariamente desempenhados pelas mulheres e tidos como naturalmente femininos. Assim, o fenômeno de feminização da pobreza se espalha não só nos campos de trabalho formais e informais, mas também nos ilícitos, como é o caso do tráfico de entorpecentes.

Note-se que, ainda quando cometem delitos dessa natureza, as mulheres ocupam geralmente postos subalternos no comércio de drogas, atuando “mulas” ou no “varejo”. Nesse processo, também é possível verificar a própria venda dos corpos femininos, sobretudo de grávidas, que são utilizadas muitas vezes para encobrir práticas ilegais (SIMÕES; BARTOLOMEU; PLACHA SÁ, 2017, p. 158).

Outro indicativo importante para se analisar esse quadro e as complexidades por ele convocadas é o perfil da população prisional feminina. Tratam-se, em sua grande maioria, de mulheres não brancas, jovens entre 18 a 30 anos, de baixa escolaridade, com baixa renda e marcadas por histórias de vulnerabilidade (BRASIL, 2015, p. 15).

O que significa dizer que não é possível refletir sobre as prisões de mulheres no Brasil apenas compreendendo as relações de gênero. Ao contrário, é preciso uma aproximação com outras categorias. Quem auxilia nessa compreensão é Angela Davis (2003), ao conectar outros elementos ao universo prisional. A autora pontua que as instituições prisionais e os discursos que a abarcam produzem um tipo de prisioneiro/a, que, por sua vez, justifica a expansão do cárcere e que tem um papel fundamental na produção da pobreza. Ou seja, apenas uma discussão interseccional, que “hifinize” (OLIVEIRA, 2010) o gênero com atravessamentos de raça, sexualidade, classe e outros sistemas, pode dar conta de responder aos complexos fenômenos que oprimem as mulheres, inclusive nas prisões.

Cumprido ressaltar, dessa forma, que, embora o objeto deste trabalho seja analisar em termos de avanços e retrocessos a prisão domiciliar de mulheres genitoras, não se pode perder de vistas que essa discussão se configura dentro dos marcos do que seja a prisão e de todas as problemáticas com ela trazidas. Quer-se dizer: a discussão é sobre prender em um presídio ou prender em casa, mas ainda é sobre *prender*.

Portanto, a manutenção da prisão de mulheres mães está conectada com as problemáticas dos discursos punitivistas dos tribunais e do sistema de justiça criminal como um todo, não havendo como analisar a questão de maneira isolada. Isto é, para compreender a relação existente entre gênero e cárcere, a compreensão desta última categoria, na complexidade que se apresenta na modernidade, é fundamental.

3. O CENÁRIO ANTERIOR A LEI 13.769/2019

O fenômeno do superencarceramento feminino também foi acompanhado do aumento de preocupações sobre a relação entre o cárcere e a maternidade. Afinal, o crescente número de mães e gestantes presas trouxe à superfície um problema latente do processo de encarceramento de mulheres: ou a criança nos primeiros meses de vida permanece no estabelecimento prisional ou a mãe dela se separa nos primeiros anos de sua infância.

Apesar da Constituição Federal prever que a mulher tem direito a maternidade e que os estabelecimentos prisionais devem assegurar as condições para que possam permanecer com seus filhos durante a fase da amamentação², até pouco tempo, não se identificavam muitos dispositivos legais que garantissem esse direito.

Apenas em 2009, a Lei n. 11.942 incluiu na Lei de Execução Penal dispositivos que preveem que os estabelecimentos penais destinados a mulheres devem ser dotados de berçário, onde possam cuidar e amamentar seus filhos, no mínimo, até seis meses de idade³ e também que as penitenciárias femininas tenham seção para gestante e parturiente, bem como creches para crianças maiores de seis meses e menores de sete anos⁴.

Por outro lado, a Lei da Primeira Infância (Lei n. 13.257), de 2016, incluiu previsões no Estatuto da Criança e do Adolescente e vinculou o direito a maternidade também ao direito da criança à infância. Em especial, introduziu alterações no Código de Processo Penal, prevendo a possibilidade de substituição da prisão preventiva para a prisão domiciliar às gestantes e mulheres com filhos até doze anos de idade, senão vejamos:

² Art. 5º, inciso L, CF/88: *às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.*

³ Art. 83, §2º, da Lei 7.210/84: *Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos inclusive amamenta-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.*

⁴ Art. 89 da Lei 7.210/84: *Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 06 (seis) meses e menores de 07 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.*

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

(...)

IV – gestante; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

V – mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016).

Todavia, em que pese a aprovação da lei, na prática, não foram observadas mudanças efetivas. A manutenção do verbo “poder” no *caput* do artigo 318, permitiu uma interpretação abrangente dos pedidos de substituição da prisão preventiva pela domiciliar, sendo, no geral, indeferidos os pedidos de aplicação do benefício.

Note-se que alguns doutrinadores, após o advento da Lei da Primeira Infância, defendiam a obrigatoriedade da medida quando constatada a situação fática descritas nos incisos IV e V, como é o caso de Aury Lopes Jr (2018, p. 672):

A Lei n. 13.257/2016 ampliou o rol de cabimento da substituição pela incluir as situações de gestante, mulher com filho de até 12 anos incompletos e homem, quando for o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 anos incompletos. A tutela aqui está voltada para os cuidados que a criança exige e, no caso da gestante, da qualidade de vida dela e do feto. Não mais exige o dispositivo legal que a gestação seja de alto risco ou que esteja com mais de 7 meses. Basta a comprovação da gravidez para a substituição ser concedida. Trata-se de proteção de caráter humanitário e, em todos os casos, plenamente justificada, bastando a comprovação idônea da situação descrita no dispositivo legal.

Não obstante, o entendimento majoritário era de que não bastava a comprovação da gravidez ou a certidão de nascimento dos filhos para a concessão da prisão domiciliar. Conforme posicionamento de Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 998):

[...] a presença de um dos pressupostos indicados no art. 318, isoladamente considerado, não assegura ao acusado, automaticamente, o direito à substituição da prisão preventiva pela domiciliar. O princípio da adequação também deve ser aplicado à substituição (CPP, art. 282, II), de modo que a prisão preventiva somente pode ser substituída pela domiciliar se se mostrar adequada à situação concreta. Do contrário, bastaria que o acusado atingisse a idade de 80 (oitenta) anos para que tivesse direito automático à prisão domiciliar, com o que não se pode concordar. Portanto, a presença de um dos pressupostos do art. 318 do CPP funciona como requisito mínimo, mas não suficiente, de per si, para a substituição, cabendo ao magistrado verificar se, no caso concreto, a prisão domiciliar seria suficiente para neutralizar o *periculum libertatis* que deu ensejo à decretação da prisão preventiva do acusado.

Na esteira do argumento supracitado, dois eram os principais entendimentos predominantes nos julgados dos tribunais pátrios. No caso de mulheres gestantes, entendia-se ser imprescindível a demonstração – pela mulher e sua defesa – de que o estabelecimento penal não assegurava as condições necessárias aos cuidados da grávida (BRASIL, 2019, p. 22).

Confira-se, aliás, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no Habeas Corpus n. 427.694/RJ, julgado em 06 de fevereiro de 2018:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PLEITO DE PRISÃO DOMICILIAR. PACIENTE GRÁVIDA. ESTABELECIMENTO PRISIONAL QUE POSSUI CONDIÇÕES DE CUSTODIAR MULHERES GRÁVIDAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...)VI - Não há ilegalidade na negativa de substituição da preventiva por prisão domiciliar da paciente grávida, pois não foi comprovada a inadequação do estabelecimento prisional em custodiar mulheres na condição de gestante ou lactante. (precedentes). Habeas corpus não conhecido.

Ou seja, presumia-se de que os estabelecimentos prisionais comportavam toda a estrutura necessária para o atendimento de gestantes, cabendo a estas, caso requeressem a substituição pela prisão domiciliar, comprovar o contrário.

Como já visto acima, os estabelecimentos penais não possuem condições e alojamentos adequados para o atendimento de mulheres grávidas. Ademais, considerando a situação de hipossuficiência da esmagadora maioria das mulheres encarceradas, é no mínimo injusto incumbi-las de provarem que o Estado não tem capacidade de atender suas necessidades.

Por sua vez, o segundo entendimento majoritário dizia respeito aos casos de genitoras com filhos até doze anos de idade incompletos. Nesses casos, era possível identificar diversas decisões no sentido de que competia também a mãe e a sua defesa fazerem prova inequívoca da imprescindibilidade da mesma nos cuidados e no desenvolvimento da criança (BRASIL, 2019, p. 26).

Nada obstante, alguns posicionamentos divergentes se destacavam nos julgados dos tribunais brasileiros. No Habeas Corpus 363.993/SP, por exemplo, foi concedida a prisão domiciliar com fundamento de que a nova lei “não teria condicionado a prisão domiciliar da

mulher com filho menor de 12 anos à comprovação da imprescindibilidade dos cuidados com o infante” (BRASIL, 2019, p. 26).

Assim, deve ser considerado que o advento da Lei da Primeira Infância deu abertura para diversas interpretações, inclusive favoráveis às mulheres encarceradas. Nesse cenário é que se insere o HC coletivo deliberado pelo Supremo Tribunal Federal, que muda paradigmas importantes acerca dos entendimentos sobre maternidade e cárcere.

4. O HC COLETIVO 143.641/SP E A MUDANÇA DE ALGUNS PARADIGMAS

Em fevereiro de 2018, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC coletivo de número 143.641, impetrado pelo Coletivo de Direitos Humanos, julgou o pedido de medida liminar em favor de todas as mulheres presas provisoriamente que ostentavam a condição de gestantes, puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade, bem como em nome das próprias crianças.

Na oportunidade, o STF reconheceu a existência de uma falha estrutural das penitenciárias brasileiras, que faz com que as mulheres grávidas e mães de crianças, e até mesmo os próprios infantes, estejam sujeitas a situações degradantes. Nas palavras do Ministro Ricardo Lewandowski, relator do HC coletivo (2018, p. 7):

Há uma falha estrutural que agrava a “cultura do encarceramento”, vigente entre nós, a qual se revela pela imposição exagerada de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis. Tal decorre, como já aventado por diversos analistas dessa problemática seja por um proceder mecânico, automatizado, de certos magistrados, assoberbados pelo excesso de trabalho, seja por uma interpretação acrítica, matizada por um ultrapassado viés punitivista da legislação penal e processual penal, cujo resultado leva a situações que ferem a dignidade humana de gestantes e mães submetidas a uma situação carcerária degradante, com evidentes prejuízos para as respectivas crianças.

Observa-se, desse modo, que se altera um paradigma importante em relação ao que se vinha decidindo nos tribunais brasileiros. Se antes presumia-se que os estabelecimentos prisionais tinham condições de comportar as gestantes e mães de crianças, a partir dessa decisão da suprema corte, a deficiência dos presídios para esses fins passa a ser vista como regra.

Outro ponto significativo do julgamento foi o reconhecimento de que 68% das mulheres estão presas por crimes relacionados ao tráfico ilícito de drogas, o que significa dizer que não cometeram delitos com violência ou grave ameaça e “cuja repressão recai, não raro, sobre a parcela mais vulnerável da população, em especial sobre os pequenos traficantes, quase sempre mulheres, vulgarmente denominadas de ‘mulas do tráfico’” (BRASIL, 2018, p. 11).

Ainda, foi frisado na decisão que os cuidados que devem ser direcionados às presidiárias devem também ser dispensados aos seus filhos, que acabam sofrendo as consequências do encarceramento. Nesses termos, foi reconhecida a necessidade de atendimento ao desenvolvimento dos menores, que tem direito a infância e aos cuidados da genitora. Nos dizeres do relator:

Trazendo tais reflexões para o caso concreto, não restam dúvidas de que a segregação, seja nos presídios, seja em entidades de acolhimento institucional, terá grande probabilidade de causar dano irreversível e permanente às crianças filhas de mães presas. Nos cárceres, habitualmente estão limitadas em suas experiências de vida, confinadas que estão à situação prisional. Nos abrigos, sofrerão com a inconsistência do afeto, que, numa entidade de acolhimento, normalmente, restringe-se ao atendimento das necessidades físicas imediatas das crianças. Finalmente, a entrega abrupta delas à família extensa, como regra, em seus primeiros meses de vida, privando-as subitamente da mãe, que até então foi uma de suas únicas referências afetivas, é igualmente traumática. Ademais, priva-as do aleitamento materno numa fase em que este é enfaticamente recomendado pelos especialistas (BRASIL, 2018, p. 28).

Observa-se aqui outra mudança significativa. Diferentemente dos entendimentos de parte da jurisprudência, o STF demarcou que a mãe é indispensável para os cuidados dos filhos, independente de prova prévia desta situação. Note-se, portanto, que o HC coletivo foi um marco importante para a mudança de paradigmas instalados no judiciário brasileiro.

Novamente, deve ser ressaltar que a discussão ainda permanece em termos de prisão, que se relaciona com um problema que extrapola a questão de gênero, tendo em vista a tradição dos tribunais pátrios de manter a prisão preventiva em razão da garantia da ordem pública ou do perigo abstrato do tipo penal investigado. Essa narrativa, da necessidade da prisão em razão da "periculosidade" social do agente criminoso, da possibilidade de reiteração delitiva e, ainda, das características sociais do indiciado são traços marcantes também nas decisões que mantêm as mulheres encarceradas.

Nessa linha, insta asseverar que esse tipo de prisão preventiva é problemático por si só e vai de encontro com as bases do Estado Democrático de Direito. Conforme explica Roxin

(2000, p. 262), o problema reside em impor uma privação de liberdade em razão de uma suspeita não comprovada, tanto no que se refere crime cometido quanto àquele que se espera cometer. Com base nessas premissas também é que Hassemer (2003, p. 127) argumenta que a prisão preventiva:

es legítima solo para aseguramiento del procedimiento y de la ejecución, pero no para la persecución de objetivos penales materiales, tales como la lucha contra el peligro de reiteración. Esto se deriva necesariamente del principio por el cual se presume la inocencia. Sólo constituyen fundamentos admisibles de la prisión la fuga, el peligro de fuga y el peligro de obstrucción de la investigación.

De qualquer sorte, importa consignar que os avanços trazidos pelo julgado do STF são significativos. Em concordância com a perspectiva trazida por Soraia da Rosa Mendes (2012, p. 209), a busca por alternativas deve servir não para legitimar o poder punitivo, mas para questionar a manutenção do déficit de proteção às mulheres.

Não se trata de abandonar, mas de (re)pensar a resposta punitiva de modo a que esta signifique não a mera defesa social dos interesses constituídos. O objetivo do direito penal, neste contexto, é a proteção do fraco contra o mais forte. Como diz Ferrajoli, é exatamente monopolizando a força, delimitando os pressupostos e as modalidades de uso desta, assim como reduzindo as possibilidades de exercício arbitrário dos sujeitos não autorizados, que a proibição e a ameaça penal protegem os ofendidos contra os delitos e, nas palavras do autor, por mais paradoxal que pareça, também protege os réus contra as vinganças e outras reações mais severas (MENDES, 2012 p. 213-214).

Em face de todo o exposto, a concessão da ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, deve ser observada em termos de conquistas, uma vez que inverteu a lógica de apreciação e análise dos casos a partir dos pressupostos da existência de uma deficiência estrutural do estabelecimentos penais e das problemáticas da separação da mãe e do seu filho.

Cabe observar, contudo, que o STF estabeleceu três situações de exceção para a concessão da prisão domiciliar, quais sejam: a) em casos que o crime foi cometido com violência e grave ameaça; b) quando o crime foi cometido contra seus descendentes; e c) em “situações excepcionálíssimas”, as quais devem ser devidamente fundamentadas pelos Juízos quando da denegação do benefício (BRASIL, 2018, p. 33).

O problema reside na terceira hipótese de exceção, que é justamente as situações ditas excepcionais, não explicadas pelo Supremo. Não obstante tenha trazido melhoras, o HC

coletivo abriu margens, através da expressão “situações excepcionalíssimas” para análises arbitrárias e subjetivas do que seja o excepcional e, de novo, ainda dentro dos marcos de como se entente e se delibera acerca da prisão preventiva no Brasil.

5. A LEI 13.769/2018 E SUA APLICABILIDADE NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

A Lei 13.769 foi promulgada em dezembro de 2018 e procurou positivar o entendimento consolidado no HC coletivo 143.641/SP. Dentre as mudanças trazidas pela nova lei⁵, destaca-se as alterações feitas no Código de Processo Penal, notadamente com a introdução do artigo 318-A:

Art. 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.

Da detida análise do referido artigo, o que se observa, em um primeiro momento é que, apesar de ter inspiração no julgado do STF, o legislador não introduziu como exceção à concessão da prisão as “situações excepcionalíssimas”, selecionando apenas dois critérios objetivos de impedimento do benefício. Outra observação importante é que o legislador optou por inscrever o verbo “será” no *caput* do artigo, o que, a princípio, demonstra a obrigatoriedade da medida nos casos previstos na lei.

No entanto, da minuciosa análise dos julgados do Tribunal de Justiça do Paraná, que tinham como objeto pedido de substituição de prisão preventiva pela prisão domiciliar, vislumbram-se conclusões diferenciadas acerca da aplicação da Lei 13.769/2018.

⁵ Sublinha-se que a Lei também trouxe mudanças na Lei de Execução Penal, alterando os requisitos para a progressão de regime de mulheres gestantes, mães ou responsáveis por crianças e pessoas com deficiência. Porém, tendo em vista os objetivos desta pesquisa, aborda-se tão somente as alterações feitas no Código de Processo Penal, acerca da prisão domiciliar.

Registra-se que, para fins dessa pesquisa, foram examinados 58 acórdãos, de casos deliberados entre dezembro de 2018 e agosto de 2019, isto é, no período dos primeiros meses em que a lei estava em vigor. O método utilizado para a pesquisa jurisprudencial foi através de consulta pelo site oficial do TJPR, mediante as palavras-chave: a) prisão domiciliar e Lei 13.769/2018; b) prisão domiciliar e mãe; c) HC 143641; e d) maternidade e prisão.

Destaca-se, ademais, que foram excluídas da amostra inicial os processos que tramitam sob sigilo de justiça, bem como aqueles que negaram o conhecimento do recurso sem análise de mérito.

Dos resultados obtidos, ressalta-se:

a) Das 58 (cinquenta e oito) decisões analisadas, 16 (dezesseis) eram favoráveis a concessão de prisão domiciliar e 42 (quarenta e duas) indeferiram o pedido de substituição da prisão preventiva. Isto é, mais de 70% dos acórdãos eram desfavoráveis;

b) Ainda acerca da amostra total, 45 (quarenta e cinco) processos eram referentes a crimes relacionados ao tráfico ilícito de drogas; 11 (onze) tratavam de crimes patrimoniais (roubo, furto, estelionato e receptação); e 2 eram referentes ao delito de homicídio. Ou seja, 77% dos crimes correspondiam a tipos penais de tráfico, o que corrobora ao cenário abordado anteriormente, no qual a grande maioria das mulheres são encarceradas por esse tipo de injusto, que, por sua vez, guarda relação com o processo de feminização da pobreza;

c) No que tange aos 42 (quarenta e dois) acórdãos desfavoráveis, observou-se que a motivação do indeferimento em 7 (sete) decisões foi porque o crime fora cometido com violência. Por sua vez, em nenhum deles o crime foi cometido contra o infante. E os outros 35 (trinta e cinco) pedidos foram indeferidos por *outro motivo*. Dessas 35 (trinta e cinco) decisões, 33 (trinta e três) afirmaram se tratar de “situação excepcional”, o que significa que 78% dos casos de indeferimento são enquadrados nessa categoria;

d) A maior parte das “situações excepcionais” são caracterizadas pelas mesmas determinantes. Trata-se, geralmente, de mulher que foi presa em flagrante com pequena quantidade de entorpecentes na residência e, por se configurar tráfico de drogas no ambiente doméstico, entende-se que punham em risco o infante;

e) Em 13 (treze) decisões, apareceu como motivo determinante para a rejeição da prisão domiciliar a não comprovação da mãe ser imprescindível para os cuidados do filho. E, em 7 (sete) decisões, a reincidência da presa também apareceu como justificativa;

f) A respeito dos 16 (dezesesseis) acórdãos favoráveis, identificou-se que 8 (oito) motivaram o deferimento por *não* se tratar de situação excepcional.

Diante desse quadro de análise, algumas conclusões podem ser constatadas. A primeira delas é que a *regra é travestida de exceção*. Isto é, apesar dos Juízos seguirem chamando de “situação excepcional”, esse enquadramento tem sido o padrão para justificar a não concessão da substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, a par dos critérios objetivos estabelecidos pela Lei 13.769/2018.

Oportuno mencionar que inclusive nas decisões favoráveis, a não configuração de uma suposta “situação excepcional” é uma das principais argumentações para o deferimento, o que demonstra, de forma inequívoca, que esse tem sido o parâmetro absoluto para autorização ou não do benefício. E vale dizer que essa “situação excepcional” não é outra que não as exatas circunstâncias que mais encarceram as mulheres nesse país, isto é, tráfico ilícito de entorpecentes em suas residências.

Além disso, embora se apoiem nos termos do julgado do STF no HC coletivo, os acórdãos do TJPR desconsideram todas as premissas por aquele estabelecidas. Isto é, as deficiências estruturais dos estabelecimentos prisionais femininos são ignoradas, bem como a necessidade da mãe para o desenvolvimento da criança. Prova disso é que ainda se utiliza como justificativa para a manutenção da prisão preventiva a não demonstração de indispensabilidade da genitora nos cuidados do infante, consoante demonstrado no item *e*.

Outro ponto que merece especial atenção é que a reincidência também aparece como fator significativo, apesar de não ser, em definitivo, critério estabelecido pela Lei 13.769/2018. Isso reforça o argumento desenhado nesse trabalho de que a situação das mulheres aprisionadas também é demarcada pelas afrontas de um Direito Penal autoritário, como no caso de se levar em conta a reincidência como critério de manutenção da prisão preventiva. A respeito da reincidência, Zaffaroni, Alagia e Slokar (2002, p. 1061) esclarecem que o poder punitivo se habilita em razão da *pessoa* e não dos fatos em si, isto é:

Sólo un discurso alucinado y ajeno al saber penal puede ignorar la realidad reproductiva del poder punitivo y sostener una institución que lleva a exaltar como valor la obediencia en sí misma, que conduce a que el estado se atribuya la función de juzgar lo que cada habitante elige ser y lo que cada persona es, que viola la prohibición de doble punición y de doble juzgamiento, y que esquizofrenia al derecho penal después de haber producido tanto o más dolor y muerte que la analógica o la tortura. No cabe duda que esa institución es incompatible con la civilización y con los principios constitucionales

Assim, tendo em vista todo exposto, conclui-se que, apesar da Lei 13.769/2018 trazer avanços consideráveis no compromisso com as mulheres no cárcere, a tratativa dada pelo Poder Judiciário, notadamente pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, não caminha no mesmo sentido, ainda se pautando em supostas “exceções”, que são, em verdade, regras de um sistema punitivo.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, o que se observa é que a dramática situação de mulheres encarceradas no Brasil, em especial as mulheres gestantes e mães, ainda carece de respostas e políticas públicas concretas. O sistema de justiça criminal, baseado em premissas androcêntricas, não comporta nem responde as demandas dos corpos lidos como femininos, mais ainda em tempos de superencarceramento desse setor da população.

Nesse sentido, o HC coletivo número 143.641/SP esteve no marco da conquista, haja vista que reconheceu que a deficiência dos estabelecimentos penais é estrutural e que as mulheres têm direito a maternidade, assim como as crianças têm direito a infância. Todavia, ao estabelecer, de maneira vaga, a expressão “situação excepcionalíssima” como exceção à concessão da prisão preventiva, deu margem para diversas interpretações e, inclusive, para a manutenção do cenário anterior, que não é outro senão a manutenção da prisão preventiva.

Nessa seara, a Lei 13.769/2019, inspirada na decisão da suprema corte, avançou ao não positivar a “situação excepcionalíssima” e ao estabelecer o verbo “será” para a aplicação do benefício. Contudo, a par do que dispõe a referida lei, os julgados do Tribunal de Justiça do

Paraná caminham em sentido diverso, utilizando as supostas exceções como verdadeiras regras para o indeferimento da prisão domiciliar.

O que se conclui, portanto, é que apesar de legislados, positivados, estabelecidos e promulgados, os direitos das mulheres ainda estão longe de ser reconhecidos e legitimados. A situação catastrófica dos corpos femininos encarcerados é legitimada pelo Poder Judiciário brasileiro, que reafirma, através de decisões como essas, o seu caráter machista, classista e racista.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. **Revista Sequência**, n. 50, p. 71-102, 2005.

BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia. **Crimes contra mulheres**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN Mulheres**. Brasília: Ministério da Justiça, Infopen, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-ulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Acesso em: 28 de novembro de 2019.

BRASIL, Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. **Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão**. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015. Disponível em <<https://www.justica.gov.br/noticias/201clugar-de-crianca-nao-e-na-prisao-nem-longo-e-suamae201d-diz-pesquisa/pesquisa-dar-a-luz-na-sombra-1.pdf>> Acesso em: 28 de novembro de 2019.

BRASIL, Ministério Público do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais, do Júri e de Execuções Penais. **Maternidade no Cárcere e Lei n. 13.769/2018 – Apontamentos sobre a prisão domiciliar como substituto da prisão preventiva e do regime de cumprimento de pena e como instrumento da progressão especial de regime**. Curitiba: Ministério Público do Paraná, 2019. Disponível em: http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Maternidade_no_Carcere_e_Prisao_domiciliar_-_versao_2019_-_versao_atualizada_em_26-2-2019.pdf. Acesso em: 29 de novembro de 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 143.641 São Paulo**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 20 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>
Acesso em: 29 de novembro de 2019.

CERNEKA, Heidi Ann. Homens que menstruam: considerações acerca do sistema prisional às especificidades da mulher. **Veredas do Direito**, v. 6, n. 11, p. 61-78, 2009.

CÚNICO, Sabrina Daiana; BRASIL, Marina Valentim; BARCINSKI, Mariana. A maternidade no contexto do cárcere: uma revisão sistemática. **Estudos e Pesquisas em Psicologia**, v. 15, n. 2, p. 509-528, 2015.

DAVIS, Angela; DENT, Gina. A prisão como fronteira: uma conversa sobre gênero, globalização e punição. **Revista Estudos Feministas**, 11(2), p. 523-531, 2003.

FEDERICI, Silvia. **Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva**. São Paulo: Elefante, 2017.

GALVÃO, Mayana Camila Barbosa; DAVIM, Rejane Marie Barbosa. Ausência de assistência à gestante em situação de cárcere penitenciário. **Cogitare Enferm**, v. 18, n. 3, p. 452-459, 2013.

HASSEMER, Winfried, **Crítica al Derecho Penal de Hoy – Norma, interpretación, procedimiento**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Salvador: Juspodivm, 2015.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MELLO, Adriana Ramos de; PAIVA, Livia de Meira Lima. **Lei Maria da Penha na prática**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MELLO, Daniela Canazaro; GAUER, Gabriel. Vivências da maternidade em uma prisão feminina do Estado do Rio Grande do Sul. **Saúde & Transformação Social**, v. 1, n. 3, p. 113-121, 2011.

MENDES, Soraia da Rosa. **(Re)pensando a criminologia: reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília. Brasília, 2012.

OLIVEIRA, João Manuel de. Os feminismos habitam espaços hifenizados - a localização e interseccionalidade dos saberes feministas. **ex aequo**, n. 22, p. 25-39, 2010.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. Rio de Janeiro: Record, 2015.

ROXIN, Claus, **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 2000.

SIMÕES, Heloísa; BARTOLOMEU, Priscilla; PLACHA SÁ, Priscilla. Vale quanto pesa: o que leva(m) mulheres grávidas à prisão? **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 4, n. 3, p. 145-161, 2017.

VASCONCELOS, Isadora Cristina Cardoso de; SOUZA, Luciana Correa. A desigualdade de gênero na Lei Penal Brasileira. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, v. 4, n. 1, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**. Buenos Aires: Ediar, 2002.