



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A DISCRICIONARIEDADE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA CONCESSÃO
DE PRISÃO DOMICILIAR: O CASO DAS MULHERES PRESAS COM FILHOS
MENORES DE 12 ANOS

Aline de Almeida Motta

Rio de Janeiro
2018

ALINE DE ALMEIDA MOTTA

A DISCRICIONARIEDADE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA CONCESSÃO
DE PRISÃO DOMICILIAR: O CASO DAS MULHERES PRESAS COM FILHOS
MENORES DE 12 ANOS

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2018

A DISCRICIONARIEDADE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR: O CASO DAS MULHERES PRESAS COM FILHOS MENORES DE 12 ANOS

Aline de Almeida Motta

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ – Faculdade Nacional de Direito. Advogada.

Resumo – O art. 318, inciso V, do Código de Processo Penal prevê a possibilidade de se deferir prisão domiciliar a mulheres com filhos menores de 12 anos, em substituição à prisão preventiva. Apesar disso, referido artigo não traz as condições objetivas que essa mulher deve cumprir para fazer jus ao benefício. Essa situação faz com que as decisões judiciais sobre o tema sejam subjetivas e dependam dos critérios de avaliação de cada julgador, o que ameaça a segurança jurídica. Essencialmente, esse trabalho buscou analisar quais parâmetros são ou poderiam ser adotados pelo Superior Tribunal de Justiça na apreciação do tema, concluindo-se que a garantia do desenvolvimento infantil deve ser o principal vetor de decisão sobre a matéria.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Prisão domiciliar. Discricionariedade. Superior Tribunal de Justiça.

Sumário – Introdução. 1. Os parâmetros adotados pelo Superior Tribunal de Justiça ao deferir a prisão domiciliar nos termos do art. 318, inciso V do Código de Processo Penal. 2. O contexto social-econômico da ré presa e sua influência no deferimento da medida pleiteada. 3. Critérios objetivos que podem fundamentar as decisões sobre a prisão domiciliar, sem que fatores subjetivos influenciem na prestação jurisdicional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

No atual contexto social e político brasileiro, no qual o encarceramento em massa se revela como uma realidade, a prisão domiciliar de mulheres que possuem filhos menores de 12 anos apresenta-se como importante ferramenta alternativa à prisão. Diante desse cenário, este artigo científico propõe a análise de critérios objetivos que são ou que podem ser adotados pelo Superior Tribunal de Justiça para o deferimento dessa medida.

Objetiva-se discutir a atual falta de padronização quando da concessão de prisão domiciliar, o que pode permitir que mulheres, mães de crianças de até doze anos e nas mesmas condições, recebam provimentos jurisdicionais distintos.

Para que seja possível concluir ou não pela existência de deliberações contraditórias, que podem representar um risco à segurança jurídica, será analisado um conjunto de decisões, proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, tanto a favor quanto contra a concessão desse benefício. Além disso, a legislação penal, os tratados internacionais e a doutrina serão

importantes fontes dos fundamentos jurídicos que poderão nortear a eleição de critérios objetivos a serem adotados por referido Tribunal para o deferimento da prisão domiciliar para mulheres com filhos de até doze anos.

Após a entrada em vigor da Lei nº 13.257 de 8 de março de 2016, cujo estrutura basilar é representada pela garantia do desenvolvimento infantil integral, com a consolidação da família no exercício de sua função de cuidado e educação de crianças na primeira infância, o Código de Processo Penal sofreu significativa modificação e recebeu nova redação em seu art. 318, inciso V, cujo teor faculta ao juiz a substituição da prisão preventiva por domiciliar, quando o agente infrator for mulher com filho até doze anos incompletos.

Cada vez mais, o tema ganha relevância, dado que o Poder Judiciário, por meio de seu ativismo no atual cenário político, assumiu papel de destaque e tem suas decisões frequentemente acompanhadas pela mídia e pelos cidadãos brasileiros. Por conta disso, é lógico concluir que as decisões do Superior Tribunal de Justiça vêm sendo acompanhadas mais de perto, e, no que tangem o deferimento de prisão domiciliar a mulheres com filhos de até 12 anos, precisam ser analisadas sob o ponto de vista da influência que recebem de acordo com as características econômico-sociais da presa.

Diante do exposto, pretende-se sustentar a necessidade de parametrização quantos aos requisitos da prisão domiciliar nas circunstâncias analisadas, sem que se leve em consideração fatores externos aos elementos que constam dos processos, e, ao mesmo tempo, sem que se deixe de averiguar e valorar os aspectos pessoais da infratora, de forma a tutelar a segurança jurídica que se espera das decisões judiciais.

No primeiro capítulo será analisado se, efetivamente, existem critérios objetivos adotados pelo Superior Tribunal de Justiça para o deferimento dessa medida alternativa, que é a prisão domiciliar, ou se essas decisões são casuísticas, o que faz com que mulheres, em situações análogas, recebam tratamento jurisdicional distinto.

Em seguida, no segundo capítulo, examinar-se-á em que medida o contexto social da presa que postula o benefício influencia no deferimento da medida pleiteada e qual a repercussão dessas decisões nos diversos segmentos econômico-sociais existentes no Brasil.

No terceiro capítulo, buscar-se-á estabelecer uma padronização em relação aos fundamentos jurídicos que podem embasar as decisões que deferem a prisão domiciliar, sem que fatores alienígenas influenciem na prestação jurisdicional que será entregue. Desse modo, procura-se estabelecer um modelo que sirva a todas as mulheres que reivindicam esse benefício.

Esse artigo terá como metodologia o método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador objetiva selecionar um grupo de proposições hipotéticas, as quais acredita serem

viáveis e adequadas para a análise de seu objeto, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para isso, será realizada pesquisa básica, qualitativa, de caráter exploratório, baseada, essencialmente, na leitura da bibliografia relevante sobre o tema, sob a forma de artigos, capítulos de livros, e livros, material publicado na imprensa, legislação e jurisprudência brasileira, fichada na fase exploratória da pesquisa, e que possibilite a sustentação da tese.

1. OS PARÂMETROS ADOTADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA AO DEFERIR A PRISÃO DOMICILIAR NOS TERMOS DO ART. 318, INCISO V, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A prisão domiciliar é um instituto previsto pelo Código de Processo Penal¹, de natureza humanitária, aplicável a determinadas situações especiais. Funciona como instrumento alternativo ao encarceramento, pelo qual é facultado ao juiz a adoção de medida menos desumana quando comparada à segregação cautelar. Dessa forma, permite-se que seja imposto ao acusado a obrigação de permanecer em sua residência, ao invés de ser mantido em estabelecimento prisional. Todavia, a aplicação desse instituto exige prova idônea dos requisitos estabelecidos no art. 318, do Código de Processo Penal².

No ordenamento jurídico brasileiro, a CRFB/88³ estabelece que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. O art. 227 consagra a doutrina da proteção integral⁴ e o princípio da prioridade absoluta da criança. Apesar disso, esse preceito fundamental, que é constantemente reforçado pela legislação infraconstitucional, como se verá adiante, nem sempre pode ser cumprido por mães encarceradas. Inevitavelmente, mulheres presas são afastadas do convívio do lar, o que implica em um afastamento da relação com seus filhos.

¹ BRASIL, *Decreto-Lei nº 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 09 abr. 2018.

² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 fev. 2017.

⁴Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Idem. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 23 fev. 2017.

Todavia, no Brasil, existem mecanismos que objetivam mitigar essa realidade, em nome do melhor interesse da criança, como os apontados a seguir.

Normas internacionais sobre direitos humanos, como as Regras Mínimas da ONU para o Tratamento de Mulheres Presas de 2010⁵ ou “Regras de Bangkok” e o Marco da Primeira Infância⁶ – Lei nº 13.257/2016 – são fundamentais para a regulação do tratamento da mulher presa que é mãe. O tratado internacional, por exemplo, estabelece em sua regra nº 2⁷, que a mulher tem o direito de definir com quem deixará os filhos enquanto estiver presa, e, se necessário, até ter a prisão suspensa enquanto procura resolver esta questão. Dispõe, ainda, a regra de número 64⁸ que as penas não privativas de liberdade devem ser priorizadas quando se tratar de mulher grávida ou com filho dependente, desde que o crime não tenha sido cometido com violência e a mulher não represente uma ameaça contínua.

Nesse mesmo viés, a Lei nº 13.257/2016⁹, denominada como o novo marco legal da primeira infância, alterou a redação do artigo 318, do Código de Processo Penal¹⁰ e passou a prever que o juiz pode substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for gestante ou mulher com filho de até 12 anos de idade. Isso significa que os tribunais brasileiros, o que inclui o Superior Tribunal de Justiça, podem deferir o benefício previsto, mediante o atendimento dos requisitos legais.

Acontece que a ausência de referência expressa a quais seriam esses requisitos, sem sombra de dúvidas, é um dos problemas de mencionada norma, pois não são determinados legalmente critérios objetivos que possam ser analisados para o deferimento da medida. Em razão disso, torna-se comum a existência de decisões proferidas pelo STJ¹¹, tanto pelo

⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, *Regras de Bangkok*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/06/0704a9d9eccf5db41ec280b397a41674.pdf>>

⁶ BRASIL, *Lei nº 13.257*, de 08 de março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm>. Acesso em: 09 abr. 2018.

⁷ Regra 2.2. Antes ou no momento de seu ingresso, deverá ser permitido às mulheres responsáveis pela guarda de crianças tomar as providências necessárias em relação a elas, incluindo a possibilidade de suspender por um período razoável a medida privativa de liberdade, levando em consideração o melhor interesse das crianças.

⁸ Regra 64. Penas não privativas de liberdade para as mulheres gestantes e mulheres com filhos/as dependentes serão preferidas sempre que for possível e apropriado, sendo a pena de prisão considerada apenas quando o crime for grave ou violento ou a mulher representar ameaça contínua, sempre velando pelo melhor interesse do/a filho/a ou filhos/as e assegurando as diligências adequadas para seu cuidado.

⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 6.

¹⁰ *Idem*, *op. cit.*, nota 1.

¹¹ *Idem*. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 433.040*. Relator: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=79777042&num_registro=201800063277&data=20180202&formato=PDF>. Acesso em: 21 mai. 2018 e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 430.212*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1687628&num_registro=201703306483&data=20180323&formato=PDF>. Acesso em: 21 mai. 2018.

deferimento quanto pelo indeferimento do benefício, em situações muito próximas. Indutivamente, esse fenômeno representa um risco à segurança jurídica.

O último relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – relativo a junho de 2014, apurou que a população carcerária feminina cresceu 567% no Brasil¹². O aumento progressivo da população carcerária gera consequências externas no cenário social bastante graves como, por exemplo, a perda do poder familiar pelas mulheres presas; a destinação das crianças para abrigos, nos quais há o risco de elas serem levadas à adoção, caso não haja membros da família, além de suas mães, para cuidá-las e também a ruptura dos laços de afeto e convivência com a mãe em situação de privação de liberdade. Por esses motivos, alternativas ao encarceramento devem ser estimuladas. As consequências apontadas são usadas muitas vezes pelo STJ¹³ para deferir o recolhimento à prisão domiciliar, enquanto outras vezes são ignoradas no contexto de um indeferimento do pedido.

As decisões proferidas no âmbito de referido Tribunal Superior¹⁴, ao conceder a prisão domiciliar levam em consideração diferentes aspectos dos casos concretos, por exemplo, a idade dos filhos da mulher presa, a natureza do crime praticado, as condições pessoais da agente, os fundamentos legais sustentados pelo juízo de 1ª instância quando da decretação da prisão preventiva e a necessidade de se proteger integralmente a criança e o adolescente, nos termos do art. 227, da CRFB/88¹⁵. Todavia, não há um padrão. Cada decisão é fundamentada de forma diferente da anterior, o que, por si só, não é um problema, diante da necessidade de individualização da prestação jurisdicional. Todavia, constata-se que, em variadas oportunidades, um critério usado para o deferimento de um benefício não é mencionado para a concessão ou rejeição de outro, sem qualquer justificativa.

A legislação processual¹⁶, por exemplo, não estabelece a natureza do crime cometido como requisito para a substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Por conseguinte, é possível concluir que o benefício em comento poderia ser aplicado a qualquer espécie de infração penal, tenha ou não natureza hedionda, desde que, logicamente, preenchidos os requisitos alternativos dos incisos do art. 318, do CPP. Diante do fato de a prisão domiciliar também possuir natureza cautelar, seus efeitos serão os mesmos da prisão substituída.

¹² MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – IFOPEN Mulheres – Junho de 2014*. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/03/14/apresentacao-detalhada-do-infopen-mulheres>>. Acesso em: 20 set. 2017.

¹³ BRASIL, op. cit., nota 11.

¹⁴ Idem.

¹⁵ Idem, op. cit., nota 3.

¹⁶ Idem, op. cit., nota 1.

Além disso, como ensina Renato Brasileiro¹⁷, o princípio da adequação também deve ser aplicado à substituição - CPP, art. 282, II¹⁸ – de modo que a prisão preventiva somente poderá ser substituída pela domiciliar se se mostrar adequada à situação concreta. Em outras palavras, deve ser entendido como requisito mínimo para autorização da medida a constatação de que a prisão domiciliar seria suficiente para neutralizar o *periculum libertatis* que deu ensejo à decretação da prisão preventiva da acusada. É nesse sentido, aliás, o teor do parágrafo único do art. 318 do CPP¹⁹: “Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo”.

Importante ressaltar que nas decisões em análise proferidas pelo STJ²⁰ fica consignado que a adoção de medidas alternativas ao cárcere é uma faculdade dos magistrados. Cumpre salientar também que, diferentemente do que é noticiado pela mídia não especializada, o deferimento ou não de um pedido muitas vezes não chega a ser analisado, no mérito, pelo tribunal. A possibilidade ou não de adoção da prisão domiciliar é decidida, contudo, por via oblíqua, diante de uma questão processual suscitada pelas partes. A interposição incorreta de um recurso, por exemplo, implica muitas vezes no indeferimento de uma liminar, o que significará a manutenção da decisão de um tribunal a quo, que pode tanto ter concedido ou negado o pedido da agente presa.

Felizmente, o critério que é mais utilizado pelo Tribunal, diante da análise das decisões até agora estudadas, encontra suporte no próprio fundamento que subjaz à Lei nº 13.257/2016, qual seja, a garantia do desenvolvimento infantil integral, com o "fortalecimento da família no exercício de sua função de cuidado e educação de seus filhos na primeira infância" (art. 14, § 1º da Lei nº 13.257/2016). Seu afastamento é sopesado com a gravidade concreta da conduta perpetrada, diante da faculdade do deferimento da substituição pelo magistrado.

A presença de um dos pressupostos do art. 318²¹, do Código de Processo Penal é entendida como requisito mínimo, mas não suficiente para, de per si, autorizar a substituição da custódia preventiva por prisão domiciliar. Consigna-se que o magistrado, quando do estudo

¹⁷ Idem, op. cit., nota 2.

¹⁸ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De13689.htm>. Acesso em: 09 abr. 2018.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁰ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *RHC 89.214*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1679094&num_registro=201702370860&data=20180308&formato=PDF>. Acesso em: 21 mai. 2018

²¹ Idem, op. cit., nota 1.

do caso concreto, deverá avaliar se o recurso à cautela prisional seria a única hipótese a afastar o *periculum liberatis*.

Pelo exposto, verifica-se que a possibilidade de prisão domiciliar para mulheres que possuem filhos menores de 12 anos, que passou a ser recentemente regulada pelo Código de Processo Penal²², não estabelece de forma clara e objetiva quais requisitos devem ser preenchidos para tal fim. O Superior Tribunal de Justiça, quando da análise das decisões que estão sendo estudadas nesse trabalho, levou em consideração a situação específica trazida no processo pelas partes e se o melhor interesse da criança pode prevalecer, quando comparado à periculosidade que a agente mulher presa representa para a sociedade, diante do crime cometido²³.

Não se pode olvidar, ainda assim, que diante da relevância social que uma medida alternativa ao encarceramento apresenta, ser necessário estabelecer parâmetros mais objetivos para o seu deferimento. A prisão domiciliar de mulheres com filhos menores de doze anos é instituto que garante, até mesmo, o princípio da responsabilidade pessoal no direito penal, em outras palavras, ainda que não se possa falar em pena de forma técnica quando da decretação de uma prisão preventiva, não é possível ignorar que os efeitos dessa determinação alcançam, comumente, de forma mais violenta aqueles que mais precisam da proteção do Estado, crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade.

2. O CONTEXTO SOCIAL-ECONÔMICO DA RÉ PRESA E SUA INFLUÊNCIA NO DEFERIMENTO DA MEDIDA PLEITEADA

O Código de Processo Penal²⁴, alterado pelo Estatuto da Primeira Infância - Lei nº 13.257/16²⁵ -, passou a garantir a prisão domiciliar a mulheres grávidas ou com filhos de até 12 anos, em substituição à prisão preventiva eventualmente decretada. Como já mencionado, os critérios para o deferimento dessa medida, que é reconhecida por parcela da doutrina como uma faculdade do juiz e não um direito subjetivo da ré, não são elencados de forma taxativa por nenhum dispositivo legal. É necessário, contudo, saber quem é essa mulher que integra o

²² Idem.

²³ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 90.943*. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1689984&num_registro=201702771321&data=20180327&formato=PDF>. Acesso em: 21 mai. 2018

²³ Idem, op. cit., nota 1.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Idem, op. cit., nota 6.

sistema carcerário e faz jus a esse benefício, e quais são, primordialmente, suas características sociais. Desse modo, será possível avaliar se o contexto social-econômico da ré presa influência ou não no deferimento da medida pleiteada.

Registre-se que a alteração da lei processual penal²⁶ só teve maior repercussão com o deferimento de prisão domiciliar a Adriana Ancelmo, esposa do ex-governador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, que em 17 de março de 2017, foi “autorizada a cumprir prisão em casa para poder cuidar dos filhos de 11 e 14 anos”²⁷. Apesar disso, a realidade fática da maioria das encarceradas é bem diferente da vivida pela ex-primeira-dama do Rio de Janeiro, que possuía recursos financeiros para custear a criação de seus filhos, além de auxílio de familiares e empregados²⁸.

Na verdade, as mulheres presas que pleiteiam a prisão domiciliar, em sua grande maioria, são pessoas da periferia, acusadas da prática de tráfico de entorpecentes²⁹. E mesmo dentro da realidade desse crime, há situações bastantes distintas, por exemplo, há casos de mulheres carentes, que recebem pequena quantia de dinheiro para realizar o transporte de um único pacote contendo entorpecentes. Por outro lado, há situações de mulheres que tentam levar quantidade expressiva de cocaína para o exterior, como é o caso de uma jovem que foi surpreendida e presa em flagrante, tentando embarcar para a Tailândia com 6 kg de cocaína escondidos entre suas roupas na mala³⁰.

Diante desses dados iniciais, é possível começar a traçar o perfil de quem representa essa mulher presa preventivamente no sistema carcerário brasileiro, e que postula o benefício da prisão domiciliar. Em primeiro lugar, essa mulher provavelmente responderá pelo crime de tráfico de drogas e, em segundo lugar, a depender do caso concreto, responderá ela pelo porte de pequenas ou grandes quantidades de entorpecentes, o que, como se verá mais adiante,

²⁶ Art. 41, Lei 13.257/16: Os arts. 6º, 185, 304 e 318 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), passam a vigorar com as seguintes alterações: Art. 318. IV - gestante; V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

²⁷ RECONDO, Felipe. *O detalhe omitido da decisão do STJ sobre Adriana Ancelmo*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-detalhe-omitido-da-decisao-do-stj-sobre-adriana-ancelmo-01042017>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

²⁸ COELHO, André. *Irmão e empregados cuidam de filhos de Adriana Ancelmo enquanto ela está presa*. Disponível em: <<http://cbn.globoradio.globo.com/grandescoberturas/operacao-lava-jato/2017/03/25/IRMAO-E-EMPREGADOS-CUIDAM-DE-FILHOS-DE-ADRIANA-ANCELMO-ENQUANTO-ELA-ESTA-PRESA.htm>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

²⁹ FREITAS, Vladimir Passos de. *Prisão domiciliar de mãe de menor exige bom senso*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-15/segunda-leitura-prisao-domiciliar-mae-menor-exige-bom-senso>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

³⁰ VEJA SÃO PAULO. *Mulher é presa no Aeroporto de Guarulhos com cocaína no sutiã*. Disponível em: <<https://vejasp.abril.com.br/cidades/pf-cocaina-sutia-aeroporto-guarulhos>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

influenciará no juízo de valor feito de forma individualizada sobre a ré que requer a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar.

Cumprе ressaltar que esses dados foram colhidos a partir de uma análise de decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema³¹, e em sede colegiada. Dos 20 acórdãos analisados, 10 versam sobre processos criminais que buscam investigar a ocorrência de supostos crimes de tráfico de drogas. Há, claramente, uma prevalência desse tipo penal, dividindo-se os demais processos em crimes contra a vida e crimes contra o patrimônio, essencialmente³².

Quanto à realidade social e econômica das rés, é possível averiguar que a maioria das presas possui mais de um filho em idade alcançável pela norma legal. Além disso, é levado bastante em consideração o auxílio prestado pelos familiares, sendo que se verificado existir acolhimento material e emocional da criança, não se reconhece a existência de razões para o deferimento do benefício. Curiosamente, essa consideração não foi feita no caso da ex-primeira-dama Adriana Ancelmo, que, mesmo possuindo amplas condições de cuidar de seus filhos, contando, até mesmo, com a ajuda de familiares e empregados, ainda assim, foi agraciada pelo benefício postulado.

Ressalta-se que, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN Mulheres (Brasília Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça, Junho/2017), “a população absoluta de mulheres encarceradas no sistema penitenciário cresceu 567% entre os anos 2000 e 2014”³³. Esses números são ainda mais preocupantes ao considerar-se que 89% das mulheres presas têm entre 18 e 45 anos (INFOPEN Mulheres)³⁴, ou seja, estão em idade em que há grande probabilidade de serem gestantes ou mães de crianças. Além disso, 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, 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”.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 427.197*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1670693&num_registro=201703123051&data=20180214&formato=PDF>. Acesso em: 21 mai. 2018 e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 92.700*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1684463&num_registro=201703211270&data=20180314&formato=PDF>. Acesso em: 21 mai. 2018.

³² Respondem as rés pelos crimes de latrocínio tentado, homicídio, roubo e furto.

³³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *HC nº 143641/SP*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-ricardo-lewandowski1.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

³⁴ Idem, op. cit., nota 32.

Desse modo, em sua maioria, as “selecionadas” para o cárcere brasileiro possuem baixa escolaridade, originam-se de extratos sociais economicamente desfavorecidos e, antes da prisão, desempenhavam atividades de trabalho no mercado informal (INFOPEN Mulheres - Junho de 2014)³⁵. Sem dúvida, o contexto social e econômico da ré acaba sendo determinante para a sua inserção no mundo do crime. Ato contínuo, isso é levado em consideração pelos julgadores no momento de analisar um pedido de conversão de prisão preventiva em prisão domiciliar, mas não de forma direta e patente.

O que ocorre é que alguns dos principais pontos de análise são: a existência de um cônjuge em idêntica situação de encarceramento, a possibilidade de prover material e emocionalmente todas as necessidades da criança e a inexistência de outros familiares que já cuidem dessa criança, dispensando assim maiores cuidados por parte da mãe. Ora, impossível ignorar que muitas mulheres presas advêm de realidades sociais e econômicas precárias e, por conta disso, pode haver, como há, um encadeamento de fatos que atua em seu desfavor no momento em que o seu pleito é analisado, mas que, se outra fosse sua situação social, lhe beneficiaria.

Nesse sentido, se uma mulher presa de poucos recursos não prova ser absolutamente necessária aos cuidados com seus filhos, ela é uma pessoa dispensável no crescimento das crianças. Igualmente, se ela possui minimamente uma estrutura de ajuda, com seus familiares ajudando a atender os interesses de suas crianças, mais uma vez, essa mulher se tornará dispensável. Por outro lado, uma presa oriunda de classe média ou alta, ainda que não prove ser essencialmente necessária ao desenvolvimento de seus filhos, e ainda que mostre possuir condições de contar com outras pessoas, é considerada indispensável para a saúde psicológica de suas crianças, o que demonstra como o contexto social-econômico da ré influencia no deferimento da medida requerida de uma forma absolutamente desigual.

3. CRITÉRIOS OBJETIVOS QUE PODEM FUNDAMENTAR AS DECISÕES SOBRE A PRISÃO DOMICILIAR, SEM QUE FATORES SUBJETIVOS INFLUENCIEM NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

O Código de Processo Penal³⁶, ao estabelecer em seu art. 318, com redação dada pelo Marco Legal da Primeira Infância (Lei n.º 13.257/2016)³⁷, a possibilidade de deferimento de

³⁵Idem.

³⁶ Idem, op. cit., nota 1.

³⁷ Idem, op. cit., nota 6.

prisão domiciliar a mulheres com filhos menores de 12 anos, não trouxe, objetivamente, os critérios que devem ser levados em consideração pelos magistrados quando da análise da medida, limitando-se a orientar os juízes a exigir “prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo”.

Igualmente, o Superior Tribunal de Justiça, ao decidir sobre o tema, não traz também em suas decisões³⁸ uma homogeneidade de critérios a serem adotados. Essa constatação acaba por gerar insegurança jurídica na análise desses pedidos, tendo em vista a possibilidade de coexistirem decisões diferentes para mulheres em situações iguais. Por esse motivo, faz-se tão necessário e importante estabelecer, ainda que não em um rol taxativo³⁹, critérios mais objetivos para embasar a entrega da prestação jurisdicional.

A Ministra Maria Thereza de Assis Moura, por exemplo, ao decidir sobre o tema no Recurso em Habeas Corpus nº 90.943⁴⁰ asseverou que “(...) a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar não constitui injunção legal inafastável, porquanto cabe ao magistrado, com vistas a resguardar a efetividade da prestação jurisdicional, aquilatar a suficiência e adequação da medida”.

Desse modo, fica claro que a análise a ser realizada pelos magistrados é de maior importância, principalmente quando o entendimento jurisprudencial⁴¹ é o de que a prisão domiciliar não representa um direito subjetivo da ré, mas sim um benefício que poderá ou não ser deferido, a depender das circunstâncias do caso concreto. Nesse mesmo sentido, ensinam Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly⁴² que:

[...] Essas situações denotam um caráter humanitário de incidência da prisão domiciliar e exigem prova idônea. Contudo, a prisão domiciliar não pode ser erigida a um direito subjetivo do investigado ou acusado, bastando a evidência de suas circunstâncias fáticas para ser aplicada. A medida deve observar as regras de adequação e necessidade previstas nos incisos I e II do art. 282 do CPP. Em outras palavras, se a prisão domiciliar for insuficiente para evitar, por exemplo, a prática de outras infrações penais ou prevenir eventual fuga da pessoa, não pode ser decretada pelo juiz, que deverá determinar o recolhimento do agente em um estabelecimento penal próprio. (...). Dependendo da gravidade do crime praticado e de suas circunstâncias ou mesmo da periculosidade do agente, que pode ser integrante de uma organização criminosa, é descabida a incidência da prisão domiciliar. [...]

³⁸ Idem, op. cit., nota 14.

³⁹ O rol taxativo, também chamado de rol exaustivo, estabelece uma lista determinada, não dando margem a interpretações extensivas.

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 90.943/PE*. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=77832405&num_registro=201702771321&data=20171027&tipo=0>. Acesso em: 23 abr. 2018.

⁴¹ Idem, op. cit., nota 28.

⁴² DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 207

Recentemente, em fevereiro de 2018, o Supremo Tribunal Federal trouxe maior clareza ao tema, ao conceder habeas corpus coletivo⁴³ em nome de todas as mulheres presas grávidas e mães de crianças com até 12 anos de idade para substituir a prisão preventiva pela domiciliar, com exceção daquelas que tenham cometido crimes mediante violência ou grave ameaça, contra os próprios filhos, ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, casos em que o juiz terá de fundamentar a negativa e informar ao Supremo a decisão. Além disso, os ministros estenderam a decisão às adolescentes em situação semelhante do sistema socioeducativo e mulheres que tenham sob custódia pessoas com deficiência.

A referida decisão⁴⁴ trouxe significativos parâmetros a serem utilizados pelos magistrados quando da análise desses pedidos. Estabeleceu-se que todas as presas, com filhos menores de 12 anos de idade, devem ser beneficiadas pela medida, com exceção daquelas que tenham praticado crimes com violência, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas que deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes. Não obstante, ressalta-se que o fato de o crime ter sido cometido com violência ou grave ameaça não deveria ser decisivo para a concessão ou não da medida. Isso porque mais importante precisaria ser a análise da situação fática da criança e o quanto ela precisa que seu genitor esteja presente.

Desse modo, não basta “bom senso” ou uma inspeção subjetiva de cada caso para aplicar o benefício da prisão domiciliar. Impossível atribuir a um juízo particular o bem-estar de milhares de crianças no Brasil, quando sua saúde física e emocional são prioridades constitucionalmente estabelecidas⁴⁵. Para aplicar o art. 317, inciso V, do Código de Processo Penal⁴⁶, é necessário que os magistrados tenham em vista, principalmente, a proteção da criança, filho da ré encarcerada, com 12 anos incompletos, desde que a prisão domiciliar não ponha em risco a sociedade.

Com equilíbrio, explicam Fischer e Pacelli⁴⁷ que “a substituição da prisão por domiciliar não deverá ser automática. Deve ser aquilatada a necessidade pelo juiz de tal providência, fundamentando sobretudo em caso de indeferimento”. O indeferimento deverá ser, portanto, a

⁴³ BRASIL, op. cit., nota 30.

⁴⁴ Idem, op. cit., nota 30.

⁴⁵ Art. 227, CRFB: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010) Idem. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 23 fev. 2017.

⁴⁶ Idem, op. cit., nota 1.

⁴⁷ FISCHER, Douglas; PACELLI, Eugênio. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*, 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 740.

exceção e não a regra. Não se pode afirmar, por outro lado, que o artigo se aplica independentemente das condições do caso concreto. Com efeito, as peculiaridades do caso são essenciais para uma decisão razoável.

É preciso, portanto, averiguar se as crianças moram com a presa. Se ela cuida delas ou se isto é feito por uma avó ou outra pessoa próxima. Em que medida sua presença na casa é positiva. Ou se essa presença é negativa para as crianças, por sua dedicação a atividades criminosas. Em suma, a análise do artigo 317, V, do Código de Processo Penal⁴⁸ não deve afastar-se da máxima que diz: “na interpretação deve sempre preferir-se a inteligência que faz sentido à que não faz”⁴⁹. É dizer, a concessão de prisão domiciliar a mulheres presas provisoriamente é, em princípio, positiva, mas, concedida ou negada, deve levar em consideração, em primeiro lugar, a situação do menor, objeto principal da proteção jurídica. E, em segundo lugar, devem ser analisadas as peculiaridades do caso concreto.

Não é possível, contudo, permitir que a situação fática da presa, por si só, impeça a concessão do benefício. A estigmatização de um crime, como o tráfico de drogas, por exemplo, não é razão suficiente para impedir que a acusada, tantas vezes inserida em contexto socioeconômico miserável, seja impedida de retornar ao seu lar para amparar seus filhos.

O principal parâmetro objetivo deverá ser sempre a análise da criança em situação de risco e a relação de dependência que ela possui com sua mãe, de cuja presença foi privada. A periculosidade do crime é, inegavelmente, importante. Contudo, é necessário que o Estado use todos os meios existentes, que estejam à sua disposição, para reinserir a presa no âmbito familiar, local em que ela poderá prestar o máximo de atenção possível a seus filhos, sem que isso caracteriza um risco à sociedade.

CONCLUSÃO

Essa pesquisa constatou que as decisões do Superior Tribunal de Justiça, quando do exame do benefício da prisão domiciliar não possuem critérios padronizados. Em sua maioria, as análises realizadas levam em consideração as peculiaridades de cada caso, e isso normalmente envolve aspectos como as circunstâncias individuais da presa, a eventual

⁴⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴⁹ VILAS-BÔAS, Renata Malta. *Hermenêutica Jurídica: uma questão intrigante*. Disponível em: <http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170725113015.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2018.

impossibilidade de assistência aos filhos por outras pessoas e a situação, na qual foi cometido o delito.

O que é defendido de forma uníssona pelos Ministros do Tribunal é que, apesar de prevista no Código de Processo Penal, a concessão dos benefícios às mulheres, mãe de crianças menores de 12 anos, não é considerada automática e depende da análise individual do caso de cada detenta. Nesse sentido, ressaltam os julgados que a previsão legal é de que o juiz “poderá” substituir a prisão preventiva e não “deverá”.

Não se deve esquecer, contudo, que ainda que sejam importantes as circunstâncias nas quais o crime foi cometido, a concessão da prisão domiciliar encontra amparo legal na proteção à maternidade e à infância, como também na dignidade da pessoa humana e, por isso, a conclusão a que esse trabalho chegou é a de que o bem-estar do menor deveria ser o critério principal para verificação da justiça da medida.

Como anteriormente apontado, sobreveio, no curso dos estudos realizados para esse artigo, uma decisão do Supremo Tribunal Federal que concedeu habeas corpus coletivo em nome de todas as mulheres presas grávidas e mães de crianças com até 12 anos de idade. Os ministros, inclusive, estenderam a decisão às adolescentes em situação semelhante do sistema socioeducativo e mulheres que tenham sob custódia pessoas com deficiência. Nesse caso, foi decidido que a medida deveria ser aplicada a todas as mulheres do sistema carcerário, com exceção daquelas que tenham cometido crimes mediante violência ou grave ameaça, contra os próprios filhos, ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, casos em que o juiz terá de fundamentar a negativa e informar ao Supremo a decisão.

Desse modo, essa decisão pode ser considerada como um novo marco para a análise dos pedidos de prisão domiciliar. Passou-se a entender que todas as mulheres do sistema carcerário devem ser beneficiadas pela medida, com exceção daquelas que tenham cometido crimes contra seus filhos ou crimes mediante violência ou grave ameaça. A primeira hipótese traz uma lógica de clareza meridiana. É patente que não pode ser beneficiada pela prisão domiciliar, que tem como finalidade proteger o crescimento saudável de crianças, aquela que cometeu ilícitos contra seus filhos.

Sobre a segunda hipótese, por outro lado, não se pode esquecer que a prisão domiciliar é medida restritiva da liberdade da acusada, mas que pode ser conciliada com outras medidas. Por isso, se a situação de vulnerabilidade da criança exigir, deveria ser considerada a possibilidade de deferimento da prisão domiciliar até mesmo para uma ré que tenha cometido o crime com violência. Nessa situação, entretanto, poder-se-ia determinar, com o

monitoramento eletrônico que é inerente à prisão domiciliar, a obrigatoriedade de comparecimento periódico em juízo, sem prejuízo de outras medidas cautelares.

Neste trabalho foi aferido que, na realidade do sistema carcerário brasileiro, o maior número de mulheres presas, que estão sendo processadas, tem contra si imputado o crime de tráfico de entorpecentes. Isso representa um triste resultado da falta de oportunidade conjugada, muitas vezes, com a necessidade de sustento dessas mulheres. Obviamente, não se quer dizer que qualquer conduta criminosa seja justificável, mas é preciso refletir sobre o fato de que enquanto a mulher de classe social privilegiada, por poder pagar uma defesa técnica de excelência, quase sempre é beneficiada por essa medida, são as presas em situação econômica vulnerável que ficam sujeitas a sofrer os efeitos da discricionariedade e subjetividade das decisões que versam sobre a concessão da prisão domiciliar.

Na análise de cada caso, não basta que se verifique a conduta e a personalidade da presa, além das circunstâncias da prática do crime, mas, sobretudo, deve-se averiguar a conveniência e o atendimento ao superior interesse do menor. Para tanto, seria recomendável que uma equipe interprofissional pudesse avaliar as condições de vida da criança e o quanto a ausência de sua genitora poderá trazer consequências negativas em seu desenvolvimento.

A alteração e os acréscimos feitos ao art. 318 do CPP encontram suporte no próprio fundamento que subjaz à Lei n. 13.257/2016, notadamente a garantia do desenvolvimento infantil integral, com o "fortalecimento da família no exercício de sua função de cuidado e educação de seus filhos na primeira infância". Esse deve ser o principal vetor de decisão do Superior Tribunal de Justiça, e não a situação econômica da presa ou, apenas, a análise das condições objetivas, nas quais o crime foi praticado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 fev. 2017.

_____, *Decreto-Lei n° 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 09 abr. 2018.

_____, *Lei n° 13.257*, de 08 de março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm>. Acesso em: 09 abr. 2018.

_____, Superior Tribunal de Justiça. *RHC n° 89.214*. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequen>>

cial=1679094&num_registro=201702370860&data=20180308&formato=PDF>. Acesso em: 21 mai. 2018

_____, Superior Tribunal de Justiça. *RHC n° 90.943/PE*. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=77832405&num_registro=201702771321&data=20171027&tipo=0>. Acesso em: 23 abr. 2018.

_____, Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 430.212*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1687628&num_registro=201703306483&data=20180323&formato=PDF>. Acesso em: 21 mai. 2018.

_____, Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 433.040*. Relator: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=79777042&num_registro=201800063277&data=20180202&formato=PDF>.

_____, Supremo Tribunal Federal. *HC n° 143641/SP*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-ricardo-lewandowski1.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

COELHO, André. *Irmão e empregados cuidam de filhos de Adriana Ancelmo enquanto ela está presa*. Disponível em: <http://cbn.globoradio.globo.com/grandescoberturas/operacao-lavajato/2017/03/25/IRMAO-E-EMPREGADOS-CUIDAM-DE-FILHOS-DE-ADRIANA-ANCELMO-ENQUANTO-ELA-ESTA-PRESA.htm>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Regras de Bangkok*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/06/0704a9d9eccf5db41ec280b397a41674.pdf>>

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 207

FISCHER, Douglas. PACELLI, Eugênio. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*, 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 740.

FREITAS, Vladimir Passos de. *Prisão domiciliar de mãe de menor exige bom senso*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-15/segunda-leitura-prisao-domiciliar-mae-menor-exige-bom-senso>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima* – 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – IFOPEN Mulheres – Junho de 2014*. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/03/14/apresentacao-detalhada-do-infopen-mulheres>>. Acesso em: 20 set. 2017.

RECONDO, Felipe. *O detalhe omitido da decisão do STJ sobre Adriana Ancelmo*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-detalhe-omitido-da-decisao-do-stj-sobre-adriana-ancelmo-01042017>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

VEJA SÃO PAULO. *Mulher é presa no Aeroporto de Guarulhos com cocaína no sutiã*. Disponível em: <<https://vejasp.abril.com.br/cidades/pf-cocaina-sutia-aeroporto-guarulhos>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. *Hermenêutica Jurídica: uma questão intrigante*. Disponível em: <http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170725113015.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2018.