

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

LUIZA GARCEZ BRAUN

**SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR DOMICILIAR PARA MULHERES
COM DEPENDENTES:**

O ARTIGO 318-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NA JURISPRUDÊNCIA DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PORTO ALEGRE

2021

LUIZA GARCEZ BRAUN

**SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR DOMICILIAR PARA MULHERES
COM DEPENDENTES:**

O ARTIGO 318-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NA JURISPRUDÊNCIA DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
à Universidade Federal do Rio Grande do Sul
como requisito parcial para obtenção do grau
de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Ana Paula Motta
Costa

PORTO ALEGRE

2021

LUIZA GARCEZ BRAUN

**SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR DOMICILIAR PARA MULHERES
COM DEPENDENTES:**

O ARTIGO 318-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NA JURISPRUDÊNCIA DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
à Universidade Federal do Rio Grande do Sul
como requisito parcial para obtenção do grau
de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em: _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a. Ana Paula Motta Costa (orientadora) – UFRGS

Prof^a. Dra^a. Vanessa Chiari Gonçalves – UFRGS

Prof. Dr. Sami Abder Rahim Jbara El Jundi – UFRGS

AGRADECIMENTOS

Meu maior agradecimento ao meu maior incentivador: meu pai e melhor exemplo, João Antônio. À minha irmã Helen, por ter despertado em mim o interesse pelos assuntos que originaram este trabalho e por sempre ter sido meu porto seguro e melhor amiga e “irmãe” que eu poderia sonhar em ter. Ao meu irmão Bruno, por sempre me contrariar e, assim, me fazer reafirmar minhas escolhas e opiniões. Sem vocês, eu não teria chegado nem na metade do caminho.

À Grupa: Pietro, Isa, Gabi, Malu, Gica, Gustavos, Narpi, Dani, Juca, Duda e Matheus. Apesar de toda a ansiedade e a adversidade dos últimos tempos, vocês conseguiram fazer a minha graduação ser um espaço de amizade e alegrias que eu nunca esperei ter com um grupo tão diverso e amoroso de pessoas. Obrigada por estarem do meu lado nos momentos bons e ruins destes últimos cinco anos. Amo cada um de vocês por serem exatamente como são.

A Elisa, Brenda e Yryna, minhas mais antigas e sinceras amigas. Amo vocês e amo ver nossa evolução juntas. À Cacá pela amizade e exemplo. E também por ter contribuído para este trabalho com dicas, sugestões e incentivos. A Júlia Popsin, Duda Zandonai e Nurian por serem minhas amigas mais peculiares e que, mesmo distantes, sei que torcem por mim.

A todas as pessoas com quem eu tive o prazer de trabalhar durante esses anos de graduação: aprendi muito em todos os estágios em que passei, mas, principalmente, conheci profissionais e fiz amigos sensacionais, que eu quero levar para a vida toda. Às meninas das Promotorias de Justiça de Defesa dos Direitos Humanos do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, em especial, Raíssa, Camila e Natália. A todos da Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas da Comarca de Porto Alegre, da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do Escritório Marcos Eberhardt e Advogados Associados.

Por fim, a todos que direta ou indiretamente contribuíram com a minha formação, meu muito obrigada.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo o estudo de decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) referentes à aplicação ou não do artigo 318-A do Código de Processo Penal. Tal dispositivo foi implementado pela Lei nº 13.769/2018 e versa sobre a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar nos casos de mulheres mães ou responsáveis por crianças de até doze anos de idade. A partir do estudo de referenciais teóricos como a criminologia crítica e a criminologia feminista, bem como da conceituação de criminalização secundária, utilizou-se o método de Análise Textual Discursiva para conhecer, organizar e interpretar os acórdãos de *habeas corpus* pesquisados. Desse modo, procedeu-se a uma pesquisa de jurisprudência no *site* do TJRS, seguida pela leitura dos julgados que se enquadram no objeto deste trabalho. Subsequentemente, os dados obtidos foram sistematizados em tabelas e gráficos, que foram analisados e originaram as reflexões apresentadas ao longo do estudo. Portanto, o presente trabalho inicia com a exposição e o diálogo entre as teorias que o embasaram: a criminologia crítica e a criminologia feminista. Após, expõe-se o conceito de criminalização secundária, definição essencial para a compreensão do tema proposto, e traz-se considerações acerca da participação feminina no tráfico de drogas e da vivência das mulheres no cárcere. Apresentam-se, na sequência, as definições de prisão preventiva e prisão domiciliar, conceitos elementares do dispositivo legal estudado. Por fim, expõe-se o método de pesquisa e os resultados obtidos com a análise dos acórdãos, bem como são feitas algumas reflexões e conexões com as teorias que embasam o trabalho.

Palavras-chave: Prisão preventiva; prisão domiciliar; mulheres; mães; encarceramento feminino.

ABSTRACT

This work aims to study the decisions of the Court of Justice of Rio Grande do Sul regarding the application or not of article 318-A of the Code of Criminal Procedure. This provision was implemented by Law no. 13.769/2018 and deals with the conversion of preventive detention (pre-trial detention) into home prison in cases of women who are mothers or guardians of children up to 12 years old. From the study of theoretical references such as critical criminology and feminist criminology, as well as the conceptualization of secondary criminalization, the Discursive Textual Analysis method was used to know, organize and interpret the judgments of the researched habeas corpus. Therefore, there was a research of jurisprudence on the Court of Justice of Rio Grande do Sul website, followed by the reading of the judgments that fall within the scope of this work. Subsequently, the data obtained were systematized in tables and graphs, which were analyzed and gave rise to the reflections presented throughout the study. Thereby, this work begins with the exposition and dialogue between the theories that supported it: critical criminology and feminist criminology. Afterwards, the concept of secondary criminalization is exposed, an essential definition for the understanding of the proposed theme, and considerations are made about the female participation in drug trafficking and the experience of women in prison. Next, the definitions of preventive detention and home prison, elementary concepts of the studied legal provision, are presented. Finally, the research method and the results obtained from the analysis of the judgments are exposed, as well as some reflections and connections with the theories that support this work.

Keywords: Preventive detention; pre-trial detention; home prison; women; mothers; female incarceration.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 O NECESSÁRIO DIÁLOGO ENTRE A CRIMINOLOGIA FEMINISTA E A CRIMINOLOGIA CRÍTICA	11
2.1. O PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA.....	17
2.2. O TRÁFICO DE DROGAS E O ENCARCERAMENTO FEMININO	21
2.3. ENCARCERAMENTO FEMININO.....	25
3 CONCEITOS JURÍDICOS E DADOS RELATIVOS À PRISÃO PREVENTIVA E À PRISÃO DOMICILIAR NO BRASIL	30
3.1. PRISÃO PREVENTIVA	30
3.2. DADOS SOBRE A PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL	33
3.3. PRISÃO DOMICILIAR COMO FORMA DE CUMPRIMENTO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR	36
3.4. DADOS SOBRE A PRISÃO DOMICILIAR COMO FORMA DE CUMPRIMENTO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR NO BRASIL	41
4 O CUMPRIMENTO E O DESCUMPRIMENTO DO ARTIGO 318-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL	43
4.1 METODOLOGIA UTILIZADA	43
4.2 RESULTADOS	46
5 CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS	58

1 INTRODUÇÃO

No ano de 2017, a população carcerária feminina do Brasil era de 37.828 (trinta e sete mil, oitocentas e vinte e oito) pessoas, conforme dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), no mais atualizado compilado de informações sobre o encarceramento de mulheres no país (BRASIL, 2019, p. 7).¹ De acordo com o mesmo levantamento, 37,67% das mulheres presas em território nacional estão em regime provisório e 59,98% são acusadas de ou condenadas por crimes relacionados ao tráfico de drogas. Diante do aumento exponencial do número de mulheres privadas de liberdade no país nas últimas décadas, o Brasil participou ativamente, em 2010, na Assembleia Geral das Nações Unidas, da redação e aprovação das Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras, documento também conhecido como “Regras de Bangkok” e que prevê o maior uso de medidas desencarceradoras para o público feminino. Todavia, esse tratado só foi traduzido e publicado no Brasil no ano de 2016, através do Conselho Nacional de Justiça, a título de recomendação, “com o intuito de promover e incentivar” sua aplicação pelos Poderes Judiciário e Executivo.²

No mesmo ano, foi promulgado o Marco Legal da Primeira Infância (Lei nº 13.257/16), seguindo o princípio da alternativa à pena de prisão com o intuito de preservar a convivência familiar da criança (CORREIA, 2016, p. 6), e alterando o Código de Processo Penal para ampliar as hipóteses de concessão de prisão domiciliar cautelar para gestantes, mulheres com filhos de até doze anos de idade incompletos e homens, caso fossem os únicos responsáveis pelos cuidados de filho de até doze anos de idade incompletos. Ainda, o Supremo Tribunal Federal julgou, em fevereiro de 2018, o paradigmático *Habeas Corpus* nº 143.641, que determinou a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e pessoas com deficiência.

¹ Os dados são do último “Relatório Temático sobre Mulheres Privadas de Liberdade”, de junho de 2017.

² “Apesar de o Governo Brasileiro ter participado ativamente das negociações para a elaboração das Regras de Bangkok e a sua aprovação na Assembleia Geral das Nações Unidas, até o momento elas não foram plasmadas em políticas públicas consistentes, em nosso país, sinalizando, ainda, o quanto carece de fomento a implementação e a internalização eficaz pelo Brasil das normas de direito internacional dos direitos humanos.” (Excerto da apresentação da tradução brasileira das Regras de Bangkok pelo Ministro Ricardo Lewandowski).

Na esteira do tratado internacional, do Marco Legal da Primeira Infância e da decisão do STF, promulgou-se, em dezembro de 2018, a Lei nº 13.769, a qual editou o artigo 318 do Código de Processo Penal, estabelecendo, na legislação, o que a Corte Suprema decidira jurisprudencialmente. A nova redação do artigo 318 do CPP incluiu o seguinte dispositivo:

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 à pessoa;

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

Mesmo com as novas leis e diretriz jurisprudencial firmada, no entanto, o Poder Judiciário segue negando pedidos de prisão domiciliar de pessoas que se enquadram nas hipóteses legalmente previstas. Entender como o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) costuma decidir em casos onde o referido dispositivo legal pode ser aplicado é o objetivo da presente pesquisa, que pretende examinar como é operado o processo de criminalização secundária no TJRS para o recorte de casos analisados. Vale ressaltar, desde já, que a criminalização secundária, nesse contexto, é entendida como a ação punitiva exercida pelo Estado sobre pessoas concretas (ZAFFARONI; BATISTA, 2003, p. 43).

Considerando que a mulher encarcerada é duplamente punida — pelo crime cometido e pelo rompimento com o papel socialmente imposto a ela (MARTIL, 2017, p. 3) — e, portanto, o impacto que o cumprimento (ou descumprimento) da nova redação do artigo 318 do CPP pode ter sobre a população carcerária do Estado e, especialmente, a repercussão dos julgamentos de *habeas corpus* nas vidas de mães e filhos que têm seu futuro decidido pelo TJRS, a pesquisa de decisões judiciais sobre o tema torna-se relevante para a coleta e organização de dados e para a compreensão do entendimento judicial acerca do assunto. A jurisprudência evidencia como a teoria se aplica à prática, revelando como (e se) a lei é cumprida no plano fático e como (e se) atende seu propósito na vida das pessoas que podem ser por ela afetadas.

Sobre o impacto da segregação feminina na vida familiar, Correia (2016, p. 2) refere que “a prisão da mulher implica na desmontagem do grupo familiar e, com frequência, a separação não ocorre somente entre a mãe e seus filhos, mas também

entre os irmãos”. Horowitz (2021, p. 13) lembra que “são muitas outras vidas que também vivem a prisionização quando uma mulher é selecionada pelo sistema penal”; e Coutinho (2021, p. 92) salienta que

o encarceramento de mulheres mães e cuidadoras pode ter consequências devastadoras para suas famílias e comunidades, pois diante da ausência de fortes redes de proteção social, as pessoas dependentes ficam expostas a situações de abandono e marginalidade.

Nesse sentido, Valois (2019, p. 630) afirma que nenhuma outra punição ultrapassa tanto a pessoa do condenado como a prisão de mulheres.

Ademais, as decisões de um Tribunal de Justiça simbolizam o entendimento majoritário do Poder Judiciário estadual e consolidam precedentes que serão utilizados por toda a magistratura local em casos análogos. Desse modo, pesquisar jurisprudência e analisar a argumentação utilizada pelos magistrados é fundamental para melhor compreender se os dispositivos legais estão sendo efetivos e, se não, por quais razões podem estar sendo descumpridos, pois apenas ao compreender um determinado problema se pode pensar em maneiras de solucioná-lo.

Com o intuito de compreender o posicionamento do TJRS sobre o tema, operou-se uma pesquisa de jurisprudência, seguida pela leitura de acórdãos julgadores do mérito de *habeas corpus* impetrados em favor de mulheres presas e que poderiam, em tese, ter a prisão convertida em prisão domiciliar por preencherem os requisitos do art. 318-A do CPP. Na sequência, os dados coletados no estudo dos casos foram organizados em tabelas e gráficos, que serão apresentados ao final do trabalho, e os resultados obtidos foram analisados à luz das teorias elencadas no segundo capítulo deste trabalho.

Assim, o trabalho se divide em três eixos principais: para melhor compreensão do tema, inicialmente se discorre sobre as teorias que embasaram a pesquisa — a Criminologia Crítica, a Criminologia Feminista e suas interseccionalidades e reflexos no processo penal —, bem como se expõe a definição de criminalização secundária. Em seguida, apresentam-se os conceitos dos institutos que permeiam o estudo: a prisão preventiva e a prisão domiciliar enquanto forma de cumprimento da segregação preventiva, conteúdo fundamental para essa pesquisa.

Após, no capítulo onde é exposta a pesquisa jurisprudencial realizada, explicam-se o método e a teoria utilizados para a coleta e análise dos dados do estudo. Também são apresentados os resultados da pesquisa, obtidos pela leitura dos acórdãos julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul referentes à substituição da prisão preventiva por domiciliar nos casos de mulheres mães ou responsáveis por crianças de até doze anos de idade. Por fim, expõem-se as conclusões, nas quais são descritas as observações realizadas ao longo do processo de elaboração do presente trabalho.

2 O NECESSÁRIO DIÁLOGO ENTRE A CRIMINOLOGIA FEMINISTA E A CRIMINOLOGIA CRÍTICA

A partir dos referenciais teóricos da criminologia crítica e da criminologia feminista — perspectivas muitas vezes consideradas incompatíveis, mas que, conforme Campos e Carvalho (2011, p. 151), se assemelham à medida que são estruturadas inicialmente como discursos de denúncia e se consolidam posteriormente como concepções político-criminais —, o presente trabalho se propõe a analisar o tema da substituição da prisão preventiva por domiciliar nos casos de mulheres que se enquadrariam nos requisitos do artigo 318-A do Código de Processo Penal. A temática se relaciona às mencionadas teorias ao examinar a aplicação da criminalização secundária (conceito que será abordado em seguida) e ao abordar os diferentes tratamentos dispensados aos gêneros pelos legisladores e como isso se reflete no processo penal.

Entretanto, deve-se apontar, desde já, que na esteira do que preceitua bell hooks (2019) e como ensina Soraia da Rosa Mendes (2017), a perspectiva aqui apresentada não será a única, tampouco a absoluta ou verdadeira criminologia feminista, tendo em vista a existência de uma multiplicidade e diversidade de feminismos e suas correspondentes epistemologias. Sobre a pluralidade de sujeitos e narrativas trazidas pelo feminismo à criminologia, Carmen Hein de Campos (2020, p. 282) lembra que a “perspectiva feminista pós-moderna torna nítida a impossibilidade de um sujeito criminológico fixo, qualquer que seja ele. A questão é saber se a criminologia está disposta a assumir esses novos sujeitos ou mesmo se isto lhe interessa”.

A escolha por essas perspectivas criminológicas também decorre do fato de que a própria legislação parte do pressuposto de que existem desigualdades entre os gêneros, porquanto determina que “*a prisão preventiva imposta à **mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar***” (art. 318-A, do CPP), e, ao mesmo tempo, dispõe que “***poderá** o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: **homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos***” (art. 318, VI, do CPP). Merece atenção a escolha verbal empregada em cada dispositivo: enquanto a prisão preventiva da

mulher “será”, a do homem “poderá” ser substituída por domiciliar. Assim, o ordenamento jurídico legitima que sejam dados tratamentos distintos a homens e mulheres e consolida a percepção de que o papel desempenhado pelos pais na criação dos filhos é dispensável.

Isto é, a lei admite que a presença feminina é mais importante que a masculina no que se refere aos cuidados da prole, o que torna necessária uma análise a partir de uma perspectiva criminológico-feminista. No ponto, merece destaque a obra de bell hooks (2019, p. 200-201), à medida que ressalta a igual importância da presença de ambos os genitores na criação dos filhos:

No dicionário, a definição da palavra “pai” relaciona o seu sentido à aceitação de responsabilidade, sem mencionar palavras como “ternura” e “afeto”, normalmente mencionadas na definição da palavra “mãe”. Ao transferir para a mulher a total responsabilidade pela nutrição — e isso significa satisfazer as necessidades materiais e emocionais das crianças —, a sociedade reforça a ideia de que a mãe é mais importante que o pai. Embutida na definição e no uso dos termos “pai” e “mãe” está a ideia de que essas duas palavras se referem a experiências bem distintas. Mulheres e homens precisam definir o trabalho de pai e de mãe como se homens e mulheres tivessem a mesma responsabilidade pela parentalidade. [...] As mulheres e a sociedade como um todo geralmente consideram o pai que divide de maneira equitativa a parentalidade um caso único e especial, e não a representação do que deveria ser a norma. Esse homem é visto como se estivesse assumindo um papel “maternal”.

Desse modo, a sociedade — e, como visto, também a legislação — entende os papéis de gênero na criação dos filhos de modo diferente, dando maior importância à função materna, usualmente relacionada ao cuidado e à satisfação das necessidades materiais e emocionais das crianças, em detrimento da função paterna. Assim, quando um homem desempenha sua atribuição paterna de forma equitativa com a mãe dos seus filhos, tal atitude é socialmente inesperada e classificada como uma conduta maternal/feminina.

A criminologia crítica, por sua vez, ao ampliar o foco de análise da criminologia tradicional e estudar os mecanismos institucionais atuantes no processo de criminalização, vai ao encontro do objeto deste trabalho, que pretende examinar como o TJRS opera o processo de criminalização secundária no recorte de casos analisados. Ao relacionar as criminologias crítica e feminista, a partir da análise da obra de Alessandro Baratta, Soraia da Rosa Mendes (2017, p. 163) refere que, enquanto para o mencionado autor “uma criminologia feminista pode desenvolver-se, de modo oportuno, somente na perspectiva epistemológica da criminologia

crítica”, por outro lado, “a criminologia crítica somente poderá sobreviver na perspectiva epistemológica de uma criminologia feminista”. Assim, mais que interligadas e relacionadas, as criminologias crítica e feminista podem ser consideradas interdependentes e, portanto, ao utilizar uma dessas teorias como referencial teórico, deve-se utilizar também a outra.

Ainda de acordo com a supracitada autora, historicamente, o exercício de poder do Estado, da sociedade e da família sempre custodiou, reprimiu, vigiou e encarcerou as mulheres, nos âmbitos público e privado, e, portanto, é inadequado analisar o processo de criminalização feminino sem levar em consideração as crenças, condutas, atitudes e modelos culturais que emolduram esse cenário (MENDES, 2020, p. 149). Ou seja, o contexto social e cultural é fundamental na análise que se pretende fazer acerca do encarceramento feminino, porquanto o tratamento dispensado às mulheres, em sociedade (no âmbito público) ou na família (no âmbito privado), é resultado de séculos de dominação masculina. Conforme Andrade (2012 *apud* MARTIL, 2018, p. 102):

A relevância presente dentro da abordagem da criminologia feminista está fundamentalmente na arbitragem e na resignificação da relação entre o saber masculino onipresente e a história de um sujeito feminino ausente. O resultado esperado é o surgimento de um novo poder-saber cuja repercussão científica e política é a libertação completa do campo da Criminologia das amarras do androcentrismo.

Na concepção da doutrinadora, portanto, a análise realizada pela criminologia feminista é importante à medida que resignifica o tradicional saber masculino, intrínseco ao que é criado, lido e estudado, posto que sempre foi o lugar-comum da ciência, e evidencia a perspectiva de um sujeito feminino que pouco foi ouvido ao longo da história. Desse modo, criam-se as condições necessárias para o surgimento de uma nova forma de se perceber a matéria estudada, que possibilita a emancipação da criminologia em relação à tendência de colocar o masculino como único paradigma de representação do todo.

Para uma análise englobar o ponto de vista masculino, desse modo, basta reproduzir e se basear no material científico já existente. Se objetivar incluir uma concepção feminina, no entanto, deve-se buscar ativamente conteúdos que considerem a perspectiva de gênero. Sobre a relação das criminologias crítica e feminista, Boiteux e Chernicharo (2014, p. 2) referem:

Se de um lado o paradigma crítico traz o sistema penal para o centro de seus estudos, de maneira a considerar a construção política do delito, chamando atenção para o funcionamento estrutural seletivo, o paradigma feminista parte do pressuposto de que a experiência das mulheres difere sistematicamente da dos homens, denunciando que o modelo de análise do homem branco e de classe média não pode ser aplicado em geral e a todos os tipos e, em particular, a questão das mulheres não pode ser percebida com este modelo único.

Nesse sentido, enquanto a teoria crítica se ocupa em estudar a criação e conceituação da política criminal, atentando às características seletivas do sistema de justiça criminal, a teoria feminista pontua a relevância de se reconhecer a diferença dos tratamentos dispensados a homens e mulheres pelo sistema punitivo, ponderando que as experiências femininas e masculinas divergem e, portanto, a análise tradicional, que parte da experiência de um homem branco de classe média, não se adequa a todos os casos e, especialmente, não se vincula à vivência feminina.

Para a criminologia crítica, existe uma relação direta entre o sistema capitalista e o sistema de justiça criminal, de modo que o desenvolvimento do primeiro desencadeou mudanças no segundo e, atualmente, pode-se dizer que o modo de organização social-econômico influencia no funcionamento seletivo das agências penalizantes. O presente trabalho se concentra no processo de criminalização secundária, aqui entendida (conforme se verá na sequência), como a ação punitiva exercida pelo Estado sobre pessoas concretas, que ocorre quando as agências policiais identificam um(a) suspeito(a) de ter praticado um ato criminalizado primariamente e submetem a pessoa à agência judicial, que legitima o ato policial e admite o processo para impor-lhe uma reprimenda legal ou absolvê-la das eventuais acusações (ZAFFARONI; BATISTA, 2003, p. 43).

Nesse ponto, além do gênero, torna-se impositiva a consideração de marcadores de raça e classe, à medida que evidentemente influenciam nos processos de criminalização operados pelas agências estatais. Todavia, não constam informações sobre raça e classe das acusadas nos acórdãos analisados, de modo que essa análise resta notadamente prejudicada. Por oportuno, faz-se necessário citar Juliana Borges (2019, p. 57):

Acreditar que o elemento de classe não está informado pelo contexto e pelo elemento racializado e colonial da sociedade brasileira é invalidar que negros

são 76% entre os mais pobres no país, que três em cada quatro negros estão presentes entre os 10% com a menor renda do país ou que, em 2015, negros recebiam, em média, 59,2% do rendimento dos brancos, mesmo com as políticas afirmativas e de incentivo implementadas nos últimos anos. [...] Há desproporção no peso da definição das penas entre brancos e negros que cometeram um mesmo crime. Dos acusados em varas criminais, 57,6% são negros, enquanto que em juizados especiais que analisam casos menos graves, esse número se inverte, tendo uma maioria branca (52,6%). Essa diferença ocorre porque a determinação de qual vara será tramitado o processo depende do tipo de pena pedida, decisão do promotor de Justiça. Nas varas criminais, a prisão é praticamente inevitável, diferente dos juizados que encaminham mais penas alternativas.

São dados incontestes que os negros representam a maior parte da população pobre do país e que, mesmo com políticas públicas para mudar este cenário, seguem recebendo menos que os brasileiros brancos. Também não se discute a composição étnica do sistema prisional pátrio que, conforme o último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (BRASIL, 2017, p. 32), era 46,27% parda, 35,28% branca, 17,37% preta, 0,67% amarela e 0,22% indígena. Em contraste, a população nacional não privada de liberdade é 46,8% parda, 43,6% branca e 8,6% preta. Como mencionado, porém, os acórdãos pesquisados não informam a etnia nem a situação econômica das pacientes, impossibilitando a oportuna análise por esses vieses.

Sobre a construção dos estereótipos de gênero, sabe-se que a configuração social e cultural atribui funções e características ao feminino e ao masculino, determinando que, enquanto a esfera pública e produtiva tem os homens como protagonistas, a esfera privada e das relações familiares é tipicamente voltada às mulheres, de quem se espera o cuidado com o lar e com a prole em detrimento, muitas vezes, de uma carreira profissional. Andrade (2012, p. 141) define que o espaço público, de papéis patrimoniais e estereótipos do polo da atividade (patrimônio e cuidado dos bens), é usualmente masculino, ao passo que o espaço privado, de papéis matrimoniais e estereótipos do polo da passividade (matrimônio e cuidado do lar), é reservado ao feminino. No mesmo sentido, Saffioti (1987, p. 8) refere:

A identidade social da mulher, assim como a do homem, é construída através da atribuição de distintos papéis, que a sociedade espera ver cumpridos pelas diferentes categorias de sexo. A sociedade delimita, com bastante precisão, os campos em que *pode* operar a mulher, da mesma forma como escolhe os terrenos em que *pode* atuar o homem.

Desse modo, para a autora, os estereótipos de gênero são criados a partir de uma expectativa sobre os papéis que homens e mulheres devem desempenhar em sociedade. Nessa linha, os impactos da cultura patriarcal, aqui entendida como a “manifestação e institucionalização do domínio masculino sobre as mulheres e crianças da família”, que se estende à sociedade em geral (MENDES, 2017, p. 88), subsistem na atualidade e são responsáveis pela criação de expectativas sobre o comportamento feminino, usualmente relacionadas à maternidade e à vida doméstica e, segundo Pimentel (2020, p. 39-41):

Nesse contexto socio-histórico e cultural patriarcal, o envolvimento de mulheres com o crime torna-se uma excepcionalidade nas representações sociais constituídas nas sociedades em geral. É como se houvesse certa inversão na lógica dos papéis atribuídos às mulheres na divisão sexual da vida social, que faz parecer que o cometimento de um crime é incompatível com a condição de ser mulher, mãe e companheira, quando, na realidade, o envolvimento em uma prática criminosa pode ocorrer com qualquer pessoa – homens e mulheres – nas mais variadas circunstâncias e pelos mais diversos motivos.

Pode-se dizer, assim, que o cumprimento de sanções penais, para o público feminino, carrega maiores estigmas e se alia ao julgamento moral da sociedade pela dupla transgressão das mulheres que cometeram crimes: das normas penais e das normas de gênero. Nesse ponto, deve-se considerar que o gênero é uma construção social e que não é a diferença biológica entre os sexos o critério básico para uma análise crítica da divisão social do trabalho entre homens e mulheres na modernidade (BARATTA, 1999, p. 21).

Não em outro sentido, ao explicar o princípio da criminologia moderna com os estudos de Lombroso, Mendes (2017, p. 44) descreve a ideologia da época, na qual mulheres consideradas “normais” teriam a sexualidade subordinada à maternidade, de modo que para a mãe “normal” os(as) filhos(as) seriam sempre prioridade, enquanto para as criminosas ocorreria o contrário. Assim, quando uma mulher comete um delito e rompe com a expectativa social imposta sobre o gênero feminino, tende-se a fazer uma relação com sua conduta materna e supor, paradoxalmente, que não é uma boa mãe.

Destarte, o que se buscou demonstrar com essa apresentação das teorias utilizadas para a análise a que se propõe o presente trabalho é que, mais do que possível, é necessária uma intersecção entre as criminologias crítica e feminista, para que se possa examinar de uma maneira mais integralizada a forma como os

desembargadores do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) têm decidido sobre a concessão (ou não) de prisão domiciliar cautelar a mulheres mães e/ou responsáveis por crianças e pessoas com deficiência, a partir do determinado pela nova redação do artigo 318 do CPP.

2.1 O PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA

Constrói-se o presente subtópico no intuito de conceituar e exemplificar o processo de criminalização secundária, a partir da definição feita por Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista, sendo descrita como a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas. Deve-se considerar, conjuntamente, que a criminalização primária é definida pelos doutrinadores como o “ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas” (ZAFFARONI; BATISTA, 2003, p. 43). No Brasil, apenas a União, por meio do Poder Legislativo, tem a competência constitucional de legislar sobre questões de Direito Penal e Processo Penal.³ Portanto, somente o Congresso Nacional tem o poder de operar a chamada criminalização primária, na qual se estabelecem, abstratamente, as condutas que poderão ser alvo de ações das agências punitivas estatais.

Por outro lado, a criminalização secundária fica a cargo dos policiais, promotores e juízes, agentes públicos que detêm a incumbência de fiscalizar, investigar, prender, acusar, julgar e punir quem eventualmente infrinja as normas criminalizadas primariamente. Os supramencionados autores completam o conceito explicando que (ZAFFARONI; BATISTA, 2003, p. 44):

Apesar da criminalização primária implicar um primeiro passo seletivo, este permanece sempre em certo nível de abstração porque, na verdade, as agências políticas que elaboram as normas nunca sabem a quem caberá de fato, individualmente, a seleção que habilitam. Esta se efetua concretamente com a criminalização secundária. Embora ninguém possa conceber seriamente que todas as relações sociais se subordinem a um programa de criminalização faraônico (que paralisasse a vida social e convertesse a sociedade em um caos na busca da realização de um programa irrealizável), a muito limitada capacidade operativa das agências de criminalização secundária não tem outro recurso senão proceder sempre de modo seletivo. Desta maneira, elas estão incumbidas de decidir quem são as pessoas criminalizadas e, ao mesmo tempo, as vítimas potenciais protegidas. A

³ Art. 22, CF: Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

seleção não só opera sobre os criminalizados, mas também sobre os vitimizados.

Isto é, enquanto a criminalização primária realizada pelos políticos se limita à conceituação teórica e ampla do que será definido como crime, a criminalização secundária é levada a cabo no plano fático pelas agências de criminalização que, obviamente, têm capacidade operativa limitada para lidar com todas as condutas possivelmente enquadradas como criminosas a partir da definição estabelecida pelo Poder Legislativo. Por conseguinte, essas agências, ao cumprirem suas designações, acabam agindo de forma seletiva e deliberando quem será considerado criminoso e vítima perante o Estado. Nas palavras dos doutrinadores, as instituições “devem optar pela inatividade ou pela seleção”, e como a inatividade implicaria em seu desaparecimento, “elas seguem a regra de toda burocracia e procedem à seleção” (ZAFFARONI; BATISTA, 2003, p. 45).

É necessário reconhecer, entretanto, que o critério de seleção não é determinado exclusivamente pela vontade dos agentes policiais que operam a criminalização secundária. A atividade de selecionar e punir é condicionada e influenciada pelas ações e posições de outras agências relevantes socialmente, tais como a mídia, a opinião pública, a política, dentre outras. Nesse cenário, toda a sociedade participa, em certa medida, do processo de criminalização, ao influir e legitimar ou não a ação das instituições oficiais.

A relação entre a sociologia e a criminologia torna-se extremamente relevante, ao passo que se considera o papel desempenhado pela sociedade na definição dos atos criminalizados e na legitimação que se dá ao trabalho das agências punitivas. No ponto, a Teoria do *Labeling Approach*, ou do Enfoque da Reação Social, se conecta ao objeto deste trabalho ao entender que as interpretações feitas por cada indivíduo acerca de suas interações sociais são determinantes para a conceituação e a compreensão que cada um terá das situações que lhe são apresentadas.

A mencionada teoria vai ao encontro do conceito de criminalização secundária abordado anteriormente, uma vez que se dedica ao estudo dos órgãos de controle social, que detêm a incumbência de reprimir a criminalidade, mas que, por muitas vezes, acabam por produzi-la em grau secundário, como consequência intrínseca à sua atividade. Ao tratar da Teoria do *Labeling Approach*, ou do Enfoque da Reação Social, Baratta (2002, p. 86) descreve que:

Esta direção de pesquisa parte da consideração de que não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam), e que, por isso, o *status* social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não adquire esse *status* aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias. Portanto, este não é considerado e tratado pela sociedade como “delinquente”.

Nesse sentido e na esteira do tratado previamente, compreende-se que as teorias mencionadas passam a dar maior relevância à ação do sistema de justiça criminal, à medida que consideram que a definição da criminalidade é, em verdade, realizada pelas agências estatais que detêm a atribuição de aplicar a lei penal. Ou seja, a compreensão da criminalidade demanda o estudo do sistema penal como um todo — desde as normas abstratas criadas pelos legisladores até a ação das agências punitivas estatais —, o qual, por sua vez, demanda um olhar para a sociedade como um todo. Assim, a definição do que é crime e de quem é criminoso é resultado dos processos de criminalização primária e secundária e perpassa pela opinião e vontade públicas.

Inicialmente, opera-se a definição abstrata dos comportamentos que são entendidos como delituosos, função denominada “criminalização primária”, que incumbe ao Poder Legislativo Federal. A prática do ato descrito como penalmente típico gera uma reação social de magnitude condicionada a múltiplos fatores, mas é essa intensidade da reação pública que determina se o comportamento em questão é ou não de fato desviante e, assim, merece ou não uma punição. Existem, entretanto, grupos mais vulneráveis à prática do chamado processo de etiquetamento, à medida que costumam ser alvos preferenciais das agências que realizam a criminalização secundária. Dessa forma, a ação dos órgãos punitivos estatais é dirigida a determinados atos e sujeitos, em razão de diversos e variados motivos como, por exemplo, a posição social e econômica do agente. Pontualmente, Alessandro Baratta (2002, p. 95) refere:

Todas as questões sobre as condições e as causas da criminalidade se transformam em interrogações sobre as condições e as causas da criminalização, seja na perspectiva da elaboração das regras (penalização e despenalização, ou seja, criminalização primária), seja na perspectiva da aplicação das regras (criminalização secundária: processo de aplicação das regras gerais).

Por isso, a Criminologia Crítica se propõe a estudar o processo de criminalização como um todo, buscando a explicação da criminalidade em sua origem: a definição do que é crime pelo processo criativo das normas penais e a aplicação dessas regras no plano fático. Na sequência, o doutrinador completa o raciocínio explicando que a forma segundo a qual os membros da sociedade definem um certo comportamento como criminoso integra o quadro de definição sociológica do comportamento desviante, logo, seu estudo deve preceder o exame da reação social diante do comportamento desviante (BARATTA, 2002, p. 95). Assim, para a melhor compreensão da criminalidade, torna-se inevitável o estudo a partir de uma abordagem sociológica.

Quanto à seletividade de gênero operada durante o processo de criminalização, Boiteux e Chernicharo (2014, p. 5) pontuam que:

Diversos aspectos relacionados à sua condição (e vulnerabilidade) de gênero influenciam nos processos de seleção no sistema penal, que em relação ao tráfico de drogas se desloca para a esfera da criminalização secundária, em relação aos crimes tradicionalmente imputados à mulher, nos quais sua condição de gênero influenciava mais diretamente no processo de criação legislativa, ou seja, na esfera da criminalização primária. Ao delinquir, a mulher rompe não só com a lei penal, mas também com as normas sociais e com o seu papel cultural e social pré-estabelecidos e, desta forma, ela viola a norma duplamente, razão pela qual é duplamente punida quando adentra as esferas formais de controle.

Para as autoras, portanto, as circunstâncias e condições relacionadas ao gênero exercem influência no processo de criminalização realizado pelas instituições que detêm a atribuição de criar (criminalização primária) e aplicar (criminalização secundária) as normas penais. Nessa linha, mesmo que indiretamente ou não propositalmente, os estereótipos de gênero influem, em alguma medida, na definição e metodologia das criminalizações. Além disso, é imperativo reconhecer que ao transgredir uma norma penal, as mulheres descumprem mais do que apenas a regra infringida, à medida que, ao mesmo tempo, violam também a função social e cultural esperada do gênero feminino. Há uma dupla transgressão e, conseqüentemente, uma dupla punição.

Em suma, este subtópico procurou abordar os conceitos de criminalização primária e secundária, diante da importância que tais definições configuram a este estudo. À vista disso, foi necessário discorrer brevemente sobre a Teoria do

Etiquetamento, uma vez que está também perfeitamente relacionada ao objeto de pesquisa. Percebeu-se, com isso, que a definição do que é crime e de quem é criminoso atravessa um amplo processo de criminalização que, por sua vez, é nitidamente influenciado por questões sociais, políticas, econômicas, dentre outras. Por fim, tratou-se rapidamente da seletividade de gênero nos processos de criminalização e o duplo impacto da transgressão e da punição sobre o público feminino.

2.2 O TRÁFICO DE DROGAS E O ENCARCERAMENTO FEMININO

Considerando a relação do encarceramento feminino com os crimes previstos na Lei nº 11.343/06 — conforme o mais atualizado Relatório Temático sobre Mulheres Privadas de Liberdade, 59,98% das mulheres presas no Brasil respondem por delitos relacionados à Lei de Drogas —, e tendo em vista que, dos 82 (oitenta e dois) acórdãos válidos para esta pesquisa, em 77 (setenta e sete) eram imputados à paciente delitos envolvendo o tráfico de entorpecentes — usualmente, tráfico de drogas (art. 33) ou associação para o tráfico (art. 35) —, faz-se necessário tecer algumas observações sobre a vinculação feminina ao comércio ilícito de entorpecentes.

É difundida a ideia da prática do tráfico de drogas como meio para sustentar o consumo de entorpecentes. Por essa lógica, os(as) usuários(as) traficam para poder financiar seu uso de tóxicos. Todavia, essa relação deve ser vista com mais cautela no caso das mulheres, considerando as diferenças de oportunidades econômicas a que estão sujeitas (DEL OLMO, 1998, p. 10). Desse modo, não só a hipótese simplista da prática do tráfico para sustentar o vício pode explicar o alto índice de envolvimento feminino no tráfico de drogas, mas muitos outros fatores devem ser considerados, tais como o desemprego, a desigualdade de oportunidades no mercado de trabalho formal, o grande número de mulheres que são as únicas responsáveis pelas famílias, o fenômeno da feminização da pobreza,⁴ entre outros.

⁴ Conforme Joana Costa e Marcelo Medeiros (2008, p. 1-2), em *O que entendemos por “Feminização da Pobreza”?*, esse fenômeno pode ser definido como “uma mudança nos níveis de pobreza partindo de uma perspectiva desfavorável às mulheres ou aos domicílios chefiados por mulheres”.

Pontualmente, Gonçalves e Danckwardt (2017, p. 140) afirmam que o crescimento do encarceramento feminino nas últimas décadas ocorre concomitantemente às mudanças sociais que ampliaram a participação feminina no mercado de trabalho formal, bem como coincide com a aquisição de independência financeira e comportamental pelas mulheres. Outrossim, as mencionadas autoras assinalam:

Nesse progresso, a mulher de hoje não só deseja como precisa trabalhar para sustentar a si e à sua família, sozinha ou juntamente com seu companheiro(a). A necessidade de assegurar a sobrevivência dos filhos por meio de uma vaga no mercado de trabalho é, ainda, mais frequente entre as mulheres mais pobres. Considerando que essa camada da população é mais vulnerável à seletividade do sistema de justiça criminal, é natural que o envolvimento de mulheres com os crimes mais perseguidos pelo Estado seja ampliado. Assim, o número de mulheres relacionadas à prática de delitos de furto, de roubo e, principalmente, com o tráfico de drogas aumentou significativamente (GONÇALVES; DANCKWARDT, 2017, p. 140-141).

Como se vê, o trabalho deixou de ser uma opção para tornar-se uma necessidade para a maior parte das mulheres, que hoje também são responsáveis pelo sustento da casa. Evidentemente, a urgência em trabalhar e adquirir renda é proeminente entre as pessoas mais pobres, que são igualmente mais vulneráveis à seletividade do sistema penal e, ao mesmo tempo, enfrentam maiores obstáculos para conseguir empregos formais. Por conseguinte, cresceu consideravelmente a quantidade de mulheres que respondem pelo cometimento de delitos, em especial, pelo tráfico de entorpecentes. Sobre as razões que levam as mulheres a traficar, Cortina (2015, p. 767) refere que os dados coletados na pesquisa realizada com mulheres em situação de prisão:

Apontam que os motivos mais relatados pelas mulheres para escolherem o envolvimento com o crime são as dificuldades em sustentar os/as filhos/as e a falta de inserção no mercado de trabalho lícito e formal. Essas motivações reafirmam a hipótese de que, para grande parte daquelas que escolhem a participação no tráfico, o objetivo é a obtenção de dinheiro, entendido aqui como fonte de renda. Nesse aspecto, o ingresso das mulheres no tráfico de drogas é apontado como um efeito da feminização da pobreza, ou seja, da consideração estatística e social de que a pobreza tem atingido de forma significativa as mulheres e orientado suas escolhas de vida. Para conduzir a essa reflexão, importa examinar previamente o cenário que relaciona as mulheres à pobreza, enquanto duplo critério de exclusão social.

Em outras palavras, muitas mulheres acabam se envolvendo com o crime em razão da ausência de oportunidades no mercado de trabalho formal e pela necessidade de suprir materialmente os(as) filhos(as), por quem, várias vezes, são as únicas responsáveis. Vale ressaltar, no entanto, que a opção de envolver-se com atividades criminosas é uma escolha pessoal do agente — opção que, conforme Barcinski (2009), diversas mulheres envolvidas com atividades criminosas fazem questão de salientar. Todavia, como lembra a autora, esse “protagonismo é obviamente exercido dentro dos limites impostos por uma realidade social, econômica, cultural e familiar mais ampla”. Ainda que seja uma escolha decorrente da vontade pessoal do(a) agente, deve-se ter em mente que as opções para muitas pessoas que acabam se envolvendo em atividades criminosas são limitadas.

Não em outro sentido, Coutinho (2021, p. 71), fazendo referência a outras autoras,⁵ argumenta que, por vezes, mulheres optam por trabalhar no tráfico de entorpecentes por ser uma possibilidade de associar o ganho econômico com o trabalho doméstico e o cuidado com os filhos:

Ademais, é preciso considerar que o tráfico de drogas é uma atividade muito lucrativa, em comparação com a remuneração ofertada pelas ocupações lícitas para pessoas com baixa escolaridade, além de permitir que muitas mulheres possam trabalhar em casa. O tráfico se apresenta como alternativa viável para que elas possam aliar o trabalho com o cuidado dos filhos. Desse modo, a análise da questão socioeconômica não pode estar dissociada da condição de gênero e do papel ensejado socialmente à mulher, de mãe e responsável pela casa, que, diante do processo de agravamento da pobreza, visualiza o tráfico como uma possibilidade de exercer simultaneamente papéis produtivos e reprodutivos. Assim, o trabalho no tráfico de drogas possibilita que as mulheres, geralmente as únicas ou as principais responsáveis pela criação dos filhos, combinem suas múltiplas tarefas ao exercerem esta atividade ilegal em casa, pois elas precisam compatibilizar as necessidades de recursos econômicos com o cuidado dos filhos e do lar.

Isto é, algumas mulheres acabam envolvendo-se no comércio de entorpecentes justamente para proporcionar uma vida financeiramente melhor a seus dependentes e para não precisarem laborar longe de suas casas, de modo que possam passar mais tempo perto de sua prole, desempenhando concomitantemente os papéis produtivos e reprodutivos esperados delas. Com o encarceramento das mulheres em decorrência dessa atividade, porém, os(as) filhos(as) e dependentes delas acabam em situação mais instável e vulnerabilizada.

⁵ A autora engloba em sua fala as referências: Cortina (2015, p. 768) e Boiteux (2014).

Relativamente ao papel que as mulheres exercem nas organizações criminosas, cujo principal negócio é a comercialização de entorpecentes, em que pese nos últimos tempos algumas mulheres venham tomando posições de poder, para Soraia da Rosa Mendes (2017, p. 168), poucas apresentam um *status* de comando na hierarquia dos grupos criminosos, de modo que a maioria absoluta das mulheres presas por delitos da Lei de Drogas são, na verdade, meros meios de transporte de drogas (mulas), ou desempenham funções secundárias. Não em outro sentido, Juliana Borges (2019, p. 66) aduz que se pensarmos o tráfico de drogas como uma indústria, cabe às mulheres as posições mais vulneráveis e precarizadas, com diferenças mais acentuadas ainda se considerado o quesito cor da pele, dado que a estrutura do mercado ilegal espelha a do mercado formal de trabalho.

Embora essa característica do envolvimento feminino no tráfico de drogas seja de fácil percepção, as mulheres que são condenadas pelo artigo 33 da Lei nº 11.343/06 dificilmente têm reconhecida a privilegiadora disposta no parágrafo 4º do mesmo artigo, que dispõe que “as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa” (COUTINHO, 2021, p. 68). Acerca do assunto, Luís Carlos Valois (2019, p. 634) refere:

Se a mulher era realmente a dona da droga encontrada na casa, comandava a boca de fumo; se foi presa no lugar do marido; se apenas trabalhava no manuseio, na embalagem da droga; se sabia da droga, mas nunca pôde se insurgir contra a atividade do seu companheiro; se era apenas a dona de casa, mas o suporte e a segurança doméstica para a atividade do marido; sobre nada disso se interessa o processo penal, todas essas mulheres são presas da mesma forma e punidas de acordo com a designação dada pela polícia: traficantes.

Para o autor, portanto, as mulheres acabam sendo punidas conforme o entendimento dos policiais que realizam o flagrante, que acabam sendo os “verdadeiros delegado, promotor e juiz” dos casos de tráfico de drogas, uma vez que a legislação não prevê parâmetros objetivos para a caracterização do comércio ilegal de entorpecentes e, assim, fica a critério dos agentes estatais a caracterização ou não do tipo penal. Desse modo, se são flagradas em um local ou na companhia de alguém que possua drogas, pouco importa sua relação com o entorpecente, à medida que são passíveis de serem classificadas como “traficantes”, dada a subjetividade da Lei de Drogas.

Diante da indiscutível contribuição da Lei de Drogas para os índices de encarceramento feminino no Brasil, torna-se impossível discorrer sobre esses assuntos sem ponderar a relação existente entre a quantidade de mulheres privadas de liberdade e o tráfico de entorpecentes. Por isso, esta subseção buscou delinear brevemente alguns pontos relevantes para a melhor compreensão da temática proposta neste trabalho, tais como as razões que levam as mulheres ao envolvimento com o comércio ilegal de drogas, o papel exercido por elas nas organizações criminosas e a seletividade do sistema penal direcionada aos pequenos traficantes.

2.3 ENCARCERAMENTO FEMININO

No tocante à execução das penas privativas de liberdade no Brasil, em que pese ser consideravelmente menor o número de mulheres presas se comparado ao número de homens presos, de acordo com Pimentel (2020, p. 37), é dispensada pouca atenção às demandas peculiares ao aprisionamento de mulheres, de forma que se transparece a ideia de que os problemas intrínsecos ao encarceramento masculino são mais relevantes se contrapostos aos problemas gerados pelo encarceramento feminino. Consoante Borges (2019, p. 61), “a situação das mulheres encarceradas sofre uma dupla invisibilidade, tanto pela invisibilidade da prisão quanto pelo fato de serem mulheres”. Igualmente, Campos (2020, p. 228-229) salienta que as instituições penais tendem a reforçar a posição subordinada das mulheres na sociedade e a crença simplória de que a feminilidade é a antítese do comportamento criminoso.

Ao contrário do que preceitua a Constituição Federal quando refere que nenhuma pena passará da pessoa do condenado (art. 5º, XLV), as consequências do aprisionamento ultrapassam a pessoa privada de liberdade — seja condenada ou em prisão preventiva — e, via de regra, atingem seus entes próximos, que sentem as implicações do cárcere em suas vidas. Nesse sentido, Juliana Horowitz (2021, p. 63) aponta que as famílias das pessoas presas também vivem o sistema prisional, em razão da experiência carcerária compartilhada que reverbera no mundo exterior à prisão. Sobre a relação entre mulheres, cárcere e família, a autora complementa:

Ao debater sobre mulheres, cárcere e família o campo de pesquisas é fértil em afirmar que o aprisionamento da mulher mãe é diferente do aprisionamento paterno. Este é um traço intrinsecamente relacionado às disputas acerca da construção da categoria de gênero atrelada ao trabalho doméstico não remunerado e sobre a responsabilização do cuidado dos filhos que recai sobre a mulher mãe. Neste ponto, porém, é necessário ir além e compreender como a instituição prisional faz com que sejam necessários rearranjos familiares em razão da privação de liberdade (HOROWITZ, 2021, p. 105).

Isto é, em decorrência da construção social dos papéis atribuídos a cada gênero e na esteira das teorias tratadas anteriormente, constata-se que o aprisionamento materno gera efeitos distintos na vida familiar em comparação ao aprisionamento paterno, uma vez que o trabalho doméstico e a responsabilização pelo cuidado dos filhos são, via de regra, atribuídos às mulheres. Isso explica, possivelmente, a razão pela qual a legislação despense tratamentos diferenciados a pais e mães privados de liberdade.

No mesmo sentido do que foi tratado no tópico anterior e de acordo com Coutinho (2021, p. 92-93), a maioria das mulheres privadas de liberdade na América Latina estão nessa situação em decorrência do desempenho de funções nos mais baixos escalões do mercado do tráfico de drogas, sendo que o seu encarceramento não tem um impacto significativo na redução do mercado ilícito de entorpecentes; tem, porém, “consequências devastadoras sobre as vidas dessas mulheres e de seus dependentes, perpetuando um ciclo vicioso de pobreza, marginalidade, desespero e reincidência”. Por esse motivo, segundo a autora, é fundamental promover alternativas à prisão para essas mulheres.

Durante muito tempo, contudo, a criminalização feminina manteve-se esquecida, diante dos altos indicadores referentes ao encarceramento masculino, e, com isso, existia a crença de que os delitos cometidos por mulheres eram majoritariamente relacionados ao gênero — em suma, aborto e infanticídio (COUTINHO, 2021, p. 45). Pontualmente, Valois (2019, p. 627-628) lembra que as prisões foram construídas para homens. Suas paredes, muros e grades foram pensados para conter homens e sua violência, não foram imaginados para o encarceramento de quem cometeu delitos sem vítimas, como é o caso dos crimes relacionados às drogas, quanto mais para recolher mulheres envolvidas em tais fatos.

Ademais, a Lei de Execução Penal (LEP) foi pensada e redigida por homens e para homens, deixando de contemplar a realidade feminina e suas particularidades. Sobre a criação da LEP em uma perspectiva predominantemente masculina, Pimentel (2020, p. 47/48) refere:

A omissão de qualquer referência ao termo “mulheres” no texto indica como as atenções do legislador foram voltadas, naquele momento, ao cumprimento das penas privativas de liberdade por homens, sendo a condição feminina invisibilizada. Não se trata de uma omissão acidental, mas sim de um ponto de vista supostamente universalizante, ou seja, que parte do pressuposto de que, ao tomar o encarceramento masculino como parâmetro legislativo e de políticas públicas, a situação das mulheres estaria contemplada. Na verdade, essa forma de conduzir a produção legislativa em matéria processual penal e penitenciária desconsidera peculiaridades do encarceramento de mulheres em diversos campos, como a educação, o trabalho, a saúde física e mental, o exercício dos direitos reprodutivos e sexuais e tantos outros que demandam atenção específica, e concentra-se, apenas, nos aspectos relacionados à maternidade e à amamentação, também importantes, porém não os únicos a serem considerados no contexto mais complexo de privação de liberdade das mulheres.

Ou seja, enquanto o Código de Processo Penal ratifica a desigualdade entre os gêneros no lar e na criação dos filhos — determinando que as mulheres mães ou responsáveis por seus dependentes podem cumprir a prisão preventiva em regime domiciliar, enquanto os homens precisam comprovar serem os únicos responsáveis pelos cuidados do(s) filho(s) para obterem o mesmo direito, conforme o inciso VI, do art. 318, do CPP —, a LEP faz poucas distinções entre homens e mulheres no que se refere à sua estadia em estabelecimentos prisionais.

Há, entretanto, uma diferença arquitetônica crucial entre as penitenciárias femininas e masculinas: a existência de creches e berçários nas instituições prisionais femininas, destinados aos filhos das custodiadas, espaços inexistentes nos presídios masculinos. Tal característica, como ressalta Cortina (2015, p. 771), reforça “o padrão cultural de que a tarefa de cuidar dos/as filhos/as ainda é quase que exclusivamente feminina”. Por mais que esses lugares fossem excepcionalmente bem cuidados, dentro de uma prisão já seriam locais de punição da própria criança. Contudo, não são bem cuidados e às vezes não passam de uma sala ou cela qualquer, com uma placa indicando tratar-se de uma creche ou berçário (VALOIS, 2019, p. 630).

Para Colares e Chies (2010, p. 410-411), que conduziram uma pesquisa sobre o encarceramento feminino na 5ª Região Penitenciária do Rio Grande do Sul, o peso das diferenças recai sobre as mulheres, porquanto a prisão é pensada e

criada para os homens e, nos presídios, a medida de todas as coisas é o corpo masculino. O relato das entrevistadas no mencionado trabalho evidencia a prioridade dada aos homens encarcerados, em detrimento das mulheres que ocupam o mesmo espaço:

“Pra mim eu acho que o lugar foi feito pra homens e eles abriram uma brecha pra alojar mulheres. Porque eu acho que é masculino, só tem uma cela pras moças que tão aqui, e o resto é tudo para os homens.” (Entrevistada no Presídio 4).

“Os homens, eles têm todas as regalias. Os homens, eles são a massa carcerária não é? Então eles podem tudo. Nós não podemos nem tomar mate, nós somos a escória da escória da sociedade. [...] O nosso pátio é de terra, o deles é calçado. O nosso pátio tem ratão tão grande que parece uma capivara. Eles caminham no meio da gente. Os presos, o pátio deles é calçado, eles jogam bola fazem musculação, a gente não. Também eles podem tudo, a gente não pode nada.” (Entrevistada no Presídio 3).

“Temos pátio, mas é quase 24 horas na cela. O pátio abre as quatro e meia e às cinco e meia já não tem mais sol, não tem mais nada. Aí, os homens participam de tudo e as mulheres não podem participar de nada porque o presídio é masculino.” (Entrevistada no Presídio 4).

Outra circunstância que demonstra a morosidade das autoridades em dar atenção à questão do encarceramento feminino é o fato de que as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, documento da Organização das Nações Unidas que inspirou a redação original da LEP, data de 1955, ao passo que é do ano de 2010 as Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras (Regras de Bangkok) — documento que contribuiu para a edição da Lei nº 13.257/16 (Marco Legal da Primeira Infância), atinente à convivência dos filhos menores com as mães encarceradas, e que também foi usado como argumento na concessão da ordem do *habeas corpus* nº 143.641 pelo Supremo Tribunal Federal e, conseqüentemente, colaborou na edição da Lei nº 13.769/18, que editou o artigo 318-A do CPP. Isto é, cinquenta e cinco anos após redigir uma declaração pelos direitos dos presos que pouco tratava do encarceramento feminino, a ONU reconheceu que a segregação de mulheres envolve outras peculiaridades e demanda abordagens diversas.

Buscou-se demonstrar, neste subtópico, que a experiência do cárcere impacta de forma diversa a vida de homens e mulheres, bem como ultrapassa as pessoas privadas de liberdade e influi na vivência de seus familiares. Também se constatou que a legislação demorou a criar regras específicas para o aprisionamento

feminino, que ainda hoje é considerado secundário, na medida em que as penitenciárias seguem sendo pensadas e estruturadas preferencialmente para o público masculino.

3 CONCEITOS JURÍDICOS E DADOS RELATIVOS À PRISÃO PREVENTIVA E À PRISÃO DOMICILIAR NO BRASIL

Para a melhor compreensão do tema proposto e a conseqüente reflexão pretendida com este trabalho, faz-se necessária a breve exposição de alguns conceitos centrais aqui abordados: a prisão preventiva e a prisão domiciliar enquanto método de cumprimento da segregação cautelar. Por isso, este capítulo trata da definição e caracterização desses termos dentro da disciplina do Direito Processual Penal brasileiro, assim como apresenta dados relativos à utilização desses institutos na atualidade.

3.1 PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva é uma modalidade de prisão provisória, que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença da ação penal, portanto, tem vez quando ainda não se formou por completo o édito condenatório. Para Guilherme de Souza Nucci (2021, p. 139), o instituto pode ser definido como a “medida cautelar de constrição à liberdade por razões de necessidade”. De acordo com dados do DEPEN (BRASIL, 2021), no segundo semestre de 2020, o Brasil tinha 667.541 (seiscentos e sessenta e sete mil, quinhentas e quarenta e uma) pessoas privadas de liberdade, sendo que 215.255 (duzentas e quinze mil, duzentas e cinquenta e cinco) estavam presas provisoriamente, de forma que 32,25% da população carcerária do país era composta por presos preventivos. Entre as mulheres, estima-se que a taxa de presas sem condenação é de 37,67%, conforme dados do DEPEN de junho de 2017, no mais atualizado Relatório Temático sobre Mulheres Privadas de Liberdade.

A prisão preventiva está prevista no Capítulo III, do Título IX, do Código de Processo Penal, a partir do artigo 311 do referido diploma legal, e sofreu diversas modificações com a edição da Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime). Deve-se considerar, em síntese, que cabe a prisão preventiva em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal (art. 311); que a decisão que decretar, substituir ou denegar a medida precisa ser sempre motivada e fundamentada (art.

315); e que, a partir da entrada em vigor da Lei nº 13.964/19, o julgador não mais pode decretar a medida de ofício.

Isto é, o juiz precisa ser provocado pela autoridade policial ou ministerial, pelo querelante ou assistente de acusação para a imposição da prisão preventiva. Todavia, o julgador pode, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem (art. 316). Sobretudo, destaca-se a redação dos seguintes artigos:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV - (revogado).

§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.

A partir disso, resta inconteste que a prisão preventiva é considerada medida extrema e excepcional, mas que deixa margem ao entendimento do juiz, à medida que pode ser decretada como (a) garantia da ordem pública, (b) da ordem econômica, (c) por conveniência da instrução criminal ou (d) para assegurar a aplicação da lei penal — conceitos abertos que podem ser caracterizados de acordo

com a fundamentação da decisão pelo julgador. O uso de conceitos abertos, passíveis de preenchimento de forma livre e moral com outros conceitos igualmente abertos ocasiona problemas, especialmente na seara processual penal, área do Direito que lida com bens jurídicos de extrema relevância e que se consubstancia como o mais agudo instrumento na relação entre cidadão e Estado (PRADO; SANTOS, 2018, p. 35). Por outro lado, o parágrafo segundo (§2º) do artigo 313 é claro ao determinar que o instituto não é cabível como forma de antecipação da reprimenda eventualmente imposta ou em decorrência imediata da investigação criminal ou da apresentação ou recebimento da denúncia.

Não em outro sentido, Roberto Delmanto Júnior (2019, p. 289) afirma que a interpretação do artigo 312 do CPP deve ser a mais estrita possível, considerando que a liberdade é a regra, e a prisão provisória, a exceção. Também refere o mencionado autor que, havendo dúvida sobre o alcance do texto, deve-se optar pela interpretação com efeitos restritivos, não se admitindo efeitos extensivos para a restrição de liberdade, de modo que se admite analogia a favor do gozo do direito à liberdade (*in bonam partem*), ao passo que não se admite analogia em desfavor do investigado/acusado (*in malam partem*).

Ao contrário da outra modalidade de prisão provisória — a prisão temporária possui prazo de duração predeterminado e só é cabível durante o inquérito policial —, a prisão preventiva não tem um prazo específico e pode ser decretada na fase de investigação ou durante o processo judicial. No que se refere à ausência de previsão legal quanto ao tempo de duração da medida em comento, Nucci (2021, p. 143) aduz:

Por um lado, essa situação é positiva, visto que cada processo tem as suas peculiaridades em relação ao trâmite, devendo findar o mais breve possível, mas sem um termo fixo. De outra sorte, a ausência de um tempo predeterminado pode provocar a injusta extensão da prisão cautelar por período inadequado, quase levando o réu a antecipar o cumprimento de eventual pena. Trabalham a doutrina e a jurisprudência, hoje, com os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade. Deve-se manter a prisão preventiva por tempo razoável, compreendido este como o período absolutamente suficiente para findar a instrução, sem que o Estado-acusação ou o Estado-juiz tenha dado causa à dilação indevida. Avalia-se, igualmente, a proporcionalidade, com vistas à concreta imputação e à possibilidade real de pena, para que não se mantenha a restrição à liberdade por tempo superior ao que seria destinado ao réu, caso condenado.

Nesse sentido, infere-se que a inexistência de uma determinação de prazo para a prisão preventiva tem aspectos positivos e negativos, na medida em que os casos, na prática, demandam durações de segregação cautelar diferentes, o que também pode ocasionar a extensão da medida por tempo maior que o necessário. À vista disso, a doutrina e a jurisprudência recomendam a avaliação do período de duração do instituto a partir dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, mais uma vez, conceitos vagos que se subordinam à fundamentação do julgador.

Pontua-se, porém, que pela razoabilidade, o Estado (enquanto acusador ou julgador do feito) não pode atrasar o procedimento sem justificativa para tanto, sob pena de, se decretada a prisão preventiva, caracterizar a antecipação de pena vedada pelo § 2º do artigo 313. Pela proporcionalidade, entende-se que a medida não pode durar por período superior ao que seria eventualmente imposto em caso de condenação definitiva, o que se relaciona à determinação do inciso I do artigo 313, que admite a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos.

Diante do contexto apresentado, buscou-se demonstrar, em linhas gerais, a definição do instituto da prisão preventiva na ordem jurídica brasileira, que, como visto, ao mesmo tempo em que considera a medida excepcional, deixa margem à discricionariedade do julgador. Além disso, pontuou-se a necessidade de entender a liberdade como regra e a prisão cautelar como exceção, bem como contrastou-se brevemente as formas de prisão provisória: preventiva e temporária.

3.2 DADOS SOBRE A PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL

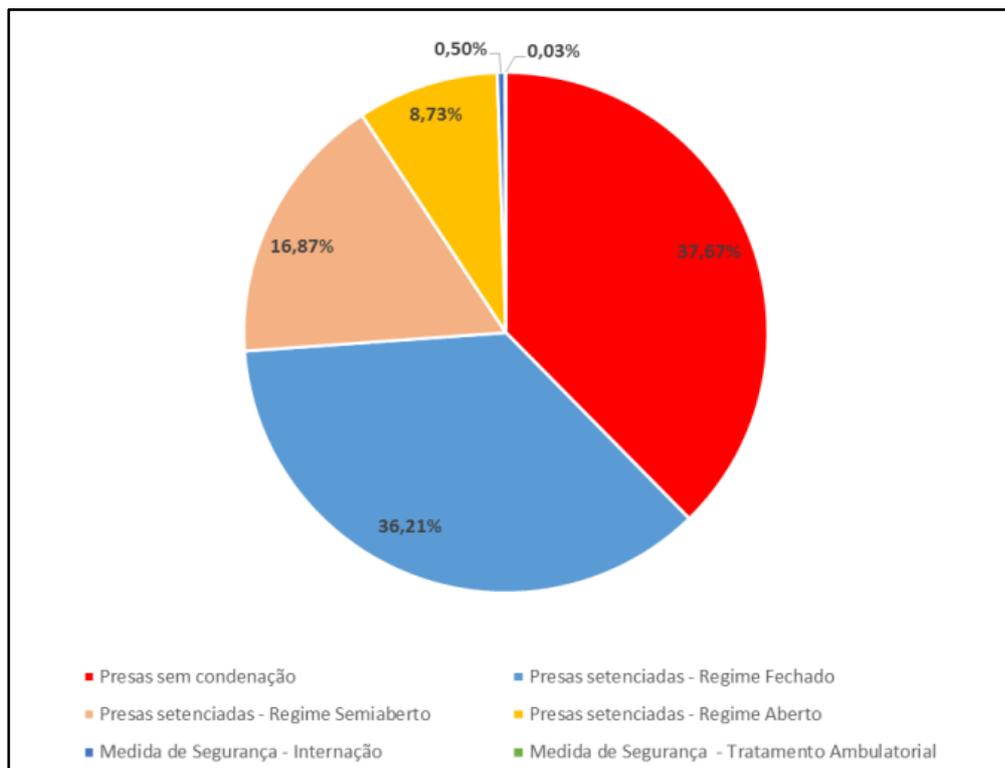
Nacionalmente, a prisão provisória é uma regra no sistema de justiça criminal, posto que 54,6% dos processos transcorrem com a decretação da medida extrema (BORGES, 2019, p. 57). E, mesmo que o Brasil figure como membro signatário de diversos pactos internacionais e possua legislação própria referente ao plano de desencarceramento feminino, verifica-se um aumento massivo do número de prisões preventivas de mulheres, bem como a manutenção e a regulação da violência através da negação de direitos a essa parcela da população (MARTIL, 2017, p. 27). Pontualmente, VASCONCELLOS (2008, p. 165) salienta que:

[...] a prisão preventiva deixou de ser utilizada (se é que algum dia o foi) apenas como meio de garantir o andamento do processo e a execução das penas e voltou-se à nova ideologia da punição, de acordo com a qual encarceramento massivo dos indivíduos pertencentes às classes economicamente inferiores, e definitivamente excluídos da sociedade inserida na lógica de uma modernidade tardia, proporciona uma eficácia punitiva ilusória à sociedade. Logo, a prisão provisória encontra-se colocada na lógica da repressão social, passando a instrumento de controle social.

A partir dessa constatação e à luz das teorias apresentadas no capítulo anterior, infere-se que a prisão preventiva tem sido instrumentalizada para segregar os indivíduos que não se adequam ao modelo social hegemônico, determinado por aqueles que detêm o poder social e econômico. Dessa forma, banalizou-se a decretação da medida extrema de constrição da liberdade enquanto ainda não formado o édito condenatório definitivo. Nessa linha, Martil (2017, p. 65) refere que a aplicação em demasia da prisão preventiva em relação a mulheres acusadas de transgredir a lei configura uma ferramenta de manutenção do *status quo*.

No último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, que data de junho de 2017 – portanto, é anterior à edição da Lei nº 13.769/18 –, apurou-se que 37,67% das mulheres presas no Brasil não possuíam condenação definitiva. Infelizmente, contudo, inexistem dados mais atualizados sobre o tema. O seguinte gráfico foi elaborado no referido Levantamento, considerando a natureza da prisão e o tipo de regime penitenciário das mulheres privadas de liberdade no país:

Gráfico 1 – Natureza da prisão e tipo de regime penitenciário das mulheres privadas de liberdade no país



Fonte: BRASIL, 2020.

O mesmo estudo constatou que, no Estado do Rio Grande do Sul, a taxa de presas provisórias era de 33,83%. Ou seja, abaixo da média nacional, mas acima do número de presas em regime fechado no estado (32,91%), em regime semiaberto (24,25%), em regime aberto (8,91%) e cumprindo medidas de segurança ou internação (0,10%). Esses dados demonstram que em que pese o RS tenha uma porcentagem menor de presas provisórias que o restante do país, o número de mulheres privadas de liberdade sem condenação definitiva supera o número de mulheres privadas de liberdade em qualquer outro regime penitenciário, tendência também verificada em muitos outros estados.

Dentre a população prisional em geral, os dados mais atualizados do Infopen datam de dezembro de 2019 (BRASIL, 2020). Nesse levantamento, observou-se que o Brasil possuía então 748.009 (setecentos e quarenta e oito mil e nove) pessoas privadas de liberdade e, dessas, 222.558 (duzentas e vinte e dois mil, quinhentas e cinquenta e oito) estavam provisoriamente presas. Logo, 29,75% da população prisional, em dezembro de 2019, era de pessoas sem condenação definitiva, resultado que denota certa redução em comparação aos dados sobre as mulheres

no ano de 2017. Como não há especificação de gênero nesse último estudo, impossível saber de que forma essa redução impactou especificamente a população carcerária feminina.

Sublinha-se, outrossim, que a ordem pública é muito usada como fundamento para a decretação ou manutenção das prisões preventivas. Sobre a relação desse argumento com o aprisionamento feminino, Martil (2017, p. 65) aduz que:

Diante do fato da prisão preventiva constantemente ser utilizada em demasia pelo Sistema de Justiça Criminal como justificativa da manutenção da ordem pública, levantamos a hipótese dessa justificativa ser imbuída de valoração e moralismos patriarcais no que concerne à categoria do aprisionamento de mulheres. Opera-se então a necessidade de discutir a questão de subserviência feminina ser utilizada enquanto ferramenta de controle social e domínio androcêntrico pelos atores sociais operadores do sistema de justiça.

A autora traz a possibilidade, assim, de o conceito vago de “ordem pública” ser preenchido, quando da análise do aprisionamento feminino, por moralismos patriarcais ainda presentes na sociedade, o que pode ocorrer independentemente da consciência de quem reproduz esse posicionamento. Por isso, faz-se pertinente a discussão sobre a utilização da subserviência das mulheres como forma de controle social e manutenção da supremacia masculina concretizados também pelos operadores do Direito.

Neste subtópico, procurou-se introduzir uma reflexão crítica acerca do uso indiscriminado do instituto da prisão preventiva, a partir de dados e doutrinas relativos à referida medida cautelar no Rio Grande do Sul e no Brasil. Por derradeiro, delineou-se a hipótese de o argumento de garantia da ordem pública ser usado para a decretação e manutenção das prisões preventivas de mulheres, com um viés sexista e patriarcal.

3.3 PRISÃO DOMICILIAR COMO FORMA DE CUMPRIMENTO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR

Cumpra diferenciar, de plano, o cumprimento de prisão preventiva em regime domiciliar – objeto deste trabalho – e a prisão domiciliar como forma de cumprimento de pena privativa de liberdade em regime aberto, prevista no artigo 117 da Lei de

Execução Penal.⁶ A prisão domiciliar como método de cumprimento da prisão preventiva está prevista no capítulo IV, do Título IX, do Código de Processo Penal, entre os artigos 317 e 318-B, dispositivos que foram recentemente editados, o que denota a contemporaneidade do tema.

Conforme a redação do artigo 317 do CPP, a prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial. O instituto pode ser aplicado, de acordo com o artigo 318, quando o agente for (I) maior de 80 anos; (II) extremamente debilitado por motivo de doença grave; (III) imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 06 anos de idade ou com deficiência; (IV) gestante; (V) mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos; (VI) homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 anos de idade incompletos. Essas determinações foram incluídas pelas Leis nºs 12.403/11 e 13.257/16.

Entretanto, acabou por ser editada também a Lei nº 13.769/18, que ampliou as possibilidades de concessão da prisão domiciliar, acrescentando os seguintes dispositivos ao Código de Processo Penal:

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.

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

As medidas alternativas estabelecidas no artigo 319, por sua vez, são as chamadas “medidas cautelares diversas da prisão”, que constituem formas menos drásticas de restrição da liberdade do agente⁷ e, como visto, podem ser aplicadas concomitantemente à prisão domiciliar eventualmente imposta.

⁶ Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: I - condenado maior de 70 (setenta) anos; II - condenado acometido de doença grave; III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV - condenada gestante.

⁷ As medidas cautelares diversas da prisão podem ser: (I) comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (II) proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (III) proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (IV) proibição de ausentar-se da

Nesse ponto, cabe anotar que a conversão da prisão preventiva em domiciliar nos casos de mulheres mães ou responsáveis por seus dependentes é uma tendência que vem sendo gradualmente introduzida na ordem jurídica brasileira. Isso porque o Brasil participou ativamente da elaboração e assinatura, em 2010, na Organização das Nações Unidas, das Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras (Regras de Bangkok). Contudo, o referido documento foi traduzido e publicado no país somente seis anos depois, a título de recomendação pelo CNJ. Quanto ao objeto deste trabalho, o tratado prevê, em sua regra 64, que as penas não privativas de liberdade serão preferidas “sempre que for possível e apropriado” nos casos de gestantes e mulheres com filhos dependentes, e que a pena de prisão deverá ser considerada somente nas hipóteses de crimes graves ou violentos ou quando a mulher representar “ameaça contínua”, sendo sempre velado o melhor interesse dos filhos.

Desta maneira, as penas não privativas de liberdade devem ser privilegiadas nos casos de mulheres gestantes e com filhos dependentes. Nesse sentido, a prisão seria imposta apenas em casos extremos, sendo esses definidos pela prática de crimes graves ou violentos ou quando a mulher for considerada ameaça contínua. Ainda assim, a prioridade seria sempre o bem-estar e os interesses da criança. O uso de termos genéricos como “crimes graves ou violentos”, porém, deixa margem à discricionariedade de quem cria e aplica as normas.

Na mesma linha das Regras de Bangkok, entrou em vigor, em 2016, a Lei nº 13.257 (Marco Legal da Primeira Infância), que fez modificações no Código de Processo Penal, ao determinar que, ainda na fase investigativa e na lavratura do auto de prisão em flagrante, a autoridade policial deverá “colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa

Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (V) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (VI) suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (VII) internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; (VIII) fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; (IX) monitoração eletrônica.

presa” (art. 6º, X, e art. 304, § 4º, do CPP), o que também deverá ser feito no interrogatório do acusado perante a autoridade judiciária (art. 185, § 10, do CPP).

O referido marco legislativo também incluiu, como já mencionado, a possibilidade de substituição da prisão preventiva por domiciliar nos casos de gestante, mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos e homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos (art. 318, IV, V e VI, do CPP). Para Martil (2017, p. 137), a principal mudança do artigo 318 do CPP, inserida pela Lei nº 13.257/2016, foi o acréscimo de causas que possibilitam a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, resguardando, assim, o melhor interesse da criança até a transição em julgado do processo criminal dos genitores.

Em relação à edição no CPP trazida pela Lei nº 13.257/16, Pacelli (2021, p. 466) afirma:

A respeito deste dispositivo, recentemente acrescentado ao Código de Processo Penal por força da Lei 13.257/2016, entendemos que o legislador criou inaceitável desproporção no que se refere aos papéis da maternidade e da paternidade na formação e proteção da infância, indo na contramão da evolução do direito parental. A substituição da prisão preventiva pela domiciliar de quem é pai está condicionada a ser ele o único responsável pelos cuidados de filho de até doze anos; no caso da mulher, o único requisito é a maternidade.

Na esteira do que foi mencionado no capítulo anterior, portanto, o autor critica os díspares tratamentos dispensados pela legislação no que se refere aos papéis maternos e paternos na criação dos filhos. Sublinha-se que, segundo o doutrinador, essa nova determinação legal vai de encontro à evolução do direito parental ao determinar que o genitor deve comprovar ser o único responsável pelos cuidados da prole para ter a prisão preventiva substituída por domiciliar, ao passo que a genitora apenas precisa demonstrar sua condição de mãe.

Ainda, em fevereiro de 2018, o Supremo Tribunal Federal julgou o *habeas corpus* nº 143.641/SP, no qual se constatou a

existência de situação estrutural em que mulheres grávidas e mães de crianças [...] estão, de fato, cumprindo prisão preventiva em situação degradante, privadas de cuidados médicos pré-natais e pós-parto, inexistindo, outrossim berçários e creches para seus filhos.

E destacou que a cultura do encarceramento se

evidencia pela exagerada e irrazoável imposição de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação da lei penal, bem assim da processual penal, mesmo diante da existência de outras soluções, de caráter humanitário, abrigadas no ordenamento jurídico vigente.

O acórdão ainda citou as Regras de Bangkok, “segundo as quais deve ser priorizada solução judicial que facilite a utilização de alternativas penais ao encarceramento, principalmente para as hipóteses em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado”, e as alterações no CPP promovidas pelo Estatuto da Primeira Infância. Também referiu-se que os cuidados para com a mulher presa direcionam-se

[...] não só a ela, mas igualmente aos seus filhos, os quais sofrem injustamente as consequências da prisão, em flagrante contrariedade ao art. 227 da Constituição, cujo teor determina que se dê prioridade absoluta à concretização dos direitos destes.

Ao final, a ordem foi concedida para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes.

Alguns meses depois dessa decisão (em outubro de 2018), diante da chegada de diversos requerimentos de extensão dos efeitos do julgado, o Ministro Ricardo Lewandowski concedeu *habeas corpus* de ofício, corroborando a decisão anterior e estendendo seu alcance às mulheres que ainda se encontravam em situação de prisão e poderiam cumprir a medida preventiva em regime domiciliar. Portanto, infere-se que a Lei nº 13.769/18, assinada em 19 de dezembro de 2018, veio na sequência de outros marcos legislativos e jurisprudenciais, de modo que a redação desse dispositivo legal referendou a tendência geral de estabelecimento de medidas menos gravosas que a prisão preventiva cumprida em estabelecimento penal quando a acusada for mãe ou responsável por crianças de até doze anos de idade ou pessoas com deficiência.

Diante desse cenário, buscou-se delimitar, neste subtópico, o conceito da prisão domiciliar enquanto modalidade de cumprimento da segregação preventiva, bem como apresentar brevemente o histórico dos marcos legislativos e jurisprudenciais que vêm ampliando as hipóteses de aplicação da medida e levaram à edição da Lei nº 13.769/18.

3.4 DADOS SOBRE A PRISÃO DOMICILIAR COMO FORMA DE CUMPRIMENTO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR NO BRASIL

Tendo em vista que as mais atualizadas pesquisas do Departamento Penitenciário Nacional sobre a população carcerária feminina datam do ano de 2017, não existem dados oficiais sobre o cumprimento de prisão preventiva em regime domiciliar a partir da edição da Lei nº 13.769/2018. Há, entretanto, estudos e informações pontuais em alguns estados do país acerca do assunto.

Cabe mencionar também que, em decorrência da pandemia causada pela Covid-19, o Conselho Nacional de Justiça editou, em março de 2020, a Recomendação nº 62/2020, a qual aconselhava os tribunais e magistrados a adotar medidas preventivas à propagação da infecção da doença nos estabelecimentos penais e socioeducativos e, nesse sentido, indicava a aplicação da prisão domiciliar quando possível, a reavaliação da necessidade das segregações provisórias e a viabilidade de antecipação das progressões de regime. A partir dessa medida, estima-se que 6,6% das pessoas privadas de liberdade no país foram colocadas em prisão domiciliar (TEÓFILO; SOUZA, 2020).

Precisamente em relação à concessão ou não de prisão domiciliar como forma de cumprimento da segregação cautelar a mulheres com dependentes, ao citar uma pesquisa realizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, Mendes (2020, p. 129) escreveu:

[...] segundo mostra a pesquisa conduzida pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (2019), entre agosto de 2018 e fevereiro de 2019, foi contabilizado o expressivo número de 161 mulheres que atendiam aos critérios fixados pela Lei 13.769/2018. Ou seja, tratavam-se de gestantes, lactantes ou mães de criança com deficiência ou de até 12 anos de idade, e que não estavam respondendo a crime violento nem praticado sob forte ameaça. Contudo, como também mostra o levantamento, uma em cada quatro mulheres que passaram pela Central de Audiência de Custódia de Benfica, na Zona Norte do Rio de Janeiro, tiveram a prisão cautelar mantida apesar de cumprirem todos os requisitos para obtenção da liberdade provisória ou da prisão domiciliar. Observe-se que os dados publicados pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro foram obtidos posteriormente à decisão de nossa Suprema Corte e que o período de coleta coincide em parte com a entrada em vigor da Lei 13.769, de 19 de dezembro de 2018, que acrescentou o art. 318-A ao Código de Processo Penal [...]. Como se pode perceber, a lei não estabelece uma faculdade judiciária para a substituição, mas uma obrigatoriedade: “**será substituída por prisão domiciliar**” (art. 318-A, CPP) inexistindo razão alguma para que mulheres nas condições previstas em lei sejam mantidas em calabouços como são as prisões brasileiras.

Os dados obtidos pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro coincidem, em certa medida, com os números apurados neste estudo, apresentados ao longo do capítulo seguinte. Ainda, ressalta-se que na opinião da mencionada autora, a lei em questão é taxativa ao determinar a substituição da prisão preventiva por domiciliar nos casos de gestantes, lactantes ou mães de criança com deficiência ou de até doze anos de idade, ao passo que emprega o verbo “ser”, em detrimento de tantas outras possibilidades de escolha verbal para a redação do artigo. No entanto, nem todos os julgadores entendem a imposição legal da mesma forma.

Nesse sentido, no mês de junho, veiculou-se a notícia (FREIRE, 2021) de que, entre janeiro e abril deste ano, 27% das mulheres presas em flagrante tiveram a reclusão cautelar mantida após a audiência de custódia, proporção maior do que a constatada antes da pandemia, que era de 25,9%. A reportagem traz também a informação de que no caso das mulheres acusadas de furto, a prisão domiciliar é negada em 56% das vezes. Em outras palavras, na maioria dos casos que se enquadra nas hipóteses do art. 318-A do CPP, a prisão domiciliar é concedida; entretanto, ainda é expressivo o número de indeferimentos da medida.

Desse modo, procurou-se apresentar os dados encontrados sobre a aplicação da prisão domiciliar como forma de cumprimento de segregação cautelar no Brasil atualmente. Como visto, as informações a respeito do assunto são escassas, uma vez que as medidas que recomendam a substituição da prisão preventiva por domiciliar são recentes e não se realizaram muitas pesquisas acerca da efetivação dessas determinações. Constatou-se, no entanto, que a partir da recomendação do CNJ durante a pandemia de Covid-19, uma pequena parcela da população carcerária foi colocada em prisão domiciliar, assim como muitas mulheres com dependentes vêm tendo a prisão preventiva substituída por domiciliar, apesar de ainda ser considerável o número de indeferimentos da medida nessas situações, conforme também se demonstra no capítulo seguinte, a partir da pesquisa realizada no TJRS.

4 O CUMPRIMENTO E O DESCUMPRIMENTO DO ARTIGO 318-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Neste capítulo, apresenta-se a metodologia utilizada para a pesquisa de jurisprudência realizada no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, qual seja, a Análise Textual Discursiva. Além disso, expõem-se os resultados obtidos a partir da análise jurisprudencial realizada, assim como as observações feitas ao longo do processo de construção do presente trabalho.

4.1 METODOLOGIA UTILIZADA

No que se refere à metodologia utilizada para a construção deste trabalho, destaca-se que para Chizzotti (2001 *apud* MARTIL, 2018, p. 136), enquanto na abordagem quantitativa o pesquisador descreve, explica e prediz, no intuito de apurar e desvendar a relevância da amostra a partir de uma conceituação da realidade já percebida, na abordagem qualitativa, por sua vez, o pesquisador participa, compreende e interpreta. Nessa esteira, para uma melhor compreensão acerca do tema proposto, optou-se por utilizar a *análise textual discursiva* ao examinar o conteúdo dos acórdãos selecionados. Na pesquisa qualitativa, como descreve MORAES (2003, p. 191), pretende-se aprofundar a compreensão dos fenômenos investigados a partir de uma análise criteriosa das informações, de modo que não se busca testar hipóteses no intuito de comprová-las ou refutá-las ao final da pesquisa, mas sim, compreender o objeto estudado.

Nesse sentido, o autor propõe uma análise que organiza os argumentos em quatro etapas: (1) desmontagem dos textos (consiste em examinar e fragmentar o texto lido em unidades menores e enunciados referentes ao objeto de pesquisa); (2) estabelecimento de relações (categorização, organização e classificação das informações coletadas na primeira etapa, ponto em que se constroem relações entre as unidades separadas na desmontagem dos textos, reunindo-as em categorias); (3) captação do novo emergente (a partir das etapas anteriores, é possibilitada a realização de uma melhor crítica e compreensão sobre o assunto examinado, momento em que se expressa as compreensões atingidas com a interpretação e

descrição dos dados); e (4) auto-organização (construção de metatextos tendo como suporte os resultados das etapas anteriores).

Seguindo esse ciclo de análise, inicialmente com a desorganização e fragmentação dos materiais e sua subsequente organização em categorias, surgem condições para a emergência de novos entendimentos acerca do tema objeto de estudo, de modo que “a análise textual qualitativa pode ser compreendida como um processo auto-organizado de construção de novos significados em relação a determinados objetos de estudo, a partir de materiais textuais referentes a esses fenômenos” (MORAES, 2003, p. 209).

Cabe consignar, neste ponto, que a escolha por analisar os acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul se deu por ser este o tribunal mais próximo da realidade da pesquisadora e da universidade proponente, bem como pela observação de que não havia pesquisas com objetos similares no âmbito do segundo grau de jurisdição do estado do Rio Grande do Sul. Quanto ao lapso temporal da análise, importa salientar que não foram delimitadas datas específicas para a pesquisa de jurisprudência. Porém, considerando que a busca no *site* do TJRS ocorreu no mês de maio de 2021, os resultados encontrados eram referentes ao período de julho/2019 a abril/2021.

Para a realização deste trabalho, portanto, restringiu-se a busca, na página de pesquisa de jurisprudência do site do TJRS,⁸ à categoria “ementa”, ao tribunal “Tribunal de Justiça do RS”, ao tipo de processo “habeas corpus criminal” e à seção “crime”. No campo referente à palavra-chave, buscou-se a expressão “318-A CPP”. Apenas um documento encontrado era uma decisão monocrática do desembargador relator, que foi considerada inaplicável à pesquisa, pois era uma decisão de não conhecimento do *writ* por falta de documentos essenciais.

Todos os demais resultados eram acórdãos de julgamentos de *habeas corpus*. Isso porque, considerando que o artigo 318-A do Código de Processo Penal se refere ao instituto da prisão preventiva, o *habeas corpus* acaba sendo o recurso utilizado para fazer cessar o alegado constrangimento ilegal, uma vez que são poucas as opções recursais nessa fase processual e que o julgamento dos *habeas corpus* deve, em tese, ser célere. Cumpre referir que, para chegar à apreciação dos julgadores de segundo grau, os magistrados de primeiro grau devem ter já se

⁸ Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em 20 de maio de 2021.

manifestado sobre determinado tema e, portanto, no caso do presente trabalho, todas as prisões preventivas objeto de *habeas corpus* no TJRS foram decretadas e/ou mantidas pelos juízes de origem, de modo que o primeiro grau de jurisdição foi favorável à manutenção dessas segregações.

A busca, realizada ao longo do mês de maio do ano de 2021, retornou aproximadamente 142 (cento e quarenta e dois) resultados e, mesmo não delimitando as datas da pesquisa, todos os acórdãos encontrados foram julgados entre trinta e um de julho de dois mil e dezenove (31/07/2019) e vinte e dois de abril de dois mil e vinte e um (22/04/2021). No ponto, observou-se que, embora a Lei nº 13.769 tenha sido promulgada em dezembro de 2018, seus efeitos sobre a legislação processual penal no que se refere à substituição por prisão domiciliar da prisão preventiva imposta à mulher gestante, mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência só passaram a ser objeto de análise dos desembargadores do TJRS a partir do mês de julho do ano de 2019. Ou seja, transcorreram mais de sete meses desde a promulgação do referido marco legislativo até que chegasse à efetiva apreciação dos julgadores de segundo grau do Estado do Rio Grande do Sul.

Optou-se por restringir a busca à categoria “ementa” ao invés de “inteiro teor” por uma razão prática: ao procurar por “inteiro teor”, mantendo-se os demais critérios de busca, a pesquisa retornava mais de quinhentos acórdãos, o que tornaria os dados compilados mais completos, mas inviabilizaria a leitura minuciosa de cada acórdão, em decorrência do tempo disponível para a pesquisa. Logo, o presente trabalho não pretende fazer uma análise quantitativa, uma vez que não foi possível examinar a totalidade dos acórdãos disponíveis sobre o assunto. Entretanto, o conjunto de decisões analisado (todos os acórdãos que continham a expressão “318-A CPP” em sua ementa) constitui um fragmento do todo e certamente reflete o posicionamento geral do TJRS acerca do tema proposto.

Após a busca no *site* do TJRS, fez-se o *download* do inteiro teor dos acórdãos encontrados para que fossem analisados em sua integralidade. Durante a leitura dos votos, os resultados da pesquisa jurisprudencial foram organizados em uma tabela, explicitando: (a) a câmara julgadora; (b) a data de julgamento; (c) o desembargador relator; (d) as características da prole das pacientes (quantidade de filhos e idade — informações nem sempre disponíveis nos acórdãos); (e) a comarca de origem do processo; (f) os crimes imputados; (g) o resultado do julgamento; e (h) os principais argumentos utilizados pelos julgadores para a tomada de decisão.

Apesar de a busca retornar aproximadamente 142 (cento e quarenta e dois) resultados, procedeu-se à análise de 134 (cento e trinta e quatro) documentos referentes às prisões preventivas de mulheres que se enquadrariam, em tese, nos requisitos do artigo 318-A do CPP, visto que alguns processos apareceram em duplicidade no *site* do TJRS. Essa etapa do trabalho corresponde à desmontagem dos textos referida anteriormente, estágio em que se procedeu à leitura dos acórdãos e sua divisão em informações menores, referentes aos fenômenos estudados.

Em seguida, operou-se a fase do estabelecimento de relações, momento em que foram contados os resultados da tabela e criados gráficos e tabelas referentes aos dados obtidos, categorizando e relacionando o material anteriormente fragmentado. Após, realizou-se a comunicação dos dados e resultados, com a consequente análise das tabelas e gráficos, etapa denominada captação do novo emergente. Utilizou-se, desse modo, o tripé desconstrução-comunicação-emergência, proposto por Moraes (2003, p. 207). Por fim, com a escrita deste trabalho a partir dos dados analisados e resultados obtidos nas etapas anteriores, tem-se a última fase do trabalho, como proposto pela teoria da análise textual discursiva.

4.2 RESULTADOS

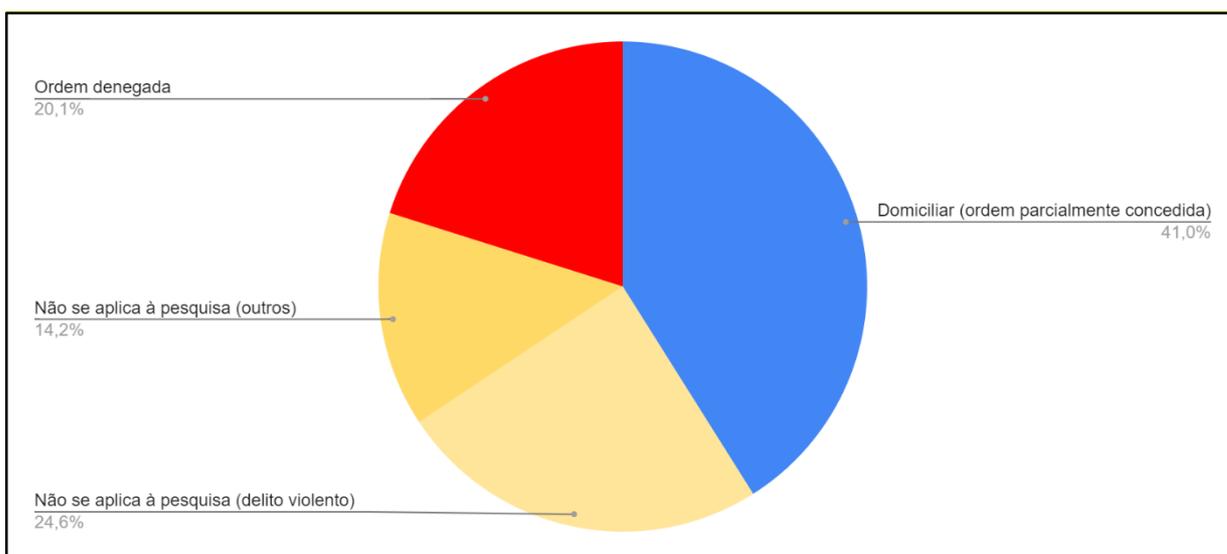
Os dados obtidos pela análise dos acórdãos com a expressão "318-A CPP" na ementa evidenciam que a maioria dos desembargadores segue o entendimento de que a lei é taxativa e, assim, concede a prisão domiciliar nos casos em que aplicável a norma citada, embora consignando, por vezes, que não concordam com a medida adotada. Dos 134 (cento e trinta e quatro) acórdãos lidos, contudo, 33 (trinta e três) não se aplicavam à pesquisa por serem referentes a crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa – óbice imposto pelo inciso I do artigo 318-A. Ainda, 19 (dezenove) acórdãos não se aplicavam à pesquisa por outras razões (os filhos eram maiores de 12 anos, não estava comprovada a filiação,⁹ a paciente já

⁹ Vale ressaltar que alguns doutrinadores, como Soraia da Rosa Mendes e Roberto Delmanto Jr., afirmam que, havendo dúvida quanto à maternidade ou à situação de guardiã dos filhos, impera a necessidade de se dar credibilidade à palavra da mulher.

estava em prisão domiciliar, o *writ* não foi conhecido por falta de documentos etc.). Apenas um caso encontrado era referente ao inciso II do art. 318-A, quando o crime é cometido contra o filho ou dependente.

Logo, dos 134 (cento e trinta e quatro) acórdãos encontrados e lidos, 82 (oitenta e dois) eram válidos para o objetivo da pesquisa. Desses 82 (oitenta e dois) acórdãos, 27 (vinte e sete) ordens de *habeas corpus* foram denegadas e 55 (cinquenta e cinco), concedidas. No entanto, cabe destacar que houve divergências entre os julgadores; e dentre as 55 (cinquenta e cinco) ordens concedidas de *habeas corpus*, em dez casos a concessão da prisão domiciliar não foi por unanimidade entre os desembargadores, bem como em seis casos, dentre as 27 (vinte e sete) ordens denegadas, existiu divergência de um julgador para conceder a prisão domiciliar. O resultado final ocorreu conforme exposto no seguinte gráfico:

Gráfico 2 – Acórdãos analisados



Fonte: Elaborado pela autora.

Quando os dados são organizados conforme as câmaras julgadoras, observa-se que a 2ª Câmara Criminal foi a que mais julgou *habeas corpus* sobre o tema proposto e com as categorias pesquisadas, seguida pela 1ª e a 8ª Câmaras Criminais. Todos os quinze *habeas corpus* julgados pela 8ª Câmara Criminal, entretanto, não puderam ser considerados para essa pesquisa, vez que catorze eram referentes a delitos violentos e em um, a paciente já estava em prisão domiciliar.

Nesse sentido, cumpre ressaltar as competências das câmaras criminais do TJRS, pois em razão dos tipos penais julgados por cada uma, a 6ª e a 8ª Câmara Criminal, como visto, não tiveram nenhum acórdão válido para essa pesquisa. Assim preceitua o artigo 29 do Regimento Interno do TJRS, que determina as competências das Câmaras Criminais:

Art. 29. Às Câmaras Criminais serão distribuídos os feitos atinentes à matéria de sua especialização, assim especificada:

I – às 1ª, 2ª e 3ª Câmaras:

- a) crimes contra a pessoa;
- b) crimes de entorpecentes (Lei nº 11.343/06);
- c) crimes contra a honra.

II – À 4ª Câmara:

- 1 – competência originária para as infrações penais atribuídas a Prefeitos Municipais (Constituição Federal, art. 29, inciso X);
- 2 – competência recursal para as seguintes infrações:
 - a) crimes de responsabilidade e funcionais praticados por ex-prefeitos;
 - b) crimes contra a incolumidade pública (Código Penal – Título VIII);
 - c) crimes contra a Administração Pública (Código Penal – Título XI);
 - d) crimes de parcelamento de solo urbano (Lei nº 6.766/79);
 - e) crimes contra a ordem tributária (Lei nº 8.137/90);
 - f) crimes de abuso de autoridade (Lei nº 4.898/65);
 - g) crimes contra a economia popular e os definidos no Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Leis nº 1.521/51 e n.º 8.078/90);
 - h) crimes ambientais;
 - i) crimes contra licitações públicas (Lei nº 8.666/93);
 - j) crimes contra a fé pública;
 - k) crimes falimentares;
 - l) crimes contra a propriedade intelectual;
 - m) crimes da Lei de Armas.

III – às 5ª, 6ª, 7ª e 8ª Câmaras:

- a) crimes contra a dignidade sexual (Código Penal – Título VI);
- b) crimes contra o patrimônio;
- c) crimes de trânsito (Lei nº 9.503/97);
- d) as demais infrações penais.

Percebe-se, assim, que a 1ª, 2ª e 3ª Câmaras Criminais têm a designação de julgar os delitos tipificados na Lei de Drogas, que são responsáveis pelo aprisionamento de 59,98% da população carcerária feminina nacional (BRASIL, 2019, p. 46). Dentre os 82 (oitenta e dois) acórdãos válidos para esta pesquisa, 77 (setenta e sete) eram relacionados ao crime de tráfico de drogas, sendo que, em alguns casos, eram imputados à paciente mais de um delito: na maioria dos casos, tráfico de drogas e associação para o tráfico. Em vista de suas atribuições, essas Câmaras foram as que mais propiciaram material de estudo à esta pesquisa.

Os demais *habeas corpus* eram referentes a dois furtos (um teve a ordem denegada e o outro, concedida), um estelionato (a ordem foi concedida), um furto e receptação (que teve a ordem concedida), e falsidade ideológica, falsidade documental e adulteração de medicamento (que também teve a ordem concedida). Ao categorizar os resultados – ordens concedidas e denegadas e casos prejudicados – de acordo com as câmaras julgadoras obteve-se a seguinte tabela:

Tabela 1 – Ordens concedidas/denegadas de acordo com as Câmaras Julgadoras

Câmara julgadora	Ordens concedidas (domiciliar)	Ordens denegadas	Prejudicado (crime violento)	Prejudicado (outros)	Total de casos julgados
1ª	10	01	03	02	16
2ª	36	25	04	13	78
3ª	5	-	2	-	07
4ª	01	-	01	-	02
5ª	-	01	06	03	10
6ª	-	-	02	-	02
7ª	03	-	01	-	04
8ª	-	-	14	01	15
Total de resultados	55	27	33	19	134

Fonte: Elaborada pela autora.

Constata-se, com isso, que a despeito de que na maioria dos casos a ordem seja concedida, uma parcela significativa dos acórdãos resultou na denegação da ordem de *habeas corpus*. Também se observa que um número expressivo de julgados eram referentes a crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, o que impede a concessão de prisão domiciliar à paciente, conforme o inciso I, do artigo 318-A, do Código de Processo Penal. Além disso, alguns casos não puderam ser analisados na presente pesquisa, por diversas razões, tais como: os filhos eram maiores de doze anos, não estava comprovada a filiação, a paciente já estava em prisão domiciliar, o *writ* não foi conhecido por falta de documentos, dentre outras.

Em casos em que foi concedida a ordem, os desembargadores pontuaram que a Lei nº 13.769/18 é taxativa e, fora das hipóteses previstas nos incisos I e II do artigo 318-A, não se poderia denegar a ordem:

[...] no dia 20 de dezembro de 2018, passou a vigorar a Lei n.º 13.769, que acrescentou ao CPP, dentre outros, o art. 318-A, com a seguinte redação:

[...]

Não me cumpre legislar, e sim aplicar a lei, que para o caso em tela, como visto acima, é expressa e taxativa.

Diante disso, forçosa a concessão da prisão domiciliar à paciente, pois está grávida e não se verifica situação que se enquadre nas hipóteses elencadas nos incisos I e II do novel art. 318-A do CPP.

(RIO GRANDE DO SUL, 2019^a, grifo nosso).

A paciente, entretanto, é genitora de uma criança de apenas seis anos de idade, de modo que preenche os requisitos para concessão da prisão domiciliar, nos termos do artigo 318-A do Código de Processo Penal.

Com a vênua do Dr. Procurador de Justiça, saliento que, **a partir da renovação legislativa trazida pela Lei nº 13.769/2018, o benefício não está condicionado à demonstração de que a mãe é imprescindível aos cuidados do filho menor.**

Da mesma forma, não se identifica, na conduta imputada, contraindicativo à concessão do benefício. **O dispositivo legal não vinculada a prisão domiciliar às condições pessoais favoráveis da presa, desimportando, no contexto dos autos, a reincidência.**

Ademais, não há demonstrativo de que a acusada expunha a menor às nocividades inerentes à prática delitativa, de modo que a prisão domiciliar deve ser concedida como melhor meio de assegurar os direitos da criança, nos termos dos artigos 203, I e II, e 227 da Constituição Federal, não sendo razoável, no contexto dos autos, vincular o direito à convivência da criança com a mãe à visitação em estabelecimento prisional.

(RIO GRANDE DO SUL, 2019d, grifo nosso).

A legislação processual penal foi alterada pela Lei nº 13.769/2018, a qual incluiu os artigos 318-A e 318-B ao estatuto processual, os quais determinam que a mulher gestante ou mãe de crianças deverá ter a prisão preventiva substituída por prisão domiciliar, salvo se o delito envolver violência ou grave ameaça, ou se o crime for praticado contra o descendente.

No caso dos autos, **em que pese os indícios de reiteração criminosa, tal circunstância não é prevista pela legislação processual penal como elemento para o indeferimento do benefício em questão, o qual é, reitero, obrigatório quando implementados os critérios indicados na normal processual.**

Portanto, tratando-se de crime perpetrado sem o emprego de violência ou grave ameaça nem contra os filhos, é imperiosa a concessão da prisão domiciliar, a qual vai cumulada com outras condições, consistentes no monitoramento eletrônico, na manutenção dos endereços e telefones e comparecimento obrigatório a todos os atos processuais.

(RIO GRANDE DO SUL, 2019f, grifo nosso).

Diante desses julgados, observa-se que alguns desembargadores compreendem a imposição legal como regra taxativa e sem margem para relativização, inclusive refutando um argumento comumente usado para denegar a ordem em casos análogos, quando se diz que não restou comprovada a

imprescindibilidade materna à criação dos filhos. No mesmo sentido, como visto, compreendem Soraia da Rosa Mendes (2020) e Roberto Delmanto Júnior (2019). Nos julgados acima, percebe-se também o uso do argumento de que a reiteração criminosa não foi determinada pelo legislador como circunstância apta a barrar a concessão de prisão domiciliar.

Uma questão relevante foi apontada pelo Desembargador Luiz Mello Guimarães no acórdão que julgou o *habeas corpus* nº 70084214386: sendo a Lei nº 13.796/18 superveniente ao julgamento do *habeas corpus* nº 143.641 pelo Supremo Tribunal Federal, não deveria o marco legislativo se sobrepor ao marco jurisprudencial? É a reflexão do magistrado sobre o tema:

De fato, **a norma acima [art. 318-A do CPP] não permite interpretação ampliativa ou analogias em desfavor do réu, visto que trata sobre o direito à liberdade; então, obviamente, nada pode ser invocado para abrir outras excepcionalidades ao direito à domiciliar, além das previstas nos incisos I e II, nem mesmo, por óbvio, o precedente do STF, que é anterior à promulgação da Lei.**

Em outras palavras, as hipóteses excepcionantes da domiciliar, previstas no dispositivo acima transcrito, são taxativas, de aplicação literal e obrigatória, sem espaço para flexibilização de qualquer natureza.

Diante disso, considerei impositiva a mudança do posicionamento que vinha adotando, baseado apenas no julgamento do HC 143641, e passei a aplicar o superveniente art. 318-A do CPP, que não oportuniza subjetivismos, determinando a substituição da prisão preventiva por domiciliar sempre que não observadas as duas situações objetivas nele taxativamente elencadas.

Registro que, a meu sentir, **ampliar as hipóteses previstas na norma mencionada, quando não há no texto legal permissão para tanto, seria legislar, extrapolando indevidamente os limites da atividade jurisdicional e invadindo a competência de outro Poder.**

Logo, a despeito de qualquer análise pessoal sobre o caso concreto, tenho que no feito em tela é forçosa a concessão de prisão domiciliar à paciente, pois atendido o requisito objetivo do caput e não observada situação que se enquadre nas hipóteses taxativas dos incisos I e II do novel art. 318-A do CPP (RIO GRANDE DO SUL, 2020b).

Da leitura do voto acima se depreende que, na concepção do julgador, sendo a lei posterior ao precedente jurisprudencial, o marco legislativo deve ser irrestritamente aplicado, de modo que não caberia a flexibilização possibilitada pelo STF ao prever as “situações excepcionalíssimas” em que não deveria ser concedida a prisão domiciliar a mulheres mães ou responsáveis por crianças de até doze anos de idade. Ainda, o desembargador ressalta que por se tratar do direito à liberdade, “nada pode ser invocado para abrir outras excepcionalidades ao direito à (prisão) domiciliar, além das previstas nos incisos I e II” do artigo 318-A, de modo que

considerou ser impositiva a mudança do entendimento que vinha adotando ao considerar somente o precedente do STF.

Mesmo em casos nos quais a ordem foi concedida, no entanto, alguns julgadores – inclusive da mesma Câmara que validou o posicionamento exposto acima sobre a taxatividade da Lei nº 13.769/18 – ponderaram que nem sempre a prisão domiciliar é a melhor solução para as crianças ou teceram comentários que evidenciam suas opiniões pessoais sobre o tema em questão:

[...] denota-se que, **a partir da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no habeas corpus nº 143.641, houve concessão indiscriminada de prisão domiciliar às mulheres gestantes ou que tenham filhos em idade inferior a 12 (doze) anos e que se encontrem em prisão provisória.** Posteriormente, foi promulgada a Lei nº 13.769/2018, publicada no Diário Oficial da União do dia 20 de dezembro de 2018, que, dentre outras deliberações, acrescentou ao Código de Processo Penal os artigos 318-A e 318-B, com a seguinte redação:

[...]

Nesse contexto, verifica-se que, **se preenchidos os requisitos objetivos previstos em lei, deve ser a princípio concedida a prisão domiciliar à mulher gestante ou que tenha filho menor de 12 (doze) anos. A exceção deve ser devidamente fundamentada.**

No caso em concreto, restou devidamente comprovado que a agente possui uma filha, que conta com 03 (três) anos de idade, conforme certidão de nascimento trazida aos autos.

Em que pese a existência de indícios de autoria e materialidade do crime de tráfico, notadamente diante da quantidade de entorpecentes apreendida, verifica-se que o delito não envolve violência ou grave ameaça à pessoa e/ou foi praticado contra seu filho, de forma que JULIANA preenche os requisitos legais à concessão da prisão domiciliar. **A tenra idade do infante contribui para que não tenha ciência do que ocorre em seu lar, de maneira que pouco ou nada afetado pela atividade ilícita, sendo a melhor solução, por ora, a que lhe possibilita a continuidade dos cuidados maternos.** A acusada, por outro lado, deve ter ciência de que eventual reiteração poderá ensejar a criação de situação e risco inadmissível ao menor.

Com efeito, as circunstâncias do caso em concreto impõem a concessão da prisão domiciliar à paciente.

Conforme já delineado, restou devidamente comprovado que ela possui uma filha de 03 anos de idade, Emanuely, que não foi vítima, ao menos de forma direta, do delito supostamente praticado por sua genitora.

Ademais, o tráfico de drogas, em que pese fomenta a prática de diversos outros delitos e tenha repercussões sociais extremamente preocupantes, não envolve violência ou grave ameaça à pessoa.

Assim, nota-se que JULIANA preenche os requisitos legais à concessão da prisão domiciliar, previstos no artigo 318-A do CPP.

E embora a interpretação literal do artigo supracitado nem sempre coadune com o real intento do legislador ao editar a Lei nº 13.769/18, que visava a proteção da criança e do adolescente, as peculiaridades do caso concreto não o apontam a substituição da preventiva por prisão domiciliar como contraindicada. (RIO GRANDE DO SUL, 2019b).

Primeiro, consigo que **o fato de a paciente informar à inicial que é mãe de um filho menor de idade, não permite a aplicação direta e irrestrita do art. 318-A do CPP, pois, a par de não haver a devida comprovação neste expediente, também não há qualquer elemento demonstrando que a**

presença da paciente seja indispensável aos cuidados do menor, o que impede a revogação imediata da prisão preventiva e/ou a concessão da prisão domiciliar. (RIO GRANDE DO SUL, 2019c).

Nesses julgados, transparecem algumas opiniões dos magistrados, na medida em que avaliam a concessão de prisão domiciliar às mulheres gestantes ou que tenham filhos em idade inferior a doze anos como “indiscriminada”, e que a aplicação do artigo 318-A do CPP não deve ser “direta e irrestrita”. Além disso, o julgador avalia que o intento do legislador ao editar a Lei nº 13.769/2018 era a proteção da criança e do adolescente, e que nem sempre a presença materna estará em consonância com esse objetivo, ao passo que a desembargadora salienta a necessidade de comprovação da imprescindibilidade da mãe aos cuidados do menor.

Nos casos em que a paciente era reincidente ou respondia a outros processos criminais, tais justificativas foram usadas em seu desfavor, mesmo que a lei não condicione a concessão da prisão domiciliar à primariedade. E, na maioria dos casos em que a ordem foi denegada, utilizou-se o argumento da garantia da ordem pública, amparado no precedente jurisprudencial do STF, que admitia a não concessão da ordem nos casos em que configurada uma “situação excepcionalíssima”:

Com efeito, a partir da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* nº 143.641, houve concessão indiscriminada de prisão domiciliar às mulheres gestantes ou que tenham filhos em idade inferior a 12 (doze) anos e que se encontrem em prisão provisória.

Posteriormente, foi promulgada a Lei nº 13.769/2018, publicada no Diário Oficial da União do dia 20 de dezembro de 2018, que, dentre outras deliberações, acrescentou ao Código de Processo Penal os artigos 318-A e 318-B, determinando que, se preenchidos os requisitos objetivos previstos em lei, deve ser, a princípio, concedida a prisão domiciliar à mulher gestante ou que tenha filho menor de 12 (doze) anos.

Todavia, **quando do julgamento do precedente acima colacionado, a Segunda Turma do STF expressamente consignou a possibilidade de indeferimento da ordem, “em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício”.**

No caso, tenho que se está diante de uma destas situações excepcionais, em que o recolhimento domiciliar, ainda que aplicado junto de outras medidas cautelares, não se mostra minimamente suficiente à contenção da atividade criminosa.

[...]

Cabe consignar que, **conforme já decidido em outros julgados desta colenda Câmara, a interpretação literal do referido artigo nem sempre coaduna com o real intento do legislador ao editar a Lei nº 13.769/18, que visava a proteção da criança e do adolescente:**

[...]

Efetivamente, pelos argumentos apresentados, e que vão aqui reiterados, **o acautelamento da ordem pública é imprescindível no presente momento.** (RIO GRANDE DO SUL, 2019e).

A presença de filha menor de idade (nascida em 28.02.2009 - certidão de nascimento na fl. 86), **por si só, não justifica a concessão da prisão domiciliar à paciente.**

Registre-se que **não é o caso de aplicação direta e irrestrita do disposto no art. 318-A do CPP, inserido pela Lei n. 13.769/18, pois está-se diante de situação excepcionalíssima, considerando o exercício da atividade ilegal na própria residência, na presença da filha, em tese.** A propósito, colaciono precedente jurisprudencial, que também adoto como razões de decidir: [...] (RIO GRANDE DO SUL, 2020a).

Em relação ao pedido de prisão domiciliar, por questões humanitárias, cabe assinalar, inicialmente, que **a partir da orientação adotada pelo Pretório Excelso quando do julgamento do HC Coletivo nº 143.641/SP, positivada pelo legislador com a edição da Lei nº 13.769/18, que incluiu no Código de Processo Penal os artigos 318-A e 318-B, a substituição da prisão preventiva imposta à mulher gestante ou àquela que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, por prisão domiciliar, passou a ser a regra.**

O emprego do verbo “será”, no caput do artigo 318-A do Código de Processo Penal, permite, a partir de uma interpretação literal do dispositivo, que excetuadas as hipóteses previstas nos incisos I e II do artigo 318-A, a custódia provisória sempre deverá ser substituída pelo recolhimento domiciliar. Tenho, contudo, que tal interpretação restritiva e literal não se coaduna com o objetivo do legislador, que buscou, com a edição da Lei n. 13.769/18, a proteção da criança e do adolescente, e não prestigiar a impunidade.

Cabe pontuar, em prosseguimento, que dentre as situações consideradas excepcionalíssimas pelos Tribunais Superiores, de modo a justificar o indeferimento da prisão domiciliar, está a reiteração do agente na prática delitiva, após a concessão do benefício. [...] (RIO GRANDE DO SUL, 2020c).

Nesses julgados, percebe-se que o precedente jurisprudencial, em que pese fosse anterior, sobrepôs-se à Lei nº 13.769/18, à medida que admitia a não conversão da prisão preventiva por domiciliar em “situações excepcionalíssimas”, as quais deveriam ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegam o benefício. Também se verificou o uso dos argumentos de que nem sempre a concessão da domiciliar está de acordo com o intento do legislador, que visava à proteção dos menores; que o acautelamento da ordem pública é imprescindível; e que o tráfico era praticado, em tese, na residência da paciente, de modo que sua prole poderia estar exposta à atividade criminal.

Por outro lado, o Ministro Ricardo Lewandowski asseverou, na decisão que ratificou o HC 143.641/SP, que “não há razões para suspeitar que a mãe que trafica é indiferente ou irresponsável para o exercício da guarda dos filhos, nem para, por meio desta presunção, deixar de efetivar direitos garantidos na legislação nacional e supranacional”. Acerca do muito utilizado argumento da garantia da ordem pública

para a decretação ou manutenção da segregação preventiva, Prado e Santos (2018, p. 223) afirmam:

A prática judiciária brasileira usa constantemente o fundamento ordem pública para decretos de prisões preventivas em situações das mais diversas, o que permite concluir que tem mais adeptos do que críticos entre os julgadores. Essa inferência, contudo, não significa adequação ao modelo constitucional vigente ou coerência com as balizas processuais penais. A vaguidão do fundamento prisional comentado é nítida e indubitável.

Para os autores, portanto, em que pese ser comumente usado na prática judiciária brasileira, o argumento da garantia da ordem pública não está plenamente de acordo com a Constituição Federal de 1988 ou em consonância com os princípios processuais penais. Na esteira do que foi comentado no tópico referente à prisão preventiva, a existência de termos genéricos na legislação deixa margens à discricionariedade dos julgadores, o que pode ocasionar insegurança jurídica. De outra banda, é impossível que o legislador preveja todas as inúmeras possibilidades de acontecimentos ao criar as regras processuais, de modo que limitar demais o poder dos juízes também pode originar contrariedades.

Em suma, observou-se que existe no TJRS uma discussão sobre se a Lei nº 13.769/18 deve se sobrepôr ao precedente jurisprudencial firmado pelo STF no julgamento do HC nº 143.641, havendo julgamentos em sentidos opostos a respeito do tema. E, ainda que em grande parte dos casos — 41% da amostra analisada — a ordem de *habeas corpus* seja parcialmente concedida, com a substituição da prisão preventiva por domiciliar, como prevê a Lei nº 13.769/18, em 20% dos casos a ordem foi denegada, com base na garantia da ordem pública, na reincidência da paciente, e na possibilidade de reiteração da prática criminosa — argumentos não citados diretamente pelo legislador ao editar o Código de Processo Penal para incluir o dispositivo legal em questão.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou compreender como e se as inovações legislativas e, em especial, a Lei nº 13.769/2018, que determinam a substituição da prisão preventiva por domiciliar nos casos de mulheres responsáveis por seus dependentes vêm sendo aplicadas no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Para isso, além da análise jurisprudencial de diversos julgados com o tema em questão, procedeu-se à leitura de bibliografia sobre o assunto, partindo dos referenciais teóricos da criminologia crítica e da criminologia feminista.

Foi possível perceber, pela leitura da bibliografia utilizada, que o público feminino, embora represente uma porcentagem consideravelmente menor da população carcerária, recebe menos atenção que o público masculino e que o encarceramento das mulheres ainda é pouco estudado. Nesse sentido, percebeu-se que, na execução penal, pouca ou nenhuma distinção de gênero é feita pelas leis, enquanto diversos marcos legislativos que foram recentemente editados dão conta da importância da mulher no ambiente familiar e na criação dos filhos, em detrimento da presença paterna. A partir da análise desses recentes marcos legislativos, observou-se que a construção dos dispositivos legais aponta à necessidade da presença das mulheres no ambiente familiar, especialmente na criação dos filhos — fato que, com a análise de uma perspectiva feminista, denota os diferentes tratamentos dispensados socialmente aos gêneros.

De outra forma, quando essas mulheres rompem a expectativa de docilidade e submissão imposta sobre o gênero feminino, e, eventualmente, envolvem-se na prática de delitos, o julgamento sobre elas vai além da esfera criminal e atinge também sua conduta moral e social. Se for mãe ou responsável por crianças, o julgamento se estende à maternidade dessas mulheres. Assim, o primeiro capítulo do trabalho procurou abordar as teorias que o fundamentam e trazer reflexões quanto ao envolvimento feminino no tráfico de drogas, posto que esse tipo penal é o responsável pela maioria das prisões de mulheres no Brasil e no mundo atualmente, bem como sobre o impacto que o encarceramento tem na vida das mulheres e como essa experiência se difere em relação aos homens.

Na sequência, introduziu-se o conceito de prisão preventiva na ordem jurídica nacional, assim como foram mostrados dados acerca da aplicação (muitas vezes indiscriminada) da medida no Brasil. Então, discorreu-se sobre a prisão domiciliar

como forma de cumprimento da segregação cautelar e falou-se sobre o histórico dos marcos legislativos e jurisprudenciais que culminaram na elaboração da Lei nº 13.769/18, que adicionou ao CPP o dispositivo objeto de análise desta pesquisa, assim como foram apresentados dados referentes à aplicação do instituto no país.

Os resultados obtidos com a pesquisa de jurisprudência e o método utilizado para a análise foram demonstrados ao longo do último capítulo do trabalho. Os dados encontrados denotam que, na maioria dos julgados, entende-se que a lei é taxativa ao prever a conversão da prisão preventiva por domiciliar nos casos de mulheres mães ou responsáveis por crianças de até doze anos ou com deficiência. Inobstante, alguns desembargadores inadmitem a conversão da prisão preventiva por domiciliar, mesmo nos casos previstos pelo Código de Processo Penal, sob os argumentos da garantia da ordem pública, da reincidência da paciente e da possibilidade de reiteração criminal.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Pelas Mãos da Criminologia**: o controle penal para além da desilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARATTA, Alessandro. Criminologia e Feminismo. *In*: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). **O paradigma do gênero**: da questão criminal à questão humana. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 19-80.

BARCINSKI, Mariana. Protagonismo e vitimização na trajetória de mulheres envolvidas na rede do tráfico de drogas no Rio de Janeiro. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 14, n. 2, p. 577-586, 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/XJWGQt5nxjGmNfGsmhWwpsb/?lang=pt>. Acesso em: 09 set. 2021.

BOITEUX, Luciana; CHERNICHARO, Luciana Peluzio. Encarceramento Feminino, Seletividade Penal e Tráfico de Drogas em uma Perspectiva Feminista Crítica. *In*: Seminário Nacional de Estudos Prisionais e III Fórum de Vitimização de Mulheres no Sistema de Justiça Criminal, 6., 2014, Santo André. Santo André: Universidade Federal do ABC, 2014. Disponível em: http://www.neip.info/upd_blob/0001/1566.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa**. São Paulo: Pólen, 2019. (Coleção Feminismos Plurais).

BRASIL. **Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016**. Marco Legal da Primeira Infância. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm Acesso em: 02 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018**. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13769.htm. Acesso em: 11 ago. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Depen. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Período de julho a dezembro de 2019. Brasília: DEPEN, 24 de junho de 2020. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiZTU2MzVhNWYtMzBkNi00NzJlLTllOWItZjYwY2ExZjBiMWNmliwidCI6ImViMDkwNDlwLTQ0NGMtNDNmNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 25 out. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Depen. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Período de Julho a Dezembro de 2020. Brasília: DEPEN, 20 de outubro de 2021. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiZWl2MmJmMzYtODAzMC00YmZiLWI4M2lt>

NDU2ZmlyZjFjZGQ0liwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOG RhNmJmZThlMSJ9. Acesso em: 01 nov. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). **Relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade – junho de 2017**. Consultor Marcos Vinícius Moura. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf/view. Acesso em: 01 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus nº 143.641/SP**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 20 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2021.

CAMPOS, Carmen Hein de. **Criminologia Feminista**: teoria feminista e crítica às criminologias. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. Tensões Atuais entre a Criminologia Feminista e a Criminologia Crítica: a experiência brasileira. *In*: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 143-165.

COLARES, Leni Beatriz Correia; CHIES, Luiz Antônio Bogo. Mulheres nas so(m)bras: invisibilidade, reciclagem e dominação viril em presídios masculinamente mistos. **Revista Estudos Feministas**, v. 18, n. 2, p. 407-423, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ref/v18n2/07.pdf>. Acesso em: 23 set. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Regras de Bangkok**: Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de Liberdade para mulheres infratoras. Brasília, DF: CNJ, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/cd8bc11ffdc397c32eecd40afbb74.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2021.

CORREIA, Sandra. Infames e Infantes: Violações de direitos das crianças através de mulheres privadas de liberdade. *In*: Seminário Internacional, Direitos Humanos, Violência e Pobreza: A situação de crianças e adolescentes na América Latina, 6., 2016, Rio de Janeiro. **Anais [...]**. Rio de Janeiro: Rede Sirius/UERJ, 2016.

CORTINA, Monica Ovinski de Camargo. Mulheres e tráfico de drogas: aprisionamento e criminologia feminista. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 23, n. 3, p. 761-778, 2015.

COUTINHO, Camila Canazaro. **As Políticas Criminais de Drogas e seus Impactos no Encarceramento Feminino no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2021.

DELMANTO JR, Roberto. **Liberdade e prisão no processo penal – as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. São Paulo: Saraiva, 2019.

DEL OLMO; Rosa. Réclusion de mujeres por delitos de drogas: Reflexones Iniciales. **Revista Española de Drogodependencias**, v. 23, n. 1, p. 05-24, 1998.

FREIRE, Tâmara. Prisão domiciliar é negada a 27% das mulheres que têm direito legal. *In*: Rádio Agência Nacional, 16 de junho de 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/justica/audio/2021-06/prisao-domiciliar-e-negada-27-das-mulheres-que-tem-direito-legal>. Acesso em: 06 nov. 2021.

GONÇALVES, Vanessa Chiari; DANCKWARDT, Ceres. O monitoramento eletrônico de mulheres na Comarca de Porto Alegre. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, n. 17, p. 135-149, 2017.

HOOKS, bell. **Teoria feminista: da margem ao centro**. São Paulo: Perspectiva, 2019.

HOROWITZ, Juliana. **Cárcere e Família: narrativa de mulheres mães presas brasileiras e estadunidenses**. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2021.

MARTIL, Daiana Maturano Dias; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringuelli de. Encarceramento Feminino: a (in)eficácia da política criminal enquanto violadora de direitos. *In*: Seminário Internacional Fazendo Gênero, 2017.

MARTIL, Daiana Maturano Dias. **Despachos x escrachos: As Representações Sociais do Encarceramento Feminino**. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017.

MEDEIROS, Marcelo; COSTA, Joana. O que entendemos por “Feminização da Pobreza”? **Centro Internacional da Pobreza**, n. 58, p. 1-2, out. 2008.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista: novos paradigmas**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Soraia da Rosa. **Processo penal feminista**. São Paulo: Atlas, 2020.

MINISTRO Lewandowski concede HC para presas com filhos que ainda não foram colocadas em prisão domiciliar. *In*: JusBrasil, 2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/642823077/ministro-lewandowski-concede-hc-para-presas-com-filhos-que-ainda-nao-foram-colocadas-em-prisao-domiciliar>. Acesso em: 27 out. 2021.

MORAES, Roque. Uma tempestade de luz: a compreensão possibilitada pela análise textual discursiva. **Ciência e Educação**, Bauru, v. 9, n. 2, p. 191-211, 2003. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ciedu/a/SJKF5m97DHykhL5pM5tXzdj/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 18 jul. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo Penal e Execução Penal – Esquemas & Sistemas**. 6. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2021.

NUNES, Clarissa do Rego Barros. **Maternidade Desviante: Prisão domiciliar para mulheres encarceradas grávidas ou mães nos tribunais de justiça de Pernambuco e do Distrito Federal e Territórios**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 25. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2021.

PIMENTEL, Elaine. Caminhos para uma leitura feminista do processo de execução de penas privativas de liberdade no Brasil. *In*: Ana Gabriela Ferreira (org.). **Outsider Within: reflexões feministas no Direito Criminal**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. v. 1. p. 35-62.

PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão Preventiva – A Contramão da Modernidade**. São Paulo: Grupo GEN, 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 70082144700**. 2ª Câmara Criminal. Relator: Luiz Mello Guimarães, 15 de agosto de 2019a.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 70082112707**. 2ª Câmara Criminal. Relatora: Desa. Joni Victoria Simões, 29 de agosto de 2019b.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 70082428368**. 2ª Câmara Criminal. Relatora: Desa. Rosaura Marques Borba, 12 de setembro de 2019c.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 70082576497**. 1ª Câmara Criminal. Relator: Des. Jayme Weingartner Neto, 23 de outubro de 2019d.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 70083084830**. 2ª Câmara Criminal. Relatora: Desa. Joni Victoria Simões, 28 de novembro de 2019e.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 70083260182**. 7ª Câmara Criminal. Relatora: Desa. Viviane de Faria Miranda, 12 de dezembro de 2019f.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 70083809319**. 2ª Câmara Criminal. Relatora: Desa. Rosaura Marques Borba, 27 de abril de 2020a.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 70084214386**. 2ª Câmara Criminal. Relator: Des. Luiz Mello Guimarães, 26 de junho de 2020b.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 70084445113**. 2ª Câmara Criminal. Relator: Des. José Antônio Cidade Pitrez, 25 de setembro de 2020c.

SAFFIOTI, Heleieth. **O Poder do Macho**. São Paulo: Moderna, 1987.

STF reconhece Regras de Bangkok como meio de desencarcerar mulheres. *In*: INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA (ITTC). São Paulo, 12 julho de 2016. Disponível em: <http://ittc.org.br/stf-reconhece-regras-bangkok-como-meio-desencarcerar-mulheres/>. Acesso em: 27 out. 2021.

TEÓFILO, Sarah; SOUZA, Renato. Covid-19: 6,6% dos presos são colocados em prisão domiciliar durante a pandemia. **Correio Braziliense**, 13 out. 2020. Disponível em: <https://www.correio braziliense.com.br/brasil/2020/10/4881796-covid-19-66--dos-presos-sao-colocados-em-prisao-domiciliar-durante-a-pandemia.html>. Acesso em: 05 nov. 2021.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. **A Prisão Preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico**. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) — Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.