

# A casa como cárcere: os desafios da concessão da prisão domiciliar para mães e gestantes no Brasil

Home as prison: the challenges of granting home detention to mothers and pregnant women in Brazil

Laís Gabrielle Batista da Silva<sup>\*</sup>   
Nelson Gomes de Sant'Ana e Silva Junior<sup>\*\*</sup>   
Rebecka Wanderley Tannuss<sup>\*\*\*</sup> 

**Resumo:** De acordo com a legislação brasileira, a prisão domiciliar consiste no recolhimento do acusado em sua residência, sendo uma espécie de medida cautelar que deve ser substituída em face da prisão preventiva, quando a agente for gestante ou mãe de criança de até 12 anos incompletos. No entanto, tal medida não tem sido amplamente utilizada pelo Poder Judiciário, implicando em evidente limitação aos interesses dessas mulheres e de suas famílias. Em decorrência disto, o presente trabalho tem como objetivo compreender os desafios relacionados a concessão da prisão domiciliar para mulheres no Brasil, bem como os impactos da atuação dos operadores de direito na manutenção do encarceramento feminino tradicional. Para tal, a metodologia foi desenvolvida a partir de pesquisa bibliográfica e documental, de natureza qualitativa, utilizando como pressuposto teórico a Criminologia Crítica. Após a análise dos dados obtidos, percebeu-se que há pouca aplicação do instituto para mulheres no Brasil e que as narrativas que permeiam os discursos dos operadores de direito possuem cunho valorativo e moral. Desse modo, foi possível concluir que o acesso à justiça segue seletivo e perverso e que a prisão domiciliar não é concebida como direito público subjetivo, mas como mero benefício que está sujeito à discricionariedade dos agentes do Judiciário.

**Palavras-chave:** Encarceramento Feminino; Criminologia Crítica; Acesso à Justiça; Medidas Alternativas; Direitos Humanos.

**Abstract:** According to Brazilian law, home detention consists of the accused being kept at home and is a kind of precautionary measure that should be substituted for pre-trial detention when the agent is pregnant or the mother of a child under 12 years old. However, this measure has not been widely used by the judiciary, implying a clear limitation on the interests of these women and their families. As a result, this paper aims to understand the challenges related to granting home detention to women in Brazil, as well as the impacts of the actions of legal operators in maintaining traditional female incarceration. To this end, the methodology was developed based on bibliographical and documentary research, of a qualitative nature, using Critical Criminology as its theoretical premise. After analyzing the data obtained, it emerged that there is little application of the institute for women in Brazil and that the narratives that permeate the discourses of legal operators have a moral and evaluative nature. Thus, it was possible to conclude that access to justice remains selective and perverse and that home detention is not seen as a subjective public right, but as a mere benefit that is subject to the discretion of judicial agents.

**Keywords:** Feminine Incarceration; Critic Criminology; Access to Justice; Alternative Measures; Human Rights.

Recebido em: 24/04/2024

Aprovado em: 11/10/2024

Como citar este artigo:

SILVA, Laís Gabrielle Batista da; SILVA JUNIOR, Nelson Gomes de Sant'Ana e; TANNUSS, Rebecka Wanderley. A casa como cárcere: os desafios da concessão da prisão domiciliar para mães e gestantes no Brasil. Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal, Brasília, vol. 6, n. 2, 2024, p. 291-307.

<sup>\*</sup> Mestranda em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas (UFPB). Advogada.

<sup>\*\*</sup> Doutor em Psicologia (UFRN). Professor Associado (UFPB).

<sup>\*\*\*</sup> Doutora em Psicologia (UFRN). Professora (UFPB).

## **1 Introdução**

Segundo informações da Secretaria Nacional de Políticas Penais (SISDEPEN), nos últimos 20 anos, a taxa de encarceramento feminino cresceu mais de 400%. Importante pontuar que o tráfico de drogas é o tipo penal que mais encarcera mulheres, correspondendo a 55,4% do total de aprisionadas. Dessas mais de 45.000 mulheres, pelo menos 29% estão presas sem condenação, sendo que a massa encarcerada é composta essencialmente por mulheres pobres, negras e mães. Ademais, de acordo com dados disponibilizados no Infopen Mulheres (2018), cerca de 74% das presas possuíam filhos e/ou filhas. Em contrapartida, somente 668 vagas em estabelecimentos penais comportam crianças, ainda conforme o SISDEPEN (2022).

Nesse sentido, em decorrência da relevância desses números, a presente pesquisa teve como objetivo compreender os desafios relacionados a concessão da prisão domiciliar para mulheres no Brasil, bem como os impactos da atuação dos operadores de direito na manutenção do encarceramento feminino tradicional. Parte-se do pressuposto que a prisão domiciliar, embora uma espécie de aprisionamento que deve ser problematizada, surge como uma alternativa mais vantajosa em relação ao encarceramento tradicional, devendo ser utilizada a fim de manter, sobretudo, os vínculos familiares e a integridade física dessas mulheres. Entende-se que legislações importantes, como as Leis 13.257/2016 e 13.769/2018 tem potencial de ferramenta desencarceradora, vez que possibilita a discussão sobre importantes debates de gênero, raça, classe social, maternidade, entre outros aspectos.

Para tanto, utilizando-se como referencial teórico a Criminologia Crítica, a metodologia foi desenvolvida a partir de pesquisa bibliográfica e documental, de natureza qualitativa, que buscou identificar os dados disponibilizados acerca da temática, assim como debater pesquisas similares, de modo a compreender as nuances dessa dinâmica no que se refere ao acesso a justiça e a defesa dos direitos humanos.

## **2 Os desafios da concessão da prisão domiciliar para mães e gestantes no Brasil:**

O ordenamento jurídico brasileiro, especificamente o Código de Processo Penal (CPP), em seu artigo 317, define que a prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, podendo dela ausentar-se somente com autorização judicial. No mesmo sentido,

os artigos 318 e seguintes preveem hipóteses em que a prisão preventiva deverá ser substituída pela prisão domiciliar.

A legislação brasileira prevê a existência de três tipos de prisão cautelar - uma espécie de prisão cujo cabimento se dá apenas na fase de investigação -, sendo elas: flagrante delito, prisão temporária e prisão preventiva, devendo ter caráter manifestadamente provisório. Para Vargas (2017), quando a prisão cautelar deixa de ter a finalidade de instrumentalidade e seu uso passar a ser largamente ampliado, percebe-se grave desvirtuamento, a ponto de tornar-se uma espécie de mecanismo publicitário do sistema penal, criando uma fantasiosa solução para a questão da criminalidade.

Desse modo, a prisão preventiva, medida cautelar mais gravosa no sistema criminal brasileiro<sup>1</sup>, será decretada pelo juiz, segundo determina o artigo 311 e seguintes do CPP, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial, desde que cumpridos os requisitos legais constantes no artigo 313, sendo eles:

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;

Além desses requisitos, se faz necessária a configuração dos motivos autorizadores dispostos no artigo 312 do mesmo Código, quais sejam:

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.

<sup>1</sup> A prisão preventiva é a medida cautelar mais gravosa no ordenamento jurídico brasileira, haja vista que não possui prazo de duração máximo previsto em lei, sendo que sua imposição pode configurar restrição mais onerosa para o sujeito do que o próprio cumprimento da pena (MIRANDA, 2017).

Importante destacar que a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública e da ordem econômica possui conteúdo notadamente indeterminado, razão pela qual a doutrina tem levantado críticas acerca da utilização com base nestes fundamentos. Segundo Miranda (2017), embora a Constituição de 1988 estabeleça três possibilidades de aplicação do conceito de ordem pública, não definiu tampouco indicou parâmetros que pudessem definir no que consiste objetivamente uma ofensa à ordem pública. Todavia, tal expressão remete à influência de regimes autoritários, especificamente inserida na legislação brasileira durante a Era Vargas, sendo expressamente utilizada na contenção de inimigos durante o Estado Novo.

Para Gomes (2013), incluem-se no conceito de ordem pública todas as finalidades do encarceramento provisório que não se enquadram nas exigências de caráter cautelar propriamente dito, sendo, na verdade, pura e simples antecipação da punição. Outrossim, Miranda (2017) aponta que a determinação da prisão preventiva para garantia da ordem pública constitui verdadeiro mecanismo de seletividade dos indivíduos que compõem a massa encarcerada do país.

Não obstante, elencadas todas as ressalvas, uma vez configurados os requisitos previstos pela legislação, o julgador poderá determinar a prisão preventiva, sendo que esta poderá/deverá ser substituída pela prisão domiciliar, caso o acusado preencha as condições impostas pela norma. A prisão preventiva, funciona, em tese, como *ultima ratio*<sup>2</sup>, devendo ser utilizada somente quando as demais medidas se mostrem insuficientes. Em contrapartida, a prisão domiciliar é uma medida penal menos gravosa, preferível à prisão preventiva, como forma de se adotar medida menos restritiva de direitos fundamentais.

Isto dito, a prisão domiciliar inicialmente foi incluída na normativa brasileira através da Lei 12.403/11, consistindo numa modalidade de prisão cautelar cujo beneficiário se mantém recolhido em sua residência, saindo somente mediante autorização judicial. Assim, a prisão domiciliar tem como princípio a proteção ao preso e aos seus dependentes, sendo uma medida substitutiva da prisão preventiva, menos desumana que a segregação cautelar. Todavia, para que seja concedida, faz-se necessário o preenchimento de alguns requisitos.

De acordo com a redação anterior, prevista na Lei 12.403/11, a prisão domiciliar poderia substituir a prisão preventiva somente caso o agente fosse maior de 80 anos, extremamente debilitado por motivo grave ou quando imprescindível aos cuidados de pessoa menor de 6 anos ou

<sup>2</sup> De acordo com esse princípio o Estado somente punirá com pena aquelas condutas antijurídicas que representem uma grave ofensa aos bens jurídicos mais importantes para a sociedade. Direito penal das licitações / Cezar Roberto Bitencourt. - 2. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

com deficiência, além dos casos de gestantes, a partir do 7º mês de gravidez ou sendo essa de alto risco. Entretanto, com a Lei 13.257/2016, comumente conhecida como “Marco Legal da Primeira Infância”, adicionou-se ao rol do artigo 318 do CPP as gestantes, as mães com filhos de até 12 anos e os homens – caso constatado que estes fossem os únicos responsáveis pelos cuidados de filhos de até 12 anos.

O Marco Legal da Primeira Infância tem grande relevância no cenário nacional, se tornando a segunda legislação mais importante, após o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), no que se refere ao desenvolvimento de políticas públicas direcionadas às crianças. Ademais, traz significativas alterações no ordenamento jurídico, com reflexos essencialmente no ECA, no Direito do Trabalho e no Direito Processual Penal. A lei é composta por 43 artigos e no que se refere especificamente à matéria penal, alterou 4 dispositivos, sendo as alterações constantes no artigo 318 do CPP as consideradas de maior importância.

No caso das gestantes, a Lei 12.403/2011 indicava que a prisão domiciliar seria concedida a partir do sétimo mês de gravidez ou acaso constatada que fosse de alto risco. Em contrapartida, a Lei 13.257/2016, ao alterar o inciso IV do artigo 318, não especificou período de gestação ou condição (baixo ou alto risco), utilizando apenas o termo gestante. Além disso, incluiu os incisos V e VI, os quais acrescentam no rol de beneficiários a mulher com filhos de até 12 anos de idade incompletos e o homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 anos incompletos.

O fato de a lei colocar o homem também como o responsável pelo trato com os filhos foge à lógica patriarcal do cuidado de responsabilidade exclusivamente feminina, não obstante a realidade ainda demonstre que as mulheres continuam sendo, majoritariamente, as únicas responsáveis por essa tarefa. Assim, embora a questão de gênero não apareça explicitamente na lei, há reflexos diretos no sentido de garantir o exercício da maternidade de modo mais saudável do que seria na prisão (MOTA, 2022).

A despeito disso, embora as alterações trazidas pelo Marco da Primeira Infância caminhassem no sentido de promover maiores garantias às mulheres e seus filhos, na prática, a aplicabilidade possuía certos empecilhos. Segundo Coneglian e Turella (2020), vários julgadores entendiam que a concessão da prisão domiciliar seria uma faculdade do magistrado frente ao caso concreto, sobretudo porque o artigo 318 utiliza o verbo “poderá”, difundindo a percepção de que a pessoa interessada deveria convencer o julgador que fazia jus a concessão do benefício.

Em decorrência disto, foi impetrado em 2018, no Supremo Tribunal Federal (STF), o *Habeas Corpus*<sup>3</sup> Coletivo nº 143.641/SP, em ação de litigância liderada pelo Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos (CADHU), Defensoria Pública e outras instituições, solicitando a conversão das prisões preventivas em prisões domiciliares para as mulheres presas que fossem gestantes, lactantes ou que tivessem filhos de até 12 anos de idade ou com deficiência.

No *Habeas Corpus*, afirmou-se que a prisão preventiva, ao confinar mulheres grávidas em estabelecimentos prisionais precários, subtraindo-lhes o acesso a programas de saúde pré-natal, assistência regular na gestação e no pós-parto e, ainda, privando as crianças de condições adequadas ao seu desenvolvimento, constitui tratamento desumano, cruel e degradante, que infringe os postulados constitucionais relacionados à individualização da pena, à vedação de penas cruéis e, ainda, à proteção à integridade física e moral da mulher em situação de cárcere.

Ademais, argumentou-se que a política criminal responsável pelo expressivo encarceramento feminino é discriminatória e seletiva, impactando de forma desproporcional as mulheres pobres e suas famílias; que os estabelecimentos prisionais não são preparados de forma adequada para atender à mulher presa, especialmente gestantes e mães; que a soma de violações gera quadro de excessivo encarceramento preventivo de mulheres pobres; entre outros argumentos.

Para o Ministro Relator, Ricardo Lewandowski:

Há, como foi reconhecido no voto, referendado por todos os ministros da Corte, uma falha estrutural que agrava a “cultura do encarceramento”, vigente entre nós, a qual se revela pela imposição exagerada de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis. Tal decorre, como já aventado por diversos analistas dessa problemática seja por um proceder mecânico, automatizado, de certos magistrados, assoberbados pelo excesso de trabalho, seja por uma interpretação acrítica, matizada por um ultrapassado viés punitivista da legislação penal e processual penal, cujo resultado leva a situações que ferem a dignidade humana de gestantes e mães submetidas a uma situação carcerária degradante, com evidentes prejuízos para as respectivas crianças.

Seguindo as orientações do STF no julgamento do *Habeas Corpus* Coletivo, o legislador criou a Lei 13.769/2018, responsável por incluir no Código de Processo Penal os artigos 318-A e

<sup>3</sup> Conforme o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), o *Habeas Corpus* é um remédio constitucional, ou seja, um instrumento processual para garantir a liberdade de alguém, quando a pessoa for presa ilegalmente ou tiver sua liberdade ameaçada por abuso de poder ou ato ilegal, conforme previsão do art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal de 1988 e dos artigos 647 e 667 do Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/habeas-corpus>.

318-B, os quais determinam que a prisão imposta à mulher gestante ou mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída pela prisão domiciliar, desde que:

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.

Ferreira (2022) discute que a substituição do verbo “poderá”, das antigas redações, por “será”, indica comando impositivo ao julgador. Ou seja, o legislador reduziu o poder discricionário do magistrado e diminuiu a arbitrariedade nos parâmetros utilizados para a concessão do benefício, determinando que a substituição da prisão preventiva pela domiciliar fosse a regra e não a exceção. Ademais, ao elencar critérios objetivos, o legislador não ofereceu margem para valoração por parte do julgador que pudesse oferecer obstáculo à concessão da substituição. Assim:

Inverteu-se a ordem interpretativa anteriormente aplicada a casos semelhantes ao determinar que a regra é, nos casos previstos, conceder o benefício da prisão provisória domiciliar, não devendo ser o benefício deferido só em casos excepcionais (CONEGLIAN; TURELLA, 2020, p. 214).

Em verdade, o texto legislativo reitera o que foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal, eliminando-se a dúvida se seria uma discricionariedade do julgador conceder a substituição pela prisão domiciliar. Ademais, ampliou-se o rol de agentes abarcados pelo benefício, incluindo-se as mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência. A nova lei, portanto, “amplia a expressão para ‘mãe ou responsável’ de criança ou pessoa com deficiência, ou seja, independe se este responsável é a mãe, o pai ou mesmo a pessoa tenha a guarda de quem deve ser protegido” (CONEGLIAN; TURELLA, 2020, p. 215).

Nesse contexto, resta nítido que a prisão domiciliar surge como uma alternativa vantajosa ao encarceramento de corpos femininos, tendo em vista que, diante da realidade precária dos presídios brasileiros, esta espécie de aprisionamento se apresenta como a melhor entre as opções disponíveis. Mota (2022) discute que, embora a monitoração eletrônica (uma das formas de prisão

domiciliar) seja uma forma de controle invasiva, estigmatizante e revele a demanda por punição e controle da sociedade, a utilização do mecanismo é menos danosa do que os efeitos do cárcere, sobretudo quando se trata de mulheres. Ainda:

O que se percebe é que a prisão domiciliar com monitoração eletrônica ou não é instrumento potente no desencarceramento de mulheres mães e gestantes que estão cada vez mais sendo selecionadas pelo sistema penal, devido a uma política de encarceramento em massa que atinge mulheres pobres e negras em todo território nacional. Especialmente quando se trata de presas provisórias, a prisão domiciliar é uma importante alternativa, tendo em vista a ampla utilização da prisão preventiva no país. A prisão domiciliar revela-se, assim, como alternativa ao cárcere que vem impondo sofrimento a mulheres e crianças (MOTA, 2022, p.83).

No entanto, embora as medidas de substituição à pena privativa de liberdade devam ser ferramentas utilizadas, haja vista que o cárcere potencializa as vulnerabilidades as quais as mulheres estão inseridas, não se pode debater prisão domiciliar sem vislumbrar importantes debates de gênero. A realidade de mulheres em situação de prisão domiciliar apresenta inúmeros desafios, distintos dos vivenciados no cárcere, mas que limitam o exercício da maternidade e o direito dessas mulheres (MOTA, 2022).

A autora levanta necessária discussão, no sentido de questionar o que é considerado domicílio/casa/lar para mulheres selecionadas pelo sistema penal, problematizando a realidade ao qual as mães e gestantes estão inseridas, sobretudo ao considerar que muitas destas sequer possuem domicílio e que não são poucas aquelas que vivem em situação de violência doméstica. Nestes casos, a prisão domiciliar, quando concedida, torna-se incompatível com a situação material de algumas que a pleiteiam.

Na mesma perspectiva, a vivência feminina em prisão domiciliar é totalmente diferente da vivência masculina, considerando que, neste panorama, devem ser considerados fatores como maternidade, cuidado, trabalho e saúde. Costa *et al* (2019), durante visitas pelos presídios brasileiros, identificou a situação de mulheres que haviam sido presas novamente, por terem descumprido regras da prisão domiciliar, uma vez que necessitavam, em sua rotina, realizar atividades externas, como procurar emprego, levar o filho ao médico, o que as levou a retornar ao cárcere.

De acordo com o Relatório desenvolvido pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania – ITTC (2019), na maioria dos casos, não há preocupação por parte dos juízes em delimitar e explicar para

a mulher quais funções ela poderia desempenhar estando em prisão domiciliar, notadamente no que se refere à possibilidade de levar seus filhos ao médico e à escola, realizar deslocamento para o mercado, buscar trabalho, entre outras tarefas extremamente necessárias e cotidianas na rotina familiar. Em outras palavras, não há preocupação do Judiciário em estabelecer parâmetros para o cumprimento da prisão domiciliar, tampouco definir limites para o exercício deste benefício.

Além dessas dificuldades, há de se destacar outros desafios atinentes aos discursos do Sistema de Justiça Criminal, através de magistrados, tribunais, Ministério Público e demais operadores do direito. No sistema de justiça são evidentes os marcadores de gênero e embora haja o reconhecimento dos direitos femininos, o acesso à justiça segue seletivo e perverso, primeiro porque somente algumas pessoas terão efetivo acesso à justiça, ainda que precário e limitado, segundo porque o reconhecimento desses direitos em estruturas patriarcais pode perverter a autonomia o exercício da liberdade individual (BRAGA, 2015).

Ainda sobre Relatório do ITTC (2019), durante pesquisa realizada com 201 mulheres em audiências de custódia no Fórum Criminal da Barra Funda, constatou-se que houve determinação da prisão preventiva em 45,8% dos casos, sendo que somente 9 das 55 mulheres tiveram a prisão preventiva convertida em prisão domiciliar, indicando que embora as 55 mulheres pudessem usufruir do benefício, 83,6% não tiveram a medida aplicada. Em seguida, foram analisados os processos de instrução de 200 mulheres, nas quais 107 delas teriam direito às previsões do Marco Legal, sendo que 80% destas não tiveram o benefício aplicado em algum momento durante o processo judicial.

No que refere as decisões que indeferiram o pleito da concessão da prisão domiciliar, o Relatório aponta que há uma “força do julgamento moral acerca de uma maternidade atravessada pela seletividade étnico-racial e classista na entrada de determinadas mulheres no sistema de justiça criminal” (ITTC, 2019, p. 40). De acordo com o documento, oito categorias de argumentos foram utilizadas para negativa, sendo elas: a) crime cometido com violência ou grave ameaça; b) crime contra descendentes; c) situações excepcionalíssimas; d) gravidade do crime, antecedentes criminais e preservação da ordem pública; e) existência ou exercício da maternidade; f) prisão domiciliar não é automática, nem um direito subjetivo; g) mulheres migrantes ou sem moradia fixa; h) gestantes ou mães com filhos em unidades prisionais.

Acerca do primeiro argumento, isto é, crime cometido com violência ou grave ameaça, trata-se de uma das hipóteses previstas na legislação que justificam a não concessão da prisão domiciliar. No entanto, os pesquisadores observaram que o suposto risco apresentado as crianças derivavam mais de uma postura anti-drogas do que, propriamente, um risco objetivo a segurança

das crianças e adolescentes. Na percepção dos magistrados, em decorrência do uso das substâncias proibidas, a mãe não cuidaria adequadamente dos seus filhos, o que poderia resultar numa postura negligente. Portanto, na análise dos pesquisadores, nesses casos foram utilizados entendimentos valorativos, no sentido de que o exercício da maternidade seria incompatível com o crime e/ou com o uso de drogas, sem haver, no entanto, uma informação objetiva do risco que aquela mãe teria causado ao seu filho.

O segundo argumento, de crime cometidos contra descendentes, também se trata de uma hipótese legislativa que autoriza a não concessão da medida alternativa. No entanto, por apresentar incidência muito baixa nos resultados de pesquisa, não foi profundamente discutido.

O terceiro argumento, acerca das “situações excepcionalíssimas”, teve grande relevância no trabalho mencionado. Segundo o relatório, os casos mobilizados nessa categoria apresentam profundas discricionariedades, uma vez que não houve parâmetros claros na decisão do Ministro Lewandowski. Tanto que, em virtude do uso excessivo deste argumento, o Ministro proferiu nova decisão esclarecendo ocorrências que não poderiam ser configuradas como “situações excepcionalíssimas”.

Nesse sentido, ao fim da pesquisa, concluiu-se que todos os casos em que magistrados utilizaram o argumento da “situação excepcionalíssima” havia flagrante arbitrariedade e ilegalidade, uma vez que nenhum caso o uso da expressão foi utilizado com base na razoabilidade e proporcionalidade. Para os autores, tal critério é utilizado de forma subjetiva, variando a depender de uma posição pessoal de cada magistrado e, na maioria dos casos, sua utilização estava atrelada a uma repreensão social exacerbada dos crimes relacionados ao tráfico de drogas. Em outras palavras, tráfico e maternidade são incompatíveis, o que reforça a punição das mulheres.

O quarto argumento diz respeito a “gravidade do crime, antecedentes criminais e preservação da ordem pública”. Conforme o estudo, tais argumentos, quando utilizados como substrato para negar o pedido de prisão domiciliar feito por uma mulher potencialmente beneficiária, deveria ser devidamente fundamentado, com provas concretas da necessidade da manutenção da medida cautelar, o que não foi constatado na pesquisa. Para os autores, em um primeiro momento, tais argumentos não parecem associados as questões de gênero, uma vez que também são excessivamente utilizados para manutenção provisória de presos homens.

No entanto, quando confrontados com a realidade das mulheres julgadas, é utilizado como mecanismo de encarceramento massivo, uma vez que a maioria destas são responsáveis pelos cuidados domésticos e com os filhos. Logo, ao ignorar a questão de gênero, tal realidade é invisibilizada pelos julgadores, interditando o acesso ao direito de permanecerem em seus

domicílios com seus filhos e dependentes. Tal postura é responsável por regular o exercício da maternidade desviante do padrão socialmente imposto e esperado.

O quinto argumento faz referência a existência ou exercício da maternidade, sendo que a exigência de prova da imprescindibilidade materna surgiu como substrato nas argumentações dos julgadores. No entanto, o direito a convivência familiar é direito fundamental, sendo que há presumibilidade da mãe no cuidado com seus filhos. Como consequência deste argumento, os pesquisadores notaram que boa parte dos magistrados entendia que a existência de outro familiar, geralmente uma figura feminina, seria elemento apto a substituir os cuidados maternos, o que suprimiria a necessidade da prisão domiciliar. Há, nesse sentido, a desconsideração da importância da relação entre mães e seus filhos, limitando o exercício da maternidade.

A sexta categoria intitulou-se “A prisão domiciliar não é automática, nem um direito subjetivo”, que evidenciou grande discricionariedade entre os magistrados, vez que a redação do artigo 318 do CPP previa que o juiz “poderá substituir a prisão preventiva pela domiciliar”, ou seja, uma faculdade. No entanto, tanto o Habeas Corpus coletivo, quanto a alteração apresentada pelo artigo 318-A do CPP indicam o dever do juiz de substituir a medida preventiva, uma vez preenchidos os requisitos. Nesse sentido, o que antes aparentava ser uma faculdade do julgador, torna-se medida mandatória.

Outrossim, outra categoria apresentada dizia respeito a situação de mulheres migrantes e sem moradia fixa. Para os pesquisadores, o fato de não possuir residência fixa revela a extrema vulnerabilidade e pobreza dessas mulheres, condições que não poderiam ser utilizadas para o endurecimento da punição imposta.

Por fim, a última categoria diz respeito as gestantes e mães que viviam em unidades prisionais com seus filhos. De acordo com o estudo, tal fundamentação desconsidera o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário, ao passo que não reconhece que a manutenção de crianças em estabelecimentos penais é extremamente prejudicial ao desenvolvimento infantil, bem como para uma saudável gestação, considerando, inclusive, que a pena é estendida às crianças.

Assim sendo, significativa parte dos argumentos utilizados para negativa da concessão da prisão domiciliar eram arbitrários, refletindo uma postura moral, valorativa e particular dos julgadores, sendo que as argumentações fugiam dos requisitos impostos pela legislação. O resultado disso é a negativa discricionária à concessão de uma benesse que poderia ser amplamente utilizada pelas mulheres que atendem aos requisitos.

No mesmo sentido, Braga e Franklin (2016) evidenciam discussão por parte dos magistrados na concessão da prisão domiciliar, caso a residência da mulher seja o local utilizado no tráfico de drogas. Os autores apontam que, para sustentar suas famílias, muitas mulheres precisam submeter-se à atividade ilícita no ambiente doméstico, de modo a conciliar os cuidados com a criança e o trabalho, e que a burocratização e seletividade da concessão da prisão domiciliar é responsável por fazer com que apenas mulheres em condições materiais e familiares favoráveis tenham acesso ao benefício, potencializando a seletividade do sistema:

O caso especial refere-se a uma mulher acusada de tráfico de drogas, que possuía, além de três filhos menores 06 anos de idade, seu pai sexagenário como dependente, haja vista que o mesmo estava impossibilitado de se locomover por em razão da avançada idade. Além disso, a mãe da paciente comprovou que os netos estavam sob sua responsabilidade, no entanto, o salário que recebia como empregada doméstica somente conseguiria prover as necessidades do marido, não dos netos. Diante dessa situação peculiar, a defesa pleiteou a liberdade provisória, ou alternativamente, a prisão domiciliar. Contudo, o julgamento dos desembargadores responsáveis colocou a problemática da prisão domiciliar e deferiram outras medidas cautelares (p. 369-370).

Ao analisar decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que tratavam sobre pedidos de prisão domiciliar para presas grávidas e mães, os autores constataram duas tendências no julgamento dessas mulheres: a crença por parte dos magistrados na maternidade enquanto “salvação moral” – uma forma de exercer a maternidade para sair do crime – e a crença que a conduta criminosa da requerente não condiz com a de uma mãe que é imprescindível aos cuidados de seu filho.

O julgamento de mulher pelo sistema de justiça aciona uma dupla punição: a punem por violar a regra penal, mas sobretudo, pela ruptura com as expectativas sociais. Nesse cenário, a maternidade é vista como uma forma da mulher desviante se aproximar da normalidade, a partir de uma representação de maternidade ligada às condutas associadas ao “feminino” (preocupação com as crianças, comportamento passivo, ausência de conduta criminosa), e portanto, distante da masculinidade atribuída ao mundo do crime (BRAGA; FRANKLIN, 2016, p.352).

Na mesma seara, Ramos (2018) investigou a aplicação do Marco da Primeira Infância pelos órgãos judiciais, através de pesquisa no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, verificando que a jurisprudência deste tribunal se formou em duas argumentações básicas: de um lado a tentativa de reconduzir a mulher ao seu papel materno, incentivando a convivência desta

com os filhos; do outro lado a condenação daquelas que se desviam da ideia social de maternidade, consideradas não merecedoras de exercê-la.

Para a autora, o fenômeno da maternidade subalterna – a maternidade exercida de forma desigual, sendo pouco aceita quando se trata de mulheres em situações específicas (moradoras de rua, usuárias de drogas, infratoras) – ajuda a compreender a grande resistência encontrada pelos magistrados durante sua pesquisa, uma vez que é inadmissível para estes que uma mulher com filho utilize o ambiente doméstico para a venda de drogas, ainda que a renda advinda da atividade seja usada no sustento da criança. A maternidade, portanto, é utilizada como mecanismo de resgate da transgressora, atuando ora como castigo ao gênero feminino, ora como privilégio não merecido.

A justificativa utilizada pelos magistrados de que a maternidade é capaz de salvar a mulher da criminalidade demonstra como as representações ao redor de maternidade e criminalidade são praticamente irreconciliáveis: ou a mulher é criminosa e o sistema não permite que ela exerça a maternidade, ou ela a exerce e o sistema espera que ela deixe de ser criminosa (Braga; Franklin, 2016). Logo, os acórdãos analisados apontam para a construção de uma oposição entre as categorias maternidade e crime, demonstrando que além dos fatores sociais e raciais, a maternidade exerce forte participação no encarceramento feminino.

A categoria “criminosa” basta para deslegitimar a presa como boa mãe, logo, o sistema de justiça, ao blindar muitas das possibilidades de exercício da maternidade por mulheres processadas ou condenadas, não leva em conta o contexto específico daquela mulher, tampouco a existência de formas de família e organizações de gêneros distintas da tradicional família nuclear, biparental e heterossexual (BRAGA, 2015, p. 529).

Além disso, o Relatório do ITTC (2019) aponta que os argumentos para negar a prisão domiciliar caminham no sentido de penalizar as mulheres por serem mães e terem, ao mesmo tempo, cometidos crimes – sobretudo caso tais crimes fossem relacionados ao tráfico de drogas. Percebeu-se que há grande anseio por parte dos magistrados de impor punições severas como forma de combate à criminalidade, bem como o anseio de regular o exercício da maternidade, grande parte das vezes apontando que esse exercício não merece proteção, seja por marcadores sociais, seja pela noção de não merecimento da manutenção do vínculo com os filhos.

Outro ponto levantado por Braga e Franklin (2016) diz respeito à sobreposição dos interesses da criança em virtude dos interesses maternos. Nas decisões por eles analisadas, o sujeito de direito era sempre a criança e nunca a mãe e, na maior parte das argumentações, a ausência de

menção à mulher reforçou a ideia de que ela só poderia ser beneficiária do instituto em virtude da criança e não por sua condição própria de mulher-mãe. Logo, a interpretação dos magistrados poderia implicar na limitação nos interesses da criança, já que estes são analisados de forma separada, e por vezes oposta aos interesses da mãe.

Além disso, no discurso dos operadores do direito vislumbra-se a defesa de narrativas de natureza evidentemente valorativa e moral. Freire e Mello (2017) observaram que as decisões judiciais proferidas pelo Tribunal do Rio Grande do Sul são direcionadas por narrativas valorativas e morais em que a presa é desacreditada na sua identidade social, sendo que a prisão domiciliar não é concebida como direito público subjetivo, mas como mero benefício que está sujeito a discricionariedade do julgador, à concordância ou discordância dos agentes do Ministério Público e a provocação ou inércia por parte da defesa constituída.

Os dados coletados pelo ITTC (2019) ilustram que há marcante caráter de disciplinamento moralizante nas decisões, destacando-se as seguintes passagens:

Nesta outra situação, o/a juiz/a perguntou à custodiada, durante a audiência, “[o] que está acontecendo que você registra várias passagens por furto e inclusive uma condenação?”, ao que a mulher respondeu que agiu “no desespero” porque tem 4 filhos e não têm o que comer. Nisso, o/a juiz/a fez questão de advertir que ela precisa “arranjar outro jeito” porque, “se continuar assim, irá presa e irá se prejudicar e prejudicar os filhos”

Em outra audiência acompanhada, ao proferir a decisão que concedeu a prisão domiciliar à mulher, o juiz “alertou-a” da seguinte maneira “É bom a senhora tomar cuidado com seus atos, ainda mais considerando que tem filho pequeno. Se for pega novamente cometendo crime, irá ficar presa em presídio.”

Assim sendo, a narrativa dos operadores do direito (magistrados, advogados, Defensoria Pública e Ministério Público) tem relevância na análise da concessão da substituição da prisão domiciliar e produz impactos diretos à vivência de mulheres em situação de cárcere no Brasil. Por esta razão, torna-se essencial discutir este fenômeno, sobretudo de modo a apontar a necessidade de reforçar a aplicação de medidas desencarceradoras, em face dos efeitos nocivos do encarceramento tradicional sobre a vida de mães, negras e oriundas de famílias pobres.

### 3 Considerações finais

Inicialmente, importante pontuar que, embora não se possa debater prisão domiciliar para mulheres sem levantar questões importantes como maternidade, violência doméstica e pobreza, frente ao encarceramento tradicional, tal instituto se apresenta como a melhor entre as possibilidades disponíveis. Para tanto, urge a necessidade de reforçar a aplicação de medidas desencarceradoras, vez que o aprisionamento gera grandes impactos as mulheres e as famílias envolvidas nessa dinâmica.

Assim, diante do que foi exposto, os dados permitem concluir que há, na narrativa dos operadores de direito, explícita valoração moral por parte dos agentes, que deslegitimam a identidade social das acusadas e as penalizam enquanto mães e criminosas. Em verdade, o Poder Judiciário tem reforçado violências contra essas mulheres, essencialmente negando o acesso pleno à justiça e a defesa de direitos subjetivos. Em que pese os importantes avanços legislativos, o instituto é aplicado de maneira discricionária, penalizando de maneira cruel aquelas que poderiam estar longe dos cárceres.

Deste modo, conclui-se que o Poder Judiciário tem desempenhado importante função na política punitivista e de controle social, considerando a existência de evidente valoração de critérios subjetivos e a desconsideração da realidade concreta das envolvidas nos processos. Ademais, no caso de mulheres presas por tráfico de drogas, a majoração abstrata é ainda mais danosa, haja vista que a atuação desses agentes denota caráter distante e alheio à realidade daquelas que são diretamente prejudicadas por suas ações.

### Referências

BRAGA, A. G. FRANKLIN, N. I. C. Quando a casa é a prisão: uma análise de decisões de prisão domiciliar de grávidas e mães após a Lei 12.403/2011. *Quaestio Iuris*, vol. 09, nº. 01, Rio de Janeiro, 2016. pp. 349-375.

BRAGA, A. G. M. Entre a soberania da lei e o chão da prisão: a maternidade encarcerada. *Revista Direito GV*, São Paulo 11(2), p. 523-546. Jul-dez 2015

BRASIL. [Código de Processo Penal (1941)]. *Decreto-Lei Nº 3.689, de outubro de 1941*. Rio de Janeiro: Presidência da República. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 19 mar. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19 mar. 2023.

BRASIL. [Marco Legal da Primeira Infância (2016)] *Lei Nº 13.257, de 8 de março de 2016*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13257.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13257.htm). Acesso em: 26 mai. 2023.

BRASIL. *Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011*. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília, DF, 2011. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm). Acesso em: 26 mai. 2023.

BRASIL. *Lei Nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13769.htm#art2](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13769.htm#art2). Acesso em: 25 mar. 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Período de Janeiro a Junho de 2022. In: *Sisdepen: Estatísticas Penitenciárias*. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: 19/03/2023.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. *Lei nº 8.069, 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 4 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda turma). *Habeas Corpus 143.461/ São Paulo, 2018*. Ministro Relator: Ricardo Lewandowski. Julgado em: 20/02/2018, divulgado em: 08/10/2018, publicado em: 09/10/2018. [2018a]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>. Acesso em: 14 mai. de 2023.

CONEGLIAN, R O. A.; TURELLA, R. A prisão preventiva domiciliar e suas exceções: direito da mulher ou da criança? Arts. 318 e 318-A do Código de Processo Penal brasileiro. *Revista Transgressões, [S. l.]*, v. 8, n. 2, p. 209–224, 2021. DOI: 10.21680/2318-0277.2020v8n2ID21768. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/21768>. Acesso em: 4 set. 2023.

COSTA, J. S; *et al.* Covid-19 no sistema prisional brasileiro: da indiferença como política à política de morte. *Psicologia & Sociedade*, v. 32, p. 1-19, 2020. Disponível em: <https://cutt.ly/4l85Zd0>.

FERREIRA. C. C. Crianças e(m) cárcere: o papel da prisão domiciliar na proteção à primeira infância no Distrito Federal. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília v. 24 n. 133 maio/ago. 2022 p. 417-445

FREIRE, C. R; MELLO, K. S. S. *Juizes morais e sujeição criminal no contexto da prisão domiciliar de mulheres em condição de maternidade no Brasil*. In: Congresso da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito ABraSD, 2017.

GOMES, P. M. *Discursos sobre a Ordem: uma análise do discurso do Supremo Tribunal Federal nas decisões de prisão para garantia da ordem pública*. 2013 Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília. Brasília, 2013.

INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA (ITTC). *MaternidadeSemPrisão: diagnóstico da aplicação do Marco Legal da Primeira Infância para o desencarceramento de mulheres* [recurso eletrônico] / Instituto Terra, Trabalho e Cidadania. – São Paulo : ITTC, 2019.

MIRANDA, Luiza Braga Cordeiro de. *Mulheres perigosas: a análise da periculosidade das traficantes de drogas pelo supremo tribunal federal na confirmação da prisão preventiva*. Monografia, UNB. Brasília, 2017.

MOTA, J. J. *"Tu sai lá de dentro da cadeia, mas continua presa na rua": reflexões sobre a prisão domiciliar de mulheres mães e gestantes na Região Metropolitana de Porto Alegre*. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, 2022.

RAMOS, A. C. M. Maternidade e prisão domiciliar: jurisprudência do TJ/RS após as alterações promovidas pelo Estatuto da Primeira Infância. *Revista Defensoria Pública RS*, v. 22, p. 103-127. Porto Alegre, 2017.

VARGAS, R. Prisão provisória e as cautelares diversas (alternativas) nos crimes de tráfico de drogas: uma abordagem a partir das decisões do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 17, n. 101, p. 70-83, dez. 2016/jan. 2017.