

A PRISÃO DOMICILIAR CAUTELAR E A REALIDADE DAS MULHERES ENCARCERADAS NO BRASIL

PRECAUTIONARY HOUSE ARREST AND THE REALITY OF INCARCERATED WOMEN IN BRAZIL

Liziane da Silva Rodríguez 1
Fernanda Miler Lima Pinto 2

Resumo: Este artigo analisa criticamente a situação das mulheres submetidas à prisão cautelar no Brasil, destacando as disparidades de gênero no sistema de justiça criminal. O estudo investiga o aumento alarmante do encarceramento feminino, frequentemente associado ao uso excessivo de medidas cautelares, e examina a influência dessas práticas nas desigualdades sociais e violações de direitos. A metodologia empregada envolve uma revisão abrangente da legislação, jurisprudência e dados carcerários. Diante disso, a pesquisa propõe reformas legais e processuais, defendendo abordagens alternativas que preservem a presunção de inocência e protejam os direitos fundamentais das mulheres. Destaca-se a necessidade de políticas públicas voltadas para a prevenção do encarceramento excessivo e para a promoção da equidade de gênero no sistema de justiça. O diálogo entre os diversos atores do sistema e a sensibilização para as complexidades de gênero são fundamentais para a efetiva implementação dessas mudanças.

Palavras-chave: Encarceramento Feminino. Medidas Cautelares. Desigualdades de Gênero. Sistema de Justiça Criminal.

Abstract: This article critically analyzes the situation of women subjected to pretrial detention in Brazil, highlighting gender disparities in the criminal justice system. The study investigates the alarming rise in female incarceration, often associated with the excessive use of precautionary measures, and examines the influence of these practices on social inequalities and rights violations. The methodology employed involves a comprehensive review of legislation, case law, and prison data. In light of this, the research proposes legal and procedural reforms, advocating for alternative approaches that preserve the presumption of innocence and protect women's fundamental rights. Emphasized is the need for public policies aimed at preventing excessive incarceration and promoting gender equity in the justice system. Dialogue among various stakeholders and awareness of gender complexities are crucial for the effective implementation of these changes.

Keywords: Female Incarceration. Pretrial Detention. Gender Inequalities. Criminal Justice System.

- 1 Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (PPGCrim) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Direito Penal e Política Criminal: Sistema Constitucional e Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação Lato Sensu da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA). Assistente judiciário TJPR. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5373453337860546>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7720-7753>. E-mail: liziane00@hotmail.com
- 2 Doutoranda em Ciências Sociais na Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Bolsista Doutorado da Fundação de Amparo à Pesquisa e ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Maranhão (FAPEMA/SECTI/Governo do Maranhão). Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Licenciada em Ciências Sociais pelo Centro Universitário ETEP (ETEP). Especialista Lato sensu em Direito Penal (FDDJ), em Direito Penal e Criminologia (ICPC/UNINTER), em Metodologia do Ensino na Educação Superior (UNINTER), em Diplomacia, Políticas Públicas e Cooperação Internacional (UNINTER) e em Direito Constitucional (FOCUS). Advogada OAB-MA. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1672312046277512>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2856-0299>. Email: fernandamp1206@gmail.com

Introdução

A compreensão aprofundada da realidade concreta das mulheres encarceradas no Brasil é crucial, dada sua emblemática invisibilidade e vulnerabilidade. Embora o Estado brasileiro tenha a obrigação de garantir proteção e justiça às mulheres, ainda persiste um longo percurso para assegurar plenamente esses direitos. Nesse contexto, a formulação de políticas destinadas a dar visibilidade às mulheres encarceradas torna-se essencial para a efetivação de seus direitos. Além disso, é imperativo desenvolver ações que reduzam a vulnerabilidade das mulheres e de seus filhos durante o encarceramento, garantindo-lhes acesso a serviços de saúde, educação e trabalho.

Essa análise aborda a aplicação excessiva de medidas cautelares, muitas vezes motivada pela demora nos processos penais. A pesquisa também explora a crescente utilização da prisão cautelar como resposta penal, deslocando-se da sentença condenatória. Nesse contexto, examina-se como essa prática impacta desproporcionalmente as mulheres, especialmente no que diz respeito a estigmas sociais e violações de direitos.

A abordagem metodológica deste estudo envolve uma análise crítica da legislação, jurisprudência e estatísticas carcerárias, com foco na situação das mulheres encarceradas. Além disso, a pesquisa incorpora uma revisão da literatura sobre as implicações da prisão cautelar, com ênfase nas questões de gênero. Este artigo busca contribuir, de forma não exaustiva, para o debate sobre a necessidade de reformas na legislação penal e processual, bem como na aplicação de medidas cautelares, visando garantir os direitos e a dignidade das mulheres no sistema de justiça criminal brasileiro.

A prisão domiciliar cautelar e a realidade das mulheres encarceradas no Brasil

É indispensável ter consciência de que a realidade concreta das mulheres encarceradas brasileiras é emblemática por sua invisibilidade e vulnerabilidade. Se por um lado o Estado brasileiro tem o dever de assegurar o direito das mulheres à proteção e à justiça, por outro, ainda há um longo caminho a percorrer para garantir que esses direitos sejam plenamente assegurados. Por isso, é importante que sejam criadas políticas que deem visibilidade às mulheres encarceradas, a fim de garantir a efetivação de seus direitos. É necessário que sejam desenvolvidas ações para reduzir a vulnerabilidade das mulheres e de seus filhos durante o encarceramento, assim como ações que garantam seu acesso a serviços de saúde, educação e trabalho. Além disso, é importante que sejam desenvolvidas ações que visem a desestimular a criminalização das mulheres, e que haja esforços para tal.

Observa-se que, conforme levantamento nacional da Informação Penitenciária – Infopen Mulheres (INFOPEN, 2018), quanto ao segundo levantamento oficial elaborado ponderando especificamente o recorte de gênero, o número de mulheres custodiadas em 2016 correspondia a aproximadamente 6% do total de presos no Brasil. Contudo, no período entre 2000 e 2016, o aumento da população carcerária feminina, em números absolutos, corresponde proporcionalmente a mais do que o dobro do aumento do encarceramento masculino, 656% e 293% (INFOPEN, 2018, p. 14), respectivamente, tornando-se visível a existência de fatores que modificaram a lógica do cometimento do crime ou modificaram o sistema que conduz ao seu aprisionamento. No entanto, no ano de 2022, no Rio Grande do Sul, foi possível perceber certa redução nos dados de encarceramento feminino (SISDEPEN, 2022), já que, no período de julho a dezembro de 2021, a população prisional feminina representava 4,57%; e, de janeiro a junho de 2022, passou a representar 4,38%. A redução foi mínima e, de qualquer maneira, ainda, os dados e as condições carcerárias, de forma geral, são inquietantes, devido à insalubridade e demais falhas no sistema. Isso posto, é preocupante, em especial, a situação da mulher, visto que há singularidades relacionadas à sua saúde, à família, cuidado com os filhos, gravidez e amamentação.

Tendo em vista tal situação, faz-se importante discorrer sobre a prisão para as mulheres, tendo como enfoque, no momento, a cautelar, pois, como observou Aragoneses (1981, p. 258), “[...] o grande problema das medidas cautelares consiste em que, se não adotada, corre-se o risco

da impunidade; se adotada, corre-se o risco da injustiça”. Praticamente todas as medidas cautelares têm por objetivo imediato à proteção dos meios ou resultados do processo, de forma que pode ser considerada como o “instrumento do instrumento”, conforme explicitou Calamandrei (2000, p. 42). Porém, é necessário cautela na aplicação excessiva da proteção assegurada pelos “instrumentos” de cunho cautelar, pois interesses e direitos podem vir a ser sacrificados, seja em maior ou menor grau (Cruz, 2022, p. 17).

Como bem asseverou o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, o Código de Processo Penal brasileiro “nasceu” em 1941. Claramente inspirado na legislação fascista italiana, acabou por refletir em pouca afeição as preocupações em relação aos direitos fundamentais, de forma que, anos de aplicação dessa legislação opressiva, conduziu para uma cultura judicial de encarceramento preventivo (Cruz, 2022, p. 380). O Ministro aduziu que a cultura do encarceramento preventivo se apresentou até mesmo reforçada, diante da ineficiência do sistema penal. Segundo ele, a jurisprudência que não admitia o início do cumprimento de pena após a condenação em segundo grau produzia processos penais intermináveis, o que acabava por gerar prescrições e impunidades. Isso produziu motivação aos juízes criminais a utilizarem da prisão cautelar, recorrentemente, como medida antecipatória da pena. Aduziu que “[...] trata-se do fenômeno da ‘penalização’ de um instituto eminentemente processual” (Cruz, 2022, p. 381).

Conforme comprova o estudo de Rodríguez (2023), aparentemente, está ocorrendo uma inversão na ordem do sistema penal, pois está incidindo, frequentemente, um deslocamento da resposta penal para as prisões cautelares, sendo que o correto seria que a resposta penal estivesse somente na sentença condenatória, em sendo o caso. Na percepção de Illuminati (1999, p. 92), “[...] garantir o procedimento cautelar como se fosse o juízo de mérito significa que o processo não alcança o seu objetivo senão através das medidas provisórias”. A afirmação é certa e reflete o que o Ministro Luís Roberto Barroso havia pautado, que a cautelar é utilizada em demasia pela excessiva duração dos processos, já que não conseguem alcançar uma sentença em tempo razoável. Assim, o que vem acontecendo é que toda a tensão do sistema penal se transfere ao sistema das cautelares, transformando-se no ponto de maior relevância para aplicação na prática (Illuminati, 1999, p. 105; Cruz, 2022, p. 19).

Seguindo as análises sobre a prisão preventiva, para além de ser um problema devido à excessiva duração dos processos, há também a questão sobre levar para a sociedade uma resposta o mais breve possível. Se não está sendo possível oferecer essa resposta rápida sobre os desvios criminais na forma correta, que é na sentença, para que a população tenha, ao menos, sensação de segurança e credibilidade nas instituições, os julgadores acabam por se utilizar da prisão cautelar, prendendo, nem que seja por alguns dias, justamente amenizar a alvoroço popular. Porém, de acordo com Rodríguez (2023), o recolhimento cautelar produz estigmas, já que para a população significa que ou o suspeito é de fato o responsável pelo crime ou está sendo “devidamente” punido ou, ainda, existe a sensação de segurança por parte da população. No entanto, essa não reflete sobre o fato de que, talvez, o resultado não seja a redução de crimes, mas sim o aumento da violência (Cruz, 2022).

Conforme aferiu Cruz (2022, p. 19, aspas do autor):

[...] Essa “penalização” de um instituto eminentemente processual, que desborda funcionalmente de seus fins e limites, nada mais é do que um dos reflexos do que Carrara denominava de “nomorréia penal” e que encontra similar significado da moderna metáfora de Ferrajoli (“metástase legislativa”), em decorrência da qual se corre o risco de que, com mais tipos e punições mais graves (more of the same), se produza, ao invés de redução dos crimes, maior violência social.

Em uma conferência, articulada em 1997, Binder (2000) destacou que o próprio poder penal é um poder violento, e, em decorrência disso, é que existe o princípio de *ultima ratio*, sendo que o referido princípio é a essência de um Estado de Direito em uma sociedade democrática, o qual não só recomenda como adverte o dever do Estado de empregar o menos possível o poder penal. Binder (2000) argumentou no sentido de que devem ser definidos os fins do processo, não apenas

como um gerador de castigo. Em relação à sua finalidade, por mais paradoxal que pareça, deve ser essencialmente a de evitar o castigo enquanto seja evitável, e, ainda, minimizá-lo, enquanto minimizável. Ressalta o autor ainda que tal raciocínio paradoxal nada mais é do que a manifestação do princípio de *ultima ratio*.

Rodríguez (2023) realizou uma pesquisa acerca de como o gênero impacta nas decisões acerca das prisões domiciliares no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, centrada no *labelling approach* (teoria do etiquetamento social) e, como especial aporte, na Criminologia Crítica. O *labelling approach*, pode-se afirmar, foi um dos principais motivadores para uma nova compreensão de criminologia, já que deu origem a um ambiente conflagrado das lutas pelos direitos civis nos Estados Unidos da América, o que influenciou nos movimentos em defesa das minorias, como os movimentos feministas, pacifistas e de não violência (Rodríguez, 2023). Esse viés deslocou o problema criminológico do plano da ação para o da reação social, inferindo questionamentos em torno da problematização da estigmatização (Wedy, 2006).

Conforme afirmou Wedy (2006), a prisão preventiva, na verdade, tem os mesmos efeitos da própria pena, já que submete o indivíduo ao regime de vida dos estabelecimentos fechados, que, em princípio, se reservam aos delinquentes mais perigosos, tornando-os, assim, antissociais. O resultado, além da estigmatização da pessoa, reflete em aumento da população reclusa com consequências significativas, individuais e coletivas, e aumento de custos e vigilância. Para o indivíduo, quanto ao social, uma das consequências é a redução total de oportunidades legítimas, essas decorrentes da desconfiança da sociedade, e, como afirmou Wedy (2006, p. 4), “[...] também o surgimento de um verdadeiro fosso ético entre ele e a comunidade em que vive, decorrente do estigma”. Da mesma forma, nesse sentido:

É comum que setores médios da população visualizem o desviante não como um ser comum, mas sim como o inimigo em potencial da sociedade, como aquele que ameaça a “ordem pública” e a segurança das instituições jurídicas. Por conseguinte, nenhuma qualidade positiva se incorpora ao retrato social do indivíduo preso. A desconfiança latente acerca de sua personalidade aniquila sua autoestima (Wedy, 2006, p. 4).

Nesse viés, se para os homens – que são os que representam a maior porcentagem de encarceramento, considerando ainda a sociedade patriarcal que diz que é “comum” essa situação, no sentido de que o homem “pode” cometer crimes – é difícil, para as mulheres a situação é ainda mais complicada quanto ao estigma gerado. Além das desconfianças sociais e, como afirmou Wedy (2006), dos consequentes problemas quanto à superlotação do encarceramento, para as mulheres, inicialmente, nem sequer o sistema carcerário, os presídios, são pensados para elas, tendo em vista as peculiaridades do ser mulher. Ademais, justamente porque a sociedade está estruturada e enraizada em uma ideia essencialmente patriarcal, a mulher é julgada nas mais diversas esferas. Julgada essencialmente por quebrar o padrão social de que mulheres não são (ou não podem) ser criminosas, e, por consequência, elas o sendo, não são boas mães (Rodríguez, 2023).

Em 2011 o Código de Processo Penal (CPP) sofreu uma reforma em que foi acrescentada uma nova forma de cumprimento da prisão preventiva, chamada prisão domiciliar. De fato, segundo Lopes Jr. (2014, p. 13), a “[...] prisão domiciliar não é, por evidente, uma nova modalidade de prisão cautelar, mas apenas [...] uma especial forma de cumprimento da prisão preventiva, restrita aos poucos casos estabelecidos no art. 318 do CPP”.

O instituto trouxe melhores possibilidades para os presos preventivamente, especialmente para as mulheres, e, com o decorrer da aplicação da medida de substituição, bem como após reflexões sobre a temática, esse resultou em novas alterações legislativas. Tais alterações foram pensadas para as mulheres e, principalmente, para as crianças.

Trazendo brevemente alguns conceitos, a prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial, conforme expressamente conceitua o artigo 317 do Código de Processo Penal (CPP) (Brasil, 1941). Pode ser concedida ao indiciado na fase do inquérito policial (investigação) e também ao acusado na

fase da ação penal (processo criminal), ou também, durante a execução penal. Melhor explicando, na fase de investigação ou do processo criminal, trata-se da possibilidade do investigado/réu, ao invés de ficar em prisão preventiva no sistema penitenciário, permanece recolhido em sua residência, sendo, portanto, uma medida cautelar regida pelos artigos 317 e 318 do Código de Processo Penal (CPP) (Brasil, 1941).

Já a prisão domiciliar ocorrida durante a execução refere-se à possibilidade de a pessoa já condenada cumprir sua pena privativa de liberdade em sua própria residência, sendo, então, como referido, uma medida da execução penal, prevista no artigo 117 da Lei de Execuções Penais (LEP) (Brasil, 1984). Tem como requisitos que seja o condenado maior de 70 anos, que esteja acometido de doença grave, que tenha com filho menor, que seja deficiente físico/mental ou que se trate de condenada gestante.

Importante é ressaltar que o presente trabalho versa especificamente sobre a prisão domiciliar cautelar. Sendo assim, antes de 2016, estava vigente a Lei nº 12.403 de 2011, em que, para a concessão da prisão domiciliar, os requisitos exigidos eram ser o agente maior de 80 (oitenta) anos ou estar extremamente debilitado por motivo de doença grave; ou imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; ou gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo essa de alto risco. Para a substituição, o juiz deveria exigir prova idônea dos requisitos estabelecidos.

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

Essa prisão domiciliar é substitutiva da prisão preventiva, posto que de início o magistrado deve declarar a prisão preventiva do flagranteado(a)/réu(ré). Em seguida e, possivelmente, até na mesma decisão, estando presente uma das hipóteses do artigo 318 do Código de Processo Penal (CPP), o juiz permite que o agente cumpra a custódia cautelar em regime domiciliar. É por conta disso que o dispositivo legal afirma que a prisão preventiva será substituída pela prisão domiciliar.

Para declarar a prisão preventiva, a qual está prevista no artigo 311 e nos seguintes do Código de Processo Penal, e, posteriormente, sendo o caso, substituir para a prisão domiciliar, é necessário observar alguns requisitos. Primeiramente, a prisão preventiva somente poderá ser decretada no curso de investigação preliminar ou do processo, e, também, após sentença condenatória recorrível, pois, mesmo que seja fase recursal, em havendo necessidade real, como com fundamento na garantia da aplicação da lei penal, poderá ser decretada (Lopes Jr., 2014, p. 849).

Conforme o artigo 311 do CPP (Brasil, 1941), somente pode ser decretada por juiz ou tribunal competente, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial, ou seja, não pode ser decretada de ofício pelo juiz. Em sequência, tem-se o artigo 312 do CPP (Brasil, 1941), sendo que neste temos os requisitos que correspondem ao *fumus commissi delicti* e ao *periculum libertatis* (Cruz, 2022). O *fumus commissi delicti* é o requisito da prisão preventiva que exige para a sua decretação a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, ou seja, é a “fumaça” da existência de um crime, uma razoável probabilidade com suporte fático e extraídos da investigação (Lopes Jr., 2014). O *periculum libertatis* é o perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito, previsto no CPP como o risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência para a instrução criminal ou para assegurar a lei penal (Lopes Jr., 2014).

Da mesma forma, é necessária a existência de prova razoável do alegado *periculum libertatis*, não bastando presunções ou ilações, o perigo gerado pelo estado de liberdade do indivíduo deve ser real, com suporte fático e probatório suficiente para legitimar a medida. Vale ressaltar que a prisão preventiva somente pode ser decretada em crimes dolosos, jamais culposos, em nenhuma

hipótese. Também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer uma das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares, conforme §1º do artigo 312 do CPP (Brasil, 1941).

Portanto, nos termos do artigo 313 do Código de Processo Penal (Brasil, 1941), mantendo em vista o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, será admitida a prisão preventiva nos crimes dolosos com pena privativa de liberdade superior a quatro anos; ou reincidente em crimes dolosos; ou 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. 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, diante do §1º do artigo 313 do CPP (Brasil, 1941).

A prisão domiciliar possui natureza humanitária, diversa, portanto, está contida na medida cautelar de recolhimento domiciliar prevista no artigo 319, inciso V, do Código de Processo Penal (CPP). A medida referente no artigo 319, inciso V, tem outra natureza, já que o(a) agente tem liberdade para, durante o dia, exercer suas atividades profissionais, devendo recolher-se ao domicílio apenas no período noturno e nos dias de folga (Lopes Jr., 2022).

Pormenorizando, o artigo 318 do Código de Processo Penal (CPP) elenca as possibilidades que autorizam o magistrado a conceder a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, sendo elas:

Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

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

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

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 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.

Diante do que discorreu Lopes Jr. (2022), assim como das demais medidas cautelares, como já referido, essa prisão domiciliar é substitutiva da prisão preventiva, estando, portanto, submetida aos mesmos requisitos e princípios. Na prisão cautelar o julgador deverá analisar os pressupostos autorizadores da prisão preventiva dispostos nos artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal (CPP) e, caso presentes, poderá determinar seu cumprimento em domicílio, desde que configurada uma das hipóteses previstas no artigo 318 do Código de Processo Penal (CPP).

Ressalta-se que as medidas cautelares diversas e a prisão domiciliar não podem ser tratadas de forma autônoma da prisão preventiva, nem desconectadas da natureza e principiológica cautelar. A demonstração da existência da situação fática autorizadora da prisão domiciliar poderá ser feita pela via documental, por exemplo, certidão de nascimento, comprovante de exame de gravidez

com resultado positivo, ou por perícia médica, conforme o caso.

Após, adveio outra lei, a Lei nº 13.769/2018, momento em que foi estabelecida a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, sem prejuízo da aplicação de outras medidas cautelares diversas previstas no artigo 319, da gestante ou que for mãe ou responsável por criança ou pessoas com deficiência, por meio da inserção dos artigos 318-A e 318-B, com a seguinte redação:

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 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.

Dessa forma, o legislador disciplinou no artigo 318-A a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da gestante ou responsável por criança ou pessoa com deficiência, que já estava prevista no artigo 318, contudo de forma genérica. Houve também uma limitação do alcance da substituição, pois o artigo 318-A impõe duas restrições que não existiam antes: que não seja crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa e que o crime não tenha sido cometido contra seu filho ou dependente. Além disso, abre expressamente a possibilidade no artigo 318-B de que sejam cumuladas, com a prisão domiciliar, uma ou mais das medidas cautelares diversas, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

Atente-se, ainda, que o artigo 318-A deve ser lido junto com o artigo 318, respeitando os limites lá estabelecidos. Assim, são diferentes pessoas que podem obter o direito da prisão domiciliar substitutiva da preventiva:

- mulher gestante (sem restrição de tempo de gestação);
- mãe de criança (filho de até 12 anos de idade incompletos, artigo 318, inciso V);
- mãe de pessoa com deficiência (não há limite de idade);
- responsável por criança (deve ser lido junto com o artigo 318, inciso III, ou seja, quando imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 anos de idade. Contudo, ao que tudo indica, não há óbice a que esse inciso seja interpretado em analogia com o artigo 318, inciso V, de modo que o responsável por criança de até 12 anos de idade também obtenha a prisão domiciliar da mesma forma que a mãe da criança teria direito, pois desempenha papel similar);
- responsável por pessoa com deficiência (sem limite de idade, mas o artigo 318, inciso III, exige que seja “imprescindível” aos cuidados especiais de pessoa com deficiência).

Em todos os casos, não se pode esquecer que essa substituição por prisão domiciliar só cabe se o crime for cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa e não tenha sido cometido contra a criança ou a pessoa com deficiência. Importante é salientar que a Lei nº 13.434/2016 demonstrou atenção com as recorrentes reclamações e denúncias de casos concretos, e apresentou merecida tutela para a parturiente, ao incluir o parágrafo único no artigo 292, *in verbis*:

Art. 292. [...]

Parágrafo único. É vedado o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato.

Nota-se que é, de fato, uma acertada e necessária tutela, de caráter humanitário para a mulher grávida, antes, durante e também após o parto (Lopes Jr., 2022).

Nesses termos, em relação à cronologia da evolução legislativa quanto à prisão domiciliar, ocorre que, diante dos dados apresentados pelos Levantamentos Nacionais de Informações Penitenciárias (Infopen) relativos às mulheres, publicado nos anos de 2014 e 2018, constatou-se possível encarceramento em massa de mulheres no Brasil. Assim, diante desse panorama, em 2016 o Brasil traduziu as “Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras”, as denominadas “Regras de Bangkok”, aprovadas pela ONU em 2010. No mesmo ano, em 2016, o Brasil promulgou uma lei com a intenção de dar efetividade às Regras de Bangkok, a Lei nº 13.257, conhecida por “Marco Legal da Primeira Infância”, a qual determinou, então, possibilidade de prisão domiciliar para as presas preventivas grávidas ou mãe de filhos até 12 anos de idade.

Em 2018, o *Habeas Corpus* nº 143.641/SP foi impetrado, dentre outras razões, mas especialmente porque, desde a entrada em vigor da Lei nº 13.257/2016, o Poder Judiciário, ao ser provocado para decidir sobre a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, nos casos especificados em Lei, em aproximadamente metade dos casos o pedido foi indeferido. Os impetrantes disseram que as razões apresentadas para os indeferimentos estariam relacionadas à gravidade do delito supostamente praticado pelas detidas e também à necessidade de prova da inadequação do ambiente carcerário no caso concreto, mesmo já tendo sido declarado o “estado de coisas inconstitucional” (Brasil, 2016, p. 3) do sistema penitenciário brasileiro.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal concedeu ordem de *habeas corpus* coletivo para reconhecer como regra o direito à prisão domiciliar das gestantes e das mulheres com filho de até 12 anos incompletos; porém, a decisão foi mais restritiva que a lei. Nos termos recomendados pelo relator Ministro Lewandowski, foram incluídas exceções nos casos de crimes cometidos com violência ou grave ameaça, contra os descendentes, ou, ainda, em “situações excepcioníssimas”. Sobre tais situações diferenciadas, o relator limitou-se a pontuar que, nesses casos, os juízes e as juízas devem fundamentar devidamente as decisões contrárias à aplicação do instituto.

Em sequência, mesmo com a ordem concedida, em outubro de 2018, o Ministro Lewandowski, tendo em vista comunicações individuais, as quais demonstravam não cumprimento do *Habeas Corpus* Coletivo, reiterou os termos lá constantes e analisou as comunicações individuais. Nesse momento, determinou que o direito se aplicaria aos casos das mulheres presas por tráfico de drogas, ainda que as prisões tivessem ocorrido em situação de traficância para dentro dos presídios ou em suas próprias residências (Brasil, 2018).

Em observância a todo contexto exposto, em dezembro de 2018, foi promulgada a Lei nº 13.769, objetivando harmonizar as decisões judiciais, e como já referido, esta foi responsável por alterar o Código de Processo Penal e incluir o artigo 318-A, incorporando alguns pontos da decisão do STF, estabelecendo critérios objetivos ao Código de Processo Penal para a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, como a prever a prisão domiciliar para mulher gestante ou mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência como regra, sendo que a mesma lei alterou a Lei de Execução Penal trazendo inovações quanto aos requisitos de concessão de progressão de regime para as mulheres nas mesmas situações.

Considerações finais

Em síntese, esta pesquisa oferece uma análise abrangente e crítica da situação das mulheres submetidas à prisão cautelar no Brasil, destacando as disparidades de gênero existentes no sistema de justiça criminal. A revisão da legislação, jurisprudência e dados carcerários revela uma tendência alarmante de aumento no encarceramento feminino, muitas vezes vinculado a um uso excessivo de medidas cautelares. A demora nos processos penais e a crescente adoção da prisão cautelar como resposta penal exacerbam as desigualdades, contribuindo para a perpetuação de estigmas sociais e violações de direitos das mulheres.

Além disso, a pesquisa destaca a necessidade premente de reformas no sistema legal e processual, visando mitigar os impactos negativos da prisão cautelar nas mulheres. Propõe-se uma reflexão crítica sobre as práticas judiciais, incentivando a adoção de abordagens alternativas que

garantam a presunção de inocência e protejam os direitos fundamentais, sem comprometer a eficácia da justiça penal. A ênfase em políticas públicas voltadas para a prevenção do encarceramento excessivo e para a promoção da equidade de gênero no sistema de justiça é fundamental para transformar esse cenário preocupante.

Ademais, ressalta-se a importância do diálogo entre os diversos atores do sistema de justiça, da sociedade civil e de organismos internacionais para promover mudanças efetivas. A sensibilização para a complexidade das questões de gênero no contexto da prisão cautelar é crucial, assim como a promoção de iniciativas que busquem alternativas à privação de liberdade, favorecendo a reintegração social e a proteção dos direitos humanos das mulheres. Esta pesquisa, portanto, contribui para a discussão em prol de um sistema de justiça mais justo, equitativo e sensível às nuances de gênero, objetivando a construção de uma sociedade que respeite e promova os direitos de todas as suas cidadãs.

Referências

ARAGONESIS, Pedro. **Instituciones de derecho procesal penal**. Madri: Rubi, 1981.

BINDER, Alberto. Derechos humanos y garantías procesales. *In*: BINDER, Alberto. **Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, p.115.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Previdenciárias – Infopen Mulheres**. Brasil: junho de 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal**. ADPF 347 MC DF. Inteiro Teor do Acórdão. CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária [...] AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. [...]. Plenário. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Intimados: União, Distrito Federal, Estado[s] [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio, 09 de setembro de 2015. Publicado no DJe de 19 de fevereiro de 2016a, v. 031. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 143.641**. Paciente: Todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no Sistema Penitenciário Nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças de até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2018. **Habeas Corpus**. São Paulo, 20 fev. 2018. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 143.641**. Paciente: Todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no Sistema Penitenciário Nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças de até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças. Trata-se de acompanhamento do cumprimento da ordem concedida pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal – STF em *habeas corpus* coletivo. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 24 de outubro de 2018. **Habeas Corpus**. São Paulo, 24 out. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lewandowski-concede-hc-coletivo.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2024.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Trad. Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2022.

ILLUMINATI, Giulio. Tutela da liberdade pessoal e exigências processuais na jurisprudência da Corte Constitucional italiana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 7, nº 25, janeiro-março, 1999.

LOPES JR. Aury. **Prisões cautelares**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620117. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620117/>. Acesso em: 17 de set. de 2022.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RODRÍGUEZ, Liziane da Silva. **Prisão domiciliar cautelar sob uma perspectiva de gênero: estudo à luz do habeas corpus coletivo 143.641-SP/2018 e seus efeitos no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. 2023. 387 f. Tese (Doutorado em Direito Público). Programa de pós-graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo -RS, 2023.

WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria Geral da prisão cautelar e estigmatização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Recebido em: 15 de outubro de 2023

Aceito em: 23 de novembro de 2023