

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E NATURAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS SOCIAIS**

JULIENE TRISTÃO MACHADO

***HABEAS CORPUS* COLETIVO 143.641: A CONSTRUÇÃO DA MULHER
CRIMINOSA EM ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO.**

**Vitória
2023**

JULIENE TRISTÃO MACHADO

***HABEAS CORPUS* COLETIVO 143.641: A CONSTRUÇÃO DA MULHER
CRIMINOSA EM ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, do Centro de Ciências Humanas e Naturais, da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestra em Ciências Sociais.

Linha: Teorias Sociais Contemporâneas.
Orientador: Prof. Dr. Igor Suzano Machado.

**Vitória
2023**

Ficha catalográfica disponibilizada pelo Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBI/UFES e elaborada pelo autor

M149h Machado, Juliene Tristão, 1995-
Habeas corpus coletivo 143.641 : a construção da mulher criminosa em acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo / Juliene Tristão Machado. - 2023.
88 f. : il.

Orientador: Igor Suzano Machado.
Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Humanas e Naturais.

1. Prisões. 2. Maternidade. 3. Habeas-corporis. I. Machado, Igor Suzano. II. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Humanas e Naturais. III. Título.

CDU: 316

Juliane Tristão Machado

**“HABEAS CORPUS COLETIVO 143.641: A CONSTRUÇÃO DA MULHER
CRIMINOSA EM ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO”**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais do Centro de Ciências Humanas e Naturais, da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do Grau de Mestre em Ciências Sociais.

Aprovada em 04 de dezembro de 2023.

Comissão Examinadora:

Prof. Dr. Igor Suzano Machado (UFES)
Orientador e Presidente da Sessão

Profa. Dra. Márcia Barros Ferreira Rodrigues (UFES)
Examinadora interna

Prof. Dr. Humberto Ribeiro Júnior (UVV)
Examinador Externo





Ficha de aprovação - Juliene Tristão Machado

Data e Hora de Criação: 18/12/2023 às 11:09:10

Documentos que originaram esse envelope:

- Ficha de aprovação - Juliene Tristão Machado.pdf (Arquivo PDF) - 1 página(s)



Hashs únicas referente à esse envelope de documentos

[SHA256]: b2b773dce2ce033237d02c149be81a8ba407bdb9f105fcae4e9eefc461c02c0c

[SHA512]: fa6abd7982c9cb92aaba9b58355953a4f5f8e0b71de94dac7817d7933cfe78f925f936a8cb4c2abd91bcd2c622eaa7ddab295630fe749c9c36bfbfcb8c31587c

Lista de assinaturas solicitadas e associadas à esse envelope



ASSINADO - Humberto Ribeiro Júnior (humbertorj@gmail.com)

Data/Hora: 18/12/2023 - 14:23:12, IP: 179.105.71.53, Geolocalização: [-20.364201, -40.299263]

[SHA256]: a45ee0a8df4c810a0a4267aacab03f7eb24c34ab76418c18bb12ea4a8263e14d



ASSINADO - Igor Suzano Machado (igorsuzano@gmail.com)

Data/Hora: 21/12/2023 - 17:38:45, IP: 177.154.164.32, Geolocalização: [-20.312721, -40.291711]

[SHA256]: ccf21cf6c87244c7a6e759e4b63c582be2f722cb7e904d197441e2777ba23c44



ASSINADO - Márcia Barros Ferreira Rodrigues (mbfrodrigues@gmail.com)

Data/Hora: 18/12/2023 - 12:00:06, IP: 177.97.122.27, Geolocalização: [-20.273561, -40.298086]

[SHA256]: 5821fab0914d2ff3b7e551422b9160cd2ffaade93f2a5ec2605f4c5a02d4c1e7

Histórico de eventos registrados neste envelope

21/12/2023 17:38:45 - Envelope finalizado por igorsuzano@gmail.com, IP 177.154.164.32

21/12/2023 17:38:45 - Assinatura realizada por igorsuzano@gmail.com, IP 177.154.164.32

21/12/2023 17:38:43 - Envelope visualizado por igorsuzano@gmail.com, IP 177.154.164.32

18/12/2023 14:23:12 - Assinatura realizada por humbertorj@gmail.com, IP 179.105.71.53

18/12/2023 14:23:02 - Envelope visualizado por humbertorj@gmail.com, IP 179.105.71.53

18/12/2023 12:00:06 - Assinatura realizada por mbfrodrigues@gmail.com, IP 177.97.122.27

18/12/2023 11:59:57 - Envelope visualizado por mbfrodrigues@gmail.com, IP 177.97.122.27

18/12/2023 11:12:03 - Envelope registrado na Blockchain por thayse.bomfim@ufes.br, IP 200.137.65.108

18/12/2023 11:12:03 - Envelope encaminhado para assinaturas por thayse.bomfim@ufes.br, IP 200.137.65.108

18/12/2023 11:09:10 - Envelope criado por thayse.bomfim@ufes.br, IP 200.137.65.108

AGRADECIMENTOS

À minha família, mãe, irmãs, pai, avós e avô.

Aos meus professores de graduação, Carmen Hein de Campos e Humberto Ribeiro Junior, com os quais tive a oportunidade de conviver, trabalhar e pensar criticamente. Obrigada por toda troca, pelos grupos de estudos, iniciações científicas, extensões e pelos poucos e bons bares. Vocês direcionaram minha caminhada da maneira mais bonita que ela poderia ser trilhada. Muito obrigada!!!

Carmen e José Aloizio, minhas primeiras referências e incentivadores quando eu dava meus primeiros passos na pesquisa e que me mostraram o mundo de possibilidades que podemos conquistar através dela. Vocês me inspiram e eu sou extremamente grata por ter encontrado vocês na vida.

Ao “Mestradas PGCS”, minha turma de mestrado que acolheu os outsiders vindos de outros cursos e foi força no momento mais tenebroso vivido por nós; momento em que nosso sonho se tornou um pesadelo. Mariana, João, Joyce, Paolo, Ingrid, Larissa, Evelyn, Clarisse, Lorena, Arthur e Rennan. Ninguém soltou a mão de ninguém!

Ao “estudiosa”, com a Késsya, que não foi da minha turma de mestrado mas que também estava lá. Principalmente nesse finalzinho. Nunca foi sorte!

Ao meu orientador, Igor Suzano Machado, quem me estendeu a mão e me acolheu aceitando ser meu orientador em meados do curso. E quem, aos 45 do segundo tempo, acreditou na entrega desse trabalho e na realização dessa etapa.

À professora Márcia Barros Ferreira Rodrigues, que aceitou fazer parte da minha banca examinadora quando convidada e que contribuiu com indicações que engrandeceram o desenvolvimento do trabalho.

À CAPES, por fomentar a pesquisa no país, e que me permitiu ser bolsista durante período do curso.

À Universidade Federal, por proporcionar um ensino público de qualidade. Obrigada!

RESUMO

Em 2016 entrou em vigor a Lei 13.257, conhecida como Marco Legal da Primeira Infância, que alterou o Código de Processo Penal (CPP) para possibilitar a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar para as gestantes e mães de crianças. Acontece que o Poder Judiciário, quando provocado para decidir sobre a substituição da prisão, negava o pedido em aproximadamente metade dos casos sob a justificativa da gravidade do delito supostamente praticado, bem como pela necessidade de prova da inadequação do ambiente carcerário no caso concreto. Assim, o Coletivo de Advogados em Direitos humanos impetrou o *Habeas Corpus* coletivo 143.641, perante o Supremo Tribunal Federal (STF), com pedido de medida liminar em favor de todas as mulheres presas preventivamente que ostentassem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade, bem como em nome das próprias crianças. Em fevereiro de 2018, o STF julgou favoravelmente o pedido, estabelecendo, todavia, algumas exceções para a aplicação da benesse, quais sejam, quando o crime for praticado mediante violência ou grave ameaça; contra descendentes; e em situações excepcionalíssimas. A substituição da prisão preventiva pela domiciliar poderia, ainda, ser aplicada concomitantemente à imposição de medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP. Este trabalho analisa as decisões de pedidos de concessão da prisão domiciliar para mulheres grávidas e mães de crianças até 12 anos, após o julgamento do *Habeas Corpus* Coletivo 143.641, principalmente nos casos em que a mulher está presa preventivamente, a fim de identificar o seguimento adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJES), bem como para verificar as argumentações utilizadas para a negativa do pedido. Verificou-se que o TJES não segue o que determinou o STF no referido julgamento coletivo, uma vez que nega o pedido na grande maioria dos casos analisados sob o fundamento da situação excepcionalíssima.

Palavras-chave: Cárcere; Mulher; Maternidade; *Habeas Corpus*; Prisão domiciliar.

ABSTRACT

In 2016, Law 13,257, known as the Legal Framework for First Childhood, came into force, which amended the Criminal Procedure Code (CPP) to enable the replacement of preventive detention with house arrest for pregnant women and mothers of children. It turns out that the Judiciary, when asked to decide on replacing the prison, denied the request in approximately half of the cases on the grounds of the seriousness of the crime allegedly committed, as well as the need to prove the inadequacy of the prison environment in the specific case. Thus, the Collective of Human Rights Lawyers filed collective Habeas Corpus 143,641, before the Federal Supreme Court (STF), with a request for an injunction in favor of all women detained preventively who displayed the status of pregnant women, postpartum women or mothers of children under their responsibility, as well as on behalf of the children themselves. In February 2018, the STF ruled favorably on the request, establishing, however, some exceptions for the application of the benefit, namely, when the crime is committed through violence or serious threat; against descendants; and in very exceptional situations. Replacing preventive detention with home detention could also be applied concomitantly with the imposition of alternative measures provided for in art. 319 of the CPP. This work analyzes the decisions regarding requests for granting house arrest for pregnant women and mothers of children up to 12 years of age, after the judgment of Collective Habeas Corpus 143.641, mainly in cases where the woman is preventively detained, in order to identify the follow-up adopted by the Court of Justice of the State of Espírito Santo (TJES), as well as to verify the arguments used to reject the request. It was found that the TJES does not follow what the STF determined in the aforementioned collective judgment, since it denies the request in the vast majority of cases analyzed on the basis of the extremely exceptional situation.

Keywords: Prison; Woman; Maternity; Habeas Corpus; Home prison.

LISTA DE SIGLAS

ADC – Análise de Discurso Crítica

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

HC – *Habeas Corpus*

LEP – Lei de Execução Penal

MP – Ministério Público

SISNAD – Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas

SJC – Sistema de Justiça Criminal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJES – Tribunal de Justiça do Espírito Santo

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 11 |
| 2 O APRISIONAMENTO DE MULHERES..... | 15 |
| 3 TEORIAS CRIMINOLÓGICAS..... | 19 |
| 3.1 Do paradigma etiológico ao <i>labelling approach</i> | 20 |
| 3.2 A criminologia crítica..... | 24 |
| 3.3 A criminologia feminista..... | 27 |
| 3.4 O cárcere e o racismo..... | 35 |
| 4 O <i>HABEAS CORPUS</i> COLETIVO 143.641..... | 40 |
| 4.1 Da análise dos recursos julgados pelo TJES..... | 45 |
| 4.2 Descrição das decisões de <i>habeas corpus</i> | 47 |
| 4.3 Análise das decisões de <i>habeas corpus</i> | 62 |
| 4.4 Descrição de outros recursos – Agravo na LEP..... | 66 |
| 4.5 Análise de outros recursos – Agravo na LEP..... | 76 |
| 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 80 |
| REFERÊNCIAS..... | 86 |

1. INTRODUÇÃO

A situação das mulheres encarceradas é um problema que, geralmente, foge às pautas no que concerne ao sistema prisional. Ao longo dos anos, o assunto vem ganhando maior visibilidade com novas publicações, contudo, o cárcere feminino ainda é um problema que precisa de maior discussão para que as especificidades daquelas que lá se encontram sejam mais perceptíveis e, assim, tenham menos direitos violados.

Quando se fala em mulheres presas, as violações aos direitos ultrapassam às condições comuns aos seres humanos e atingem o gênero feminino, são exemplos: a menstruação, quando muitas vezes são submetidas a usarem miolo de pão como absorventes; a sexualidade, em que a realização da visita íntima é dificultada em relação à masculina; os filhos que, por sua vez, acabam por cumprir a pena, de certo modo, junto com a mãe encarcerada.

É justamente sobre a violação de direitos que atinge tanto às mães encarceradas quanto os seus filhos e filhas que o trabalho versa. Os filhos e filhas das mulheres que se encontram em situação de cárcere, aos quais, na teoria, nenhuma pena lhes fora imposta, na realidade acabam por serem vítimas desse sistema de encarceramento, pois, as mães são, na maioria das vezes, as responsáveis por essas crianças. Logo, elas são diretamente afetadas pela restrição de liberdade da mãe, enquanto essas, por sua vez, recebem uma espécie de dupla punição, pois além de terem a liberdade cerceada, perdem também o convívio com seus filhos.

É muito importante destacar que o assunto acerca da maternidade e as reflexões feitas sobre ela, por vezes, reforçam fortemente os papéis de gênero tradicionalmente desempenhado pelas mulheres, de modo a reafirmar o papel da mulher na sociedade como sendo a única responsável pelos cuidados para com os filhos (Valente; Cerneka; Balera, 2011). Contudo, objetiva-se com esse trabalho abordar a maternidade apenas como uma das especificidades do encarceramento feminino, dentre tantas outras questões de gênero, que precisa ser considerada no sistema penal e prisional.

A invisibilidade das mulheres em situação de cárcere decorre, principalmente, da falta de políticas públicas voltadas para elas. As mulheres, quando presas, são inseridas em um sistema de encarceramento que não foi projetado para recebê-las e, nesse sentido, não atende as necessidades essenciais que as envolvem, como a maternidade. A invisibilidade se dá, ainda, pela falta de discussão acerca do assunto. É necessário se falar sobre mulheres encarceradas, assim como é necessário a implementação de políticas públicas para que as violações decorrentes do gênero possam diminuir, sendo essa necessidade demonstrada pelo

aumento do encarceramento de mulheres, que se dá de maneira acelerada e ultrapassa os índices masculinos.

O encarceramento de mulheres, portanto, é um dos pontos de partida deste trabalho; o outro consiste nas prisões preventivas. No Brasil, há dois tipos de prisões provisórias, sendo a prisão preventiva uma delas e a prisão temporária a outra. Essas prisões contribuem fortemente para o problema da superlotação dos estabelecimentos prisionais do país, uma vez que o número de pessoas sob o regime de prisão provisória só não é maior que a quantidade de pessoas presas em regime fechado. Ou seja, pessoas que ainda não foram julgadas pagam por uma pena que pode nem existir, considerando o fato de que podem ser absolvidas – o que não é raro de acontecer.

Em fevereiro de 2018, o Supremo Tribunal Federal julgou favoravelmente o pedido de *Habeas Corpus* Coletivo 143.641, no qual pleiteava-se a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar em favor de todas as mulheres presas preventivamente que ostentassem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade.

O HC 143.641 deu visibilidade ao encarceramento das mulheres, à maternidade e à prisão preventiva e representa um marco na história dos direitos das mulheres encarceradas. Este trabalho analisa as decisões de HC proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo – TJES, relativas aos pedidos de substituição da prisão preventiva pela domiciliar nos casos em que a mulher está gestante e/ou é mãe de criança até 12 anos, a fim de verificar se suas decisões estão em consonância com o que decidiu o STF, bem como para identificar a argumentação utilizada nos casos de indeferimento do pedido.

Ao realizar a busca com o termo “HC 143641” no site do TJES, verificou-se nos resultados alguns recursos de agravo em execução penal – agravo na LEP, que, com base no art. 117 da LEP, pleiteavam a substituição da prisão definitiva pela domiciliar, ou seja, trata-se de casos de presas condenadas. O trabalho tem como objeto de pesquisa os pedidos de HC, mas se propõe a analisar os demais recursos de agravo na LEP em virtude da relevância e enriquecimento para o trabalho, mas frisa-se que estes recursos não foram objeto de pesquisa.

Assim, o trabalho se propõe a responder o seguinte problema: existe um discurso a fim de construir a imagem da mulher criminosa nos acórdãos relativos ao encarceramento preventivo de mulheres mães, gestantes ou puérperas, proferidos pelo TJES?

Sendo, então, o objetivo geral, identificar como se dá a construção da mulher presa como uma mulher criminosa, através das decisões proferidas pelo TJES após o julgamento federal do HC sobre a matéria, definiu-se os seguintes objetivos específicos: 1. debater sobre

cárcere e maternidade; 2. analisar criticamente os discursos utilizados nas fundamentações das decisões; 3. destacar os argumentos utilizados para fundamentar as decisões.

Para chegar em seu objeto central, o trabalho percorrerá por caminhos distintos, necessários e fundamentais, pois complementares, para alcançar seu objetivo. Inicialmente, far-se-á o estudo do aprisionamento de mulheres, com exposição de dados sobre o encarceramento feminino nacional, a fim de contextualizar o problema e demonstrar a importância de seu estudo.

Para melhor compreensão da problemática carcerária, convém abordar as teorias que estudam e problematizam o cárcere, quais sejam, as criminologias, mais especificamente, as criminologias crítica e feminista. Através de pesquisa bibliográfica realizada com estudos da criminologia, se discutirá o cárcere e todo o sistema de justiça criminal para que haja compreensão sobre no que consiste o cárcere na atualidade, bem como para compreender o objetivo de seu surgimento. E não se pode compreender o cárcere, ao menos o brasileiro, se não houver compreensão do racismo. Por isso se discutirá acerca do racismo com o objetivo de demonstrar sua ligação direta com o encarceramento brasileiro, para que fique compreensível que a análise do cárcere não se dá de outra forma, senão em conjunto com a análise da raça e do racismo.

Após, adentra-se ao julgado federal e às decisões estaduais posteriores a ele, quando, então, serão analisadas as decisões proferidas pelo TJES. A análise parte de critérios qualitativos, uma vez que pretende identificar as argumentações escolhidas para serem utilizadas nas fundamentações das decisões que definem o futuro dessa mulher.

Para a realização da pesquisa, realizou-se busca do termo “HC 143641” no site do TJES, delimitando-se o período de fevereiro de 2018 a dezembro de 2022. A pesquisa resultou em 20 recursos que serão analisados sob a metodologia da Análise de Discurso Crítica – ADC.

De acordo com Magalhães, Martins e Resende (2020, p. 25), “a ADC é uma perspectiva de estudo que se situa na tradição qualitativa interpretativista”. É qualitativa pois “é possível examinar uma grande variedade de aspectos do processo social [...]; a forma como se articulam os processos sociais, as instituições, os discursos e as relações sociais, e os significados que produzem”. Assim, “a ADC constitui-se em teoria e em método de especial singularidade na luta social” (Magalhães; Martins; Resende, 2020, p. 31). Isto porque, a partir do foco na análise detalhada de textos e discursos, “trata-se de um método que conjuga o estudo textual-discursivo à crítica social. Dessa forma, a ADC volta-se para o debate de um

determinado problema social, contribuindo para a reflexão sobre ele” (Magalhães; Martins; Resende, 2020, p. 28).

Por textos, entende-se tanto os formais quanto os informais, podendo ser escritos ou falados. A autora afirma que eles são “tanto produtos de um processo quanto um processo em si, já que seu surgimento pressupõe uma dinâmica própria de um evento complexo que se relaciona ao tempo, à estrutura social e à ideologia” (Magalhães; Martins; Resende, 2020, p. 40).

Assim, destaca que

o exame de textos vai mostrar aspectos gramaticais – vocabulário, construções sintáticas, coesão e coerência – e discursivos, como a argumentação, a retórica, o emprego da modalidade e da negação, que aparecem como marcas ou pistas para compreensão e interpretação de textos e de sua vinculação a uma determinada formação discursiva (Magalhães; Martins; Resende, 2020, p. 35, 36).

E complementa:

Se, histórica e politicamente, os textos constituem documentos, na Análise de Discurso, eles podem constituir um *corpus* – um conjunto de textos, selecionados segundo critérios lógicos, claros, definidos conforme a opção de recorte do pesquisador ou pesquisadora. Com base nos textos do *corpus*, e não em quaisquer textos aleatórios, é que se procede à análise, buscando extrair regularidades discursivas (Magalhães; Martins; Resende, 2020, p. 36).

Os textos selecionados que constituem o *corpus* da pesquisa consistem em recursos de *habeas corpus* e também em recursos de agravo em execução penal, os quais foram direcionados ao Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo para apreciação do pedido de concessão de prisão domiciliar após negativa do juiz de primeira instância. Assim, primeiro descreveu-se as decisões para, então, realizar a análise qualitativa. O objetivo é verificar a construção da mulher privada de liberdade, principalmente daquela que ainda não foi condenada, como uma sujeita criminosa, para a qual não pôde ser concedida a prisão domiciliar. Para isso, a referida análise será realizada com a demonstração do discurso utilizado pelos julgadores, evidenciando, principalmente, as argumentações escolhidas e utilizadas para a fundamentação da decisão.

2. O APRISIONAMENTO DE MULHERES

Em 2000, menos de 6 mil¹ mulheres se encontravam no sistema prisional e, em junho de 2016, a população prisional feminina atingiu 42 mil mulheres privadas de liberdade, o que corresponde ao aumento de 656% da população prisional em relação ao total registrado no início dos anos 2000. No mesmo período, entre 2000 e 2016, a população prisional masculina cresceu 293%, passando de 169 mil homens encarcerados para 665 mil homens (INFOPEN Mulheres, 2018). Entre o segundo semestre de 2016 e o primeiro semestre de 2017, houve uma redução de 7,66% no total de mulheres encarceradas, segundo o relatório mais recente².

Em relação ao tamanho absoluto da população prisional feminina, o Brasil, em 2016, de acordo com a 2ª edição do Infopen Mulheres, encontrava-se na quarta posição mundial³, com uma população prisional feminina de 42.355 mulheres, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia. Já em relação à taxa de aprisionamento, que indica o número de mulheres presas para cada grupo de 100 mil mulheres, o Brasil figurava, nesse mesmo ano, na terceira posição entre os doze⁴ países que mais encarceram, com 40,6 mulheres, ficando atrás apenas dos Estados Unidos e da Tailândia. Em relatório mais recente⁵, com informações de 2017, não há dados sobre a posição do Brasil quanto a população prisional feminina mundial.

Entre os anos de 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento⁶ aumentou em 157% no Brasil. Em 2000, existiam 137 pessoas presas para cada grupo de 100 mil habitantes e, em junho de 2016, eram 352,6 pessoas presas para cada 100 mil habitantes (INFOPEN, 2016). No que se refere as mulheres, a taxa de aprisionamento aumentou 455% nesses 16 anos, quando passou de 6,5 mulheres encarceradas para cada grupo de 100 mil mulheres no ano de 2000, para 40,6 mulheres encarceradas para cada grupo de 100 mil mulheres em 2016 (INFOPEN Mulheres, 2018). Em junho de 2017, o Brasil apresentou diminuição na taxa de aprisionamento e registrou 35,52 mulheres presas para cada 100 mil mulheres⁷.

1 Havia 5,6 (em mil) mulheres privadas de liberdade em 2000.

2 Relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade.

3 Estados Unidos (211.870); China (107.131); Rússia (48.478); Brasil (42.355); Tailândia (41.119); Índia (17.834); Filipinas (12.658); Vietnã (11.644); Indonésia (11.465); México (10.832); Mianmar (9.807); Turquia (9.708).

4 Estados Unidos (65,7); Tailândia (60,7); Brasil (40,6); Rússia (33,5); Mianmar (17,9); Filipinas (12,4); Vietnã (12,3); Turquia (12,1); México (8,8); China (7,6); Indonésia (4,4); Índia (1,4).

5 Relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade.

6 A taxa de aprisionamento é calculada pela razão entre o número total de mulheres privadas de liberdade e a quantidade populacional do país. A razão obtida é multiplicada por 100 mil.

7 Relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade.

De acordo com o relatório mais recente com dados específicos sobre o encarceramento de mulheres⁸, denominado “Relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade” (2018), a população prisional feminina é composta por 37.828 mulheres privadas de liberdade⁹, com 36.612 mulheres no sistema penitenciário¹⁰ e 1.216 mulheres na Secretaria de Segurança e Carceragens¹¹. Outros números importantes são: de vagas (31.837)¹², de déficit de vagas (5.991), a taxa de ocupação (118,8%), e a taxa de aprisionamento (35,52 mulheres presas para cada 100 mil mulheres).

O número de mulheres privadas de liberdade varia de forma significativa entre os estados do país. São Paulo é o estado com o maior número de mulheres aprisionadas. Em 2016, de acordo com o Infopen Mulheres (2018), havia 15.104 mulheres presas, e o estado concentrava 36% de toda a população prisional feminina do país, e figurava na 1ª posição da população prisional feminina por unidade da federação. Em junho de 2017¹³, a população prisional de São Paulo reduziu para 31,6%, com 12.183 mulheres privadas de liberdade, mas permanecendo com o maior número de mulheres encarceradas. O Espírito Santo estava na 11ª posição, em 2016, com 1.098 mulheres privadas de liberdade (INFOPEN Mulheres, 2018). Em 2017, reduziu para 1.053, e continuou na mesma posição¹⁴.

O estado com a maior taxa de aprisionamento do Brasil em 2016 era o estado do Mato Grosso do Sul, com 113 mulheres encarceradas para cada grupo de 100 mil mulheres, apesar de figurar, naquele tempo, na 9ª posição em termos absolutos da população prisional feminina. Já São Paulo, que figura na 1ª posição da população prisional, apareceu em 6º lugar, em 2016, em relação à taxa de aprisionamento, com 66,5 presas para cada 100 mil mulheres, e, em 2017, com 54,4 presas para cada 100 mil mulheres. O estado do Espírito Santo figurava na 8ª posição, em 2016, dentre as 26 unidades da federação consideradas no relatório, com a taxa de aprisionamento de 55,1 mulheres encarceradas para cada grupo de 100 mil mulheres

8 Dados de junho de 2017, sobre 1.507 unidades prisionais cadastradas no INFOPEN.

9 O número total de custodiadas no Brasil é calculado pela soma das mulheres privadas de liberdade no sistema prisional estadual e nas carceragens das delegacias.

10 Unidades administrados pelas Secretarias Estaduais.

11 Mulheres que são custodiadas em carceragens de delegacias de polícia ou outros espaços de custódia administrados pelos Governos Estaduais. Dados referentes a dezembro de 2016. Até a data de fechamento deste relatório não foram validados os dados relativos a junho de 2017 para as mulheres custodiadas em carceragens de delegacias de polícia ou outros espaços de custódia administrados pelos Governos Estaduais. Assim, por questão metodológica, optou-se por considerar os dados validados em dezembro de 2016.

12 Para o cálculo da população prisional, foram desconsideradas as pessoas em prisão albergue domiciliar, por não se encontrarem em estabelecimentos penais diretamente administrados pelo Poder Executivo.

13 Relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade.

14 Relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade.

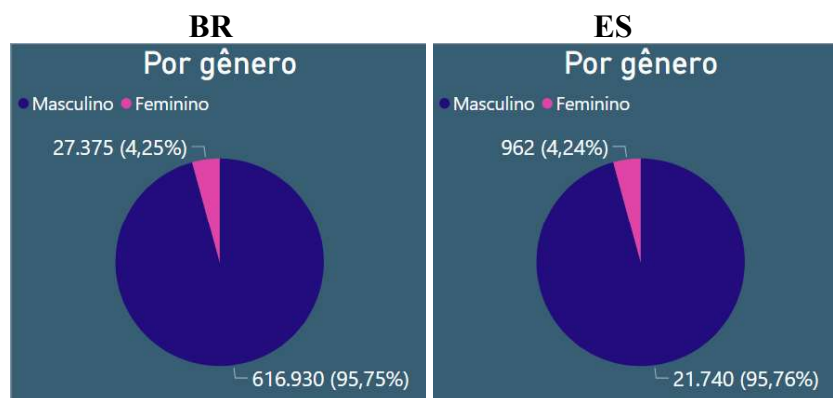
(INFOPEN Mulheres, 2018). Em 2017, alcançou a 7ª posição, com 52,9 mulheres encarceradas para cada grupo de 100 mil mulheres em todo o estado¹⁵.

De acordo com dados mais recentes, de janeiro a junho de 2023, há um total de 839.672 pessoas vinculadas ao sistema de justiça criminal do país abrangendo todos os regimes e todas as prisões de todos os estados, conforme se vê:

| POPULAÇÃO PRISIONAL | | | 30/JUNHO 2023 | TOTAL |
|---------------------------------------|------------------------------|--|---------------|---------|
| Presos em celas físicas | Estadual | | 644.305 | 649.592 |
| | Federal | | 489 | |
| Presos em carceragens de PC/PM/CBM/PF | | | 4.798 | |
| Pessoas em prisão domiciliar | Com Monitoramento Eletrônico | | 92.894 | 190.080 |
| | Sem Monitoramento Eletrônico | | 97.186 | |

Fonte: SISDEPEN – Sistema Nacional de Informações Penais.

Das 644.305 pessoas custodiadas em celas físicas nos estabelecimentos estaduais do país, 27.375 (4,25%) são mulheres e 616.930 (95,75%) são homens. No estado do Espírito Santo, o total de 22.702 pessoas custodiadas em celas físicas é composto por 21.740 (95,76%) homens e 962 (4,24%) mulheres.



Fonte: SISDEPEN – Sistema Nacional de Informações Penais.

Pode parecer, visualizando a grandeza dos dados nacionais, que a população carcerária feminina é ínfima ou irrelevante. Mas é preciso lembrar que essa população cresce

¹⁵ Relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade.

aceleradamente e em maior proporção que a masculina há algum tempo e, ainda assim, não recebe atenção. Esse é um ponto importantíssimo, para o cárcere, para o tema, para a discussão, e para esse trabalho. Porque as mulheres passaram a ser aprisionados, se antes não o eram? Não eram aprisionadas ou não eram encarceradas? Porque as mulheres, proporcionalmente, são mais aprisionadas que os homens? Quais crimes cometem? O que mudou?

As mulheres, segundo Mendes (2014), sempre estiveram reclusas em diferentes instituições, como a casa e o convento, não sendo o cárcere uma novidade para as que eram pobres e ociosas, uma vez que a reclusão sempre foi uma realidade para elas. Os conventos como locais de encarceramento não eram poucos e consistiam em lugares onde se cumpria pena de caráter perpétuo. As mulheres, portanto, sempre estiveram reclusas no decorrer da história para atender os princípios morais, dos bons costumes e a da castidade feminina; a custódia das mulheres se dava pelo desejo de mantê-las afastadas da esfera pública, pois assim interessava ao homem, pai ou marido, assim como também interessava às instâncias eclesiásticas, políticas e econômicas.

Mesmo que a prática de crimes cometidos por mulheres não seja um fenômeno recente no mundo, as estatísticas revelam um aumento significativo do número de mulheres envolvidas em diversas expressões da criminalidade no Brasil, e os dados demonstram o crescimento acentuado da população carcerária feminina na última década, proporcionalmente maior do que o aumento que aconteceu no universo masculino (Pimentel, 2013).

Para Pimentel (2013), o aumento do número de mulheres condenadas com pena privativa de liberdade no Brasil demonstra o crescimento das ações criminosas por elas praticadas, além de confirmar o despreparo do sistema penitenciário para lidar com as especificidades de gênero. Por outra perspectiva, o aumento do número de mulheres presas se dá, não devido ao crescimento de práticas criminosas por mulheres, mas sim pelo crescimento da rotulação do comportamento criminoso, conforme a teoria da reação social – *labeling approach*, uma vez que este se relaciona diretamente com a definição de lei, bem como com a definição de crime (Junior).

Para melhor compreensão dos argumentos utilizados para justificar o aumento do encarceramento de mulheres e pensar o sistema de justiça criminal, discute-se, no próximo capítulo, as teorias que abordam o crime, desde o paradigma etiológico à criminologia crítica feminista.

3. TEORIAS CRIMINOLÓGICAS

Shecaira (2020) aponta que o momento do surgimento do estudo científico da criminologia diverge entre os autores que a estudam. Tanto é que não há uma obra específica ou um pensamento determinado que indique esse momento, pois diferentes critérios são utilizados para determinar seu nascimento. Todavia, aponta que muitos autores já tinham como objeto de estudo a criminologia, antes mesmo desta ser denominada como tal. Indica que Lombroso, uma das referências utilizadas para indicar o início do estudo criminológico, não se intitulava criminólogo e se dizia pertencer à escola antropológica italiana. Destaca que se a criminologia, enquanto ciência, possui um período curto na história, possui também um longo passado, ou o que chamou de “uma larga etapa pré-científica”¹⁶.

No entanto, aponta duas linhas de pensamento para o surgimento da ciência criminológica, quais sejam, a escola clássica e a escola positivista com suas vertentes biológica ou sociológica. Ambas as escolas ancoram seu pensamento na transformação iluminista. Nas palavras do autor (2020, p. 95): “A escola clássica enraíza suas ideias exclusivamente na razão iluminista e a escola positivista, na exacerbação da razão confirmada por meio da experimentação”. Destaca que os “clássicos focaram seus olhares no fenômeno e encontraram o crime”, enquanto os “positivistas fincaram suas reflexões nos autores desse fenômeno, encontrando o criminoso”. Assim, assegura o autor que desses estudos que envolviam a criminalidade na busca de um método criminológico, de suas finalidades, bem como de suas funções, é que a criminologia nasceu, uma vez que, como dito acima,

esta não é obra de um livro, não é produto de uma “escola”, nem tampouco resultado de um pensamento. É, em verdade, a síntese de um século que fez acentuar o fenômeno da criminalidade e permitiu a criação de diferentes modelos explicativos dela (2020, p. 95).

Soraia da Rosa Mendes (2014) trata o surgimento da criminologia como uma nova disciplina sendo um ressurgimento da criminologia já existente no período iluminista que, pela sua filosofia liberal clássica, definia o delito como um conceito jurídico. Agora, no âmbito do positivismo naturalista, o delito passa a ser considerado natural e o homem delincente passa a ser o objeto principal dessa nova disciplina que é baseada em teorias patológicas da criminalidade, segundo as quais seria possível classificar a humanidade entre

¹⁶ Não é objetivo do trabalho se aprofundar nas divergências quanto ao surgimento da ciência criminológica. Para maiores detalhes, consultar o capítulo 2, do livro “Criminologia”, de Sérgio Salomão Shecaira.

“normais” e criminosos, bons e maus, através de análises de características biológicas e psicológicas.

Assim, Shecaira (2020) faz um apanhado histórico acerca do nascimento da criminologia, onde trouxe críticas aos marcos científicos da matéria. Começa por dizer, então, que a criminologia surge em momento em que a burguesia está em ascensão, quando o saber havia sido instrumentalizado por meio do contrato. Após, com a Revolução Industrial e mais próximo de alcançar um desenvolvimento tecnológico, problemas surgem, dentre eles, o crescimento da criminalidade. O crescimento da criminalidade, pondera o autor, se deu diretamente com o crescimento da miséria, que, por sua vez, se deu com a migração dos camponeses para as cidades. Para solucionar o problema, nasce o paradigma científico, que ridiculariza a ideia de contrato, assim como os argumentos teocráticos até então utilizados. O pensamento nasce na Europa e, como grande centro do Norte, se impõe também nas periferias globais, sendo um pensamento predominante na América Latina. Esclarece o autor que o Estados Unidos não sofreu grande influência de tal perspectiva de pensamento, uma vez que lá se desenvolveu o pensamento da escola de Chicago, no início do século XX.

3.1 Do paradigma etiológico ao *labelling approach*

Para falar de criminologia crítica, é necessário primeiro falar da ideologia da defesa social, uma vez que o sistema de justiça criminal, ainda hoje, se utiliza de seus argumentos para sua legitimação (Andrade, 2003).

Andrade (2003) trabalha a mudança de paradigmas na criminologia. Aborda a superação do paradigma etiológico para o paradigma da reação social, mudança essa que se deu desde os anos 70. Assim, com essa mudança de paradigma, mudou-se o conceito de criminalidade, fazendo surgir uma nova visão do sistema penal.

Até então, o conceito de criminalidade seguido era o decorrente da criminologia positivista, para a qual a criminalidade era concebida como um fenômeno natural, causalmente determinado, de modo que o paradigma era definido como uma ciência causal-explicativa. Assim, essa criminologia assumiu a tarefa de explicar as causas da criminalidade de acordo com o método científico ou experimental e o auxílio das estatísticas criminais oficiais, além de prever remédios para combatê-la (Andrade, 2003).

Esclarece Andrade (2003) que essa mudança de paradigma implicou diretamente na mudança do conceito de criminalidade, que passou a ser entendido pela busca da construção

do crime e do criminoso através da compreensão dos processos de criminalização. Assim, mudou-se o questionamento do que o homem criminoso faz e porque o faz, para indagar quem é definido como criminoso. Desse modo, o conceito de criminalidade derivado da abordagem etiológica sob a perspectiva positivista perdeu bases de sustentação, contudo, permaneceu sendo seguido pelo senso comum. O paradigma etiológico positivista demonstra permanecer hegemônico na sociedade, tanto por ser seguido pelo senso comum, como pelo senso jurídico dos operadores do sistema penal. Isto porque, ele sustenta a ideologia de “combate à criminalidade” do modelo positivista, de modo que seu discurso se sustenta até hoje por sua funcionalidade (não declarada) como ciência do controle sociopenal, de maneira que atua na manutenção do *status quo* social. Andrade (2003) demonstra, portanto, que a superação do paradigma etiológico se deu apenas na academia, uma vez que não alcança o espaço público, o que seria necessário para superar o atual modelo de controle punitivo que o sistema penal se insere.

Retomando à construção do paradigma etiológico, Andrade (2003) afirma que suas matrizes fundamentais foram a antropologia criminal de Cesar Lombroso, e a sociologia criminal de Ferri. O paradigma etiológico consiste em conferir à disciplina da criminologia o status de ciência através dos meios epistemológicos do positivismo, e ao fenômeno de cientificação do controle social. Assim, para esse paradigma, a criminalidade é uma realidade ontológica, pressupondo que a criminalidade é natural, ou seja, nasce com os indivíduos que a externaliza através de seu comportamento. Sendo a criminalidade uma realidade ontológica, seria possível descobrir as suas causas por meio da ciência para combatê-la em defesa da sociedade.

Lombroso parte do determinismo biológico (anatômico-fisiológico) e psíquico do crime, utilizando o método da investigação e análise das ciências naturais, quais sejam, observação e experimentação, para dar a primeira resposta para as causas do crime e sustentar a tese do criminoso nato. Procurou comprovar sua hipótese com a confrontação de grupos não-criminosos com criminosos dos hospitais psiquiátricos e prisões. Procurou individualizar, nos criminosos e doentes apenados, as anomalias anatômicas e fisiológicas (como pouca capacidade craniana, frente fugidia, grande desenvolvimento dos arcos zigomático e maxilar, cabelo crespo e espesso, orelhas grandes, agudeza visual), as quais, para ele, denunciavam o tipo antropológico do delinquente, que seriam predestinados a cometer crimes. Explicou o crime, primeiro, com o atavismo, vinculando a estrutura corporal com a criminalidade nata. Após as críticas, acrescentou como causa a epilepsia e, posteriormente, a loucura moral (Andrade, 2003).

Ferri, que seguiu a antropologia lombrosiana em linha sociológica, admitiu uma tríplice causalidade do crime: individuais (orgânicas e psíquicas), físicas (ambiente telúrico), e sociais (ambiente social) e, assim, ampliou a tipificação lombrosiana da criminalidade. Para ele, o crime era o resultado previsível da combinação de fatores que resultava em uma minoria de indivíduos com uma personalidade considerada “socialmente perigosa”, a quem se dirigia uma “defesa social” adequada por tal personalidade. Ser criminoso, aqui, constitui uma propriedade da pessoa que a distingue por completo dos indivíduos tidos como normais, pois apresenta estigmas determinantes da criminalidade (Andrade, 2003).

Batista (2000) se refere à mudança de paradigma como um golpe mortal que o conceito de crime natural sofreu com um novo paradigma criminológico que surgiria nas décadas de 60 e 70 do século XX: o labeling.

O paradigma da reação social, mais conhecido como *labelling approach*, surge, portanto, no seio da criminologia contemporânea sob a influência de correntes de origem fenomenológica na sociologia do desvio e do controle social, dentre outras, para fornecer respostas diferentes daquelas antropológicas e sociológicas dadas pelo positivismo originário. As principais dessas correntes fenomenológicas são o interacionismo simbólico e a etnometodologia, para as quais estudar a realidade significa estudar os processos de interação e dinâmica da sociedade entre os indivíduos e as instituições, uma vez que esses processos são aplicados desde os comportamentos mais simples às construções de maior complexidade, de modo que a realidade social deriva de uma construção social, a qual não se pode conhecer objetivamente (Andrade, 2003).

Não sendo possível a realidade social ser conhecida objetivamente, visto que não é estática e permanente, o *labelling approach* utiliza os conceitos de “conduta desviada” e “reação social” para trabalhar com a tese

de que o desvio e a criminalidade não são uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica preconstituída à reação social e penal, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social, isto é, de processos formais e informais de definição e seleção (Andrade, 2003, p. 41).

Batista (2000) demonstra que, com o *labelling*, retoma-se ao conceito originário de delito como sendo um produto do direito, e não da natureza, recuperando a definição inicialmente formulada pela escola clássica. Assim, sendo o crime uma criação do direito, o *labelling approach* possibilitou o estudo do crime como um dado, o que não era considerado possível pelo paradigma etiológico positivista (Mendes, 2014). Para os seguidores do novo paradigma, o crime passaria a ser estudado a partir de duas instâncias:

A primeira é a da definição do comportamento criminoso por normas abstratas. E a segunda, a da reação das instâncias oficiais contra esse comportamento delitivo anteriormente definido. Entre estas duas instâncias encontra-se a constatação fundamental da teoria: o efeito estigmatizante (Mendes, 2014, p. 46).

Andrade (2003) destaca que a criminalidade se revela, portanto, como um status atribuído a determinados indivíduos mediante um duplo processo de definição legal de crime e de seleção de criminoso, e que estudar a criminologia é estudar os processos de criminalização, uma vez que nenhuma conduta é criminal “em si”, nem seu autor um criminoso nato. Vem daí, portanto, as denominações da teoria como “etiquetamento” e “rotulação”.

Becker (2008), autor considerado o fundador da teoria do desvio com sua obra “Outsiders”, destaca que a criminalidade se revela, ainda, de acordo com o processo de interação entre ação e reação, isto é, para que um ato seja considerado desviante se faz necessário mais que uma ação que quebre uma regra, de modo que uma reação negativa a esta ação se faz tão necessária quanto.

O *labelling* desloca, portanto, o interesse e a investigação pelas causas do crime, da pessoa do autor e seu meio, até do fato-crime, para a reação social da conduta desviada, em especial para o sistema penal. O sistema penal não se reduz ao complexo estático das normas penais, e sim consiste em um processo articulado e dinâmico de criminalização ao qual decorrem todas as agências do controle social formal e informal. Por controle social formal, entende-se aquele realizado pelo legislador, pela Polícia, Ministério Público, Justiça e sistema penitenciário, enquanto os mecanismos de controle social informal são realizados pela família, escola, mercado de trabalho, mídia (Andrade, 2003).

Do ponto de vista do processo de criminalização seletiva, o *labelling* conduziu ao reconhecimento de que na investigação das agências formais de controle, estas devem ser consideradas de forma conjunta, como um *approach* integrado, e não de forma isolada e independentes, pois só através do seu entrelaçamento é possível apreender o funcionamento do sistema de justiça criminal como um todo (Andrade, 2003).

Mesmo com todo o avanço da teoria representado pela quebra de paradigma, o qual, ao menos em linhas teóricas, desmistificou o crime natural, Baratta (2002) considerou o *labelling approach* uma teoria de médio alcance, ainda que tal perspectiva tenha constituído um dos pontos de impulso para a criminologia crítica. Isto porque, a nova perspectiva está reduzida ao nível descritivo, uma vez que não esclarece exatamente quais seriam os porquês da criminalização de grupos determinados ao longo do processo de rotulação, de modo que

permanece apenas na teoria quando não apresenta qualquer indicação das condições objetivas e de estratégias práticas para a transformação da estrutura apresentada, terminando apenas por fazer parte dela.

Assim, apesar de que a reação social influencie decisivamente no etiquetamento dos desviantes, a reação social não deixa de ser provocada por um comportamento concreto de um autor. Os interacionistas negaram a realidade fenomênica do desvio e, ao fazê-lo, negaram também a realidade estrutural, ou seja, social, econômica e política, quando da explicação do comportamento desviante (Andrade, 2015).

3.2 A criminologia crítica

Becker (2008) nos faz lembrar, ainda, que o desvio não é sinônimo de crime, mas sim ao contrário, uma vez que o termo “desvio” foi usado por ele e por muitos outros autores para abranger todas as possibilidades de comportamentos considerados não aceitos pelas regras sociais, usando um método comparativo de descobrir um processo básico que assumia muitas formas em diversas situações, sendo que apenas uma delas é criminosa. Assim, Becker, em seu Livro “Outsiders”, trabalha com a ideia de “desviante” para o etiquetamento de uma pessoa considerada fora das normas e regras sociais, muito mais abrangente que o status de criminoso. Para ele o desviante é a pessoa à qual esta etiqueta foi atribuída com sucesso. Baratta (1999, p. 40) acrescenta que, “com sucesso” significa que o etiquetamento recai sobre o status da pessoa, bem como sobre sua identidade pessoal.

Baratta (1999) afirma que a teoria do desvio fez um importante giro ao transferir o objeto da criminologia das condições dos comportamentos criminais, para as condições dos processos de criminalização, de modo que transformou a criminologia em sociologia do direito penal, por percorrer da criminalidade para o direito penal.

Baratta (1999, p. 41) define, então, que estamos diante de uma criminologia crítica, segundo os critérios por ele utilizados, quando a “consideração dos processos de definição e de reação social vem acompanhada da desigual distribuição do poder de definição e de reação e, paralelamente, os sistemas da justiça penal interpretados no contexto dos relacionamentos sociais de iniquidade e em conflito”.

Segundo Batista (2011), os ensinamentos de Baratta afirmam que dois movimentos são fundamentais produzidos pela criminologia crítica, sendo eles, o primeiro, o deslocamento

do autor para as condições objetivas, estruturais e funcionais; o segundo, o deslocamento das causas para os mecanismos de construção da realidade social.

Batista (2011) aponta que a questão criminal, para Baratta, passa a ser trabalhada através de um enfoque macrossociológico. Assim, é superado o mito da conexão causal construído pelo paradigma etiológico, uma vez que a criminalidade não é ontológica, mas sim construída por um processo de dupla seleção, quais sejam, dos bens protegidos e dos comportamentos dos indivíduos entre todos que realizam infrações. Assim o autor define a criminalidade como um “bem negativo, distribuído desigualmente conforme hierarquia de interesse fixada no sistema socioeconômico, conforme a desigualdade social”. Com a noção de criminalização primária, portanto, o que existe são processos de criminalização que são filtrados pela seletividade penal.

Com o marxismo, o mito da igualdade do direito, base que sustentava a defesa social, foi destruído. A partir da crítica do paradoxo entre a igualdade formal e a desigualdade concreta e substancial, desenvolvida por Karl Marx, passou-se da descrição fenomenológica ao aprofundamento da lógica dessa desigualdade, demonstrando a existência de um nexo funcional entre os mecanismos seletivos e o processo de acumulação de capital. É necessário, portanto, entender a luta de classes atrás dos processos de criminalização para compreender o problema (Batista, 2011; Baratta, 2003).

Para Baratta, foi priorizado, pela burguesia, os interesses das classes dominantes, de modo que seus comportamentos socialmente danosos foram imunizados, fazendo com que o processo de criminalização se dirigisse apenas para as classes subalternas. Assim, a prisão reproduzia a realidade social e aprofundava a desigualdade. Conforme Baratta, a verdadeira relação entre cárcere e sociedade consiste em quem exclui e quem é excluído, ou seja, entre quem possui o poder de criminalizar e quem fica sujeito à criminalização (Batista, 2011).

Batista (2011) aponta o livro “Punição e estrutura social”, de Rusche e Kirchheimer, como obra fundamental no nascimento da criminologia crítica, sendo fundamental também para a outra obra que constitui um dos pilares desta ciência, o “Vigiar e punir”, de Michel Foucault. A autora destaca que Rusche foi o primeiro pensador marxista a sistematizar a questão criminal e a analisar historicamente as relações entre condições estruturais, como as sociais, de mercados de trabalho e dos sistemas penais, e demonstrou, através das análises das mudanças ocorridas dentre os séculos XV e XX, o caráter histórico dos sistemas penais através das suas diferenças em relação às diferentes fases dos processos de acumulação de capital.

Começando pelo século XV, quando a mão de obra era abundante, o sistema penal se dava contra as massas empobrecidas com diversas penas físicas/castigos de execuções, mutilações e açoitamentos. Passado um século, em virtude da escassez de mão de obra, criaram-se leis que puniam a vadiagem, fazendo que com que os camponeses expulsos das terras se submetessem à exploração ilimitada. Assim, no século XVI, nasce a exploração da mão de obra na prisão em virtude do mercantilismo. No século XVII, as casas de correção, junto com as manufaturas, representam o adestramento de trabalhadores desqualificados que, por oferecerem baixos ou nenhum salário, começam a ser lucrativas, constituindo o início da prisão moderna (Batista, 2011).

Na primeira metade do século XVIII, surge um novo direito liberal em que a concepção do direito penal se contrapõe com o punitivismo do período absolutista, passando a impor agora uma proporcionalidade à gravidade do delito, sendo o bem jurídico mais protegido o direito à propriedade, em virtude do utilitarismo econômico fundado com a ascensão da burguesia. Já na segunda parte do século XVIII, com a revolução industrial, a base do sistema econômico se transformou e as características dessa fase da acumulação de capital passaram a ser a intensa exploração da mão de obra e a miséria da classe trabalhadora, fazendo surgir um exército industrial de reserva que o próprio mercado se encarrega de oprimir. Esses trabalhadores em espera empreenderão toda sua força de trabalho para o surgimento da indústria e a expansão da mais-valia (Batista, 2011).

No século XIX, em virtude do aumento dos delitos praticados contra a propriedade, as manifestações populares deliberaram pela volta das penas mais severas e realizaram críticas ao liberalismo. Assim, retomou-se os castigos físicos e as mutilações, e a prisão, com seu sistema de disciplinas e a difusão do isolamento celular, se converteu na pena mais importante de todo o mundo ocidental (Batista, 2011).

No século XX, o trabalho na prisão perderia valor econômico e o último capítulo do livro, escrito por Kirchheimer, fez previsão de que a prisão no capitalismo contemporâneo perderia seu sentido, de modo que o Estado aumentaria sua intervenção através de outros mecanismos, como as liberdades condicionais, técnicas de vigilância e controle social informal. Batista (2011, p. 93) aponta que essa foi uma visão que conduziu à problemas na esquerda, mas que, para Rusche, “a prisão foi uma construção do capitalismo. Ele demonstrou que o sistema penal não é ontológico nem absoluto, mas que se modula de acordo com as conveniências da regulação do mercado de mão de obra”.

Batista (2011) aponta que Foucault analisa o poder exercido como estratégia nas instituições disciplinares e que, para além da luta de classes, trabalha com uma rede de

relações tensas, composta por dispositivos, manobras, táticas, técnicas e funções. Para ele, punir deu lugar ao vingar, de modo que não se pune menos, mas melhor. Assim, com as mudanças introduzidas pelo século XVIII, houve um deslocamento da vingança do soberano para a ideia de defesa social.

3.3 A criminologia crítica feminista

Andrade (2005) confirma o nascimento da criminologia no século XIX como a ciência da criminalidade, do crime e do criminoso. Destaca o androcentrismo na criminologia desde o seu nascimento, primeiramente pelo seu objeto de saber: o crime e os criminosos; pelos sujeitos produtores do saber: os criminólogos; e pelo próprio saber. Contudo, também destaca a sua transformação, contínua, em uma ciência social, em uma teoria crítica e sociológica do sistema de justiça criminal, por se ocupar, principalmente, com análises de sua fenomenologia e funcionalidade nas sociedades capitalistas e patriarcais. Nesse sentido, Baratta (1999) confirma que, a partir dos anos 70, a mulher passou a ser objeto do estudo criminológico, como vítima e também como criminosa, e que, somente com a produção científica feminista, temas específicos, até então marginalizados pela disciplina, passaram a ser discutidos.

A criminologia feminista, portanto, parte de críticas às criminologias. Rosa *et al.* (2017), no livro “Sociologia da violência, do crime e da punição”, faz um apanhado das críticas feministas às principais correntes criminológicas. Elas passam pelas teorias das subculturas criminais, das associações diferenciais, do controle, do controle de Garland, do desvio, até chegar à criminologia crítica. Assim, neste capítulo, traremos algumas das críticas realizadas pelas feministas, para entender e contextualizar os caminhos percorridos pela crítica até sua chegada à criminologia crítica, a qual tem maior foco neste trabalho.

Na teoria das subculturas criminais, estuda-se as gangues formadas por jovens garotos pobres que sofrem por não alcançarem os padrões da classe média estadunidense. Esses jovens desenvolveram uma subcultura da delinquência com os atributos dos homens dos Estados Unidos: autonomia, racionalidade, ambição e contenção das emoções, de modo que essa subcultura da delinquência é uma solução masculina que se aplica apenas para problemas masculinos (Rosa *et al.*, 2017; Naffine, 1987).

Segundo umas das análises realizadas, uma vez que as mulheres, desse tempo e lugar, possuíam outra preocupação, que consistia em conseguir um casamento, de modo que seus problemas se dirigiam às relações afetivas, a delinquência não era uma via para solucioná-los.

E aí se encontra a primeira crítica feminista. A teoria das subculturas criminais, com a análise exclusivamente de gangues compostas por jovens homens, ao não considerar as jovens mulheres que viviam na mesma situação de pobreza, levou ao entendimento de que a criminalidade era praticada apenas por garotos, ou que, quando as garotas se envolviam, possuíam posições subsidiárias, de modo que eram entendidas a partir do papel masculino, o que demonstra o androcentrismo das análises das subculturas criminais (Rosa *et al.*, 2017; Cohen, 1955).

Rosa *et al.* (2017, p. 132) destaca que:

estudos etnográficos feministas demonstraram que as garotas que participam em gangues vivem igualmente em comunidades onde as possibilidades de inclusão em empregos melhores, não apenas como trabalhadoras domésticas, particularmente para jovens negras, são bastante reduzidas.

A formação de gangues de garotas e de garotos se diferencia em diversos aspectos. Enquanto os garotos formavam gangues em busca do sucesso material que a sociedade estadunidense pregava, o envolvimento das garotas em gangues possuía uma natureza multifacetada e diferenciada das razões masculinas, uma vez que, para além da classe, envolve também gênero e raça/etnia, de modo que a participação feminina nas gangues ultrapassa uma simples rebeldia contra a noção tradicional de feminilidade (Rosa *et al.*, 2017; Joe; Chesney-Lind, 1998).

Em geral, elas tornam-se mães muito jovens, muitas em virtude do abuso sexual que sofreram, vivem sem companheiro, abandonam as famílias, vivem nas ruas e são novamente vitimizadas sexualmente. Outras, apesar de viverem com a família, são agredidas com maior frequência que os meninos (Rosa *et al.*, 2017, p. 132).

Enquanto Cohen (1955) concluiu que as gangues juvenis masculinas representam a “resposta não adaptada dos jovens das classes trabalhadoras aos valores das classes médias”, Joe e Chesney-Lind (1998) concluíram, através de sua pesquisa realizada com garotos e garotas envolvidas em gangues no Havai, que “ambos encontram nesses grupos um apoio para lidar com os problemas da vida diária de suas comunidades marginalizadas”, de modo que “o racismo, a falta de oportunidades de emprego, as relações de gênero permeiam as implicadas razões para o ingresso feminino e masculino em gangues” (Rosa *et al.*, 2017, p. 133).

A teoria das associações diferenciais é a teoria de Edwin Sutherland, de 1940, que pesquisou os crimes de colarinho branco. Nesse sentido, ele rompeu com as pesquisas sobre as classes mais pobres e com as perspectivas das patologias individuais e sociais. Contudo, há críticas feministas sobre o autor (Rosa *et al.*, 2017).

Pelo princípio da associação diferencial, utilizada nesta teoria, a pessoa se torna delinquente conforme seu grau de exposição aos comportamentos criminais. As mulheres, então, seriam mais expostas, todavia, segundo o autor, por serem mais supervisionadas, possuem a tendência de se comportarem em conformidade com os padrões e as leis, uma vez que são mais ensinadas e cobradas (Rosa *et al.*, 2017; Naffine, 1987). Segundo Leonard (1982), as diferenças na socialização de meninas e meninos, para Sutherland, consistia no fato de que as mulheres podem engravidar e por isso requerem maiores cuidados. E que, portanto, a diferença entre o comportamento criminal de homens e mulheres possuía essa origem.

Para Naffine (1987), as mulheres demoram mais para cometer crimes porque estão em constante vigilância durante o seu desenvolvimento, e por isso a prática começa quando já possuem mais idade, de modo que essa criminalidade tardia não se explica pela associação diferencial, uma vez que, para a associação diferencial, “a criminalidade feminina decorre da socialização das mulheres para o casamento”, uma vez que as homogeneiza enquanto os homens possuem oportunidades culturais diversas.

Rosa *et al.* (2017) aponta que a perspectiva de Sutherland reforça os papéis estereotipados de gênero porque vincula a sua não participação no crime à sua socialização de garota boa e altruísta com padrões anticriminais incentivados, liberdade de movimento reduzida e diversidade cultural extinta, sendo o seu lugar somente na família (Naffine, 1987).

De acordo com Naffine (1987), as pesquisas feministas mostram que o comportamento delinquente é, na verdade, conduzido pela proximidade com amigos delinquentes, podendo, ainda, ser determinado, segundo Leonard (1982), pelas variáveis de cor, raça/etnia e classe, motivo pelo qual os crimes entre as próprias mulheres são distintos. Assim, segundo o autor, a socialização diferenciada, apresentada por Sutherland, não explica a diferenciação do desvio nem mesmo entre as próprias mulheres, tampouco poderia explicar a diferenciação dos desvios entre os gêneros.

Dentre as teorias do controle, houve duas mais criticadas. Uma delas foi a teoria do controle de Travis Hirschi (1969), que fora criticada porque inverteu o questionamento até então formulado pelos criminólogos de “porque as pessoas cometem crimes?” para “porque as pessoas não cometem crimes?”, de modo que tentou provar sua teoria com o estudo da conformidade masculina (Rosa *et al.*, 2017).

Seria mais sensato, contudo, e lógico, utilizar a conformidade feminina para, então, explicar a masculina porque, seguindo os pensamentos anteriores formulados, com as teorias de Cohen e Sutherland, as mulheres não cometem crimes, uma vez que são mais adeptas, por serem assim ensinadas e, portanto, obedientes às regras sociais, normas e leis. Nesse sentido,

as criminólogas feministas entendem que, ao passar a questionar o porquê as pessoas não cometem crimes, o comportamento feminino deveria ser a base da teoria formulada. Mas não foi o que ocorreu. Hirschi tentou provar sua teoria através da conformidade masculina (Rosa *et al.*, 2017).

Para Hirschi, há quatro formas de controle sociais para que haja o impedimento do desvio e o indivíduo se comporte em conformidade com a lei, sendo elas: o apego, o compromisso, o envolvimento e a crença. O apego se refere às relações do indivíduo, de modo que, quanto mais apegada está uma pessoa aos seus vínculos convencionais, como pais e amigos, menos provável é a prática da conduta desviante. Assim como, quanto mais comprometida e envolvida com comportamentos e instituições convencionais, como emprego, estudo e carreira, mais uma pessoa irá avaliar sua vida em sociedade no sentido do custo-benefício de suas ações e das gratificações que poderá usufruir com elas. E, por fim, a crença nas regras determinadas pela sociedade faz com que o indivíduo escolha não cometer crimes.

Essa é a teoria da conformidade às regras apresentada por Hirschi que, para ele, resulta na racionalidade e inteligência do homem, pois pensa em sua carreira e nos riscos que trariam para ela a prática de um comportamento criminoso. Assim, a conformidade aparece como sendo um admirável traço de caráter masculino, diferente do que ocorre com as mulheres, que não possuem o mesmo traço admirável pelo mesmo comportamento (Rosa *et al.*, 2017; Naffine, 1987).

O comportamento feminino de obediência às regras é entendido de forma negativa. A conformidade feminina, por serem as mulheres consideradas conformistas, é entendida como passiva. Portanto, quando Hirschi muda o campo de estudo do homem criminoso para o homem conformista, converte também a convencionalidade masculina em um atributo positivo, uma qualidade do homem. O comportamento criminoso passa, então, a ser entendido como um sintoma de imaturidade emocional (Rosa *et al.*, 2017; Naffine, 1987).

A outra teoria do controle criticada foi a teoria do controle do poder, formulada por John Haggan (1979). Para essa teoria, as mães são os primeiros agentes de socialização na instituição familiar, de modo que se coloca sob as mães a responsabilidade da socialização. Esse é um ponto. Quanto mais patriarcal for a família maior será o controle exercido sobre as meninas, diminuindo a possibilidade do comportamento desviante e, portanto, haverá entre os gêneros mais diferenças de comportamento desviante (Rosa *et al.*, 2017; Bates; Bade; Mencken, 2003).

Para esse autor, a conformidade é entendida pelo controle formal e informal. O controle formal, que é o controle legal, recai sobre os homens, e o controle informal, exercido

pela família, recai sobre as mulheres. Uma crítica a esta teoria se encontra na perspectiva que o autor possui de família, pois considera apenas aquela tradicional, composta por um casal heterossexual. Nessa perspectiva, conclui que há menor diferença de comportamentos desviantes entre os gêneros quando existe um equilíbrio de poder entre esse casal (Rosa *et al.*, 2017).

A conformidade feminina continua sendo entendida como passividade, vista apenas como obediência; obediência que surge na socialização através do maior controle que são submetidas. Já a delinquência masculina, para Haggan, é sinônimo de liberdade, independência e afirmação, pois representa a busca por prazeres que são símbolos do homem fora do âmbito familiar (Rosa *et al.*, 2017; Naffine, 1987).

A crítica se encontra nos resultados que as pesquisas apresentam. As pesquisas que pretendiam comprovar que os vínculos sociais mais fortes das meninas resultavam em maior conformidade e que os vínculos sociais mais frágeis dos meninos resultavam em maior criminalidade, apresentam resultados inconclusivos. A verdadeira conclusão alcançada é a de que uma forte feminilidade não necessariamente conduz uma mulher à maior conformidade, assim como as mulheres que possuem maior masculinidade, também não estão mais sujeitas à prática delituosa. A autora ressalta que as garotas que não possuem expectativas tanto femininas quanto masculinas são as que mais praticam delitos e que possuem os laços sociais mais fragilizados (Rosa *et al.*, 2017).

Em síntese, a criminalidade, pode-se concluir, está mais ligada aos laços sociais das pessoas, mais especificamente ao fraco laço social, de modo que os laços não são, necessariamente, mais fortificados ou enfraquecidos em virtude do gênero, pois demonstrouse que, embora haja uma tendência, criada com a socialização, ambos os gêneros, tanto as mulheres quanto os homens, podem ter laços sociais fortificados ou enfraquecidos (Rosa *et al.*, 2017).

A teoria do controle de Garland, também denominada de teoria do controle na modernidade tardia, sofreu críticas pela não incorporação da contribuição feminista em seu estudo. A teoria não buscou entender o tratamento das mulheres que cometem crimes, assim como das que são vítimas de crimes. O gênero não foi incluído nas análises dessa nova abordagem da cultura do controle e, portanto, continuou sendo excluído das teorias criminológicas.

Dentre as teorias do desvio, a mais conhecida delas foi a teoria do etiquetamento, ou *labelling approach*. A teoria, que consiste no processo de etiquetamento de uma pessoa como desviante, recebeu críticas pela visão de Becker em relação às mulheres dos músicos. No livro

“Outsiders”, o autor analisa músicos de jazz etiquetados como desviantes por não se enquadrarem na cultura tradicional, de modo que, tanto são considerados diferentes pelos outros, quanto se consideram diferentes. Becker retrata as esposas dos músicos, em seu livro, como “quadradas” e sem atrativo, motivo pelo qual podem ameaçar a carreira dos maridos músicos. Além disso, outro ponto destacado pela crítica é que Becker não inclui em sua análise as mulheres músicas (Rosa *et al.*, 2017).

A criminologia crítica foi aquela que incorporou o marxismo como base teórica em suas análises para entender o crime, sendo compreendido como materialmente construído. Assim, voltou sua preocupação à classe trabalhadora, mas não incluiu as mulheres. Desse modo, a crítica reside, por exemplo, em não conseguir distinguir as condições de homens e mulheres na sociedade capitalista. Aponta-se, ainda, que se pode questionar até mesmo quanto à tentativa de incorporação do gênero no direito penal e na criminologia por Baratta (1999), pois o autor argumenta que uma criminologia feminista só pode se desenvolver dentro do paradigma da criminologia crítica, uma vez que o paradigma da reação social foi introduzido na criminologia antes do paradigma de gênero. O autor criticou autoras que propuseram desconstruir o conceito de criminalidade e da criminologia, dizendo que estariam tentando corrigir a criminalidade etiológica tradicional (Rosa *et al.*, 2017).

Para Rosa *et al.* (2017), as afirmações de Baratta (1999) são problemáticas, porque, se assim o for, não se pode questionar o paradigma da criminologia crítica e, se se desenvolver uma criminologia feminista com uma perspectiva de gênero fora dele, esta será considerada cientificamente incorreta, sendo possível, para ele, apenas a incorporação do paradigma de gênero ao paradigma da reação social. Assim, Campos (1999, p. 13,14) afirma que “o pensamento criminológico e o pensamento feminista têm muito em comum, pois são pensamento críticos e emancipatórios”, mas que também existem as divergências.

Andrade (2005), em sua pesquisa sobre o funcionamento do sistema de justiça criminal relativo à violência sexual contra a mulher, sustenta, dentre outras hipóteses, que o sistema de justiça criminal, além de não proteger as mulheres contra a violência, duplica a violência sobre elas exercida e as divide. Isto porque, em suas palavras (2005, p. 75): “[...] se trata de um subsistema de controle social, seletivo e desigual, tanto de homens como de mulheres e porque é, ele próprio, um sistema de violência institucional, que exerce seu poder e seu impacto também sobre as vítimas”. E, em se tratando de mulheres, a autora relembra que este é um controle que se inicia na família, de modo que o sistema de justiça criminal duplica essa vitimação feminina ao fazer com que a mulher se torne vítima da violência institucional desse sistema, que expressa e reproduz dois tipos de violências sociais, quais

sejam, das relações capitalistas, representadas pela desigualdade de classes, e das relações patriarcais, representadas pela desigualdade de gênero. Portanto, segundo a autora, não há uma ruptura entre as violências e discriminações exercidas sobre as mulheres durante o controle social informal praticadas pelas relações familiares, trabalhistas e sociais em geral, como vizinhos, amigos e até estranhos, e aquelas praticadas pelo controle formal do sistema penal, mas sim uma continuação, representada pela interação desses dois controles.

Andrade (2005, p. 79) trabalha com o que chamou de “eficácia instrumental invertida” que, nas suas palavras, significa

[...] que a função latente e real do sistema não é combater (reduzir e eliminar) a criminalidade protegendo bens jurídicos universais e gerando segurança pública e jurídica, mas, ao contrário, construí-la seletiva e estigmatizantemente e neste processo reproduzir, material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais (de classe, gênero, raça).

Desse modo, Andrade (2005, p. 80) afirma que o sistema de justiça criminal “não reage contra uma criminalidade que existe ontologicamente na sociedade independente da sua intervenção”, mas que é a própria intervenção do sistema, com seu exercício de poder, controle e domínio. Sua intervenção, portanto, através da sua reação contra a criminalidade, é quem constrói o universo da criminalidade. Isso constitui o processo de criminalização, que consiste na criminalização primária, secundária e terciária, sendo elas, respectivamente:

- a) a definição legal de crimes pelo Legislativo, que atribui à conduta o caráter criminal, definindo-a (e, com ela, o bem jurídico a ser protegido) e apenando-a qualitativa e quantitativamente (criminalização primária);
- b) a seleção das pessoas que serão etiquetadas, num *continuum* pela Polícia-Ministério Público e Justiça (criminalização secundária); e
- c) estigmatizadas, especialmente na prisão, como criminosos, entre todos aqueles que praticam tais condutas (criminalização terciária).

Por isso, a autora destaca que para compreender a funcionalidade do sistema de justiça criminal, é preciso tê-lo como um subsistema dentro de um sistema de maior amplitude, que controla e seleciona, uma vez que o processo de criminalização não começa no sistema de justiça criminal, ou este o realiza de forma independente. Nas palavras de Andrade (2005, p. 81):

A seletividade é, portanto, a função real e a lógica estrutural de funcionamento do SJC, comum às sociedades capitalistas patriarcais. E nada simboliza melhor a seletividade do que a clientela da prisão ao nos revelar

que a construção (instrumental e simbólica) da criminalidade – a criminalização – incide seletiva e estigmatizantemente sobre a pobreza e a exclusão social, majoritariamente masculina, e apenas residualmente (embora de forma crescente) feminina.¹⁷

Ainda nas palavras de Andrade (2005, p. 82):

Ora, se a conduta criminal é majoritária e ubíqua e a clientela do sistema penal é composta, regularmente, em todos os lugares do mundo, por homens adultos jovens pertencentes aos mais baixos estratos sociais e, em grande medida, não brancos, isto significa que impunidade e criminalização (e também vitimação) são orientados pela seleção desigual de pessoas de acordo com uma fortíssima estereotipia presente no senso comum e dos operadores do controle penal, e não pela incriminação igualitária de condutas, como programa o discurso jurídico-penal.

Segundo Baratta (1999), para que se possa compreender o mecanismo geral de reprodução do *status quo* da nossa sociedade, patriarcal e capitalista, deve-se saber a importância estrutural da separação entre esfera pública e privada e, também, da complementariedade dos mecanismos de controle de cada uma delas. Para Baratta (1999, p. 21, 22), a divisão social de trabalho entre mulheres e homens parte da construção social do gênero e nada tem a ver com a diferença biológica do sexo. Isto é, as atribuições de gênero quanto aos papéis diferenciados que exercem nas esferas da produção, reprodução, política, e entre o público e o privado. Explica o autor que esse é um fato importante de ser compreendido porque “a posse de certas qualidades e o acesso a certos papéis vêm percebidos como naturalmente ligados somente a um sexo biológico, e não a outro”. Representa, portanto, uma conexão ontológica entre os sexos que, na verdade, é ideológica, e faz com que um gênero se sobreponha sobre o outro, com repartições de recursos e posições desiguais.

Nesse sentido é Andrade (2005, p. 83), quando aponta que o sistema de justiça criminal apenas ganha plena significação, no que se refere ao seu funcionamento interno e de controle social, quando colocado à dimensão macrossociológica. Isto porque, uma vez inserido às estruturas que o condicionam, como o capitalismo e o patriarcado, passa a expressá-los e contribui com sua reprodução, relegitimando-os, de modo que se torna um próprio instrumento de controle social seletivo classista e sexista. Assim, afirma que o sistema de justiça criminal apenas

replica a lógica e a função real de todo mecanismo de controle social que se, em nível micro, implica ser um exercício de poder e de reprodução de subjetividades (a seleção binária, entre o bem e o mal, o masculino e o

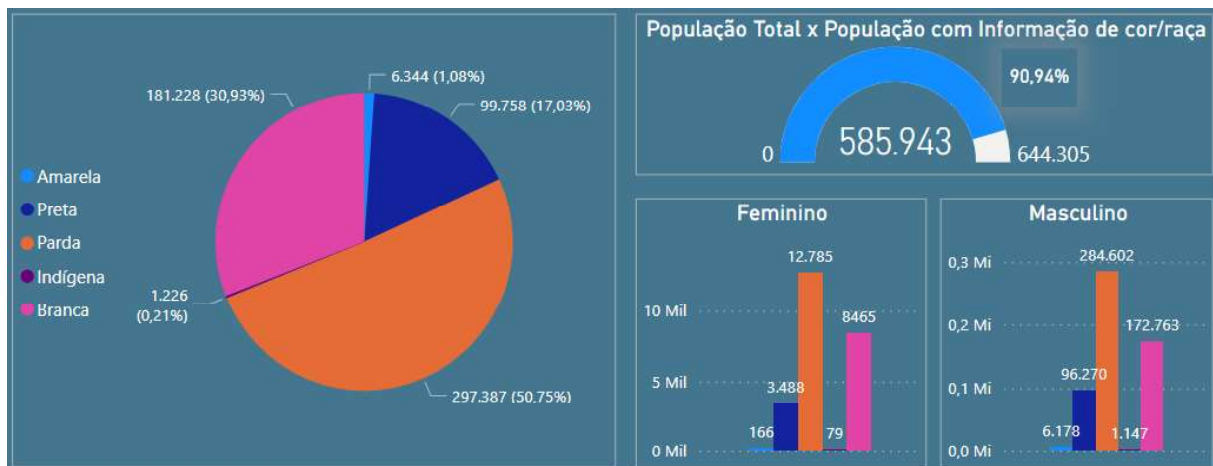
17 Vale lembrar que esse trabalho da autora, que tem por objeto, principalmente, as mulheres vítimas de violência sexual, foi publicado no ano de 2005, ano antes da aprovação da Lei de Drogas, em virtude da qual o encarceramento de mulheres aumentou ainda mais.

feminino), em nível macro, implica ser um exercício de poder (de homens e mulheres); reprodutor de estruturas, instituições, simbolismos e o SJC ocupa um importantíssimo lugar na manutenção do *status quo* social.

Além do capitalismo e do patriarcado, o racismo constitui outra estrutura que condiciona o sistema de justiça criminal. A população negra compõe as penitenciárias do país em escala gigantesca. E para melhor compreender a configuração desse sistema, o qual conlucio por constituir um sistema de dominação racial vigente, seria necessário abarcar o surgimento dos conceitos de raça, racismo e etnia, uma vez que com eles surge também a configuração atual da sociedade na qual vivemos. Esse será o assunto do próximo capítulo, de modo a completar o debate acerca das estruturas que condicionam esse sistema e assim compreender a configuração da composição da população prisional do país.

3.4 O cárcere e o racismo

A composição da população carcerária por cor/raça no sistema prisional é majoritariamente negra, conforme se vê:

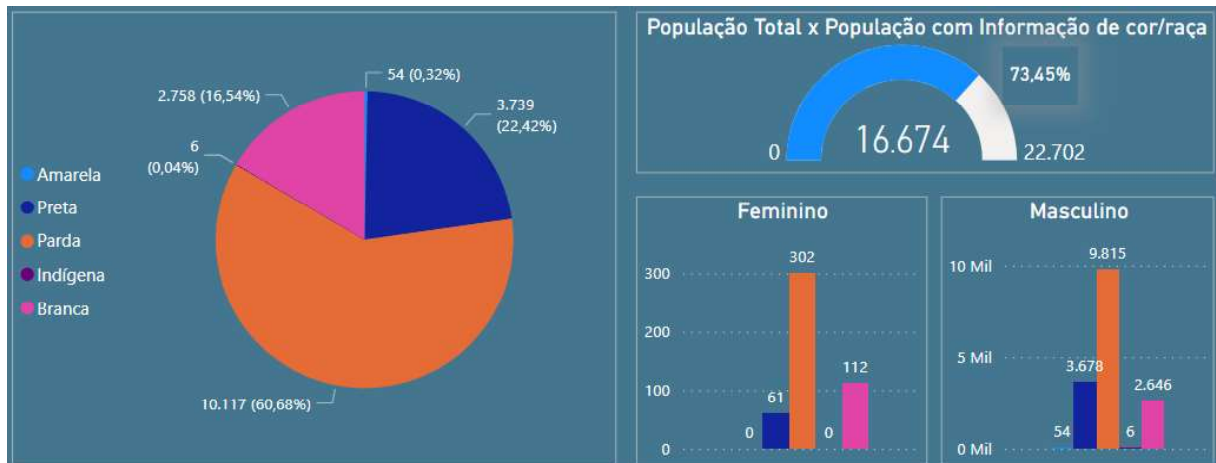


Fonte: SISDEPEN – Sistema Nacional de Informações Penais.

Os dados, de janeiro a junho de 2023, estavam disponíveis para 585.943 (90,94%) do total de 644.305 pessoas custodiadas nos estabelecimentos estaduais. De acordo com a classificação do IBGE, a população negra é composta por pretos e pardos. Nesse sentido, verifica-se um total de 397.145 negros encarcerados em celas físicas, dentre os 585.943 para os quais os dados estavam disponíveis, representando 67,78% de toda a população carcerária custodiada em celas físicas dos estabelecimentos prisionais estaduais. Feito o recorte de gênero, os dados seguem na mesma direção. A população prisional feminina é composta por,

ao menos, 16.273 mulheres negras, do total de 24.983 mulheres para as quais os dados estavam disponíveis.

No estado do Espírito Santo, os dados estavam disponíveis apenas para 16.674 (73,45%) do total de 22.702 pessoas custodiadas em celas físicas. O Espírito Santo possui 13.856 pessoas negras custodiadas em seus estabelecimentos prisionais. Com o recorte de gênero, são 363 negras do total de 475 para as quais os dados estavam disponíveis.



Fonte: SISDEPEN – Sistema Nacional de Informações Penais.

Pode-se concluir, até aqui, que a raça não muda em relação ao gênero, demonstrando ser uma variável importantíssima para compreender o cárcere e sua proposição.

Kabengele Munanga (2004) trabalha os conceitos de raça, racismo e etnia. Sobre raça, o autor destaca que o conceito foi inicialmente utilizado na Botânica e na Zoologia para classificar espécies de animais e vegetais, mas que passou a designar as relações de dominação e de sujeição entre classes sociais a partir do momento em que se escolheu como critério de classificação a cor da pele, que nada mais é do que a representação da quantidade de melanina no corpo, que, por sua vez, define também a cor dos olhos e do cabelo. Posteriormente adentraram aos critérios: a forma do nariz, dos lábios, do queixo, do formato do crânio, ângulo facial, para aperfeiçoar a classificação. O que se pretendia era utilizar de critérios morfológicos para se comprovar que um povo era biologicamente inferior, mas estudiosos concluíram que as raças não existem, nem biológica, nem cientificamente, pois seu conceito é cientificamente inoperante para explicar a diversidade humana e dividi-las em raças. Porém, o problema já havia sido criado quando se estabeleceu na classificação dos grupos humanos, além das características físicas, uma escala de valores entre essas raças. Criou-se, então, uma relação intrínseca entre as características biológicas e as qualidades psicológicas, morais, intelectuais e culturais, de modo que a raça branca foi decretada como superior às raças negra e amarela, justamente por suas características físicas hereditárias.

Munanga (2004) destaca que essa classificação da humanidade hierarquizada em raças desencadeou na racilogia, teoria cujo discurso justificou e legitimou diversos sistemas de dominação racial, como o apartheid. Conforme o autor, o conceito de raça utilizado hoje é carregado unicamente de ideologia, e nada tem de biológico. Ideologia porque esconde uma relação de poder e de dominação. Abdias Nascimento (2016) reconhece, por exemplo, que a “democracia racial” no Brasil, apesar de geográfica e metodologicamente separada do apartheid, consiste nesse mesmo sistema de dominação, pois possui os mesmos efeitos funestos, uma vez que as discriminações são indisfarçáveis em seus efeitos coletivos, que se verifica através da ocupação de determinados lugares na sociedade – casamento, clubes, irmandades, escolas, religiões, cargos e carreiras de poder – pelas classes altas e/ou socialmente brancos, de modo que resta ao negro ser governado por estes, e ocupar os lugares também determinados por estes, visto que não possuem qualquer representação em lugares que envolvam poder de decisão. E aqui faço ligação com o cárcere, fruto desse “apartheid à brasileira”, posto que o cárcere representa um dos lugares reservados para ser ocupado pela população negra.

Acerca do racismo, Munanga (2004) informa que o conceito fora objeto de diversas leituras e interpretações, mas que geralmente é abordado a partir da raça, podendo ser definido como “uma crença na existência das raças naturalmente hierarquizadas pela relação intrínseca entre o físico e o moral, o físico e o intelecto, o físico e o cultural”, de modo que “o racista cria a raça no sentido sociológico”, ou seja, para ele, a raça “é um grupo social com traços culturais, linguísticos, religiosos, etc. que ele considera naturalmente inferiores ao grupo a qual ele pertence”. E sobre as teorias que o justificam, informa que a primeira delas deriva de um mito bíblico, e a segunda, ligada ao modernismo ocidental. Retrato, portanto, no caso do nosso país, direto da colonização.

Ainda acerca do racismo, o autor faz uma divisão entre o racismo clássico, que se alimenta da noção de raça, e o racismo novo, que se alimenta da noção de etnia, a qual pode ser definida como um grupo cultural. O racismo pela noção de etnia é um racismo construído com base nas diferenças culturais e identitárias. A respeito, pontua:

o racismo hoje praticado nas sociedades contemporâneas não precisa mais do conceito de raça ou da variante biológica, ele se reformula com base nos conceitos de etnia, diferença cultural ou identidade cultural, mas as vítimas de hoje são as mesmas de ontem e as raças de ontem são as etnias de hoje. O que mudou na realidade são os termos ou conceitos, mas o esquema ideológico que subentende a dominação e a exclusão ficou inato (Munanga, 2004).

Sendo inato o esquema ideológico que subentende a dominação e a exclusão, verifica-se, portanto, que não mais importa qual seja o conceito usado para fundamentá-lo. Independente do argumento, ou até mesmo sem argumento, o racismo continua recaindo sob os mesmos corpos. Dissipado os termos, o racismo resta intrínseco na configuração da nossa sociedade, de modo que, não constituindo mais nenhuma forma oficial de preconceito, criou-se o mito da democracia racial. A chamada “democracia racial”, conforme Abdias Nascimento (2016, p. 48), é uma expressão que reflete “determinada relação de concreta na dinâmica da sociedade brasileira: que pretos e brancos convivem harmoniosamente, desfrutando iguais oportunidades de existência”, de modo que essa pretendida igualdade racial constitui “o maior motivo de orgulho nacional”.

É esse mito que faz com que se ache natural espaços predominantemente ocupados por pessoas de determinadas raças/etnias/identidades, pois usa-se da meritocracia para justificar determinados acessos e não acessos, esquecendo-se ou ignorando todo o passado – e presente – racista que o país possui.

Em relação à maternidade, destaco a raça com aspectos acerca da parentalidade trazidos por bell hooks (2020). Pode-se fazer, ainda, uma vinculação da maternidade com o mito da democracia racial, uma vez que foi colocada, quando do início do movimento feminista em busca de libertação, como sendo um obstáculo para a emancipação das mulheres e, até mesmo, entendida como o centro da opressão das mulheres. Todavia, esse entendimento não veio de todas as mulheres, mas sim daquelas que desfrutavam de iguais oportunidades de existência; e é necessário lembrar que muitas mulheres não desfrutavam de quaisquer oportunidades. As mulheres que compunham a classe média e possuíam ensino superior, entendiam que a maternidade as impedia de exercer atividades fora do âmbito familiar, de modo que se sentiam “prisioneiras de tarefas domésticas como limpar, cozinhar e cuidar dos filhos”. Todavia, o que não foi feito, foi incluir a raça em tal pensamento. Isto porque, as mulheres negras sempre trabalharam, “trabalhos que as remuneraram muito mal e, quando não impediram, dificultaram o desenvolvimento de sua vida familiar”. Destaca a autora que “se as mulheres negras tivessem expressado sua visão sobre a maternidade, esta certamente não teria sido definida como um obstáculo à nossa liberdade como mulheres”, mas sim como “um labor que humaniza, que afirma sua identidade como mulheres, como seres humanos que expressam amor e carinho”. Para as mulheres negras, o espaço doméstico consiste em um ambiente de cuidados e por isso desejam possuir mais tempo para desfrutar de sua família, com quem não possuíam tempo de qualidade em virtude do estressante, degradante e desumanizador trabalho exercido fora de casa.

A raça, portanto, não determina só a ocupação de lugares no espaço público, mas também é uma condicionante para as ocupações dos espaços privados; e de que forma serão ocupados. É certo que algumas mulheres precisavam de emancipação em relação aos homens para que adentrassem ao mercado de trabalho, mas outras ainda precisavam se emancipar do trabalho precário, mal pago, da falta de escolaridade e de tempo para com os seus. Para as negras, cuidar dos filhos e do lar era entendido como privilégio, uma vez que nunca puderam ser dedicar a eles com prioridade. É importante refletir, portanto, que os trabalhos que as mulheres brancas e de classe média almejavam não consistiam nos trabalhos realizados por mulheres negras, e que as mulheres negras não foram incluídas em tal perspectiva de pensamento.

A seguir, após compreensão do funcionamento de toda a estrutura do sistema de justiça criminal, passa-se, à exposição do HC coletivo 143.641, para entender como se dá, na prática, as implicações discutidas até aqui, de modo a buscar por essas condicionantes, quais sejam, o capitalismo, o patriarcado e o racismo, firmados em decisões judiciais.

4. O *HABEAS CORPUS* COLETIVO 143.641

O *Habeas Corpus* coletivo 143.641 foi impetrado por membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos, com pedido de medida liminar, em favor de todas as mulheres presas preventivamente que ostentassem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade, bem como em nome das próprias crianças.

Assim o fizeram porque, após a entrada em vigor da Lei 13.257/2016, conhecida como Marco Legal da Primeira Infância, a qual alterou o Código de Processo Penal para possibilitar a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar para as gestantes e mães de crianças, o Poder Judiciário, quando provocado para decidir sobre a substituição da prisão, negava o pedido em aproximadamente metade dos casos. A justificativa? “Informaram que as razões para o indeferimento estariam relacionados à gravidade do delito supostamente praticado pelas detidas e também à necessidade de prova da inadequação do ambiente carcerário no caso concreto”.

Ao impetrarem o HC coletivo, os advogados aduziram que tais argumentos não possuíam consistência, tendo em vista que a gravidade do crime não pode ser motivo, por si só, para manutenção da prisão, e que o Supremo Tribunal Federal já havia reconhecido o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro. Assim, o ponto de partida para tal pedido perante o STF é o não cumprimento de lei já existente que previa tal direito. Observaram que a leitura correta da Lei 13.257/2016, para a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, é a de que é desnecessário satisfazer outras condições, senão as expressas na própria lei.

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

[...]

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.

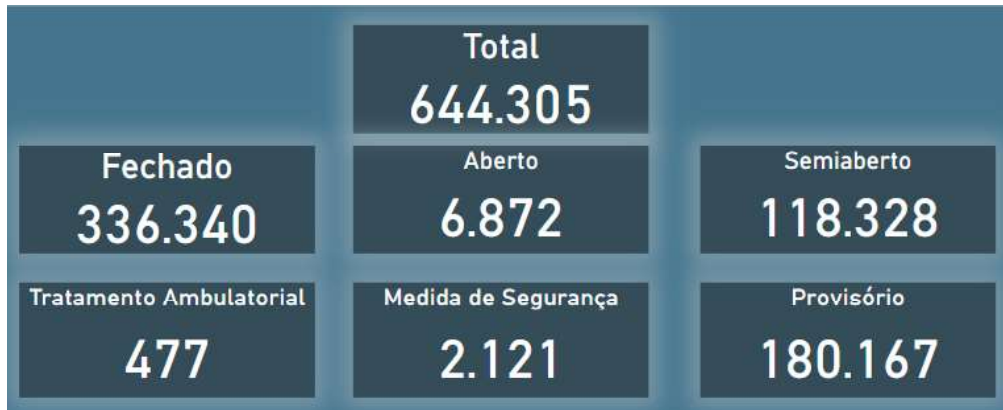
Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

Verifica-se, portanto, que basta que a mulher comprove sua gravidez ou que comprove ser mãe de criança até 12 anos incompletos para ser beneficiada com a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar; diferentemente do caso do homem, que deve, esse sim, comprovar que é o único responsável pelos cuidados do filho ou filha.

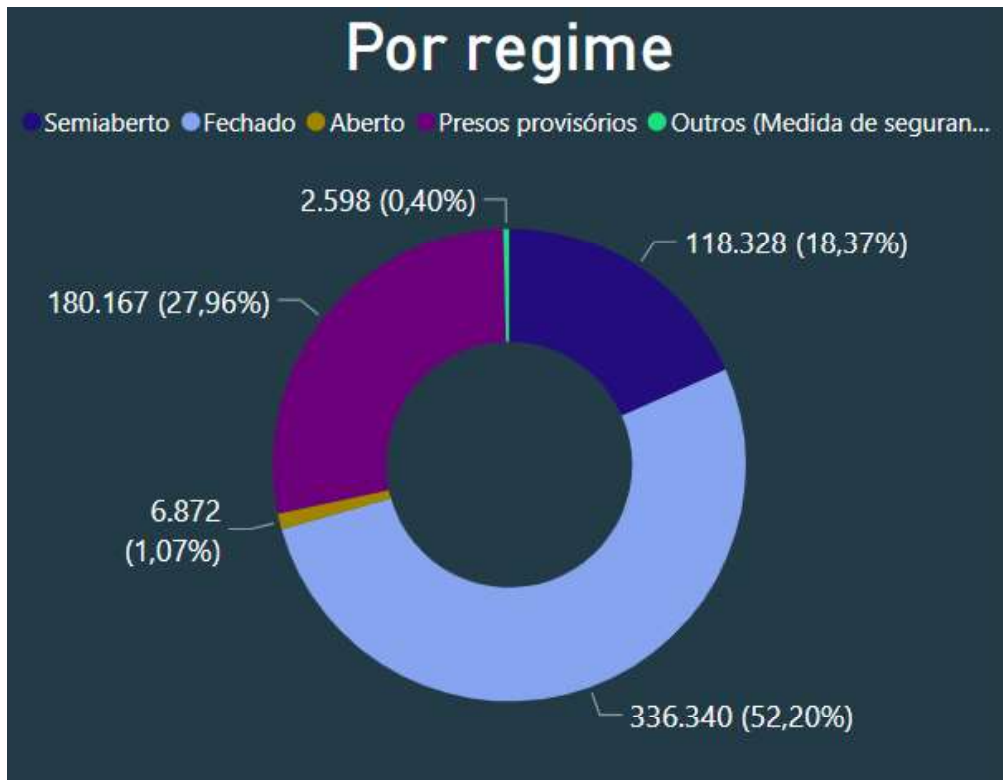
Outra importante fundamentação realizada pelo coletivo de advogados ao impetrarem o HC diz respeito à prisão preventiva. Isso porque o alto número de encarceramento de

peças não sentenciadas resulta na superlotação das penitenciárias e, por sua vez, no quadro de excessivo encarceramento preventivo de mulheres.

São, ao menos, 644.305 pessoas custodiadas em celas físicas das penitenciárias estaduais do país, sendo 336.340 sob o regime fechado, ou seja, pessoas condenadas, seguido pelo número de 180.167 pessoas em regime de prisão provisória, ou seja, pessoas que não foram julgadas e ocupam vagas nos estabelecimentos prisionais.



Fonte: SISDEPEN – Sistema Nacional de Informações Penais.



Fonte: SISDEPEN – Sistema Nacional de Informações Penais.

No Espírito Santo há 23.581 pessoas vinculadas ao sistema de justiça criminal. Presos em celas físicas são 22.702 pessoas, das quais 10.938 foram condenadas e estão sob o regime de cumprimento de pena fechado, enquanto 7.136 pessoas estão custodiadas em regime

provisório, o que representa, respectivamente, 48,18% e 31,43% da população prisional estadual.

| | | | | |
|--------------------------------|----------------------------|---------------|-------------------|--|
| | | Total | | |
| | | 22.702 | | |
| Fechado | Aberto | | Semiaberto | |
| 10.938 | 0 | | 4.569 | |
| Tratamento Ambulatorial | Medida de Segurança | | Provisório | |
| 0 | 59 | | 7.136 | |

Fonte: SISDEPEN – Sistema Nacional de Informações Penais.



Fonte: SISDEPEN – Sistema Nacional de Informações Penais.

Quase 1/3 da população carcerária é composta por pessoas não sentenciadas, ou seja, não condenadas, mas que pagam por uma pena que pode ou não existir. Assim,

citaram casos graves de violações dos direitos das gestantes e de seus filhos, e realçaram que esses males poderiam ser evitados, porque muitas das pessoas presas preventivamente no Brasil são, ao final, absolvidas, ou têm a pena privativa de liberdade substituída por penas alternativas.

A falta de estrutura física para atender às mulheres e crianças nos estabelecimentos prisionais foi ponto de fundamentação do pedido.

Arguiram que, embora a Lei de Execução Penal (LEP) determine como obrigatória, nos estabelecimentos penais, a presença de instalações para atendimento a gestantes e crianças, essas disposições legais vêm sendo sistematicamente desrespeitadas.

A prisão preventiva confina mulheres grávidas em estabelecimentos prisionais precários e constitui tratamento desumano, cruel e degradante, que infringe os postulados constitucionais relacionados à individualização da pena, à vedação de penas cruéis e, ainda, ao respeito à integridade física e moral da presa. Isto porque, esse confinamento lhes subtrai tanto o acesso a programas de saúde pré-natal e a assistência regular na gestação e no pós-parto, quanto priva as crianças de condições adequadas ao seu desenvolvimento. Por conseguinte, destacaram os seguintes princípios: o direito à vida, que deveria ser seguido, e o direito de punir, que deveria ser mitigado, uma vez que é inadmissível que as pessoas cumpram pena em regime mais gravoso; a intranscendência, visto que a pena não pode passar da pessoa do condenado; e a primazia dos direitos da criança, a qual devia ser prioridade.

O *habeas corpus* coletivo 143.641 foi julgado em 20 de fevereiro de 2018 e concedeu a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), enquanto perdurar a condição. Para o ECA, são consideradas crianças os menores com até 12 anos incompletos.

A ordem foi parcialmente concedida, visto que ainda poderiam ser aplicadas, concomitantemente à prisão domiciliar, as medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

- 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 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.

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

E também foram previstas exceções. Ficou expressamente proibida a aplicação da prisão domiciliar quando: 1. o crime for praticado mediante violência ou grave ameaça; 2. contra descendentes e 3. em situações excepcionalíssimas. As situações excepcionalíssimas deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício. Percebe-se, então, que duas das três proibições são objetivas, ou seja, não cabe interpretação. Desse modo, quando o crime envolve violência ou grave ameaça, ou é praticado contra descendente, é vedada a substituição da prisão preventiva pela domiciliar sem qualquer outra análise. Já a situação excepcionalíssima é uma proibição de cunho subjetivo, uma vez que cabe ao magistrado julgar o que seria uma situação excepcional.

Assim, se existiam dúvidas acerca da interpretação do “poderá” do *caput* do artigo 318 do CPP, que, uma vez comprovado os requisitos necessários, deveria ser entendido como “deverá”, estas foram sanadas com a decisão do STF no julgamento HC 143.641 ao realizar as previsões expressas dos casos de indeferimento do pedido.

Os casos de reincidência também foram objetos da decisão.

Quando a detida for tecnicamente reincidente, o juiz deverá proceder em atenção às circunstâncias do caso concreto, mas **sempre tendo por norte os princípios e as regras acima enunciadas, observando, ademais, a diretriz de excepcionalidade da prisão**. Se o juiz entender que a prisão domiciliar se mostra inviável ou inadequada em determinadas situações, poderá substituí-la por medidas alternativas arroladas no já mencionado art. 319 do CPP (grifo meu).

Resta claro, portanto, que a reincidência não exclui a possibilidade de substituição da prisão. Pelo contrário, deve-se considerar o caso concreto, atentando-se sempre aos princípios e diretrizes que recomendam a prisão em última *ratio*.

Sobre o crime de tráfico de drogas, deixou claro:

Outro dado de fundamental interesse diz respeito ao fato de que 68% das mulheres estão presas por crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes, delitos que, na grande maioria dos casos, não envolvem violência nem grave ameaça a pessoas, e cuja repressão recai, não raro, sobre a parcela mais vulnerável da população, em especial sobre os pequenos traficantes, quase sempre mulheres, vulgarmente denominadas de “mulas do tráfico” (SOARES, B. M. e ILGENFRITZ, I. *Prisioneiras: vida e violência atrás das grades*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002). **Nesses casos, quase sempre, como revelam os estudos especializados, a prisão preventiva se mostra desnecessária, já que a prisão domiciliar prevista no art. 318 pode, com a devida fiscalização, impedir a reiteração criminosa** (grifo meu).

Destaco, ainda, trecho em que valida a fala da mãe. Afirma o relator que, para apuração da situação da mãe como guardiã dos filhos, deve-se dar credibilidade à palavra dela, de modo que, apenas quando se tratar de caso de suspensão ou destituição do poder familiar por motivos diversos à prisão é que a benesse da substituição da prisão preventiva pela domiciliar não pode ser aplicada.

Para apurar a situação de guardiã dos filhos da mulher presa, dever-se-á dar credibilidade à palavra da mãe. Faculta-se ao juiz, sem prejuízo de cumprir, desde logo, a presente determinação, requisitar a elaboração de laudo social para eventual reanálise do benefício. Caso se constate a suspensão ou destituição do poder familiar por outros motivos que não a prisão, a presente ordem não se aplicará.

No fim de seu voto, enfatizou o relator que “cabe ao Judiciário adotar postura ativa ao dar pleno cumprimento a esta ordem judicial”.

4.1 Da análise dos recursos julgados pelo TJES

O objetivo da pesquisa é verificar o posicionamento adotado pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo - TJES a respeito da concessão da prisão domiciliar após do julgado federal de 2018, bem como analisar os motivos, fundamentações e argumentos utilizados para negar os pedidos.

Tendo em vista que o HC coletivo 143.641 foi julgado pelo STF em fevereiro de 2018, delimitou-se, para a realização da pesquisa, o período de fevereiro de 2018 a dezembro de 2022; e utilizou-se o termo “HC 143641” para pesquisar os recursos no site do TJES.

Se constatou o total de 20 recursos como resultados do termo pesquisado “habeas corpus 143641”. Foram impetrados 14 recursos como sendo HC e 6 de agravo na LEP, todavia, 3 dos 14 recursos impetrados como sendo de HC, na verdade, possuem conteúdo de agravo e, por esse motivo, foram analisados com os demais recursos de agravo na LEP. A análise se dividiu, portanto, em 11 recursos de HC e 9 de agravo na LEP.

A primeira etapa dessa pesquisa consistiu em levantamento de dados, sendo eles: o número do processo; o(a) relator(a); o órgão julgador; a autoridade coatora; o ato coator; a data do julgamento; a data da publicação; o crime; o pedido formulado; a fundamentação do pedido; se a mulher presa foi defendida por advogado(a) particular ou assistida pela Defensoria Pública; se teve manifestação do Ministério Público e em qual sentido; o voto do relator; o voto dos demais desembargadores e a decisão final.

Cumpra-se destacar que em alguns julgados há mais de um pedido, ou mais de uma alegação, como p. ex., excesso de prazo e ausência de requisitos autorizadores para a prisão preventiva. O trabalho, todavia, para cumprir com o objetivo proposto, irá ater-se ao que se refere à prisão domiciliar, sendo, portanto, os demais pedidos e fundamentações desconsiderados. Do mesmo modo, os julgados abaixo não estão na íntegra; foram trazidas somente as partes consideradas pertinentes para a realização da análise.

A ordem de análise se deu conforme a semelhança dos julgados e das fundamentações para a decisão. Assim, primeiro, analisar-se-á as decisões semelhantes de *habeas corpus* e, posteriormente, as de agravo na LEP.

O TJES possui duas câmaras criminais. À época dos julgamentos, compunham a Primeira Câmara Criminal: Pedro Valls Feu Rosa, Elisabeth Lordes, Marcelo Menezes Loureiro e Julio Cesar Costa de Oliveira; e a Segunda: Adalto Dias Tristão, Fernando Zardini Antônio e Ezequiel Turibio.

| <i>Tabela 1: julgados em ordem cronológica.</i> | | | | | |
|---|------------|----------------|----------------------|-------------------|------------------------|
| | Ano | Recurso | Crime | Relator(a) | Voto |
| 01. | 2018 | HC | Tráfico e associação | Julio Cesar | Negado |
| 02. | 2018 | HC | - | Elisabeth | Concedido |
| 03. | 2018 | HC | Roubo | Pedro | Negado |
| 04. | 2018 | Agravo na LEP | Tráfico e associação | Elisabeth | Negado |
| 05. | 2019 | HC | Tráfico e associação | Marcelo | Negado |
| 06. | 2019 | HC | Tráfico e associação | Elisabeth | Negado |
| 07. | 2019 | HC | Tráfico e associação | Ezequiel | Negado |
| 08. | 2019 | HC | Tráfico e associação | Pedro | Negado |
| 09. | 2019 | HC | Tráfico | Pedro | Negado |
| 10. | 2019 | HC | Tráfico e associação | Pedro | Negado |
| 11. | 2019 | HC | Tráfico | Julio Cesar | Concedido (manutenção) |
| 12. | 2019 | Agravo na LEP | Tráfico | Elisabeth | Negado |
| 13. | 2019 | HC | Tráfico | Marcelo | Negado |
| 14. | 2020 | HC | Tráfico | Pedro | Negado |
| 15. | 2020 | HC | Tráfico | Elisabeth | Negado |
| 16. | 2020 | HC | Tráfico | Pedro | Negado |
| 17. | 2021 | Agravo na LEP | - | Fernando | Negado |
| 18. | 2021 | Agravo na LEP | - | Adalto | Negado |
| 19. | 2021 | Agravo na LEP | - | Fernando | Negado |
| 20. | 2022 | Agravo na LEP | - | Adalto | Negado |

Fonte: Elaborado pela autora. Fontes dos dados: recursos extraídos do site TJES.

| <i>Tabela 2: Artigos e definições das infrações penais praticadas pelas mulheres neste trabalho.</i> | | | | |
|--|---------------|---------------------------|---|------------------------------------|
| Lei | Artigo | Infração Penal | Definição Legal | Violência e/ou grave ameaça |
| 11.343/06 Drogas | Art. 33 | Tráfico | Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: | Não |
| 11.343/06 Drogas | Art. 35 | Associação para o tráfico | Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei: | Não |
| 2.848/40 Código Penal | Art. 157 | Roubo | Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: | Sim |

Fonte: Elaborado pela autora. Fontes dos dados: Lei de drogas (11.343/06) e Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40).

4.2 Descrição das decisões de *habeas corpus*

Concedido – Crime sem violência (tráfico)

| | |
|-------------------|---|
| Recurso 11 | Habeas Corpus |
| Nº | 0012217-18-2019.8.08.0000 |
| Data | 31/07/2019 |
| Local | Conceição da Barra – 2ª vara criminal |
| Crime | Tráfico de drogas |
| Defesa | Advogado |
| Relator | Julio Cesar Costa de Oliveira |
| Voto | Concedido para manter a prisão domiciliar |

A paciente responde por crime de tráfico de drogas. Policiais efetuaram apreensão de droga, “que observaram quando a droga foi lançada para a casa vizinha”, e de objetos para a produção e embalagem de drogas. A defesa requereu a concessão da prisão domiciliar, com base no art. 318, inc. III do CPP e entendimento do STF no HC 143.641. A Procuradoria opinou pela denegação do pedido.

O Desembargador relator, Julio Cesar Costa de Oliveira, com base no ofício encaminhado pelo C. STJ, no qual foi concedida parcialmente a liminar no HC impetrado perante aquela Corte, substituindo a prisão preventiva por domiciliar, reputou que deveria ser concedida parcialmente a ordem, nos termos do que restou decidido pelo Colendo STJ, ainda

que em sede liminar o pedido tenha sido rejeitado e que não seja este o entendimento seguido pelo Gabinete.

Destacou que a decisão do STF tem o objetivo de proteger as crianças, no que se refere ao seu bem-estar físico e psíquico, e explicou que “o entendimento desta Câmara tem sido no sentido de indeferir a prisão domiciliar quando às peculiaridades dos fatos demonstram que o crime de tráfico de drogas foi praticado na presença dos filhos, expondo os menores a grande risco”.

Porém, destacou a decisão liminar proferida pelo Exmo. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, no HC 514.019/ES, e observou que pela Corte Superior foi adotada interpretação diversa do que foi decidido pelo STF no HC coletivo, decidindo que a paciente não era alcançada por nenhuma das exceções legais e jurisprudenciais, fazendo jus, portanto, ao benefício da prisão domiciliar, “uma vez que não há notícia de emprego de violência ou de grave ameaça nem da prática do delito contra seus descendentes”.

Assim, para evitar “desnecessário prolongamento da questão”, entendeu pela aplicação do que restou decidido pelo STJ, uma vez que “não há razão para seguir o entendimento desta 1ª Câmara Criminal e, posteriormente, ser alterado quando do julgamento do mérito por aquela Corte”. À unanimidade, pedido foi concedido em partes pela Primeira Câmara Criminal do TJES.

Ressalto que o entendimento adotado pelo STJ é no mesmo sentido que o HC coletivo, uma vez que, não sendo o crime praticado contra descendente ou com o emprego de violência ou grave ameaça, regra geral, a presa faz jus à benesse da substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

Negado – Crime com violência (roubo)

| | |
|------------------|-----------------------------|
| Recurso 3 | Habeas Corpus |
| Nº | 0018664-56.2018.8.08.0000 |
| Data | 31/10/2018 |
| Local | Vitória – 10ª vara criminal |
| Crime | Roubo qualificado |
| Defesa | Defensora Pública |
| Relator | Pedro Valls Feu Rosa |
| Voto | Negado |

Sustentou a defesa que a paciente é mãe de criança menor de 12 anos, o que justificaria a concessão da prisão domiciliar em virtude do julgamento do HC 143.641 pelo STF.

Na audiência de custódia, a juíza decretou a prisão preventiva da paciente em virtude de crime praticado com uso de arma e ameaça contra a pessoa, e evidenciou a necessidade da custódia para resguardar a ordem pública, uma vez que “a conduta é considerada grave e abala de modo substancial a paz pública diante da maneira de execução do crime, demonstrando ser dotado de alta periculosidade.”

Argumentou o relator, Desembargador Pedro Valls Feu Rosa, que, de acordo com a decisão da magistrada, “a prisão da paciente se justificaria na necessidade de garantia da ordem pública pela periculosidade em concreto da conduta dos agentes, tendo cometido o crime no interior de veículo de transporte público, em concurso de pessoas e com uso de arma”.

Sobre o fato de ser mãe, assegurou que “a condição de mãe de filho menor de 12 (doze) anos não garante, automaticamente, o direito à prisão domiciliar”. Desse modo, ponderou que “o pedido merece indeferimento porque, no caso, há acusação por crime praticado mediante violência (CP, art. 157, § 2º, II)”.

De fato, nesse caso, o crime praticado, qual seja, roubo, se dá mediante violência ou grave ameaça, e constitui uma das duas impossibilidades objetivas da substituição da prisão preventiva pela domiciliar: 1. crime praticado mediante violência ou grave ameaça; 2; crime praticado contra descendentes. A terceira vedação se dá de forma subjetiva, uma vez que fica a critério do julgador: 3. casos excepcionalíssimos.

À unanimidade, o recurso foi negado pela Primeira Câmara Criminal do TJES.

Negados – Crimes sem violência (tráfico e associação para o tráfico)

| | |
|------------------|----------------------------------|
| Recurso 1 | Habeas Corpus |
| Nº | 0005119-16.2018.8.08.0000 |
| Data | 18/04/2018 |
| Local | Marilândia – Vara única |
| Crime | Arts. 33 e 35 da Lei 11.343/2006 |
| Defesa | Advogada |
| Relator | Julio Cesar Costa de Oliveira |
| Voto | Negada |

A defesa alegou que a paciente não praticou crime de violência ou grave ameaça e que, sendo mãe de duas crianças, uma de 2 anos e outra de 4 anos, preenche os requisitos para a concessão da prisão domiciliar.

Acerca do crime, foi informado que a paciente, junto com seu irmão e um com terceiro, **“guardava e comercializava maconha e crack dentro de sua casa, com**

estabilidade e permanência”, e que, em esfera policial, a própria paciente confessou que traficava dentro de casa, atendendo a usuários que chegavam à sua porta.

A configuração concreta da atividade ilícita praticada fica demonstrada no depoimento do companheiro da paciente:

(...) que quando chegavam usuários de drogas na casa do declarante chamando por JOÃO este chamava LORRAINE para **rápida conversa em particular** e logo era **ela quem saía de casa** para atender os usuários de droga, **voltava para o interior da residência, conversava novamente em particular** com JOÃO, após **ia até um cômodo externo da casa**, onde são guardados pertences velhos, e **depois novamente ia até o usuário de droga que permanecia em frente a casa do declarante**; que **essa situação acontecia várias vezes ao dia, noite e madrugada**; que várias pessoas disseram para o declarante que LORRAINE e JOÃO estavam comercializando drogas ilícitas na casa do declarante; que diante dessa situação o declarante está em processo de separação de LORRAINE (grifo meu).

Destaquei os seguintes trechos acima para evidenciar que a rotina de traficância, em nenhum momento, apresentou violência para a criança, uma vez que a mãe, suposta traficante, sempre que praticara a atividade ilícita, conversava em particular com os envolvidos, bem como realizava a entrega do produto do lado de fora de sua casa, o qual armazenava também em cômodo externo da residência. A configuração concreta fica constatada no depoimento quando é afirmado que a situação descrita acontecia diversas vezes durante todo o dia. Ou seja, é uma regra e não exceção, a realização da atividade ilícita ocorrer sempre longe da criança.

No voto, o Desembargador Relator, Julio Cesar Costa de Oliveira, destacou “que a decisão do Supremo tem como objetivo proteger as crianças, pensando em seu bem-estar físico e psíquico”, e que, no caso, “**a própria paciente criou** para os seus filhos o **risco social** – a efetiva **guarda e comercialização** de drogas **dentro de sua própria casa, à frente dos menores**”; concluindo que “a conduta da paciente, portanto, vai contra ao seu dever de mãe”. Alegou que a paciente não fez prova da sua imprescindibilidade no cuidado das crianças, pois o pai dos menores, que tem trabalho formal, está cuidando das crianças.

Por fim, fundamentou seu voto com base na exceção, em virtude da situação excepcionalíssima, e negou o pedido de prisão domiciliar, como se vê:

Diante do exposto, presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva da paciente previstos no art. 312 e 313 do CPP, e tratando-se de situação excepcionalíssima que não se aplica o entendimento do Supremo Tribunal Federal no HC 143641, entendo que deve ser **DENEGADA a ordem pretendida**.

Os demais desembargadores seguiram o voto do relator. Assim, à unanimidade, o recurso foi conhecido, mas negado provimento pela Primeira Câmara Criminal do TJES.

| | |
|------------------|------------------------------------|
| Recurso 5 | Habeas Corpus |
| Nº | 0036992-34.2018.8.08.0000 |
| Data | 20/02/2019 |
| Local | Serra – 4ª vara criminal |
| Crime | Artigos 33 e 35 da Lei 11.343/2006 |
| Defesa | Não foi possível identificar. |
| Relator | Marcelo Menezes Loureiro |
| Voto | Negado |

A paciente é mãe de criança de 03 anos de idade, e o pai é corréu no mesmo processo em que respondem por tráfico e associação para o tráfico. No interior da residência do casal foram apreendidos 270 pinos de cocaína, 04kg de cocaína, 02kg de crack, 30kg de maconha, 02 balanças de precisão e outros insumos, como cafeína e ácido bórico, e 01 munição calibre 32.

A defesa afirmou que a paciente é mãe de criança menor de 12 anos de idade, o que justifica a concessão da prisão domiciliar em virtude do HC 143.641.

Na decisão de primeiro grau que indeferiu o pedido da concessão, argumentou-se pela não aplicação do benefício ao caso concreto e pela ausência de comprovação da maternidade de menor de 12 anos. Frisou que mesmo com a comprovação da maternidade, colecionando aos autos cópia da certidão de nascimento da criança, se faz necessária a apreciação do caso concreto. Ponderou pela reincidência, uma vez que a paciente responde outra ação penal por tráfico de drogas em Aracruz/ES, bem como por terem sido as substâncias entorpecentes encontradas em sua residência, “havendo inclusive, na oportunidade, um tabuleiro com “pó de crack” secando no quintal”. Considerou o ambiente inadequado para o menor, se referindo que “não deva ser o mais saudável”. Por fim, não vislumbrou qualquer mudança desde a decretação da preventiva, dada em flagrante, considerando presente os requisitos para a manutenção da prisão cautelar.

Em segundo grau, o Desembargador Relator, Marcelo Menezes Loureiro, afirma que, conforme a decisão anterior, “a prisão da paciente se justificaria na necessidade de garantia da ordem pública pela periculosidade em concreto da conduta dos agentes, que praticavam a traficância em sua residência”. Ressalta a “grande quantidade de substâncias entorpecentes encontradas no imóvel” e os materiais encontrados, e reforça a ocorrência da atividade ilícita na residência. Por conseguinte, considerou que “as circunstâncias delineadas pelos documentos que instruem o presente demonstram a necessidade da manutenção da segregação cautelar da paciente, evidenciando-se que não havia, sequer, zelo em resguardar as crianças que ali residiam da atuação criminosa”.

Entendeu o desembargador relator que a paciente não faz jus ao benefício da prisão domiciliar, uma vez que se “deve levar em conta não somente o requisito de maternidade de filho menor de 12 anos, mas também as peculiaridades do caso”.

Trouxe o julgado da Quinta Turma do STJ, que “posicionou-se no sentido de que a prática da traficância dentro da residência da paciente, expondo seus filhos aos riscos inerentes a tais atividades é fundamento idôneo para a manutenção da prisão preventiva”:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRISÃO DOMICILIAR. IMPOSSIBILIDADE. SITUAÇÃO EXCEPCIONALÍSSIMA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] 4. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial (art. 317 do Código de Processo Penal). 5. Não será deferida a prisão domiciliar, mesmo diante do preenchimento dos requisitos objetivos, nas seguintes hipóteses: "(...) os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionálíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício". 6. In casu, conforme consta, os ilícitos imputados à paciente eram praticados de dentro da residência da paciente, onde morava com seus filhos, expondo diretamente as crianças aos deletérios da prática ilícita, configurando, dessa forma, situação excepcionálíssima apta a impedir a substituição da prisão preventiva por domiciliar. Precedentes. 7. Inexiste, portanto, constrangimento ilegal a ser reparado, de ofício, por este Superior Tribunal de Justiça. 8. Habeas corpus não conhecido. (HC 464.859/PB, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 19/12/2018).

Assentou que o preenchimento da condição de mãe de menor de 12 anos não autoriza a concessão automática do pedido, “porque necessária a observância das balizas fixadas pelo Supremo Tribunal Federal no HC 143.641/SP”.

O MP também opinou pela denegação da ordem. À unanimidade, o recurso foi negado pela Primeira Câmara Criminal do TJES.

| | |
|------------------|--|
| Recurso 6 | Habeas Corpus |
| Nº | 0001295-15.2019.8.08.0000 |
| Data | 27/02/2019 |
| Local | Cachoeiro de Itapemirim – 1ª vara criminal |
| Crime | Arts. 33 e 35 da Lei 11.343/06 |
| Defesa | Advogada/o |
| Relatora | Elizabeth Lordes |
| Voto | Negado |

A paciente responde pelo crime de tráfico e associação para o tráfico. É mãe de duas crianças, uma de 1 e outra de 8 anos, e está grávida.

A Relatora, Elizabeth Lordes, após análise dos autos, entendeu “que os documentos apresentados e os argumentos apontados pela paciente não são suficientes à concessão da ordem pretendida”, e destacou:

Não obstante, cumpre destacar que perfilho do entendimento de que a suposta alteração legislativa não afastou por completo o entendimento jurisprudencial firmado pela mais alta Corte deste País no julgamento do HC nº 143641, quando estabeleceu algumas **exceções** para a concessão da pretendida benesse.

Colecionou, ainda, parte da decisão proferida pelo Ministro Ricardo Lewanowski, em Reclamação nº 32.579, a qual transcrevo:

Nos casos de reincidência, faz-se necessário consignar que, embora exija-se cautela do magistrado na análise dessa circunstância, deverá o julgador proceder em atenção às circunstâncias do caso concreto, mas sempre tendo por norte os princípios e as regras acima enunciadas, **observando, ademais, a diretriz de excepcionalidade da prisão. Ou seja, em princípio, essa situação não afasta a regra de substituição da prisão preventiva pela domiciliar** (grifo meu).

Assim, destacou que a paciente é reincidente específica em crime de tráfico de drogas, e que as crianças não estão desamparadas, uma vez que ela afirmou, ainda na delegacia, que seus filhos são cuidados por outras pessoas, sendo um pela sua mãe, e outro pela sua sogra. No mais, relatou que, conforme um depoimento prestado por outrem, “**há indícios de que a paciente foi presa em flagrante na sua própria residência, na posse das drogas apreendidas**”.

A relatora considerou que o comportamento da paciente, “além de atingir frontalmente o meio social, indubitavelmente configura uma péssima e deletéria influência sobre a formação do caráter de seus filhos, merecendo os menores a proteção constante no art. 227 da CF”.

No que se refere ao estado gravídico, transcreveu o que sustentou o magistrado de primeiro grau, de que “não há prova idônea da existência de risco ou dificuldade da unidade prisional em prestar os cuidados devidos à paciente”.

Foi possível observar, ainda, que o magistrado de primeiro grau usou em sua fundamentação o autor Guilherme de Souza Nucci, no qual, em seu livro Código de processo penal comentado, considera que:

O acusado que pretenda o benefício, haverá de demonstrar, claramente, o seu vínculo com a criança e, em particular, os cuidados especiais e imprescindíveis a ela destinados. Não basta juntar aos autos a certidão de nascimento, provando a paternidade ou maternidade; há que se demonstrar a tutela existente.

A Desembargadora levou em consideração a particularidade do caso e não entendeu pelo deferimento da prisão domiciliar sob as justificativas apresentadas, quais sejam, de que é mãe de duas crianças menores de 12 anos e de que está grávida.

Fez, também, menção à reincidência específica da paciente, de modo que considerou “necessário o seu acautelamento como garantia da ordem pública, mostrando-se outras medidas cautelares inadequadas”.

À unanimidade, o pedido foi negado pela Primeira Câmara Criminal do TJES.

| | |
|------------------|---|
| Recurso 7 | Habeas Corpus |
| Nº | 0001663-24.2019.8.08.0000 |
| Data | 03/04/2019 |
| Local: | Aracruz – 1ª vara criminal |
| Crime | Artigos 33, caput, e 35, c/c, 40, VI, da Lei nº 11.343/06 |
| Defesa | Não foi possível identificar |
| Relator | Ezequiel Turibio |
| Voto | Negado |

Alegou a defesa que a prisão cautelar é ilegal pois a paciente possui 02 filhos menores de 12 anos e 02 filhos menores de 18 anos, e faz jus à substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, nos termos do entendimento firmado pelo STF no julgamento do HC nº 143.641.

Consta da denúncia que a paciente, junto a outros denunciados, contando com o auxílio de dois adolescentes, traziam consigo e transportavam, no interior de um veículo, 273 pinos de cocaína e 190 pedras de crack. A polícia militar recebeu denúncia anônima e realizou cerco, quando encontrou as drogas que foram apreendidas.

A decisão de primeiro grau que indeferiu o pedido da paciente, o fez

com base no fato de que há indicativos da suposta prática por parte da paciente, [...] de crime em face de uma de suas filhas [...] que possui 13 (treze) anos de idade, a qual se encontra grávida do adolescente, [...] sendo que os denunciados, cientes de tal relacionamento, nada fizeram para evitar a prática desse suposto ato infracional análogo ao crime de estupro.

O indeferimento do pedido também se deu pelo fato da “situação excepcionalíssima” do caso, em virtude da “grande quantidade de drogas altamente nocivas apreendidas”.

Assim, observou “que a prisão está, a princípio, devidamente fundamentada na necessidade da garantia da ordem pública, na conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal”. Destacou os fundamentos que embasaram a decisão do juiz de primeiro grau, sendo eles: “(i) a natureza e a quantidade da droga apreendida, (ii) a associação para a prática reiterada do crime de tráfico de drogas, (iii) assim como a

participação de adolescentes no crime”. Colecionou, ainda, jurisprudência do STJ, na qual verificou a pertinência do entendimento adotado:

(...) 3. No caso, a custódia cautelar do paciente encontra-se suficientemente fundamentada, eis que, quando da prisão em flagrante, foram apreendidos 348,3 gramas de maconha, 105,5 gramas de cocaína e 12,8 gramas de crack, o que, na medida em que indica a gravidade em concreto da conduta delituosa, justifica a segregação cautelar para garantia da ordem pública, consoante pacífico entendimento desta Corte no sentido de que a quantidade, a natureza e a diversidade dos entorpecentes encontrados podem servir de fundamento ao decreto de prisão preventiva. (...). (HC 469.222/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 19/12/2018).

O Desembargador trouxe também o precedente firmado pelo STF com o julgamento do HC coletivo 143.641, para assegurar que o entendimento adotado na decisão proferida “está em consonância com o firmado no referido precedente, no sentido de que situações excepcionálíssimas, como devidamente fundamentado no presente caso, podem justificar a prisão preventiva”.

Por fim, não vislumbrou qualquer ilegalidade e concluiu “que não há outra solução que não seja aderir ao parecer do Ilustre representante do Ministério Público – fls. 327, que opinou pela denegação da ordem de habeas corpus”. À unanimidade, o habeas corpus foi denegado pela Segunda Câmara Criminal do TJES.

| | |
|-------------------|-------------------------------------|
| Recurso 10 | Habeas Corpus |
| Nº | 0012798-33.2019.8.08.0000 |
| Data | 19/06/2019 |
| Local | Baixo Guandu – 2ª vara |
| Crime | Tráfico e associação para o tráfico |
| Defesa | Não foi possível identificar |
| Relator | Pedro Valls Feu Rosa |
| Voto | Negado |

A paciente está presa em virtude de tráfico de drogas. Com ela, foram apreendidas 04 pedras de crack, que alegou ser para uso pessoal. A defesa alegou que a paciente é mãe de 4 crianças menores, de 15, 11, 09 e 01 ano de idade, que estão sendo cuidadas por terceiros, “haja vista ser solteira e não possuir contato com os avós das crianças”, e requereu pela soltura da paciente ou, subsidiariamente, pela substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

O Desembargador Relator, Pedro Valls Feu Rosa, voltou-se à denúncia para recordar os fatos, de onde extraiu-se que, realizando patrulhamento tático motorizado, policiais militares verificaram que a paciente se apresentou nervosa diante da viatura. Os policiais realizaram a abordagem, momento em que a paciente lhes entregou as 04 pedras de crack que

estavam escondidas em seu sutiã. Prosseguindo, foi realizada busca na residência, onde encontraram sacolas de "chup-chup", 1 lâmina de gilette, e um caderno contendo anotações sobre o tráfico de drogas. A paciente estaria envolvida no tráfico com, ao menos, mais 03 pessoas, que foram contratados por ela para venderem drogas, sendo ela a pessoa no comando da atividade ilícita.

Decidiu o relator:

em que pese a paciente tenha comprovado ser mãe de criança menor de 12 anos, entendo que não faz jus à benesse da prisão domiciliar que, de acordo com o precedente firmado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal ao julgar o HC 143.641, deve levar em conta não somente o requisito de maternidade de filho menor de 12 anos, mas também as peculiaridades do caso.

Trouxe o julgado da Quinta Turma do STJ, que “posicionou-se no sentido de que a prática da traficância dentro da residência da paciente, expondo seus filhos aos riscos inerentes a tais atividades é fundamento idôneo para a manutenção da prisão preventiva”:

A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial (art. 317 do Código de Processo Penal). 5. Não será deferida a prisão domiciliar, mesmo diante do preenchimento dos requisitos objetivos, nas seguintes hipóteses: "(...) os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício".6. In casu, conforme consta, os ilícitos imputados à paciente eram praticados de dentro da residência da paciente, onde morava com seus filhos, expondo diretamente as crianças aos deletérios da prática ilícita, configurando, dessa forma, situação excepcionalíssima apta a impedir a substituição da prisão preventiva por domiciliar. Precedentes.7. Inexiste, portanto, constrangimento ilegal a ser reparado, de ofício, por este Superior Tribunal de Justiça.8. Habeas corpus não conhecido. (HC 464.859/PB, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 19/12/2018).

Fundamentou que “o preenchimento da condição prevista no art. 318, CPP, não autoriza a concessão automática da ordem, porque necessária a observância das balizas fixadas pelo Supremo Tribunal Federal no HC 143.641/SP”.

O MP opinou pelo indeferimento do pedido. À unanimidade, o pedido foi denegado pela Primeira Câmara Criminal do TJES.

| | |
|-------------------|-----------------------------|
| Recurso 13 | Habeas Corpus |
| Nº | 0030335-42.2019.8.08.0000 |
| Data | 27/11/2019 |
| Local | Linhares – 1ª vara criminal |
| Crime | Tráfico |
| Defesa | Advogado |
| Relator | Marcelo Menezes Loureiro |

| | |
|-------------|--------|
| Voto | Negado |
|-------------|--------|

A defesa alega que a paciente possui 3 filhos menores, com as idades de 10, 13 e 15 anos, sendo, portanto, imprescindível a sua presença no ambiente familiar para a formação psicossocial das crianças. Requereu, assim, a substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

A paciente é acusada de tráfico de drogas. Ao fundamentar o voto, o desembargador relator, Marcelo Menezes Loureiro, destaca:

[...] além da reiteração delitiva da paciente, não se pode desconsiderar que esta, apesar de ciente da ordem prisional existente contra si, mantém-se foragida da justiça, fazendo pesar sob a mesma a presunção de que almeja se furtrar à aplicação da lei, de modo que, também sob essa ótica, encontra-se justificada a ordem prisional.

Com base nos autos, o relator verificou “que as circunstâncias delineadas pelos documentos que instruem o presente demonstram a necessidade da manutenção da segregação cautelar da paciente”, e trouxe elementos da denúncia para expor que a paciente integra organização criminosa, sendo “companheira amorosa e do crime” de líder do grupo. Assim entendeu, que diante do demonstrado, o precedente do STF “leva em conta não somente o requisito de maternidade de filho, mas também as peculiaridades do caso”.

Trouxe o julgado da Quinta Turma do STJ, que “posicionou-se no sentido de que a prática da traficância dentro da residência da paciente, expondo seus filhos aos riscos inerentes a tais atividades é fundamento idôneo para a manutenção da prisão preventiva”:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRISÃO DOMICILIAR. IMPOSSIBILIDADE. SITUAÇÃO EXCEPCIONALÍSSIMA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] 4. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial (art. 317 do Código de Processo Penal). 5. Não será deferida a prisão domiciliar, mesmo diante do preenchimento dos requisitos objetivos, nas seguintes hipóteses: "(...) os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionálíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício". 6. In casu, conforme consta, os ilícitos imputados à paciente eram praticados de dentro da residência da paciente, onde morava com seus filhos, expondo diretamente as crianças aos deletérios da prática ilícita, configurando, dessa forma, situação excepcionálíssima apta a impedir a substituição da prisão preventiva por domiciliar. Precedentes. 7. Inexiste, portanto, constrangimento ilegal a ser reparado, de ofício, por este Superior Tribunal de Justiça. 8. Habeas corpus não conhecido. (HC 464.859/PB, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 19/12/2018).

Sustentou que a manutenção da prisão preventiva seria necessária para “resguardar a ordem pública, abalada pelas supostas condutas delitivas perpetradas pela paciente, dada sua gravidade concreta, bem como pelo modus operandi nocivo ao ambiente familiar que se encontra”.

Assim, assentou que o preenchimento da condição de mãe de menor de 12 anos não autoriza a concessão automática do pedido, “porque necessária a observância das balizas fixadas pelo Supremo Tribunal Federal no HC 143.641/SP”.

O MP também opinou pela denegação da ordem. À unanimidade, o recurso foi negado pela Primeira Câmara Criminal do TJES.

| | |
|-------------------|-------------------------------|
| Recurso 14 | Habeas Corpus |
| Nº | 0010092-43.2020.8.08.0000 |
| Data | 10/06/2020 |
| Local | Vila Velha – 1ª vara criminal |
| Crime | Tráfico de drogas |
| Defesa | Advogado |
| Relator | Pedro Valls Feu Rosa |
| Voto | Negado |

A defesa argumentou que não estão presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva e que a condição de mãe garante à paciente o direito à prisão domiciliar em virtude do julgamento do HC 143.641 pelo STF.

As informações extraídas da decisão relatam que a paciente foi abordada em local de intenso tráfico na companhia de um adolescente e que com a dupla foram encontradas 13 pedras de substância semelhante a crack e R\$ 10,00. O adolescente, quando ouvido pelos policiais que realizaram a abordagem, indicou que estava no local promovendo o tráfico junto com a paciente.

A paciente foi presa em flagrante, sendo a prisão homologada em audiência de custódia e concedida a liberdade provisória sem fiança, mediante o cumprimento de medidas cautelares. Todavia, a paciente se esquivou do cumprimento do mandado de notificação por quase 02 anos.

Após diversas tentativas de localização da acusada e considerando o parecer ministerial, fora proferida decisão, em 05 de junho de 2019, que determinou a notificação por edital e decretou a prisão preventiva da acusada em razão do descumprimento das medidas cautelares impostas, ressaltada pelo fato de se encontrar em local incerto e não sabido, recusando-se a atender o chamamento judicial.

Destacou o relator que paciente responde a outra ação penal pela prática do crime de tráfico de drogas, e que, pela jurisprudência do STJ, configura fundamento idôneo para manutenção da prisão cautelar.

Quando analisada a concessão da benesse em razão da comprovação de ser mãe de criança menor de 12 anos, entendeu o Relator, Desembargador Pedro Valls Feu Rosa, que a paciente não faz jus, uma vez que o precedente firmado pelo STF deve levar em conta não somente a maternidade, mas também as peculiaridades do caso. Assim fundamentou:

Assentou-se naquele julgamento que a concessão do benefício não é irrestrita, nem o direito absoluto, podendo ser afastada a aplicação do artigo 318, V, do Código de Processo Penal, desde que devidamente fundamentada nas particularidades do caso concreto.

E continuou:

Na formação do precedente citado (HC 143641), a Corte Suprema fez ressalva expressa de inaplicabilidade do entendimento quando as circunstâncias fáticas permitem ao Juiz fundamentar a manutenção da segregação [...]. No caso em análise, a defesa sequer demonstrou previamente que a paciente é a única responsável pelo cuidado com os filhos.

À unanimidade, foi negado provimento ao recurso pela Primeira Câmara Criminal do TJES.

| | |
|-------------------|---------------------------|
| Recurso 15 | Habeas Corpus |
| Nº | 0013082-07.2020.8.08.0000 |
| Data | 12/08/2020 |
| Local | Piúma |
| Crime | Tráfico de drogas |
| Defesa | Advogado |
| Relatora | Elisabeth Lordes |
| Voto | Negado |

Comprovou-se nos autos que a paciente é genitora de 03 (três) infantes, mas argumentou a relatora que o entendimento jurisprudencial firmado pelo STF no julgamento do HC 143.641 estabeleceu algumas exceções para a concessão da prisão domiciliar.

Ao fundamentar o voto, a Desembargadora Relatora, Elisabeth Lordes, entendeu que o processo contém elementos fáticos suficientes para preencher as hipóteses do art. 312 do CPP, e expôs:

a paciente restou presa em flagrante, durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão determinado pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Piúma, tendo sido encontrado em sua residência elevada quantidade de droga, a saber, meio tablete de maconha, embalado em fita marrom, além de outros 3 (três) pedaços grandes, divididos e embalados em plástico transparente e, ainda, outras 33 (trinta e três) buchas, também do mesmo entorpecente,

embaladas, prontas para a venda, conforme auto de apreensão juntado aos presentes autos.

O flagrante foi convertido em prisão preventiva pelo juiz de origem em razão da “gravidade da conduta, evidenciada pela quantidade de entorpecentes apreendidos no momento do flagrante.” Assim, seguiu a mesma linha de raciocínio e não verificou nenhuma ilegalidade a ser sanada, e citou decisão do STJ:

justifica-se a segregação cautelar para garantia da ordem pública, consoante pacífico entendimento desta Corte no sentido de que a quantidade, a natureza e a diversidade dos entorpecentes encontrados podem servir de fundamento ao decreto de prisão preventiva" (RHC n. 110.069/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 13/8/2019).

Complementou com decisões do STJ, considerando que o entendimento da referida corte “tem acertadamente reconhecido que a prática de traficância dentro da residência da paciente, expondo os filhos aos riscos da atividade, configura exceção”. Dentre as quais, destaco uma, que irá se repetir em demais análises:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRISÃO DOMICILIAR. IMPOSSIBILIDADE. SITUAÇÃO EXCEPCIONALÍSSIMA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) 5. Não será deferida a prisão domiciliar, mesmo diante do preenchimento dos requisitos objetivos, nas seguintes hipóteses: "(...) os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício". 6. In casu, conforme consta, **os ilícitos imputados à paciente eram praticados de dentro da residência da paciente, onde morava com seus filhos, expondo diretamente as crianças aos deletérios da prática ilícita, configurando, dessa forma, situação excepcionalíssima apta a impedir a substituição da prisão preventiva por domiciliar.** Precedentes.7. Inexiste, portanto, constrangimento ilegal a ser reparado, de ofício, por este Superior Tribunal de Justiça.8. Habeas corpus não conhecido. (HC 464.859/PB, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 19/12/2018) (grifo meu).

Assim, afastou a prisão domiciliar em virtude da gravidade da conduta da agente, “evidenciada não apenas pela quantidade de drogas apreendidas, mas também pelo contato direto das crianças com a atividade ilícita, já que a apreensão dos entorpecentes e apetrechos vinculados à paciente ocorreu na sua própria residência.”.

À unanimidade, foi negado provimento ao recurso pela Primeira Câmara Criminal do TJES.

| | |
|-------------------|---------------------------|
| Recurso 16 | Habeas Corpus |
| Nº | 0006445-40.2020.8.08.0000 |
| Data | 19/08/2020 |

| | |
|----------------|---|
| Local | Viana – 3ª vara criminal |
| Crime | Artigo 33, c/c artigo 40, III, da Lei 11.343/2006 |
| Defesa | Advogado/a |
| Relator | Pedro Valls Feu Rosa |
| Voto | Negado |

Narra a denúncia que a denunciada foi até a Penitenciária de Segurança Média II – PSME II, em Viana/ES, para visitar seu companheiro. Ao ser submetida à revista eletrônica, detectou-se objeto suspeito introduzido nas suas partes íntimas. Ela trazia consigo 5 buchas de maconha, 10 unidades de folhas de papel seda, 43g de fumo e 3 embalagens pequenas com palitos de fósforos cortados. Ao prestar declarações na delegacia, afirmou que estava transportando os entorpecentes para o seu marido em razão de estar sofrendo ameaças dele. A paciente foi condenada à pena de 07 anos e 07 meses de reclusão, em razão da prática do crime previsto no artigo 33, c/c artigo 40, III, todos da Lei 11.343/2006.

Foi apontado no voto que a paciente é reincidente específica no crime de tráfico de drogas, uma vez que ostenta condenação definitiva anterior em outro processo. Dessa forma, fundamentou:

restam satisfeitos os requisitos autorizadores da prisão preventiva, eis que demonstrados elementos de autoria, materialidade, bem como a necessidade da manutenção da segregação cautelar, em especial diante do fundado risco de reiteração delitiva.

No que se refere ao HC coletivo 143.641, entendeu o Desembargador Relator, Pedro Valls Feu Rosa, que apesar de a paciente ter comprovado ser mãe de criança menor de 12 anos, não faz jus à benesse da prisão domiciliar, uma vez que o precedente firmado pelo STF deve levar em conta não somente a maternidade, mas também as peculiaridades do caso. Assim, fundamentou:

Assentou-se naquele julgamento que a concessão do benefício não é irrestrita, nem o direito absoluto, podendo ser afastada a aplicação do artigo 318, V, do Código de Processo Penal, desde que devidamente fundamentada.

Estudo social foi realizado na residência onde vive a menor, gerando as seguintes informações: a casa onde vive “é simples, porém bem higienizada”; a criança está regularmente matriculada em instituição de ensino, e sendo cuidada pela tia, irmã da paciente. Foi entregue à família auxílio de cesta básica e Termo de Responsabilidade quanto à menor, para que a tia comprove ser a atual responsável pela criança. Assim finalizou o voto: “Por tais elementos, entendo que a filha da paciente não se encontra desassistida. Isso, somado às peculiaridades do caso concreto, em especial tratando-se de reincidente específico, concluo que a paciente não faz jus ao benefício almejado.”.

À unanimidade, foi negado provimento ao recurso pela Primeira Câmara Criminal do TJES.

4.3 Análise dos recursos de *habeas corpus*

Viu-se, por vezes, nas denegações acerca do crime de tráfico de drogas, a argumentação de “exposição da criança à risco social”. Careceu, aqui, de maiores explicações do que entendem os desembargadores por risco social ao qual estaria a criança exposta, momento em que, talvez, pudessem ter trazidos conceitos. Isto porque a prática da traficância em si é configurada pela comercialização de uma mercadoria, que nada mais é do que a entrega de um produto mediante pagamento. O fato de ser uma atividade ilegal não quer dizer que é necessariamente perigosa. Pergunto-me: o que se esperaria encontrar numa casa que, supostamente, é local de traficância, senão drogas? Não se pode interpretar que há violência e/ou que o ambiente é inadequado para a criança, uma vez que encontrar drogas pode caracterizar apenas o crime de tráfico e nada mais; e o crime de tráfico de drogas, destaco mais uma vez, não impede a aplicação da substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

Por vezes, se argumentou também que a condição de mãe não é autorizadora automática para a concessão da benesse, uma vez que se deve levar em conta as balizas fixadas pelo STF no HC coletivo 143.641. Destaco que as balizas fixadas pelo STF são no sentido de dar credibilidade à palavra da mãe da criança, de modo que a ordem fica impedida de ser cumprida apenas nos casos em que a mulher perde o poder familiar por motivo diverso ao qual foi presa, o que não se verificou nos casos de crime de tráfico de drogas analisados. Do mesmo modo, as balizas do STF preconizam pela prisão em último caso, apenas quando insuficientes quaisquer outras medidas.

Outra argumentação encontrada se refere à conduta da traficância sendo contrária ao papel de mãe. O que seria esse papel de mãe? E o que seria caracterizado como imprescindível para comprovar a importância de genitores no desenvolvimento dos filhos? Nesse sentido, enfatizo a construção da imagem de uma mulher criminosa nas decisões analisadas, imagem essa que não se relaciona ao papel de mãe mencionado. Essas mulheres não são vistas como mães justamente por não se encaixarem nesse papel tradicionalmente imposto e aceito. Há uma idealização da pessoa que pode exercer o papel de mãe; e a criminosa não se encaixa nele. Assim, se destrói a imagem da mãe à medida que se constrói a imagem da criminosa. Crime e maternidade, portanto, não se relacionam, de modo que a mãe

idealizada jamais praticaria crimes, bem como uma criminosa não estaria apta a exercer a maternidade.

Para destacar a mãe que é idealizada pela sociedade, cito bell hooks (p. 198), quando trata dos aspectos negativos de romantizar a maternidade, pois acaba-se por reforçar “os principais pilares da ideologia supremacista masculina”.

Isso implica que a maternidade é a vocação mais verdadeira da mulher; que as mulheres que não são mães, cujas vidas podem ficar mais exclusivamente focadas na carreira, no trabalho criativo ou político, estão erradas, pois estão condenadas a viver vidas frustradas no plano emocional. [...] seguindo o que faz a sociedade como um todo, sugerem que ter filhos é *mais* importante e recompensador para uma mulher do que qualquer outra coisa.

A criminosa, portanto, não tem a maternidade como sua “vocação mais verdadeira”, nem mesmo como uma vocação; e assim não se encaixa nesse papel, de modo que passa a ser vista apenas como criminosa, a quem não deve ser dado um benefício por um papel que não exerce – o de mãe.

Foi trazido em um dos julgados a conduta da traficância como sendo “uma péssima e deletéria influência sobre a formação do caráter de seus filhos”. Pergunto-me se a desembargadora faria a mesma consideração sobre a formação do caráter dos filhos se estivesse julgando um caso em que o paciente fosse masculino. Aqui, ao tempo que a relatora desconfigura a maternidade da paciente justamente por não atender aos “critérios” do papel de mãe, acaba por pressupor, a meu ver, que as mulheres são mais responsáveis no desenvolvimento das crianças do que os homens. Nesse sentido, cito bell hooks (p. 205, 206), quando diz que “uma grande quantidade de mulheres continua a achar que deve ficar à frente da criação dos filhos”.

Muito importante destacar que conceder o benefício da substituição da prisão preventiva pela domiciliar não possui objetivo de reforçar o papel de mãe tradicionalmente imposto; é uma questão de necessidade a fim de atender direitos das mulheres e, principalmente, das crianças, até que se supere as mazelas do cárcere e também a idealização do papel de mãe. A respeito, destaco bell hooks (p. 200), que enfatiza a importância da superação, tanto pelas mulheres como pela sociedade, da visão de uma relação única e especial entre mãe e filho em virtude de ser a mulher quem gera o bebê. Isso porque, enquanto assim for vista essa relação – como sendo única e especial – será a mulher a responsável primordial pela criança.

As decisões, portanto, transmitem o entendimento de que as mães são mais responsáveis pelas crianças, de modo a reafirmar o papel de mãe tradicionalmente imposto. O

porém se encontra na descredibilidade da maternidade exercida por essas mulheres, que não são vistas como mães, ou como merecedoras de serem vistas como mães ao ponto de obterem um regime de prisão que as beneficiaria. Conceder um benefício em razão da maternidade para mulheres que não a têm como uma vocação natural e a esfera mais importante de suas vidas seria inadmissível. Dê certo modo, dão a entender que o benefício só poderia ser concedido para aquelas que se encaixam no papel de mãe; mas, se a mulher que se encaixa no papel de mãe é aquela que não pratica crimes, quando, então, seria aplicado tal direito?

Houve, também, argumentações no sentido de desfigurar entendimento firmado pelo Ministro Ricardo Lewanowski em Reclamação nº 32.579, uma vez que foi utilizada para negar pedidos. Essa é uma decisão que, na verdade, configura uma permissão para a concessão da prisão domiciliar em casos de reincidência, pois é clara ao expressar que a reincidência não afasta a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar, e por destacar a necessária observância da excepcionalidade da prisão.

Por fim, destaco um dos argumentos mais presentes nas decisões analisadas: a situação excepcionalíssima. Recordo aqui que as exceções para a aplicação da substituição da prisão preventiva pela domiciliar são três, sendo duas delas objetivas. A única alternativa que configura uma proibição subjetiva é a de situação excepcionalíssima. Para não fugir completamente do que, de fato, é considerado excepcional, trago as definições retiradas do Dicionário Online de Português:

Significado de Excepcionalíssimo

Excepcionalíssimo é uma palavra derivada de excepcional.

Significado de Excepcional
adjetivo

Que é diferente; que não se apresenta igual a: festa excepcional.

Que não é comum, ordinário, simples; incomum: talento excepcional.

Num nível acima; melhor que os demais; excelente: inteligência excepcional.

Que não se encontra dentro dos padrões ou limites considerados normais.

Que precisa de auxílio especializado; cujo quociente de inteligência, *QI*, está abaixo da média ou possui alguma deficiência mental.

substantivo masculino e feminino

Pessoa excepcional; quem precisa de auxílio especializado.

Etimologia (origem da palavra *excepcional*). Do latim *exceptionnel*.

Sinônimos de Excepcional

Excepcional é sinônimo

de: excelente, extraordinário, fabuloso, fenomenal, sensacional, brilhante, inc
omum.

Antônimos de Excepcional

Excepcional é o contrário

de: frequente, comum, ordinário, habitual, normal, regular.

Assim, é possível verificar que o TJES reverteu o entendimento firmado pelo STF para aplicar decisões de acordo com suas percepções e entendimentos. Isto porque, dos 11 casos analisados, 1 único pedido foi concedido e apenas 1 deles possuía um impedimento objetivo para a aplicação da benesse por ter sido o crime cometido mediante violência e grave ameaça – crime de roubo. Restou, portanto, 9 casos que foram negados sob o fundamento da situação excepcionalíssima. Dentre os argumentos utilizados para fundamentar essa “exceção”, encontra-se: a reincidência, a não comprovação da mãe como única cuidadora da criança, a garantia da ordem pública e o julgado da Quinta Turma do STJ, o qual destaco.

A decisão proferida no HC 464.859/PB, julgado em 11/12/2018 e publicado no DJe em 19/12/2018, no qual foi relator o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, da Quinta Turma do STJ, é no sentido de reconhecer a traficância como uma prática que expõe os filhos “aos riscos da atividade”, de modo a configurar, por esse motivo, uma situação excepcionalíssima. Destaco essa decisão para trazer o seguinte questionamento: por que seguir uma jurisprudência do STJ, quando a Corte Maior do país já decidiu anteriormente acerca do assunto? E, do mesmo modo, questiono por que o STJ decidiu diferentemente do que foi entendido pelo STF? Para que servem as instâncias?

Assim, volta-se ao questionamento inicial da análise: o risco social derivado da prática da traficância; e que me leva a repetir que o crime de tráfico de drogas, por si só, ou seja, encontrar drogas e utensílios vinculados ao seu uso e comercialização, não constitui impedimento objetivo para a aplicação da substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

Dessa análise, deriva outro questionamento: como considerar a prática da traficância uma situação excepcional sendo que este é o crime mais praticado dentre as mulheres? A prática da traficância é uma regra, não só para os casos analisados, mas para o encarceramento feminino nacional. Dentre os crimes mais praticados pelas mulheres, estão: tráfico de drogas, com 13.146 incidências registradas; associação para o tráfico, com 2.986 incidências registradas; roubo qualificado, com 2.523 incidências registradas; homicídio qualificado, com 1.711 incidências registradas; homicídio simples, com 1.341 incidências registradas; furto simples, com 1.038 incidências registradas¹⁸.

Viu-se, portanto, que a situação excepcionalíssima nada tem de excepcional e que, na verdade, foi banalizada e se tornou regra. Isto porque se verifica tal argumento em quase todas as decisões analisadas, de modo que excepcionalmente se verifica o que, de fato, deveria ser a

¹⁸ Total de incidências registradas: 757.277, sendo 724.142 masculinas e 33.135 femininas. Informações extraídas do SENAPPEN (Secretaria Nacional de Políticas Penais).

regra: tudo que não seja uma das três exceções – e vimos que o crime de tráfico de drogas não constitui nenhuma das exceções para a não aplicação do benefício, visto que o crime de tráfico de drogas acontece rotineiramente com as mesmas configurações e, portanto, nada tem de excepcional.

4.4 Descrição de outros recursos – Agravo na LEP

Ao realizar a busca com o termo “HC 143641” no site do TJES, verificou-se nos resultados alguns recursos de agravo na LEP que, com base no art. 117 da LEP, pleiteavam pela substituição da prisão definitiva pela domiciliar, ou seja, trata-se de casos de presas condenadas. O trabalho tem como objeto de pesquisa os pedidos de HC, mas se propôs a analisar os demais recursos de agravo na LEP em virtude da relevância e enriquecimento para o trabalho, mas frisa-se que estes recursos não foram objeto de pesquisa.

Inicialmente, destaco que os três primeiros julgados aqui analisados foram interpostos como *habeas corpus*, todavia, trata-se de presas condenadas. Em casos de presas condenadas, o recurso admissível é o agravo em execução penal. Por isso, em virtude das semelhanças dos casos – presas condenadas –, o que resulta em semelhantes fundamentações, esses recursos serão analisados com os demais agravos na LEP.

Concedido

| | |
|------------------|------------------------------|
| Recurso 2 | Habeas Corpus |
| Nº | 0008109-77.2018.8.08.0000 |
| Data | 20/06/2018 |
| Local | João Neiva – Vara única |
| Crime | Não foi possível identificar |
| Defesa | Advogado |
| Relatora | Elizabeth Lordes |
| Voto | Concedido |

A paciente foi condenada a uma pena de 02 anos e 09 meses de reclusão, sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas penas restritivas de direitos. Contudo, perante o juízo da execução, por não contar dos autos endereço fixo da impetrante, de modo que estava em local incerto e não sabido, o magistrado converteu a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, fixando o regime fechado para o cumprimento inicial da pena.

A paciente é mãe de criança de 04 meses, que está sendo amamentada e necessita de seus cuidados. Assegura que atualmente possui endereço certo, bem como se comprometeu a

cumprir todas as imposições necessárias. Destacou que em 21/03/2018 protocolou junto ao magistrado de primeiro grau pedido de conversão da prisão em regime fechado para a prisão domiciliar, todavia, não houve manifestação.

A relatora, Elizabeth Lordes, fez várias menções ao julgado coletivo, no sentido de conceder a prisão domiciliar, das quais destaco:

Ora, é certo que a decisão do Supremo Tribunal Federal tem como âmbito de incidência apenas as mulheres que estão em **prisão provisória**. Contudo, em casos **específicos**, entendo que podemos utilizar os fundamentos daquela decisão para as presas **condenadas**.

Observou que a paciente possui filha menor (com 06 meses no momento da decisão) e ponderou acerca da importância da amamentação, conforme se vê:

De acordo com Sociedade Brasileira de Pediatria, o ideal é que as crianças sejam amamentadas exclusivamente com leite materno pelo menos até o 06 (sexto) mês de vida, em razão das vantagens nutricionais e imunológicas do leite. Ainda, a OMS desde 2001 recomenda que o aleitamento deve ser exclusivo até os 06 (seis) meses da criança. Assim, consoante trecho acima transcrito, entendo que deve ser dada prevalência ao bem-estar da criança e a importância do aleitamento materno na fase de vida da menor.

Fundamentou a Desembargadora Relatora que, uma vez que a pena restritiva de direitos foi convertida em privativa de liberdade em virtude da inexistência de endereço nos autos, e já tendo a paciente juntado cópia de seu comprovante de residência e possuir filha menor em fase de amamentação, entendeu que se tratava de situação excepcional em que os argumentos utilizados pelo STF deveriam ser espelhados.

À unanimidade, a prisão domiciliar foi concedida pela Primeira Câmara Criminal do TJES.

Negados

| | |
|------------------|---|
| Recurso 8 | Habeas Corpus |
| Nº | 0003409-24.2019.8.08.0000 |
| Data | 17/04/2019 |
| Local | Colatina – 1ª vara criminal |
| Crime | Tráfico e associação para o tráfico de drogas |
| Defesa | Não foi possível identificar |
| Relator | Pedro Valls Feu Rosa |
| Voto | Negado |

A paciente foi condenada à pena de 12 anos e 10 meses de reclusão por crimes de tráfico e associação para o tráfico de drogas, com regime inicial de cumprimento de pena sendo o fechado.

Sustenta a defesa que a condição de mãe da paciente justificaria a concessão da prisão domiciliar em virtude do julgamento do HC 143.641 pelo STF.

De acordo com o Desembargador Relator, Pedro Valls Feu Rosa, “as circunstâncias delineadas pelos documentos que instruem o presente demonstram a necessidade da manutenção da segregação cautelar da paciente”. Explicou que o precedente firmado pelo STF “deve levar em conta não somente o requisito de maternidade de filho, mas também as peculiaridades do caso”.

Assim, trouxe o julgado da Quinta Turma do STJ, que “posicionou-se no sentido de que a prática da traficância dentro da residência da paciente, expondo seus filhos aos riscos inerentes a tais atividades é fundamento idôneo para a manutenção da prisão preventiva”, conforme ementa:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRISÃO DOMICILIAR. IMPOSSIBILIDADE. SITUAÇÃO EXCEPCIONALÍSSIMA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] 4. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial (art. 317 do Código de Processo Penal). 5. Não será deferida a prisão domiciliar, mesmo diante do preenchimento dos requisitos objetivos, nas seguintes hipóteses: "(...) os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício". 6. In casu, conforme consta, os ilícitos imputados à paciente eram praticados de dentro da residência da paciente, onde morava com seus filhos, expondo diretamente as crianças aos deletérios da prática ilícita, configurando, dessa forma, situação excepcionalíssima apta a impedir a substituição da prisão preventiva por domiciliar. Precedentes.7. Inexiste, portanto, constrangimento ilegal a ser reparado, de ofício, por este Superior Tribunal de Justiça.8. Habeas corpus não conhecido. (HC 464.859/PB, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 19/12/2018).

Fundamentou que “o preenchimento da condição prevista no art. 318, CPP, não autoriza a concessão automática da ordem, porque necessária a observância das balizas fixadas pelo Supremo Tribunal Federal no HC 143.641/SP”.

O MP opinou pelo indeferimento do pedido. À unanimidade, o pedido foi denegado pela Primeira Câmara Criminal do TJES.

| | |
|------------------|------------------------------|
| Recurso 9 | Habeas Corpus |
| Nº | 0002362-15.2019.8.08.0000 |
| Data | 24/04/2019 |
| Local | Linhares – 1ª vara criminal |
| Crime | Artigo 33 da Lei 11.343/2006 |
| Defesa | Não foi possível identificar |
| Relator | Pedro Valls Feu Rosa |

| | |
|-------------|--------|
| Voto | Negado |
|-------------|--------|

A paciente foi condenada à pena de 8 anos de reclusão em regime inicial fechado por ter praticado o crime de tráfico de drogas. A defesa alegou que a paciente possui filho menor de 6 anos de idade, o que justifica a substituição da preventiva pela domiciliar em virtude do julgamento do coletivo pelo STF.

O Desembargador Relator, Pedro Valls Feu Rosa, destacou que não há elementos que indiquem que a filha da paciente está desassistida e que, analisando os autos, os “documentos que instruem o presente demonstram a necessidade da manutenção da segregação cautelar da paciente”. Explicou que o precedente firmado pelo STF “deve levar em conta não somente o requisito de maternidade de filho, mas também as peculiaridades do caso”.

Trouxe o julgado da Quinta Turma do STJ, que “posicionou-se no sentido de que a prática da traficância, expõe seus filhos aos riscos inerentes a tais atividades é fundamento idôneo para a manutenção da prisão preventiva”, conforme ementa:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRISÃO DOMICILIAR. IMPOSSIBILIDADE. SITUAÇÃO EXCEPCIONALÍSSIMA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] 4. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial (art. 317 do Código de Processo Penal). 5. Não será deferida a prisão domiciliar, mesmo diante do preenchimento dos requisitos objetivos, nas seguintes hipóteses: "(...) os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício". 6. In casu, conforme consta, os ilícitos imputados à paciente eram praticados de dentro da residência da paciente, onde morava com seus filhos, expondo diretamente as crianças aos deletérios da prática ilícita, configurando, dessa forma, situação excepcionalíssima apta a impedir a substituição da prisão preventiva por domiciliar. Precedentes. 7. Inexiste, portanto, constrangimento ilegal a ser reparado, de ofício, por este Superior Tribunal de Justiça. 8. Habeas corpus não conhecido. (HC 464.859/PB, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 19/12/2018).

Fundamentou que “o preenchimento da condição prevista no art. 318, CPP, não autoriza a concessão automática da ordem, porque necessária a observância das balizas fixadas pelo Supremo Tribunal Federal no HC 143.641/SP”. Ponderou que, diante a condenação da paciente, “não seria razoável neste momento revogar a prisão”, de modo que a segregação cautelar estaria justificada na preservação da garantia da ordem pública.

Por fim, trouxe jurisprudência consolidada do STJ:

A prisão preventiva da paciente está suficientemente fundamentada na necessidade de garantia da ordem pública, notadamente para se evitar a

reiteração delitiva, pois ela registra antecedentes criminais, sendo reincidente, o que denota sua periculosidade social.(HC 459.303/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 19/03/2019.

O MP opinou pelo indeferimento do pedido. À unanimidade, o pedido foi denegado pela Primeira Câmara Criminal do TJES.

| | |
|------------------|---------------------------------|
| Recurso 4 | Agravo de Execução Penal |
| Nº | 0007081-66.2018.8.08.0035 |
| Data | 07/11/2018 |
| Local | Vila Velha – 8ª vara criminal |
| Crime | Art. 33 e 35 da Lei 11.343/2006 |
| Defesa | Advogada |
| Relatora | Elizabeth Lordes |
| Voto | Negada |

A agravante foi condenada pelo crime previsto no art. 33 e 35 da Lei 11.343/2006, a uma pena de 06 anos de reclusão, a ser iniciado em regime fechado. É mãe de uma adolescente de 14 anos de idade e de um menino de 11 anos, o qual possui retardo mental e necessita de cuidados constantes. A mãe da agravante é pessoa idosa e presta cuidado ao pai da agravante, que é cadeirante. Diante da fragilidade do cuidado familiar, busca a concessão da prisão domiciliar, com base no do art. 117 da Lei de Execuções Penais.

Acerca do HC coletivo 143.641, a relatora, Desembargadora Elizabeth Lordes, não desconheceu da decisão, mas esclareceu que “o julgado teve como o âmbito de discussão apenas **as presas preventivas**, não conferindo igual direito às presas em execução de pena”.

Por sua vez, o art. 117 da LEP prevê a concessão da prisão domiciliar para presos em regime aberto. No caso, a agravante encontra-se em regime semiaberto.

A relatora reconheceu, ainda, as decisões do STJ nas quais têm concedido a prisão domiciliar aos que se encontram em regime diverso do aberto, contudo, ponderou se tratar de situações excepcionalíssimas, caso em que a parte deve comprovar a imprescindibilidade da medida. Vejamos:

EXECUÇÃO PENAL - HABEAS CORPUS - IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL - IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA - INDULTO ESPECIAL DO DIA DAS MÃES - DECRETO Nº 14.454/2017 - CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE DROGAS, SEM INCIDÊNCIA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 - VEDAÇÃO LEGAL - ART. 1º, III, "f", DO REFERIDO DECRETO - PRISÃO DOMICILIAR POR TER FILHO MENOR DE 12 ANOS - FALTA DE COMPROVAÇÃO DA IMPRESCINDIBILIDADE DOS CUIDADOS DA MÃE PARA COM A CRIANÇA - IMPOSSIBILIDADE - WRIT NÃO CONHECIDO. (...) 4. A **jurisprudência recente, tanto do STF quanto do STJ, admite a concessão da prisão domiciliar mesmo a apenados em regime prisional diverso do aberto, desde que a realidade concreta, devidamente comprovada, assim**

o imponha. A subsunção nas hipóteses previstas nos incisos do artigo 117 da LEP, para a concessão da prisão domiciliar, não é automática. Se faz necessária a comprovação da situação fática que exige a excepcionalidade. 5. Nesse diapasão, "a melhor exegese do art. 117 da Lei nº 7.210/1984, extraída dos recentes precedentes da Suprema Corte, é na direção da possibilidade da prisão domiciliar em qualquer momento do cumprimento da pena, ainda que em regime fechado, desde que a realidade concreta assim o imponha" (HC 366.517/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 27/10/2016), o que não é o caso da paciente. Trata-se de condenada em cumprimento de pena, em regime fechado. 6. Impende ressaltar que a sentenciada ostenta condenação por tráfico de drogas, sendo que o delito foi praticado no interior da própria residência, situação que compromete, a toda evidência, o regular desenvolvimento do filho menor, inserido pela própria mãe em um ambiente absolutamente inadequado. 7. De qualquer forma, não há nos autos prova cabal de que a paciente seja mãe de menor sob sua guarda, como também não há nenhuma comprovação da imprescindibilidade dos cuidados da paciente em relação à criança indicada. 8. Habeas corpus não conhecido. (HC 452.911/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 15/08/2018).

A agravante comprovou a situação do filho menor, de 11 anos, portador de retardo mental leve associado a Distúrbio de Atividade e de Atenção, e a realização de tratamento junto à Associação Pestalozzi de Guarapari.

A relatora ponderou que, “de acordo com relatório da própria instituição, exarado e 12/06/2017, desde a prisão da exequente (24/04/2015), a avó materna se tornou a referência no tratamento da criança”, de modo que “a presença da mãe tem se mostrado dispensável ao cuidado dos filhos, eis que a avó materna vem suprindo a ausência desta”.

A relatora, por fim, observou em leitura à sentença condenatória, que a agravante participava de organização criminosa de tráfico de drogas sendo um dos braços direitos do “dono do tráfico”, e que, após a prisão deste, foi ela quem ficou responsável pela distribuição, transporte e negociação das drogas com os revendedores.

Para o voto, a Desembargadora considerou as peculiaridades do caso e não vislumbrou situação excepcional a ensejar a concessão da prisão domiciliar pretendida.

À unanimidade, o recurso foi negado provimento pela Primeira Câmara Criminal do TJES.

| | |
|-------------------|--|
| Recurso 12 | Agravo de Execução Penal |
| Nº | 0007129-63.2019.8.08.0011 |
| Data | 18/09/2019 |
| Local | Cachoeiro de Itapemirim – 2ª vara criminal |
| Crime | Tráfico |
| Defesa | Advogado |
| Relatora | Elisabeth Lordes |
| Voto | Negado |

A agravante é mãe de criança de 3 anos de idade e o pai da criança também se encontra preso, sendo a avó paterna a responsável pelos cuidados da criança, que é pessoa idosa. Assim, requereu a defesa pela concessão da prisão domiciliar, com base no art. 117 da LEP, em virtude da fragilidade do cuidado familiar.

Afirma a relatora, Desembargadora Elisabeth Lordes, que não desconhece da decisão do STF, todavia, “cabe esclarecer que o julgado teve como âmbito de discussão apenas **as presas preventivas**, não conferindo igual direito às presas em execução de pena, como é o caso da recorrente.

Por sua vez, o art. 117 da LEP prevê a concessão da prisão domiciliar para presos em regime aberto. No caso, a agravante encontra-se em regime fechado.

A relatora reconheceu, ainda, as decisões do STJ nas quais têm concedido a prisão domiciliar aos que se encontram em regime diverso do aberto, contudo, ponderou se tratar de situações excepcionalíssimas, caso em que a parte deve comprovar a imprescindibilidade da medida. Vejamos:

EXECUÇÃO PENAL - HABEAS CORPUS - IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL - IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA - INDULTO ESPECIAL DO DIA DAS MÃES - DECRETO Nº 14.454/2017 - CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE DROGAS, SEM INCIDÊNCIA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 - VEDAÇÃO LEGAL - ART. 1º, III, "f", DO REFERIDO DECRETO - PRISÃO DOMICILIAR POR TER FILHO MENOR DE 12 ANOS - FALTA DE COMPROVAÇÃO DA IMPRESCINDIBILIDADE DOS CUIDADOS DA MÃE PARA COM A CRIANÇA - IMPOSSIBILIDADE - WRIT NÃO CONHECIDO. (...) 4. **A jurisprudência recente, tanto do STF quanto do STJ, admite a concessão da prisão domiciliar mesmo a apenados em regime prisional diverso do aberto, desde que a realidade concreta, devidamente comprovada, assim o imponha. A subsunção nas hipóteses previstas nos incisos do artigo 117 da LEP, para a concessão da prisão domiciliar, não é automática. Se faz necessária a comprovação da situação fática que exige a excepcionalidade.** 5. Nesse diapasão, "a melhor exegese do art. 117 da Lei nº 7.210/1984, extraída dos recentes precedentes da Suprema Corte, é na direção da possibilidade da prisão domiciliar em qualquer momento do cumprimento da pena, ainda que em regime fechado, desde que a realidade concreta assim o imponha" (HC 366.517/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 27/10/2016), o que não é o caso da paciente. Trata-se de condenada em cumprimento de pena, em regime fechado. 6. Impende ressaltar que a sentenciada ostenta condenação por tráfico de drogas, sendo que o delito foi praticado no interior da própria residência, situação que compromete, a toda evidência, o regular desenvolvimento do filho menor, inserido pela própria mãe em um ambiente absolutamente inadequado. 7. De qualquer forma, não há nos autos prova cabal de que a paciente seja mãe de menor sob sua guarda, como também não há nenhuma comprovação da imprescindibilidade dos cuidados da paciente em relação à criança indicada. 8. Habeas corpus não conhecido. (HC 452.911/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 15/08/2018).

A relatora ponderou que, de acordo com o relatório da instituição, antes mesmo da prisão, o menor já residia com os avós maternos, e que em junho de 2018 a ré iniciou o uso de drogas com o pai da criança, e que passava mais tempo fora de casa, de modo que seu filho era cuidado por seus pais. Após a prisão, “a interna resolveu que o filho iria ser cuidado pela avó paterna de Fernando e mandou-lhe recado para seus pais, para entregar a criança”.

Considerou que a presença da mãe não é indispensável ao cuidado do filho, “eis que a avó paterna vem suprindo a ausência desta, bem como porque, mesmo antes da prisão o menor não dependia dos cuidados da mãe”.

Para o voto, considerou as peculiaridades do caso e não vislumbrou situação excepcional a ensejar a concessão da prisão domiciliar pretendida.

À unanimidade, o recurso foi negado provimento pela Primeira Câmara Criminal do TJES.

| | |
|-------------------|------------------------------|
| Recurso 17 | Agravo de Execução Penal |
| Nº | 0002778-67.2021.8.08.0014 |
| Data | 16/08/2021 |
| Local | Colatina – 2ª vara criminal |
| Crime | Não foi possível identificar |
| Defesa | Não foi possível identificar |
| Relator | Fernando Zardini Antônio |
| Voto | Negado |

Esse julgado não possui o voto na íntegra, apenas a ementa.

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO. PRISÃO DOMICILIAR. REGIME FECHADO. FILHO MENOR. ARTIGO 117, DA LEI DE EXECUÇÕES PENAS, COM AS ALTERAÇÕES IMPOSTAS PELA LEI N.º 13.769/2018. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. A decisão recente do Supremo Tribunal Federal (HC 143641) que concedeu a todas as mulheres presas, o direito de permanecerem em prisão domiciliar quando gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA, teve como âmbito de discussão apenas às presas preventivamente, não conferindo igual direito àquelas em execução de pena. 2. A Lei de Execuções Penais admite a concessão da prisão domiciliar para os presos beneficiários do regime aberto, conforme se observa do art. 117. **3. Não obstante, o C. Superior Tribunal de Justiça tenha concedido a prisão domiciliar aos que se encontram em regime diverso do aberto, tratam-se de situações excepcionais, em que a parte deve comprovar a imprescindibilidade da medida, o que não ocorreu no caso vertente.** 3. Recurso conhecido e improvido (grifo meu).

À unanimidade, o recurso foi conhecido, mas negado provimento pela Segunda Câmara Criminal do TJES.

| | |
|-------------------|---------------------------|
| Recurso 18 | Agravo de Execução Penal |
| Nº | 0001458-79.2021.8.08.0014 |
| Data | 18/08/2021 |

| | |
|----------------|------------------------------|
| Local | Colatina – 2ª vara criminal |
| Crime | Não foi possível identificar |
| Defesa | Não foi possível identificar |
| Relator | Adalto Dias Tristão |
| Voto | Negado |

Nas razões de recurso, a defesa sustentou que a agravante possui três filhos menores de 12 anos de idade que dependem de seus cuidados, e ressaltou que no julgamento do HC coletivo 143.641 houve concessão, pelo STF, do direito ao cumprimento da pena em regime domiciliar em casos semelhantes. Assim, pediu que fosse fixado o regime domiciliar para cumprimento de pena definitiva. O MP opinou pelo desprovimento do recurso.

No voto, o relator, Desembargador Adalto Dias Tristão, observou que o caso não possui relação com o caso objeto de julgamento do HC coletivo 143.641, haja vista se tratar, no caso em exame, de prisão definitiva, e fundamentou:

o colegiado do STF determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar em favor de todas as mulheres presas gestantes ou mãe de crianças até 12 anos ou de pessoas com deficiência com extensão a todos os presos que sejam os únicos responsáveis por pessoas na mesma situação. [...] entendo que o caso dos autos possui peculiaridades que o torna diferente daquele que deu origem à orientação jurisprudencial referida pela defesa da agravante em sede de razões recursais.

No que se refere aos cuidados dos filhos, observou-se no voto que os filhos da agravante estão sendo cuidados por seu companheiro, e não estão desassistidas; utilizou-se do parecer da Procuradoria de Justiça, transcrevendo-o:

Ressalta-se que a Lei de Execução Penal prevê como requisito à concessão da prisão domiciliar que a condena faça jus ao cumprimento de pena em regime aberto, hipótese na qual não se enquadra a agravante, que atualmente cumpre pena em regime semiaberto.

À unanimidade, o recurso foi conhecido, mas negado provimento pela Segunda Câmara Criminal do TJES.

| | |
|-------------------|-------------------------------|
| Recurso 19 | Agravo de Execução Penal |
| Nº | 0011597-27.2021.8.08.0035 |
| Data | 13/10/2021 |
| Local | Vila Velha – 8ª vara criminal |
| Crime | Não foi possível identificar |
| Defesa | Não foi possível identificar |
| Relator | Fernando Zardini Antônio |
| Voto | Negado |

A agravante alega que é mãe de um bebê de 2 anos de idade que necessita de seus cuidados. Pediu pela concessão da prisão domiciliar, conforme o art. 117 da LEP.

No voto, o Relator, Desembargador Fernando Zardini Antônio, destacou que a decisão do STF “abrangeu somente hipóteses de prisões cautelares”.

Por sua vez, o art. 117 da LEP prevê a concessão da prisão domiciliar para presos em regime aberto. No caso, a agravante encontra-se em regime fechado.

O relator reconheceu, ainda, as decisões do STJ nas quais têm concedido a prisão domiciliar aos que se encontram em regime diverso do aberto, contudo, ponderou se tratar de situações excepcionais, caso em que a parte deve comprovar a imprescindibilidade da medida.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PRISÃO DOMICILIAR. CONDENAÇÃO DEFINITIVA. REGIME FECHADO. ART. 318 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ENTENDIMENTO DA SUPREMA CORTE NO JULGAMENTO DO HC N.º 143.641/SP. INAPLICABILIDADE. DISCUSSÃO À LUZ DO QUE DISPÕE A LEI DE EXECUÇÃO PENAL. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO DEMONSTRADA, CONFORME ASSINALADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o art. 318 do Código de Processo Penal não se aplica à presa que já se encontra em cumprimento de pena definitiva. Dessa forma, o cabimento da prisão domiciliar na hipótese deve ser analisado à luz do que dispõe a Lei de Execução Penal. Precedentes. 2. Embora o art. 117 da Lei de Execuções Penais estabeleça como requisito para a concessão de prisão domiciliar o cumprimento da pena no regime prisional aberto, é possível a extensão do benefício aos condenados recolhidos no regime fechado ou semiaberto, desde que configurada a excepcionalidade do caso concreto, com demonstração da imprescindibilidade da medida, o que não ocorreu na hipótese, consoante assinalaram as instâncias ordinárias. 3. Ademais, para se afastar as conclusões que justificaram a negativa do pedido de prisão domiciliar à Agravante, seria necessário proceder ao revolvimento fático-probatório dos autos, o que não é cabível na via estreita do habeas corpus. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 557.466/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/08/2021, DJe 02/09/2021).

Ponderou que, em casos como o que está em análise, se mostra necessário avaliar o caso concreto. Aqui, verificou-se inexistir a comprovação de que a apenada é a única responsável ou que o menor se encontra vulnerável.

O MP opinou pelo indeferimento do pedido. À unanimidade, o recurso foi negado pela Segunda Câmara Criminal do TJES.

| | |
|-------------------|-------------------------------|
| Recurso 20 | Agravo de Execução Penal |
| Nº | 0002859-14.2021.8.08.0047 |
| Data | 16/03/2022 |
| Local | São Mateus – 2ª vara criminal |
| Crime | Não foi possível identificar |
| Defesa | Não foi possível identificar |
| Relator | Adalto Dias Tristão |
| Voto | Negado |

Nas razões do recurso, a defesa sustentou que a agravante possui dois filhos menores de 12 anos que dependem de seus cuidados, e ressaltou que no julgamento do HC coletivo 143.641 houve concessão pelo STF do direito ao cumprimento da pena em regime domiciliar em casos semelhantes. Assim, pediu que fosse fixado o regime domiciliar para cumprimento de pena definitiva. O MP opinou pelo desprovimento do recurso.

No voto, o relator, Desembargador Adalto Dias Tristão, observou que o caso não possui relação com o caso objeto de julgamento do HC coletivo 143.641, haja vista se tratar, no caso em exame, de prisão definitiva, e fundamentou:

o colegiado do STF determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar em favor de todas as mulheres presas gestantes ou mãe de crianças até 12 anos ou de pessoas com deficiência com extensão a todos os presos que sejam os únicos responsáveis por pessoas na mesma situação. [...] entendo que o caso dos autos possui peculiaridades que o torna diferente daquele que deu origem à orientação jurisprudencial referida pela defesa da agravante em sede de razões recursais.

No que se refere aos cuidados dos filhos, observou-se no voto que “os filhos da agravante estão sob os cuidados dos avós maternos desde a custódia da agravante, não estando as crianças desassistidas”, e utilizou-se do parecer da Procuradoria de Justiça, transcrevendo-o:

“urge salientar que apesar de não ser o desejável, os filhos da apenada estão sendo cuidados por outras pessoas, fato que afasta a imprescindibilidade de sua presença para os cuidados deles, e, conseqüentemente, impede a concessão da prisão domiciliar com base no artigo 117, inciso III, da Lei de Execução Penal.”

À unanimidade, foi negado provimento ao recurso pela Segunda Câmara Criminal do TJES.

4.5 Análise de outros recursos – Agravo na LEP

Foi possível notar que um ponto muito comum nas argumentações para negar os pedidos é o fato de que as crianças estão sendo cuidadas por outras pessoas, geralmente, por avós. Aqui destaco o recurso nº 0007081-66.2018.8.08.0035, por ser, a meu ver, o mais problemático em termos de negação do pedido. Pergunto-me: se comprovar que seu filho, menor e portador de deficiência, que faz tratamento para tal, não é suficiente para configurar uma situação excepcional, o que mais seria? Alegar que a criança possui outro responsável, no caso, a avó materna, também não parece ser um argumento razoável, visto que, muito

provavelmente, uma criança sempre terá algum parente para ampará-la. Porém, e o que deveria ser levado em consideração, são em quais condições isso se dará, já que o “grande objetivo” é amparar e proteger a criança. Destaco que a avó materna, quem cuida da criança que, vale lembrar, necessita de cuidados constantes, é pessoa idosa, e que também cuida de seu esposo, o pai da agravante, que é cadeirante e também precisa de integral assistência. Vale lembrar, ainda, que a agravante possui outra filha, de 14 anos, que também necessita de cuidados e assim ressalto a sobrecarga colocada sobre uma mulher idosa.

Outro argumento muito utilizado nas fundamentações desses julgados de presas condenadas é o de que a benesse concedida pelo STF não abrange presas em execução de pena. Todavia, destaco o HC concedido pela Desembargadora Elizabeth Lordes (nº 0008109-77.2018.8.08.0000), no qual a relatora faz diversas menções ao julgado coletivo no sentido de conceder a prisão domiciliar para uma presa condenada:

Ora, é certo que a decisão do Supremo Tribunal Federal tem como âmbito de incidência apenas as mulheres que estão em **prisão provisória**. Contudo, em casos **específicos**, entendo que podemos utilizar os fundamentos daquela decisão para as presas **condenadas**.

Ou seja, percebe-se, portanto, uma conveniência argumentativa, vez que usam os mesmos trechos de decisões raras vezes para conceder e muitas vezes para negar pedidos. Verifica-se, conforme aponta Figueiredo (1997, p. 39), que “é a visão mundo do juiz que prevalece nas sentenças, em detrimento de outras posições alternativas”. A autora (p. 39, 40) destaca que “há uma crença comum em nossa sociedade de que o Direito (e a lei), como outras ciências, é objetivo, imparcial e justo (muitas vezes esta crença estende-se também aos aplicadores e criadores das leis)”. Destaca também que “o processo de aplicação e interpretação da lei, presente em textos legais como sentenças, está longe de ser objetivo, embora esta ideia persista em nossa sociedade” e pontua que, por ser o discurso jurídico considerado imparcial, objetivo e racional, a objetividade dos juízes não é problematizada, e por isso, quase nunca, questionada.

Segundo Figueiredo (1997, p. 44),

um dos objetivos da linguística crítica é investigar estruturas e relações de poder presentes no discurso. Os processos linguísticos são produto de estruturas de dominação, nas quais o poder é distribuído assimetricamente. Essas desigualdades de poder afetam a produção de textos, e consequentemente afetam também a produção de sujeitos sociais.

Assim, enfatiza Figueiredo (1997, p. 49) que nenhum texto é neutro ou imparcial no ponto de vista da Análise Crítica do Discurso, de modo que analisar criticamente um texto

pode ser o primeiro passo para um processo de emancipação, tendo em vista que a linguagem consiste em um mecanismo de controle social.

Assim, retorno à Andrade (2003; 2005) para fazer uma reflexão acerca da superação do paradigma etiológico, uma vez que continuou sendo seguido pelo senso comum, bem como aplicado por operadores do Direito. Seu discurso de “combate à criminalidade” se sustenta por sua funcionalidade não declarada de controle penal para manter o modelo de controle punitivo exercido pelo sistema penal. E retomo, ainda, no sentido de refletir os controles exercidos sobre as mulheres, e que esse controle, antes de chegar ao Poder Judiciário, é aplicado, muitas vezes, pelas famílias e, no geral, pela sociedade como um todo, sendo o controle exercido posteriormente pelo Judiciário apenas uma extensão do controle social exercido anteriormente. Um controle é reflexo do outro e se tornou o *status quo* da sociedade; uma vez que o controle formal é exercido por continuidade ao controle informal e este, por sua vez, é tido como ontológico e permanece assim entendido pois corroborado pelas instâncias de poder. Por conseguinte, retorno à Baratta (1999) para refletir que o papel de mãe, no sentido de cuidadora, é uma conexão ideológica e não biológica, e revela poder de um gênero sobre o outro. O SJC é, portanto, reproduzidor dos controles inicialmente exercidos no âmbito informal.

As mulheres dos casos analisados, a partir do momento em que são percebidas como criminosas, são desvalidadas como mães, não só pelo SJC, mas antes, pela sociedade, pois não possuem a maternidade como uma vocação natural e o cerne de suas vidas. Assim, percebe-se, no SJC, a sua “eficácia instrumental invertida”, vez que a criminalidade não é combatida, mas construída estrategicamente com a seletividade e estigmatização através de seus processos de criminalização para, então, manter as desigualdades existentes na sociedade – de classe, de raça e de gênero.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho iniciou realizando uma contextualização sobre o aprisionamento de mulheres no Brasil, de modo que se pôde perceber o aumento significativo do encarceramento de mulheres nos últimos anos. O Brasil possui, ao menos, 27.375 mulheres custodiadas em celas físicas nos estabelecimentos estaduais do país, o que representa um percentual de 4,25. É um percentual baixíssimo se considerado os 95,75% representados pelos 616.930 homens custodiados em celas físicas nos estabelecimentos estaduais. Todavia, de 2000 a 2016, enquanto a população prisional masculina cresceu 293%, a população prisional feminina cresceu 656%, demonstrando real e significativo aumento dos índices do encarceramento de mulheres. E assim refaço as indagações trazidas anteriormente para se pensar acerca do crescimento elevado de encarceramento de mulheres. O que mudou? As mulheres passaram a cometer mais ações criminosas ou ações praticadas por elas foram rotuladas como crime?

Em busca de tais respostas, objetivando, ainda, compreender o funcionamento do sistema de justiça criminal, discutiu-se as teorias que abordam o crime. A criminologia é o campo de pesquisa que estuda o crime e o criminoso e, no decorrer da história, seus conceitos e entendimentos ganharam novas perspectivas. Apesar de não haver um marco exato do nascimento da criminologia, tem-se como o primeiro conceito de criminalidade aquele decorrente do pensamento positivista. Para a criminologia positivista, a criminalidade era ontológica, isto é, inerente ao ser humano; um fenômeno natural que poderia ter suas causas explicadas, bem como poderiam ser fornecidos recursos a fim de combatê-las.

Uma nova visão do sistema penal surge quando a criminalidade ganha novo conceito. A criminalidade passa a ser entendida como uma construção, tanto do crime como do criminoso, através do que se chamou de processos de criminalização. Se antes estudava-se o homem criminoso, em busca de compreender seus comportamentos, agora estuda-se como acontecem as definições de crime e de criminoso. Essa nova perspectiva, o *labelling approach*, quebrou paradigmas, uma vez que fez cair por terra o mito de crime natural, e ainda constituiu um dos pontos de impulso para a criminologia crítica. Todavia, foi considerada de médio alcance por ser descritiva e não esclarecer os motivos da criminalização de determinados grupos no processo de rotulação. Era necessário que os interacionistas afirmassem a realidade fenomênica do desvio ao explicar o comportamento desviante, isto porque toda ação está inserida numa realidade estrutural, mas assim não o fizeram.

A criminologia crítica surge, então, justamente com esse viés macrossociológico que faltou na teoria da reação social, considerando a realidade estrutural, isto é, social, econômica

e política. A teoria crítica inseriu a classe nos estudos e, ao se aprofundar na lógica da desigualdade, demonstrou a existência de um nexos funcional entre os mecanismos seletivos e o processo de acumulação de capital. Para compreender a problemática, portanto, se faz necessário entender a luta de classes por trás dos processos de criminalização.

Apesar de inserir a luta de classe nas análises, a criminologia crítica permaneceu androcêntrica. Diz-se que a criminologia é androcêntrica pelo seu objeto – crime e criminoso –, bem como pelos sujeitos que produzem tal saber – criminólogos. A crítica feminista incluiu nos estudos do crime a mulher. A mulher passa a ser objeto de estudo, tanto como vítima, quanto como criminosa, bem como produtora de saber. A criminologia crítica feminista, portanto, é uma produção científica feminista que parte de críticas às criminologias, discutindo assuntos que sempre ficaram à margem da disciplina criminológica.

Ao trabalhar os conceitos de raça, racismo e etnia, o autor Kabengele Munanga (2004) faz um verdadeiro percurso que podemos assimilar juntamente com percurso feito pela disciplina criminológica. O autor começa por dizer que o conceito de raça, após ser utilizado na botânica e na zoologia para classificar espécies de animais e vegetais, passou a ser utilizado para definir relações de dominação e sujeição entre classes sociais. Isso aconteceu quando a cor da pele foi escolhida como critério de classificação, de modo que, posteriormente, o nariz, lábios, queixo, formato do crânio e ângulo facial, também foram incluídos aos critérios para aperfeiçoar a classificação. O que se pretendia? Comprovar, através de critérios morfológicos, que um povo era biologicamente inferior. E aqui podemos vincular esse conceito, através desses critérios de classificação, com a teoria criminológica positivista, para a qual o crime era natural e praticado por pessoas com determinados traços biológicos. O paradigma etiológico entende que a criminalidade nasce com o indivíduo que a externaliza através de seu comportamento, sendo possível, portanto, conhecer suas causas e apontar soluções. Tanto é que Lombroso, por meio da observação e experimentação, tentou dar respostas para as causas do crime através de anomalias anatômicas e fisiológicas, a fim de sustentar a tese do criminoso nato.

Mesmo após estudiosos concluírem que as raças não existem, o problema, uma vez criado, persistiu, pois, ao classificar grupos humanos através das características físicas, estabeleceu-se também uma escala de valores entre as raças. Assim, as características biológicas permaneceram intrinsecamente ligadas às qualidades psicológicas, morais, intelectuais e culturais, de modo que a raça branca foi decretada como superior às demais em virtude de suas características físicas hereditárias. Verifica-se, assim, que o conceito de raça esconde uma relação de poder e de dominação e, mesmo que nada tenha de biológico,

permanece sendo utilizado. E foi a partir dessa classificação em raças que se justificou – e se justifica – diversos sistemas de dominação racial.

A maternidade foi incluída na discussão sobre a raça, pois a raça foi a condicionante na definição dos obstáculos enfrentados pelas mulheres que deram início ao movimento feminista. Em busca de libertação, as mulheres – brancas e de classe média – determinaram a maternidade como sendo o grande obstáculo em busca de emancipação. Ao não considerar o que pensavam e queriam as mulheres negras que, por sinal, sempre trabalharam, deixaram-nas de fora de tal movimento. Mas por quê? Estariam as mulheres negras libertas e emancipadas do patriarcado ao qual estavam submetidas as demais mulheres? Ao serem excluídas, ou pior, ao não serem lembradas para constituírem o movimento que deveria também representar suas angústias e anseios, uma vez que se dizia ser um movimento de mulheres, o que significa abranger todas elas em sua diversidade, viu-se presente, mais uma vez, o racismo. As mulheres negras, portanto, não estavam submetidas apenas ao machismo e patriarcado; sua submissão iria além, pois constituída e determinada, além do gênero, por sua cor. Se todas as mulheres tivessem sido ouvidas, por certo a maternidade não seria a grande barreira colocada à frente da liberdade das mulheres, uma vez que, para as negras, sua humanidade era justamente encontrada na parentalidade. Essa reflexão foi importante para trabalhar a raça como condicionante nos espaços públicos e privados, de modo que, ao determinar quem ocupa tal lugar de privilégio, define-se, ao mesmo tempo, quem ocupará os lugares que não são desejados, como, p. ex., quem exercerá os trabalhos braçais, de limpeza e servidão, bem como quem será determinado a ter sua liberdade cerceada numa prisão.

Mesmo não sendo possível identificar a cor das mulheres dos casos analisados, tem-se a hipótese de que se trata, em sua maioria, de mulheres negras. Isto porque os dados relativos ao encarceramento de mulheres, tanto nacionais, como do estado do Espírito Santo, mostram que as mulheres negras são mais encarceradas que as demais raças. Por esse motivo, incluir a raça neste trabalho se fez tão importante, pois ainda que não constatado nos recursos estudados, é uma condicionante para a seletividade penal.

Todo o estudo realizado até então foi necessário em virtude no tema escolhido. Buscou-se, com o trabalho, analisar a aplicação de um direito previsto em lei, e confirmado posteriormente pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Em 2016 entrou em vigor a Lei 13.257, conhecida como Marco Legal da Primeira Infância, que alterou o Código de Processo Penal (CPP) para possibilitar a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar para as gestantes e mães de crianças. Acontece que o Poder Judiciário, quando provocado para decidir sobre a substituição da prisão, negava o pedido em aproximadamente metade dos casos. Por

esse motivo, foi impetrado, perante o STF, um *habeas corpus* coletivo com pedido de medida liminar em favor de todas as mulheres presas preventivamente que ostentassem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade, bem como em nome das próprias crianças. Assim, em fevereiro de 2020, o STF julgou favoravelmente o pedido, estabelecendo, todavia, algumas exceções para a aplicação da benesse, sendo elas: quando o crime for praticado mediante violência ou grave ameaça; contra descendentes; e em situações excepcionalíssimas. A substituição da prisão preventiva pela domiciliar poderia, ainda, ser aplicada concomitantemente à imposição de medidas alternativas, as quais estão previstas no art. 319 do CPP.

O trabalho analisou as decisões de pedidos de concessão da prisão domiciliar para mulheres grávidas e mães de crianças até 12 anos, após o julgamento do *Habeas Corpus* Coletivo 143.641, principalmente nos casos em que a mulher está presa preventivamente, a fim de identificar o seguimento adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJES), bem como para verificar as argumentações utilizadas para a negativa do pedido. Verificou-se que o TJES não segue o que determinou o STF, uma vez que negou o pedido na grande maioria dos casos analisados sob o fundamento da situação excepcionalíssima.

O método da Análise de Discurso Crítica (ADC), utilizado para analisar os acórdãos, se mostrou o mais eficaz para se alcançar o que se pretendia. Foi utilizando a análise de discursos que se pôde perceber que o TJES se utiliza de uma exceção, qual seja, a situação excepcionalíssima, para justificar a manutenção da prisão da mulher, mesmo após o relator, Ministro Ricardo Lewandowski, frisar em seu voto no julgamento do HC coletivo 143.641, dentre muitas coisas, a possibilidade da concessão para o crime de tráfico de drogas, reincidentes, de modo que não proibiu, nem mesmo, a aplicação para as presas condenadas.

É ingênuo pensar que as decisões proferidas nos Tribunais, independente da instância, irão permanecer apenas naquele ambiente – e ainda que permanecessem, é um lugar de poder que, como se pôde ver, dita vidas. É muito comum que juízes, além da magistratura, também exerçam a prática do magistério, realizem pesquisas, palestem, sejam autores de livros, ou seja, possuem acesso ao sistema educacional, reverberando suas convicções através dos espaços de poder que ocupam. Assim, a Análise de Discurso Crítica, como já diz o nome, possibilita a crítica para determinados discursos selecionados objetivando sua análise. E foi o que se pretendeu ao realizar este trabalho. Demonstrou-se, através das análises realizadas, como os discursos são moldáveis a depender do crime, da criminosa e dos julgadores.

Tendo em vista que os casos analisados são majoritariamente de crimes relacionados ao tráfico de drogas, se faz necessário uma breve reflexão sobre a lei e o crime. Vigora hoje

no Brasil o que chamamos de “nova lei de drogas”, e a vigência dessa nova lei é um dos aspectos relevantes que deve ser considerado ao pensar sobre a prática e aprisionamento de mulheres por crime de tráfico de drogas.

Antes de 2006, a lei de drogas vigente (Lei 6.368/76) previa para o usuário a pena de detenção de 6 meses a 2 anos, mais o pagamento de 20 a 50 dias multa; e para o traficante, a pena de reclusão de 3 a 15 anos, mais o pagamento de 50 a 360 dias multa. Essa dinâmica foi alterada pela chamada “nova lei de drogas”, a Lei 11.343 de 2006. Com a nova lei de drogas, houve a despenalização do usuário, o que por muitos é visto como um avanço, mas basta pensar criticamente sobre como funciona a engrenagem da justiça para entender que a nova lei de drogas é, na verdade, um retrocesso. Isso porque, ao despenalizar o uso, aumentou a pena mínima da traficância de 3 para 5 anos, aumentando também o pagamento de dias multa.

As alterações da nova lei de drogas foi objeto de pesquisa da tese de doutorado de Marcelo da Silveira Campos (2015, p. 148), intitulada “Pela metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo”. Marcelo analisa a lei desde os debates do processo legislativo para a sua criação no Congresso Nacional até os impactos de sua aplicação. Explica que o objetivo dessa principal alteração na lei de drogas consistia na criação de um Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas (SISNAD), onde as punições para o tráfico seriam intensificadas, ao tempo que os usuários seriam deslocados das prisões para as redes de assistência social e médica, sendo, então, um novo dispositivo médico-criminal de drogas. Contudo, em seu estudo realizado no estado de São Paulo, constatou que a nova lei funcionava pela metade, uma vez que, com o passar dos anos, ou seja, quanto mais distante do ano de criação da lei, mais as pessoas eram aprisionadas por tráfico de drogas e menos como usuários.

Outro aspecto relevante para analisar a prática do crime de tráfico de drogas por mulheres são as suas motivações, muitas vezes resumidas à uma conduta de submissão. O trabalho de dissertação de Ramos (2012), intitulado “Por amor ou pela dor? Um olhar feminista sobre o encarceramento de mulheres por tráfico de drogas”, buscou compreender o porquê da intensificação do encarceramento de mulheres por tráfico de drogas. Com alicerces na criminologia crítica, na epistemologia feminista e da divisão sexual do trabalho, a autora constatou que

o mercado de trabalho lícito se apresenta para a maioria das mulheres como um lugar que reflete as discriminações sexistas, com baixos salários, trabalhos precarizados e de baixo prestígio. Inserido a este contexto, por sua vez, o mercado ilícito das drogas vem recrutando cada vez mais mão de obra feminina, tanto para funções de menos prestígio, como para o exercício das denominadas “mulas e aviões”, como também para a gerência e

administração de alguns setores dentro do tráfico. Foi possível, por meio deste estudo, chegar à conclusão de que o tráfico de drogas funciona como um mercado informal/ilícito de trabalho que possibilita às mulheres manterem-se cumprindo as tarefas socialmente construídas como sendo especificamente delas, bem como alcançarem um lugar para autonomia financeira e empoderamento social. No entanto, como uma realidade complexa, pode-se perceber, ainda, que esse lugar reproduz a mesma desigualdade de gênero e cria novas situações de vulnerabilidade e de discriminação, principalmente, no ambiente prisional (Ramos, 2012, p. 8).

A autora questiona até onde vai o amor que é sempre dado como justificativa do aprisionamento das mulheres por tráfico de drogas, uma vez que é sempre “por amor” ao pai, irmão, marido ou filho, que se arriscam para que nada aconteça ao homem. Assim, pergunta (2012, p. 21): “até que ponto isso não seria um discurso revelador das representações sociais baseadas no sexo, dentro daquilo que se espera de uma mulher [...]?”. A autora afirma que vincular esse comportamento sempre ao amor, “coloca a mulher na posição subalterna, passiva e de reprodução do papel do cuidado, do amor”, e que, na realidade, “as mulheres têm agido mais como protagonistas de sua própria história do que como cúmplices ou princesas apaixonadas que sonham transformar o sapo em príncipe, mesmo no cenário do crime”.

A autora não desconhece que o amor é também motivador para o encarceramento de mulheres por tráfico de drogas, mas reconhece que o aumento significativo do encarceramento de mulheres por tráfico tem motivação econômica.

Foi possível, ao final, assumir a hipótese de que cada vez mais as mulheres vêm sendo criminalizadas ou vendo no tráfico de drogas as possibilidades de ganho econômico, seja principal, seja alternativo, porque a história social do mercado de trabalho para a maioria das mulheres brasileiras, em sua maioria negra, foi o espaço precarizado, de manutenção da divisão sexual do trabalho assimétrico, de exclusão e de vulnerabilização (Ramos, 2012, p. 23).

A escolha pela prática do crime de tráfico de drogas como um meio de subsistência demonstrada que, por vezes, é uma escolha que possibilita o exercício da parentalidade e das demais atribuições colocadas sob a responsabilidade das mulheres ao longo do tempo e, não sendo um labor que, por si só, desumaniza ou é mal remunerado, representou, em algum momento, uma boa escolha para aquelas mulheres. Essa análise se faz necessária em virtude de, além dos casos analisados serem, predominantemente, sobre o crime de tráfico de drogas, também possuem a maternidade como um aspecto relevante, tendo em vista que foram analisados os pedidos de prisão domiciliar em favor de gestantes e mães de crianças até 12 anos.

Outra conclusão importante que se foi possível alcançar é que o aumento elevado do encarceramento de mulheres no decorrer das últimas décadas, mesmo possuindo múltiplos motivos, pode-se atribuir como sendo os principais deles, tanto a motivação econômica,

quanto o aumento de pena do crime de tráfico de drogas. O trabalho não selecionou o crime de tráfico de drogas para análise, mas dentre os tantos pedidos formulados o crime se fez presente em quase todos eles. Apenas um crime não era de tráfico e/ou associação para o tráfico, e outros cinco não foram possíveis identificar; todo o resto da análise se deu sobre casos relacionados ao crime de tráfico de drogas.

Por fim, retomo à reflexão realizada acerca da construção da mulher criminosa para quem não pôde ser concedida a benesse da prisão domiciliar. Ao requerer o benefício da prisão domiciliar por ser mãe ou estar grávida, a mulher está reivindicando o seu direito de maternar e o direito da criança de ter uma mãe em condições saudáveis; todavia, a maternidade não é vista nas mulheres que não a têm como o cerne de suas vidas; a mãe que existe nessas mulheres é perdida – ao olhar dos julgadores –, de modo a permanecer apenas a criminosa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Vera Regina P. Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ANDRADE, Vera Regina P. A Soberania Patriarcal: O Sistema de Justiça Criminal no Tratamento da Violência Sexual Contra a Mulher. *Revista Sequência*. Florianópolis, n. 50. pp.71-102, 2005.
- ANDRADE, Vera Regina P. A ilusão da segurança jurídica: do controle penal da violência à violência do controle penal. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- BATISTA, Vera Malagutti. O mesmo olhar punitivista. *Boletim IBCCRIM*, 2000.
- BATISTA, Vera Malagutti. Introdução crítica à criminologia brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BATES, K.; BADE; MENCKEN F. Family Structure, PowerControl Theory, and Deviance: Extending Power-control Theory to Include Alternate Family Forms. *Western Criminology Review* 4, [s.l.], n. 3, p.170-190, 2003.
- BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. *In* CAMPOS, Carmen Hein de. (Org.). *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 19-80.
- BECKER, Howard S. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Brasília, 2018. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em: jan. 2022.
- BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Período de Julho a Dezembro de 2020. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Brasília, 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>>. Acesso em: jan. 2022.
- BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Período de Janeiro a Junho de 2021. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Brasília, 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>>. Acesso em: jan. 2022.
- BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Período de Julho a Dezembro de 2021. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Brasília, 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>>. Acesso em: jan. 2022.
- BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Mapeamento de mulheres presas grávidas, parturientes, mães de crianças até 12 anos, idosas ou doentes. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Brasília, 2020. Disponível em:

<http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1588195416_SEI_MJ11429916Informao_final.pdf>. Acesso em: jan. 2022.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Relatório Analítico Estadual. Ministério da Justiça. Brasília, 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-analiticos/ES/es-jun-2021.pdf>>. Acesso em: jan. 2022.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade – Junho de 2017. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Brasília, 2018. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf>. Acesso em: jan. 2022.

CAMPOS, Carmen Hein de. Introdução. In CAMPOS, Carmen Hein de. (Org.). Criminologia e feminismo. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 13-17.

CAMPOS, M. S. Pela metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo. Tese apresentada ao Departamento de Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, para a obtenção do título de Doutor em Sociologia.

COHEN, A.K. Delinquent boys: the culture of gangs. Glencoe, IL: Free Press, 1955.

FIGUEIREDO, Débora de Carvalho. Gênero e poder no discurso jurídico. Revista de Ciências Humanas. Florianópolis, v. 15, n. 21, p. 37-52, 1997.

HOOKS, bell. TEORIA FEMINISTA: da margem ao centro. 2020.

JOE, K.; CHESNEY-LIND, M. Just every mother's angel: an analysis of gender and ethnic variations of youth gang membership. In: DALY, K.; MAHER, L. (Eds.) Criminology at the crossroads: feminist readings in crime and justice. Oxford: Oxford University Press, 1998.

JUNIOR, Natália Pacheco. Crime? Depende do autor – Uma análise do labeling approach ou “rotulacionismo”. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/natalia_pacheco_junior-1.pdf>. Acesso em: jan. 2022.

LEONARD, E. Women, Crime and Society: a critique of theoretical criminology. New York: Longman, 1982.

MAGALHÃES, Izabel; MARTINS, André Ricardo; RESENDE, Viviane de Melo. Análise de discurso crítica: um método de pesquisa qualitativa (Portuguese Edition) SciELO - Editora UnB. Edição do Kindle. 2020.

MENDES, Soraia da Rosa. Criminologia feminista: novos paradigmas. São Paulo: Saraiva, 2014.

MUNANGA, Kabengele. Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia. In: BRANDÃO, André Augusto Pereira. *Programa de educação sobre o negro na sociedade brasileira*. Niterói: Ed. EDUFF, 2004.

NAFFINE, N. Female Crime: the construction of women in criminology. Australia: Allen & Unwin, 1987.

NASCIMENTO, Abdias. *O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado*. 3 ed. São Paulo: Perspectivas, 2016.

PIMENTEL, Elaine. O lado oculto das prisões femininas: representações dos sentimentos em torno do crime e da pena. *Revista Latitude, Maceio*, v. 7, n. 2, p. 51-78, 2013. Disponível em: <<https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/01/doctrina38961.pdf>>. Acesso em: jan. 2022.

RAMOS, Luciana de Souza. Por amor ou pela dor? Um olhar feminista sobre o encarceramento de mulheres por tráfico de drogas. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília para obtenção do título de mestre em Direito. Brasília. 2012.

ROSA, Pablo Ornelas; JUNIOR, Humberto Ribeiro; CAMPOS, Carmen Hein de; SOUZA, Aknaton Tokzec. *Sociologia da violência, do crime e da punição*. Belo Horizonte: D'Plácido. 2017.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

VALENTE, Rodolfo de Almeida; CERNEKA, Heidi Ann; BALERA, Fernanda Penteadó. Mães Encarceradas. A delicada relação entre os direitos da criança e a lei. *Revista Consultor Jurídico*, v. 18, 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-set-18>>. Acesso em: 28 out. 2023.