

# Quem são as mulheres gestantes, parturientes e mães excluídas da prisão domiciliar segundo os julgamentos colegiados do Supremo Tribunal Federal?

Who are the pregnant women, parturients and mothers left out of house arrest orders according to the Brazilian Supreme Court's collective rulings?

Roberta Borges de Barros\*   
Giovanna Trigueiro Mendes de Andrade\*\* 

**Resumo:** Este artigo pretende mapear os argumentos utilizados pelo sistema de justiça para o indeferimento da prisão domiciliar substitutiva às mulheres gestantes, parturientes e mães de crianças. A metodologia se desdobrou na busca pelas decisões colegiadas do Supremo Tribunal Federal, utilizando como critério de pesquisa a expressão “HC 143.641”, com a posterior definição de critérios classificatórios relevantes para o agrupamento dos dados obtidos, identificando-se as regularidades e/ou divergências. Definiu-se como categorias a representação processual; o órgão julgador; votos divergentes no mérito; a data do julgamento; o teor da decisão; o crime imputado; os argumentos mobilizados que se relacionam com o enquadramento, ou não, da situação como excepcionalíssima. Os resultados desse estudo confirmam a maleabilidade dos critérios judiciais utilizados para impedir o direito à substituição.

**Palavras-chave:** Mulher; Infância; Prisão Domiciliar; Situação Excepcionalíssima; Supremo Tribunal Federal.

**Abstract:** This article aims to map the arguments presented by the justice system to deny substitutive house arrest for pregnant women, women in labor, and mothers. The methodology involved searching for the Supreme Court's collective rulings using “HC 143.641” as a research criterion. Relevant classificatory criteria were then defined to group the data restored, identifying similarities and/or divergences. Categories included legal representative; the judging body; dissenting votes on the merits; the trial date; the content of the decision; the crime charged; and the arguments relating to whether the situation is considered extremely exceptional. The results of this study confirm that the judicial criteria used to prevent the right to substitution are flexible.

**Keywords:** Women; Childhood; Home Arrest; Under Extraordinary Circumstances; Brazilian Federal Supreme Court.

Recebido em: 01/08/2024  
Aprovado em: 15/10/2024

Como citar este artigo:

BARROS, Roberta Borges de; ANDRADE, Giovanna Trigueiro Mendes de. Quem são as mulheres gestantes, parturientes e mães excluídas da prisão domiciliar segundo os julgamentos colegiados do Supremo Tribunal Federal? Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal, Brasília, vol. 6, n. 2, 2024, p. 161-186.

\* Mestranda (Universidade de Brasília). Analista judiciário no Supremo Tribunal Federal.

\*\* Mestranda (Universidade de Brasília). Analista judiciário no Supremo Tribunal Federal.

## 1 Introdução

Esta pesquisa foi realizada com a intenção de identificar quem são as gestantes, parturientes e mães de crianças excluídas do benefício da substituição da prisão preventiva por domiciliar a partir da análise dos argumentos das decisões colegiadas do Supremo Tribunal Federal - STF.

O art. 318 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/2011, facultava ao juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente fosse "maior de 80 (oitenta) anos"; "extremamente debilitado por motivo de doença grave"; "imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência"; "gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco".

Posteriormente, a Lei 13.257/2016, conhecida como Marco Legal da Primeira Infância, modificou o referido artigo, ampliando as hipóteses de substituição da prisão preventiva pela domiciliar. A inovação legislativa, motivada pela garantia do melhor interesse da criança, passou a contemplar "gestante" (suprimidas as condicionantes); "mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos" ou "homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos".

Denunciando a ineficiência do Poder Judiciário na aplicação dessa lei, em resguardar os direitos das mulheres presas e de seus filhos e solucionar as falhas estruturais dos cárceres femininos, os membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (CADHu), em 2017, impetraram no STF habeas corpus em favor de todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional com a condição de gestantes ou mães de crianças sob sua responsabilidade, bem como em nome das próprias crianças (HC 143.641).

Argumentou-se que o benefício era negado em aproximadamente metade dos casos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Os indeferimentos seriam fundamentados nas condições pessoais da mulher, na gravidade do delito supostamente praticado e na necessidade de comprovação da inadequação do ambiente carcerário no caso concreto.

Destacou-se a importância de um pronunciamento definitivo da Suprema Corte sobre o tema para dar tratamento isonômico, dirimir a seletividade do sistema de justiça criminal e evitar que a discricionariedade do magistrado contribuísse para a cultura do encarceramento.

A admissibilidade desse habeas corpus coletivo tornou-se um precedente bastante representativo no STF.

Segundo o voto condutor do Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, a análise quanto ao cabimento levou em consideração o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro (constatado no julgamento da medida cautelar na ADPF 347); a deficiência estrutural em relação à situação da mulher presa e a necessidade de “garantir acesso à Justiça aos grupos sociais vulneráveis nesse contexto burocratizado”.

Dado o caráter nacional da causa, reconheceu-se a legitimidade ativa à Defensoria Pública da União, admitindo-se como assistentes e/ou amici curiae o coletivo impetrante (CADHu), as Defensorias Públicas estaduais, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), o Instituto Terra Trabalho e Cidadania (ITTC), a Pastoral Carcerária, o Instituto Alana, a Associação Brasileira de Saúde Coletiva (Abrasco) e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa - Márcio Thomaz Bastos (IDDD).

Em 20.02.2018, a Segunda Turma do STF concedeu a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, mães ou responsáveis por crianças e deficientes, enquanto perdurar tal condição, bem como às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação, excetuados os casos de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, a serem fundamentadas.

A Turma também consignou no acórdão três importantes diretrizes. Primeiro, a condição de “tecnicamente reincidente” não impede a substituição de forma automática. Competiria ao julgador examinar as outras circunstâncias do caso. Além disso, em princípio, deveria ser dada credibilidade à palavra da mãe quanto à guarda dos seus filhos. Por último, caso comprovada a suspensão ou a destituição do poder por outros motivos, distintos dos que levaram à prisão, a medida cautelar poderia ser reavaliada.

A decisão do Tribunal revela-se, por um lado, mais abrangente do que a norma até então vigente, pois alcançou as mulheres responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência. Por outro lado, trouxe parâmetros, que, naquele momento, eram extralegais, para justificar a decisão denegatória, dois deles mais objetivos (crimes praticados mediante violência ou grave ameaça; ou contra algum de seus filhos); e o terceiro indeterminado (“situações excepcionalíssimas”).

Os critérios objetivos especificados durante o julgamento do habeas corpus coletivo foram assimilados pela Lei 13.769/2018, que alterou o Código de Processo Penal e a Lei de Execução “para estabelecer a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou

que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência e para disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação”.

Mesmo após a regulação legislativa da matéria, que silenciou quanto às chamadas “situações excepcionalíssimas”, o sistema de justiça criminal continua a adotar motivações bastante amplas para negar a prisão domiciliar. Nesse contexto, é relevante o esforço para identificar os argumentos mobilizados pelos órgãos colegiados do STF.

Explicaremos, inicialmente, a opção da abordagem e apresentaremos a síntese dos resultados obtidos a partir da busca jurisprudencial.

Na sequência, vamos discorrer sobre os dados e as motivações mais recorrentes encontradas nos acórdãos abarcados pela amostra. Contextualizaremos, no primeiro tópico, as barreiras à implementação da política legislativa de desencarceramento das gestantes, parturientes e mães de criança. Ainda que a decisão do STF tenha sido importante para a modificação legislativa, a previsão ampla de “situações excepcionalíssimas” dificulta a realização de um dos objetivos da tutela coletiva, o de evitar a multiplicação das demandas individuais. Em seguida, vamos abordar os fundamentos mais utilizados nos casos relacionados ao narcotráfico e/ou a organizações voltadas ao comércio ilegal de substâncias classificadas como entorpecentes. Prosseguiremos pela análise dos efeitos das reentradas no sistema de justiça criminal na valoração do direito à substituição da prisão preventiva por domiciliar. Por último, vamos tratar das disputas interpretativas quanto ao alcance da prisão domiciliar humanitária na fase de execução da pena, apresentando as teses que aproximam e distanciam os seus pressupostos daqueles relacionados à privação cautelar da liberdade.

## **2 Explicações sobre a abordagem e síntese dos resultados**

Este artigo examina, nas decisões colegiadas do STF, as razões utilizadas para denegar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar das mulheres gestantes e mães de crianças com até 12 anos de idade ou filhos com deficiência que dependam de seus cuidados.

O motivo para o recorte é a hipótese de que os debates ocorridos no ambiente dialógico dos colegiados com competência criminal tenham estabelecido parâmetros mais precisos dos critérios judiciais para excluir a substituição da prisão preventiva por domiciliar, quando a situação objetiva seja elegível para concessão, tanto pela condição pessoal de “gestante” ou “mulher com

filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos” (art. 318, IV e V, do CPP), como pelas características da imputação penal – “não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa” e “não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente”.

Em junho de 2024, foi realizada busca no campo de jurisprudência do sítio eletrônico do STF, utilizando como argumento a expressão “HC 143.641”, por ser o precedente mais representativo na matéria, diante de sua repercussão e abrangência nacional. O resultado da pesquisa trouxe 146 (cento e quarenta e seis) acórdãos.

Dessa amostragem inicial foram retirados os casos em segredo de justiça (pela impossibilidade de leitura integral dos fundamentos do acórdão) e os que não tangenciam os critérios de exclusão da domiciliar. Com base nessas premissas, foram retirados 53 (cinquenta e três) acórdãos e examinados 93 (noventa e três).

No momento seguinte, identificamos as categorias e parâmetros relevantes para a classificação e o agrupamento dos dados (FULGÊNCIO e COSTA, 2022).

Para compreender padrões, regularidades e/ou mudanças na atuação judicial dos colegiados com competência criminal pelas normas internas do STF, filtramos os dados com base nesses critérios: 1. Representação processual (advogado constituído ou Defensoria Pública); 2. Órgão julgador (Primeira ou Segunda Turma); 3. Votos divergentes no mérito (concessão ou indeferimento da domiciliar); 4. Data do julgamento; 5. Teor da decisão; 6. Crime imputado; 7. Argumentos mobilizados para considerar a situação da impetração como excepcionalíssima, ou não.

Pelo critério da representação, encontramos nos casos analisados a atuação processual de advogados constituídos em 86 (oitenta e seis); da Defensoria Pública de Goiás em 1 (um); da Defensoria Pública de Minas Gerais em 2 (dois); e da Defensoria Pública da União em 4 (quatro).

Segundo o parâmetro do órgão julgador, 55 (cinquenta e cinco) dos casos estudados são da Segunda Turma e 38 (trinta e oito) da Primeira Turma.

No grupo dos dissensos, contabilizamos os posicionamentos favoráveis ou contrários à substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar<sup>1</sup>. Na Primeira Turma, entre os 38 casos analisados, houve manifestação de divergência em 7 (sete) hipóteses, mas duas delas se

<sup>1</sup> Não foram computadas, portanto, as manifestações discordantes que somente se referiam ao posicionamento de um dos integrantes da Primeira Turma, o Ministro Marco Aurélio, em direção contrária às restrições ao cabimento do *writ*, segundo sustentava: “*O habeas corpus é ação constitucional voltada a preservar a liberdade de ir e vir do cidadão. O processo que o veicule, devidamente aparelhado, deve ser submetido ao julgamento de Colegiado*” (HC 170.143 AgR, julgado entre 21 a 27.6.2019).

restringiam ao alcance da ordem deferida, se maior ou menor a extensão. Portanto, conforme os parâmetros aqui seguidos (deferimento ou indeferimento), houve 5 (cinco) ocorrências de votos divergentes (13,1%), 2 (duas) delas nos acórdãos concessivos ou confirmatórios da concessão e as outras 3 (três) nos acórdãos denegatórios ou confirmatórios da denegação.

Dos 55 julgados analisados da Segunda Turma, houve prolação de votos divergentes no mérito em 39 (trinta e nove) deles (70,9%). Desses últimos, ocorreram 23 (vinte e três) manifestações discordantes nos acórdãos denegatórios ou confirmatórios da denegação; e 16 (dezesesseis) nos concessivos ou confirmatórios da concessão.

Pelo critério temporal, 5 (cinco) julgamentos ocorreram em 2024; 16 (dezesesseis) em 2023; 10 (dez) em 2022; 23 (vinte e três) em 2021; 24 (vinte e quatro) em 2020; 12 (doze) em 2019 e 3 (três) em 2018.

Como esses acórdãos são posteriores ao julgamento do habeas corpus coletivo utilizado como argumento de pesquisa (HC 143.641), cuja ordem foi concedida em 20.2.2018 (sessão presencial) e o acórdão publicado em 9.10.2018, isso explica a quantidade menor de casos analisados pelo colegiado em 2018. Já o número maior de casos nos anos de 2020 e 2021 talvez esteja associado ao período mais crítico da pandemia do coronavírus.

No que refere ao mérito, identificamos 26 (vinte e seis) decisões que confirmam ou concedem a prisão domiciliar, 22 (vinte e duas) da Segunda Turma (84,6%) e 4 (quatro) da Primeira Turma (15,4%).

Contabilizamos, ainda, 67 (sessenta e sete) decisões denegatórias, aqui abarcadas as que cassam o deferimento da prisão domiciliar concedido em provimento monocrático ou mantêm a denegação/indeferimento, 34 (trinta e quatro) desses acórdãos são da Primeira Turma (50,7%) e 33 (trinta e três) da Segunda Turma (49,2%).

Dos 93 (noventa e três) acórdãos, verificamos que 78 (setenta e oito) continham alguma menção a tráfico de drogas e/ou a envolvimento com grupos criminosos vinculados ao comércio ilegal de entorpecentes (83,8%); 6 (seis) casos se referem a crimes de estelionato; patrocínio infiel e/ou falsidade documental, cumulados ou não (6,5%); 4 (quatro) casos se referem a alguma das modalidades de furto (4,3%); e 5 (seis) deles tinham por objeto crimes previstos na Lei de Organização Criminosa – Lei 12.850/2013 (5,4%), mas, sem menção de vínculo com o narcotráfico.

Relativamente às razões de decidir, os motivos para indeferir a prisão domiciliar se combinam nos julgados.

As expressões encontradas nos achados que se associam de algum modo à interpretação judicial de “situação excepcionalíssima” são: (i) reiterações, descumprimento de medidas cautelares, fuga e reincidência; (ii) negligência da mãe nos cuidados dos filhos ou falta de prova quanto ao exercício da guarda; (iii) tráfico em residência e no espaço doméstico; (iv) quantidade e variedade da droga apreendida; (v) liderança e/ou participação em organização criminosa; (vi) circunstâncias específicas (p.ex., modo ou local em que praticada a conduta; envolvimento do núcleo familiar; captação de adolescentes); e (vii) apreensão cumulativa de armas e drogas na residência.

A informação que sobressai na análise dos julgados abarcados nessa pesquisa é o percentual mais expressivo tanto de votos divergentes como das decisões concessivas em um dos órgãos colegiados com competência criminal do STF (Segunda Turma). Verificamos certo equilíbrio no quantitativo absoluto das decisões denegatórias proferidas por Turma à razão do total de acórdãos.

Na construção da amostra desse artigo, optamos pela análise qualitativa dos julgamentos colegiados que trataram dos critérios para excluir, ou não, a prisão domiciliar das mulheres gestantes, parturientes e mães, em determinado período (2018 a 2024). Esses dados podem ser ampliados para abarcar os provimentos monocráticos em outras pesquisas.

Nossa estratégia de abordagem não possibilita generalizações somente pelo critério do percentual das decisões concessivas nas Turmas do STF, porque talvez a significativa discrepância não seja equivalente nos julgamentos colegiados (examinados) e monocráticos (não abrangidos). Todavia, a combinação dos critérios classificatórios e a análise qualitativa dos acórdãos permitiu inferências relevantes.

Verificou-se, na Primeira Turma, apenas quatro concessões e/ou decisões confirmatórias da concessão. Os principais argumentos nesses acórdãos foram: (i) a pequena quantidade e o tipo de droga apreendida – menos de 50g de maconha (HC 147.301 AgR, j. em 5.2.2019), em votos vencidos, enfatizou-se a informação dos registros criminais anteriores; (ii) requisitos objetivos da lei; o princípio da proteção integral da criança e valorização da família; a presunção de imprescindibilidade da mãe aos cuidados; e a insuficiência da menção à reincidência (HC 169.406 AgR, j. entre 9.4.2021 a 16.4.2021); (iii) suficiência da domiciliar para o acautelamento processual; a pequena quantidade e o tipo de droga apreendida - 9,49g de maconha; impossibilidade de afastar o enquadramento do tráfico privilegiado do art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006 com base em ilações sobre o pertencimento a organização criminosa ou a dedicação

a atividades ilícitas (HC 155.507, j. em 14.5.2019); e (iv) crime praticado sem violência (pertencimento à organização criminosa) e excesso de prazo para julgamento do recurso da defesa (HC 158.123, j. em 11.6.2019).

Nota-se que, em ao menos um desses acórdãos unânimes da Primeira Turma relacionados a imputações da Lei de Drogas, há menção sobre a possível configuração do “tráfico privilegiado” (item *iii* acima referido). Nessa hipótese, há entendimento consolidado, com a edição do enunciado vinculante n. 59 do STF, no sentido de ser impositiva a fixação do regime aberto e a substituição por restritivas de direito, exceto se outros vetores legais negativos impedirem. Portanto, diante do princípio da homogeneidade das cautelares penais, a condição de gestante e/ou mãe apenas se somou às circunstâncias que já obstavam a prisão preventiva.

Das 22 (vinte e duas) concessões e/ou confirmações de decisões concessivas da Segunda Turma, chama a atenção que, em apenas 4 (quatro), não houve divergência. Nesses 4 (quatro) acórdãos unânimes, constatamos: (i) o objeto do agravo regimental, em dois deles, centrou-se no histórico criminal anterior, mas o colegiado reafirmou a deliberação do *habeas corpus* coletivo de que a “reincidência” e/ou os “maus antecedentes” não afastam a substituição da prisão preventiva por domiciliar necessariamente (HC 168.374 AgR, j. entre 22.3.2019 a 28.3.2019; HC 164.368 AgR, j. entre 15.2.2019 a 21.2.2019); (ii) a fase de execução penal pelo delito praticado anteriormente não impede a substituição por domiciliar, em razão da baixa lesividade do novo crime que justificou a prisão preventiva (tentativa de furto) (HC 221.415 AgR, j. entre 10.2.2023 a 17.2.2023); e (iii) a simples menção à liderança de organização criminosa voltada ao desvio de cargas não constitui impedimento automático à prisão domiciliar (HC 189.996 AgR, j. entre 25.9.2020 a 2.10.2020).

Já nos outros 18 (dezoito) acórdãos concessivos da Segunda Turma em que houve registro de divergência, os motivos para a discordância foram: (i) tráfico em residência, em alguns desses casos, com menção ao envolvimento de outros familiares (HC 221.853 AgR, j. entre 19.5.2023 a 26.5.2023; HC 197.035 AgR, j. entre 5.3.2021 a 12.3.2021; HC 196.347 AgR, j. entre 24.9.2021 a 1.10.2021; Rcl 32.576 AgR, j. em 1º.9.2020); (ii) supressão de instância do pedido de substituição por prisão domiciliar (HC 192.627 AgR, j. entre 5.2.2021 a 12.2.2021; HC 175.846 AgR, j. entre 25.10.2019 a 4.11.2019); (iii) quantidade de registros criminais anteriores, com alguns deles transitados em julgado (HC 190.523 AgR, j. entre 18.9.2020 a 25.9.2020); (iv) a prisão domiciliar humanitária na fase de execução teria como pressuposto o cumprimento da pena em regime aberto (HC 203.249 AgR, j. entre 24.9.2021 a 1.10.2021; HC 192.787 AgR, j. entre 11.2.2022 a 18.2.2022; HC 222.430 AgR, j. entre 9.12.2022 a 16.12.2022; HC 154.694 AgR, j.

em 14.5.2019); (v) violações reiteradas do monitoramento eletrônico (HC 190.922 AgR, j. entre 29.10.2021 a 10.11.2021); (vi) natureza e quantidade da droga (HC 203.911 AgR, j. 27.8.2021 a 3.9.2021); (vii) indicação de participação relevante em organização criminosa somada à quantidade de droga apreendida (HC 167.947 AgR-Segundo, j. entre 9.10.2020 a 19.10.2020; HC 229.889 AgR, j. entre 1.9.2023 a 11.9.2023); (viii) situação de vulnerabilidade da vítima do crime patrimonial (HC 149.803 AgR, j. 11.9.2018).

O que se destaca nessas decisões concessivas é a existência de relevantes desacordos dos integrantes daquele colegiado sobre os critérios que podem legitimamente excluir a substituição da prisão preventiva por domiciliar.

Nos acórdãos denegatórios, observa-se que o Ministro Ricardo Lewandowski integrou a corrente vencida pela concessão da ordem em 22 (vinte e dois) ocasiões (dentre as vinte e três divergências contabilizadas nos julgamentos da Segunda Turma que indeferiam a domiciliar substitutiva), o que pode ser explicado pela sua posição mais restrita quanto aos motivos legítimos para manter a prisão preventiva das mulheres.

### **3 O acesso à justiça e as mulheres presas**

As metodologias feministas apontam para a falha das análises que não levam em conta as experiências e os valores mais típicos nas mulheres que nos homens. Demonstram também como os conceitos legais existentes, ainda que aparentemente neutros, podem colocar as mulheres em desvantagens (BARTLETT, 2020).

Nas interações da mulher com o sistema de justiça criminal, como destaca Marcos Melo (2018), é relevante notar que somente quatro dentre os mais de duzentos artigos que compõem a Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/1984) tratam das necessidades específicas femininas. Três deles foram incluídos nos anos 2000 e um na década de 1990.

Disso resulta que o sistema penitenciário foi gestado “por e para homens”, como enfatizam Ela Wiecko e Carmen Hein de Campos (2018), daí por que essas sensibilidades e a afetação desproporcional da política de drogas nas vidas das mulheres e de suas famílias não podem ser desconsideradas pelo sistema de justiça.

Esse campo de estudos também demonstra as interseccionalidades entre o gênero e os marcadores de vulnerabilidade social no encarceramento das mulheres.

A isso se somam dados divulgados pelo Ministério da Justiça relacionados à expansão do aprisionamento feminino nos anos 2000, superior a 500% (Infopen Mulheres). Há relatório do Conselho Nacional de Justiça (2021) que indica a estabilização nessas cifras após o ápice verificado em 2016. Ainda assim, segundo o documento do CNJ, com base nas informações do ano de 2020, somente 16,5% das prisões femininas possuíam espaço para gestantes e lactantes e somente 4,1% dessas unidades dispunham de berçário ou instalações materno-infantil.

Num estudo de caso em prisões no Estado de Santa Catarina (CORTINA, 2015), a autora enfatiza a ausência de creches nas instituições masculinas de segregação, o que reflete o padrão cultural pelo qual os cuidados com os filhos são reservados às mulheres. Já nos tipos de trabalho oferecidos às presas, verificou-se o predomínio das atividades de costura, bordado e cuidado pessoal. Daí a pesquisa conclui que, além de romper vínculos familiares, a prisão tampouco cumpre a função declarada de reintegração para a vida extramuros.

Com a nomeação do aprisionamento feminino como problema, surgiram condições para o julgamento do habeas corpus coletivo em favor das gestantes, parturientes e mães de crianças no Supremo Tribunal Federal. A admissibilidade, os limites da decisão e outros aspectos formais ocuparam boa parte dos debates durante o julgamento, uma vez que ainda não havia previsão legislativa expressa desse instrumento processual<sup>2</sup>.

Mas a tutela coletiva do direito individual à liberdade ambulatorial já era sustentada pela doutrina (SARMENTO, 2018; DANTAS, 2019), tanto pela maleabilidade e flexibilidade do habeas corpus como pelos direitos fundamentais ao acesso à justiça e à tutela jurisdicional efetiva.

No tema da legitimação, não houve dúvida no julgamento sobre a representatividade da Defensoria Pública da União para substituir o grupo vulnerável de mulheres presas. Diante dos desafios para a expansão e interiorização da Defensoria, parece certo o alinhamento de suas funções institucionais com a tutela das coletividades vulnerabilizadas, o que exige instrumentos processuais adequados (AMARAL; MACHADO; ZACKSESKI, 2022).

<sup>2</sup> Mais recentemente foi editada a Lei 14.636/2024, que alterou o art. 647-A Código de Processo Penal para prever: “No âmbito de sua competência jurisdicional, qualquer autoridade judicial poderá expedir de ofício ordem de habeas corpus, individual ou coletivo, quando, no curso de qualquer processo judicial, verificar que, por violação ao ordenamento jurídico, alguém sofre ou se acha ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção. Parágrafo único. A ordem de habeas corpus poderá ser concedida de ofício pelo juiz ou pelo tribunal em processo de competência originária ou recursal, ainda que não conhecidos a ação ou o recurso em que veiculado o pedido de cessação de coação ilegal.”

As ponderações e os debates durante o julgamento do habeas corpus coletivo refletem a solução consensual a que se chegou<sup>3</sup>, sem a definição precisa dos critérios e parâmetros que impedem a prisão domiciliar.

Depois de ser apartado sobre as exigências probatórias relacionadas à condição de guardião, foi dito pelo Relator: “Não estamos retirando totalmente a discricionariedade do juiz para examinar cada concreto, mas estamos estabelecendo diretrizes firmes e rigorosas”. Apesar de os casos examinados nesta pesquisa indicarem o alinhamento efetivo do Ministro Ricardo Lewandowski com a interpretação abrangente do direito à prisão domiciliar substitutiva<sup>4</sup>, o resultado alcançado na deliberação colegiada foi o de admitir a denegação em “situações excepcionalíssimas”, mas sem defini-las minimamente.

Gustavo Henrique Badaró critica a generalidade e a indeterminação dessa expressão para impedir a prisão domiciliar (BADARÓ, 2023), pois se acaba por remeter ao juiz a avaliação individual dos casos, com isso, não se impede a multiplicação das demandas voltadas a discutir justamente a correção dos critérios de enquadramento adotados nessas “situações excepcionalíssimas” não indicadas no julgamento. Essa falta de precisão se potencializa, como ressaltado pelo autor, diante dos parâmetros também bastante amplos sobre o que é “ordem pública” para fundamentar a prisão preventiva.

Há pesquisas que sinalizam a interferência de julgamentos morais das mulheres e excessiva discricionariedade na fundamentação principiológica das decisões denegatórias e concessivas (BERDET, 2023). Aponta-se que os mesmos parâmetros normativos, como o “melhor interesse da criança”, são usados ora para conceder ora para denegar a prisão domiciliar substitutiva.

Essas resistências à concessão da domiciliar normalmente abarcam, como identificado por REFOSCO e WURSTER (2019): exigências probatórias da condição de guardião de fato; ausência de demonstração da precariedade da estrutura na unidade prisional; presunção de negligência materna pela prática do crime; presunção de situação de risco aos filhos pela prática do tráfico em residência; e a gravidade abstrata dos crimes imputados.

<sup>3</sup> Um ponto importante do voto condutor foi a presunção de credibilidade à palavra da mãe biológica sobre a situação de guardião. Todavia, em um dos debates no qual o Relator propôs dar à mãe a credibilidade ao menos no momento inicial, outro Ministro ponderou: “*Eu sempre tenho muitas dúvidas em amarrar e já disse isso no Plenário e aqui na Turma [...] Existem situações de maternidade que, embora não tenha havido a perda do pátrio poder por parte de uma ação do Estado, a própria criança não quer ficar com a progenitora*”.

<sup>4</sup> Aqui usamos o termo direito por compreender que a legislação previu, como regra, a domiciliar e projetou objetivamente as hipóteses nas quais seria inadequada. Não negamos, com isso, que a substituição da prisão preventiva possa ser denegada motivadamente, mas discordamos das referências à substituição como “faculdade” do julgador.

Por isso, diante da insuficiência da previsão normativa, a adoção de protocolos de atuação institucional (SUXBERGER, 2024), também no caso das gestantes, parturientes e mães de crianças aprisionadas, constitui ponto de partida relevante para o monitoramento da política legislativa de desencarceramento dessas mulheres.

A Resolução n. 369/2021 do Conselho Nacional de Justiça estabeleceu parâmetros e procedimentos visando ao cumprimento do *habeas corpus* coletivo relacionado ao objeto deste artigo<sup>5</sup>. Como salientado em publicação do CNJ (2021), é fundamental a obtenção transparente dos dados que compõem esses cadastros, indicando-se a finalidade da coleta, para reforçar a confiança entre o responsável pela obtenção e a pessoa entrevistada.

Verifica-se na resolução o apontamento das informações a serem contempladas pelos sistemas e cadastros dos estabelecimentos penais, nas fases de processo e execução: (i) condição gravídica e estágio da gestação, (ii) especificação da quantidade filhos, data de nascimento e situação de cada um deles; (iii) se o crime imputado foi praticado contra o próprio filho ou dependente. Além disso, estão previstos alertas à autoridade judicial nos casos aparentemente elegíveis quanto à “necessidade de analisar a possibilidade de substituição da prisão preventiva por domiciliar, e o cabimento de saída antecipada do regime fechado ou semiaberto, conforme Súmula Vinculante n. 56”.

Esse provimento normativo também traz critérios a serem considerados na análise judicial do direito à domiciliar: excepcionalidade do encarceramento dos responsáveis por crianças e pessoas com deficiência; presunção legal de indispensabilidade dos cuidados maternos; presunção de a separação das mães afrontar o melhor interesse; e desnecessidade de comprovar a inadequação do ambiente carcerário.

Embora a criação dos protocolos seja fundamental, o monitoramento depende da efetiva adesão dos juízes, o que ainda é um desafio, seja pela necessidade de alimentação correta dos cadastros, seja pela ausência de implantação do Sistema Eletrônico de Execução Unificada em todos os tribunais.

<sup>5</sup> Essa Resolução também alcançou o cumprimento do *habeas corpus* coletivo que versa sobre os pais que são os únicos responsáveis pelos cuidados de criança ou filho com deficiência (HC 165.704).

#### 4 Crime de tráfico de drogas e delitos correlacionados

O Relatório de Informações Penais da Secretaria Nacional de Políticas Penais (SISDEPEN), referente ao segundo semestre de 2023, registrou que a população prisional feminina totalizava 26.876 mulheres. Nesse universo, 60,86% são pardas ou pretas; 51,35% ainda não acessaram o ensino médio; 43,67% possuem um ou mais filhos; 61,63% declararam não possuir cônjuge e não viver em união estável; 61,83% residiam em área urbana antes da entrada no sistema prisional; 51,45% estão encarceradas por crimes previstos na Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006).

Embora o relatório não trace combinações desses dados e, por esse motivo, não permita uma identificação precisa do perfil das mulheres encarceradas pelo tráfico e crimes conexos, há levantamentos dos indicadores de fragilidades sociais que as atingem, como desemprego, baixa escolaridade, histórico de dependência química e responsabilidade exclusiva pelo sustento e criação dos filhos (CORTINA, 2015). Esse quadro denota que a ausência do Estado Social acaba conduzindo esse grupo vulnerável à repressão do Estado Penal (MORAES; WOLFF, 2010).

O significativo percentual de mulheres envolvidas com crimes relacionados ao tráfico de drogas pode ser explicado não apenas pela oportunidade econômica e pela necessidade de prover a subsistência de sua família, mas também pela possibilidade de aliar a atividade com suas responsabilidades domésticas e maternas (CORTINA, 2015). Em geral, as mulheres comercializam o entorpecente nas suas próprias residências e exercem papel de menor relevância na estrutura organizacional do narcotráfico (REFOSCO; WURSTER, 2019). Tal como ocorre no mercado de trabalho, as funções de maior protagonismo e melhor remuneração são usualmente destinadas aos homens.

Além disso, a política de “combate às drogas”, que estimula ações policiais em bairros periféricos, muitas vezes infringindo o direito à inviolabilidade domiciliar, revela o alcance seletivo da justiça criminal, cuja contenção alcança majoritariamente o comerciante da ponta da cadeia produtiva, que não auferir grandes lucros e não apresenta papel tão significativo na lógica organizacional desse mercado ilícito<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> A pesquisa “Perfil do Processado e Produção de Provas nas Ações Criminais por Tráfico de Drogas: relatório analítico nacional dos Tribunais Estaduais de Justiça Comum”, do IPEA, publicada em 2023, aponta que 87,4% dos processos criminais de drogas analisados iniciam com auto de prisão em flagrante e em apenas 11,9% deles a instauração do inquérito foi precedida de investigação. Esses dados demonstram que a política de repressão às drogas é conduzida principalmente pela abordagem da polícia ostensiva, em rondas de rotina, sem investigação prévia, o que explica a maior suscetibilidade de prisão do pequeno traficante e, portanto, das mulheres, já que, majoritariamente, exercem esse papel.

Como bem ponderou Katie Argüello, apoiada na criminologia crítica, a guerra às drogas tem como alvo o setor mais inofensivo da rede criminosa, operado pelos mais vulneráveis da sociedade, e essa seleção não é aleatória, mas é influenciada por interesses socioeconômicos que reforçam a desigualdade social (2013). É uma política incapaz de cumprir os objetivos anunciados de redução do uso, produção e comércio, mas eficaz para reproduzir violência (ARGUELLO; MURARO, 2015).

Entender tais contextos, com a contribuição dos discursos criminológicos críticos e feministas, ajuda a desconstruir o estereótipo da mulher traficante como mãe irresponsável e incapaz de cuidar dos filhos, bem como para evitar a sua estigmatização e marginalização.

Perspectivar o problema a partir do conhecimento das características dessa mulher (majoritariamente, com baixa renda; formação escolar incompleta e chefe de família monoparental), assim como da seletividade do sistema criminal, possibilita outras ópticas de reflexão sobre a natureza dos fundamentos judiciais mobilizados para denegar o direito à substituição da prisão domiciliar. Reforçam a estigmatização da mãe? Condizem com a realidade social das mulheres apurada pela criminologia feminista? Denotam julgamentos morais?

Na presente pesquisa, confirmou-se a predominância dos delitos relacionados ao narcotráfico (83,8%). Em 78 (setenta e oito) acórdãos havia menção a crimes tipificados na Lei de Drogas e/ou a organizações criminosas vinculadas ao comércio ilegal de entorpecentes.

Nesses casos, identificamos como motivações para negar o direito à prisão domiciliar, enquadradas como “situações excepcionalíssimas”: local do tráfico (em residência ou estabelecimento prisional; próximo à escola); quantidade, natureza e variedade de entorpecentes apreendidos; apreensão cumulativa de arma de fogo e maquinários relacionados à traficância; crime praticado com envolvimento de adolescente ou de membros da família, ou na presença dos filhos; participação em organização criminosa, no exercício de liderança ou em papéis importantes na organização; estrutura de profissionalismo do grupo criminoso; reiteração criminosa; habitualidade delitiva; descumprimento de medidas cautelares; histórico de atos infracionais; caracterização de fuga; condição de usuária de drogas; ausência de comprovação de imprescindibilidade da presença materna e delegação dos cuidados a terceiros.

A menção ao tráfico em residência foi observada em 23 acórdãos denegatórios. Embora tenha sido um dos fundamentos mais frequentes, não foi referido como critério único. Constatou-se que os acórdãos fazem menção a outros fatores para negar o direito à domiciliar (como reiteração delitiva; envolvimento de adolescente; quantidade de droga apreendida, apreensão cumulativa de arma e outros objetos; condição de foragida).

Sobre o tema, identificamos um acórdão confirmatório da concessão da domiciliar, proferido em 2021, pela Segunda Turma, em que constou expressamente do voto condutor que: “[o] fato de o tráfico de drogas ser supostamente cometido em ambiente doméstico não deve ser, por si só, óbice à concessão da prisão domiciliar” (HC 203.911 AgR, j. 27.8.2021 a 3.9.2021). Todavia, os votos divergentes proferidos nesse julgamento agregavam ao local do crime o tipo e a quantidade de droga, a apreensão de munições de arma de fogo e a condição de foragida.

A amostra deste artigo não permitiu traçar generalizações sobre os critérios adotados pelo STF para que a apreensão de droga em domicílio afaste a prisão preventiva, especialmente quando não concorrem outros fatores percebidos como indicadores da gravidade da conduta. Verificamos, em alguns votos, a especificação de que a residência funcionava como centro de distribuição de drogas, mas outros parecem associar diretamente a apreensão na casa com a “negligência materna”.

Se por um lado a prática do crime em residência é um critério que pesa na denegação do direito, em sentido contrário, alguns acórdãos sinalizaram desvalor ao fato de a mãe deixar os filhos aos cuidados de terceiros para praticar o crime.<sup>7</sup>

Outros acórdãos denegaram o direito à domiciliar lastreados na conclusão das instâncias judiciais anteriores de que não houve comprovação da imprescindibilidade da presença materna, somada a outros fatores. Esse fundamento parece destoar das premissas firmadas no habeas corpus coletivo, assentadas em lógica inversa: a da presunção de que a presença materna é necessária e importante aos cuidados das crianças.

Chamou atenção o acórdão denegatório da Segunda Turma que validou a fundamentação do juízo de origem baseada na percepção de gravidade do fato, associada à presunção de risco de reiteração delitiva, em razão do local do crime e do vínculo conjugal com detento, embora a paciente fosse primária e sem antecedentes criminais. Na hipótese, foi imputada a conduta do art. 37 da Lei de Drogas<sup>8</sup>, na modalidade tentada, por ingressar no presídio, em dia de visita, com sete

<sup>7</sup> Exemplificando: “Para além de observar a grande quantidade de drogas apreendidas, restou demonstrado que a paciente ‘deixou sua prole sozinha - provavelmente sob os cuidados de terceira pessoa - para, com seu companheiro, se deslocar do estado do Rio Grande do Sul até o Paraná, neste pernoitar e retornar, para, possivelmente só muito tempo depois, dado que almejavam ir até a cidade de Porto Alegre, encontrar seus filhos. Além disso, dos documentos reportados há a informação de que são todos filhos de outros pais, não de seu companheiro e corréu (...), o que evidencia terem também a família paterna para lhes atender.’” (HC 202.052 AgR, j. entre 8.10.2021 a 18.10.2021)

<sup>8</sup> Art. 37. Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 da Lei de Drogas: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos (...)

adaptadores para leitura de cartões de memória e dois micros cartões de memória, escondidos na sua cavidade íntima.

Nesse caso, o decreto prisional, reproduzido no acórdão, considerou que: “a conduta que lhe é atribuída é gravíssima, notadamente se considerado que praticada dentro de unidade que abriga detentos integrantes de conhecida organização criminosa”. E ainda: “o fato de ter companheiro preso e de realizar, portanto, rotineiramente visitas na unidade, faz presumir conhecimento das consequências devastadoras da conduta (...), denotando, assim, risco real de (...) voltar a delinquir”.

O voto prevalecente enquadrou a situação como excepcionalíssima, “por estar evidenciada a possibilidade de reiteração delitiva (...) e não ter sido demonstrado estar a criança sob os seus cuidados” (HC 182.701 AgR, julgado em sessão virtual de 10.4.2020 a 17.4.2020).

No tocante à quantidade de droga apreendida, essa circunstância, combinada com outros fundamentos, foi valorada em 19 acórdãos denegatórios. Todavia não é possível extrair dos julgados um parâmetro mais preciso do que seria um montante significativo, já que os casos analisados variam entre medições de gramas a quilos de entorpecentes.

A ausência de objetividade do critério pode ser visualizada no acórdão do HC 196.919, proferido em 2021, pela Primeira Turma, em que prevaleceu o voto denegatório motivado na reincidência específica e quantidade de droga apreendida – 46 porções de cocaína, pesando o total de 10 (dez) gramas. Em sentido oposto, o voto divergente considerou que o registro criminal e a “reduzida quantidade de droga” não justificavam o indeferimento da domiciliar.

O relativismo dessa aferição também pode ser constatado nas discussões acerca dos requisitos e pressupostos da prisão preventiva. Há precedentes de ambas as Turmas (fora do universo dos acórdãos desta pesquisa) que dizem não haver periculosidade suficiente ou gravidade na conduta de comercializar poucos gramas entorpecente. Ora, se não caberia preventiva, tampouco poderia ser cogitado, em contextos fáticos similares, o confinamento das mulheres em domicílio.

Sem a pretensão de exaurir o debate, registramos a existência de julgados nos quais a ordem foi concedida para revogar a prisão cautelar porque a quantidade reduzida da droga apreendida não denota periculosidade do acusado ou gravidade da conduta: HC 176.018, Redator p/ acórdão Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe de 12.12.2019 (96g de maconha); HC 176305 AgR, Redator p/ acórdão Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe de 18.06.2020 (104,72g de cocaína); HC 223632 AgR, Relator Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe de 24.02.2023

(47g de cocaína e 69g de maconha); HC 213438 AgR, Relator Edson Fachin, Segunda Turma, DJe de 18.11.2022 (137g de cocaína). Em sentido mais abrangente, há julgados que consideram inválido vincular a variedade e o peso do entorpecente com a necessidade da custódia preventiva: “a quantidade e natureza da droga, por si só, não é fato hábil a embasar a constrição cautelar” – HC 200.288 AgR, Redator p/ acórdão Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 30.09.2021 (mais de 20kg de cocaína).

O cotejo dessas duas situações aparentemente contrastantes pode ser explorado em pesquisas empíricas futuras com amostra mais ampla de julgados e outra abordagem.

Importante registrar que, em sede de repercussão geral (Tema 506, RE 635659, Relator Gilmar Mendes), houve grande esforço do STF para estabelecer um critério objetivo com o fim de diferenciar o usuário do traficante de drogas. Decidiu-se, por maioria dos votos, que se presume usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo até 40 gramas de maconha ou seis plantas-fêmeas, até que o legislativo regulamente a matéria.

A definição de balizas objetivas também é importante para discernir as condutas relacionadas ao tráfico de drogas e, com isso, evitar o subjetivismo dos atores envolvidos nos processos de criminalização secundária sobre o que seja “gravidade concreta”.

Esse enquadramento, quando feito sem critério válido, repercute no tempo de prisão processual a que alguém pode ser indevidamente submetido. Ademais, o exame dos requisitos da preventiva antecede a própria análise da substituição por domiciliar. Caso ausentes esses pressupostos justificadores da privação processual da liberdade, a conclusão resultará mais favorável às mulheres gestantes e mães.

Em publicação divulgada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sobre as mulheres privadas de liberdade na América (2023), reflete-se sobre a inobservância do princípio da proporcionalidade das sanções no contexto de enrijecimento das políticas de repressão ao comércio ilícito de drogas, uma vez que essas legislações usualmente não trazem o escalonamento da pena conforme a gravidade<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Menciona-se em tradução livre, que (2023, p. 38): a “CIDH tomou conhecimento de 100 críticas às políticas de drogas por vulnerar o princípio da proporcionalidade, uma vez que as legislações adotadas nesse cenário sancionariam estas condutas com elevadas penas de prisão sem distinguir entre: i) delitos de drogas de baixa e alta gravidade; ii) delitos violentos e não violentos; iii) distintos níveis de participação; iv) os diferentes tipos de droga. Isso significa que, apesar da regulação de diversas modalidades delitivas, em geral, não se realizariam distinções segundo o nível de participação abarcando todos os contatos com a substância com a mesma faixa de pena. Assim, o

Contrariando essas diretrizes, identificamos que a condição de usuária foi expressamente valorada para estigmatizar a mulher, pois enquadrada em “situação excepcionalíssima”, muito embora também tenham sido referidas outras circunstâncias como o tráfico em domicílio e à reincidência (HC 185040 AgR, Primeira Turma, j. 16.06.2020).

## **5 As reentradas no sistema de justiça criminal**

O retorno de pessoas incriminadas ao sistema de justiça criminal está associado à falha estatal em cumprir a finalidade declarada de prevenção especial positiva da pena. Para além de não viabilizar a reintegração social de egressos, normalmente a privação de liberdade produz efeitos contrários, como demonstrou a criminologia crítica.

Ainda assim, a legislação penal prevê outros gravames caso seja configurada a “reincidência”, os quais atingem: a fase de investigação (impedimento à fiança, interferência na possibilidade de o Ministério Público oferecer transação penal nos crimes de menor potencial ofensivo); o processo de conhecimento (incremento da quantidade de pena; determinação de regime inicial mais gravoso; exclusão e/ou limitações aos substitutivos à privação de liberdade); e a fase de execução da pena (ampliação do prazo da prescrição; fração de cumprimento de pena mais rigorosa para progressão de regime), além de outros.

Martinelli e De Bem (2020) consideram que a censura ao sujeito recidivo se aproxima dos modelos de direito penal do autor e se afasta da culpabilidade pelo fato. Isso porque o agravamento não decorre da relação dessa circunstância com o crime futuro, mas se baseia em uma presunção de periculosidade. Propõem os autores a ampliação da incidência do princípio *ne bis in idem* como forma de atenuar o prejuízo de que decorre a valoração dessa circunstância nas diferentes fases da persecução penal.

A justificativa para a censura mais intensa aos que reingressam nas agências estatais segue o critério individualista. O pressuposto da autorresponsabilidade parece ser levado ao extremo, não sendo incomuns decisões que qualificam o histórico criminal anterior como “escolha de

*diferente tratamento dos delitos de droga estaria limitado a um agravamento da pena sob certas circunstâncias. Nesse contexto, a falta de proporcionalidade no tratamento dos delitos de droga resulta em: i) sanção com elevadas penas de prisão de todas as condutas vinculadas com droga; ii) punição do consumo ou porte para uso pessoal; iii) submissão a processo penal pessoas com baixo nível de participação dentro da cadeia delitiva, especialmente mulheres”.*

permanecer no caminho do crime”, daí concluem pela insuficiência das medidas cautelares substitutivas para assegurar a ordem pública.

Vimos como uma das diretrizes do julgamento do *habeas corpus* coletivo foi a de que o passado criminal não excluía automaticamente a possibilidade de prisão domiciliar.

A regulação legislativa posterior somente tratou da “reincidência” na execução penal, quando incluiu, entre as competências do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), a de acompanhar a reintegração social das mulheres contempladas pelas frações mais benéficas de progressão do regime prisional e produzir estatísticas<sup>10</sup>. Nada dispôs sobre os efeitos do passado criminal na privação cautelar da liberdade.

Nos julgados analisados, o Min. Ricardo Lewandowski sustentava a previsão exaustiva em lei dos efeitos prejudiciais decorrentes da configuração de “reincidência”. Concluía, então, que o silêncio do “Estatuto da Primeira Infância” sobre a circunstância agravante impossibilitava a denegação pelas motivações vinculadas “unicamente” aos registros criminais anteriores. Já nos casos relacionados a outros tipos de reentrada da mulher no sistema de justiça, como de violação das medidas cautelares fixadas anteriormente, segundo os fundamentos de seus votos, competia ao juiz da causa orientar a mulher e traçar estratégias para evitar o descumprimento<sup>11</sup>.

Dizer que o histórico anterior “isoladamente” não basta para afastar a domiciliar parece coerente com as disposições do *habeas corpus* coletivo. Indica posicionamento mais restritivo sobre a influência das reentradas para obstar a substituição. Contudo, tampouco há nesses votos uma tipologia ou especificação concreta dos fatores combinados que poderiam justificar a manutenção da prisão preventiva.

No esforço de identificar os parâmetros, verificamos alguns julgamentos colegiados que consignaram a menor gravidade do crime como fator para neutralizar os registros criminais anteriores existentes. Em um deles, havia nos argumentos menções à prática de crime patrimonial sem violência, ao reduzido valor dos bens subtraídos; à devolução dos itens ao proprietário e ao

<sup>10</sup> De acordo com o inciso incluído (VII), passa a ser atribuição do DEPEN “acompanhar a execução da pena das mulheres beneficiadas pela progressão especial de que trata o § 3º do art. 112 desta Lei, monitorando sua integração social e a ocorrência de reincidência, específica ou não, mediante a realização de avaliações periódicas e de estatísticas criminais”. Ademais, dispôs sobre a finalidade dessas medidas: § 2º “Os resultados obtidos por meio do monitoramento e das avaliações periódicas previstas no inciso VII do caput deste artigo serão utilizados para, em função da efetividade da progressão especial para a ressocialização das mulheres de que trata o § 3º do art. 112 desta Lei, avaliar eventual desnecessidade do regime fechado de cumprimento de pena para essas mulheres nos casos de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça”.

<sup>11</sup> Exemplificativamente: HC 168.374 AgR, Segunda Turma, j. entre 22.3.2019 a 28.3.2019; HC 190.523 AgR, Segunda Turma, j. entre 18.9.2020 a 25.9.2020; HC 190.922 AgR, Segunda Turma, j. entre 29.10.2021 a 10.11.2021; HC 196.347 AgR, Segunda Turma, j. entre 24.9.2021 a 1.10.2021

regime aberto da condenação pelo crime anterior. No que tange às condições pessoais da mulher, além de mãe, a paciente estava grávida. A existência de condenação anterior, pelo conjunto de circunstâncias valoradas pelo colegiado, não era impeditiva à substituição por domiciliar (HC 221.415 AgR, Segunda Turma, j.10.2.2023 a 17.2.2023).

A quantidade e a espécie de droga apreendida (48,1 gramas de maconha) também foram destacadas para possibilitar a substituição por prisão domiciliar, nada obstante o registro criminal anterior e a menção ao descumprimento de medida cautelar (HC 202.052 AgR, Primeira Turma, j. 08/10/2021 a 18/10/2021), já os votos divergentes enquadraram a “reiteração criminosa” noticiada no caso como “situação excepcionalíssima”.

Nas hipóteses referidas como “habitualidade”, o STF tem compreendido justificada a prisão preventiva e impossibilitado a substituição por domiciliar. Adotou-se esse entendimento quando noticiadas imputações cumulativas dos crimes de patrocínio infiel, falsificação de documentos e estelionato, com menção a registros de cinquenta ações penais em diversas comarcas (HC 191.956 AgR, Segunda Turma, j. entre 9.10.2020 a 20.10.2020). Houve nesse julgamento o registro de voto divergente pela concessão da ordem, em coerência com a tese da taxatividade dos efeitos legais negativos da reincidência, adotada pelo Ministro Ricardo Lewandowski e sobre a qual comentamos.

Portanto, identificamos alguns consensos no STF, nas decisões que limitam os reflexos de um crime anterior (transitado em julgado ou não) quando o fato subsequente motivador da prisão preventiva é compreendido como de menor gravidade.

Todavia, como vimos no tópico anterior, há desacordos significativos entre integrantes dos colegiados sobre as percepções da quantidade e variedade de droga que possam ser consideradas “reduzida” ou “expressiva”, o que dificulta a sistematização, segundo a jurisprudência do STF, das consequências dos registros criminais anteriores na substituição por prisão domiciliar das mulheres gestantes e mães a quem se atribuem condutas relacionadas ao tráfico.

## **6 A prisão domiciliar durante a execução penal**

A Lei de Execuções Penais somente autoriza a concessão de prisão domiciliar humanitária expressamente nos casos da execução de pena em regime aberto (art. 117, III, da LEP - Lei de Execuções Penais).

O tema é controvertido, mas, para Rodrigo Roig (2023), ainda que o dispositivo legal faça referência ao regime de cumprimento, as razões que justificam a previsão legal são humanitárias e não têm relação com o tipo de pena executada. Diante disso, como demonstra o autor, outros direitos dos presos já foram considerados pelos Tribunais para admitir a substituição: a distância geográfica entre o local do cumprimento de pena e o da residência; a impossibilidade de assistência médica aos que convalescem por doença grave no estabelecimento; inexistência de unidade prisional compatível com os regimes semiaberto e aberto.

A interpretação literal da LEP pode prejudicar a manutenção dos vínculos familiares das mulheres gestantes e mães quando a unidade prisional destinada ao cumprimento da pena for distante do local de moradia. Em artigo no qual relata uma de suas vivências profissionais, o Defensor Público Federal Gabriel Saad Travassos expõe a situação de uma assistida que não praticou fato desabonador durante o tempo em que esteve em prisão domiciliar substitutiva à preventiva, mas poderia ter sido encaminhada ao presídio distante de sua casa, somente pelo término do processo criminal, com a condenação no regime semiaberto. Caso o magistrado houvesse desconsiderado o direito à convivência familiar, ela seria repentinamente privada da coabitação com os filhos (TRAVASSOS, 2024).

Nessa pesquisa, localizamos 16 (quinze) acórdãos em que se discutiam os efeitos do habeas corpus coletivo nas hipóteses de execução da pena, 7 (sete) da Primeira Turma (todos denegatórios e unânimes) e 9 (nove) na Segunda Turma (três concessivos e seis denegatórios, com registro de divergência em cinco desses casos).

Notamos que a racionalidade dos julgamentos da Primeira Turma é bastante alinhada com a interpretação literal do art. 317, III, da Lei de Execuções Penais. Normalmente, consta na fundamentação desses julgados que o objeto do habeas corpus coletivo é a custódia cautelar de mulheres e não prisão definitiva. Portanto, concluem que somente as sentenciadas em regime aberto estão contempladas pela possibilidade de substituição por prisão domiciliar. Também encontramos a afirmação de que “flexibilizar o regime legal da pena” exige a comprovação da “situação de desamparo da criança” ou das “especificidades que a justifiquem no caso concreto”<sup>12</sup>.

Localizamos nos 3 (três) acórdãos concessivos da Segunda Turma a consideração de outros fatores e direitos dos presos para possibilitar a prisão domiciliar humanitária a pessoas que não cumpriam a pena no regime aberto. Verifica-se, em ao menos um deles (HC 222.430, AgR, j. entre

<sup>12</sup> Nesse sentido: HC 185.040 AgR, j. entre 5.6.2020 a 15.6.2020; HC 237.841 AgR, j. entre 12.4.2024 a 19.4.2024; HC 236.004 AgR, j. entre 15.3.2024 a 22.3.2024; HC 185.404 AgR, j. entre 13.11.2020 a 20.11.2020; HC 177.108 AgR, j. 8.5.2020 a 14.5.2020; HC 179.914 AgR, j. entre 17.4.2020 a 24.4.2020

9.12.2022), fundamentos que aproximam a situação das mulheres em prisão provisória descrita no habeas corpus coletivo e daquelas em execução de pena definitiva.

A situação de a mulher cumprir pena de 5 (cinco) anos por tráfico em regime semiaberto e a comprovação da debilidade do estado de saúde do seu companheiro para cuidar de si e do filho adolescente do casal foram consideradas para afastar a interpretação literal (HC 203.249 AgR, Segunda Turma, j. entre 24.9.2021 a 1.10.2021). O outro julgado valorou as recomendações editadas pelo Conselho Nacional de Justiça na época da emergência sanitária causada pela disseminação da Covid-19, para o fim de autorizar a saída antecipada do regime semiaberto (HC 192.787 AgR, j. entre 11.2.2022 a 18.2.2022). No último, aplicou-se, por analogia, o entendimento firmado no habeas corpus coletivo (HC 222.430 AgR, j. entre 9.12.2022 a 16.12.2022). Em todos esses casos, foram registradas divergências motivadas pela compreensão de que a domiciliar humanitária na fase de execução penal tem como pressuposto o regime aberto.

Verificamos nos acórdãos denegatórios da Segunda Turma do STF fundamentação bastante semelhante à referida quando descrevemos os julgados analisados sobre o tema na Primeira Turma: (i) a pena imposta com caráter definitivo constitui circunstância suficiente para afastar a aplicação do entendimento adotado no julgamento do habeas corpus coletivo (HC 201.999 AgR, j. entre 6.8.2021 a 16.8.2021); (ii) a concessão da prisão domiciliar em caso de execução da pena definitiva pressupõe o regime aberto (HC 187.305 AgR, j. entre 14.8.2020 a 21.8.2020; HC 187.851 AgR, j. entre 14.8.2020 a 21.8.2020; Segundo AgR no RHC 217.978, j. entre 16.6.2023 a 23.6.2023); (iii) não é possível o enquadramento na decisão do HC 143.641, tampouco na substituição do art. 117, III, da LEP, diante da condenação definitiva, porque não demonstrada a imprescindibilidade aos cuidados do filho (HC 192.838 AgR, j. entre 5.2.2021 a 12.2.2021 e RHC 218.447 AgR, j. entre 16.6.2023 a 23.6.2023).

Nota-se predominar, em ambos os colegiados do STF, a interpretação literal das hipóteses de condenação definitiva, não se acolhendo, em geral, os argumentos para a substituição por domiciliar quando a execução ocorre nos regimes semiaberto ou fechado. Identificamos certa permeabilidade nas hipóteses que outras razões se somavam à condição pessoal de gestante e/ou mãe de criança (problemas de saúde dos familiares e ampliação da vulnerabilidade pela pandemia). Somente em um dos julgamentos o motivo para a concessão decorreu da incidência, por analogia, das premissas do habeas corpus coletivo, independentemente do regime da pena fixado ou de outras circunstâncias humanitárias.

Desse modo, não foi acolhida pelos órgãos colegiados do STF a tese de aproximação das situações fáticas da mulher mãe e gestante, independentemente da natureza do título prisional,

nada obstante essa perspectiva haja sido registrada em alguns votos vencidos do Ministro Ricardo Lewandowski.

Vale lembrar que a Lei 13.769/2018 modificou tanto o Código de Processo Penal como a Lei de Execução “para estabelecer a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência e para disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação”.

Na LEP, além da prisão domiciliar humanitária às presas no regime aberto, a norma contemplou frações mais curtas para progressão especial da gestante e mãe, assim como estabeleceu a atribuição do DEPEN para “acompanhar a execução da pena das mulheres beneficiadas pela progressão especial de que trata o § 3º do art. 112 desta Lei, monitorando sua integração social e a ocorrência de reincidência, específica ou não, mediante a realização de avaliações periódicas e de estatísticas criminais”.

Isso demonstra que as mulheres privadas de liberdade em razão de condenação também estão alcançadas pela política legislativa de desencarceramento.

Desse modo, ainda que a interpretação literal tenha prevalecido no STF, são necessárias cautelas para que a condição de gestante, mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência não agrave a situação da mulher presa com título definitivo. Isso significa, pelo menos, que, quando concorrerem as exigências humanitárias por outros fatores de vulneração (como a impossibilidade de tratamento na unidade penal), devem ser aplicados os precedentes judiciais que já admitiam a prisão domiciliar, ainda que o regime da pena não seja o aberto.

## **7 Considerações finais**

A generalidade da expressão “situações excepcionalíssimas” tem sido identificada como uma das dificuldades à política legislativa de desencarceramento das mulheres gestantes, parturientes e mães de crianças, que foi precedida pelo julgamento do habeas corpus coletivo no Supremo Tribunal Federal.

Localizamos nos julgamentos da Segunda Turma significativos desacordos dos integrantes do colegiado sobre os critérios que excluem a substituição da prisão preventiva por domiciliar, tanto pela reduzida quantidade de julgamentos por unanimidade nas hipóteses de concessão como

pelos votos divergentes registrados nos acórdãos denegatórios. A combinação dos critérios classificatórios e a análise qualitativa dos julgamentos sinaliza que esses achados são explicados pela posição mais restrita de um dos integrantes desse colegiado, o Ministro Ricardo Lewandowski, quanto aos motivos legítimos para negar a domiciliar.

Vimos que a atuação do Conselho Nacional de Justiça para monitorar o cumprimento do *habeas corpus* coletivo estabeleceu os critérios para nortear as situações elegíveis à análise judicial do direito: excepcionalidade do encarceramento dos responsáveis por crianças e pessoas com deficiência; presunção legal de indispensabilidade dos cuidados maternos; presunção de a separação das mães afrontar o melhor interesse; e desnecessidade de comprovar a inadequação do ambiente carcerário.

Ainda que a providência seja relevante, diante das divergências verificadas na interpretação das gradações do tráfico de droga, crime mais recorrente no encarceramento de mulheres, entendemos que o trânsito para a uniformidade de tratamento das situações semelhantes, com a ampliação da segurança jurídica, ainda depende de iniciativas regulatórias, em lei ou precedentes vinculantes, que estabeleçam tipologia mais específica dos critérios excludentes da substituição da prisão preventiva por domiciliar.

No tema relativo à aplicação da racionalidade do *habeas corpus* coletivo às mulheres na fase de execução, entendemos que a interpretação literal da norma prevista na Lei de Execuções Penais pode prejudicar ou inviabilizar totalmente o direito constitucional à convivência familiar. Por isso, os critérios judiciais de análise são definidos mais pelas razões humanitárias que pelo regime de cumprimento da pena.

Os resultados da pesquisa confirmaram a maleabilidade dos critérios utilizados pelos julgadores para o indeferimento da prisão domiciliar substitutiva às mulheres gestantes, parturientes e mães de crianças.

## **Referências bibliográficas**

AMARAL, Alberto Carvalho; MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina. *A Defensoria Pública e o sistema de justiça criminal: possibilidades de novas interlocuções após a EC n. 80/2014*. Em: *Direito Penal e Acesso à Justiça: múltiplos olhares e dimensões do fenômeno criminal*. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.

ARGÜELLO, Katie. *O fenômeno das drogas como um problema de política criminal*. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Ano 2, nº 5, 3581-3606, 2013. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-do-instituto-do-direito-brasileiro-ano-2-2013-n-5/135>.

ARGÜELLO, Katie; MURARO, Mariel. *Las Mujeres Encarceladas por Tráfico de Drogas en Brasil: las Muchas Caras de la Violencia contra las Mujeres*. Oñati Socio-legal Series, 389-417, 2015. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2611052>.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos Recursos Penais*. 6. Ed. Ver., atual. E ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

BARTLETT, Katharine. *Métodos Jurídicos Feministas*. Trad. Alessandra Ramos de Oliveira Harden; Adriana Moellmann; Isabela Marques Santos. Em: SEVERI, Fabiana Cristina; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; MATOS, Myllena Calasans de. (Orgs) *Tecendo fios das Críticas Feministas ao Direito no Brasil II: direitos humanos das mulheres e violências: volume 1*. Ribeirão Preto: FDRP/USP, 2020, p. 242-360.

BATISTA, FULGÊNCIO; COSTA, ALEXANDRE. *Classificações e Marco Teórico*. 2022. ebook. Disponível em: [https://leanpub.com/marco\\_teorico](https://leanpub.com/marco_teorico). Acesso em: 14 maio 2024.

BERDET, Marcelo. *O Encarceramento feminino: A Criança na sala de justiça criminal*. RELAC - Revista Latino- Americana de Criminologia, Volume 3, n. 1, 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO FORA DA CONSTITUIÇÃO - 5 ANOS DEPOIS: Balanço e Projeções a partir do julgamento da ADPF 347*, 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Manual Resolução n. 369/2021 [recurso eletrônico]: substituição da privação de liberdade de gestantes, mães, pais e responsáveis por crianças e pessoas com deficiência*. Conselho Nacional de Justiça, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Departamento Penitenciário Nacional; coordenação de Luís Geral Lanfred [et al.]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2021.

BRASIL. Relatório de Informações Penais (RELIPENA): 2º semestre de 2023. Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN), Brasília, 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semester-de-2023.pdf>.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; CAMPOS, Carmen Hein de. *Sistema de justiça criminal e perspectiva de gênero*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 26, n. 146, p. 73-303, ago. 2018.

CORTINA, Monica Ovinski de Camargo. *Mulheres e tráfico de drogas: aprisionamento e criminologia feminista*. Revista de Estudos Feministas, v. 23, v. 3, p. 761-778, 2015. <https://doi.org/10.1590/0104-026X2015v23n3p761>.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informe sobre mujeres privadas de libertad en las Américas: aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 8 de marzo de 2023* (OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.L). Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2023/Informe-Mujeres-privadas-libertad.pdf>.

DANTAS, Eduardo Sousa. *Habeas corpus coletivo: cabimento e discussões sobre legitimidade*. Em: *Habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal. Vários autores. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schimitti. *Direito penal parte geral: lições fundamentais*. 5. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

MELO, Marcos Luiz Alves de. *Elas e o cárcere: um estudo sobre o encarceramento feminino*. Salvador: Oxente, 2018.

REFOSCO, Helena Campos; WURSTER, Tânia Maria. *Prisão domiciliar para gestantes e mães com filhos menores de 12 anos: habeas corpus coletivo e individuais na jurisprudência recente no Supremo Tribunal Federal*. Em: *Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal*. Vários autores. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: Teoria crítica*. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

SARMENTO, Daniel. *O cabimento do habeas corpus coletivo na ordem constitucional brasileira*. Em: *Direitos, Democracia e República – escritos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. *Prisão processual, teoria institucional e cultura jurídica*. Em: *Acesso à Justiça: Questão prisional no Brasil*. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2024.

TRAVASSOS, Gabriel Saad. *A prisão domiciliar de mulheres durante a execução da pena: as Olgas do Sistema Penitenciário Brasileiro*. *Revista da Defensoria Pública da União*, Volume 21, n. 21, 2024

WOLFF, Maria Palma; MORAES, Márcia Elayne Berbich de. *Mulheres e tráfico de drogas: uma perspectiva de gênero*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 18, n. 87, p. 375-395, 2010.