



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

IZABELA PADILHA SANTOS

DISCURSOS E PRÁTICAS DAS POLÍTICAS DE CONTROLE DO
ENCARCERAMENTO DE MULHERES GESTANTES OU COM FILHOS
DEPENDENTES NA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS: A SELETIVIDADE E
RESISTÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

BRASÍLIA, DF

2023

IZABELA PADILHA SANTOS

DISCURSOS E PRÁTICAS DAS POLÍTICAS DE CONTROLE DO
ENCARCERAMENTO DE MULHERES GESTANTES OU COM FILHOS
DEPENDENTES NA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS: A SELETIVIDADE E
RESISTÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dissertação de mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Direito,
da Universidade de Brasília, como
requisito para obtenção do título de mestre.

Orientadora: Profa. Dra. Maria Pia dos
Santos Lima Guerra Dalledone.

BRASÍLIA, DF

2023

Izabela Padilha Santos

**DISCURSOS E PRÁTICAS DAS POLÍTICAS DE CONTROLE DO
ENCARCERAMENTO DE MULHERES GESTANTES OU COM FILHOS
DEPENDENTES NA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS: A SELETIVIDADE E
RESISTÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito,
da Universidade de Brasília, como requisito para obtenção do título de mestre.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Maria Pia dos Santos Lima Guerra Dalledone
(Orientadora, Presidente)

Profa. Dra. Debora Bonat
(Membra Interna – UnB)

Profa. Dra. Camilla de Magalhães Gomes,
(Membra Externa – UFRJ)

Aprovação em 29 de junho de 2023.

BRASÍLIA – DF

2023

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Ana Maria, pela inspiração de como ser uma mulher à frente do seu tempo, pelo exemplo de amor, cuidado e compaixão em mim depositados ao longo de sua existência.

Ao meu pai, José Eugênio, pelo amor e carinho, além do suporte e exemplo de disciplina por leitura e dedicação aos estudos.

À Carolina, pelo amor único de irmã e pelo incentivo. Obrigada por ser a pessoa que compreende minha essência, minha trajetória e minhas escolhas. Amo-te além.

Ao meu sobrinho Rafael, pelo amor mais intenso e pela alegria de viver que motiva todos os meus passos.

Ao Edson, pelo companheirismo ao longo dos meses de escrita.

A toda a minha família, pelo suporte constante. Às primas, mulheres incríveis, e, especialmente, às minhas tias Arlete e Alice, por me transmitirem o amor deixado pela minha mãe.

À professora Dra. Maria Pia, pela orientação paciente, cuidadosa e precisa.

Às minhas amigas mulheres que ouviram, acolheram e torceram por esta conquista. Eu amo vocês.

À Dança e a todas, todos e todes com que ela me presenteou ao longo da vida. Sem o embalo dessa “terapia”, a conclusão deste trabalho tampouco teria sido possível.

Ao Superior Tribunal de Justiça e aos tesouros de amizades que ele me concedeu. O crescimento profissional nos vinte e dois anos de casa foi fundamental, mas o amor construído com essas companhias é inigualável. À Debora, a primeira dessa jornada, que permanece com tanta escuta e compreensão.

Às professoras e aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito, pelos ensinamentos. Às colegas e aos colegas de turma, por compartilharem comigo enriquecedores momentos desta jornada. À Lara, inspiração e parceira de estudo, que esteve sempre presente neste caminho.

À criadora de “Renaissance”, por, além de dar cadência à minha escrita, me fazer lembrar que renascimentos são possíveis.

Liberdade

Eu não tenho vocação para emudecer
Para evitar o conflito a qualquer custo
E permitir que façam comigo
Aquilo que não mereço
Eu não autorizo ninguém
A me colocar cabresto
Menos ainda essa gente
Que por mim não tem apreço
Eu quero poder falar com autoridade
Quando esse for o meu papel
E ser ouvida de verdade
Mas para isso...
Não perco mais uma só noite insone
Tatuei em mim palavras de Lispector
Liberdade é pouco
O que eu desejo ainda não tem nome

(Juliana Valentim – Palavras que dançam)

RESUMO

Este estudo pretende mostrar o perfil da mulher encarcerada e a trajetória daquelas que entraram na disputa pela conquista de mais um passo ao desencarceramento feminino (especificamente de gestantes e mães de filhos dependentes) e os resultados decorrentes da atuação judicante do Superior Tribunal de Justiça, no período da pandemia da covid-19. A pesquisa dedica-se a identificar as vozes das mulheres que engajaram nessa luta, mostrar o histórico legislativo e jurisprudencial sobre o tema e, a partir de pesquisa empírica, revelar o perfil da Corte Superior de Justiça pátria quanto aos respectivos pedidos de soltura e de prisão domiciliar. A investigação demonstra a resistente atuação do STJ na soltura de mulheres mães e gestantes, diante do não cumprimento estrito dos preceitos insertos nos mais destacados documentos legais e jurisprudenciais acerca da matéria, a saber, as “Regras de Bangkok”, o *Habeas Corpus* coletivo nº 143.641/SP do Supremo Tribunal Federal, o art. 318-A do Código de Processo Penal e a Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020, do Conselho Nacional de Justiça. O trabalho evidenciou os estereótipos de gênero, os quais, mesmo nos tempos da maior crise sanitária mundial, ainda permeiam a argumentação dos julgados avaliados. Estes atuam nas bases da maternidade desviante e promovem o duplo julgamento da mulher infratora, que resta prejudicada de forma desproporcional na intitulada guerra às drogas, considerando-se o tráfico de entorpecentes o crime de excelência desta pesquisa.

Palavras-Chave: mulher, mãe, gestante, pandemia, desencarceramento, Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT

This study aims to explore the profile of incarcerated women, focusing specifically on pregnant women and mothers of dependent children, and analyze the response of the Superior Court of Justice (STJ) in handling their requests for release and house arrest during the COVID-19 pandemic. By examining the legislative and jurisprudential history, conducting empirical research, and amplifying the voices of women involved in this struggle, this study seeks to unveil the STJ's performance and approach concerning these requests. The investigation reveals a concerning resistance by the STJ in granting release to mothers and pregnant women, as it fails to comply strictly with the principles outlined in key legal and jurisprudential documents, including the "Bangkok Rules," collective HC n. 143.641/SP of the STF, art. 318-A of the Code of Criminal Procedure, and Recommendation n. 62 of March 17, 2020, of the CNJ. The study exposes the persistence of gender stereotypes that continue to influence the analyzed decisions, even in the midst of the global health crisis. These stereotypes perpetuate the notion of deviant motherhood and subject women involved in criminal activity to a dual judgment, exacerbating the disproportionate harm they face, particularly in the context of the so-called war on drugs, where drug trafficking is a primary focus of this research.

Keywords: woman, mother, pregnant woman, pandemic, release, Superior Court of Justice.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Concessões de prisão domiciliar	106
Gráfico 2 – Tipo de prisão	107
Gráfico 3 – Espécies de crimes do total de processos.....	108
Gráfico 4 – Natureza dos crimes	108
Gráfico 5 – Recorrência dos crimes no universo das espécies	109
Gráfico 6 – Referências jurídicas e jurisprudencial	110
Gráfico 7 – Concessões e natureza dos crimes	111
Gráfico 8 – Percentual de concurso material dos crimes sem violência ou grave ameaça com o delito de tráfico de drogas.....	112
Gráfico 9 – Concessão de prisão domiciliar em crime de tráfico.....	113
Gráfico 10 – Concessão e natureza da prisão	113
Gráfico 11 – Motivos para concessão	114
Gráfico 12 – Motivos para denegação.....	116
Gráfico 13 – Motivos para denegação (situações excepcionalíssimas)	117
Gráfico 14 – Recorrência de situações excepcionalíssimas	117
Gráfico 15 – Concessão de prisão domiciliar em prisão cautelar de tráfico	118
Gráfico 16 – Motivos para concessão em prisão cautelar.....	119
Gráfico 17 – Motivos para denegação (situações excepcionalíssimas)	120
Gráfico 18 – Situações excepcionalíssimas	120
Gráfico 19 – Motivos para denegação.....	121
Gráfico 20 – Concessão de prisão domiciliar em prisão definitiva de tráfico.....	122
Gráfico 21 – Motivos para concessão	122
Gráfico 22 – Motivos para denegação.....	123
Gráfico 23 – Motivos para denegação (situações excepcionalíssimas)	124
Gráfico 24 – Situações excepcionalíssimas	124
Gráfico 25 – Concessão de crime com violência ou grave ameaça	125
Gráfico 26 – Crimes com violência ou grave ameaça	125
Gráfico 27 – Recorrência específica de crimes com violência ou grave ameaça	126
Gráfico 28 – Natureza da prisão em crimes com violência ou grave ameaça	126
Gráfico 29 – Motivos para denegação.....	128
Gráfico 30 – Recorrência da motivação específica para denegação	128
Gráfico 31 – Motivos para denegação.....	129
Gráfico 32 – Recorrência da motivação específica para denegação	130

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgRg	Agravo Regimental
Art.	Artigo
BNMP 2.0	Banco Nacional de Monitoramento das Prisões
CADHu	Coletivo de Advogados em Direitos Humanos
CEDAW	Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher
CF/88	Constituição Federal
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CNIEP	Relatório Mensal do Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNPCP	Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária
CPP	Código de Processo Penal
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
DPU	Defensoria Pública da União
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
ENCA	Encontro Nacional de Coletivos e Ativistas Antiproibicionistas
GAETS	Grupo de Atuação Estratégica das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital nos Tribunais Superiores
HC	<i>Habeas Corpus</i>
IBCCRIM	Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
IDDD	Instituto de Defesa do Direito de Defesa
IDDD	Instituto de Defesa pelo Direito de Defesa
INFOPEN Mulheres	Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias
ITTC	Instituto Terra, Trabalho e Cidadania
LEP	Lei de Execução Penal
MPF	Ministério Público Federal
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
RENFA	Rede Nacional de Feministas Antiproibicionistas
RHC	Recurso em Habeas Corpus
RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 O PERFIL DA MULHER ENCARCERADA E AS VOZES FEMININAS PELO DESENCARCERAMENTO	28
2 O ARCABOUÇO NORMATIVO E JURISPRUDENCIAL	49
2.1 O MARCO DA EXECUÇÃO PENAL E DA EXCEPCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA.....	49
2.2 ENCARCERAMENTO NO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL SOBRE O DESENCARCERAMENTO DESSAS MULHERES	67
2.3 CASOS AFETADOS À TERCEIRA SEÇÃO DO STJ PARA A FIXAÇÃO DE PARÂMETROS DE CONCESSÃO DA PRISÃO DOMICILIAR ÀS MÃES E GESTANTES ANTES DA PANDEMIA – ILUSTRAÇÃO E CONSIDERAÇÕES.....	81
2.4 A NATUREZA JURÍDICA DA RECOMENDAÇÃO Nº 62, DE 17 DE MARÇO DE 2020, E PONDERAÇÕES SOBRE SUA APLICAÇÃO COGENTE DIANTE DO CENÁRIO PANDÊMICO	90
3 OS JULGADOS DO STJ	105
3.1 CRITÉRIOS GERAIS.....	105
3.2 CONCESSÕES E DENEGAÇÕES DA PRISÃO DOMICILIAR	110
3.2.1 Crimes sem violência ou grave ameaça – tráfico, o crime de excelência.....	111
3.2.1.1 <i>Argumentos para conceder ou denegar na generalidade das prisões</i>	113
3.2.1.2 <i>Argumentos para conceder ou denegar – prisão provisória e prisão-pena</i>	118
3.2.2 Crimes com violência ou grave ameaça	125
3.2.2.1 <i>Argumentos para conceder ou denegar – prisão provisória e prisão-pena</i>	127
4 A ARGUMENTAÇÃO DO TRIBUNAL	132
CONSIDERAÇÕES FINAIS	166
REFERÊNCIAS	176

INTRODUÇÃO

O encarceramento feminino é um fenômeno que vem ganhando notoriedade, devido ao crescimento exponencial do número de mulheres presas ao longo das últimas décadas. Em relação aos homens, o aumento é desproporcional, e o tráfico de drogas segue sendo o delito de excelência, instrumento para a atuação seletiva do sistema de justiça criminal.

Em recente histórico, incluíram-se na pauta jurídico-política ações voltadas à adequação do sistema prisional e ao desencarceramento de mulheres gestantes, puérperas e mães, que sem essas especificidades já sofriam com ausência de políticas públicas voltadas ao atendimento das suas necessidades. O presídio é estabelecimento feito por homens e para homens e elas sempre aparecem como vítimas da discriminação no cenário penal.

A maioria das presas é mãe. O cenário de violações sofridas se agrava no ato de separação dessas mulheres da sua prole ou com a permanência de crianças no espaço degradante da clausura. São mulheres jovens, de baixas renda e escolaridade e, em regra, as únicas responsáveis pelos cuidados das/os filhas/os. Sem condenação definitiva, elas são massivamente levadas ao cárcere e lá abandonadas.

Não bastasse o panorama desonroso enfrentado por essas mulheres na prisão, a pandemia do novo coronavírus, oficialmente decretada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) no dia 11/3/2020¹, acentuou a tensão na atuação judicante no âmbito do Poder Judiciário. Essa inquietação foi materializada na presença de um vírus – que, apesar da baixa letalidade universal², é dotado de alto potencial de propagação dentro de determinadas condições, como presídios.

Decretada a situação pandêmica pela OMS, o Brasil, assim como diversos países no mundo, adotou medidas de contenção do vírus. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), levando em conta o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e sem olvidar da ausência de condições materiais e estruturais para o combate à propagação

¹ ADHANOM; Tedros. WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020. **World Health Organization**, [s. l.], 11 mar. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. Acesso em: 10 ago. 2021.

² Sobre a taxa de letalidade do novo coronavírus no Brasil, ver Painel Coronavírus disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 10 ago. 2021.

do novo agente infeccioso nos presídios, editou a Recomendação nº 62, de 17 de março 2020³.

As hipóteses legais (arts. 318, 318-A e 319-B, todos do Código de Processo Penal – CPP⁴, e 117, da Lei nº 7.210/1984⁵) e jurisprudencial (HC coletivo nº 143.641/SP⁶, do STF) ganharam reforço, diante da percepção pela necessidade de eventual política de desencarceramento em massa de mulheres mães, face à maior crise sanitária a ser enfrentada nos últimos tempos, aliada ao já reconhecido estado de coisas inconstitucional dos presídios brasileiros.

Segundo estudo publicado pelo CNJ em 2020, 25,7% dos estabelecimentos prisionais apresentavam péssimas condições, 10,2% apresentavam condições ruins, 48,4% revelavam situação regular, 14,1% apresentavam condições boas e apenas 1,6% mostrava condições qualificadas como excelentes⁷.

O problema central que orienta a pesquisa é a análise da aplicação seletiva de todo o arcabouço legal e jurisprudencial norteador do desencarceramento de mulheres gestantes e mães de filhos dependentes, incluindo a resistência à aplicação imperativa da Recomendação nº 62/2020 do CNJ.

O escopo foi a investigação do teor de cada instituto legal e jurisprudencial, no que concerne à categoria específica das referidas mulheres, e sua aplicação no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ). O objeto proposto para exame na pesquisa é, portanto, a tensão presente entre os ditames desses preceitos, na qualidade de política pública de desencarceramento, e os argumentos lançados pelos magistrados para negar o desencarceramento de mães e gestantes, agora no quadro de riscos da pandemia do novo coronavírus.

³ CNJ. **Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020**. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Brasília, DF: CNJ, 2020a. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original160026202003305e82179a4943a.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2021.

⁴ BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [1941]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 25 abr. 2023.

⁵ BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [1984]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 25 abr. 2023.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 143.641/SP**. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 9 de outubro de 2018a. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em: 8 out. 2022.

⁷ CNJ. Geopresídios: Dados das inspeções nos estabelecimentos penais. **CNJ**, [Brasília, DF], c2014. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php. Acesso em: 8 abr. 2023.

O debate não é novo e, no contexto pandêmico, persiste o questionamento feminista à criminologia crítica, que, em verdade, é uma crítica ao androcentrismo das ciências jurídicas, que, sob o argumento da discricionariedade, da inafastabilidade da apreciação das circunstâncias do caso concreto pelo juiz e do seu livre convencimento, perpetua a prática segregacionista preconceituosa e alicerçada em estereótipos de papéis de gênero.

É sob essa perspectiva que se deve entender como os supostos avanços jurídicos cristalizados em tratados internacionais, nas leis nacionais, na jurisprudência e na aludida recomendação, ainda que tratem sobre política criminal voltada às mulheres (grávidas e com filhos dependentes) na verdade são mecanismos de controle social exercido pelo sistema capitalista, racista e patriarcal, mesmo no contexto de uma crise sanitária mundial, que escancarou os prejuízos à categoria em comento.

Dentro desse contexto, apesar do incentivo ao desencarceramento e dos mecanismos de monitoramento de aplicação dos institutos legais e jurisprudenciais aqui tratados, no que se refere à categoria que ora se discute, da simples pesquisa de jurisprudência na página eletrônica do STJ, notou-se um elevado número de decisões e acórdãos em *habeas corpus* em pedidos de prisão domiciliar ou antecipação de progressão de regime durante a pandemia. No entanto, a busca revelou baixo percentual de concessões de ordem com fundamento exclusivo na condição de mãe, gestante ou lactante, bem como nos riscos por efeito da pandemia do novo coronavírus.

Por isso a relevância de investigar a manutenção de mulheres infratoras, em sua maioria da classe trabalhadora, genitoras, mães e negras, em meio à grave crise sanitária mundial, no sistema punitivo, por força da estrutura social e judicial brasileira. Premente, portanto, é a necessidade de explicitar se o comportamento do sistema de justiça criminal, em que está inserida a Corte Superior de Justiça, persiste em reproduzir os motivos da criminalização seletiva em massa e manter a ordem patriarcal, por meio da dupla punição da mulher, que sofre não apenas com a privação da sua liberdade, mas também com o afastamento da maternidade e da família.

Abre-se aqui uma brecha para a incorporação de digressões acerca do contexto histórico e teórico do recorte de gênero e raça, e seus desdobramentos embaixadores desta pesquisa.

Primeiramente, partindo de um pensamento eurocentrado – que olvidou e apagou a presença longínqua de mulheres negras nos espaços públicos e sua consequente repressão institucional –, a punição das mulheres era relegada a instituições religiosas, dado o caráter desviante da delinquência feminina até então. Como bem explanado por Chai e Passos, no período inquisitivo, a partir da entendida inferioridade biológica feminina, pautou-se um discurso segundo o qual a mulher era dotada de periculosidade específica, devendo estar submetida à vigilância e ao controle de figuras masculinas ou da Igreja. Nas palavras dos autores,

Ao ensinar aos juízes inquisidores a identificar as “bruxas”, inquiri-las, julgá-las, classificar seus malefícios e aplicar-lhes as punições adequadas, o manual reuniu, sob uma orientação político-criminal legitimadora do poder burocrático religioso, discursos que atualmente se encontram separados nos campos do Direito Penal, do Processo Penal e da Criminologia.⁸

Ainda, como bem ressalta Mendes:

[...] a inquisição é uma das faces do processo de perseguição e repressão das mulheres, que se inicia de forma orgânica, como diz Zaffaroni, a partir do período medieval. Entretanto, não está somente nela a ação repressiva. Existe um conjunto de práticas de controle das mulheres que vão desde o seu confinamento ao espaço doméstico até seu enquadramento em algum tipo penal específico.⁹

A baixa Idade Média foi, portanto, o marco histórico específico em que se forjou o discurso de exclusão da participação feminina na esfera pública – com base em ideologias fundamentalistas ao estereótipo masculinizado –, mas, especialmente, da sua perseguição, tendo o fenômeno da já referida “caça às bruxas” como o grande fator dessa prática misógina, que tem como consequência o encarceramento da mulher no ambiente doméstico, em conventos, em casa de saúde, em manicômios e em presídios. Não importa o espaço de confinamento, o que deve prevalecer é a lógica do alijamento da inconveniente.¹⁰

Resquícios dessa mentalidade podem ser observados no tratamento dispensado às mulheres quando se trata de punição de delitos, como o aborto e infanticídio, o abandono de menores, ou até mesmo crimes praticados em

⁸ CHAI, Cássuis Guimarães; PASSOS, Kennya Regyna Mesquita. Gênero e Pensamento Criminológico: perspectivas a partir de uma epistemologia feminista. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 131-150, jul./dez. 2016. DOI 10.21902/2526-0065/2016.v2i2.1460. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/1460>. Acesso em: 24 set. 2022.

⁹ MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista**: novos paradigmas. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 26.

¹⁰ *Ibid.*

circunstâncias de relações de afeto, traduzidos por Baratta¹¹ como “delitos próprios das mulheres”, uma vez associados a papéis socialmente a elas impostos. A reforçar esse entendimento, não se cogita a punição dos homens copartícipes do evento gravidez, com quem se relacionaram sexualmente as mulheres acusadas de abortamento. O desvio no comportamento sobre o qual recai a punição depende seletivamente de quem o comete: a mulher.¹²

Nessa senda, conforme será visto no desenvolver desta pesquisa, quando infrações penais são perpetradas por elas, em conjuntura diversa daquela definida pelo estereótipo de papel feminino, as transgressoras são tratadas com rigor mais acentuado e, logo, duplamente julgadas. Isso porque, ao se comportarem como homens, elas não apenas violam as regras sancionadas penalmente, mas “ofendem a construção dos papéis de gênero”¹³. O autor pondera que, quanto mais a mulher se distancia dos seus papéis culturalmente predeterminados, mais rígido é o respectivo tratamento dispensado pelo Direito Penal e menos benevolente se percebe a atuação do Judiciário.¹⁴

Logo, como bem pontuado por Ramos,

O sistema penal duplica a situação de violência contra as mulheres encarceradas, seja pela invisibilização com que as (não) trata, seja por meio da violência institucional que reproduz a violência estrutural das relações sociais patriarcais e de opressão sexista.¹⁵

Segundo Baratta, o olhar materialista sobre as reais funções do poder punitivo somado ao olhar feminista sobre as esferas e os papéis desempenhados por homens e mulheres na divisão social do trabalho são fundamentais para desvendar as estruturas que explicam a seletividade negativa das mulheres no sistema prisional. Isso porque, no pensamento criminológico-crítico do autor, o controle exercido pelo direito penal opera, sobretudo, na esfera produtiva da sociedade, como mecanismo de disciplina e conformação voltado para a reprodução e sustentação do sistema

¹¹ BARATTA, Alessandro. Paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. *In*: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 51.

¹² CAMPOS, Carmen Hein de. **Criminologia Feminista: Teoria feminista e críticas às criminologias**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 43.

¹³ SMAUS, 1990 *apud* BARATTA, 1999, p. 51.

¹⁴ BARATTA, 1999, p. 46.

¹⁵ RAMOS, Luciana de Souza. O reflexo da criminalização das mulheres delinquentes pela ausência de políticas públicas de gênero. Em questão: os direitos sexuais e reprodutivos. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. **Anais eletrônicos** [...]. Fortaleza: CONPEDI, 2010. p. 1207. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4214.pdf>. Acesso em: 23 set. 2022.

capitalista de produção. O poder punitivo, sob essa perspectiva, está, portanto, direcionado ao campo produtivo e não à esfera privada, ao passo que “a sociedade patriarcal reservou, de forma ampla, o protagonismo da esfera produtiva aos homens e do círculo reprodutivo, às mulheres”¹⁶.

Nos termos da teoria da criminologia crítica, o Direito Penal foi concebido com a finalidade de manter as desigualdades estruturais derivadas das relações político-sociais de sujeito e trabalho¹⁷, o que significa a permanência da ordem capitalista, alicerce do patriarcado sexista e racista. Esse evento enseja a criminalização e marginalização das populações mais vulneráveis e opera como modo de controle social, nitidamente acentuado com o advento da pandemia, que causou prejuízos ainda mais acentuados à população feminina, preta e periférica.

Ainda que os espaços públicos e a função produtiva sejam destinados aos homens, detentores históricos de direitos¹⁸, as penalidades aplicadas às mulheres ficaram reservadas ao longo dos tempos, à esfera doméstica, com a carga das religiosidades. Conforme bem colocado por Chai e Passos, “a inexpressividade das mulheres nos espaços públicos e a ‘irrelevância’ atribuída a suas práticas no ambiente doméstico fizeram com que por muito tempo delas não se ocupasse a Criminologia”.¹⁹

Conforme pontua Davis²⁰,

Sempre houve uma tendência a encarar as mulheres que foram punidas publicamente pelo Estado por seu mau comportamento como

¹⁶ BARATTA, 1999, p. 45.

¹⁷ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

¹⁸ “De acordo com os pontos de vista dominantes, as mulheres condenadas eram irremediavelmente perdidas, sem possibilidade de salvação. Ao passo que os criminosos do sexo masculino eram considerados indivíduos que tinham simplesmente violado o contrato social, as criminosas eram vistas como mulheres que tinham transgredido princípios morais fundamentais da condição feminina.” (DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** Tradução Marina Vargas. 6. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2020. p. 75-76.)

¹⁹ CHAI; PASSOS, 2016, p. 136.

²⁰ Importante consideração, também feita pela autora, acerca da racialização das punições é de se destacar: “Deve-se levar em consideração também que, até a abolição da escravidão, a maioria das mulheres negras estava sujeita a regimes de punição que diferiam significativamente daqueles vividos pelas mulheres brancas. Como escravas, elas eram direta e muitas vezes brutalmente disciplinadas por condutas consideradas perfeitamente normais em um contexto de liberdade. As punições impostas aos escravos eram visivelmente influenciadas pelo gênero – penalidades especiais eram, por exemplo, reservadas a mulheres grávidas incapazes de atingir as cotas que determinavam a duração e a rapidez de seus trabalhos. Em sua narrativa sobre a escravidão, Moses Grandy descreve uma forma especialmente brutal de açoitamento na qual a mulher era obrigada a se deitar no chão com a barriga encaixada em um buraco para proteger o feto (encarado como futura mãe de obra escrava). [...] A ideia de que os ‘desvios’ femininos sempre têm uma dimensão sexual persiste em nossa época, e essa interseção de criminalidade e sexualidade continua a ser racializada. Assim, as mulheres brancas rotuladas como ‘criminosas’ são mais estreitamente associadas à negritude do que suas contrapartes ‘normais’.” (DAVIS, 2020, p. 73-74).

significativamente mais anormais e muito mais ameaçadoras para a sociedade do que suas numerosas contrapartes masculinas.²¹

Logo, o determinismo biológico – também entendido como determinismo social e patriarcal – revela a ideia de que a mulher, quando não desempenha o papel de mãe, recusa-se a desempenhar o seu papel social definido pelo modelo de família patriarcal. Dessa forma, desvia-se das determinações previamente estabelecidas pelo controle social. A partir desse pressuposto, é basilar compreender a problemática da mulher presa sob a ótica de uma criminologia crítica feminista. Isto é, deve-se pensar que o Direito Penal e as políticas criminais que lhe acompanham se desenvolvem através da manutenção e da reprodução das desigualdades entre os homens e mulheres²².

À luz da problematização de gênero desenvolvida por Judith Butler, a pessoa é definida de acordo com as posições históricas ou antropológicas que entendem gênero como sendo uma relação entre sujeitos socialmente construídos, em circunstâncias específicas. A definição da pessoa, e, logo, do seu gênero, está ligada às relações construídas em que ela é determinada²³.

Assim como o ato de julgar (ofício estatal não predeterminado às mulheres), delinquir é comportamento gendrado, é performance masculina, e a mulher infratora é julgada sob a ótica androcentrista. O direito apresenta-se como estratégia criadora do gênero²⁴; o mecanismo que opera essa estratégia lastreia-se na produção discursiva sobre tipos de mulheres (a prostituta, a mãe, a mãe solteira, a mãe abortista, a mãe infanticida, a concubina etc.) e o discurso forjado para conceituar mulher, que está alicerçado na contraposição à ideia de homem.

Ainda nas palavras de Smart, o feminino reflete um dualismo, resultado da distinção binária e prévia entre homem e mulher, da qual se originam as demais diferenças. A mulher delinvente diferencia-se das demais mulheres, podendo ser taxada de boa/má, santa/prostituta, mãe “de verdade”/mãe desprovida de amor.

²¹ DAVIS, 2020, p. 71.

²² CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. A criminalização do tráfico de mulheres: proteção das mulheres ou reforço da violência de gênero? **Cadernos Pagu**, [s. l.], v. 31, p. 101-123, jul.-dez. 2008. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-deapoio/publicacoes/trafico-depessoas/criminalizacao_trafico_mulheres_elawiecko.pdf. Acesso em: 28 ago. 2022.

²³ BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução Renato Aguiar. 18. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. p. 32.

²⁴ SMART, Carol. La teoría feminista y el discurso jurídico. In: BIRGIN, Haydée (Comp.). **El Derecho en el género y el género en el Derecho**. Buenos Aires: Biblos, 2000. p. 31-69.

À sombra desse pensamento, tem-se no direito penal positivado, por exemplo, o reflexo da mulher sob a régua da sexualidade, e respectiva forma de controle, por discursos supostamente baseados na ciência (religião, medicina etc). Lembre-se de que tipos penais foram promulgados na defesa de mulheres “honestas” em contraposição a mulheres “desonestas”, como, acredita-se, as prostitutas e as adúlteras.²⁵ E, adiantando a problematização trazida adiante, como bem pontuado por Ferreira e Gomes, dentro dessas qualificações binárias de comportamento desviante, “quando falamos de mulheres criminalizadas, as mulheres de que falamos são majoritariamente mulheres pobres e negras, por serem aquelas mais atingidas pelos processos de criminalização no contínuo de desumanização da colonialidade.”²⁶

Consoante o vaticínio de Elena Larrauri:

Há um mecanismo que justifica a utilização desta violência: a ideologia da superioridade masculina (com o correspondente dever de obediência feminina) que autoriza o exercício do direito de correção. Ele está amparado por mensagens positivas: no “âmbito doméstico” a representação do poder punitivo é ostentada pelo marido, e por mensagens negativas, promovidas pela renúncia dos poderes públicos à intervenção nos espaços previamente definidos como “privados”.²⁷

No entanto, como bem pontuam Ferreira e Gomes, passou-se a questionar que

[...] a mesma criminologia crítica capaz de apontar celeumas associadas à classe, relegou a debates secundários e pouco profundos os vieses de gênero e de raça como pontos de estruturação das lógicas de controle social. Ao manter-se atada somente à classe, ignorou as intrincadas amplificações de sentido do sistema punitivo diante do racismo, do machismo e do próprio capitalismo, que se beneficia da soma de opressões interseccionais.

[...]

Consideramos uma outra pergunta-provocação também parte da nossa escrita: se as pessoas produzindo criminologia acreditam não ser possível que se produza dogmática penal sem ouvir as lições da crítica criminológica, como podem continuar sua crítica sem ouvir as lições de teóricas feministas e/ou antirracistas?²⁸

Nesse sentido, as autoras elucidam que

[...] a ratificação do modelo de Estado contou com a validação dos preceitos colonialistas, inclusive de uma pseudo-ciência brancocêntrica, em que a subjetividade normativa, heteropatriarcal e branca foi tomada como conceito

²⁵ ISHIY, Karla. **A desconstrução da criminalidade feminina**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-11022015-082103/en.php>. Acesso em: 8 nov. 2022.

²⁶ FERREIRA, Ana Gabriela; GOMES, Camilla de Magalhães. Olhares feministas sobre o direito penal. Das seleções penais: gênero, raça e classe no sistema de justiça criminal. *In*: CAMPOS, Carmen Hein de; CASTILHO, Ela Wiecko de (org.). **Manual de direito penal com perspectiva de gênero**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. p. 19.

²⁷ LARRAURI, Elena. **Mujeres y Sistema Penal: Violencia Doméstica**. Buenos Aires: Euros Editores SRL, 2008. p. 7.

²⁸ FERREIRA; GOMES, 2022, p. 4-6.

de humanidade, enquanto demais grupos raciais e étnicos foram entendidos como descartáveis, já que estariam à mercê de leitura como seres singularizados; estes grupos foram, portanto apartados de direitos, reiterados como selvagens e perigosos.²⁹

Elas seguem explicando que a criminologia crítica dominante ainda exclui o debate sobre raça, etnicidade e gênero e que o sistema de justiça criminal permanece servindo ao capitalismo, selecionando os corpos a serem criminalizados e encarcerados (massivamente jovens negros). Sobre o ponto, analisam que

As teses da criminologia crítica tradicional continuaram a tratar a negritude como objeto do sistema, mas não reconheceram o mesmo grupo como categoria sujeito – seja para tratar das demais opressões à subjetividade prévias ao ingresso formal no sistema criminal, imputadas pela colonialidade, seja para observar suas produções que, à luz feminismo negro, por exemplo, já denunciavam a correlação dos eixos gênero, raça e classe como marcadores da seletividade penal em contextos de base escravista, de um capitalismo pós-colonial.³⁰

E concluem:

[...] acreditamos que usar o gênero como categoria de análise do Direito Penal e da Criminologia significa que esta: 1. Nunca pode ser uma categoria dissociada da raça, uma vez que na colonialidade uma sempre pressupõe a outra, [...], 2. E que o gênero e a raça devam ser tomados como categorias centrais do Direito Penal e da Criminologia [...].³¹

Logo, o controle público do corpo feminino é acentuado quando se coloca a indispensável camada de raça nessa problematização. O preâmbulo do capítulo 1 revela que 63,55% das mulheres encarceradas no país são pretas e pardas, um elevado índice que encontra bases históricas específicas não apenas no contexto eurocentrado de punição feminina do modo “caça às bruxas”, até aqui colocado, mas sobretudo no nosso passado colonial, ainda tão presente.

O recorte central de gênero não pode ser dissociado do filtro de raça (e classe). Como bem aclarou Franklin, “em que pese as importantes contribuições feministas ao debate criminológico, a ausência do racismo enquanto fator central na análise das relações das mulheres com o sistema de justiça deve ser severamente denunciada”³². Isso porque, evocando as críticas da *Black Feminist Criminology*, a autora acentua que

²⁹ FERREIRA; GOMES, 2022, p. 9-10.

³⁰ *Ibid.*, p. 11-12.

³¹ *Ibid.*, p. 13.

³² FRANKLIN, Naila Ingrid Chaves. Raça e gênero na obra de Nina Rodrigues: a dimensão racializada do feminino na criminologia positivista do final do século XIX. **Cadernos do CEAS**, Salvador, n. 238, p. 641-658, 2016. Disponível em: https://bradonegro.com/content/arquivo/12122018_111600.pdf. Acesso em: 22 jul. 2023.

[...] para além de entender todas estas relações de complexidade que mulheres negras possuem com o sistema de justiça criminal, evidenciar que a tese de que o controle penal possui caráter apenas residual do controle das mulheres – que estariam restritas ao ambiente doméstico – é uma crítica baseada nas experiências das mulheres brancas.³³

A pesquisadora relembra que o interesse das agências de controle penal sobre o corpo da mulher negra não é atual e a construção de estereótipos de mulheres vítimas e criminosas deu-se a partir de uma dimensão racializada, bem como apresenta as características e as origens da Criminologia Positivista, suas relações com o racismo científico e a construção da imagem da criminosa.

Franklin desenvolveu sua pesquisa a partir dos estudos do médico maranhense Raymundo Nina Rodrigues,

[...] o grande representante da criminologia positivista no Brasil e sua obra “As Raças e a responsabilidade penal no Brasil”, na qual [...] defendia a necessidade de um Código Penal diferenciado para negros e brancos, denota a grande influência do racismo científico em suas análises sobre o fenômeno criminal, demonstrando ampla aderência às teorias do seu mestre italiano.³⁴

Já Cesare Lombroso, o “pai da antropologia criminal”, segundo descrito pela autora, “[...] descobre a prova da inferioridade negra e sua tendência nata à criminalidade mediante a análise do fóssil craniano de Villella ‘homem de pele escura e ladrão’”³⁵.

Nesse contexto, Franklin, com base em elucidações de outros estudiosos de Nina Rodrigues, advoga haver um controle duplo peculiar na vida das mulheres negras: nas ruas (às escravizadas ou já libertas, ganhadeiras, que se dedicavam a atividades comerciais e enfrentavam a violência institucional, por serem consideradas promotoras de desordens, tendo seus comportamentos expansivos reprimidos e duramente controlados, vistos como inapropriados a mulheres) e na casa senhorial (com o controle dos corpos dessas mulheres, por meio do qual se lhes negava a sexualidade – pertencente ao senhor branco, que justificava os recorrentes estupros – e a maternidade, mediante a consequente prática de aborto e infanticídio, a fim de livrar eventual prole da escravização).³⁶

³³ FRANKLIN, 2016, p. 642.

³⁴ *Ibid.* p. 644.

³⁵ *Ibid.* p. 643.

³⁶ Neste ponto, fundamental se faz a transcrição de parte do trabalho de Naila Franklin, para a elucidação da obra de Nina Rodrigues no contexto da criminalização da mulher negra no Brasil e o entendimento do perfil da mulher encarcerada aqui colocado. A autora refere que: “[...] há a

comparação das negras baianas ‘filhas de santo’ no Brasil a prostitutas e a mães irresponsáveis. Há, neste ponto do discurso de Nina Rodrigues, um processo de animalização das mulheres que praticam o culto, por considerá-las não racionais a ponto de aceitar quaisquer ordens dos deuses. Se entregar aos sacerdotes dos cultos e outras espécies de ‘orgias’ era uma condição natural destas mulheres, que se justificava na religião. Assim, a prostituição seria um encargo natural destas mulheres. Aqui, o discurso racial adquire caráter central na construção de uma categoria de feminino: as prostitutas eram, naturalmente, as negras e suas origens africanas permitiam esta condição. Mais do que isso, eram mães irresponsáveis, pois sua grande fé nos ‘deuses’ e ‘orixás’ era um motor capaz de fazê-las abandonar seus próprios filhos. Neste excerto, Rodrigues cita o papel da violência policial como forma de conter as manifestações religiosas africanas, trazendo à obra alguns exemplos de notícias que circulavam à época e que denunciavam os cultos africanos que, ao final, eram reprimidos pelas forças policiais, ou seja, criminalizados. Contudo, o ‘problema da negra’ no Brasil e sua ligação com a raça, conjuntamente com o gênero, adquire a maior evidência nos contos populares, cuja permanência, segundo Nina Rodrigues, confirma a poderosa influência exercida pelos negros na formação da nossa psicologia popular, possuindo caráter intrinsecamente negativo, pois reproduziam o totemismo da cultura africana na sociedade nacional. [...] Essa função materna atribuída às mulheres negras da casa grande na época da escravidão é colocada em evidência no texto de Lélia Gonzalez, que analisa um pouco desta internalização de valores que é passada pelas negras e vista com tão maus olhares pelos brancos. [...] Tendo deixado evidente a ‘culpa’ que a mulher negra tem para a degenerescência da população brasileira, Rodrigues acaba por reforçar a ideia de que os caracteres da raça negra não podem ser transformados rapidamente e seu atraso na escala evolutiva era muito grande quando comparado aos brancos brasileiros. [...] Rodrigues atribui à persistência das ideias de Talião, como um fator responsável pela criminalidade negra e mestiça no país, e dá exemplos de práticas oriundas desta ideia. O gênero, novamente aqui, aparece como um grande marcador racial. Mulheres negras e mulatas eram, sobretudo, criminosas: [...] De cinco exemplos citados pelo médico Nina Rodrigues, quatro deles referem-se a mulheres negras (ou ‘mulatas’), cujos comportamentos ‘criminosos’ estavam ligados, sobretudo, a estereótipos femininos desviantes. As avós que, de acordo com padrões de gênero, seriam figuras responsáveis pelo bem-estar de seus netos, quando pertencentes a grupos raciais inferiores, por terem apego a leis inferiores, rompiam com esses padrões e praticavam condutas definidas como crimes sob a sociedade branca. A mulher negra amante ferve as mãos da enteada como punição e uma mulata puxa a língua de menina desconhecida. Todos os exemplos citados por Rodrigues apontam para os seguintes tópicos: I) as mulheres negras não são mulheres passíveis de corresponderem a categorias adequadas ao feminino; II) essa inadequação aos padrões de feminilidade se dá por razão do pertencimento à grupo racial inferior na escala evolutiva – tanto cultural quanto jurídica; III) a criminalidade de mulheres é, sobretudo, criminalidade negra. [...] Neste excerto, as condutas que Nina Rodrigues descreve como selvagens são condutas que perpassam experiências femininas como o aborto, o infanticídio, a prostituição, a venda de crianças e o adultério. Na raça europeia, mais desenvolvida, as mulheres não praticam tais atos, mas nos povos selvagens, como os indígenas e os negros, essas condutas são instituídas socialmente enquanto costumes. Assim, vê-se nesse ponto como a raça é fator determinante de seu entendimento de controle feminino. [...] Admitindo-se este primeiro ponto como premissa, a dimensão racial na separação das mulheres entre brancas, negras e selvagens – indígenas - funciona, na teoria da criminalidade de Nina Rodrigues, como mecanismo essencial de seu discurso criminalizante da população negra no Brasil, eis que, se controlar as condutas femininas (como aborto, infanticídio, prostituição, adultério) era um item a ser considerado na análise da posição dos povos na escala evolutiva civilizatória, construir um discurso de que mulheres negras eram naturalmente incontrolláveis, insaciáveis, sexualmente disponíveis ou péssimas mães era um fator fundamental na justificação da inferioridade da população negra como um todo, pois afastava esse contingente da suposta evolução, devido à sua incapacidade de controle de suas mulheres. Tais adjetivos associados às mulheres negras encontram-se na obra os ‘Africanos no Brasil’, com maior profundidade. Essas características reservadas às mulheres negras produzem algumas considerações importantes que devem ser consideradas na análise da construção criminológica da natureza da criminalização das mulheres. Em primeiro lugar, produz a ideia de que, em uma sociedade evoluída, ou seja, constituída por povos racialmente superiores, condutas como aborto, infanticídio e prostituição são criminalizadas, devido ao aprimoramento jurídico penal desses povos. Isso significa, também, dizer que povos racialmente superiores controlam, com maior rigor social e penal, a conduta de suas mulheres. Em segundo lugar, produz

Concluiu, desse modo, que mulheres criminosas eram mulheres negras, pois

[...] a argumentação de Nina Rodrigues sobre a inferioridade jurídico penal dos negros é pautada, conforme se viu, em inúmeras condutas femininas como aborto, infanticídio e prostituição. Isso significa dizer que, para o médico, povos que controlam suas mulheres informalmente são evoluídos, enquanto nos povos não brancos essa falta de controle seria uma prova de sua inferioridade jurídica penal. Com isso, vê-se que a construção do discurso estereotipado sobre mulheres negras (prostitutas, mães impiedosas, insaciáveis) contribuiu para a criminalização da população negra de modo geral no Brasil. Assim, no discurso de Nina Rodrigues, construir um discurso de um feminino racializado foi fundamental para construir sua teoria sobre os negros.³⁷

A fim de reforçar o afastamento do discurso generalizante do controle social público recente sobre as mulheres, de igual importância são as conclusões alcançadas por Lima e Prando, a partir da análise de informações colhidas nos

[...] livros da Secretaria de Segurança Pública e da Casa de Detenção do Recife – documentos que integram o acervo do Arquivo Público Estadual Jordão Emerenciano – e de alguns jornais da época (sobretudo o Diário de Pernambuco e o Jornal do Recife) – indexados pela Hemeroteca Digital da Biblioteca Nacional.³⁸

As autoras lembram que

Durante muito tempo, trabalhos dedicados a pensar controle social se ocuparam unicamente, ou sobretudo, de comportamentos masculinos. Entendido que as cifras numéricas mostravam uma participação secundária das mulheres no universo do crime e das condutas contraventoras, havia certa tendência à tese de que as mulheres tinham suas experiências centradas no espaço privado, nas relações familiares. A criminologia crítica, em particular, durante anos repetiu que o controle público seria historicamente destinado aos homens e só subsidiariamente às mulheres, submetidas ao controle privado exercido por seus pais, irmãos, maridos.

[...]

Para as mulheres negras, como já tivemos a oportunidade de discutir, o espaço público não é uma experiência historicamente recente, assim como

pistas sobre o motivo de construção e da separação das mulheres em categorias bem específicas nesse primeiro momento da criminologia. Negra era uma categoria caracterizada como más mães, prostitutas por natureza, detentoras de sexualidade desenfreada e devotas a uma religião profana. Neste aspecto, são mulheres não controladas pelos homens no seio de sua origem africana – porque são inferiores – e que conservam suas características no Brasil, mesmo com o ‘intenso esforço da raça branca em civilizar esses povos’, conforme descreve Nina Rodrigues. Em terceiro lugar, provoca a reflexão do também importante papel da mulher na análise da escala jurídico penal dos povos por Nina Rodrigues. Assim, compreender como as condutas das mulheres de cada povo eram estudadas e consideradas pelo médico e pelos seus seguidores é importante para entender a construção das estratégias de controle social que se pensava na época. As negras eram vistas como infanticidas, prostitutas, mães irresponsáveis e expansivas em seu comportamento, o que é importante para analisar a construção da teoria de responsabilidade penal desenvolvida por Rodrigues sobre a ótica feminina.” (FRANKLIN, 2016, p. 650-656).

³⁷ *Ibid.* p. 656.

³⁸ SILVA, Fernanda Lima da; PRANDO, Camila Cardoso de Mello. Mulheres e controle policial no Recife oitocentista: entre silêncios e práticas de liberdade. **Direito Público**, [s. l.], v. 18, n. 99, 2021. DOI: 10.11117/rdp.v18i99.5864. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/5864>. Acesso em: 23 jul. 2023.

não o é o controle público, exercido, por exemplo, pela polícia. Os esforços de análises que tomem o gênero como uma categoria relevante devem estar atentos às suas inter-relações com a categoria raça (Gonzalez, 1984), sob pena de reinscrição de olhares universalizadores que reproduzem mecanismos de poder da branquidade.³⁹

Elas também resgatam o fato de que nas ruas circulavam muitas mulheres negras, livres, forras ou escravizadas, lugares que representavam “um respiro do controle doméstico senhorial, uma estratégia de sobrevivência”, mas que não deixavam de ser “um espaço de confronto, perigo e resistência constantes”⁴⁰.

Como já dito, ao contrário da mulher branca, a mulher negra experimentava a ocupação de espaços públicos como os homens negros, diante da necessidade do trabalho, circunstância que colocou as mulheres vindas de África em situação suscetível a todo tipo de violência e submissão à atuação repressiva policial. Dos documentos examinados, Lima e Prando revelam que

[...] há registros frequentes de conflitos, envolvendo violência verbal e física, com homens, fossem eles seus companheiros, clientes em busca de produtos quaisquer por elas vendidos, ou, ainda muito frequentemente, marinheiros, policiais e soldados em conflito com supostas prostitutas.⁴¹

Nesse contexto, as pesquisadoras destacam como o uso da força por essas mulheres, com o fim de demarcar o próprio espaço e fazer suas escolhas, afastando ameaças e violências constantemente sofridas tanto por seus proprietários brancos como por seus companheiros – mulheres que, “embora vivessem uma realidade distinta daquela do recolhimento ao lar, característica das mulheres brancas, sobretudo as senhoras, [...] não estavam livres de mecanismos de dominação patriarcal”⁴².

Dentro da conjuntura da diferenciação das detenções masculinas e femininas, estas geralmente em razão de “ofensas à moralidade pública”⁴³, Lima e Prando fazem lembrar que sobre os corpos das mulheres negras recaía (e ainda recai) o peso da sexualização, de modo a representar vetor de “corrupção e perigo para a cidade ‘civilizada’”⁴⁴. Com esse pensamento, avaliam que

[...] se, por um lado, a criminalidade feminina era, de algum modo, “impensável” e por isso apagada dos registros; por outro, o tratamento

³⁹ SILVA; PRANDO, 2021, p. 101.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 96

⁴¹ *Ibid.*, p. 99.

⁴² *Ibid.*, p. 110.

⁴³ *Ibid.*, p. 110.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 112.

destinado pela polícia de rua a essas mulheres difere muito pouco da forma como lidava com os homens. Os arquivos sugerem que não havia por que esperar um tratamento menos violento. Aliás, muitos dos policiais eram, em suas vidas particulares, parceiros dessas mesmas mulheres que povoavam o cotidiano policial. E suas relações conjugais eram constantemente marcadas pela violência.⁴⁵

De suma relevância, portanto, é encerrar essa digressão, com o reforço de que

[...] existiu durante muitos anos certo lugar comum acadêmico em afirmar que o controle social exercido sobre as mulheres seria de natureza “privada”. Esse discurso é, ao mesmo tempo, consequência de silêncios que o antecederam e produtor de novos silêncios: autoridades públicas que não realizavam registros, gestores públicos que deixavam (e deixam... queimar a memória é um dos mais literais hobbies de autoridades públicas no Brasil) documentos se perderem, pesquisadores pouco questionadores das representações sociais em que estão mergulhados... Se o racismo, com toda a sua carga de invisibilização de mulheres negras, era uma marca dos oitocentos que se atualizou em nosso presente, compor narrativas que apenas reafirmam “aqui não há mulheres” e, portanto, “esta não era uma questão”, é um *script* frustrantemente previsível.⁴⁶

Logo, como bem colocado por Ferreira e Budó⁴⁷, ao mencionar Angela Davis e Kimberlé Crenshaw, é do lugar de mulheres brancas socializadas no campo das criminologias críticas e feministas, e que ocupam um espaço de privilégios na academia, que se deve fazer questionamentos, a fim de criticar a concepção de uma mulher universal e entender que “o gênero mulher é atravessado por outras estruturas de opressão que propiciam experiências diferentes de ser mulher, conforme a cor, raça, etnia, classe social, sexualidade, dentro do conceito de interseccionalidade”.

Assim, a relevância do estudo evidencia-se pelo potencial de mostrar a hegemonia dos interesses capitalistas, higienistas, racistas e sexistas no tratamento dado às mulheres encarceradas na pandemia da covid-19 e a necessidade de adoção de políticas públicas criminais que atendam aos padrões internacionais estabelecidos em acordos e tratados, pensadas de uma forma livre da agressividade liberal, inclusive às presas definitivas.

Aqui foi desenvolvido o olhar criminológico voltado às mulheres grávidas, puérperas e mães de filhos dependentes, com a finalidade de demonstrar as consequências criminógenas que o afastamento familiar e a exacerbação da pena –

⁴⁵ SILVA; PRANDO, 2021, p. 112.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 106.

⁴⁷ FERREIRA, Carolina Costa. BUDÓ, Marília de Nardin. Teoria do crime: um ensaio sobre a dogmática penal e pensamento situado. In: CAMPOS, Carmen Hein de; CASTILHO, Ela Wiecko de (org.). **Manual de direito penal com perspectiva de gênero**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. p. 159.

inclusive passando da pessoa da apenada – causam na sociedade em tempos de pandemia.

Além do alarmante crescimento carcerário feminino já muito pesquisado e anotado dos últimos anos, o objeto de estudo da pesquisa – as variações sociais e jurídicas que limitam a aplicação da lei e da jurisprudência – é campo fértil de estudo, com potencial, em virtude de ainda haver exploração pouco expressiva da referida recomendação e da execução da pena sob a perspectiva das mulheres presas.

Adotou-se, portanto, a criminologia crítica, sob os recortes de gênero e da especificidade da formação social e econômica do Brasil, cujos autores fornecem os instrumentos teóricos aptos a revelar a atuação seletiva dos operadores do Direito, aqui consubstanciados nas decisões exaradas nos pedidos de prisão domiciliar.

Foram três os métodos de pesquisas adotados. O primeiro deles foi a revisão bibliográfica dos teóricos da criminologia crítica, sob a perspectiva de gênero balizada nos conceitos de patriarcado e de divisão sexual do trabalho, com o substrato da formação social do Brasil. O segundo consistiu na análise dos efeitos dos marcos legais e jurisprudenciais sobre o tema. O terceiro nível, que se considera de maior relevância para o alcance dos objetivos aqui postos, foi o exame da fundamentação inserta nas decisões do STJ no enfrentamento do remédio constitucional de *habeas corpus* impetrado pela defesa de mulheres encarceradas gestantes ou mães de filhos dependentes (menores de 12 anos ou dependentes por força de alguma doença debilitante), com o respectivo pedido de soltura pelos riscos da pandemia do coronavírus.

O capítulo 1 será, então, dedicado à exposição do perfil das mulheres encarceradas e das vozes femininas que, a partir das violências de gênero por elas sofridas, lutaram pela sua libertação. Serão elencadas as principais figuras integrantes de institutos sociojurídicos que atuaram diretamente na disputa para a transformação legislativa e jurisprudencial do desencarceramento feminino. São mulheres que operaram de forma decisiva na mudança dos paradigmas, especialmente, no que diz respeito ao entendimento esposado no HC coletivo nº 143.641/SP e que ainda trabalham na fiscalização do cumprimento das regras dele oriundas.

No capítulo 2 será detalhada e minuciada toda a estrutura normativa e jurisprudencial vigente, que, a par da resistência no seu seguimento, aparece como referência nas decisões aqui estudadas. Serão pormenorizados os vetores da execução penal e da excepcionalidade da prisão preventiva – com especial enfoque

nas Regras de Bangkok, perpassando-se pelo emblemático *habeas corpus* coletivo do STF, norteado pela sombra do estado de coisas inconstitucionais reconhecido na ADPF nº 347 MC/DF⁴⁸ e pelas regras positivadas para a proteção integral e absoluta da criança. Serão também apontados os casos julgados pelo STJ, em regime de afetação, eleitos supostamente para a fixação de parâmetros da concessão da prisão domiciliar às mães em momento próximo ao início da pandemia. Encerra-se o capítulo com a resenha da natureza jurídica da Recomendação nº 62/2020 do CNJ, com as ponderações sobre sua aplicação imperativa no cenário pandêmico, aliada aos vetores já bem definidos no que se refere à condição materna.

No capítulo 3 será feito o exame quantitativo-estatístico dos dados extraídos da leitura de 200 decisões sobre pedidos fulcrados no arcabouço legal e jurisprudencial citado, com o escopo de se identificar o padrão de atuação do STJ, em relação à efetiva soltura de mulheres grávidas e mães de filhos dependentes menores de 12 anos. O primeiro filtro de classificação das decisões é o universo daquelas que denegaram ou concederam a ordem, com base nesse pedido específico. A fim de evitar que se recaísse no critério ideológico de seleção das decisões que negaram o pleito, a amostra foi escolhida de forma randômica⁴⁹, em número suficiente para que a margem de erro não comprometa o grau de confiança da pesquisa.

A propósito, é importante ressaltar que é possível “fazer uma pesquisa censitária, analisando todos os casos do seu universo, desde que trabalhe com um universo pequeno”⁵⁰. Logo, definido o critério de seleção qualitativa das decisões (acima descrita), tomou-se todo o universo das decisões proferidas e, a partir daí, foi eleito o grau de confiança pretendido, com o cálculo da respectiva margem de erro aceitável, para, então, definir o tamanho da amostra.

Após pesquisa na página eletrônica do STJ, com lançamento dos termos básicos de busca “(MAE OU FILH\$) E RECOMENDACAO E 62\$ E DOMICILIAR e prisão e (pandemia ou coronavírus)”, foram encontrados 30 (trinta) acórdãos na base

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF**. Custodiado – Integridade Física e Moral – Sistema Penitenciário – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – Adequação. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. [...] Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Requerido: Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 1º maio 2023.

⁴⁹ COSTA, Alexandre. Curso de Pesquisa Empírica e Ciência de dados aplicadas ao Direito. **Data Science e Direito**, [s. l.], 2020. Disponível em: <https://dsd.arcos.org.br/estrategias-de-abordagem/>. Acesso em: 30 out. 2021.

⁵⁰ *Ibid.*

de dados. Já as decisões monocráticas somaram 7.052 (sete mil e cinquenta e duas). Tomando, então, essa “população” de 7.082 julgados sobre o tema, para se alcançar um grau confiança de 95%, com margem de erro de 7%, foram analisadas 200 decisões⁵¹ – o que se considerou um número plausível e razoável de análise, dentro do tempo concedido para a realização e conclusão da pesquisa. Para o exame exclusivo de decisões singulares, também foi utilizado os seguintes termos de busca: “(MAE OU GENITORA) E RECOMENDACAO E 62\$ E DOMICILIAR e prisao e (pandemia ou coronavirus) E FILH\$”. Esse critério resultou 1.875 julgados, que integraram a população das monocráticas, sem alterar o grau de confiança e a margem de erro na exploração das 200 decisões.

Selecionados os julgados e extraídos os dados, são apresentados os critérios gerais referenciados e, além daqueles que envolvem o padrão geral de concessões e denegações, foram analisados os dados relativos aos crimes sem violência ou grave ameaça – com destaque para o delito de tráfico de entorpecentes –, os cometidos com violências, bem como as respectivas motivações para conceder e denegar a ordem.

Revelados os percentuais correlacionados, no capítulo 4 far-se-á a análise da argumentação utilizada, a partir desses elementos, com o propósito de traçar a índole do STJ perante os desafios impostos pelas violações sofridas pelas mulheres mães encarceradas, agravadas pela situação pandêmica. Investigar-se-á se as vozes das mulheres descritas no capítulo 1 ecoaram no âmbito da Corte Superior de Justiça e se prevalece a excepcionalidade da prisão de mães, especialmente das presas provisórias.

⁵¹ Para o cálculo do grau de confiança e respectiva margem de erro, foi utilizado o aplicativo disponível em: <https://pt.surveymonkey.com/mp/margin-of-error-calculator/>. Acesso em: 30 out. 2021.

1 O PERFIL DA MULHER ENCARCERADA E AS VOZES FEMININAS PELO DESENCARCERAMENTO

Preambularmente, é forçoso apresentar os dados estatísticos delineadores do perfil da mulher encarcerada, os quais revelam a endêmica seletividade do sistema de justiça criminal, que insiste em aprisionar pessoas excluídas socialmente. No que concerne às mulheres presas, em regra, são jovens, de baixa renda, no geral mães, presas provisoriamente por delitos relacionados ao tráfico de drogas ou contra o patrimônio.⁵²

Relatório produzido pelo Governo Federal⁵³, baseado em dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), extraídos em junho de 2017, revela o estado de superlotação dos presídios femininos. Foi registrada a taxa de 118,4% de ocupação, que, aliada ao índice de aumento da população feminina no período de 2000 a 2016, 680% – expressivamente superior ao masculino, 293% –, permite a designação do fenômeno como “feminização da pobreza e da punição”, como bem lembrado por Junqueira e Galisteu, ao citar Julia Sudbury⁵⁴.

O referido relatório também aponta que 63,55% da população carcerária nacional são de mulheres pretas e pardas, vetor que escancara a hiper-representação desses grupos no cárcere, se mostrando como uma das maiores expressões do racismo⁵⁵.

Neste ponto, cabe o questionamento acerca do elevado quantitativo de mulheres negras criminalizadas e encarceradas. Em resposta, Boiteux e Barbosa explicam que, “possivelmente, estamos referenciando mulheres negras que possuem uma trajetória de desumanização ao longo da vida, para as quais o encarceramento

⁵² BRAGA, Ana Gabriela Mendes; ANGOTTI, Bruna Mendes. Dar à luz na sombra: condições atuais e futuras de exercício de maternidade na prisão. São Paulo: Editora UNESP Digital, 2019. p. 14-15. DOI: <https://doi.org/10.7476/9788595463417>. Disponível em: <https://books.scielo.org/id/6gstt/pdf/braga-9788595463417.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2022.

⁵³ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade – junho de 2017**. Organização de Marcos Vinícius Moura Silva. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019a. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios-e-manuais/relatorios/relatorios-sinteticos/infopenmulheres-junho2017.pdf/view>. Acesso em: 25 abr. 2023.

⁵⁴ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; GALISTEU, Maria Fernanda Borges. Estigma da mulher criminosa e a situação excepcionalíssima do Habeas Corpus 143.641. **Revista LEX de Criminologia e Vitimologia**, Porto Alegre, v. 2, n. 4, p. 7–36, jan./abr., 2022.

⁵⁵ *Ibid*, p. 10.

é o ápice do controle social que o Estado exerce sobre elas”⁵⁶. Destacam, assim, a necessidade do “reconhecimento de que o cárcere feminino tem cor e está identificado nos corpos pretos”⁵⁷.

Ao citar Sueli Carneiro, as autoras recordam que

As mulheres negras brasileiras compõem, em grande parte, o contingente de trabalhadores em postos de trabalho considerados pelos especialistas os mais vulneráveis do mercado, ou seja, os trabalhadores sem carteira assinada, os autônomos, os trabalhadores familiares e os empregados domésticos.⁵⁸

Diante dessa conjuntura, elas acentuam que essas mulheres sofrem violências cotidianas, por desempenharem papéis sociais subalternos, e demandam a adoção de medidas eficazes que oportunizem a garantia da dignidade da pessoa humana, mormente por se tratar de mulheres, em sua maioria mães, chefes de família, únicas responsáveis pelo sustento dos filhos e abandonadas pelos seus companheiros⁵⁹.

A maior parte das mulheres custodiadas é jovem, pois, ao tempo da pesquisa realizada pelo INFOPEN, o total de presas que contava 29 anos de idade era de 47,33%. Conforme já pontuado, extraiu-se que significativa parte da população carcerária feminina está em idade reprodutiva; 74% das mulheres confinadas são mães e, em 2017, havia 1.446 crianças mantidas nos estabelecimentos prisionais com suas mães, bem como 225 lactantes e 276 gestantes presas. A maternidade é, portanto, um traço preponderante no perfil das custodiadas, 37,67% das quais, ao tempo da pesquisa, ainda aguardavam condenação.

Acerca dos crimes cometidos por essas mulheres, constatou-se que 59,98% das mulheres estão custodiadas pela prática do delito de tráfico de drogas, seguido de 12,90% por roubo e 7,80% por furto. A propósito, é relevante pontuar os principais motivos que levam essas mulheres a adentrarem o universo da traficância. Serve de ilustração a pesquisa realizada por Helpes⁶⁰ em penitenciária mineira, segundo a qual os fatores mais relevantes que impulsionam as mulheres a cometer esse delito são, nesta ordem: a) melhoria na situação financeira, aumento da renda, com o fim de

⁵⁶ BOITEUX, Luciana; BARBOSA, Elaine. Encarceramento feminino e de gênero: perfilamento da condição das mulheres e pessoas LGBTQIA+ em situação de prisão. *In*: CAMPOS, Carmen Hein de; CASTILHO, Ela Wiecko de (org.). **Manual de direito penal com perspectiva de gênero**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. p. 82-83.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 83.

⁵⁸ CARNEIRO, 2000 apud BOITEUX; BARBOSA, 2022, p. 83.

⁵⁹ BOITEUX; BARBOSA, *op. cit.*

⁶⁰ HELPES, Sintia Soares. **Vidas em jogo**: um estudo sobre mulheres envolvidas com o tráfico de drogas. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 62-65.

enfrentar menos dificuldades na sobrevivência da família em que atuam como únicas responsáveis pelos sustentos da prole; b) relação de afeto e cumplicidade com homens que já praticavam o comércio espúrio, os quais exerciam a liderança, muitas vezes transferida a essas companheiras após sua prisão; c) tráfico como um “negócio” lucrativo de família, realizado precipuamente no ambiente doméstico, o que também permite o cuidado direto com as/os filhas/os.

Na particularidade do tráfico, como será fartamente demonstrado, Boiteux e Barbosa relevam que

Apesar de condenadas por crimes sem violência, elas são facilmente selecionadas pelo sistema penal justamente por estarem em situação de extrema vulnerabilidade. Raramente ocupam posições superiores na hierarquia do tráfico, não lidam com grandes quantidades de droga e muitas delas são coagidas.⁶¹

Sobre a escolaridade, verificou-se que 44,42% delas possuem o ensino fundamental incompleto, seguido de 15,27% com ensino médio incompleto e apenas 1,46% das presas com ensino superior completo. Por fim, 58,4% das encarceradas são solteiras.⁶²

Pesquisa mais atualizada feita pelo Instituto de Defesa pelo Direito de Defesa (IDDD), uma das vozes a serem aqui estudadas, revela que:

Com crescimento de 656% entre 2000 e 2016, de acordo com dados do Ministério da Justiça, a população prisional feminina atingiu a marca de 37,8 mil mulheres privadas de liberdade, sendo 39,6% presas provisórias. Além disso, os dados revelam que 63,5% destas mulheres são negras, 47,3% são jovens (entre 18 e 29 anos), 51,9% possuem o ensino fundamental incompleto e 60,1% são solteiras (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2019). É importante ressaltar que 75,34% dessas mulheres são acusadas ou foram condenadas por crimes sem violência. Em relação à distribuição geográfica, o estado de São Paulo concentra a maior população absoluta de mulheres presas, representando 33% do contingente brasileiro em 2016 (Ibid.).

Das mulheres encarceradas, 74% são mães e 56% têm dois/duas ou mais filhos/as. Em junho de 2017, 1.111 crianças (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2018) e 538 mulheres grávidas ou lactantes (Id., 2019) se encontravam em estabelecimentos prisionais, e existe uma grave defasagem das prisões brasileiras em suprir as necessidades desta população. Para além da força encarceradora que move o sistema de Justiça criminal, tem-se um sistema carcerário violador dos direitos das mulheres e absolutamente despreparado para a realidade da maternidade, em especial no que tange à convivência entre mães presas e suas crianças.

No Brasil, apenas 14% das unidades prisionais femininas e mistas dispõem de cela ou dormitório adequado para gestantes. Quanto à existência de berçário ou centro de referência materno infantil, 12% das unidades femininas ou mistas possuem este espaço, e em apenas 2,5% dessas unidades há

⁶¹ BOITEUX; BARBOSA, 2022, p. 83.

⁶² BRASIL, 2019a.

creches (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2019). Além disso, existe somente um/a único/a médico/a ginecologista para cada 1.022 mulheres encarceradas e em apenas nove unidades (femininas ou mistas) há a presença desses/as profissionais (Ibid.).⁶³

Para além desse perfil traçado, que confirma a assertiva inaugural deste capítulo, cumpre lembrar que é nas unidades prisionais femininas onde se encontram as maiores violações dos direitos sexuais e reprodutivos, bem como de acesso à saúde especializada e, por mais bem-estruturadas que possam parecer, afirma-se que nenhuma delas funciona em obediência aos parâmetros legais em vigor, tais como as Regras de Bangkok e a Lei nº 7.210/1984 – a Lei de Execução Penal (LEP)⁶⁴.

Diante do panorama apresentado, relevante, portanto, é a dedicação de um capítulo ao resgate dos movimentos de mulheres, ou de organizações por elas lideradas, que desafiaram as instituições competentes para a edição de leis e de julgados responsáveis pelo trabalho do desencarceramento feminino. O que se observa, comumente, nas pesquisas relacionadas ao tema é o resultado produzido por mentes e mãos majoritariamente masculinas, em todas as esferas de poder.

Diferente não foi feito nesta dissertação. O desenvolvimento dos marcos regulatórios e da evolução jurisprudencial mostrou-se fundamental às conclusões aqui alcançadas. No entanto, entendeu-se imperioso o destaque às organizações femininas (ou mesmo vozes isoladas) propulsoras das respostas afirmativas aos pleitos de desencarceramento, a fim de deslocar o protagonismo ativo dessas conquistas àquelas que são, em regra, apresentadas como o objeto de decisões, de pautas legislativas e de políticas públicas, fruto da dominação masculina, cisgênero, heterossexual e branca.

Serão, então, enumeradas e descritas as instituições lideradas, coordenadas, ou com a participação decisiva de mulheres, em prol do desencarceramento de presas, mães em sua maioria.

Primeiramente, sob a lida de Ir. Petra Silvia Pfaller (coordenadora nacional) e de Rosilda Ribeiro Rodrigues Salomão (coordenadora nacional para a questão de mulher encarcerada), opera a Pastoral Carcerária, cuja atuação mostrou-se relevante

⁶³ INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Mães livres**: A maternidade invisível no sistema de justiça. São Paulo: IDDD, 2019. Relatório do Projeto. p. 9. Disponível em: http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2020/07/Maes_Livres_IDDD.pdf. Acesso em: 25 abr. 2023.

⁶⁴ BRAGA; ANGOTTI, 2019, p. 14-15.

para a tradução das Regras de Bangkok. A instituição também conta com a ação da Mestre em Teologia Pastoral Heidi Ann Cerneka⁶⁵.

Além do trabalho de evangelização, dentre os objetivos e atividades da instituição em comento encontram-se: a) lutar pelo fim da política de encarceramento em massa no país, através do desencarceramento da população carcerária; b) encaminhar as denúncias de torturas, maus-tratos e violações de direitos humanos praticados contra as pessoas privadas de liberdade; c) priorizar a defesa intransigente da vida, bem como a integridade física e moral das pessoas privadas de liberdade; d) conscientizar a sociedade para a difícil situação do sistema prisional; e) superar a justiça retributiva por meio da justiça restaurativa; e f) acompanhar as pessoas privadas de liberdade em todas as circunstâncias e atender suas necessidades pessoais e familiares⁶⁶.

Por meio do projeto “Mulher Encarcerada”, a Pastoral Carcerária mostrou que a população carcerária feminina do Brasil cresceu 698% entre 2000 e 2016, conforme revelado pelo próprio Ministério da Justiça. Dentro desse contexto, a instituição enxerga, além da precariedade e violências comuns aos presídios masculinos, a deficiência dos estabelecimentos no que diz respeito ao atendimento à saúde de gestantes, lactantes e mães, bem como a separação abrupta das mães de seus/suas filhos/as, incluindo adoções à revelia, falta de notícias dos infantes, dentre outras violações de gênero⁶⁷.

Igual destaque merece o labor desenvolvido pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC), uma organização de Direitos Humanos fundada em 1997, a partir de uma equipe coordenada pela advogada e missionária Michael Mary Nolan, pela advogada Sônia Drigo e pelo então deputado federal Luiz Eduardo Greenhalgh. Com a mediação do padre Júlio Lancellotti, a equipe realizou visitas em uma unidade prisional alvo de denúncia de tortura a uma mulher presa⁶⁸.

A partir do primeiro contato com a realidade do encarceramento feminino, percebeu-se a falta de informações sobre a situação das mulheres presas. Assim, o

⁶⁵ PASTORAL CARCERÁRIA. Coordenação. **Pastoral Carcerária**, São Paulo, 2014-2018a. Disponível em: <https://carceraria.org.br/coordenacao>. Acesso em: 9 nov. 2022.

⁶⁶ PASTORAL CARCERÁRIA. Objetivos e atividades. **Pastoral Carcerária**, São Paulo, [2014-2018b]. Disponível em: <https://carceraria.org.br/a-pastoral-carceraria#1541815130443-dd3b0bc0-b2a5>. Acesso em: 9 nov. 2022.

⁶⁷ PASTORAL CARCERÁRIA. Mulher Encarcerada. **Pastoral Carcerária**, São Paulo, [2014-2018c]. Disponível em: <https://carceraria.org.br/mulher-encarcerada>. Acesso em: 9 nov. 2022.

⁶⁸ INSTITUTO TERRA TRABALHO E CIDADANIA. Nossa História. **ITTC**, São Paulo, 2015a. Disponível em: <https://ittc.org.br/nossa-historia/>. Acesso em: 9 nov. 2022.

instituto propôs-se a desvelar as violações de direitos das pessoas excluídas e “articular-se com organizações da sociedade civil, estudantes, pesquisadores, pesquisadoras e com o poder público para garantir esses direitos”⁶⁹.

A visão adotada pela entidade é “erradicar a desigualdade de gênero, garantir direitos e combater o encarceramento”⁷⁰ e a missão é “promover o acesso à justiça e garantir os direitos das pessoas em situação de cárcere e produzir conhecimento, por meio de atuação constante e sistemática nos seguintes eixos de ação: atendimento direto, diálogo público e educação para a cidadania”⁷¹. Atualmente, o ITTC está estruturado em dois programas: “Programa Justiça sem Muros” e “Programa Direitos de Gênero”⁷².

Ao longo dos anos, a instituição publicou obras como o “Manual dos Direitos das Presas” e “Direitos Humanos e Mulheres Encarceradas”, além de atuar em projetos de ressocialização de pessoas presas, na mediação de rebeliões em penitenciárias femininas, pelo fim da revista vexatória etc. As conquistas do instituto deram-se sempre sob a presidência de Michael Mary Nolan, que ganhou o XV Prêmio Santos Dias de Direitos Humanos de São Paulo, na Assembleia Legislativa daquele estado.⁷³

Ao lado da Pastoral Carcerária, o ITTC foi fundamental para o lançamento da tradução oficial das Regras de Bangkok da Organização das Nações Unidas (ONU)

⁶⁹ INSTITUTO TERRA TRABALHO E CIDADANIA, 2015a.

⁷⁰ INSTITUTO TERRA TRABALHO E CIDADANIA. Quem somos. **ITTC**, São Paulo, 2015b.
Disponível em: <https://itc.org.br/quem-somos/>. Acesso em: 9 nov. 2022.

⁷¹ INSTITUTO TERRA TRABALHO E CIDADANIA, 2015b.

⁷² O primeiro tem atenção especial voltada às mulheres em situação de prisão e monitora o sistema de justiça criminal, mapeia os movimentos legislativos que impactam os direitos no cárcere e produz pesquisa e informações para fomentar o debate em prol da redução do encarceramento feminino no Brasil. Ainda, defende a redução do sistema prisional e busca expandir a participação da sociedade civil nas políticas públicas, com fins à redução da intervenção estatal abusiva e repressiva sobre grupos socialmente vulneráveis e sobre os movimentos que lutam por transformações sociais. O segundo programa foi criado em 2015 e visa, essencialmente, à erradicação da desigualdade de gênero nos sistemas prisional e de justiça, que, na visão com a qual se coaduna, reproduzem e acirram violências e discriminações, com o reforço de papéis e estereótipos de gênero. Por meio desse programa, o ITTC priorizou intervenções que debatessem e chamassem a atenção para a necessidade de reconhecimento de direitos de presas e a promoção dos meios para garantir o seu pleno exercício. A exemplo, a participação no movimento que criou a Defensoria Pública do Estado de São Paulo e da atuação junto às mulheres estrangeiras encarceradas no estado, além de assessorar outras organizações parceiras, conselho, ouvidorias e movimentos sociais, sempre com foco na ampliação do acesso à justiça.

INSTITUTO TERRA TRABALHO E CIDADANIA. Justiça sem muros. **ITTC**, São Paulo, 2015c.

Disponível em: <http://itc.org.br/justica-sem-muros/>. Acesso em: 9 nov. 2022.

INSTITUTO TERRA TRABALHO E CIDADANIA. Direitos e Gênero. **ITTC**, São Paulo, 2015d.

Disponível em: <http://itc.org.br/direitos-genero/>. Acesso em: 9 nov. 2022.

⁷³ INSTITUTO TERRA TRABALHO E CIDADANIA, 2015a.

pelo CNJ, tendo em vista os anos de mobilização para a concretização do ato em 2016. Nesse mesmo ano, o instituto foi finalista do Prêmio Changemakers de Ashoka. Ainda, lançou a pesquisa “Fora de Foco: caminhos e descaminhos de uma política de alternativas à prisão” e, após decreto presidencial de concessão de indulto para mulheres, editou o “Guia Rápido sobre Indulto para Mulheres Presas”, com o objetivo de facilitar o acesso a esse benefício, bem como sua aplicação⁷⁴.

A fim de ilustrar uma significativa contribuição no levantamento de dados, faz-se lembrar que a primeira estatística oficial acerca do encarceramento promovida sob o viés de gênero foi publicada em 2014, o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres ⁷⁵. Na oportunidade, o Departamento Penitenciário Nacional reconheceu “[...] uma deficiência grande de dados e indicadores sobre o perfil de mulheres em privação de liberdade nos bancos de dados oficiais dos governos, o que contribuiu para a invisibilidade das necessidades dessas pessoas”⁷⁶.

Posteriormente, o ITTC realizou uma pesquisa sobre encarceramento feminino, a qual revelou inconsistências no relatório produzido pelo INFOPEN Mulheres 2015, decorrentes da metodologia utilizada. Os dados foram colhidos das informações prestadas pelas unidades prisionais, estaduais e federais, sem a obrigatoriedade do cumprimento de prazos para prestar as informações e sem que preenchessem adequadamente todos os campos do formulário. Nos termos do relatório, o INFOPEN Mulheres “não foi capaz de reverter a desatenção sistêmica às mulheres, afinal, dados há muito guardados continuam ausentes, como o número de filhos das mulheres presas – informação essa que aparece no relatório de junho em relação aos homens”⁷⁷.

A esse respeito, quando da segunda edição do INFOPEN Mulheres, em 2018, também foi explicitada a desproporção entre o aumento do encarceramento masculino e do feminino, fenômeno que não teria sido suficiente para reverter a invisibilidade que

⁷⁴ INSTITUTO TERRA TRABALHO E CIDADANIA, 2015a.

⁷⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen Mulheres**: Junho de 2014. Brasília, DF: DEPEN, 2014. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2022.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ INSTITUTO TERRA TRABALHO E CIDADANIA. **Relatório Mulheres sem prisão**: desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória de mulheres. São Paulo: ITTC, 2017. p. 14. Disponível em: https://www.ittc.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio_final_online.pdf. Acesso em: 9 nov. 2022.

acachapa a condição feminina privada de liberdade. O que se observa, ao contrário, é o aumento do desprezo pelas peculiaridades das mulheres presas, diante do percentual absoluto inferior ao dos homens encarcerados, segundo Wurster.⁷⁸

Ademais, a autora, com base nos dados fornecidos no levantamento de 2018, identificou omissões relevantes, sobretudo em relação a mulheres custodiadas em delegacias ou em outros órgãos destinados à custódia de pessoas administrados por órgãos do sistema de segurança pública estaduais. Isso porque, como ela bem pontua, o sistema, ao querer parecer neutro, revela-se masculino, diante da ausência de problematização sob o viés de gênero desses sujeitos em delegacias, por exemplo, tratados apenas como “presos”. Fica, então, escancarada a invisibilidade feminina, que determina “o déficit no tratamento de dados sobre presas no país”⁷⁹.

Outra notável colaboração do ITTC e da Pastoral Carcerária Nacional, aliados ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), foi a sua habilitação nos autos do HC nº 143.641/SP como *amici curiae*, assim como procedeu o Instituto de Bioética Anís e a Defensoria Pública da União. Os memoriais apresentados antes do julgamento desse *writ* contaram, em sua maioria, com a assinatura de advogadas mulheres⁸⁰.

Também encabeçada por mulheres, opera a Rede Nacional de Feministas Antiproibicionistas (RENFA)⁸¹. A instituição foi fundada em 2016 como resposta à luta pelos direitos das mulheres, em especial das usuárias de drogas e é composta por

⁷⁸ WURSTER, Tani Maria. **O outro encarcerado**: Ser mulher importa para o sistema de justiça? 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. p. 30. Disponível em: <https://hdl.handle.net/1884/65858>. Acesso em: 11 nov. 2022.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 31.

⁸⁰ INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS; INSTITUTO TERRA TRABALHO E CIDADANIA; PASTORAL CARCERÁRIA. **[Memoriais apresentados no HC nº 143.641/SP]**. IBCRIM; ITTC; Pastoral Carcerária, 2018. Documento em pdf.

⁸¹ “A Rede Nacional de Feministas Antiproibicionistas (RENFA) é uma organização política feminista, antirracista, suprapartidária e anticapitalista, criada para atuar em rede na luta pelos direitos humanos e fortalecimento político das mulheres e pessoas trans [cujo] objetivo é transformar os modelos de controle pelos sistemas de opressão racista, patriarcal e capitalista, em especial no campo das políticas de drogas.” (REDE NACIONAL DE FEMINISTAS ANTIPROIBICIONISTAS. Sobre a RENFA. **RENFA**, [s. l.], 2022a. Disponível em: <https://renfa.org/>. Acesso em: 9 nov. 2022.) “Atualmente a RENFA está presente em 13 (treze) estados do Brasil (Alagoas, Pernambuco, Paraíba, Mato Grosso do Sul, Bahia, Ceará, Rio Grande do Norte, Brasília, Goiás, São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Rio Grande do Sul) com 9 (nove) coletivas locais. Os estados que estão organizados em núcleo são: Bahia, Ceará, Distrito Federal, Minas Gerais, Paraíba, Pernambuco, Rio de Janeiro e São Paulo e Rio Grande do Sul. A RENFA também está presente na América Latina, através da TEIA Feminista Antiproibicionista Latino-Americana, contando com a presença de 6 (seis) países, Uruguai, Argentina, Chile, México, Colômbia e Brasil”. (REDE NACIONAL DE FEMINISTAS ANTIPROIBICIONISTAS. **Carta de Princípios RENFA**. [S. l.]: RENFA, 2022b. Disponível em: <https://docs.google.com/document/d/149faNcSJL7USZzfmjM0rJitbqDt3P0SneOCXKy9bx4M/edit>. Acesso em: 10 nov. 2022.)

mulheres que fomentam essa batalha pela reforma da atual política de drogas, em defesa das encarceradas, das profissionais do sexo, das mães vítimas de violência do Estado, das pessoas da comunidade LGBTQIA+, em sua maioria negras⁸².

A rede foi contemplada no edital “Direitos Humanos e Justiça Criminal”, do Fundo Brasil, oportunidade em que desenvolveu o projeto “Agenda Feminista pelo Desencarceramento de Mulheres”, lançado em junho de 2018. Buscou-se, então,

[...] produzir dados sobre os processos e o perfil sociocultural de mulheres encarceradas em situação provisória nas cidades de Recife e Rio de Janeiro, para identificação dos processos judiciais passíveis da impetração de *habeas corpus* para que as mulheres aguardem o julgamento em liberdade.⁸³

O projeto é resultado da articulação de ativistas na luta pelo fim da guerra às drogas e tem por objetivo

[...] produzir dados sobre os processos e o perfil sociocultural das mulheres encarceradas em situação provisória nas cidades de Recife e Rio de Janeiro, subsidiando uma ação pública coletiva em defesa dos direitos dessas mulheres, através da impetração de *habeas corpus*, por mulheres defensoras de direitos ligadas ao movimento feminista, que serão formadas/instrumentalizadas para incidirem pelo desencarceramento feminino, almejando a soltura para as mulheres presas que se enquadram no perfil de excesso de prazo em prisão provisória⁸⁴.

O termo inicial da atuação da RENFA data de 2004, com os atos pela legalização da maconha no Brasil. Em 2014 aconteceu um encontro de ativistas feministas na cidade do Rio de Janeiro – RJ, oportunidade em que se deu o início da articulação da rede, por meio da qual quarenta mulheres se reuniram para falar de feminismo e antiproibicionismo.

Em 2015, em Recife – PE, deu-se o Encontro Nacional de Coletivos e Ativistas Antiproibicionistas (ENCA), que contou com a participação das mulheres da RENFA, ocasião em que 600 ativistas de todo o país debateram os modelos da política de drogas e alternativas. Dentre diversas outras ações em prol do antiproibicionismo em questão, a rede operou na aprovação de Escola Nacional de Gênero e Sexualidade,

⁸² REDE NACIONAL DE FEMINISTAS ANTIPROIBICIONISTAS. ANTIPROIBICIONISMO como missão. **RENFA**, [s. l.], 2022c. Disponível em: <https://renfa.org/>. Acesso em: 9 nov. 2022.

⁸³ FUNDO BRASIL DE DIREITOS HUMANOS. Antiproibicionistas criam “Agenda Feminista pelo Desencarceramento de Mulheres”. **Fundo Brasil**, [s. l.], 30 ago. 2018. Disponível em: <https://www.fundobrasil.org.br/antiproibicionistas-criam-agenda-feminista-pelo-desencarceramento-de-mulheres/>. Acesso em: 9 nov. 2022.

⁸⁴ FUNDO BRASIL DE DIREITOS HUMANOS. Rede Nacional de Feministas Antiproibicionistas (RENFA): Objetivos e público prioritário. **Fundo Brasil**, [s. l.], [2017]. Disponível em: <https://www.fundobrasil.org.br/projeto/rede-nacional-de-feministas-antiproibicionistas-renfa/>. Acesso em: 9 nov. 2022.

na aprovação do Projeto OSF, Fundo Elas e fundo internacional, bem como no lançamento virtual do Manual Feminista Antirracista pelo Desencarceramento⁸⁵.

O aludido manual é fruto do trabalho de militantes da rede (pesquisadoras e advogadas), que, durante um ano e meio, dedicaram-se a entender, acessar e incidir politicamente sobre o encarceramento feminino nas cidades de Recife e do Rio de Janeiro. A menção a essa obra se faz relevante, diante de oportunidade que foi dada às mulheres privadas de liberdade para que suas vozes fossem ouvidas, culminando em ações judiciais para as respectivas solturas, bem como na provocação para a implementação de políticas públicas de desencarceramento.

Por meio de pesquisa de campo, foram coletados dados sobre as mulheres presas provisoriamente naqueles estados da federação, com o objetivo de aferir os requisitos para impetração de *habeas corpus*, nos moldes do HC coletivo nº 143.641/SP, proferido pelo STF, e cujo julgamento será minuciado em capítulo adiante. A exploração dos dados demonstrou que, muito embora os parâmetros legais e jurisprudenciais indicassem o desencarceramento de gestantes, mães de filhos menores de 12 anos, ou com deficiência, ou responsáveis legais, a realidade era outra⁸⁶.

Pelo estudo feito, foram extraídos o perfil das mulheres encarceradas no Recife e as circunstâncias em que foram presas, com o alcance das seguintes categorias: a) maioria jovem (entre 18 e 29 anos); b) periféricas; c) sem registro de filhos no auto de prisão; d) autuadas por tráfico (28%) e roubos e furtos (37%); e) constrição cautelar como regra; e f) policiais como testemunhas nos respectivos processos.

Outro dado que aqui se destaca é o fato de terem as pesquisadoras, por meio dos questionários preenchidos pelas encarceradas, percebido que constavam pedidos de prisão domiciliar, feitos pela Defensoria Pública local, em mais da metade dos processos. Todavia, em nenhum deles o pleito fora concedido, ainda que com parecer favorável do Ministério Público. E, assim como os achados dessa pesquisa demonstrarão, as pesquisadoras verificaram que:

[...] alguns argumentos utilizados pelos juízes e membros do Ministério Público para a negativa foram em uma direção moralizante, fazendo juízo, inclusive, sobre a capacidade materna de algumas mulheres, em razão de

⁸⁵ REDE NACIONAL DE FEMINISTAS ANTIPROIBICIONISTAS, 2022a.

⁸⁶ REDE NACIONAL DE FEMINISTAS ANTIPROIBICIONISTAS. **Manual feminista antirracista pelo desencarceramento**: As experiências da Agenda Feminista pelo Desencarceramento. Organização: Ingrid Farais. 3. ed. [S. l.]: RENFA, 2019. Disponível em: <http://renfa.org/lib/fxnjy/versaofinal4-min-knlxcg3p.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2022.

sua experiência com o crime. Entre eles podemos citar os argumentos de periculosidade das pessoas em situação de rua, a incapacidade de cuidar da filha em razão de ter cometido crime, ser “drogada” e, ainda, que a simples maternidade de filho menor de 12 anos não cabe automaticamente prisão domiciliar. Nota-se, portanto, que muitas vezes as mulheres são mantidas em prisão preventiva em razão da opinião pessoal do magistrado ou dos membros do MP, mesmo preenchendo os requisitos para serem beneficiadas com a prisão domiciliar.⁸⁷

Nas unidades prisionais do Rio de Janeiro, a pesquisa de campo incluiu entrevistas diretas a mulheres presas, cujas transcrições expuseram o sofrimento subjetivo por elas sofridos, especialmente no enfrentamento da gestação e da maternidade, com punições que vão além da pena (eventualmente ou já) aplicada, “que criminalizam seus corpos e moralizam suas práticas e suas relações afetivas e familiares”, de modo que sobre elas a prisão lhes cobre de diferentes formas, “sob a intersecção do seu lugar de mulher, negra, pobre, mãe, jovem”⁸⁸.

Diante do arcabouço investigado, a Agenda Feminista pelo Desencarceramento levantou dados dos processos relacionados às mulheres que tiveram sua prisão provisória decretada entre janeiro de 2017 e janeiro de 2018 nas cidades mencionadas. Em meados de 2018, formaram equipes jurídicas para atuar naquelas localidades, as quais identificaram os casos de possível soltura, mediante impetração de *habeas corpus*.

Após minuciar as conquistas e derrotas perante os tribunais locais, as pesquisadoras da Agenda puderam concluir que:

[...] os fundamentos para denegar o acautelamento domiciliar são enquadrar o caso como “situações excepcionálísimas” ou na exclusão por força de crime praticado com violência ou grave ameaça previstos no acórdão da decisão do STF. Esse se torna uma forma dos Tribunais garantirem uma certa “segurança jurídica”, conforme aduz a seguinte passagem do acórdão da Quarta Câmara Criminal:

[...]

Vale ressaltar que a menção do STF sobre “situações excepcionálísimas” na verdade criou uma brecha para que os Tribunais deixassem de aplicar o benefício da domiciliar para as mulheres que cumprem todos os requisitos da decisão. São “casos indeferidos irresponsavelmente”, conforme rebate a advogada Eloísa Machado, membro do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (CADHu), grupo que atuou no HC coletivo. “Tráfico de drogas é a regra do sistema. Não pode ser considerado excepcionálíssimo”.⁸⁹

⁸⁷ RENFA, 2019, p. 20.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 30.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 36-37.

O que se percebe ainda – e se adianta – é a resistência dos tribunais na aplicação plena do teor do HC nº 143.641/SP e da legislação cabível ao desencarceramento de mulheres das categorias aqui estudadas.

No manual ainda em debate, as integrantes alegam tratar-se de um projeto de “MULHERES QUE LIBERTAM MULHERES”, não sem olvidar de importantes parcerias para o alcance dos objetivos, tais como com a Rede Jurídica pela Reforma da Política de Drogas e com o Sindicato dos Servidores do Ministério Público. A RENFA ressalta, ainda, sua atuação com a Frente Parlamentar Feminista Antirracista no Congresso Nacional,

[...] para junto as deputadas que defendem um projeto de segurança pública e paz possam incidir sobre os absurdos propostos pelos militares e conservadores representados nesse pacote da morte (pacote anticrime) apresentado pelo atual governo.⁹⁰

Igualmente, dá-se realce ao Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (CADHu), uma articulação de profissionais que atua em ações estratégicas de grande impacto em prol dos direitos humanos. O desempenho de seu exercício é feito de forma *pro bono*, por parte de uma congregação de advogadas e advogados, constituída em 2013⁹¹.

No capítulo 3 desta dissertação, foi feita a análise minuciosa do julgado proferido no supracitado *habeas corpus* coletivo, que passou a servir de condutor das decisões de desencarceramento de gestantes e mães de crianças até 12 anos de idade em todo o território nacional. A reforçar o protagonismo das mulheres no percurso dessa conquista, necessária é a atribuição do crédito às razões insertas na peça exordial do *mandamus*, fruto de denso trabalho de pesquisa de campo e de estudo de gênero, especialmente por parte das mulheres integrantes do CADHu.

A inicial conta com a assinatura das advogadas Eloisa Machado de Almeida, Bruna Soares Angotti Batista de Andrade⁹² e Nathalie Fragoso e S. Ferro, juristas

⁹⁰ RENFA, 2019, p. 49.

⁹¹ COLETIVO de Advogados em Direitos Humanos – CADHu, [s. /], [2018]. Disponível em: <https://cadhu.wordpress.com/>. Acesso em: 14 nov. 2022.

⁹² A jurista, mestre em Antropologia Social pela Universidade de São Paulo, trouxe em sua pesquisa considerável contribuição à história da criação de presídios femininos no Brasil. A autora, a partir de abordagem antropológica em diálogo com o Direito e a História, alcançou conclusões tais como a consideração em conjunturas relacionais de conceitos de “criminosos” em relação a modelos não desviantes e o cárcere feminino como referência de um “dever ser” e um “não ser” como ponto de partida. Assim, “[...] possibilitou a recomposição de elementos importantes para a compreensão do fenômeno de criação das prisões no país e de sua configuração inicial [...]” (ANDRADE, Bruna Soares Angotti Batista de. **Entre as leis da ciência, do Estado e de Deus: O surgimento dos**

militantes de Direitos Humanos, que se debruçaram a uma profunda pesquisa acerca da situação das mulheres encarceradas no Brasil. As juristas anunciaram as ilegalidades perpetradas por parte dos juízes e juízas das varas criminais estaduais e dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, bem como dos magistrados federais com competência criminal e dos Tribunais Regionais Federais, além do STJ. Foram, então, todas e todos apontados como

[...] autoridades coatoras na manutenção da submissão de mulheres gestantes, puérperas e mães de crianças em excessivo encarceramento preventivo, em péssimas condições de detenção que impedem a existência digna dessas encarceradas enquanto mulheres no sistema prisional inconstitucional brasileiro.⁹³

Lastreada em dados estatísticos extraídos do INFOPEN Mulheres e de relatos de presas, a petição inicial expôs o exponencial crescimento da população carcerária feminina (que teria aumentado em 567,4% entre 2000 e 2014, colocando o Brasil em quinto lugar no *ranking* mundial de encarceramento feminino), bem como a precariedade e total inadequação do ambiente prisional no quesito acolhimento desse contingente, mormente no que diz respeito ao exercício dos direitos reprodutivos⁹⁴.

Ao lembrar a condenação sofrida pelo Brasil no âmbito do Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (citando caso Alyne da Silva Pimental Teixeira vs. Brasil, de 27 setembro de 2011), o Coletivo asseverou

presídios femininos no Brasil. 2011. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Programa de Pós-graduação em Antropologia Social, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 290. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8134/tde-11062012-145419/publico/2011_BrunaSoaresAngottiBatistaDeAndrade_VOrig.pdf. Acesso em: 20 nov. 2022.)

⁹³ COLETIVO DE ADVOGADOS EM DIREITOS HUMANOS. [Petição inicial HC coletivo nº 143.641/SP]. São Paulo, Rio de Janeiro e Brasília: CADHu, 8 maio 2017. p. 16. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/hc-presas-gravidas-maes-criancas-12-anos.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2022.

⁹⁴ Conforme revelado na petição inicial do *habeas corpus* coletivo em comentário: “[...] apenas 48 unidades prisionais informam dispor de cela ou dormitório adequado para gestantes (34% das unidades femininas e 6% das unidades mistas); berçários ou centros de referência materno-infantil existem em apenas 32% das unidades femininas e em 3% das unidades mistas; as creches, em apenas 5% das unidades femininas e em nenhum dos estabelecimentos mistos. Convém lembrar, ainda, que a maior parte das mulheres se encontra encarcerada em unidades mistas de privação de liberdade.” Ainda, de acordo com o INFOPEN, ficou registrado na exordial: “[...] há apenas 37 ginecologistas para toda a população prisional feminina brasileira, que módulos de saúde estão disponíveis em apenas 37% das unidades prisionais do Brasil (52% das unidades femininas e 42% das unidades mistas) e em 25% dos estabelecimentos destinados ao recolhimento de presos provisórios. Some-se a isso o fato de que as condições de saúde das mulheres encarceradas são sensivelmente piores que as da população em geral: há 1.204 mulheres com agravos transmissíveis dentro do sistema prisional, o que equivale a 5,3% da população prisional feminina. Entre estas, 46% são portadoras do HIV, 35% são portadoras de sífilis e 4,8% são vítimas de tuberculose. Reitera-se: a calamitosa situação do cárcere brasileiro faz dele um local de adoecimento físico e mental”. (CADHu, 2017, p. 17-18).

a incapacidade do sistema carcerário em oferecer um ambiente confortável, alimentação adequada e viabilizar outros fatores condicionantes de um desenvolvimento gestacional saudável. Os estudos dedicados à investigação das condições de maternidade no cárcere também desvelaram que as mulheres experimentam gestações, por vezes, completamente desassistidas, ainda que em alguns estabelecimentos haja acesso ao pré-natal.

Externou-se que o pré-natal deficitário rende ensejo a possíveis infecções (como sífilis, HIV e hepatites), muitas vezes provocadoras de trabalho de parto prematuro e complicações como pré-eclâmpsia e síndrome de Hellp, as quais podem levar ao óbito fetal. Nesse cenário, a pesquisa realizada pelo CADHu, referindo o “Programa de Humanização do Parto: humanização pré-natal e nascimento”, do Ministério da Saúde, de 2002, pontou que, “além do risco gerado pelo confinamento em condições insalubres e desconfortáveis, a gestante encarcerada é subtraída do alcance das políticas de saúde, em cujos termos toda gestante tem direito a, no mínimo, seis consultas de acompanhamento pré-natal”⁹⁵.

Casos emblemáticos foram citados, tais como o de uma detenta na penitenciária de Talavera Bruce, no Rio de Janeiro, que deu à luz confinada em uma solitária, totalmente só e desassistida; outra no Distrito Federal, cuja criança nasceu no corredor do presídio, sobre um saco de lixo, pela falta de escolta policial. Outro caso notório citado pelas advogadas foi o de uma mulher encarcerada provisoriamente em presídio de São Paulo, que, aos oito meses de gestação, foi algemada pelos pés e pelas mãos, no Hospital Estadual de Caieiras, no oitavo mês de gestação. Pela violência sofrida (ficou atada durante e após o parto), a detenta foi indenizada pelo Estado, inclusive, por não haver sido a ela concedido o direito a um acompanhante.

Ao referir a dissertação de mestrado de Aneliza de Lima Torquato⁹⁶, as autoras do *mandamus* coletivo indicaram o padrão ilegal e desigual de assistência ao parto das mulheres encarceradas, as quais são submetidas a negligência, falta de infraestrutura e de pessoal no amparo no trabalho de parto. O que se percebeu, dessa

⁹⁵ CADHu, 2017, p. 19.

⁹⁶ TORQUATO, Aneliza de Lima. **Percepção de mães sobre vínculo e separação de seus bebês em uma unidade prisional feminina na cidade de São Paulo-SP**. 2014. Dissertação (Mestrado em Psicologia do Desenvolvimento e Aprendizagem) – Faculdade de Ciências, Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/110919>. Acesso em: 15 nov. 2022.

pesquisa específica, é que o parto não é tratado como evento eventual e certo que é, de modo que a falta de escolta policial, por exemplo, é elemento comumente prejudicial na assistência às presas gestantes no pré-natal e na hora do nascimento de seus filhos e filhas. Alcançaram, então, a conclusão de que os partos de mulheres custodiadas pelo Estado “são a expressão máxima da indiferença do sistema prisional aos direitos reprodutivos de mulheres presas”⁹⁷.

A exordial também trouxe as conclusões do relatório da pesquisa “Dar à luz na sombra”⁹⁸, segundo as quais

Os espaços dedicados ao exercício da maternidade por mulheres em situação de privação de liberdade são absolutamente excepcionais e, quando existentes, apresentam sérias deficiências e reiteram violações. Quando há a possibilidade de ficar com as crianças, as mães são submetidas a um regime de ociosidade, isolamento e disciplina, que termina por agravar suas condições de privação de liberdade. Sobre elas incide uma série de regulações que subtraem autonomia no exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos, como a interdição de visitas íntimas e a prescrição de um modo padrão e inescapável de exercício da maternidade.⁹⁹

Outra situação de violência exposta pelo CADHu é a precária estrutura materno-infantil, que força mulheres detentas a escolher entre o isolamento da família e a separação do recém-nascido. Isso porque, conforme colocado, não há garantia plena de aleitamento e convívio com a genitora, que deveria ser de, no mínimo, seis meses. Ainda, com fundamento em documento produzido pela organização não governamental Conectas Direitos Humanos, observou-se que os bebês ainda são retirados das mães, com elas ficando, muitas vezes, apenas um dia. Designou-se, pertinentemente, como perversa essa prática, uma vez que atinge a criança em sua saúde e bem-estar, assim com as puérperas, no momento em que mais necessitam de atenção física e psíquica¹⁰⁰.

Não menos traumática é a situação de saída da criança do estabelecimento prisional, circunstâncias também postas na inicial do *habeas corpus*, como forma de sensibilizar os destinatários dessas razões. Após um período de convívio intenso, em que as mães aprisionadas (que têm essa oportunidade) se dedicam exclusivamente aos cuidados dos recém-nascidos, ocorre a separação abrupta e cruel, o que, nas

⁹⁷ CADHu, 2017, p. 22.

⁹⁸ Conforme consta na inicial do HC coletivo em comento, a referida pesquisa foi resultado de entrevistas, visitas a estabelecimentos prisionais femininos, unidades materno-infantis e creches. Publicação do relatório: Cf. BRAGA; ANGOTTI, 2019.

⁹⁹ CADHu, *op. cit.*, p. 22-23.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 23-24.

palavras de Braga e Angotti, é o fenômeno da hiper-hipo-maternidade. Além disso, foi relatada a condição dos infantes, que, após o desligamento das mães detentas, não havendo alguém da família para assumir seus cuidados, são encaminhados a um abrigo. Se adotadas as crianças, as mães são destituídas do poder familiar, “sem que tenham tido oportunidade de se manifestar e defender-se amplamente diante do Juizado da Infância e Juventude”¹⁰¹.

No último terço da peça inicial do *writ* coletivo, foi colocada a situação das crianças encarceradas, que enfrentam o quadro geral de insalubridade das prisões, insegurança, dificuldade ou obstaculização do acesso à saúde, do convívio com a comunidade, além da marcante falta de condições ambientais propícias para o seu desenvolvimento, o que lhes afeta a forma significativa em sua capacidade de aprendizagem e socialização¹⁰².

Foram, ainda, desenvolvidas as razões de ilegalidade do encarceramento preventivo de gestantes e mães, bem como da desproporcionalidade dessa modalidade de constrição. Para tanto, delimitaram o constrangimento ilegal, a ser corrigido pela ordem de *habeas corpus*, no encarceramento provisório degradante, ensejador da criação e do incremento do risco à vida da detenta e de seus filhos e filhas, diante da privação de liberdade em circunstâncias mais gravosas que o permitido em lei.

Assim, à luz de dispositivos da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais – LEP), da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), da Constituição Federal (CF/88), além dos diplomas adotados no âmbito dos sistemas internacional e regional de direitos humanos, o documento que gerou o julgamento histórico provocou o Poder Judiciário em reconhecer o direito subjetivo à saúde, à proteção e à vida. Recordou que, nos termos do decidido no Recurso Extraordinário nº 641.320/RS¹⁰³, a/o apenada/o não pode ser penalizado pela deficiência da estrutura estatal, ou de sua inércia, em face da escassez de estabelecimentos

¹⁰¹ Trecho baseado na pesquisa “Penitenciárias são feitas por homens para homens” por Conectas. (CADHu, 2017, p. 25).

¹⁰² *Ibid.*, p. 27.

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 641.630/RS**. Constitucional. Direito Penal. Execução penal. Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. 2. Cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime [...]. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Luciano da Silva Moraes. Relator: Min. Gilmar Mendes, 11 de maio de 2016a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>. Acesso em: 15 nov. 2022.

prisoinais ou sua infraestrutura inadequada. Ademais, trouxe a lume o julgamento da medida cautelar na ADPF nº 347/DF, que atestou a falha estatal sistêmica do Estado para com as pessoas privadas de liberdade e, depois de todo o relatado, fincou que, em relação às mulheres gestantes, puérperas ou mães de crianças, “essa falha sistêmica se mostra ainda mais cruel”¹⁰⁴.

O último tópico da minuta elenca as razões da desproporcionalidade do encarceramento preventivo das mulheres – em sua maioria jovens, negras, mães e responsáveis pela provisão do sustento familiar. Salaria que elas exercem, no tráfico de drogas (crime responsável por 64% das prisões femininas), atividades predominantemente periféricas, subsidiárias e vulneráveis e, no entanto, recebem uma política criminal discriminatória, desatenta à questão de gênero e que pune duplamente a mulher pelas suas peculiaridades. Lembrou da condenação sofrida pela Bielorrússia, pelas graves violações aos direitos de mulheres detidas, por parte da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), ratificada pelo Brasil em 1984, situação que muito se assemelha ao tratamento dispensados às nossas encarceradas.

E, com essas considerações, o CADHu pugnou, em resumo, que fosse conhecido o *habeas corpus*, a fim de que fosse concedida a ordem, determinando-se a revogação da prisão preventiva decretada contra todas as gestantes e mulheres com filhos de 12 anos de idade incompletos, ou a substituição das respectivas constrições extremas por prisão domiciliar, nos termos do art. 318, V, do Código de Processo Penal. O pleito foi atendido e o julgamento é considerado um marco na evolução da proteção das mulheres aqui discutidas.

Em atuação paralela e conjunta para o alcance dessa conquista, urge mencionar o desempenho do Programa Prioridade Absoluta, do Instituto Alana, criado com a missão de “dar efetividade e visibilidade ao Art. 227 da Constituição Federal do Brasil, que estabelece os direitos e o melhor interesse de crianças e adolescentes como absoluta prioridade das famílias, da sociedade e do Estado”¹⁰⁵.

O programa desenvolve ações junto aos Três Poderes, com o escopo de garantir a absoluta prioridade aos direitos das crianças e adolescentes em situações de violação, e coube a ele,

¹⁰⁴ CADHu, 2017, p. 34.

¹⁰⁵ INSTITUTO ALANA. Quem somos. **Prioridade Absoluta**, [s. l.], c2023. Disponível em: <https://prioridadeabsoluta.org.br/quem-somos/>. Acesso em: 25 abr. 2023.

[...] com base em diversas pesquisas sobre desenvolvimento infantil, neurociência e da avaliação das leis nacionais e internacionais de proteção aos direitos das crianças, também pacientes do HC coletivo, solicitar o cumprimento da regra constitucional do Artigo 227 que garante absoluta prioridade aos direitos de crianças, inclusive o direito à saúde, ao desenvolvimento integral, à convivência familiar e comunitária, ao brincar livre dos ambientes degradantes do cárcere e de suas mazelas. Tal compreensão foi acolhida de forma categórica pela Segunda Turma, que citando a manifestação do Alana asseverou que as crianças “sofrem injustamente as consequências da prisão, em flagrante contrariedade ao art. 227 da Constituição, cujo teor determina que se dê prioridade absoluta à concretização dos direitos destes”.¹⁰⁶

Deve-se, também, à atuação do programa a extensão da ordem concedida no HC coletivo do Supremo às adolescentes grávidas ou mães no sistema socioeducativo e suas/seus filhas/os, bem como às mulheres mães de pessoas com deficiência, de qualquer idade, nos termos da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto Legislativo nº 186/2008) e da Lei nº 13.146/2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência.¹⁰⁷

E como brilhantemente pontuado por Souza, Dantas e Perissé:

Prisões não foram pensadas para crianças e não é desejável que nenhuma criança passe um dia sequer no ambiente prisional ou longe de suas mães. A despeito disso, são muitas as crianças cotidianamente mantidas dentro de celas e presídios: quando o habeas corpus (HC) coletivo 143.641 foi impetrado, o Departamento Penitenciário Nacional apontava ao menos 1.925 crianças nessa situação.

São crianças que por muito tempo permaneceram invisíveis, ou reduzidas a números que pouco pareciam significar. Mas a verdade é que tais crianças não podem ser esquecidas ou ter sua infância negada. Essas crianças, como todas as outras, devem ter os seus direitos respeitados. O direito de encontrar conforto no colo de sua mãe, o direito de correr até se cansar, o direito de poder ver o dia amanhecer sem grades. É por isso que o programa Prioridade Absoluta, do Instituto Alana, atuou nesse caso. Para que as violações de direitos de meninas e meninos cessem e para que todas as crianças nessa condição de encarceramento sejam contempladas - independentemente de quem sejam suas mães, se mulheres detidas no sistema prisional ou adolescentes internadas no sistema socioeducativo (fl. 39).¹⁰⁸

Igualmente responsável por iluminar o caminho percorrido até as conquistas legislativas e jurisprudenciais, bem como na fiscalização dos avanços, memorável é a

¹⁰⁶ HARTUNG, Pedro; HENRIQUES, Isabella. Participação social para uma justiça mais inclusiva e democrática. *In*: INSTITUTO ALANA; COLETIVO DE ADVOACIA EM DIREITOS HUMANOS. **Pela liberdade**: a história do habeas corpus coletivo para mães e crianças. São Paulo: Instituto Alana, 2019. p. 34-35.

¹⁰⁷ *Ibid*, p. 35.

¹⁰⁸ SOUZA, Mayara Silva de; DANTAS, Thaís Nascimento; PERISSÉ, Guilherme. Infância e maternidade sem grades. *In*: INSTITUTO ALANA; COLETIVO DE ADVOACIA EM DIREITOS HUMANOS. **Pela liberdade**: a história do habeas corpus coletivo para mães e crianças. São Paulo: Instituto Alana, 2019.

atuação do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), uma organização formada por advogadas/os criminais e defensoras/es de Direitos Humanos reunidas/os pela “vontade de transformar o sistema de justiça brasileiro”¹⁰⁹.

Na linha do tempo de atuação do Instituto, e no que guarda pertinência com a temática aqui desenvolvida, destacam-se os seguintes projetos: a) 2017: mutirão carcerário Mães Livres, realizado na Penitenciária Feminina de Pirajuí – SP, a fim de garantir às mulheres presas gestantes ou com filhos menores de 12 anos o direito de responderem ao processo em liberdade provisória ou prisão domiciliar; b) 2017: campanha “Encarceramento em massa não é justiça”, desenvolvida pela Rede Justiça Criminal, que mostrou a realidade das pessoas presas no Brasil; c) 2017: “Advocacy”, fortalecimento da incidência no Legislativo, para acompanhar o processo legislativo, estimulando avanços e buscando conter retrocessos em matéria de Direitos Humanos; d) 2018: atuação como *amicus curiae*, perante o STF, no julgamento das ADCs da prisão em segunda instância; e) 2018: produção do documentário “Mães Livres”; f) 2020: mutirão carcerário covid-19, a fim de garantir a liberdade de pessoas presas provisoriamente que pertencem ao grupo de risco da doença; g) 2021: Empoderamento Legal, “Mulheres e Justiça Criminal: fortalecendo redes nos territórios, destinado a mulheres afetadas direta e indiretamente pelo encarceramento feminino; e h) 2021: Covid nas prisões, que denunciou violações, falta de itens de prevenção e água nas prisões brasileiras no primeiro ano da pandemia.¹¹⁰

Dá-se singular visibilidade ao mutirão carcerário na Penitenciária Feminina de Pirajuí, realizado entre 2017 e 2018, que levantou dados sobre 196 mulheres e deu origem ao relatório “Mães Livres: a maternidade invisível no sistema de Justiça”, publicado em 2019. O projeto teve por objetivo dirimir dois problemas essenciais: “o aumento do número de mulheres encarceradas e o desprezo do sistema de Justiça pelo vínculo materno-infantil”¹¹¹.

O projeto, que surgiu para dar efetividade à importante conquista normativa, qual seja, a aprovação do Marco Legal de Atenção à Primeira Infância, a Lei nº 13.257/2016, criou, com a participação massiva de mulheres, a oportunidade “para enfrentar o encarceramento feminino também a partir do prisma da

¹⁰⁹ INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. Sobre o IDDD. **IDDD**, [s. l.], c2023. Disponível em: <https://iddd.org.br/o-iddd/>. Acesso em: 25 abr. 2023.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Ibid.*

imprescindibilidade da mãe na vida de seus/suas filhos/as”¹¹². Na diretoria atuou Daniella Meggiolaro, advogada criminalista; na coordenação, Marina Dias, Amanda Oi e Vivian Calderoni; na assessoria de projeto, Bárbara Correio Florêncio Silva, além de várias outras associadas e voluntárias. Todas elas, a despeito da ausência de particularização da qualificação profissional, merecem destaque pela atuação que resultou na exímia pesquisa, que não só serviu para embasar trabalhos futuros sobre o tema (a exemplo deste), como atuou na fiscalização do cumprimento do teor da emblemática decisão proferida pelo STF, ao lado das mulheres anteriormente exaltadas.

O minucioso trabalho por elas realizado identificou os problemas mais sensíveis advindos do encarceramento feminino, quais sejam: a) a separação de mães e filhas/os, inclusive recém-nascidas/os, com o dilema da amamentação em ambiente prejudicial à criança e a retirada dela dos cuidados de sua mãe, no estágio inicial da vida, que também configura uma violência; b) limitações para receber visitas – sob o constrangimento das revistas vexatórias –, acentuadas pela distância e dificuldade de acesso ao estabelecimento prisional, o que prejudica a manutenção dos laços afetivos, fundamental no processo de reabilitação dessas mulheres; e c) o regime fechado, que expõe a mulher a ambientes insalubres, com alimentação de má qualidade e deficiência de assistências médica e jurídica, privadas de prover recursos para o sustento da sua família¹¹³.

Outra significativa contribuição foi a problematização, por meio de petição protocolada no STF, em setembro de 2018, de uma decisão exarada no HC nº 433.040/SP pelo STJ, em que se afirmou não haver a defesa logrado comprovar a imprescindibilidade dos cuidados da paciente em relação à prole. O ministro relator do HC coletivo nº 143.641/SP, Ricardo Lewandowski, despachou o pedido, reafirmando que

[...] a premissa do acórdão – da imprescindibilidade dos cuidados da mãe aos filhos – não está à disposição das autoridades judiciárias brasileiras para avaliação, e que a imputação da prática de tráfico de entorpecentes não é excepcional e como tal não pode ser considerada, conforme constou do próprio acórdão, para embasar a negativa da substituição.¹¹⁴

Essa manifestação serviu, segundo o Instituto, de lastro para questionar futuras decisões judiciais que emitem juízo de valor moralista sobre a ré mãe, tão somente

¹¹² INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA, 2019, p. 10.

¹¹³ *Ibid.*, p. 9.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 23.

com base na gravidade do crime praticado, em total desconhecimento da relação da mãe com as/os filhas/os.

O relatório final foi fundamental para descortinar estes que se consideram essenciais para as conclusões desta obra: a) a seletividade penal – tomada de racismo e machismo; b) a imprescindibilidade da mãe para a criança; c) a palavra da mulher em xeque e os julgamentos morais que sobre ela recaem; d) o hiperencarceramento em delitos não violentos; e e) o formalismo cego e a ficção jurídica, para ignorar o vínculo materno e a realidade do puerpério no cárcere¹¹⁵.

Finalmente, e não menos importante, vale lembrar a atuação das defensorias públicas do Ceará, do Paraná, do Amapá, do Espírito Santo, de Goiás, do Maranhão, do Pará, da Paraíba, de Pernambuco, do Piauí, do Rio Grande do Norte, de Rondônia, de Roraima, do Rio Grande do Sul, de Sergipe, de São Paulo, do Tocantins, da Bahia, do Distrito Federal, de Minas Gerais, do Rio de Janeiro, do Mato Grosso e do Mato Grosso do Sul,

[...] amparadas no acompanhamento próximo e diário da realidade de seus assistidos e abordagem estrutural das violações de caráter coletivo, apresentaram infindáveis casos de descumprimento da lógica da prisão preventiva como exceção no Processo Penal e do flagrante descumprimento do Marco Legal da Primeira Infância.¹¹⁶

Diante do cenário de luta descrito, faz-se lembrar que as conquistas de segmentos vulneráveis da população não despontam da autorreflexão dos detentores do poder. A libertação de opressões é precedida da constante vigilância, organização e luta por parte das/os resistentes. Aqui foram ilustradas as principais e mais recentes vozes de mulheres que contribuíram para a mudança da jurisprudência pátria, bem como das legislações que se seguiram, em prol do desencarceramento feminino.

¹¹⁵ INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA, 2019.

¹¹⁶ HARTUNG; HENRIQUES, 2019, p. 34.

2 O ARCABOUÇO NORMATIVO E JURISPRUDENCIAL

2.1 O MARCO DA EXECUÇÃO PENAL E DA EXCEPCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA

Antes de adentrar os principais vetores legais norteadores do desencarceramento de mulheres mães e gestantes, cumpre lembrar que, no ano de 2011, a Lei nº 12.403 – que dispõe acerca de dispositivos reguladores da prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares – previu a possibilidade de substituição da prisão preventiva por domiciliar nas hipóteses de: a) gestação a partir do 7º mês ou gravidez de alto risco; b) imprescindibilidade aos cuidados especiais de criança menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência¹¹⁷.

Houve, ainda, iniciativas do Poder Executivo federal, a exemplo da Resolução do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), no intuito de disciplinar a situação de filhos de mulheres encarceradas em 2009¹¹⁸, da criação do Grupo de Trabalho Interministerial sobre mulheres presas e egressas, instituída pela Portaria nº 885, de 22 de maio de 2012, do Ministério da Justiça, bem como da Política Nacional de Mulheres em situação de privação de liberdade e egressas do Sistema Prisional, regulada pela Portaria Interministerial nº 210, de 16 de janeiro de 2014.

Um reforço aos direitos de mães e gestantes encarceradas veio com o advento da Lei nº 12.962/2014, que alterou a Lei nº 8.069/1990, o ECA, assegurando o convívio da criança e do adolescente com os pais privados de liberdade, com a previsão de visitas periódicas e o afastamento da possibilidade de destituição do poder familiar em razão de condenação penal¹¹⁹.

Como marco da execução penal, o art. 61 da Lei nº 7.210/1984¹²⁰, a LEP elenca o arcabouço de órgãos estatais e de entidades comunitárias a gerir as políticas penitenciárias brasileiras, objetivando a atuação conjunta e harmônica, de modo a

¹¹⁷ Respectivas redações do antigo inciso IV e III, ambos do art. 318 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

¹¹⁸ INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Resolução do CNPCCP disciplina situação de filhos de mulheres encarceradas. **IBCCRIM**, São Paulo, 28 jul. 2009. Disponível em: <https://arquivo.ibccrim.org.br/noticia/13345-Resolucao-do-CNPCCP-disciplina-situacao-de-filhos-de-mulheres-encarceradas>. Acesso em: 21 abr. 2023.

¹¹⁹ Respectivas redações dos artigos 19, § 4º, e 23, § 2º, ambos da Lei nº 8.069/1990. (BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 25 abr. 2023.)

¹²⁰ BRASIL, 1984.

permitir a dinamização do processo executório da sanção penal¹²¹. Aliado aos órgãos e atribuições tratados nos arts. 61 e 64, ambos da Lei de Execuções Penais, em 2016 o Brasil traduziu as conhecidas “Regras de Bangkok”, aprovadas pela ONU em 2010¹²², que surgiram da necessidade de se estabelecerem normas de caráter mundial para que as mulheres encarceradas e infratoras tivessem garantidos os tratamentos específicos ao gênero.

A LEP particularizou a situação da mulher encarcerada nos seguintes dispositivos: a) art. 14, § 3º (tratamento humanitário à mulher grávida durante os atos médico-hospitalares preparatórios do parto e puerpério); b) art. 19, parágrafo único (ensino profissional adequado à condição da mulher condenada); c) art. 77, § 2º (permissão de profissionais apenas do “sexo feminino” nos estabelecimentos para mulheres, salvo quando se tratar de pessoal técnico especializado); d) art. 82, § 1º (recolhimento de mulher em estabelecimento próprio); e) art. 83, § 2º (berçários em presídios femininos); e f) art. 89 (existência de seção para gestante e parturiente, além de creche para abrigar crianças maiores de 6 meses e menores de 7 anos). Todavia, observa-se que a lei em comento não cuidou de individualizar a execução da pena sob a perspectiva de gênero.

Essa omissão pode ser percebida, de forma evidente, no parágrafo único do art. 3º, o qual veda a “distinção de natureza racial, social, religiosa ou política”¹²³ na garantia dos direitos não atingidos pela sentença ou pela lei no curso da execução da sanção aplicada. O texto da lei escancara a invisibilidade histórica que recai sobre as mulheres encarceradas, sempre excluídas de políticas afirmativas tendentes à igualdade material de gênero no âmbito prisional. A constatação apenas reforça o fato de que o sistema prisional foi forjado nas bases da estrutura patriarcal. Como bem pontuado por Maranhão e Gimenes,

Partindo dos dados apresentados pelo Infopen, salta aos olhos que até a metade do ano de 2014, apesar de ter havido um crescimento acentuado do encarceramento feminino, pautado em uma política pública punitivista que muitas vezes ignora o contexto social e familiar em que se insere a mulher

¹²¹ “Art. 61. São órgãos da execução penal: I – o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; II – o Juízo da Execução; III – O Ministério Público; IV – o Conselho Penitenciário; V – os Departamentos Penitenciários; VI – o Patronato; VII – o Conselho da Comunidade; VIII – a Defensoria Pública.” (BRASIL, 1984).

¹²² CNJ. **Regras de Bangkok**: Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Brasília, DF: CNJ, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/cd8bc11ffdc397c32eecd40afbb74.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2021.

¹²³ Art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 7.210/1984 (BRASIL, 1984, art. 3º).

infratora, as unidades prisionais não possuíam qualquer estrutura para recebê-las. 5 O sistema penal, elaborado por homens e para homens, definitivamente não se preparou para lidar com a existência da mulher no contexto criminal.¹²⁴

A propósito, como reflexo desse entendimento, constata-se que a realidade de mulheres presas no Brasil implica, muitas vezes, a separação compulsória de mães de seus filhos e filhas, diante da ausência de condições para o exercício da maternidade dentro de presídios, o que leva ao deslocamento dessas crianças para abrigos de adoção. Outro resultado do sexismo no ambiente prisional pátrio é a vulnerabilidade das mulheres, vítimas de violências físicas e sexuais por elementos de organizações criminosas, que as usam como alvo de rivalidade e vingança, especialmente quando mantêm relacionamento afetivo com algum membro considerado inimigo de facção. Ainda, uma circunstância de notório conhecimento é a dita “castração” e o abandono de mulheres nos estabelecimentos carcerários femininos, percebida pela falta de estrutura para visitas, particularmente as íntimas.¹²⁵

Dando continuidade à evolução legislativa, em momento posterior, as Leis nº 9.460/1997, 11.942/2009, 13.769/2018 e 14.326/2022 trouxeram nova redação ou fizeram inserir dispositivos no bojo da LEP, respectivamente, sobre: a) alocação de mulheres maiores de 60 anos no estabelecimento prisional; b) obrigatoriedade de berçários e creches nos presídios, com vistas à amamentação e aos cuidados com os infantes, e garantia de acompanhamento médico à mulher, especialmente no pré-natal e no pós-parto; c) regras específicas para a progressão de regime de mulheres, incluindo avaliações periódicas; e d) atendimento humanitário à mulher grávida durante os atos médico-hospitalares preparatórios ao parto e no período de puerpério.

Reforça-se, então, que a LEP foi claramente editada com foco na população carcerária masculina, haja vista não só as omissões já apontadas, como as subsequentes tentativas de supressão das lacunas de gênero, a fim de adequar o ambiente carcerário ao universo feminino e suas particularidades e paradigmas. As alterações posteriores, muito embora abordem, especialmente, a mulher na condição

¹²⁴ MARANHÃO, Douglas Bonaldi; GIMENES, Amanda Mendes. O encarceramento feminino no Brasil e a política legislativa brasileira em face das Regras de Bangkok. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 147, p. 219-249, set. 2018. p. 221-222. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6600945>. Acesso em: 28 set. 2022.

¹²⁵ PEREIRA, Carolina Soares Nunes. Uma leitura abolicionista das Regras de Bangkok: Entre o desencarceramento feminino e a reforma as prisões. In: BOITEUX, Luciana; CARLOS MAGNO, Patricia; BENEVIDES, Laize (org.). **Gênero, feminismos e sistemas de Justiça**: discussões interseccionais de gênero, raça e classe. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2018. p. 114.

de gestante e mãe, e não a mulher de forma universal, ao menos garantiram condições mínimas de cuidados que essas mulheres e sua prole necessitam.

Adentrando as “Regras de Bangkok”, inicialmente, conforme bem desenvolvido por Maranhão e Gimenes, elas não ostentam natureza jurídica de tratado ou convenção internacional propriamente ditos. Os autores explicam que as diversidades dos elementos jurídicos, sociais, econômicos e geográficos dos países signatários afastam a possibilidade de aplicação cogente e rígida das normas, de modo que, sob a ótica do Direito Internacional Público, são o que se denomina *soft law*, “apresentando as Regras como ‘aspirações globais’, ou seja, diretrizes, que visam garantir direitos e uma melhor condição de igualdade material entre os gêneros”¹²⁶. Alerta-se, então, que

As normas internacionais identificadas como *soft law* não apresentam condições ou prazos para cumprimento, estabelecendo apenas obrigações genéricas de comportamentos futuros visando fins comuns, e são aplicadas quando os problemas enfrentados demandam soluções continuadas ou projetadas, e os Estados não podem se comprometer com ações imediatas.¹²⁷

No introito do documento, a Assembleia Geral da referida organização mundial fez lembrar: a) as regras e normas das Nações Unidas em matéria de prevenção ao crime e justiça criminal relacionadas ao tratamento de presos, os respectivos procedimentos para a aplicação efetivas das chamadas *Regras mínimas para o tratamento de reclusos*, o *Conjunto de princípios para a proteção de todas as pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão* e os *Princípios básicos para o tratamento de reclusos*; b) as regras e normas das Nações Unidas em matéria de prevenção de delitos e justiça criminal relacionadas principalmente com as medidas alternativas ao encarceramento, em particular as *Regras mínimas das Nações Unidas sobre medidas não privativas de liberdade (Regras de Tóquio)* e os *Princípios básicos sobre a utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal*; e c) a Resolução nº 58/163, de 22 de dezembro de 2003, a qual lançou foco na questão das mulheres encarceradas, com a finalidade de identificar os problemas fundamentais e as formas de abordá-los.

¹²⁶ CERESO, 2016 *apud* MARANHÃO; GIMENES, 2018, p. 224.

¹²⁷ NASSER, 2005 *apud* FERNANDES, Luciana Costa; DORNELLAS, Mariana Paganote. A internalização das regras de Bangkok e seus efeitos na execução da pena por mulheres no Brasil: limites e desafios no contexto de encarceramento em massa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 26, n. 145, p. 209-240, jul. 2018. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/123282>. Acesso em: 17 set. 2022.

Diante desse terceiro aspecto, especialmente, o órgão de cúpula da ONU considerou as alternativas ao encarceramento previstas na *Regras de Tóquio*, bem como as especificidades das mulheres e a necessidade de priorizar a aplicação de medidas não privativas de liberdade àquelas que são submetidas às regras do sistema de justiça criminal.

Ainda, a Assembleia destacou a Resolução nº 61/143, de 19 de dezembro de 2006, a qual demanda dos Estados-membros adotar medidas positivas para fazer frente às causas estruturais de violência contra as mulheres e fortalecer esforços preventivos contra práticas e normas sociais discriminatórias, em particular aquelas que afetam mulheres que necessitam de atenção especial no desenvolvimento de políticas contra a violência, a exemplo das mulheres reclusas em instituições ou encarceradas. Em meio à menção a diversos documentos e iniciativas anteriores, o aludido órgão ressalva, sobremaneira, que mulheres presas representam um grupo vulnerável com necessidades e exigências específicas e reconhece que uma parcela das infratoras não apresenta risco à sociedade e, assim como ocorre com todos os infratores, sua reclusão pode dificultar sua reinserção social.

Dentro desse apanhado, o documento internacional, em suas observações preliminares, revela que as ações voltadas à proteção desse grupo, já adotadas, algumas há mais de cinquenta anos, não foram capazes de suprir as necessidades específicas dessas mulheres. Assim, com o advento do aumento da população carcerária feminina ao redor do mundo, tornou-se imperiosa a produção das novas regras, com alcance mundial, de modo a eliminar, ou reduzir, as diversas formas de violências perpetradas contra mulheres encarceradas e sua prole, devido à especial vulnerabilidade.

Na sequência, o documento aborda medidas a serem adotadas, sob a perspectiva de gênero, tais como: a) os cuidados com o registro da presa em seu ingresso; b) alocação, na medida do possível, em estabelecimento prisional próximo à família; c) higiene pessoal; d) exame médico que atenda às particularidades da mulher, incluindo cuidados decorrentes de abuso sexual; e) serviços e cuidados à saúde específicos para mulheres (saúde mental, prevenção de HIV, tratamento para consumo de drogas, prevenção de suicídio etc.); f) impedimento à retaliação contra aquelas que decidirem seguir com medidas judiciais contra os abusadores; g) direito ao sigilo médico; h) não aplicação de sanções disciplinares a mulher gestante ou com filhos, ou em período de amamentação, tampouco pena de impedir contato com a

família, especialmente suas crianças; i) capacitação de funcionárias/os dos presídios, sob a visão de gênero, para o adequado tratamento dispensado às mulheres ali insertas; e j) garantia de atendimento médico também à criança que acompanha a detenta. Esse elenco não é exaustivo, mas serve para ilustrar a natureza gendrada de ações voltadas às especificidades da mulher encarcerada, que levam, em alguma medida, à necessidade do desencarceramento em circunstâncias como as abordadas nesta pesquisa.

Especificamente sobre mulheres gestantes, o texto traz regra complementar, a norma 23 das “Regras mínimas para tratamento de reclusos”, que dispõe o seguinte:

1) Nos estabelecimentos penitenciários para mulheres devem existir instalações especiais para o tratamento das reclusas grávidas, das que tenham acabado de dar à luz e das convalescentes. Desde que seja possível, devem ser tomadas medidas para que o parto tenha lugar num hospital civil. Se a criança nascer num estabelecimento penitenciário, tal fato não deve constar do respectivo registro de nascimento. 2) Quando for permitido às mães reclusas conservar os filhos consigo, devem ser tomadas medidas para organizar um inventário dotado de pessoal qualificado, onde as crianças possam permanecer quando não estejam ao cuidado das mães.¹²⁸

Nessa toada, as “Regras de Bangkok” trazem, na Seção II, as “Regras aplicáveis a categorias especiais”, as quais tratam, resumidamente, do desenvolvimento e implementação de instrumentos de individualização da execução da pena por meio do reconhecimento da existência de categorias específicas de mulheres, dentre elas, como descrito no respectivo item 3, mulheres gestantes, com filhos/as e lactantes na prisão.

Percebe-se que as diretrizes voltadas a esse grupo de mulheres propõem providências destinadas a garantir a priorização do interesse da criança, com o pleno convívio materno no estabelecimento prisional. O estímulo à amamentação, a inclusão de serviços e instalações para os cuidados das/os filhas/os, a fim de oportunizar às presas a participação em atividades prisionais e a elaboração de programas apropriados para mulheres nessas condições são algumas dessas medidas.

No que concerne à aplicação de ações alternativas ao encarceramento, a Regra 64 do documento internacional dispõe:

Penas não privativas de liberdade para as mulheres gestantes e mulheres com filhos/as dependentes serão preferidas sempre que for possível e apropriado, sendo a pena de prisão considerada apenas quando o crime for grave ou violento ou a mulher representar ameaça contínua, sempre velando

¹²⁸ CNJ, 2016. p. 21.

pelo melhor interesse do/a filho/a ou filhos/as e assegurando as diligências adequadas para seu cuidado.¹²⁹

Nesse ponto, oportuno lembrar que o documento em debate, nos itens 6 e 7 da parte preambular, estimula os Estados-membros a elaborar legislação destinada à regulação de mecanismos alternativos à clausura de mulheres, considerando “[...] as necessidades e realidades específicas das mulheres presas ao desenvolver leis, procedimentos, políticas e planos de ação relevantes e a se inspirarem, conforme seja apropriado, nas Regras de Bangkok”.¹³⁰

Conforme já mencionado, conquanto as “Regras de Bangkok” hajam sido aprovadas em 2010 na Assembleia Geral da ONU, o Brasil levou seis anos para publicar, por meio de ato do CNJ, a tradução dos respectivos dispositivos insertos no acordo internacional em comento. Na apresentação do documento, inclusive, foi ressaltado que

Apesar de o Governo Brasileiro ter participado ativamente das negociações para a elaboração das Regras de Bangkok e a sua aprovação na Assembleia Geral das Nações Unidas, até o momento elas não foram plasmadas em políticas públicas consistentes, em nosso país, sinalizando, ainda, o quanto carece de fomento a implementação e a internalização eficaz pelo Brasil das normas de direito internacional dos direitos humanos.¹³¹

Diante dos crescentes índices do encarceramento feminino¹³², especialmente o provisório, tornou-se imperiosa a tradução das normas. No dia 8 de março de 2016 foi, então, publicada a tradução do documento internacional, cujo texto não olvidou do fato de que o conteúdo das regras não seria reproduzido de forma igualitária na totalidade dos países signatários, haja vista a variedade econômica, histórica, social, geográfica e jurídica. Todavia, o teor deixa clara a sua intenção como instrumento de conscientização, reflexão e impulsionamento de melhoria no tratamento das mulheres encarceradas e de sua prole.

¹²⁹ CNJ, 2016, Regra 64, p. 37.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 17, item 7.

¹³¹ *Ibid.*, p. 12.

¹³² O início da Apresentação do documento de tradução das Regras do CNJ cita os dados de junho de 2014, publicados em 2015 no “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres - Junho de 2014”, por meio do qual ficou evidenciado o aumento da população carcerária feminina em 567,4% no período de 2000 a 2014, enquanto a média de crescimento de encarceramento de homens, no mesmo período, foi de 220,20%. Esse levantamento foi, a propósito, incentivado pela aprovação do documento internacional, que em seu bojo, convidou os Estados signatários a promoverem pesquisas empíricas com o fim de divulgar os dados específicos sobre mulheres infratoras e recolhidas no sistema carcerário. (*Ibid.*, p. 11).

Na Seção III do documento internacional, as regras 57 a 62 tratam de medidas não restritivas de liberdade. São instruções voltadas ao desenvolvimento e à implementação de opções específicas de ações despenalizadoras e alternativas ao cárcere (definitivo ou provisório) para mulheres, à disponibilização de recursos para tal e à atividade judicante que condena a mulher, no sentido de acatar fatores atenuantes, “considerando as responsabilidades de cuidados das mulheres e o contexto característico”¹³³. A regra 60, por sua vez, aparece como indicador de intervenções preventivas a evitar o contato de mulheres com a criminalidade, bem como intervenções terapêuticas, orientações para vítimas de violência doméstica, tratamentos para transtornos mentais e programas educacionais e de capacitação para elas.

A Regra 67 preceitua que esforços devem ser enviados para organizar e promover pesquisa direcionada a resultados sobre delitos cometidos por mulheres, as razões que as levam a entrar em conflito com o sistema de justiça criminal, o impacto da criminalização secundária e o encarceramento de mulheres e suas respectivas características. Por fim, nos termos da Regra 68, são sugeridas investidas tendentes a organizar e promover pesquisa sobre o número de crianças afetadas pelo conflito de suas mães com o sistema de justiça criminal, e o encarceramento em particular, e o impacto disso nas crianças, com o intuito de contribuir para a formulação de políticas e a elaboração de programas, considerando o melhor interesse das crianças¹³⁴.

Nota-se que, ao contrário da Regra 64 (retrotranscrita), as demais, em sua maioria, cuidam de preceitos para a manutenção da mulher no cárcere e a convivência dela com as/os filhas/os, a teor do que dispõem as Regras 48, 49, 50, 51 e 52¹³⁵.

¹³³ CNJ, 2016, regra 61, p. 37.

¹³⁴ *Ibid.*, 2016, p. 36.

¹³⁵ “Regra 48

1. Mulheres gestantes ou lactantes deverão receber orientação sobre dieta e saúde dentro de um programa a ser elaborado e supervisionado por um profissional da saúde qualificado. Deverão ser oferecidos gratuitamente alimentação adequada e pontual, um ambiente saudável e oportunidades regulares de exercícios físicos para gestantes, lactantes, bebês e crianças.

2. Mulheres presas não deverão ser desestimuladas a amamentar seus filhos/as, salvo se houver razões de saúde específicas para tal.

3. As necessidades médicas e nutricionais das mulheres presas que tenham recentemente dado à luz, mas cujos/as filhos/as não se encontram com elas na prisão, deverão ser incluídas em programas de tratamento.

Regra 49

Decisões para autorizar os/as filhos/as a permanecerem com suas mães na prisão deverão ser fundamentadas no melhor interesse da criança. Crianças na prisão com suas mães jamais serão tratadas como presas.

Regra 50

Cotejando o teor daquela regra (64) com o dessas últimas, percebe-se uma eventual contradição, pois

[...] as Regras ainda denotam a manutenção do controle e da punição - que inevitavelmente atingem as mais pobres e pretas. Em contrapartida, também são diretrizes que apontam para necessidades latentes no que se refere a um tratamento menos degradante às encarceradas no Brasil, tendo como exemplo a organização de um sistema de cuidados médicos com os devidos recortes de gênero; e o fim de revistas invasivas, que desrespeitam a integridade física e psicossocial das mulheres.¹³⁶

Nessa conjuntura, festeja-se a crítica feita por Pereira¹³⁷, segundo a qual, ao revés da ideia de desencarceramento, seriam as Regras de Bangkok um arcabouço destinado à ampliação das instituições prisionais e do poder punitivo que recai sobre as mulheres, diante da determinada estruturação para que se tornem ambientes acolhedores das suas especificidades. Quanto mais se equipa, se adequa e se adapta o cárcere às necessidades das mulheres, mais legitimada é a atuação do Estado para a inserção e permanência delas nesse lugar.

Conforme se verá na análise dos achados desta pesquisa, a dita humanização do cárcere destoa do ideal abolicionista. Lidar com elementos primários de criminalização, tais como raça e gênero, implica questionar o compromisso de diretrizes como as Regras de Bangkok, as quais optaram pelo acolhimento humanizado de mulheres encarceradas. Todavia, encarcerar é desumanizar, mormente num país onde se reconheceu o estado de coisas inconstitucional das

Mulheres presas cujos/as filhos/as estejam na prisão deverão ter o máximo possível de oportunidades de passar tempo com eles.

Regra 51

1. Crianças vivendo com as mães na prisão deverão ter acesso a serviços permanentes de saúde e seu desenvolvimento será supervisionado por especialistas, em colaboração com serviços de saúde comunitários.

2. O ambiente oferecido para a educação dessas crianças deverá ser o mais próximo possível àquele de crianças fora da prisão.

Regra 52

1. A decisão do momento de separação da mãe de seu filho deverá ser feita caso a caso e fundada no melhor interesse da criança, no âmbito da legislação nacional pertinente.

2. A remoção da criança da prisão deverá ser conduzida com delicadeza, e apenas quando alternativas de cuidado da criança tenham sido identificadas e, no caso de presas estrangeiras, com consulta aos funcionários/as consulares.

3. Uma vez separadas as crianças de suas mães e colocadas com familiares ou parentes, ou sob outras formas de cuidado, serão oferecidas às mulheres presas o máximo de oportunidades e condições para encontrar-se com seus filhos e filhas, quando estiver sendo atendido o melhor interesse das crianças e a segurança pública não for comprometida." (CNJ, 2016, p. 34-35).

¹³⁶ PEREIRA, 2018, p. 111-112.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 116.

penitenciárias, onde se lida com o mito da imparcialidade judicial e com a ilusão da igualdade universal.¹³⁸

Nesse sentido, pode-se afirmar que as Regras nada mais fazem do que reforçar o sistema punitivo, garantidor do privilégio branco e masculino, e se apresenta como

[...] um movimento que vela o discurso racista criminológico o qual dirige as práticas institucionais no Brasil que permanecem “na orientação das práticas punitivas na direção dos corpos negros, pelo implícito do formalmente aceito, o subterrâneo das práticas inconfessáveis”.¹³⁹

Dentro desse entendimento, brilhante é a conclusão de Clarissa Nunes:

É necessário não se perder da ótica crítica ao reformismo penal. Não há humanidade nas prisões, não há humanidade na estigmatização e criminalização da subalternidade e, por conseguinte, não há humanidade no sistema punitivo. Qualquer medida que sirva ao aperfeiçoamento do poder de punir, serve também a perpetuação das estruturas de opressão e exploração sociais. O inchaço do sistema penitenciário não pode ser substituído pelo alargamento do tecido penal e suas formas de punição. Os esforços para humanizar o desumano é inútil e devem ser dirigidos para pensar novas formas de organização social que não sejam construídas com base em estruturas classistas, racistas e patriarcais.¹⁴⁰

No mesmo ano de 2016, o Brasil promulgou a Lei nº 13.257 (Marco Legal da Primeira Infância), por meio da qual ficou determinada, dentre várias outras medidas, a possibilidade de prisão domiciliar para as presas preventivas grávidas ou mães de filhos até 12 anos de idade. Nos termos do inciso I do art. 4º do referido ato normativo:

Art. 4º As políticas públicas voltadas ao atendimento dos direitos da criança na primeira infância serão elaboradas e executadas de forma a:
I - atender ao interesse superior da criança e à sua condição de sujeito de direitos e de cidadã [...]¹⁴¹

¹³⁸ NUNES, Clarissa do Rego Barros. **Maternidade desviante: Prisão domiciliar para mulheres encarceradas grávidas ou mães nos tribunais de justiça de Pernambuco e do Distrito Federal e Territórios**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2020. p. 63. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/38985/1/2020_ClarissadoRegoBarrosNunes.pdf. Acesso em: 3 out. 2022.

¹³⁹ FLAUZINA, 2008 *apud* NUNES, 2020, p. 64.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 64-65.

¹⁴¹ BRASIL. **Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016**. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Brasília, DF: Presidência da República, 2016b. Art. 4º, I. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso em: 17 set. 2022.

Na justificativa do Projeto de Lei nº 6.998/2013¹⁴², de iniciativa do deputado federal Osmar Terra (MDB), que tramitou como Projeto de Lei nº 14/2015 na Câmara dos Deputados, foi destacada a carência de atenção dada à primeira infância no Brasil, que, apesar do arcabouço de regras constitucionais e infraconstitucionais voltadas a essa categoria, ainda demandava a edição de normas cogentes a disciplinarem e orientarem as ações governamentais na prática social ao atendimento dos direitos da criança e do adolescente.

O texto menciona que as crianças pequenas têm recebido atenção parcial e precária, mormente na área da saúde, educação e assistência social, além da submissão às variadas formas de violência física e mental, circunstâncias retratadas como “ingredientes para gerar comportamentos desajustados mais tarde”. Em seguida, pondera que a “razão principal” da iniciativa é “estabelecer maior sintonia entre a legislação e o significado do período da existência humana que vai do início da gestação até o sexto ano de vida”¹⁴³.

Sem adentrar o pensamento ideológico liberal (por vezes reacionário), de cunho misógino e racista acerca dos debates em torno dos direitos do nascituro, sob o estímulo da respectiva representação máxima, percebe-se um silêncio eloquente sobre a quem, verdadeiramente, se destinam essas diretrizes e sobre quem recairão as sanções – que vão desde o julgamento social moral às justificativas para o encarceramento – no descumprimento desses princípios e normas cogentes: a mulher mãe no exercício da maternidade desviante.

A preocupação exacerbada da exposição de motivos do projeto, desvelada na repetida prioridade da atenção aos primeiros anos de vida por parte da família, da sociedade e do Estado, trata com suposta neutralidade a ação dos atores institucionais responsáveis pela efetiva aplicação das ideias postas no projeto de lei. No entanto, a própria menção ao trabalho extradomiciliar da mulher, como uma das balizas fundamentais de reparação da vulnerabilidade das crianças, projeta a responsabilidade exclusiva da mulher mãe na reprodução social, e a conseqüente culpabilização da sua ausência, uma vez que, “com a absorção de mulheres na força

¹⁴² BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.998/2013**. Altera o art. 1º e insere dispositivos sobre a Primeira Infância na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 [...]. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=604836> Acesso em: 17 set. 2022.

¹⁴³ *Ibid.*

de trabalho, as crianças ficaram desamparadas e precisavam de um lugar de proteção, cuidados e educação durante as longas horas de ausência de sua mãe”¹⁴⁴.

É certo que a exposição de motivos repousa sua justificativa em alicerces outros, tais como justiça social, o caráter pedagógico, a área econômica, as perspectivas da neurociência e o direito, a sugerir suposta neutralidade na visão das causas da fragilidade dessas crianças. Porém, o que se percebe é a omissão (deliberada, é certo, diante da natureza ideológico-partidária da iniciativa da propositura) quanto aos aspectos antissexistas e antirracistas que devem ser adotados em tais discussões, a tomar pela ausência de citação de autoras (mulheres e negras), para embasar o debate. Assim como ocorre no exercício da jurisdição, nas demais esferas de poder as discussões que impactam a vida da mulher são, de forma recorrente e massiva, encabeçadas e concluídas por homens brancos cisgênero e heterossexuais, o que coloca a mulher na posição de coadjuvante (quando não inexistente) na tomada de decisões sobre a regulação de seus corpos e vidas.

Feitas essas considerações, retoma-se ao fato de que a Lei nº 13.257/2016¹⁴⁵ alterou o CPP em quatro dispositivos, por meio do seu artigo 41.

As redações do inciso X do art. 6º, do § 10 do art. 185 e do § 4º do art. 304 versaram sobre a colheita de informações relativas à existência de filhos, as respectivas idades, se possuem alguma deficiência e o nome de contato de eventual responsável pelos cuidados da prole, a ser indicado pela pessoa presa, respectivamente no conhecimento da prática da infração penal, no interrogatório e na apresentação à autoridade competente após a prisão em flagrante.

Entende-se que o objetivo desses dados é nortear a autoridade condutora do ato inquisitorial ou judicial a eventual substituição da constrição máxima por medida alternativa não restritiva da liberdade àquelas ou àqueles exclusivamente responsáveis pelos cuidados dos infantes. É oportuno lembrar, entretanto, que a medida de rastreamento e catalogação de filhos de pessoas infratoras, desacompanhada de um programa de assistência de amparo a essas crianças, além de se revelar inócua, pode servir para desvirtuar o escopo da regra e atuar na caça da maternidade desviante, isto é, pode servir de pretexto para acentuar a

¹⁴⁴ BRASIL, 2013.

¹⁴⁵ *Id.*, 2016b.

reprovabilidade da conduta das mulheres aprisionadas em vez de proporcionar seu desencarceramento¹⁴⁶.

Dessa feita, além de atender aos ditames da Regra 2 (das Regras de Bangkok) – que, inclusive, propõe a possibilidade de suspender a medida privativa de liberdade por um período razoável, à luz do melhor interesse das crianças –, a Lei nº 13.257/2016 modificou o art. 318 do CPP, que assim passou a vigorar (em deferência à Regra 57):

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.¹⁴⁷

Muito embora o texto trate apenas da substituição da constrição preventiva, vale ressaltar que a lei ampliou as possibilidades de prisão domiciliar, em contraponto ao art. 117 da LEP, que apenas permitia o benefício aos apenados/as em cumprimento de pena no regime aberto.

Como variação judicial da legislação brasileira, foi editada a Lei nº 13.769/2018, que também tornou possível a adoção de política criminal de redução do encarceramento das mulheres em discussão. Foi acrescentado o art. 318-A ao CPP, que assim dispõe:

Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que:
I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;
II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.
Art. 318-B. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código.¹⁴⁸

A referida lei originou-se do Projeto de Lei do Senado nº 64 de 2018 (PL nº 10.26/2018), de autoria da senadora Simone Tebet¹⁴⁹. Esse projeto tinha como escopo regular

¹⁴⁶ FERNANDES; DORNELLAS, 2018, p. 229.

¹⁴⁷ BRASIL, 1941, art. 318.

¹⁴⁸ *Ibid.*, art. 318-A.

¹⁴⁹ BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 64, de 2018**. Disciplina o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas

[...] o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, bem como sobre a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar das mulheres na mesma situação.¹⁵⁰

Esta era a redação original apresentada pela senadora:

Art. 1º Esta Lei flexibiliza as regras de progressão de regime prisional previstas no art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para a mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência. Art. 2º A pena privativa de liberdade imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando a presa atender aos seguintes requisitos, cumulativamente: I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça à pessoa; II - não tenha cometido crime contra seu filho ou dependente; III - tenha cumprido ao menos um oitavo da pena no regime anterior; IV - seja primária e tenha bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento; V - não tenha integrado organização criminosa. Parágrafo único. No caso de não atendimento a qualquer dos requisitos previstos nos incisos I a V ou do cometimento de novo crime doloso ou falta grave após o deferimento do benefício previsto nesta Lei, aplicam-se as regras dispostas no art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) ou no art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Art. 3º A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, observados os mesmos requisitos do art. 2º desta Lei, com exceção de seu inciso III.

Art. 4º Cumprirá ao Departamento Penitenciário Nacional e aos departamentos ou órgãos similares locais, na forma dos artigos 71 a 74 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), acompanhar a execução da pena das mulheres beneficiadas pela progressão especial, monitorando sua integração social e a ocorrência de reincidência, específica ou não, mediante a realização de avaliações periódicas e de estatísticas criminais. Parágrafo único. Os departamentos ou órgãos similares locais encaminharão ao Departamento Penitenciário Nacional os resultados obtidos. Art. 5º Aplicam-se, no que couber, as demais disposições da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.¹⁵¹

Percebe-se que a prisão preventiva imposta à mulher gestante ou mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência em prisão domiciliar foi prevista no art. 3º e continha os mesmos requisitos para a progressão de regime de pena privativa de liberdade imposta, à exceção da necessidade de cumprimento de, no

com deficiência, bem como sobre a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar das mulheres na mesma situação. Brasília, DF: Senado Federal, 2018. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7638604&ts=1630422373943&disposition=inline&_gl=1*n2l488*_ga*MTExMzkxOTY3Ni4xNjgwNzI4MjI1*_ga_CW3ZH25XMK*MTY4MTEyOTQxNS4xLjAuMTY4MTEyOTQxNS4wLjAuMA. Acesso em: 10 abr. 2023.

¹⁵⁰ BRASIL, 2018.

¹⁵¹ *Ibid.*

mínimo, um oitavo da pena no regime anterior, haja vista a incompatibilidade lógica dos institutos.

Ainda, nos termos da redação originária do art. 2º do Projeto de Lei em comento, a concessão do benefício previa o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: a) não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça à pessoa; b) não tenha cometido crime contra seu filho ou dependente; c) seja primária e tenha bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento; d) não tenha integrado organização criminosa.

Nesse ponto, é importante registrar as razões da justificação concebidas pela senadora, que expressamente mencionou os termos do HC coletivo nº 143.641/SP do STF, *in verbis*:

[...]

Tais circunstâncias foram recentemente apontadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do habeas corpus coletivo nº 143.641/SP. O egrégio Tribunal entendeu não restar dúvidas de que a segregação terá grande probabilidade de causar dano irreversível e permanente às crianças filhas de mães presas. Além disso, seriam evidentes os impactos perniciosos da prisão da mulher, e da posterior separação de seus filhos, no bem-estar físico e psíquico das crianças.

Assim, o STF decidiu que deveriam ser substituídas todas as prisões preventivas por domiciliares, sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP, de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto Legislativo nº 186/2008) e Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcioníssimas, as quais deveriam ser devidamente fundamentadas pelo juízes.

O STF compreendeu que o Estatuto da Primeira Infância (Lei nº 13.257, de 2016) já teria regulado aspectos práticos relacionados à prisão preventiva da gestante e da mãe encarcerada, ao modificar o art. 318 do Código de Processo Penal, permitindo o desencarceramento das mulheres gestantes e com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos, de acordo com parâmetros citados na decisão.

[...] No art. 3º, permitimos a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, nos mesmos moldes do art. 2º do Projeto, com exceção do cumprimento mínimo de fração da pena. Para as mulheres que não consigam cumprir referidos requisitos, ainda restará a previsão legal do mencionado art. 318 do CPP.

Neste contexto, observe-se que não são beneficiadas pelo Projeto as criminosas habituais, que não manifestam interesse na ressocialização e no retorno ao convívio social. Assim, compreendemos ponderável exigir-se como requisito a não reincidência da presa, conquanto não o tenha feito a decisão do STF.¹⁵²

¹⁵² BRASIL, 2016a.

Chama-se a atenção para o fato de que a intenção da autora foi manter a discricionariedade do/a julgador/a em lastrear a negativa da prisão domiciliar nas ditas “situações excepcionálíssimas”, acrescentando hipótese de indeferimento ainda mais restritiva, qual seja, a habitualidade delitiva.

No entanto, o critério da reincidência foi rechaçado durante a tramitação legislativa para a conversão na Lei nº 13.769/2018, permanecendo apenas os dois requisitos objetivos expostos nos incisos I e II do art. 318-A do CPP, conforme transcritos anteriormente.

A propósito, a presença do verbo “será”, inserto no aludido artigo de lei, gerou discussões acerca de eventual afastamento da discricionariedade do/a magistrado/a no exame do pedido de conversão da prisão preventiva em domiciliar dessas mulheres, nos casos de mero preenchimento dos preceitos insertos nos referidos incisos do art. 318-A do CPP.

Tomando a não concessão da prisão domiciliar como uma restrição a direito público subjetivo, há quem conclua que a omissão legislativa quanto às “situações excepcionálíssimas” haja sido proposital, em contraposição àqueles que pensam tratar-se de um dever do julgamento do deferimento à presa, quando objetivamente preenchidos os requisitos dos incisos I e II do art. 318-A do CPP.

O STJ, em que pese haja compreendido a essência da nova lei, consolidou posicionamento pela manutenção da possibilidade de denegação do benefício com fulcro nas “situações excepcionálíssimas”, nos termos do dispositivo inserto no HC coletivo do STF, a exemplo dos achados desta pesquisa, bem como das conclusões alcançadas nos julgamentos dos HCs nº 426.526/RJ e 470.549/TO, ambos pela Quinta Turma do STJ. O ministro Reynaldo Soares da Fonseca, relator do último citado, referiu:

Por isso, penso que a normatização de apenas duas das exceções já previstas no habeas corpus coletivo não afasta a efetividade do que foi decidido pelo Supremo nos pontos não alcançados pela norma. O fato de o legislador não ter inserido outras exceções na lei, não significa que o Magistrado esteja proibido de negar o benefício quando se deparar com casos excepcionais. Tanto que deve prevalecer a interpretação teleológica da lei, assim como a proteção aos valores mais vulneráveis. Com efeito, naquilo que a lei não regulou, o precedente da Suprema Corte deve continuar sendo aplicado, pois uma interpretação restritiva da norma pode representar, em determinados casos, efetivo risco direto e indireto à criança cuja proteção

deve ser integral e prioritária, como determina a Constituição no art. 227, bem como à pessoa deficiente.¹⁵³

É certo que o legislador da Lei nº 13.769/2018 teve a intenção de efetivar os princípios constitucionais de proteção à maternidade e à infância, sem descuidar as orientações insertas nas Regras de Bangkok, sempre com vistas aos interesses e bem-estar da criança.

Há os que sustentam que a adoção exclusiva da interpretação literal do art. 318-A do CPP, sem a possibilidade de, no caso concreto, o órgão jurisdicional mensurar as situações excepcionais, “abriria a possibilidade de conjecturas ilícitas direcionadas à busca do benefício da prisão domiciliar”¹⁵⁴. Questiona-se quais seriam essas conjecturas ilícitas. A assertiva nos levaria à (falsa) crença, muito difundida no imaginário coletivo, de que mulheres passariam a engravidar para cometer crimes, o que não se considera razoável nem tampouco aceitável.

Encontram-se, ainda, assertivas de que

[...] as mulheres, nos últimos anos, passaram a ser uma ferramenta poderosa para a traficância e, caso se admita a interpretação do art. 318- A do CPP no sentido de que o fato de serem mães acarreta na colocação automática em prisão domiciliar – não se analisando as situações excepcionais –, o que está se fazendo é fomentar a transformação das mulheres em alvo desse tipo de delito.¹⁵⁵

A afirmação é fruto da inferência, sem comprovação empírica, em estudo sobre o crescimento exponencial do número de mulheres no sistema carcerário. Os autores, repito, sem extração empírica de dados, chegaram à conclusão transcrita após mera avaliação do percentual, obtido por amostragem, de mulheres encarceradas com filhos (74%) e de réis presas por tráfico (62%). Não se cogitou concluir que o elevado

¹⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 470.549/TO**. Habeas Corpus substitutivo de recurso próprio. Tráfico de drogas. Prisão preventiva. Segregação fundada na garantia da ordem pública. Risco de reiteração. Expressiva quantidade e variedade de entorpecentes, além de petrechos. Fundamentação idônea. Substituição por prisão domiciliar. Cabimento. Art. 318-A do Código de Processo Penal. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Tocantins. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 19 de fevereiro de 2019b. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1792638&num_registro=201802472603&data=20190220&formato=PDF. Acesso em: 1º maio 2023.

¹⁵⁴ NUNES, Douglas Pinto. Prisão domiciliar de mães e gestantes: atual estado da arte. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, DF, ano 18, n. 54, p. 87-104, jul./dez. 2019. p. 97. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoescientificas/index.php/boletim/article/view/484/434>. Acesso em: 1º maio 2023.

¹⁵⁵ CONEGLIAN, Olivar Augusto Roberti; TURELLA, Rogério. A prisão preventiva domiciliar e suas exceções: direito da mulher ou da criança? Arts. 318 e 318-A do Código de Processo Penal brasileiro. **Revista Transgressões: ciências criminais em debate**, Natal, v. 8, n. 2, p. 209-224, dez. 2020. p. 218.

número de mulheres presas com filhos se deu pelo determinismo biológico (maternidade compulsória como destino de mulheres em idade reprodutiva) e pela criminalização do aborto; vale dizer, é um índice que pode ser encontrado em mulheres não encarceradas. Nem tampouco se pensou em avaliar quantas dessas mulheres receberam o benefício da prisão domiciliar. O raciocínio de que estão sendo cooptadas pelo tráfico e suas respectivas organizações criminosas porque são mães, como fundamento para rechaçar a ideia da obrigatoriedade do deferimento a toda e qualquer mãe envolvida com a traficância, veio, como sói ocorrer nesse tipo de debate, desacompanhada da comprovação do deferimento do benefício na mesma proporção. O índice de mulheres presas com filhos é alto porque mulheres, em geral, tornam-se mães; são destinadas a isso. E, conforme já explanado no próprio HC coletivo nº 143.641/SP, mulheres presas por tráfico o são em posição de inferioridade e por motivos que serão vistos nas conclusões alcançadas neste trabalho.

Igualmente cristalina mostrou-se a intenção do legislador de positivar o entendimento consolidado pelo STF no *habeas corpus* coletivo, apesar de tê-lo feito de forma parcial, tendo em vista as restrições apresentadas – a da reincidência, afastada no trâmite legislativo, e a prática de delito contra “filho ou dependente”, expressão trocada por “descendente”.

Há defensores do entendimento da subsistência da terceira exceção prevista no HC coletivo nº 143.641/SP, qual seja, as “situações excepcionalíssimas”. Isso porque entende-se que o silêncio do legislador sobre a possibilidade de indeferimento da domiciliar com base em situações excepcionais concretamente motivadas seria vista como omissão, e não como uma superação parcial de entendimento. Como não poderia o legislador prever todas as eventuais exceções, há julgadores que repisam a tese de que a terceira exceção ainda existiria por força de construção jurisprudencial, e não em virtude da interpretação da lei.¹⁵⁶

A reforçar o afastamento da aplicação automática no sentido da concessão, mas sob a ótica do prejuízo a uma ré, mãe ou gestante, que comete crime com violência, todavia de menor gravidade, questiona-se a aplicação direta do art. 318-A do CPP para negar qualquer caso em que o crime haja sido praticado com violência ou grave ameaça, sem a observância das diretrizes do art. 282 do CPP. Na análise de processos de réus em geral (homens ou mulheres que não se incluem nas

¹⁵⁶ NUNES, 2019.

categorias aqui estudadas), a regra é a observância das circunstâncias do crime, com a devida individualização das respectivas condutas, a fim de avaliar a gravidade do fato e conseqüente concessão (ou não) da soltura ou de cautelares diversas. Tanto que, muito embora não haja sido realizada pesquisa específica comparativa, ilustrativamente serão mostrados casos em que réus homens, jamais questionados se possuem filhos ou se na frente deles praticam a traficância, são beneficiados com medidas cautelares diversas, sem prisão domiciliar, por serem primários ou por terem sido surpreendidos com quantidade não expressiva de drogas. Como se verá, várias são as mulheres mães de filhos menores de 12 anos ou dependentes que são privados da liberdade (muitas vezes no cárcere, vedada a prisão domiciliar), pois traficavam em casa ou o filho estava sob os cuidados de outrem. Em relação a elas, não há chance de substituição quando são investigadas pelo cometimento de crime com violência ou grave ameaça. Nesses casos, a aplicação do art. 318-A é, sim, automática.

Sem mais meandros, a digressão feita serve para revelar a seletividade com que o artigo é aplicado. A problemática das “situações excepcionálísimas” é debate essencial para se compreender a aplicação conveniente desse dispositivo, na medida em que, a despeito de ainda subsistirem como instrumento válido de motivação judicial, oriundo da construção jurisprudencial, são lançadas para estereotipar e prejudicar a mulher que, na condição de mãe e gestante, pugna pela benesse.

2.2 ENCARCERAMENTO NO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL SOBRE O DESENCARCERAMENTO DESSAS MULHERES

São de conhecimento público as questões advindas do hiperencarceramento no sistema prisional brasileiro, relacionadas à precariedade das conjunturas físicas e estruturais, que reduzem as pessoas presas à condição de sobreviventes¹⁵⁷. A crise

¹⁵⁷ De acordo com pesquisa referenciada por Daiana Ryu: “Nas últimas décadas, tem-se notado um excessivo crescimento do encarceramento no sistema prisional pátrio. De se ressaltar, assim, que, conforme dados fornecidos pelo relatório do INFOPEN de junho de 2016, no período de 1990 a 2016, houve aumento de 707% na população prisional brasileira. No ano de 2020, o vultoso número de pessoas presas no nosso sistema penitenciário levou o Brasil a ocupar, por mais uma vez, o terceiro lugar entre os países que mais encarceram. Segundo dados estatísticos do World Prison Population List, publicado em 02 de abril de 2020, no ano de 2019, o Brasil, com a enorme população de 690.000 presos, somente estava atrás da China, com 1,65 milhões de pessoas presas e dos

da superlotação levou, inclusive, o STF, com esteio em precedentes do Tribunal Constitucional Colombiano, a declarar nosso sistema prisional como estado de coisas inconstitucional, por ocasião do julgamento da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347¹⁵⁸.

A propósito, conforme extraído por Flauzina e Pires,

A categoria estado de coisas inconstitucional foi consolidada pela Corte Constitucional Colombiana entre os anos de 1997 e 2004 e pretendeu categorizar situações que apresentem, ao menos, três elementos: (1) violação generalizada de direitos fundamentais; (2) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; (3) exigência de uma ação coordenada entre múltiplas autoridades para superação do quadro de violação de direitos (STF, ADPF 347-DF, p. 29 e p. 54).¹⁵⁹

No voto proferido pelo ministro Luís Roberto Barroso foi reconhecida a violação da dignidade da pessoa humana e à integridade física e moral dos presos. Ademais, foi pontuado que o objeto da ADPF é um conjunto de ações e de omissões evidentes e responsáveis pelo estado de generalizada inconstitucionalidade por falha estrutural do sistema. Dentre as medidas cautelares deferidas encontram-se propostas de melhoria do sistema carcerário, tais como a determinação à União que liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização no fim para o qual foi criado, a vedação de novos contingenciamentos e a determinação para que a União e estados encaminhassem ao STF informações acerca da situação prisional. Também foi deferida a realização de audiências de custódia (vinculadas à atuação do Poder Judiciário).

Todavia, de suma importância é a crítica feita pelas autoras anteriormente citadas, acerca da omissão do STF quanto à constatação de que o aprisionamento deve ser o mecanismo de excelência de intervenção social. Elas dizem que, ao

Estados Unidos, com 2,1 milhão de presos. Conforme dados do Departamento Penitenciário Nacional, até junho de 2020, havia, no Brasil, 702.069 (setecentos e duas mil e sessenta e nove) pessoas privadas de liberdade. De se destacar que entre tal montante, 29,81% da população prisional é formada por presos provisórios. Inegável, assim, a significativa contribuição das prisões cautelares para a superlotação do sistema prisional.” (RYU, Daiana. Encarceramento provisório na pandemia do coronavírus (Sars-CoV-2) na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: prisão preventiva como *ultima ratio*? **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 8. n. 1. p. 443-486, jan./abr. 2022.)

¹⁵⁸ BRASIL. 2015.

¹⁵⁹ FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro; PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Supremo Tribunal Federal e a naturalização da barbárie = The Brazilian Federal Supreme Court and the normalization of barbarity. **Revista Direito e Práxis**, [s. l.], v. 11, n. 2, p. 1211-1237, jun. 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/50270>. Acesso em: 23 jul. 2023.

contrário, a Suprema Corte proferiu uma decisão que “contorna retoricamente o centro articulador dos pedidos formulados na Ação para adotar uma saída político-jurídica que blinda o Judiciário de qualquer tipo de questionamento consequente”¹⁶⁰. Ressaltam elas que na ADPF em questão

[...] o STF reconhece que os parâmetros normativos pactuados para permitir o funcionamento do sistema prisional do Brasil estão sendo violados de maneira estrutural por todos os poderes constituídos, de várias esferas federativas. O que, diante de tudo isso, permite que, ao invés de acabar com o sistema que produz essas violações, a opção seja a de fortalecê-lo? Como é próprio ao pacto narcísico das elites brasileiras, a falha estrutural que o sistema prisional explicita é formal, abstrata e conceitualmente enunciada apenas para sinalizar uma superficial nota de discordância. A “falência do sistema prisional” é repetida, sem que isso se converta na responsabilização dos órgãos públicos pelas violências e inconstitucionalidades que reproduzem e sustentam. Como Lélia Gonzalez (1988) nos alerta, o racismo por denegação se perpetua através da convivência entre institutos de igualdade jurídico-formal positivada e práticas institucionais genocidas contra corpos negros.

[...]

É a receita do colonialismo jurídico sendo mais uma vez aplicada, com um ou outro tempero contemporâneo. Aqui, vale lembrar que a Constituição de 1824 “proibiu o açoite” e manteve a escravidão. Em 2015, o STF reconhece o açoite que ocorre nas unidades prisionais, representado pelo estado de coisas inconstitucional, sem se dedicar às causas da sistemática violação de direitos que lá tomam assento de forma crua e brutal.

A normalização do estado de coisas inconstitucional nos impede de pensar em termos de inefetividade, exceção, seletividade ou hipocrisia moral. Estamos diante de uma realidade que institucionaliza o não acesso aos mecanismos formais de aplicação normativa para um contingente expressivo da população brasileira e que, apesar de não se restringir ao ambiente prisional, tem no cárcere a experiência exacerbada de seus efeitos. Diante disso, o que se percebe é que a afirmação da existência do estado de coisas inconstitucional não retira do STF a responsabilidade com a sua permanência. Ao contrário, esse reconhecimento implica formalmente o STF na sua (re)produção.¹⁶¹

No que diz respeito à adequação de estabelecimentos prisionais às mulheres e seus infantes, ainda mais indigna é a situação. A prisão é feita por homens e para homens e não atende às demandas particulares das mulheres¹⁶². Braga e Angotti coadunam com esse pensamento, ao afirmarem que:

O sistema de justiça como heteronormativo assinala um lugar social para a mulher inferiorizado e excepcional em relação ao homem. As políticas, as instituições, a lei são pensadas a partir do homem, e adaptadas às necessidades e especificidades do encarceramento feminino.

O modelo de justiça esconde e inviabiliza qualquer diferença positiva, tornando-a desigualdade. A excepcionalidade do feminino no sistema faz com que as políticas e os espaços voltados às mulheres presas sejam as sobras.

¹⁶⁰ FLAUZINA; PIRES, 2020, p. 1223.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 1224-1225.

¹⁶² QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. Rio de Janeiro: Record, 2015.

O discurso de igualdade jurídica esconde a hegemonia masculina no campo da lei. O discurso jurídico é hermético, não questiona as políticas de verdade e os efeitos que produz. Na dimensão de poder no campo jurídico, o gênero atua na disputa pela verdade e se inscreve como mais um binarismo pelo qual o sistema de justiça opera: homem-mulher, acusação-defesa, culpado-inocente, mãe-criminosa, entre outros.¹⁶³

Em 2019, o Conselho Nacional de Justiça produziu pesquisa, cujo objetivo geral foi

[...] elaborar um diagnóstico sobre a relação de crianças na primeira Infância com o cárcere, a partir da privação de liberdade de um de seus genitores, englobando tanto aquelas que se encontram no cárcere com as mães, quanto as que acessam a prisão na qualidade de visitantes.¹⁶⁴

O documento, de início, assinala que o Brasil tem a quarta maior população prisional feminina do mundo e que, entre 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento de mulheres aumentou em 455% no país. E, a fim de ilustrar as conclusões alcançadas pelas autoras retrocitadas, o relatório apontou que 74,85% dos estabelecimentos prisionais no Brasil foram construídos para a detenção de presos do sexo masculino, seguidos de 18,8% para o público misto e 6,97% exclusivamente para mulheres. Ainda, destacou que somente 14,2% das unidades prisionais que recebem mulheres possuem um espaço reservado para gestantes e lactantes.¹⁶⁵

Dentro desse panorama, Braga e Angotti pontuam que o sistema de justiça criminal ignora as recomendações de organismos internacionais sobre o aprisionamento de mulheres mães e gestantes – diante dos respectivos números crescentes – e concluem que

Uma das saídas desse (falso) paradoxo, institucionalizar a criança ou separá-la da mãe, seria a prisão domiciliar. Essa opção se choca com a cultura do encarceramento e a priorização do “combate ao crime” presentes nos discursos e nas práticas do sistema de justiça.¹⁶⁶

Diverso não é o entendimento de Flauzina e Pires, as quais também destacam que

[...] a forma como se deu a declaração do estado de coisas inconstitucional evidencia uma especial vulnerabilidade das mulheres, cis ou trans. A normalização não nomeada da masculinidade como padrão que informa o contexto prisional (dentro das unidades e no tratamento pelo sistema de

¹⁶³ BRAGA; ANGOTTI, 2019, p. 29.

¹⁶⁴ CNJ. **Crianças e o cárcere**: efeitos do sistema prisional no desenvolvimento da primeira infância. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/Pesquisa-A-crian%C3%A7a-e-o-C%C3%A1rcere-Carolina-Costa-Pereira-.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2023.

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ BRAGA; ANGOTTI, *op. cit.*, p. 284.

justiça dos procedimentos de execução da pena) é, portanto, um dado que precisa ser considerado.¹⁶⁷

Em maio de 2017, membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos impetraram o HC nº 143.641/SP, perante o STF, cujo objeto cingia-se à substituição do encarceramento de mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, de acordo com o art. 2º da Lei nº 8.069/1990 (ECA). Sob a relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, a ordem foi concedida, nos seguintes termos:

Em face de todo o exposto, concedo 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 ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados 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.

Estendo a ordem, de ofício, às demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições previstas no parágrafo acima.

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.

Para apurar a situação de guardião 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.¹⁶⁸

O relator do julgado foi acompanhado pela maioria dos pares. O voto condutor do acórdão lastreou a sua conclusão concessiva da ordem em instrumentos internacionais, tais como a Declaração Universal de Direitos Humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos e Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos. Como principal marco normativo internacional sobre o tema foram apontadas as Regras de Bangkok, seguidas da crítica de ausência de políticas públicas efetivas na sua aplicação.

¹⁶⁷ FLAUZINA; PIRES, 2020, p. 1225.

¹⁶⁸ BRASIL, 2016a.

Da leitura do voto condutor do acórdão, bem como dos demais votos e debates, extrai-se que o STF entendeu pela ausência de necessidade de comprovação de poder familiar, com a presunção de indispensabilidade dos cuidados da mãe com a sua prole e a credibilidade à palavra da mulher. Inclusive, como se verifica da certidão do respectivo julgamento, é ônus do Estado produzir prova apta a impedir a concessão do benefício¹⁶⁹.

Como anteriormente mencionado, é importante destacar que o crime de excelência do encarceramento em massa de mulheres é o tráfico de drogas. Consoante pontuado por ocasião do julgamento do HC nº 118.533/MS¹⁷⁰ e dos achados desta pesquisa, é forçoso reconhecer o traço do perfil da mulher infratora, que, em sua maioria, se revela coadjuvante, tal como a atuação como “correios” ou “mulas” do tráfico.

É certo que muitas são capturadas na traficância dentro da própria residência, circunstância, a propósito, muito utilizada para alicerçar a negativa da prisão domiciliar, diante do risco à prole, que com ela reside. Conforme será demonstrado a seguir, a coabitação com os infantes, em diversos julgados, é motivação automática para a denegação do benefício às mulheres mães. Curiosamente, embora não haja sido realizada a respectiva pesquisa simétrica, não se nota o questionamento aos pacientes homens sobre a existência de filhos/as, por ocasião da concessão de prisão domiciliar ou de medidas cautelares diversas da prisão, ainda que tenham sido flagrados na prática da mercancia ilegal de drogas nas respectivas residências. Essa afirmativa decorre da percepção concebida da rotina de trabalho, quando são analisados e julgados diversos pedidos dessa natureza.

Cumprе recordar, igualmente, a hipótese de mulheres flagradas – posteriormente presas e julgadas – ao tentar adentrar em estabelecimentos prisionais com porções de entorpecentes, destinados a companheiros lá internados. Sabe-se que muitas são conduzidas a essa prática de forma coercitiva, pressionadas e ameaçadas pela estrutura do tráfico, que opera de dentro das penitenciárias, em

¹⁶⁹ “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.” (BRASIL, 2016a, p. 33-34).

¹⁷⁰ Nesse julgado o STF decidiu pela não hediondez do tráfico privilegiado. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 118.533/MS**. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator: Min. Cármen Lúcia, 19 de setembro de 2016c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998>. Acesso em: 24 out. 2022.)

ações coordenadas com os integrantes de organizações em liberdade. Mães, esposas, companheiras, filhas de detentos são inseridas no mecanismo da traficância, no contínuo exercício da reprodução social, com a atribuição de tarefas bem específicas, como a de seguir no cuidado com o respectivo homem encarcerado, fornecendo-lhe drogas para a perpetuação do vício ou da traficância interna.

Diante de todo esse cenário, e consoante bem destacado pelo então presidente da Corte, ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento daquele *writ*, as mulheres do tráfico, em regra, não desempenham papel de relevância nas organizações criminosas, não atuam sozinhas nem tampouco apresentam periculosidade delinquencial relevante. Nos exatos termos do então ministro presidente:

São, enfim, os “descartáveis”, dos quais se utilizam os grandes cartéis para disseminar a droga na sociedade. Reconhecer, pois, que essas pessoas podem receber um tratamento mais condizente com a sua situação especial e diferenciada que as levou ao crime, configura não apenas uma medida de justiça (a qual, seguramente, trará decisivo impacto ao já saturado sistema prisional brasileira), mas desvenda também uma solução que melhor se amolda ao princípio constitucional da “individualização da pena”, sobretudo como um importante instrumento de reinserção, na comunidade, de pessoas que dela se afastaram, na maior parte dos casos, compelidas pelas circunstâncias sociais desfavoráveis em que se debatiam.¹⁷¹

Reconhecida e notória, portanto, é a relevância do tráfico de drogas para o encarceramento feminino, cujas razões que as levam a entrar em conflito com o sistema de justiça criminal devem ser ressaltadas, nos moldes da Regra 67 das Regras de Bangkok.

A propósito, segundo Karla Ishiy, ao referenciar Clarice Feinman:

[...] a pobreza e as drogas continuam sendo os principais determinantes do aprisionamento de mulheres, o que revela que a realidade de marginalização econômica é fator preponderante para a criminalização. Os diferentes índices criminais apontam que a maioria das mulheres foi presa por crimes relacionados ao desemprego, e não às atividades de altos cargos profissionais, o que sugere que é a feminização da pobreza, e não a liberação das mulheres, a tendência social mais relevante para o estudo do encarceramento feminino.¹⁷²

Voltando à essência do julgado no HC nº 143.641/SP, admitiu-se a situação degradante a que estão submetidas as mulheres no cárcere, privadas de cuidados médicos de pré-natal e pós-parto, assim como as crianças que as acompanham

¹⁷¹ BRASIL, 2016a.

¹⁷² ISHIY, 2014, p. 78.

(devido à carência de berçários e creches). Essa conclusão deu-se com base no julgamento da ADPF nº 347 MC/DF¹⁷³, que, por sua vez, retratou a deficiência estrutural nos estabelecimentos prisionais pátrios, com destaque à situação da mulher presa. Na oportunidade, foi referenciado trecho do voto condutor, da relatoria do ministro Marco Aurélio, com ênfase à sistemática violação de direitos, além do agravamento da situação carcerária no país, oriunda da ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes. Pontuou-se, então, a “cultura do encarceramento”, refletida nos excessos na forma de interpretação e aplicação da lei penal, que rende prisões em números irrazoáveis, inclusive a de mulheres pobres e vulneráveis.

Nas palavras do relator, essa situação decorre de

[...] um proceder mecânico, automatizado, de certos magistrados, assoberbados pelo excesso de trabalho, seja por uma interpretação acrítica, matizada por um ultrapassado viés punitivista da legislação penal e processual penal, cujo resultado leva a situações que ferem a dignidade humana de gestantes e mães submetidas a uma situação carcerária degradante, com evidentes prejuízos para as respectivas crianças.¹⁷⁴

Após análise dos números fornecidos pelo INFOPEN Mulheres, inferiu-se que 68% das mulheres estão presas pela prática do crime de tráfico de drogas, cometido sem violência e sem grave ameaça e, conforme já destacado, no exercício de funções periféricas. Essa circunstância, aliada à carência no trato da saúde reprodutiva, materna, neonatal e infantil no Brasil, com vistas a uma maior igualdade de gênero e à concretude dos ditames constitucionais dispostos no art. 5º, II, XLI, XLV, L e XLVIII, da CF e na Lei nº 11.942/2009, em maio de 2018, então, o STF julgou o referido *habeas corpus*.

A Corte Suprema entendeu pela concessão da substituição da prisão preventiva pela domiciliar às mulheres presas gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo nº 186/2008 e Lei nº 13.146/2015) – sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP.

Ficaram ressalvados os casos de crimes por elas cometidos com violência ou grave ameaça, contra seus descendentes, ou em situações excepcionalíssimas, a

¹⁷³ BRASIL, 2015a.

¹⁷⁴ *Id.*, 2018.

serem devidamente fundamentadas pelos juízes que negarem o benefício, com previsão expressa de aplicação para adolescentes nas mesmas condições que cumprem medida socioeducativa. Para tanto, evocou as Regras de Bangkok, traduzidas na presidência do relator do julgado, com relevo aos prejuízos e violações dos direitos das crianças que nascem no cárcere, que iniciam antes mesmo do nascimento e culminam na entrega abrupta delas à família extensa, “privando-as subitamente da mãe, que até então foi uma de suas únicas referências afetivas”, o que atestou-se como uma experiência traumática, geradora de danos permanentes, que impedem a “formação de pessoas saudáveis e capazes de estabelecer relações sociais profundas”¹⁷⁵. Ao fazer o levantamento do número de crianças afetadas pelo encarceramento de suas mães, o acórdão procurou, então, adequar-se à Regra 68.

O voto está alicerçado na dogmática penal (a Lei nº 13.257/2016, que alterou o CPP e permitiu a substituição da prisão preventiva pela domiciliar para as mães e gestantes presas), em fundamento jurídico constitucional (princípios da intranscendência, da primazia dos direitos da criança, da vedação de penas cruéis e da individualização da pena) e criminológico (discriminação e seletividade existente na política criminal responsável pelo expressivo encarceramento feminino), bem como no direito das gentes (referência às Regras de Bangkok).¹⁷⁶

E, nos termos de Costa e Paganote¹⁷⁷, o julgado descortinou a insuficiência de medidas anteriores, com vistas ao desencarceramento dessas mulheres, tais como inovações legislativas, indultos e decisões da própria Corte constitucional, os quais, mesmo reafirmando a necessidade de pensar o encarceramento feminino de forma diversa, não foram capazes de dar efetividade às Regras de Bangkok. E, nas palavras de Hartung e Henriques, “o HC coletivo 143.641 é um marco histórico para o Direito Brasileiro e para aqueles que almejam uma sociedade mais digna e justa para todos, inclusive para as mulheres, adolescentes e crianças”¹⁷⁸.

A despeito de ser considerado um importante e positivo marco jurisprudencial pátrio em prol do desencarceramento feminino, o acórdão desse HC coletivo – que

¹⁷⁵ BRASIL, 2016a, p. 28.

¹⁷⁶ REIS JUNIOR, Almir Santos; COHN, Ana Clara da Silva; BARETTA, Gilciane Allen. Maternidade no cárcere: a prisão domiciliar como substitutiva à prisão preventiva. **Revista Vianna Sapiens**, [s. l.], v. 12, n. 1, p. 200-224, 2021. DOI: 10.31994/rvs.v12i1.722. Disponível em: <https://www.viannasapiens.com.br/revista/article/view/722>. Acesso em: 9 nov. 2022.

¹⁷⁷ FERNANDES; DORNELLAS, 2018.

¹⁷⁸ HARTUNG; HENRIQUES, 2019, p. 33.

buscava dar efetividade aos arts. 318 e 318-A, ambos do CPP – é objeto de críticas, tais como as feitas por Flauzina e Pires, as quais entendem que

[...] a única interpretação possível em consonância com o texto do artigo 318-A e com um Estado que, em matéria prisional, se configura como um estado de coisas inconstitucional é no sentido de que a concessão só pode depender da apresentação de provas relacionadas aos critérios definidos em lei.¹⁷⁹

Por assim dizerem, elas avultam o reforço do ciclo perverso da violência estatal, por meio da ideia do aprisionamento como regra e não como exceção, fazendo “recair sobre essas mulheres um ônus ainda mais desproporcional para garantir o convívio com suas filhas e filhos”, uma vez que

[...] a medida é pensada de forma desassociada das condições de possibilidade que permitam que tais mulheres possam efetivamente dar conta da subsistência de suas famílias e não implica o Estado nas consequências que gerou nessas unidades familiares quando submeteu essas mulheres a sua custódia.¹⁸⁰

Tendo em vista a incapacidade do Estado em oferecer as condições mínimas necessárias para o desencarceramento em geral, a possibilitar a plenitude de desenvolvimento das famílias (muitas delas contendo mães solo negras, pois é de racismo que se fala quando se menciona a cultura do encarceramento), as autoras consideram a mobilização da prisão domiciliar como “*superação da cultura de encarceramento*” um deboche e têm-na como uma espécie de reedição da lei do ventre livre – igualmente festejada à época –, uma vez que “não é uma opção para as pessoas privadas de liberdade perguntar se preferem continuar nas senzalas (ou nas unidades prisionais) longe de suas filhas e filhos ou escravizadas (aprisionadas) em outras condições”¹⁸¹.

Elas oferecem, também, exemplos de atuação sexista cisheteronormativa do STF nesse julgado, a saber, o (des)valor do testemunho das mulheres (transcrevem trechos dos debates entre os ministros do Supremo, homens, em que se questiona a palavra da mãe e se destaca que poderá perder o benefício, caso não comprovado ser ela a guardiã da criança), bem como a completa irrelevância da mulher no processo de tomada de decisão envolvendo a sua (não)liberdade (explicitada de forma mais contundente no voto do ministro Fachin, que concluiu pela única interpretação conforme é a baseada no melhor interesse da criança, ao mesmo tempo

¹⁷⁹ FLAUZINA; PIRES, 2020, p. 1228.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 1229

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 1229.

em que referenciou a Declaração de Kiev, destinada à compensação da flagrante desigualdade de gênero).¹⁸²

Em harmonia com as conclusões e considerações finais desta obra, as referidas autoras pontuam que

[...] as imbricações das condicionantes de gênero e raça no Brasil acabam por solapar os objetivos declarados de desencarceramento sustentados pela Corte Suprema na declaração do estado de coisas inconstitucional. A forte identificação dos ministros com o status quo inviabiliza a aplicação mais abrangente da norma, violando os direitos de milhares de mulheres.¹⁸³

Voltando à análise objetiva do julgado, posteriormente, o STF foi instado a se pronunciar sobre as “situações excepcionalíssimas”, a fim de que se tornasse possível o acompanhamento do efetivo cumprimento do HC coletivo nº 143.641/SP. Em face de denúncias de manutenção de prisão provisória de mulheres que se encaixavam no perfil concessivo, ficou evidente a resistência dos juízes na aplicação da mudança cultural do sistema de direito penal.

Assim, em outubro e novembro de 2018, o ministro relator Ricardo Lewandowski proferiu decisões monocráticas, com o objetivo de esclarecer o acórdão e salientar a impossibilidade de se promover julgamento moral sobre a maternidade, de modo a afastar os argumentos mais frequentes lançados pelos magistrados na denegação da prisão domiciliar.

De início, o relator advertiu que a benesse deveria ser aplicada a todas as mulheres sem condenação definitiva¹⁸⁴, ou seja, as presas provisoriamente, mesmo com condenação sem trânsito em julgado. Fez lembrar que a prisão domiciliar é restrição de liberdade e não fere, portanto, o entendimento acerca da legitimidade da execução provisória após decisão de segundo grau.

Outra ressalva foi sobre os casos de mulheres flagradas em tentativa de adentrar estabelecimentos prisionais com substâncias entorpecentes¹⁸⁵, sendo essa uma das circunstâncias em que o ministro salientou a vedação de se realizar o escrutínio moral do exercício da maternidade. A prática do tráfico de drogas na própria residência¹⁸⁶ foi apresentada como mais um fundamento a ser rechaçado do rol de

¹⁸² FLAUZINA; PIRES; 2020, p. 1232.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 1233

¹⁸⁴ Documento 394 dos autos eletrônicos do HC nº 143.641/SP.

¹⁸⁵ Documentos 440 e 589 dos autos eletrônicos do HC nº 143.641/SP.

¹⁸⁶ Documentos 471 e 550 dos autos eletrônicos do HC nº 143.641/SP.

“situações excepcionalíssimas”; o consumo de drogas¹⁸⁷, a gravidade abstrata do delito de tráfico (com menção à ausência de citação pessoal, aos antecedentes da mulher, à ausência de trabalho formal)¹⁸⁸, a quantidade e variedade de drogas¹⁸⁹, o convívio com traficantes¹⁹⁰ também são exemplos de situações vedadas como lastro para o indeferimento da prisão domiciliar às mães e gestantes, por configurarem nítida distorção do escopo dos preceitos legais em comento e do julgado que os referendou. A ausência de prova da indispensabilidade dos cuidados maternos às crianças, bem como a ausência de comprovação da maternidade, também despontou como argumento recorrente a simbolizar o alargamento inconstitucional das “situações excepcionalíssimas” previstas originalmente.

A lista de situações não é exaustiva e se percebeu corriqueira a criação de diversos critérios impeditivos da concessão da medida desencarceradora, com base em fundamentos morais e pouco jurídicos, carregados de abstrações – sob o argumento da garantia da ordem pública –, com reforço à desigualdade do sistema de justiça criminal, que encarcera agentes do tráfico de modo repressivo, seletivo e hipócrita¹⁹¹.

Nesse contexto, o STF reconheceu “uma prática institucional sistematicamente contrária à ordem jurídica”, o que o levou a solicitar informações, entre outros órgãos, da Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A Corte estadual mostrou-se recalcitrante no descumprimento da decisão do STF, com abuso de discricionariedade.

A propósito, de acordo com pesquisa realizada pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC), que apurou decisões de magistradas e magistrados brasileiros em mais de 200 audiências de custódia na cidade de São Paulo, 59% das mulheres preenchem os requisitos para a substituição da prisão cautelar por domiciliar e não receberam o benefício. O relatório divulgou que o fundamento mais utilizado para o indeferimento foi a ausência de prova da maternidade ou da gravidez. Em segundo lugar, apareceram as “situações excepcionalíssimas”, consistentes em armazenar o

¹⁸⁷ Documento 510 dos autos eletrônicos do HC nº 143.641/SP.

¹⁸⁸ Documentos 543 e 544 dos autos eletrônicos do HC nº 143.641/SP.

¹⁸⁹ Documento 681 dos autos eletrônicos do HC nº 143.641/SP.

¹⁹⁰ Documento 797 dos autos eletrônicos do HC nº 143.641/SP.

¹⁹¹ LIMA, Debora Nachmanowicz de. Seletividade penal, encarceramento em massa e a decisão pela prisão domiciliar de mães e grávidas. *In*: INSTITUTO ALANA; COLETIVO DE ADVOGACIA EM DIREITOS HUMANOS. **Pela liberdade**: a história do habeas corpus coletivo para mães e crianças. São Paulo: Instituto Alana, 2019. p. 72.

entorpecente na residência, ser surpreendida com grande quantidade de droga, ser reincidente ou ostentar maus antecedentes. Para além desses, argumento comum identificado foi o de que a presença da mãe criminosa seria prejudicial ao desenvolvimento da prole¹⁹².

O mesmo estudo – iniciado antes do julgamento do HC coletivo – revelou que, em relação aos julgados do STJ e do STF, a despeito da mudança do comportamento dos ministros, que reduziram o uso de fundamentos como “gravidade do crime” e “preservação da ordem pública”, houve um aumento da motivação lastreada em crime praticado com violência e nas “situações excepcionalíssimas”¹⁹³.

Ainda, por ocasião do julgamento da Reclamação nº 32.579/PR, o STF decidiu pela possibilidade da concessão da prisão domiciliar à paciente reincidente e anteriormente beneficiada pelo entendimento esposado no HC coletivo. Ficou entendido que a reincidência, muito embora eventualmente seja circunstância apta a agravar a situação da pessoa envolvida na persecução penal, não pode ser óbice à concessão da prisão domiciliar a mães.¹⁹⁴

Também pertinente ao tema, mas não especificamente destinado à categoria aqui estudada, sobreveio, em outubro de 2020 – já no contexto pandêmico –, o julgamento do HC coletivo nº 165.704/DF¹⁹⁵, em que foi concedida a ordem de

¹⁹² INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA. Marco legal e desencarceramento de mulheres: Audiência de custódia. ITTC, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://ittc.org.br/marco-legal-mulheres-custodia/>. Acesso em: 22 abr. 2023.

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação 32.579/PR**. Agravo Regimental na Reclamação. Processual penal. Paciente mãe de filhos menores de 12 anos de idade. Acusada reincidente. Prisão domiciliar com fundamento no art. 318 do CPP. Possibilidade. Aplicação do entendimento firmado no julgamento do HC Coletivo xxxxx/sp. Agravo Regimental a que se nega provimento. I – A decisão de primeiro grau de jurisdição que indeferiu a prisão domiciliar à paciente, mãe de três crianças, a primeira, com um pouco mais de 3 anos de idade, a segunda, com pouco mais de 2 e a terceira com pouco mais de 1, destoa das diretivas constantes do Habeas Corpus coletivo XXXXX/SP. II – Apesar de a Corte estadual ter aludido à reincidência da paciente, penso que tal circunstância, por si só, não pode ser óbice à concessão da prisão domiciliar. A lei é expressa sempre que a reincidência é circunstância apta a agravar a situação da pessoa envolvida na persecução penal, e este não é o caso da concessão da prisão domiciliar prevista no art. 318 do Código de Processo Penal. III – A acusação não diz respeito a crime praticado mediante violência ou grave ameaça, nem contra os filhos ou descendentes. IV – Agravo regimental a que se nega provimento. Agravante: Ministério Público Federal. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 9 de setembro de 2020a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur435002/false>. Acesso em: 1º maio 2023.

¹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 165.704/DF**. Habeas corpus coletivo. Admissibilidade. Lesão a direitos individuais homogêneos. Caracterização do habeas corpus como cláusula pétrea e garantia fundamental. Máxima efetividade do writ. Acesso à justiça. 2. Direito Penal. Processo Penal. Pedido de concessão de prisão domiciliar a pais e responsáveis por crianças menores ou pessoas com deficiência. 3. Doutrina da proteção integral conferida pela Constituição de 1988 a crianças, adolescentes e pessoas com deficiência. Normas internacionais

substituição da prisão cautelar por domiciliar a todas as pessoas que se encontram presas e que têm sob a sua única responsabilidade deficientes e crianças.

Na ocasião, a Defensoria Pública da União (DPU) sustentou que a conclusão alcançada pelo STF no HC 143.641/SP deveria ter estendido o provimento a todos os presos que fossem cuidadores exclusivos e responsáveis por pessoas nas mesmas condições, ao argumento de eventual discriminação de crianças que não têm mães, mas que são cuidadas por outros responsáveis, o que feria o princípio constitucional da igualdade.

O ministro relator Gilmar Mendes asseverou que, de fato, o foco deveria ser o ser o melhor interesse da criança ou das pessoas dependentes, especialmente no momento da pandemia de covid-19. Ele citou a Recomendação nº 62/2020 do CNJ e lembrou que a não concessão de prisão domiciliar mantinha a pessoa vulnerável desfavorecida em período em que se exigiu cuidado ainda maior.

O julgado também ressaltou a hipótese de delitos cometidos contra os dependentes ou com violência ou grave ameaça, nos termos dos incisos I e II do art. 318-A do CPP. O *decisum* ainda destacou a imperiosa necessidade de comprovação de ser o pai o responsável exclusivo pelos cuidados do vulnerável, assim como da terceira pessoa (nem pai, nem mãe), com dever de demonstrar a imprescindibilidade nos cuidados do infante ou deficiente.

A menção a esse julgado se faz pertinente diante do reforço à proteção da criança menor de 12 anos ou dependente, mas não será considerado um dos marcos jurisprudenciais nos achados desta pesquisa, diante da especificidade do HC nº 143.641/SP, em relação às mulheres mães.

de proteção a pessoas com deficiência, incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro com status de emenda constitucional. Consideração dos perniciosos efeitos que decorrem da separação das crianças e pessoas com deficiência dos seus responsáveis. 4. Previsão legislativa no art. 318, III e VI, do CPP. 5. Situação agravada pela urgência em saúde pública decorrente da propagação da Covid-19 no Brasil. Resolução 62/2020 do CNJ. 6. Parecer da PGR pelo conhecimento da ação e concessão da ordem. 7. Extensão dos efeitos do acórdão proferido nos autos do HC 143.641, com o estabelecimento das condicionantes trazidas neste precedente, nos arts. 318, III e VI, do CPP e na Resolução 62/2020 do CNJ. Possibilidade de substituição de prisão preventiva pela domiciliar aos pais (homens), desde que seja o único responsável pelos cuidados do menor de 12 (doze) anos ou de pessoa com deficiência, desde que não tenha cometido crime com grave violência ou ameaça ou, ainda, contra a sua prole. Substituição de prisão preventiva por domiciliar para outros responsáveis que sejam imprescindíveis aos cuidados do menor de 6 (seis) anos de idade ou da pessoa com deficiência. 8. Concessão do habeas corpus coletivo. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator: Min. Gilmar Mendes, 4 de novembro 2020b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755132401>. Acesso em: 4 abr. 2023.

2.3 CASOS AFETADOS À TERCEIRA SEÇÃO DO STJ PARA A FIXAÇÃO DE PARÂMETROS DE CONCESSÃO DA PRISÃO DOMICILIAR ÀS MÃES E GESTANTES ANTES DA PANDEMIA – ILUSTRAÇÃO E CONSIDERAÇÕES

Poucos meses antes de ser decretada a pandemia do novo coronavírus, em setembro de 2019, foram afetados à Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça os seguintes processos: HC nº 527.500/SP¹⁹⁶, RHC 113.778/RS¹⁹⁷ e RHC nº

¹⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 527.500/SP**. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SEGREGAÇÃO CAUTELAR. FUNDAMENTADA. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR. MÃE DE CRIANÇAS MENORES DE 12 ANOS. DELITO COMETIDO NO CASA ONDE OS FILHOS RESIDIAM. AUSÊNCIA DE CONTEMPORANEIDADE DA PRISÃO PROCESSUAL. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. 1. A Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça entende que a orientação pela prevalência da suprema necessidade de importância e atenção aos interesses atingidos de crianças e adolescentes faz emergir como melhor entendimento aquele que excetua a possibilidade de substituição por prisão domiciliar apenas os casos já mencionados no Habeas Corpus coletivo 143.641/SP, quais sejam, crimes praticados mediante violência ou grave ameaça, delitos cometidos contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas (HC 484.287/MT, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 12/03/2019). 2. Ainda que o Tribunal *a quo* tenha apontado fundamento concreto para afastar a prisão domiciliar e manter a preventiva, pois a traficância era exercida na residência da paciente, não se vislumbra contemporaneidade porque ela foi presa em flagrante em 28/8/2017, sendo-lhe deferida a prisão domiciliar no dia 4/4/2018, e novamente decretada sua prisão preventiva em 1/8/2019, com o provimento do recurso em sentido estrito, e, novamente, teve sua prisão preventiva convertida em domiciliar após deferimento de liminar neste writ no dia 19/8/2019, não havendo, em todo esse período, informação de fato novo que justifique a prisão processual, ou seja, não se vislumbra a cautelaridade da prisão processual. 3. Habeas corpus concedido, para a soltura da paciente, VANEIDE AGOSTINHO DA SILVA, a fim de determinar o cumprimento da medida cautelar de comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições a serem fixadas pelo Magistrado de primeiro grau, proibição de mudança de domicílio e de se ausentar da comarca sem prévia autorização judicial, e de ter contato com a corré ou com pessoas envolvidas com o tráfico e com outras atividades criminosas, por meio virtual, telefônico, eletrônico ou pessoal; tudo isso sem prejuízo de eventual fixação de medidas cautelares diversas pelo Juízo de origem, desde que devidamente fundamentadas, além da decretação da prisão, com fundamento exclusivo em fatos novos. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 27 de novembro de 2019c. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902423949&dt_publicacao=16/12/2019. Acesso em: 2 abr. 2023.

¹⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 113.778/RS**. Habeas corpus. Tráfico de drogas. Custódia preventiva. Art. 312 do CPP. Periculum libertatis. Prisão domiciliar. Medida desproporcional. Adequação e suficiência de cautelares diversas. Ordem concedida. 1. A prisão preventiva possui natureza excepcional, sempre sujeita a reavaliação, de modo que a decisão judicial que a impõe ou a mantém, para compatibilizar-se com a presunção de não culpabilidade e com o Estado Democrático de Direito – o qual se ocupa de proteger tanto a liberdade individual quanto a segurança e a paz públicas –, deve ser suficientemente motivada, com indicação concreta das razões fáticas e jurídicas que justificam a cautela, nos termos dos arts. 312, 313 e 282, I e II, do Código de Processo Penal. 2. A seu turno, a custódia preventiva somente se sustenta quando, presentes os requisitos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal, se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão. 3. Haja vista o perigo de utilização do art. 318-A do CPP para, ao contrário da vontade clara da lei, manter a segregação cautelar de mulheres pela sua condição própria de mãe, sem observar se ela teria o direito à liberdade direta ante a ausência do preenchimento dos requisitos do art. 312 do Código

113.897/BA¹⁹⁸. O julgamento desses feitos iniciou-se em novembro daquele ano e teve como objetivo a fixação dos parâmetros norteadores para a concessão da prisão domiciliar às mães de crianças dependentes ou gestantes.

Para entender o pensamento predominante no âmbito daquele órgão julgador, em momento que antecedeu o período pandêmico, serão minuciadas as circunstâncias fáticas em que as mulheres cometeram os crimes descritos e os motivos lançados em cada um dos três precedentes retrocitados, para conceder ou denegar o benefício.

Antecipa-se que em apenas um caso foram estabelecidos pilares para o exame de futuros pedidos de prisão domiciliar em razão da condição materna ou gestante. E,

de Processo Penal, ou, se presentes, ante a possibilidade de substituição da cautela extrema por alguma das providências indicadas no art. 319 do CPP. 4. Sempre que o art. 319 for mais favorável, isto é, quando for possível, diante do caso concreto, a imposição de medida cautelar menos restritiva que a prisão domiciliar, deverá ser esta a opção hermenêutica a se adotar, em benefício da maior proteção à criança. 5. Embora as circunstâncias mencionadas pelo Juízo singular revelem a necessidade de algum acautelamento da ordem pública, não se mostram tais razões suficientes, em juízo de proporcionalidade, para manter a acusada sob o rigor da cautela pessoal mais extremada, sobretudo porque a quantidade de entorpecente apreendido (32,8 g de cocaína) não é muito elevada. 6. Conquanto a paciente faça jus à concessão da prisão domiciliar, consoante o disposto no art. 318-A do Código Penal, conclui-se, pela perspectiva da menor restrição à sua liberdade e pela interpretação pro infans, ser mais favorável à acusada e a sua prole a substituição da custódia preventiva por cautelares menos gravosas, tendo em vista que, afastado o motivo lançado pelo Tribunal de origem (prática do delito de tráfico pelo seu filho maior), resta apenas a quantidade de droga, como único fundamento usado na decisão de prisão preventiva. 7. Ordem concedida para, confirmada a liminar anteriormente deferida, substituir a custódia provisória da paciente por medidas cautelares alternativas, sem prejuízo de fixação de outras que o prudente arbítrio do Juízo natural da causa indicar cabíveis e adequadas, bem como de nova decretação da prisão cautelar se efetivamente demonstrada sua concreta necessidade. Recorrente: Vanderleia Fonseca da Silva (preso). Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 27 de novembro de 2019d. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901628619&dt_publicacao=17/12/2019. Acesso em: 2 abr. 2023.

¹⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 113.897/BA**. Recurso em habeas corpus. Prisão preventiva. Tráfico de entorpecentes. Associação para o tráfico. Porte ilegal de armas. Prisão domiciliar. Mãe de menor de 12 anos. Delito praticado na própria residência. Envolvimento em facção criminosa. Substituição por prisão domiciliar. Impossibilidade. Improvido. 1. É possível o indeferimento da prisão domiciliar da mãe de primeira infância, desde que fundamentada em reais peculiaridades que indiquem maior necessidade de acautelamento da ordem pública ou melhor cumprimento da teleologia da norma, na espécie, a integral proteção do menor. 2. É reconhecida a situação de risco por ser apontado que a recorrente utilizava a própria residência para realização do tráfico de drogas, expondo sua filha à situação de risco, porquanto há indicação da acusada como uma das principais responsáveis pelo armazenamento dos entorpecentes da organização criminosa MPA – Mercado do Povo Atitude. 3. A substituição do encarceramento preventivo pelo domiciliar não resguarda o interesse dos filhos menores de 12 anos de idade quando o crime é praticado na própria residência da agente, onde convive com os infantes, sobretudo quando os delitos estão ligados à organização criminosa. 4. Recurso em habeas corpus improvido. Recorrente: Lais de Oliveira Magalhaes (preso). Recorrido: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 13 de dezembro de 2019e. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901648006&dt_publicacao=13/12/2019. Acesso em: 2 abr. 2023.

como se verá no capítulo da análise dos julgados selecionados para a pesquisa empírica aqui realizada, o único paradigma válido após a afetação e os debates pouco aparece como lastro jurisprudencial nas decisões, tanto que nem sequer foi utilizado como vetorial de extração de dados.

Todavia, entendeu-se relevante a citação e a trajetória de discussão desses precedentes, a fim de dar início à ilustração do comportamento judicante do STJ sobre o tema e relacionar as críticas aqui dispostas às conclusões alcançadas.

No **HC nº 527.500/SP**, a paciente foi condenada à pena de 5 anos de reclusão, mais multa, em regime semiaberto, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.

Após a prisão em flagrante da acusada, em 04/04/2018, foi-lhe deferida a prisão domiciliar. Contra essa decisão o Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito, ao qual foi dado provimento para restabelecer a sua prisão preventiva, ao argumento do suposto estado miserável em que se encontravam as crianças, as quais foram, inclusive, levadas aos cuidados de terceiros em localidade diversa.

Da análise dos autos, verificou-se que, em poder da paciente, especificamente, foram apreendidos exatos 55 g de cocaína. Com a correção, ao que se nota, é que estavam os 282 g de maconha; e no apontado domicílio, além das drogas, uma balança de precisão.

Na oportunidade da sustentação oral no julgamento do *habeas corpus* no STJ, a defesa explicitou que, após nova avaliação psicossocial, a guarda dos infantes foi devolvida à genitora, ora paciente, tendo em vista a aprovação, inclusive das próprias crianças, para seguirem sob seus cuidados.

O ministro relator do *habeas corpus*, num primeiro momento, proferiu voto para denegar a ordem. Todavia, após os esclarecimentos da defesa, alguns debates iniciais e o voto-vista antecipado pelo ministro Rogerio Schietti pela concessão da ordem, foi feita a retificação do voto do relator para conceder a liberdade à paciente, com a aplicação de medidas cautelares, de ofício.

O voto condutor do acórdão destacou a preferência estatal pela primeira infância e a proteção integral de crianças e de adolescentes, além da preocupação com o crescente encarceramento feminino, “notadamente em razão da natalidade”¹⁹⁹. Evocaram-se as Regras de Bangkok e o Estatuto da Primeira Infância (a Lei nº

¹⁹⁹ BRASIL, 2019c, p. 7.

13.257/2016), enfatizando que, para o deferimento da prisão domiciliar, basta que a mulher prove a condição de mãe de filho dependente ou de gestante, diante da presunção das necessidades de cuidados com os infantes. O julgado ainda lembrou dos termos do HC coletivo nº 143.641/SP, cujos termos inspiraram o teor do art. 318-A do CPP.

O voto inicial, que concluiu pelo indeferimento do pedido, consignou que o Tribunal de origem teria ofertado fundamento concreto a justificar a negativa, pois referiu estar

[...] havendo indícios de que a Paciente praticava o tráfico em sua própria casa, onde residia com seus filhos, sem comida, com fezes humanas no chão, bagunça e móveis quebrados, criando situação de risco e ambiente inadequado para estes, evidenciam que a substituição da prisão preventiva pela domiciliar não atenderia à finalidade de resguardar os interesses da criança.²⁰⁰

O voto-vista antecipado apresentado pelo ministro Rogério Schietti, primeiramente, elencou o arcabouço normativo pós 1988 na questão da infância e da juventude (Marco Legal da Primeira Infância – Lei nº 13.257/2016, Declaração de Genebra de 1924, Declaração de Direitos da Criança de 1959, Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Constituição Federal de 1988) e citou os seguintes princípios norteadores: proteção integral, prioridade absoluta, princípio do melhor interesse e princípio da convivência familiar. Em seguida, trouxe o HC coletivo nº 143.641/SP do STF e o art. 318-A do CPP, a fim de lembrar os critérios fixados para a permissão da prisão domiciliar. Nesse ponto, recordou que “o simples fato de a mulher preventivamente privada de liberdade responder pela suposta prática do crime de tráfico de drogas não é elemento suficiente para impedir a concessão de prisão domiciliar”²⁰¹.

O voto também salienta que “o único parâmetro possível é a criança, independentemente da gravidade ou do tipo de crime cometido”²⁰² e que a nova legislação e o entendimento externado pela Suprema Corte “[...] não devem ser vistos como um privilégio às gestantes e mães de filhos menores de 12 anos, mas sim uma ação afirmativa em prol das crianças que delas dependem”²⁰³.

Sobre o caso concreto, o voto-vista referiu que “[...] as razões lançadas para negar a prisão preventiva da ré não mais subsistem, pois ficou comprovado que ela

²⁰⁰ BRASIL, 2019c, p. 6.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 9.

²⁰² *Ibid.*, p. 30.

²⁰³ *Ibid.*, p. 31.

recuperou a guarda das crianças após avaliação favorável das suas condições familiares”²⁰⁴. O voto ponderou que “[...] o fato de encontrar um cenário de miserabilidade na residência da insurgente, como o que foi descrito na espécie, por si só, não deveria servir para concluir pela periculosidade da mãe, a ponto de lhe negar um direito expressamente concedido por lei e mantê-la no cárcere”, de modo a não poder realizar um julgamento precoce sobre o relatado abandono material dos filhos “[...] a partir de um retrato instantâneo de uma convivência familiar que, como tal, precisa ser considerada em sua dinâmica, por meio de profissionais capacitados para descrever o real estado dos cuidados da mãe em relação aos filhos”²⁰⁵.

Por fim, tendo em vista o juízo de proporcionalidade, o aludido ministro considerou serem cabíveis medidas cautelares diversas, sem a necessidade de colocar a ré em prisão domiciliar.

Após essa manifestação, o ministro relator retificou sua manifestação e alterou o voto pela concessão da ordem. Para tanto, mencionou não ter havido notícia de fato novo, ao longo do período em que esteve em prisão domiciliar, que justificasse a prisão processual. Vale dizer, não houve a contemporaneidade da medida cautelar penal e essa foi a concussão seguida pelos demais pares. **Não prevaleceu o debate acerca da soltura em razão da maternidade, apesar da afetação do processo para essa finalidade.**

Retomando a conclusão alcançada no citado voto-vista – que, lembre-se, não restou vencedor – no caso sob análise, muito embora haja a ré sido condenada à pena de 5 anos de reclusão, em regime semiaberto, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, a quantidade de droga foi completamente ignorada e o fundamento para a então manutenção da prisão no estabelecimento carcerário foi afastado, uma vez comprovada a retomada da guarda dos filhos. Além disso, conforme bem pontuou o ministro Rogerio Schietti, o cenário de miserabilidade descrito não deveria ter servido como lastro da negativa de desencarceramento por não implicar grau de periculosidade da mãe. Evocar elementos tais como ausência de comida, fezes humanas no chão, desordem na casa e móveis quebrados no âmbito doméstico, nada mais é do que criminalizar a pobreza e acentuar a maternidade desviante.

Tomar como válidas essas circunstâncias para negar o direito de substituição do encarceramento por medidas menos gravosas é dizer que essa mãe, duplamente

²⁰⁴ BRASIL, 2019c, p. 39.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 39.

abandonada (pelo genitor de seus filhos e pelo Estado), não faz jus a eventual concessão de benefício pelo simples fato de ser pobre, o que também renderia ensejo ao pensamento de que apenas as mães minimamente mais afortunadas fariam jus ao deferimento da medida.

Ainda, seria afirmar que inexistem eventuais mazelas domésticas nos lares de pessoas privilegiadas, contra as quais o preconceito da miséria não se instalou. Em todo lar brasileiro haverá um motivo supostamente inadequado ao bom desenvolvimento de uma criança, mas que não seja ele levado em consideração para a construção de fundamento preconceituoso para negar um direito a um infante e à sua mãe.

A propósito, na obra de Marielle Franco, segundo a qual “há uma visão impregnada na sociedade de que os moradores de favelas são, em sua maioria, participantes do varejo de drogas imposto pelo tráfico na comunidade, o que não se justifica por nenhuma evidência empírica”²⁰⁶, a autora ressalta que o preconceito e a discriminação crescem com a atual ênfase na criminalização da pobreza e ganham predominância na subjetividade coletiva. Com o recorte de implantação das Unidades de Polícia Pacificadoras (UPPs), ela aponta o modo apresentado por seus defensores como sendo uma condição para superar a dita falaciosa “guerra ao tráfico”, que se revela como verdadeira “guerra aos pobres”.

No contexto norte-americano, ilustrado por Angela Davis²⁰⁷, o encarceramento em massa de mulheres negras, por exemplo, deve-se à desestabilização do Estado Social, o qual, conquanto não haja fornecido uma solução eficaz aos problemas das mães solteiras, desempregadas e com pouca ou nenhuma oportunidade profissional, fornecia uma rede de proteção aos mais pobres. Igualmente, na visão de Wacquant²⁰⁸, enquanto o Estado neoliberal se ausenta das políticas sociais, ele passa a governar por meio de políticas de controle da criminalidade que têm como sua razão de ser a criminalização de grupos racializados. Feministas abolicionistas têm alertado para o que denominam “farras do encarceramento”, que pode ser ilustrada como encarceramento de sem-teto em estabelecimentos prisionais, em vez de se construírem moradias. No lugar de se desenvolver um sistema educacional efetivo,

²⁰⁶ FRANCO, Marielle. **UPP - A redução da favela em três letras**: uma análise da política de segurança pública do estado do Rio de Janeiro. São Paulo: N-1 Edições, 2018. p. 47.

²⁰⁷ DAVIS, 2020.

²⁰⁸ WACQUANT, Loïc. **Punir os Pobres**: A nova gestão da Miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, F. Bastos, 2001. (Coleção Pensamento Criminológico).

atiram-se os analfabetos no presídio. Lançam ao cárcere os desempregados oriundos da desindustrialização, da globalização do capital e do dismantelamento do estado de bem-estar social.²⁰⁹

O objetivo dessa crítica inicial é mostrar, como se verá em alguns casos emblemáticos deste trabalho, a vinculação da criminalização da pobreza com o determinismo social, de maneira a comprovar, como contrários a esse, os discursos hegemônicos que apontam para a ideia de um pobre sempre criminoso, os quais legitimam a ação discriminatória do Estado, na figura da polícia e do Judiciário.²¹⁰

No **RHC nº 113.778/RS**, a recorrente também foi acusada da prática de tráfico de drogas, presa em flagrante com posterior conversão em prisão preventiva. Na ocasião, a acusada foi surpreendida com 32,8 g de cocaína no automóvel em que trafegava com seu companheiro.

O voto da ministra relatora Laurita Vaz citou o HC coletivo nº 143.641/SP, mas negou a prisão domiciliar à ré, pois, conforme consignado pelas instâncias de origem,

[...] “a traficância ocorria na residência da paciente, local em que a criança, em tese, também residia”, consta no acórdão, ainda, que “um de seus filhos, atualmente com 18 anos de idade (W.M.S.C.) já foi autuado duas vezes, somente neste ano, pela prática dos delitos de tráfico de drogas e associação para o tráfico de drogas”, sendo que, “em uma das oportunidades [...] foi preso no interior da residência da paciente, com significativa quantidade de crack”.²¹¹

O voto da relatora foi seguido pelo ministro Sebastião Reis Júnior, tendo em vista a peculiaridade de o núcleo familiar estar envolvido com a traficância, especialmente o filho, também encarcerado provisoriamente pela suposta prática de crime de mesma espécie. No tocante ao filho menor de 12 anos, ficou registrado que este já estava sob a guarda do pai, o qual responde ao processo em liberdade. Nesse contexto, o ministro ponderou que “[...] tudo leva a crer que a concessão do benefício da prisão domiciliar à paciente, ao invés de proteger e garantir o bom desenvolvimento

²⁰⁹ DAVIS, 2020.

²¹⁰ “Em definitivo, a teoria política da criminalidade desenvolvida por FOUCAULT repudia o conceito de *natureza criminógena* de determinados indivíduos, para mostrar o crime como *jogo de forças*, no qual a posição de classe produz o poder e a prisão. A imagem de um julgamento que coloca juiz e réu frente a frente é antológica: se o magistrado tivesse tido a infância pobre do acusado, poderia ser o réu em julgamento; se o réu fosse bem-nascido, poderia estar no lugar do juiz.” (SANTOS, Juarez Cirino dos. 30 anos de Vigiar e Punir (Foucault). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 14, n. 58, p. 289-298, jan./fev. 2006, São Paulo.)

²¹¹ BRASIL, 2019d, p. 10.

dos filhos menores dela (de 15 e 11 anos de idade), servirá para tornar a expô-los a meio hostil e criminoso”²¹².

A relatora ratificou seu voto, tão somente para reiterar o fato de a traficância ser cometida na residência da recorrente, além do evento de o seu filho estar igualmente preso preventivamente por tráfico de drogas.

Sobreveio voto-vista do ministro Rogerio Schietti, que, utilizando-se do mesmo arcabouço teórico do voto proferido no HC nº 527.500/SP, lembrou que, no caso concreto, a acusada foi surpreendida com apenas 32,8 g de cocaína no ambiente domiciliar. Dentro desse contexto, mencionou que o argumento de o filho também se dedicar à traficância não fora levado em consideração pelo magistrado de primeiro grau, circunstância que impediria o Tribunal *a quo* de agregar esse fundamento para negar o benefício. Ademais, pontuou dois outros aspectos do caso, quais sejam: eventual responsabilização da mãe pelo cometimento de crime pelo filho maior e o fato de o seu companheiro, que igualmente respondia por tráfico, permanecer com os cuidados do filho menor de 12 anos e responder em liberdade. Esses detalhes não pareceram razoáveis ao ministro, que divergiu da relatora e determinou a substituição da prisão da recorrente por medidas cautelares diversas e foi acompanhado pelos demais pares. **O ministro foi relator para acórdão e esse entendimento prevaleceu.**

Revelou-se nesse julgado o nítido perfil da maternidade desviante, contraponto que não se verifica na análise de pedidos de domiciliar ou cautelares feitos por homens pais. Ainda que se afirme, inclusive em diversos julgados aqui examinados, que a condição materna faz presumir a indispensabilidade dos cuidados da mãe aos infantes, o que se verificou foi o verdadeiro escrutínio da sua atuação como genitora, tendo como pilar o pensamento patriarcal e misógino da mera incompatibilidade de prática de um crime com os pressupostos romantizados de uma pessoa ser mãe.

No **RHC nº 113.897/BA**, a ré também respondia pela suposta prática do delito de tráfico de entorpecentes, de associação para o tráfico e posse irregular de arma de fogo de uso permitido. Conforme o disposto, ela mantinha em sua própria residência 17 kg de maconha, 898 g de crack, 612 g de cocaína e 29 comprimidos de MDMA, além de balanças de precisão, cadernos de anotação e indicação de que ela

²¹² BRASIL, 2019d, p. 18.

compunha organização criminosa e atuava no armazenamento e controle das drogas e do dinheiro.

O ministro relator Nefi Cordeiro negou provimento ao recurso, haja vista o risco em que se encontrava a filha da acusada, que “utilizava a própria residência para realização do tráfico de drogas [...] e indicação dela como uma das principais responsáveis pelo armazenamento dos entorpecentes da facção criminosa MPA – Mercado do Povo Atitude”²¹³. Como reforço de argumentação, o relator enfatizou a quantidade de droga apreendida em poder da recorrente.

Como nos demais casos afetados, sucedeu-se voto-vista do ministro Rogerio Schietti, que, da mesma forma, apresentou aquele compêndio teórico e concluiu pela invalidade do fundamento relativo à traficância no interior da residência. Para tanto, defendeu o relator “[...] não haver evidência de que a agravante comercializava a droga ostensivamente nem de que ela fosse líder de organização – mas apenas uma das responsáveis pelo armazenamento de drogas da facção criminosa MPA, conforme anteriormente relatado”²¹⁴.

O pormenor da quantidade de entorpecentes apreendidos, especialmente os de maior poder deletério, foi tida como situação justificadora do *periculum libertatis*, mas como o delito não foi cometido com violência ou grave ameaça, nem contra seu filho menor de 12 anos, o aludido ministro divergiu do relator e concluiu pela possibilidade da substituição da constrição cautelar pela prisão domiciliar, acompanhada de outras medidas cautelares. No entanto, por maioria, **o ministro relator foi vencido e o recurso não provido, mantendo-se a prisão preventiva da ré.**

A menção a esses três casos se faz relevante para notabilizar os esforços das Turmas que compõem a Terceira Seção do STJ em unificar os parâmetros da concessão da prisão domiciliar às mulheres deste estudo, porém, conforme será analisado, irrelevante foi a adoção desses precedentes como critérios para a extração dos dados nos achados, tendo em vista a baixa incidência de citações. Isso porque o paradigma jurisprudencial seguiu sendo o HC coletivo nº 143.641/SP do STF, que nem sequer foi atendido na apreciação desses processos. Ao contrário, o que se extrai dessa ilustração é a sinalização de que a Corte seguiria na apreciação seletiva dos casos, guiada pelos vieses desviante e moralizante que ocupam o duplo julgamento de uma mãe infratora.

²¹³ BRASIL, 2019e, p. 7.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 33.

2.4 A NATUREZA JURÍDICA DA RECOMENDAÇÃO Nº 62, DE 17 DE MARÇO DE 2020, E PONDERAÇÕES SOBRE SUA APLICAÇÃO COGENTE DIANTE DO CENÁRIO PANDÊMICO

“Coronavírus não é *habeas corpus*”²¹⁵. A frase foi proferida pelo então presidente do STF, Luiz Fux, por ocasião da palestra magna ministrada na abertura do I Congresso Digital da OAB, no dia 27/07/2020. Ao criticar a Recomendação nº 62/2020, do CNJ, o ministro definiu como nobre a iniciativa, mas entendeu ter havido abuso no exercício do direito consagrado no documento. Para ele, seria preciso analisar caso a caso antes da concessão de uma prisão domiciliar tendo como motivação o risco de disseminação do vírus e desenvolvimento da covid-19. Assim, insistiu na interpretação consequencialista dos tribunais, que implica a importância de os tribunais superiores estabelecerem teses específicas ao estado pandêmico, a fim de manter a segurança jurídica.

Dentre o rol de providências emanadas do CNJ na dita Recomendação, no que especificamente toca a este trabalho, destacam-se:

Art. 1º Recomendar aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos estabelecimentos do sistema prisional e do sistema socioeducativo. Parágrafo único. As recomendações têm como finalidades específicas: I – a proteção da vida e da saúde das pessoas privadas de liberdade, dos magistrados, e de todos os servidores e agentes públicos que integram o sistema de justiça penal, prisional e socioeducativo, sobretudo daqueles que integram o grupo de risco, tais como idosos, gestantes e pessoas com doenças crônicas, imunossupressoras, respiratórias e outras comorbidades preexistentes que possam conduzir a um agravamento do estado geral de saúde a partir do contágio, com especial atenção para diabetes, tuberculose, doenças renais, HIV e coinfeções;

[...]

Art. 4º Recomendar aos magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas:

I – a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal, priorizando-se: a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco;

[...]

III – a máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva, observado o protocolo das autoridades sanitárias.

²¹⁵ VIAPIANA, Tábata. Tribunais devem adotar interpretação consequencialista na epidemia, diz Fuz. **Revista Consultor Jurídico**, [s. l.], 27 jul. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-27/juiz-avaliar-consequencias-decisoes-epidemia-fux>. Acesso em: 5 abr. 2023.

Art. 5º Recomendar aos magistrados com competência sobre a execução penal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas:

I – concessão de saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto, nos termos das diretrizes fixadas pela Súmula Vinculante no 56 do Supremo Tribunal Federal, sobretudo em relação às:

mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até 12 anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência e demais pessoas presas que se enquadrem no grupo de risco;

[...]

III – concessão de prisão domiciliar em relação a todos as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto, mediante condições a serem definidas pelo Juiz da execução [...]²¹⁶

Afora a preocupação com a efetiva contenção do alastramento do novo coronavírus no recinto prisional, com vistas ao resguardo do direito à saúde da pessoa presa, as medidas acima delineadas objetivaram preservar o direito à liberdade, por meio da observância dos princípios da proporcionalidade e da excepcionalidade da prisão preventiva.

Uma pausa para a seguinte reflexão.

Na trajetória cronológica do arcabouço jurídico e jurisprudencial sobre o tema, indispensáveis são as considerações acerca da natureza da recomendação em debate, suas diretrizes e posterior exame do grau de deferência a ela concedida pelos ministros do STJ ao julgar os pedidos de prisão domiciliar de gestantes e mães de filhas/os dependentes.

A organização e a competência do CNJ estão dispostas no artigo 103-B da Constituição Federal de 1988 e, consoante se depreende do § 4º do aludido dispositivo, seu papel é exercer o controle administrativo e financeiro do Judiciário, bem como da atividade funcional dos juízes.

O caráter fiscalizatório e sensório do órgão, além da natureza administrativa, foi confirmado pelo STF por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367-1/DF, cujo acórdão pode ser considerado um marco, haja vista a mudança de entendimento do Supremo quanto à inserção dos Conselhos de Justiça no ordenamento jurídico e a pacificação acerca da constitucionalidade do órgão. Diz-se, então, que o Conselho Nacional de Justiça é um órgão judicial, uma vez integrado à estrutura do Poder Judiciário, porém não municiado de jurisdição.

²¹⁶ CNJ, 2020a.

Posteriormente, esse pensamento foi alterado pelo STF no acórdão proferido na Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12-6/DF, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros em face da Resolução nº 7/2005 do CNJ, que vedou o nepotismo no Poder Judiciário. Na oportunidade da apreciação do pedido liminar, o Supremo atribuiu ao Conselho poder normativo primário, com o fundamento de validade do ato expedido diretamente da Constituição Federal de 1988.

Os §§ 1º, 4º e 5º do art. 102 do Regimento Interno do CNJ dispõem que resoluções e enunciados administrativos terão força vinculante após a respectiva publicação do Diário da Justiça Eletrônico e que os atos e decisões do Plenário são irrecuráveis.

A menção basilar sobre o princípio em comento se faz necessária para salientar que não se olvida do seu propósito, que, em conjunto com o princípio da separação dos Poderes, confere tão somente ao Poder Legislativo a função indelegável de legislar, salvo os casos previstos na própria Constituição Federal, a exemplo do seu art. 68.

Ocorre que, até o dia 16 de fevereiro de 2006, data do julgamento da Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF, apenas o regulamento previsto no art. 84, VI, da Constituição Federal de 1988 era considerado a única possibilidade de regulamento autônomo²¹⁷ do ordenamento jurídico brasileiro. Na ocasião, foi atribuído ao CNJ poder de expedir atos com mesma força normativa de leis. Posto que haja pensamento contrário, calcado na composição heterogênea do Conselho, a representar uma ruptura na teoria da separação dos Poderes, bem como de todo o procedimento legislativo, vingou o entendimento de que o órgão integra o Poder Judiciário e a nenhum outro se submete. Na oportunidade, ao examinar a constitucionalidade da aludida resolução, o STF ponderou que o CNJ é

[...] investido, constitucionalmente, de atribuições que lhe conferem a prerrogativa de exercer, mediante deliberações tópicas, poderes normativos cuja gênese emana, diretamente, do próprio texto da Constituição,

²¹⁷ Acerca do regulamento autônomo, explica Carvalho Filho (2015, p. 63-64) que se caracteriza pela possibilidade de “criar e extinguir primariamente direitos e obrigações, vale dizer, sem a prévia lei disciplinadora da respectiva matéria ou, se se preferir, colmatando lacunas legislativas”. Conforme posto pelo autor, a doutrina diverge sobre o tema, de modo que para alguns o art. 84, VI, da CF, após a alteração feita pela EC nº 32, de 33/9/2001, é um exemplo de regulamento autônomo. Por outro lado, há os que entendem que, por força do princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, II, da CF, não há possibilidade de se falar nesse tipo de regulamento no ordenamento brasileiro. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.)

permitindo-lhe, desse modo, o controle legítimo da atividade administrativa e financeira do Poder Judiciário.²¹⁸

O STF reconheceu que o Conselho tem competência para “fazer a disciplinação dos princípios insculpidos na Constituição no que tange ao poder administrativo que detém no âmbito do Poder Judiciário”²¹⁹.

Essa decisão rechaça, portanto, as declarações contrárias à competência normativa primária do CNJ, caso contrário teria a resolução sido declarada inconstitucional, por usurpar atribuição do Poder Legislativo e ofender os arts. 2º e 60, § 4º, ambos da CF/88. Foi chancelada, então, a possibilidade de o CNJ inovar a ordem jurídica, com normas de caráter primário – regulamentos autônomos, os quais, em contrapartida aos atos editados pelo chefe do Poder Executivo, nos termos do art. 84, IV, da CF/88, não se prestam à mera regulamentação de textos infraconstitucionais.

E, nas precisas palavras de Richa:

A edição de atos normativos primários pelo CNJ (que visam concretizar princípios constitucionais aplicáveis ao organismo judicial) transcende os contornos da mera administração do Poder Judiciário e atinge valores mais elevados - porque busca, em última instância, assegurar a efetividade da Justiça. O pleno exercício dos direitos civis, políticos e sociais é garantido pela Justiça eficaz - e esta, pela condução do Poder Judiciário ao fiel cumprimento de sua finalidade institucional, governança que depende da edição de normas capazes de atingir esse objetivo. Antes de ferir a ordem

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 12/DF**. EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18.10.05, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE "DISCIPLINA O EXERCÍCIO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES POR PARENTES, CÔNJUGES E COMPANHEIROS DE MAGISTRADOS E DE SERVIDORES INVESTIDOS EM CARGOS DE DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO, NO ÂMBITO DOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS". PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Os condicionamentos impostos pela Resolução nº 07/05, do CNJ, não atentam contra a liberdade de prover e desprover cargos em comissão e funções de confiança. As restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. 2. Improcedência das alegações de desrespeito ao princípio da separação dos Poderes e ao princípio federativo. O CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois. O Poder Judiciário tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, caput, junte essa organização aos princípios "estabelecidos" por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art. 37, cabeça. 3. Ação julgada procedente para: a) emprestar interpretação conforme à Constituição para deduzir a função de chefia do substantivo "direção" nos incisos II, III, IV, V do artigo 2º do ato normativo em foco; b) declarar a constitucionalidade da Resolução nº 2 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Relator: Min. Carlos Britto, 20 de agosto de 2008. p. 32. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>. Acesso em: 8 abr. 2023.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 15.

democrática, portanto, a atividade normativa do CNJ serve-lhe de reforço e sustentação.²²⁰

Por fim, a Resolução nº 7 foi convertida na Súmula Vinculante nº 13, que regulou a proibição do nepotismo no âmbito da Administração.

O debate está alicerçado no princípio da legalidade, disposto no art. 5º, II, da Constituição Federal, que permite aos particulares fazerem o que não é proibido, ao passo que, no âmbito da administração pública, o silêncio presume a vedação.

Pertinente é a evocação da lição de Norberto Bobbio, segundo o qual conselhos fazem parte do mundo normativo. Vale dizer, conselhos ou recomendações são prescrições que ostentam a mesma função de comandos, qual seja, direcionar o comportamento humano. Segundo o autor,

[...] o que caracteriza os atos dos órgãos consultivos, ou pareceres, em confronto com os comandos ou ordens, é propriamente [...] o fato de que estes têm, assim, a função de guiar ou dirigir o comportamento alheio, mas a sua orientação não é tão eficaz como a dos comandos, e esta menor eficácia se revela porque a pessoa ou as pessoas a quem são dirigidos não são obrigadas a segui-los.²²¹

Diante dessa consideração, o autor ressalta a característica essencial para a justificativa do problema, a saber, a alocação da responsabilidade por erro na aplicação da respectiva prescrição. O fato de não haver obrigatoriedade no cumprimento de um conselho, por se tratar de um ato voluntário do destinatário, aquele que, no exercício da jurisdição, decide ignorar a recomendação não se exime de críticas. Nessa linha, dada a importância de se observar o mérito de um conselho e as críticas, eventualmente, recaírem sobre o seu destinatário pelo erro na aplicação, torna-se elevado o ônus argumentativo conferido tanto aos magistrados que o aplicam, como aos que não o aplicam.

A diferença elementar entre eles é o grau, consubstanciado na vinculação. Aqueles, em regra, não vinculam e, conseqüentemente, são mais frágeis a fim de serem derrotados, ao contrário dos comandos. Por outro lado, ao contrário do que ocorre com o conteúdo de uma norma positiva em um código ou em um precedente vinculante, o mérito de um conselho não deve ser irrelevante, isto é, pouco importa a

²²⁰ RICHA, Morgana de Almeida. Amplitude do Poder Normativo do CNJ. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins; MARRAFON, Marco Aurélio (org.). **Conselho Nacional de Justiça: fundamentos, processo e gestão**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1. p. 289.

²²¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001. p. 95-102.

concordância com o mérito de uma norma inserida em um código, o operador deve aplicá-la.

Nesse cenário, conquanto não sejam os conselhos tão eficazes como os comandos²²², há que se levar em consideração que ambos são fontes do Direito. Nessa esteira, uma recomendação do CNJ, diante do que foi até aqui exposto, não é categoricamente distinta de um comando de um código positivado, haja vista que os dois possuem a mesma natureza jurídica.

Logo, com o intuito de defender a aplicação cogente da Recomendação nº 62/2020 do CNJ às apenadas mães e gestantes, questiona-se: A mera existência desse ato não deveria pesar na discricionariedade judicial? Caso contrário, a que exatamente serviria uma recomendação emanada de uma instituição normativa? Ainda que um conselho não seja obrigatório, como tal funcionará quando os seus destinatários o levarem a sério, pois quem de fato torna o pronunciamento do CNJ facultativo e sujeito a questionamentos de mérito são os próprios magistrados que o ignoram.

A Recomendação nº 62/2020 detalha medidas destinadas a uma variedade de situações, dentre elas as das condenadas mães, lactantes e gestantes ou pessoas responsáveis por crianças até 12 anos, o que facilitou a atuação dos juízes da execução no caso. Foram eles, em todas as instâncias, beneficiados com diretrizes a evitar soluções guiadas pela particularidade de cada caso, o que geraria uma elevada responsabilidade. O ato normativo destinou-se a reforçar a excepcionalidade da prisão preventiva, já insculpida no art. 5º, LXVI, da CF/88, assim como os arts. 282, § 5º e 310, II, ambos do CPP.

O CNJ conta com um Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas²²³, responsável pelo desenvolvimento de pesquisas e estratégias de ação, inclusive sobre os riscos epidemiológicos de transmissão do coronavírus nos presídios brasileiros. Esse elemento torna razoável que os tribunais e os magistrado sigam – primeiramente na atuação administrativa – de forma imperativa a Recomendação, diante da evidente superioridade técnica do ato para se pronunciar sobre o tema.

²²² BOBBIO, 2001.

²²³ Sobre o Departamento, ver <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/>.

Todavia, ao longo dos dois anos e meio de vigência da recomendação em questão, o que se nota é a vasta utilização de razões substantivas²²⁴ e, no que toca à negativa de desencarceramento de mães, gestantes e lactantes condenadas a pena definitiva, a mera alegação de não aplicação do art. 318-A do CPP – agora sim, convenientemente, uma razão institucional –, cujas raízes estão no caráter desviante da maternidade, conforme discorrido adiante.

Conforme bem pontuado por Bobbio, ao citar Thomas Hobbes, “um conselho é dado no interesse de quem se aconselha”²²⁵, de modo que se torna natural ser do próprio interesse dos magistrados a orientação acerca de medidas cabíveis e adequadas tendentes à redução dos riscos de contaminação e proteção das pessoas encarceradas pelo vírus causador da covid-19. A alternativa à inexistência da recomendação seria a diversidade de retóricas, alicerçadas na discricionariedade de cada julgador, passíveis de eventual unificação pela jurisprudência do STJ e do STF, o que pode ser alvo de uma discussão crítica, de caráter político-moral, referente ao caráter particularista que ostentariam as decisões, o que não é conveniente para os que desejam evitar abusos.

Como reforço de argumento para a aplicação imperativa dos arts. 4º, I, “a”, e 5º, I, “a”, ambos da Recomendação nº 62/2020 do CNJ, defende-se que o respectivo operador deve lançar as denominadas razões institucionais, elencadas na lição de Fábio Shecaira e Noel Struchiner, que tomam emprestado de Neil MacCormick²²⁶ a referida expressão, segundo a qual o magistrado opta por fundamentar sua decisão em regras e procedimentos previamente estabelecidos em vez de lançar razões substantivas – essas baseadas em considerações de natureza moral, política, econômica, social etc.²²⁷ Nos exatos termos da referida obra, a argumentação institucional “é mais burocrática, engessada e – alguns diriam – artificial”. Ainda: “Quem argumenta institucionalmente não está preocupado em defender aquilo que parece mais justo, mais democrático ou mais eficiente no caso em questão.”²²⁸

Conforme bem resume Herdy,

²²⁴ SHECAIRA, Fábio; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: PUC-Rio; Contraponto, 2016.

²²⁵ BOBBIO, 2001, p. 97-98.

²²⁶ MACCORMICK, Neil. Argumentation and Interpretation in Law. **Ratio Juris**, v. 6, n. 1, p. 16-29, 1993.

²²⁷ MACCORMICK, *apud* SHECAIRA; STRUCHINER, 2016.

²²⁸ SHECAIRA; STRUCHINER, *op. cit.*, p. 36.

É fraco o argumento judicial que nega a aplicação da Recomendação nº 62 do CNJ a partir da premissa formal de que ela não vincula. Afinal, nem toda fonte do direito é vinculante. Uma recomendação é uma fonte do direito não-vinculante que, apesar disto, oferece razões institucionais para a decisão. Tais razões podem ser derrotadas, é claro, mas isto requer um esforço argumentativo comparativamente maior. Conselhos são como comandos; eles apenas diferem quanto à capacidade de serem derrotados por razões substantivas.²²⁹

A autora defende, assim, que

Quem de fato torna o pronunciamento do CNJ facultativo e sujeito a questionamentos de mérito são os próprios magistrados que reiteradamente optam por não levar a letra do seu pronunciamento a sério. Portanto, mesmo que um conselho não seja obrigatório, ele funcionará como tal quando os seus destinatários o levarem a sério.²³⁰

Não se trata de um pensamento isolado, pois, nas palavras de Almeida e Bonfigli,

Todas as recomendações exaradas pelo CNJ no art. 5º da Recomendação 062 de 17 de março de 2020 são de observância obrigatória dos magistrados de competência de execução penal, devendo imediatamente colocar em prisão domiciliar os indivíduos que se encontrem nas situações capituladas. A não concessão carecerá de fundamentação jurídica robusta capaz de justificar o não atendimento a princípios basilares, em especial o da dignidade da pessoa humana, da vida e da atenção à saúde individual e coletiva.²³¹

Para evidenciar a relevância de se cumprirem os ditames de um ato dessa natureza, cumpre citar exemplos de julgados posteriores à edição da recomendação, emanados do STF, que denotam a tensão citada no início deste trabalho e a sugestão de aplicação cogente do documento.

Em junho de 2020 foi exarada decisão no HC coletivo nº 186.185/DF²³², em que atuavam no polo ativo mulheres presas gestantes e lactantes, com a atuação das

²²⁹ HERDY, Rachel. A recomendação de uma instituição normativa serve pra quê? **Revista Consultor Jurídico**, [s. l.], 31 jul. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-31/limite-penal-recomendacao-instituicao-normativa-serve>. Acesso em: 8 abr. 2023.

²³⁰ *Ibid.*

²³¹ ALMEIDA, Carlos Henrique Meneghel de; BONFIGLI, Fiammetta. O enfrentamento da covid-19 no sistema carcerário brasileiro: as recomendações do CNJ aos juízes de execução penal para minimizar os impactos da pandemia. *In*: CAMPOS, Adriana Pereira; MAZZEI, Rodrigo (coord.). **Questões jurídicas decorrentes da covid-19**: processo, direito público e direito internacional. Curitiba: Juruá, 2020. v. 3. p. 20.

²³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 186.185/DF**. Habeas corpus coletivo. Penal e processual penal. Pleito genérico de concessão de prisão domiciliar em abstrato. Situação de pandemia de covid19. Precedente. ADPF 347-TPI-MCREF. Incognoscibilidade do writ. Ordem parcialmente concedida, de ofício, apenas para determinar às autoridades indicadas a observância da recomendação nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, especialmente quanto às medidas de cuidado e prevenção da infecção pelo coronavírus das detentas gestantes, puérperas e lactantes. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo, Pernambuco, Pará, Mato

Defensorias Públicas dos Estados de São Paulo, Pernambuco, Pará, Mato Grosso, Rio Grande do Sul, Maranhão, Rondônia, Bahia, Sergipe, Paraná, Espírito Santo, Goiás, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Paraíba, Alagoas e do Grupo de Atuação Estratégica das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital nos Tribunais Superiores (GAETS). Como autoridades coautoras foram apontados o STJ, os tribunais de justiça de todas as unidades federativas e todos os juízos criminais e de execução penal do país. O pedido cingiu-se à concessão de liberdade provisória ou de prisão domiciliar para todas as mulheres presas gestantes, puérperas ou lactantes.

As impetrantes colacionaram relatório produzido pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, revelando que “ainda existem 208 mulheres grávidas presas em todo o país, às quais soma-se 44 puérperas e 12.821 mães de crianças menores de doze anos, sendo muitas destas últimas ainda lactantes”²³³. Nesse sentido, arrazoaram que as apontadas categorias mereciam

[...] tratamentos especiais frente à pandemia, mormente diante da inadequação das unidades prisionais femininas, “desprovidas de estrutura para acolhimento de presas lactantes e sem condições para um adequado acompanhamento médico pré, peri e pós-natal”.²³⁴

Para tanto, as impetrantes apontaram o descumprimento em massa e generalizado nos tribunais pátrios da Recomendação nº 62/2020 do CNJ, com destaque para “decisões lacônicas, que afirmam não ser possível vislumbrar qualquer ilegalidade na decisão proferida pela instância inferior para fundamentar a denegação da ordem”²³⁵.

Por meio de decisão monocrática, o relator, ministro Luiz Fux, repassou o histórico normativo e jurisprudencial destinado ao tratamento dessas presas, com ênfase à ADPF nº 347, e o prévio indeferimento, naqueles autos, do pedido formulado às detentas gestantes e lactantes, diante da especificidade da recomendação em debate. Ao final, com esteio no parecer do Ministério Público Federal (MPF), no sentido da inviabilidade da concessão em massa de liberdade às presas, que poderia “acarretar um maior dano do que os próprios males que a doença propaga em

Grosso, Maranhão, Rio Grande do Sul, Bahia, Sergipe, Paraná, Espírito Santo, Goiás, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Paraíba, Alagoas, Rodônia. Relator: Min. Luiz Fux, 30 de junho de 2020c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343626987&ext=.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2023.

²³³ *Ibid.*, p. 3.

²³⁴ *Ibid.*, p. 3.

²³⁵ *Ibid.*, p. 4.

sociedade já abalada por dados que afligem”²³⁶, não concedeu o *writ*, mas parcialmente a ordem, de ofício, para determinar às autoridades coautoras indicadas a observância da Recomendação, “especialmente quanto às medidas de cuidado e prevenção da infecção pelo coronavírus das detentas gestantes, puérperas e lactantes”²³⁷.

Posteriormente, no julgamento da liminar no HC nº 188.820/DF (coletivo)²³⁸, em 17/12/2020, o ministro Edson Fachin determinou que os tribunais pátrios devem conceder prisão domiciliar ou liberdade provisória aos detentos em estabelecimentos com capacidade acima da permitida, que sejam dos apontados grupos de risco para a covid-19 e não tenham praticado crimes com violência ou grave ameaça. O ministro ponderou que, com o agravamento do quadro da pandemia, há “perigo de lesão irreparável ou de difícil reparação a direitos fundamentais das pessoas levadas ao cárcere”²³⁹.

Ele também referiu que

[...] a ONU acrescentou que “os mecanismos de libertação serão particularmente relevantes para pessoas privadas de liberdade para as quais a COVID-19 apresenta riscos particulares, tais como idosos e presos afetados por doenças crônicas ou outras condições de saúde”, assim como outras categorias de detentos, dentre elas, mulheres grávidas, presos que se aproximam do fim de sua pena e presos condenados por “crimes menores”. Quanto aos mecanismos de liberação, o Organismo internacional recomendou que fossem considerados pelos países indultos, anistias, livramentos condicionais ou antecipados e medidas alternativas à prisão”.²⁴⁰

²³⁶ BRASIL, 2020c, p. 8.

²³⁷ *Ibid.*, p. 8.

²³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Medida Cautelar no Habeas Corpus 188.820/DF**. Agravo Regimental em Habeas Corpus Coletivo. Pandemia mundial. Covid-19. Presos. Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça. Medida Cautelar. Competência do relator. Manifestação prévia do Ministério Público. Desnecessidade. Plausibilidade jurídica do pedido e periculum in mora configurados. Agravo Regimental Desprovido. 1. Compete ao Ministro Relator, nos termos do art. 21, inciso V, do RISTF, deferir, em caso de urgência, medidas cautelares necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, independentemente de prévia manifestação do Ministério Público. 2. O impetrante aponta decisões proferidas, em especial, pelo Superior Tribunal de Justiça, que, em sua compreensão, seriam ilegais e estariam a descumprir a Recomendação n.º 62/2020 do CNJ. Habeas corpus coletivo conhecido. 3. Os dados acostados aos autos evidenciam que o novo coronavírus representa maior risco para a população prisional do que para a população em geral. Plausibilidade jurídica do pedido caracterizada. 4. A possibilidade de lesão irreparável ou de difícil reparação à saúde e à vida das pessoas levadas ao cárcere está devidamente configurada. 5. Agravo regimental desprovido. Agravante: Ministério Público Federal. Relator: Min. Edson Fachin, 18 de dezembro de 2021a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756100529>. Acesso em: 12 set. 2022.

²³⁹ *Ibid.*, p. 24.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 6-7.

O relator do referido *habeas corpus* lembrou que, por ocasião do julgamento proferido na ADF 347 – MC, o STF

[...] reconheceu o “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário nacional, dado que presente um “quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais” das pessoas recolhidas ao cárcere decorrente de falhas estruturais e de políticas públicas.²⁴¹

Ao motivar o perigo da demora, o ministro Edson Fachin lembrou que “[...] as pessoas privadas de liberdade foram excluídas do Plano Nacional de Imunização para a Covid-19 divulgado pelo Poder Executivo [...]”²⁴², além do fato de o Brasil haver sido denunciado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), “diante das falhas estruturais do sistema penitenciário brasileiro e das altas taxas de contágio e morte pela doença nos presídios”²⁴³. A aludida denúncia, apresentada em 08/08/2020,

[...] instou o Brasil a reduzir a superlotação carcerária e a adotar mecanismos contra a proliferação da covid-19 nos estabelecimentos prisionais, especialmente com a adoção de medidas alternativas à prisão para os detentos que se encontre em situação de risco.²⁴⁴

Ao final do *decisum*, muito embora o ato judicante haja sido proferido em *habeas corpus* coletivo, o que, em princípio atrairia um dispositivo universal aos detentos abordados na Recomendação nº 62/2020 do CNJ e, portanto, com razões institucionais – consoante já explicitado –, o relator facultou aos juízes de origem

[...] no cumprimento da presente decisão liminar e na análise dos casos individuais, deixe de conceder as medidas alternativas à prisão, quando presentes as seguintes hipóteses cumulativas: 1) ausência de casos de Covid-19 no estabelecimento prisional respectivo; 2) adoção de medidas de preventivas ao novo coronavírus pelo presídio; 3) existência de atendimento médico adequado no estabelecimento prisional. Penso que a presença desses requisitos objetivos cumulativos, nesta análise prefacial, afasta o risco iminente à vida e à integridade do condenado ou preso provisório.²⁴⁵

No dispositivo, assinalou que:

Na apreciação dos processos individuais, não obstante, o juízo competente, caso entenda adequado, poderá deixar de conceder a prisão domiciliar ou a liberdade provisória, caso objetivamente presentes as seguintes hipóteses cumulativas: 1) ausência de registro de caso de Covid-19 no estabelecimento prisional respectivo; 2) adoção de medidas de preventivas ao novo coronavírus pelo presídio; 3) existência de atendimento médico no estabelecimento prisional. Alternativamente, o juízo competente, na apreciação dos processos individuais, poderá deixar de conceder prisão

²⁴¹ BRASIL, 2021a, p. 16.

²⁴² *Ibid.*, p. 22.

²⁴³ *Ibid.*, p. 22.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 22.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 26.

domiciliar ou liberdade provisória, caso presentes situações excepcionalíssimas que demonstrem objetivamente a ausência de risco concreto e objetivo à saúde do detento na hipótese de sua manutenção no cárcere e que a soltura, mesmo com imposição de medidas cautelares diversas à prisão (art. 319 do CPP), mostra-se manifestamente inadequada ao caso concreto e causa demasiado risco à segurança pública.²⁴⁶

Por fim, explicitou que

[...] em caso de eventual descumprimento da presente decisão, o instrumento cabível é o recurso apropriado, e não a reclamação, conforme assentado, nos HC 143.641, relator Min. Ricardo Lewandowski e HC 143.988, de minha relatoria.²⁴⁷

A medida cautelar foi referendada pela Segunda Turma do STF em sessão de julgamento realizada no dia 24/02/2021.

No que tange aos dados, as ordens de soltura ou de liberação determinadas no contexto da pandemia devem ser registradas e acompanhadas por meio do Banco Nacional de Monitoramento das Prisões (BNMP 2.0), mediante o preenchimento de campo específico implementado pelo CNJ. O Conselho também ressalta a importância de que as medidas sejam analisadas e aplicadas por tribunais e magistrados de execução – no exercício de sua função administrativa –, de acordo com o contexto local e análise dos casos concretos.

Muito embora o número de mulheres encarceradas seja inferior ao dos homens, os recortes de gênero, de raça e de classe, com as suas especificidades, seguem sendo vetor, inclusive no contexto da pandemia, para a manutenção das mães e grávidas no cárcere, em razão dessas condições e a despeito das diretrizes insertas nos arts. 4º, I, “a”, e 5º, I, “a”, ambos da Recomendação nº 62/2020. A propósito, a Resolução nº 369, de 19 de janeiro de 2021, do CNJ²⁴⁸, com base nos entendimentos esposados nos *Habeas Corpus* coletivos nº 143.641/SP e 165.704/DF, explica que a decretação da prisão preventiva de gestantes, mães, pais e responsáveis por crianças e pessoas com deficiência, nos termos dos arts. 318 e 318-A, ambos do CPP, no seu art. 4º, § 6º, IV, “a”, “b”, “c” e “d”, dispõe expressamente acerca da “absoluta

²⁴⁶ BRASIL, 2021a, p. 29.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 30.

²⁴⁸ CNJ. **Recomendação nº 369, de 19 de janeiro de 2021**. Estabelece procedimentos e diretrizes para a substituição da privação de liberdade de gestantes, mães, pais e responsáveis por crianças e pessoas com deficiência, nos termos dos arts. 318 e 318-A do Código de Processo Penal, e em cumprimento às ordens coletivas de habeas corpus concedidas pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal nos HCs no 143.641/SP e no 165.704/DF. Brasília: DF: CNJ, 2021a. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original22125020210125600f4262ef03f.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2021.

excepcionalidade do encarceramento de gestantes”, “a presunção legal de indispensabilidade dos cuidados maternos”, “presunção de que a separação de mães, pais ou responsáveis, de seus filhos ou dependentes afronta o melhor interesse dessas pessoas” e “desnecessidade de comprovação de que o ambiente carcerário é inadequado para gestantes, lactantes e seus filhos”.

Foi, também, editada a Recomendação nº 78, de 15/09/2020, do CNJ²⁴⁹, que atualizou e corrigiu os ditames dos arts. 4º e 5º, ambos da Recomendação nº 62/2020, e explicitou os crimes não mais contemplados pela orientação de desencarceramento: organização criminosa, lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, crimes contra a Administração Pública, crimes hediondos e crimes de violência doméstica contra a mulher.

Ainda, foi exarada a Recomendação nº 91, de 15 de março de 2021, que, por meio do seu art. 2º, II, reforçou a necessidade de

[...] substituição da privação de liberdade de gestantes, mães, pais e responsáveis por crianças e pessoas com deficiência por prisão domiciliar sempre que possível, nos termos das ordens de *habeas corpus* concedidas pelo STF nos HCs ns. 143.641 e 165.704 e na forma da Resolução CNJ no 369/2021 [...] ²⁵⁰

Imperioso lembrar que o texto de justificativa do aludido ato faz referência a medidas nacionais e internacionais e a decisões do STF relacionadas à contenção da pandemia, levando em consideração

[...] a subsistência da crise sanitária, a eclosão de variantes virais mais contagiosas e potencialmente mais letais, a necessidade de atualização dos protocolos de proteção à saúde à luz do conhecimento científico desenvolvido sobre a matéria, bem como as consequências e impactos sociais decorrentes do longo tempo de exposição da população à Covid-19. ²⁵¹

Malgrado a explícita importância das diretrizes postas na Recomendação nº 62/2020 e os respectivos atos sucessivos – que tiveram como foco o

²⁴⁹ CNJ. **Recomendação nº 78, de 15 de setembro de 2020**. Acrescenta o art. 5-A à Recomendação CNJ nº 62/2020, que trata das medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo Coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo, e altera o art. 15, para prorrogar sua vigência. Brasília: DF: CNJ, 2020b. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3480>. Acesso em: 8 abr. 2023.

²⁵⁰ CNJ. **Recomendação nº 91, de 15 de março de 2021**. Recomenda aos tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas adicionais à propagação da infecção pelo novo Coronavírus e suas variantes – Covid-19 – no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Brasília: DF: CNJ, 2021b. p. 2. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original15374320210405606b2ec701d4c.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2021b.

²⁵¹ *Ibid.*, p. 1.

desencarceramento com foco na saúde dos mais vulneráveis, dos mais propensos a desenvolver a forma mais grave da doença, dos responsáveis por menores e dependentes e daqueles que já estavam na iminência de alcançar a liberdade –, houve resistência à sua aplicação.

A ilustrar essa afirmativa, além das recorrentes menções, nas decisões judiciais que analisaram os pedidos de soltura na pandemia, sobre a não aplicação automática da recomendação e não obrigatoriedade no seu seguimento, consta a ADPF nº 660 apresentada pela Associação Nacional de Membros do Ministério Público Pró-Sociedade²⁵² contra os seguintes dispositivos da Recomendação nº 62/2020 do CNJ: arts. 2º, 3º, I, II, 4º, I, II, II, 5º, 6º, 8º, 10.

A requerente sustentou que “embora as recomendações emitidas pelo CNJ não possuam eficácia normativa, existiria inegável eficácia pragmática capaz de ensejar a violação aos mencionados preceitos fundamentais”. Para tanto, afirmou que os mencionados artigos da Recomendação,

[...] causam grave ameaça aos preceitos fundamentais inscritos no art. 5º, caput e art. 144 (segurança individual e coletiva, inclusive sanitária), art. 6º e 196 (direito à saúde) e art. 37, *caput* (princípio da legalidade), todos da Constituição de 1988.²⁵³

Isso porque ofendia a política de distanciamento social estabelecida pelo Governo Federal, inclusive sanitária, e a saúde, previstas na CF/88.

Em decisão proferida no dia 25/03/2020, a petição inicial foi indeferida, pelo ministro Gilmar Mendes, em razão da ilegitimidade ativa da parte requerente e a inépcia da inicial, nos termos dos arts. 4º da Lei nº 9.882/1999 e 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF). Na oportunidade, o relator referiu que a entidade postulante se limitou a citar as disposições de seu estatuto e a juntar cópias de atas de reuniões, sem, no entanto, demonstrar o interesse comum e homogêneo de toda a categoria do Ministério Público brasileiro. Ademais, o ministro pontuou a ausência de demonstração da violação a preceitos fundamentais e, no que aqui importa, arrazoou que

²⁵² Inteiro teor da decisão na ADPF nº 660/DF. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 660/DF**. Requerente: Associação Nacional de Membros do Ministério Público Pró-Sociedade. Relator: Min. Gilmar Mendes, 25 de março de 2020d. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/gilmar-dispositivos-resolucao-cnj.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2023.)

²⁵³ *Ibid.*, p. 3.

[...] ao recomendar a excepcionalidade e a reavaliação das medidas de internação de jovens infratores e de prisões provisórias por conta da propagação do Covid-19, inclusive em casos como os das mães, gestantes, lactantes, deficientes e outros grupos vulneráveis, o CNJ não excedeu suas atribuições administrativas, previstas no art. 103-B, §4º, I, da CF/88.

Ao contrário, o referido órgão limitou-se a reforçar as normas que já constam da legislação federal e da Constituição Federal, relativas aos direitos e garantias fundamentais à liberdade, ao devido processo legal, à proteção à maternidade, à presunção de inocência e à saúde, previstos no art. 5º, *caput* e incisos L, LIV e LVII, art. 6º e art. 196, todos da CF/88, e art. 25 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que foi recepcionado no Brasil com status de norma constitucional [...]²⁵⁴

Por fim, o relator esclareceu que a Recomendação nº 62/2020 do CNJ nada mais fez que sugerir a adequação de normas e precedentes, tais como as relativas aos direitos e garantias fundamentais à liberdade, ao devido processo legal, à proteção à maternidade, à presunção de inocência e à saúde, previstos nos arts. 5º, *caput* e incisos L, LIV e LVII, art. 6º e art. 196, todos da CF/88, bem como art. 25 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que foi recepcionado no Brasil com status de norma constitucional. Igualmente prestigiados foram os ditames contidos na ADPF nº 347 (estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro), no HC nº 143.988 (reconhecimento de situação de superlotação) e na Súmula Vinculante nº 56 do STF (saída antecipada de presos em regime mais gravosos pela ausência de vagas), relativos ao adequado cumprimento de pena.

²⁵⁴ BRASIL, 2020d, p. 8.

3 OS JULGADOS DO STJ

3.1 CRITÉRIOS GERAIS

A pesquisa objeto deste trabalho alicerçou-se em 200 julgados, entre acórdãos e decisões monocráticas, todos proferidos no âmbito do STJ. Conforme exposto na introdução desta dissertação, foram lançados os seguintes termos de busca: “(MAE OU FILH\$) E RECOMENDACAO E 62\$ E DOMICILIAR e prisão e (pandemia ou coronavírus)”. Foram encontrados 30 acórdãos e 7.052 decisões, e o número de julgados escolhido resultou do cálculo do grau de confiança (95%) com a margem de erro (7%). Para o exame exclusivo de decisões singulares, também foram utilizados os seguintes termos de busca: “(MAE OU GENITORA) E RECOMENDACAO E 62\$ E DOMICILIAR e prisão e (pandemia ou coronavírus) E FILH\$”. Esse critério resultou em 1.875 julgados, que integraram a população das monocráticas, sem alterar o grau de confiança e a margem de erro na exploração das 200 decisões, em sua maioria proferidas singularmente pelos respectivos relatores dos *habeas corpus* ou recurso em *habeas corpus*. Vale pontuar que, no universo dessas decisões, muitas não tratavam do tema eleito por supressão de instância ou porque contavam com pacientes homens ou mulheres que não se encaixavam no perfil necessário para este estudo. Esses julgados foram, então, descartados, procedimento que fez, em verdade, aumentar o grau de confiança da pesquisa.

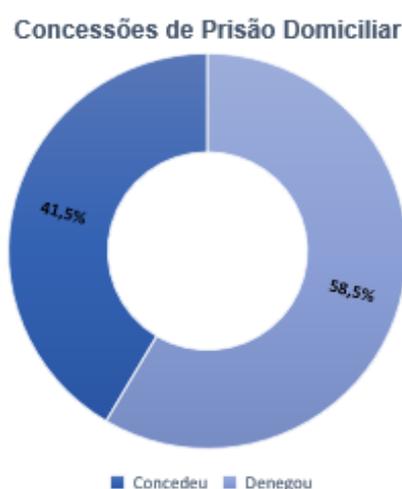
Por se tratar de estudo que envolve o exame do comportamento judicante na pandemia, considerou-se relevante selecionar decisões proferidas entre março de 2020 e outubro de 2021. Esse foi o período aproximado em que a população brasileira adulta vivenciou a expectativa da disponibilidade das duas doses da vacina da covid-19, o que implica afirmar que o risco de contração e agravamento da doença, como causa de pedir da soltura, naquele lapso temporal, era maior.

De início, cumpre esclarecer os critérios, termos e expressões usados para a extração e análise dos dados, os quais levaram à relação com as considerações iniciais e a conclusão deste trabalho.

O critério mais genérico que aqui se apresenta é a **concessão ou denegação** da prisão domiciliar às pacientes (ou recorrentes) dos processos selecionados. Em 83 casos (41,5%) a benesse foi concedida e em 117 (58,5%) denegada. Utilizou-se o binômio concessão/denegação, que no corpo desta dissertação pode aparecer como

deferimento/indeferimento, ou suas respectivas variações – a exemplo de não conhecimento, não seguimento ou indeferimento liminar, todos simbolizando a negativa do benefício, uma vez analisada a questão de fundo. Não houve apego ao tecnicismo de eventual classificação destinada a cada decisão. O escopo é informar o número de prisões domiciliares efetivamente outorgadas às mulheres aqui relacionadas, independentemente dos termos empregados nos dispositivos das decisões.

Gráfico 1 – Concessões de prisão domiciliar



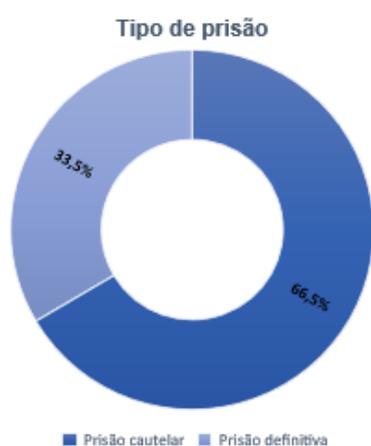
Fonte: elaborado pela autora

A propósito, foi realizado o pinçamento de feitos em que a **liminar foi deferida** e o processo posteriormente julgado prejudicado por perda de objeto. Estes totalizaram 8 casos – que representam 9,6% dos casos totais de deferimento –, os quais também foram incluídos no universo genérico das concessões, diante do provimento final, que permitiu a colocação da ré (ou apenas) em constrição domiciliar. Da mesma forma, foi executado com o caso de indeferimento da medida de urgência (apenas 1 processo, que equivale a 0,9%), o qual foi inserido na estatística de denegações do benefício.

Ilustrativamente, ressalta-se que 41 das 200 decisões – que representam 20,5% dos processos – foram proferidas em *habeas corpus* impetrados **contra decisão monocrática de relator** desembargador do Tribunal de origem que tenha indeferido a liminar do *writ* lá postulado. Dessas decisões, 61% entenderam pela superação do teor do Enunciado Sumular nº 691 do STF para, então, conceder o benefício. Todas foram avaliadas no universo das concessões.

Outra classificação utilizada foi o **tipo de prisão** (em que se encontrava a paciente no ato do pleito perante o STJ), que não guarda correlação técnica com as espécies de encarceramento encerradas nos Capítulos II e III do Título IX do Código de Processo Penal. Foram acatados os termos “prisão provisória” (antes ou depois de sentenciado o respectivo processo) e “prisão definitiva” (com trânsito em julgado). A primeira categoria somou 133 casos (66,5%), dos quais 121 não contavam com sentença proferida. Em 67 feitos (33,5%), a solicitante já se encontrava em execução definitiva da pena a ela imposta.

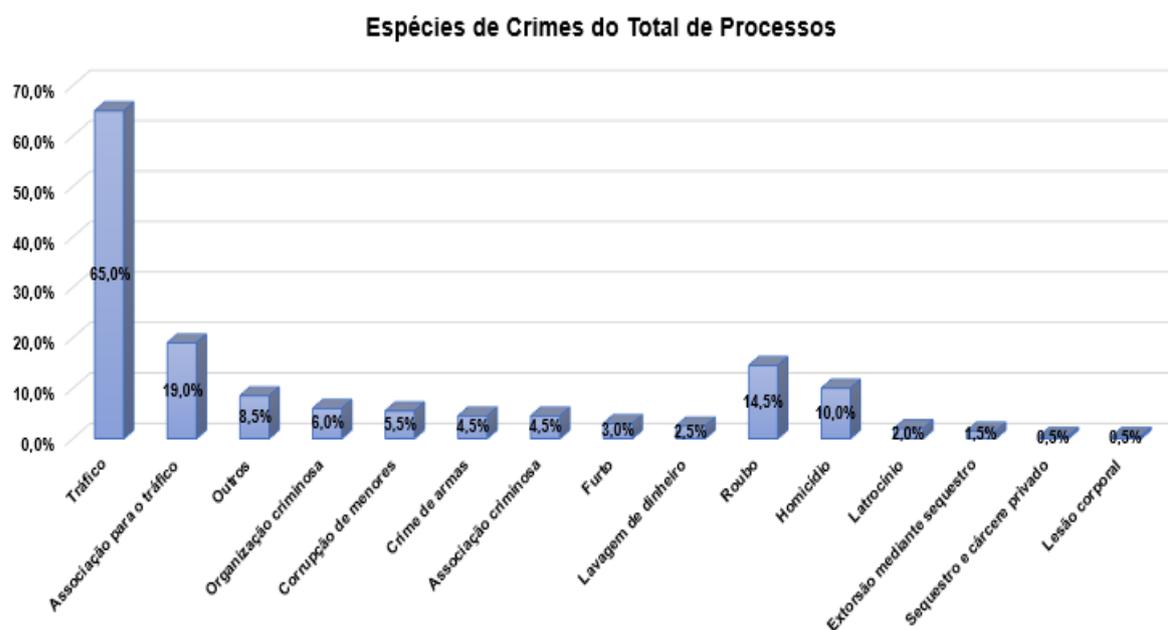
Gráfico 2 – Tipo de prisão



Fonte: elaborado pela autora

Ao tratar das **espécies de crimes** achados nos 200 julgados, inicialmente, fez-se a separação entre delitos cometidos sem violência ou grave ameaça e aqueles praticados com violência ou grave ameaça. No primeiro grupo acharam-se: tráfico (65%), associação para o tráfico (19%), organização criminosa (6%) corrupção de menores (5,5%), crimes de armas (4,5%), associação criminosa (4,5%), furto (3%), lavagem de dinheiro (2,5%) e outros (8,5%) – dentre os quais se encontram receptação, fornecimento de bebida alcoólica a menor, financiamento do tráfico, estelionato, uso de documento falso, falsidade ideológica etc., cujo detalhamento não se entendeu relevante, diante da baixa recorrência, além da prática em conjunto com os demais crimes. No segundo grupo situam-se: roubo (14,5%), homicídio (10%), latrocínio (2%), extorsão mediante sequestro (1,5%), lesão corporal (0,5%) e sequestro e cárcere privado (0,5%).

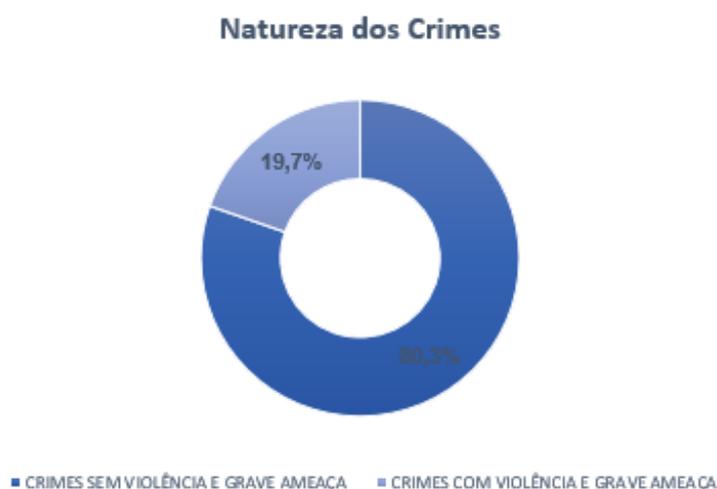
Gráfico 3 – Espécies de crimes do total de processos



Fonte: elaborado pela autora

A soma total da quantidade de crimes praticados alcançou o total de 295, pois em alguns processos foi detectada a prática de mais de um crime pela mesma paciente/recorrente. Nessas hipóteses, a análise dos dados foi feita com referência ao crime mais grave. De todo modo, cumpre ilustrar que, no universo de 295 crimes cometidos, 80,3% representam os delitos sem violência e 19,7%, os cometidos com violência ou grave ameaça.

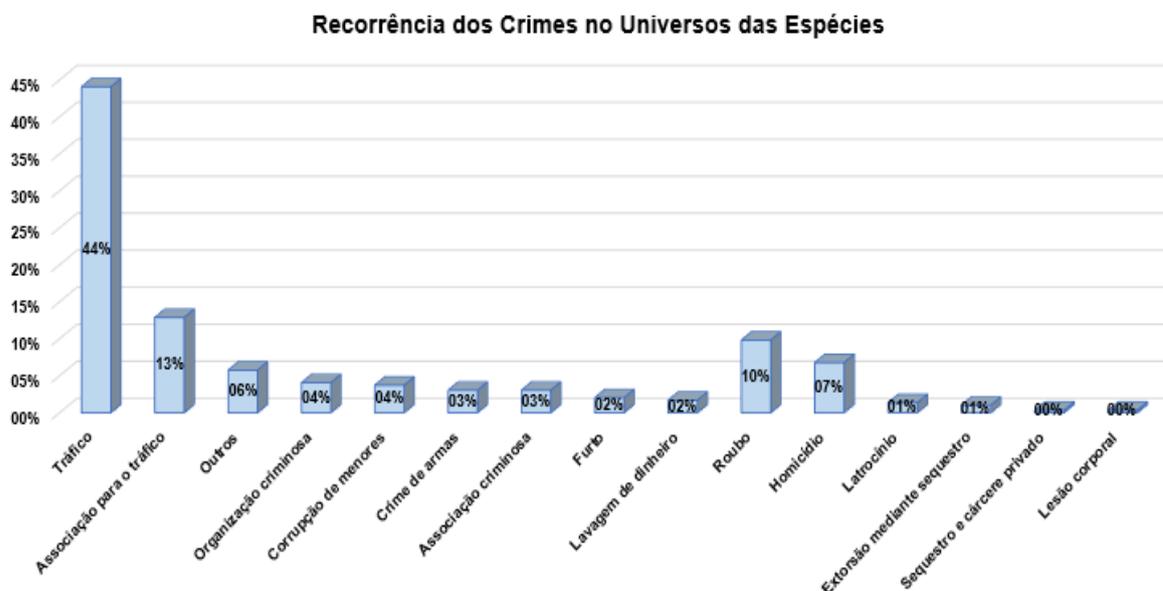
Gráfico 4 – Natureza dos crimes



Fonte: elaborado pela autora

Também foi extraído o percentual de recorrência de cada crime no universo das espécies, revelado pelo gráfico a seguir:

Gráfico 5 – Recorrência dos crimes no universo das espécies



Fonte: elaborado pela autora

A próxima categorização envolveu as **bases jurídicas e jurisprudencial** lançadas nas 200 decisões, restritas à Recomendação nº 62/2020, do CNJ, ao HC coletivo nº 143.641/SP do STF e ao art. 318-A do CPP.

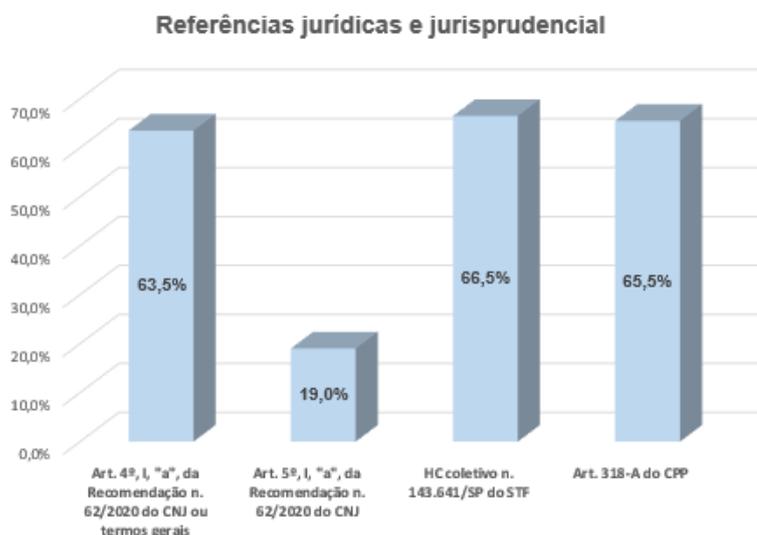
Todos os pedidos contidos nos processos avaliados foram lastreados na situação pandêmica, no fato de a contração do vírus representar risco à saúde e no fato de a suplicante ser gestante, mãe de criança menor de 12 anos ou dependente, nos termos dos institutos anteriormente citados. Os julgados ora examinados, por sua vez, não necessariamente apresentaram motivação exaustiva, com explicação para o afastamento de um ou de outro referencial normativo e/ou jurisprudencial. Os respectivos julgadores divisaram suas razões de decidir em elementos considerados suficientes para alcançar a convicção de deferir ou de indeferir o benefício às postulantes. A importância dessa ilustração, no entanto, deve-se à reflexão sobre o eventual grau de deferência aos elementos dispostos no ato de julgar.

Em sua maior parte, 165 decisões referenciaram a Recomendação nº 62/2020, do CNJ, sendo 127 delas (63,5%) com menção aos termos gerais do documento ou ao art. 4º, que trata da necessidade de revisão e excepcionalidade das prisões cautelares na fase de conhecimento do processo, com prioridade a mulheres

gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até 12 anos ou por pessoa com deficiência (art. 4º, I, “a”), e 38 (19%) com alusão expressa ao art. 5º da mencionada recomendação, a qual especifica as respostas pelas demandas por soltura a quem está cumprindo pena definitiva, também com prioridade a mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até 12 anos ou por pessoa com deficiência, entre outros segmentos vulneráveis da população carcerária.

O referencial jurisprudencial que alicerça as decisões objeto desta pesquisa, o HC coletivo nº 143.641/SP do STF, foi mencionado, ainda que indiretamente por meio de precedentes colacionados, em 131 julgados (66,5%). O art. 318-A do CPP, cujo texto foi inserido pela Lei nº 13.769/2018, foi citado em 130 decisões (65,5%), o que reflete harmonia com a frequência do precedente do Supremo, cujo dispositivo serviu de inspiração para o alegado texto de lei.

Gráfico 6 – Referências jurídicas e jurisprudencial



Fonte: elaborado pela autora

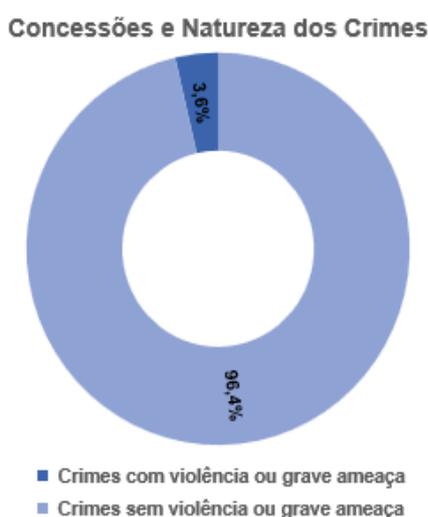
3.2 CONCESSÕES E DENEGAÇÕES DA PRISÃO DOMICILIAR

Fornecido o panorama dos critérios utilizados e números gerais a eles relacionados, passa-se ao exame dos crimes cometidos por essas mulheres e as respectivas motivações para se conceder ou denegar a prisão domiciliar. Os pleitos deram-se nas balizas jurídicas e jurisprudencial anteriormente explanadas e o objetivo

é avaliar o caminho percorrido pelo STJ em relação às expectativas iniciais das mulheres que compuseram o processo de disputa para a concessão do benefício em comento.

Como se verá adiante, e tendo em vista a literalidade do inciso I do art. 318-A do CPP, o percentual de deferimento da benesse nos casos de crimes sem violência ou grave ameaça é largamente superior aos relativos aos delitos violentos – 96,4% de deferimento nos feitos que examinam crimes sem violência ou grave ameaça em contraposição a 3,6% de concessões naqueles que cuidam de delitos que envolvem violência e grave ameaça.

Gráfico 7 – Concessões e natureza dos crimes



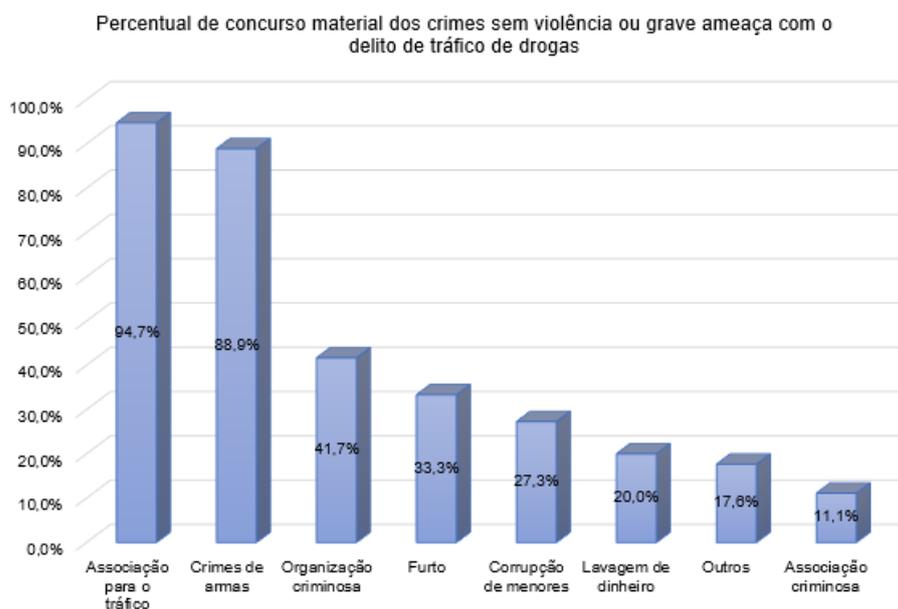
Fonte: elaborado pela autora

3.2.1 Crimes sem violência ou grave ameaça – tráfico, o crime de excelência

Dentro do painel dos crimes sem violência, o **tráfico de drogas** será o marco investigativo dos motivos do deferimento e do indeferimento da prisão domiciliar às pacientes no contexto pandêmico. Consoante ao explanado no item 2.2, a mercancia ilegal de drogas é o delito de excelência no encarceramento de mulheres que, em regra, não desempenham papel de relevância nas organizações criminosas, não atuam sozinhas, tampouco apresentam periculosidade delinquencial relevante. Logo, não serão minuciados os demais delitos, tendo em vista a expressiva superioridade desse crime dentre os cometidos sem violência, o que se deve à incidência dos demais delitos em concurso material com a traficância ilícita de entorpecentes,

revelada alta dentre os crimes com mais recorrência (depois do tráfico). Vale dizer, não se entendeu relevante a extração separada dos dados nos delitos de associação para o tráfico, nos crimes de armas e nos de organização criminosa, por exemplo, em face da elevada recorrência com que aparecem junto ao crime de tráfico: 94,7%, 88,9% e 41,7%, respectivamente. Os demais, por si só, não apresentam percentual de repetição significativo no quadro geral de delitos cometidos – conforme explicitado no item 3.1 – e, independentemente da relação com o tráfico, não seriam capazes de alterar as conclusões assimiladas.

Gráfico 8 – Percentual de concurso material dos crimes sem violência ou grave ameaça com o delito de tráfico de drogas



Fonte: elaborado pela autora

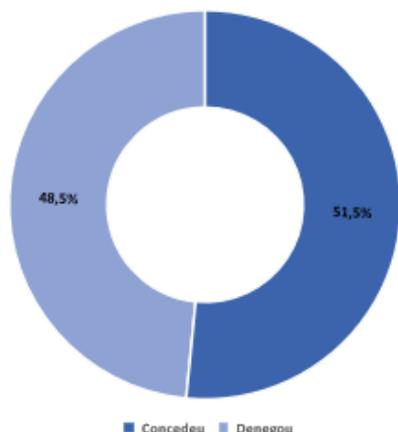
Uma particularidade é a menção à **primariedade**, que ocorreu apenas 17 vezes (13,1% do total de processos de tráfico), com destaque para a negativa da benesse nos seguintes casos: paciente presa preventivamente com 29 kg de maconha (HC nº 571.789/MS) e b) apenada que cumpria a sanção em regime fechado e a avó, que cuidava da criança, teria comprovado a alegada debilidade de saúde (HC nº 590.515/DF).

Nesse horizonte, o primeiro dado extraído é a quantidade de **concessões**, que se revelou baixa (51,5%), considerando tratar-se de crimes sem emprego de violência

ou grave ameaça. Desses deferimentos, 86,6% ocorreram em prisões cautelares e 13,4% nas definitivas.

Gráfico 9 – Concessão de prisão domiciliar em crime de tráfico

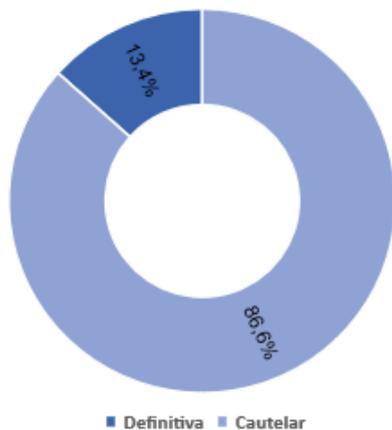
Concessão de Prisão Domiciliar em Crime de Tráfico



Fonte: elaborado pela autora

Gráfico 10 – Concessão e natureza da prisão

Concessão e Natureza da Prisão



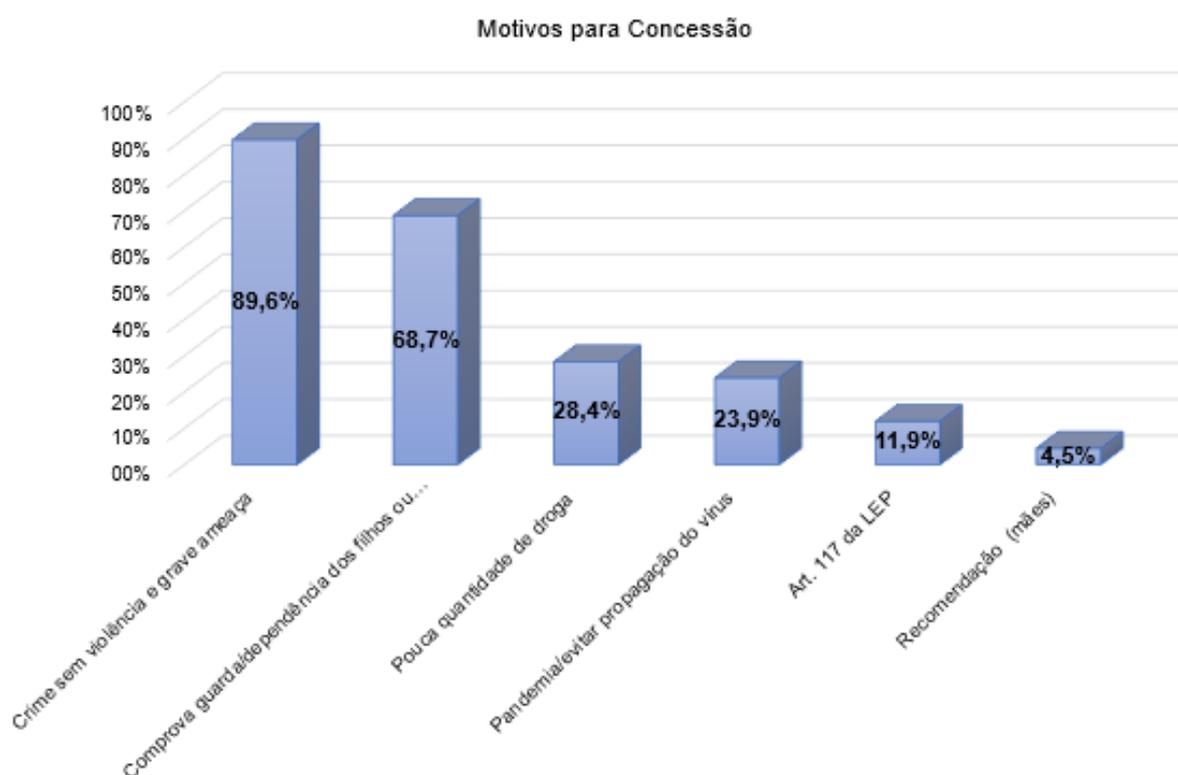
Fonte: elaborado pela autora

3.2.1.1 Argumentos para conceder ou denegar na generalidade das prisões

Apesar de não emergirem de forma isolada, mas com o fim de entender o perfil do deferimento, serão elencados os argumentos justificativos da **concessão** do benefício, com destaque para a primariedade das acusadas em 22,4% desses processos. O primeiro deles é exatamente o fato de se tratar de delito cometido sem violência e grave ameaça: a ocorrência é de 89,6%. Em segundo lugar, aparece a

comprovação de guarda e dependência das/os filhas/os ou a presunção de imprescindibilidade dos cuidados maternos (68,7%). A pouca quantidade de droga apreendida em poder da acusada vem em seguida (28,4%) e a contenção da propagação do vírus logo depois como alicerce para a concessão (23,9%). Nos casos de execução de pena definitiva, além da citação desses 4 argumentos, apareceram 8 ocorrências de aplicação do art. 117 da LEP (11,9%) e 3 incidências específicas do art. 5º, I, “a”, da Recomendação nº 62/2020 do CNJ (4,5%).

Gráfico 11 – Motivos para concessão



Fonte: elaborado pela autora

No campo da **denegação**, inicialmente, foram constatados 4 processos sobre crimes perpetrados com violência em concurso material com o tráfico; todos envolvendo delitos de roubo. Os 4 tiveram o benefício negado com fundamento exclusivo no mero fato de se tratar de delito violento ou com exercício de grave ameaça. Assim sendo, foram analisados no recorte dos crimes com violência, dada a gravidade mais elevada e conseqüente preponderância no indeferimento do benefício. Essa separação não prejudica a natureza majoritária do tráfico dentro do painel de

delitos não violentos e as conclusões alcançadas, diante da sua ocorrência massiva nos achados da pesquisa.

Adentrando os motivos específicos de indeferimento, inicialmente, necessária se faz a explanação sobre a adoção dos métodos comparativos. As “situações excepcionalíssimas”, por exemplo, não ostentam definição específica – o que, inclusive, enseja excesso de subjetivismo por parte dos magistrados, como será explicitado à frente –, mas aqui receberam 6 designações, em relação às quais foram feitos 2 índices. Primeiro, foram tomadas como categoria única dentro dos “motivos de denegação”. Para tanto, extraiu-se o número de vezes que pelo menos uma situação apareceu nos 200 processos, ignorando-se a combinação entre elas, por entender que uma seria suficiente para denegação do benefício. Assim, as “situações excepcionalíssimas” formaram o terceiro motivo geral de denegação. Depois, destrinchou-se cada uma das 6 designações e fez-se a soma de quantas vezes apareceram como fundamento nos 200 processos, extraindo-se os respectivos percentuais. Por fim, somou-se a quantidade de vezes que apareceram como fundamento, ainda que no mesmo processo, e procedeu-se ao percentual de recorrência dessas situações entre si. Essa operação foi feita em todas as análises em que “situações excepcionalíssimas” apareceram como justificativa de indeferimento.

Feitos esses esclarecimentos, passa-se às particularidades da denegação.

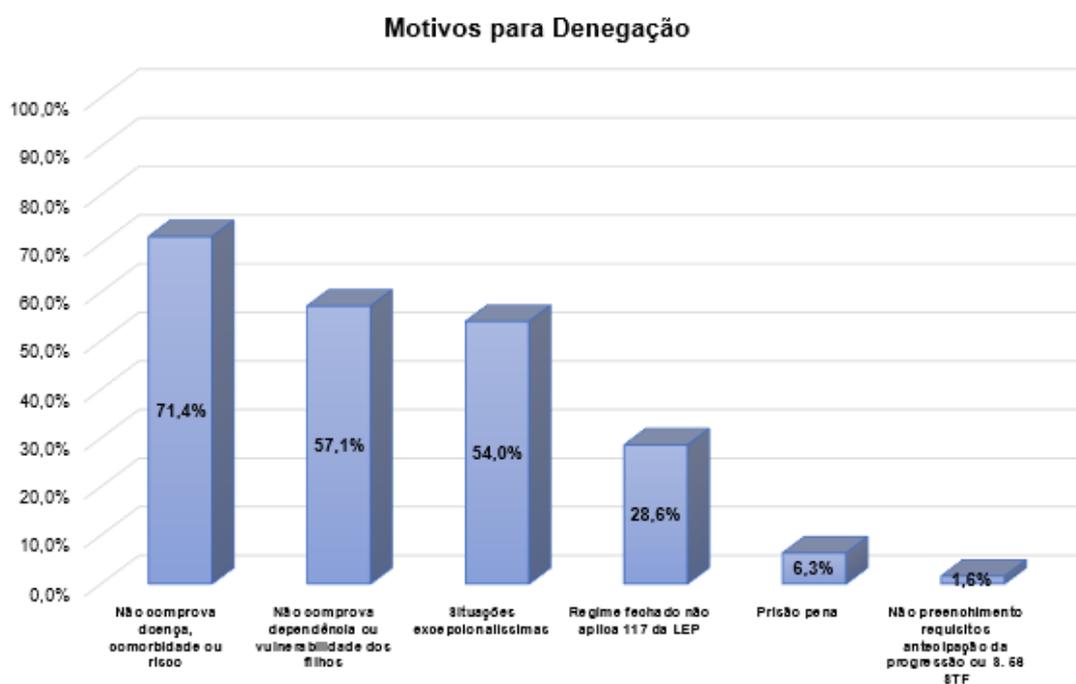
Destaca-se que o fator maternidade foi alinhado à situação pandêmica e esta pesquisa considerou as duas causas de pedir para avaliar o comportamento da ação judicante do STJ sobre o tema. O primeiro argumento utilizado para negar a reclusão no domicílio a essas mulheres é a não comprovação do risco de propagação do vírus, de contração da doença ou de ser portadora de comorbidade (71,4%).

A ausência de demonstração de dependência ou vulnerabilidade das/os filhas/os aparece em segundo lugar, com o (elevado) percentual de 57,1%. Esse argumento foi destacado da classificação específica das situações excepcionalíssimas, haja vista a recorrência com que foi externado e a particularidade com que deve ser tratado.

Na sequência, conquanto o deferimento do benefício seja a regra e o indeferimento deva ser fundamentado de forma idônea e concreta, como terceira razão de negativa do pedido está o reconhecimento de “situações excepcionalíssimas” (54%). Esse vetor de negativa, apesar de não reproduzido no

teor do art. 318-A do CPP²⁵⁵, foi colocado no *habeas corpus* coletivo do STF como causa excepcional de indeferimento, desacompanhado, no entanto, de critérios norteadores dessa excepcionalidade. Assim, a ausência dessas vetoriais bem definidas encaminhou os Tribunais e o STJ a criarem e estabelecerem seus próprios parâmetros. E mesmo havendo o STF, em outubro de 2018, manifestado que as situações excepcionalíssimas não abarcam, por exemplo, a traficância dentro da residência (na presença da prole) ou para dentro dos presídios, o primeiro motivo apresentado nas decisões do STJ para denegar a prisão domiciliar, dentro do que se consideram as “situações excepcionalíssimas”, é o fato de a paciente ter cometido o delito de tráfico dentro da residência, na presença das/os filhas/os (33,3%). A quantidade de droga aparece em segundo lugar das excepcionalidades (22,2%), seguida da reiteração delitiva (11,1%) e do fato de a ré integrar organização criminosa com papel definido ou de liderança (7,9%). Não comprovar residência fixa (4,8%) e a prática de tráfico internacional (1,6%) encerram os fundamentos excepcionais.

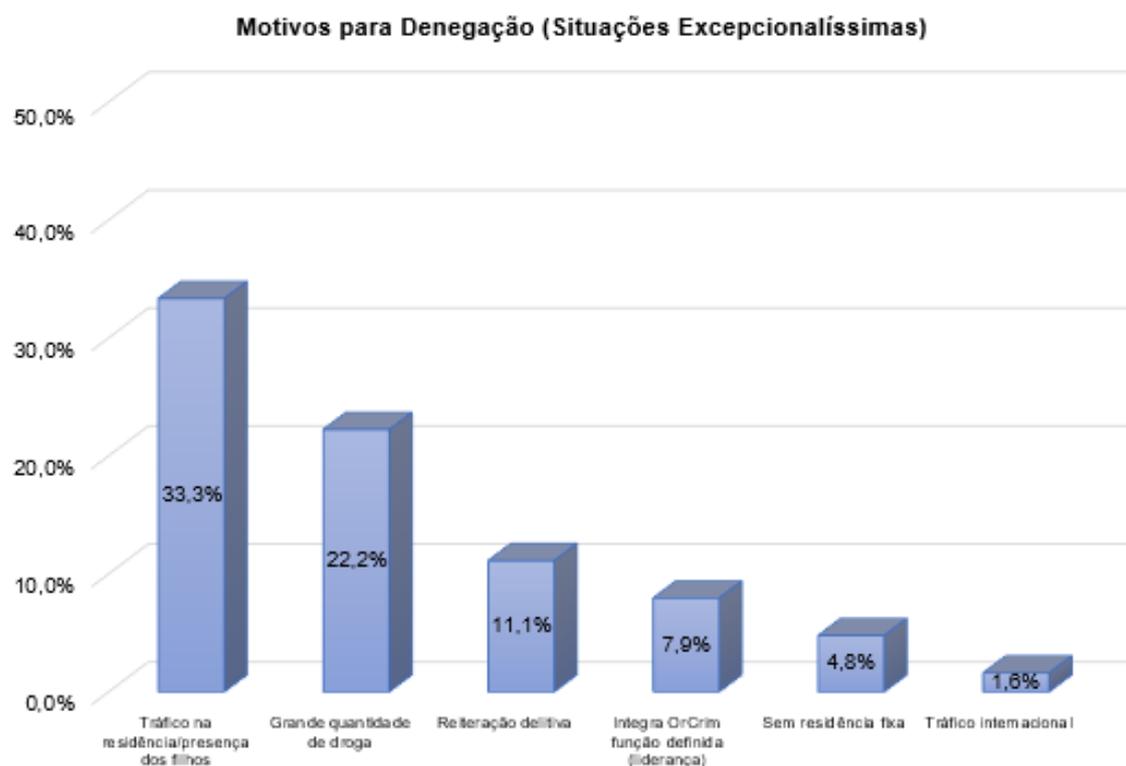
Gráfico 12 – Motivos para denegação



Fonte: elaborado pela autora

²⁵⁵ O art. 318-A do CPP, com redação trazida pela Lei nº 13.769 de 19 de dezembro de 2018 (salienta-se: data posterior à fixação do entendimento do STF no HC coletivo nº 143.614/SP), estabeleceu como exceção à regra do deferimento da prisão domiciliar às mães e gestantes presas preventivamente tão somente o cometimento de crimes praticados com violência ou grave ameaça e delitos cometidos contra o próprio filho ou dependente.

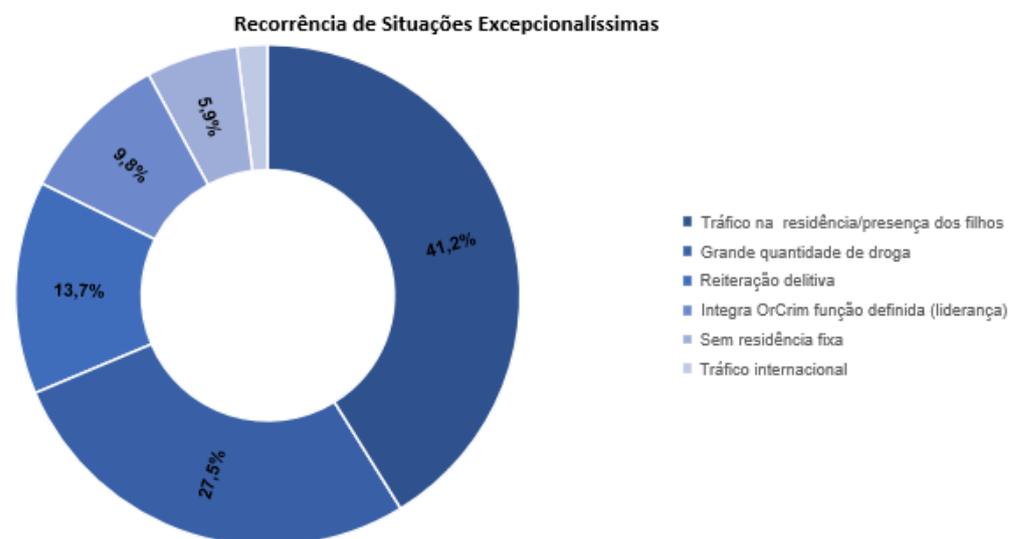
Gráfico 13 – Motivos para denegação (situações excepcionalíssimas)



Fonte: elaborado pela autora

Nos termos da explicação introdutória, o gráfico a seguir mostra a recorrência de cada uma das “situações excepcionalíssimas” após somadas entre si.

Gráfico 14 – Recorrência de situações excepcionalíssimas



Fonte: elaborado pela autora

3.2.1.2 Argumentos para conceder ou denegar – prisão provisória e prisão-pena

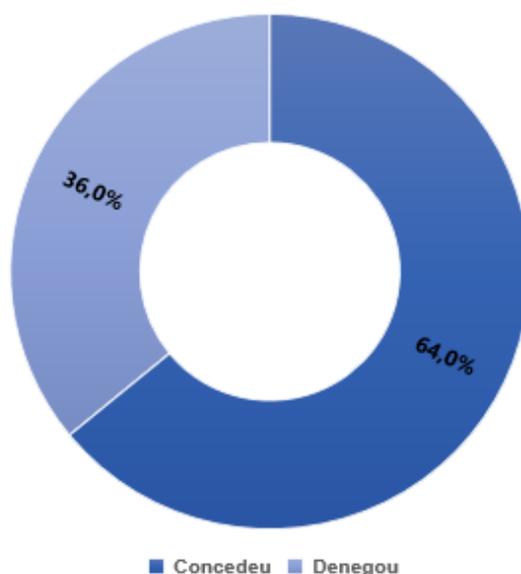
Ainda dentro da análise dos crimes sem violência ou grave ameaça, vale dizer, o tráfico, também foi feito o cruzamento dos dados sob a ótica da categoria dos tipos de prisão: cautelar ou definitiva.

Entendeu-se pela relevância dessa diferenciação, tendo em vista o tratamento dispensado às presas em cumprimento de pena definitiva, que posteriormente foram alvo de discussão pela Terceira Seção do STJ, no RHC nº 145.931/MG, afetado àquele órgão julgador, com o fim de definir os parâmetros para a concessão da prisão domiciliar às mães e gestantes em regime fechado. O julgamento desse recurso iniciou-se no lapso temporal considerado nesta pesquisa, mas servirá apenas de paradigma para as críticas e conclusões aqui alcançadas.

No universo dos processos de **prisão cautelar**, constataram-se 64% de **concessões** e 36% de denegações – das concessões, 8,8% apenas foram em manutenção da constrição em sentença.

Gráfico 15 – Concessão de prisão domiciliar em prisão cautelar de tráfico

Concessão de Prisão Domiciliar em Prisão Cautelar de Tráfico

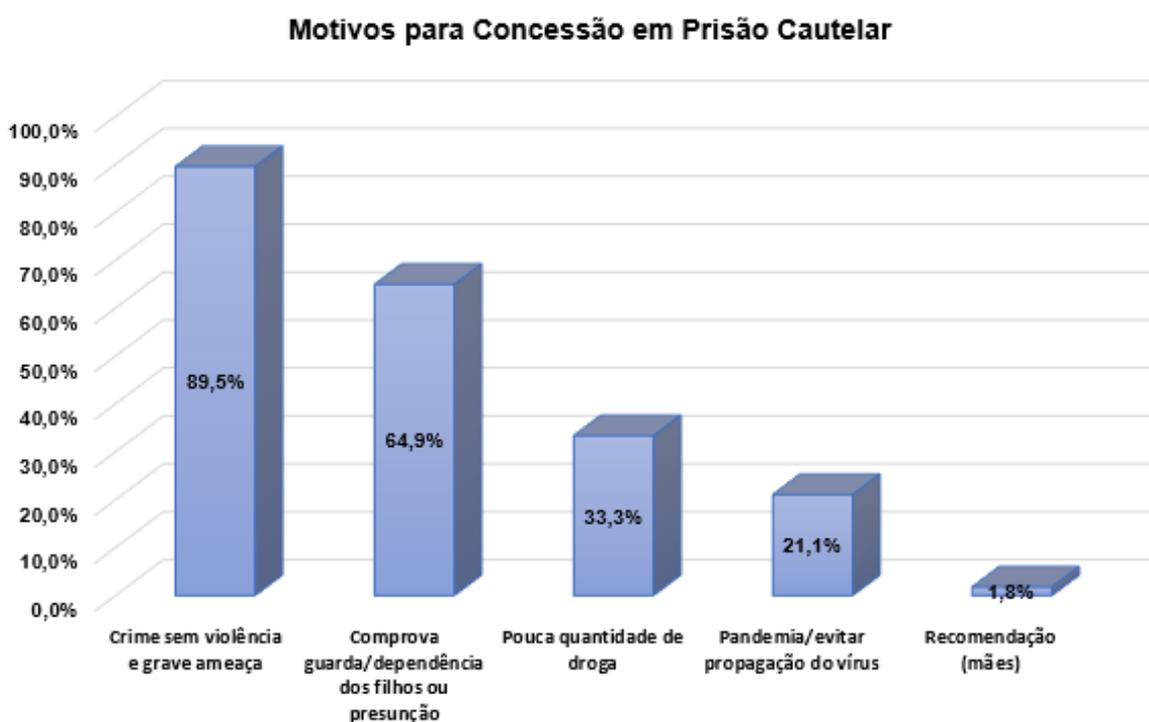


Fonte: elaborado pela autora

Nesse grupo, o argumento mais recorrente para o deferimento é o atributo de a infração penal ser destituída de violência ou grave ameaça (89,5%). O fundamento

seguinte é a comprovação de guarda e dependência dos filhos ou a mera presunção de indispensabilidade dos cuidados maternos (64,9%). A pouca quantidade de droga assume o terceiro lugar dentre os motivos ensejadores do deferimento (33,3%), seguida da contenção de propagação do vírus (21,1%). Em um único caso (o HC nº 567.518/SP), a clausura domiciliar foi baseada no art. 5º, I, “a”, da Recomendação nº 62/2020 do CNJ, porque, apesar de se tratar de prisão preventiva, era um dos casos em que já havia sentença proferida em desfavor da acusada.

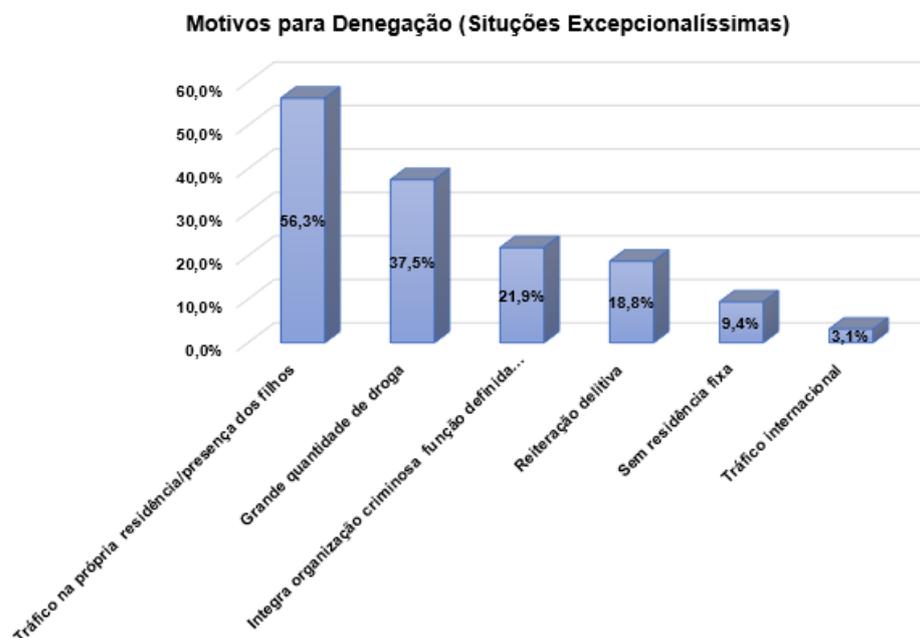
Gráfico 16 – Motivos para concessão em prisão cautelar



Fonte: elaborado pela autora

No que se refere às razões de **denegação**, aparecem em primeiro as “situações excepcionalíssimas” (93,8%), dentre as quais, e considerando o total das denegações, o tráfico na residência e em eventual presença dos filhos é o principal motivo para a negativa (56,3%). A quantidade de droga vem como segundo fundamento mais frequente (37,5%) e o fato de integrar organização criminosa com função definida, em terceiro (21,9%). Com 18,8% surge a reiteração delitativa e a falta de residência fixa revela-se no final, com 9,4%, além de um caso de tráfico internacional (3,1%).

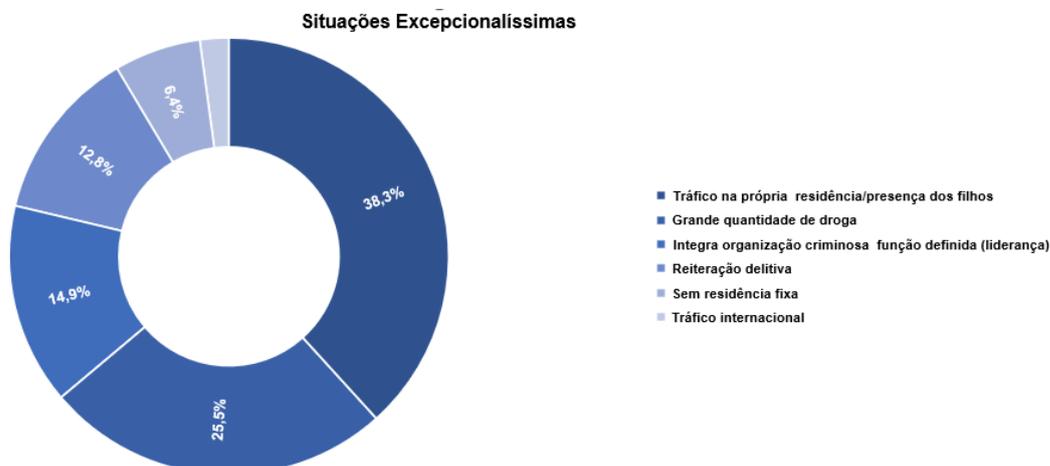
Gráfico 17 – Motivos para denegação (situações excepcionalíssimas)



Fonte: elaborado pela autora

No universo das justificativas intituladas “situações excepcionalíssimas”, convém explicitar a recorrência com que aparecem. Do total de citações dessa categoria, em primeiro aparece o exercício da traficância na residência na presença dos filhos (38,3%). Em segundo vem a grande quantidade de droga apreendida (25,5%). A participação em organização criminosa vem em terceiro (14,9%), seguida da reiteração delitiva (12,8%), da não comprovação de residência fixa (6,4%) e do comércio ilícito internacional (2,1%).

Gráfico 18 – Situações excepcionalíssimas



Fonte: elaborado pela autora

Na sequência das “situações excepcionalíssimas” aparecem outros três argumentos para a denegação da prisão domiciliar às presas provisórias: a) não comprovação da doença, comorbidade ou risco de contração do vírus (68,8%); b) não comprovação da dependência ou vulnerabilidade dos filhos (37,5%); e c) cumprimento de pena em regime fechado (um processo em que já continha sentença proferida) e não cumprimento dos requisitos do art. 117 da LEP (3,1%).

Gráfico 19 – Motivos para denegação



Fonte: elaborado pela autora

No **perfil desviante** irromperam 11 casos do total dos indeferimentos em prisão preventiva, os quais serão minuciados e analisados na fase qualitativa.

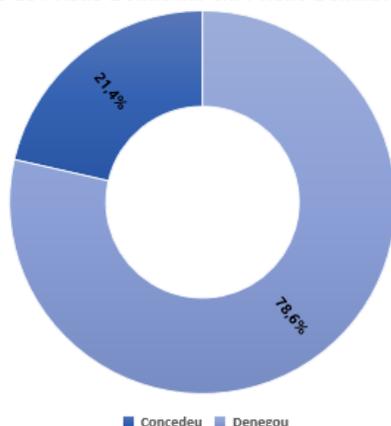
Ciente da repetição de alguns processos²⁵⁶, também foram separados os feitos indeferitórios que marcaram o fato específico de **a criança já estar sob os cuidados de outra pessoa** a ela relacionada. Foram 5 os casos registrados, cujas críticas estão inseridas no exame qualitativo da não comprovação da dependência ou vulnerabilidade dos filhos quanto aos cuidados da mãe, por serem comuns as respectivas reflexões.

No que se refere às **prisões definitivas**, 21,4% dos pedidos foram concedidos e 78,6% denegados.

²⁵⁶ Pode-se constatar o registro do mesmo processo na categoria de “perfil desviante” e também no critério de “estar a criança sob os cuidados de outrem”, dada a intencionalidade de se destacar, num mesmo feito, a avaliação, sob mais de um critério moral, da mãe postulante.

Gráfico 20 – Concessão de prisão domiciliar em prisão definitiva de tráfico

Concessão de Prisão Domiciliar em Prisão Definitiva de Tráfico

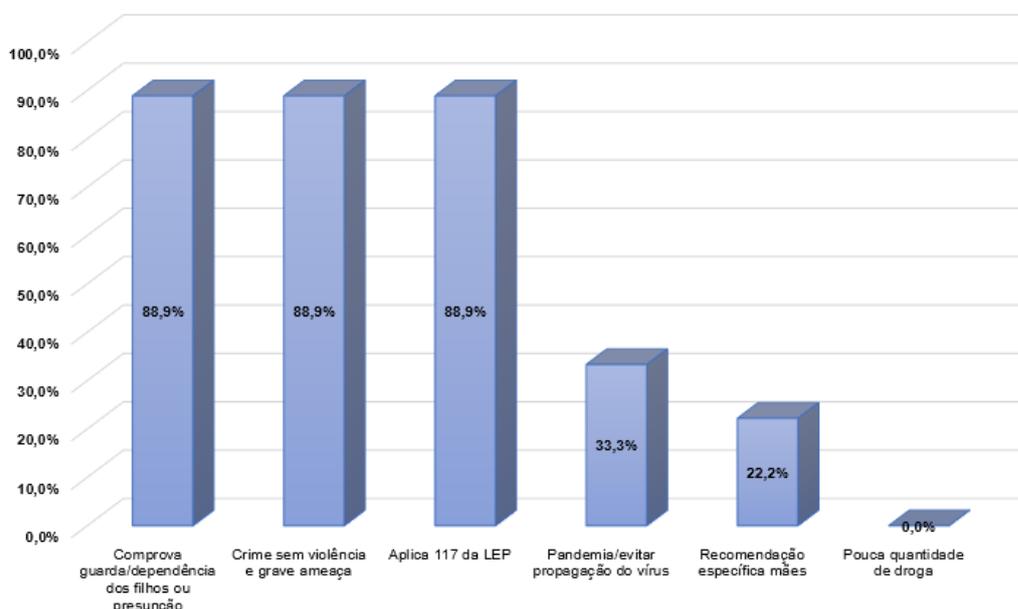


Fonte: elaborado pela autora

No âmbito dos feitos **concessivos**, aparecem com igual percentual (88,9%) os motivos de comprovação de guarda de dependência dos filhos (ou a presunção de indispensabilidade dos cuidados maternos) e o fato de o delito ter sido cometido sem violência ou grave ameaça. Depois, sobrevém a aplicação do art. 117 da LEP também com 88,9%, a necessidade de impedir a propagação do vírus (33,3%) e, por fim, a incidência do art. 5º, I, “a”, da Recomendação nº 62/2020 do CNJ (22,2%). A (pouca) quantidade de droga não foi registrada como motivo para a concessão (0%).

Gráfico 21 – Motivos para concessão

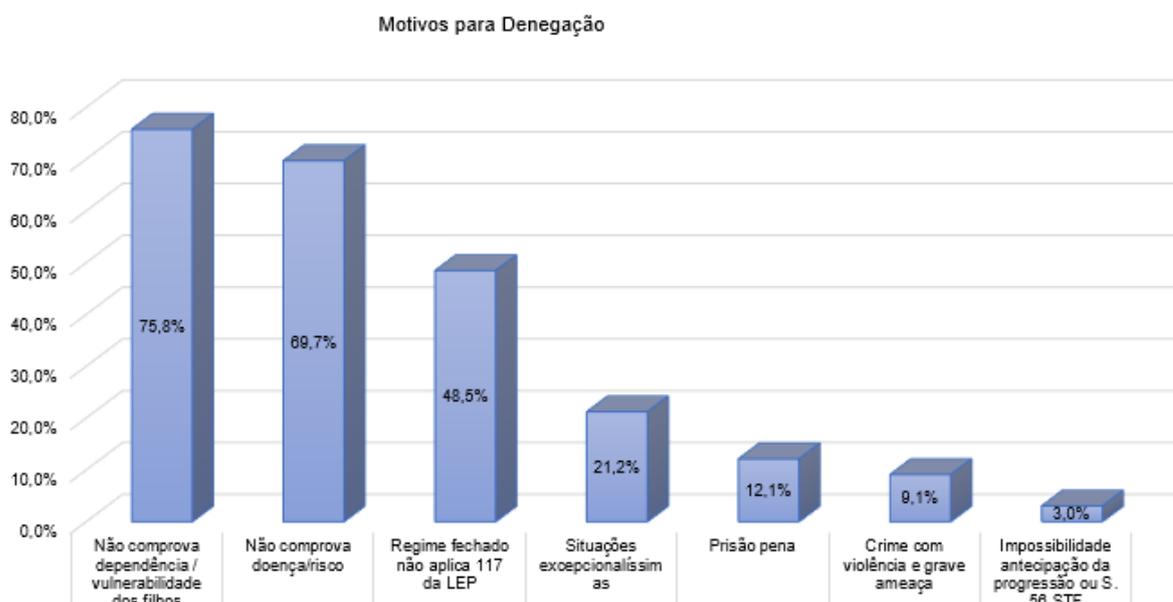
Motivos para Concessão



Fonte: elaborado pela autora

No que se refere aos motivos para **indeferimento**, o mais utilizado foi a não demonstração de dependência ou vulnerabilidade dos filhos (75,8%); em segundo lugar, aparece a não comprovação de doença ou risco pandêmico (69,7%); o regime fechado e a não aplicação do art. 117 da LEP vêm como terceiro fundamento mais recorrente (48,5%); as “situações excepcionalíssimas” surgiram depois (21,2%). Destacadas as motivações específicas dessas situações, mas dentro do universo total de denegações, em igual percentual aparecem a ausência de comprovação de residência e a prática do comércio espúrio na própria casa em eventual presença dos filhos (9,1%), seguidas da reiteração delitativa (3%). Por fim, o mero fato de se tratar de prisão-pena foi razão para denegar a benesse (12,1%) e, com 1 aparição, lançou-se o argumento de não preenchimento dos requisitos para a antecipação da progressão e não aplicação da Súmula Vinculante nº 56 do STF (3%).

Gráfico 22 – Motivos para denegação



Fonte: elaborado pela autora

Gráfico 23 – Motivos para denegação (situações excepcionalíssimas)



Fonte: elaborado pela autora

No universo das “**situações excepcionalíssimas**”, com idêntica aparição, estão a quantidade de droga e a traficância na residência e presença dos filhos (42,9%) e 1 ocorrência com a indicação de reiteração delitiva (14,3%).

Gráfico 24 – Situações excepcionalíssimas



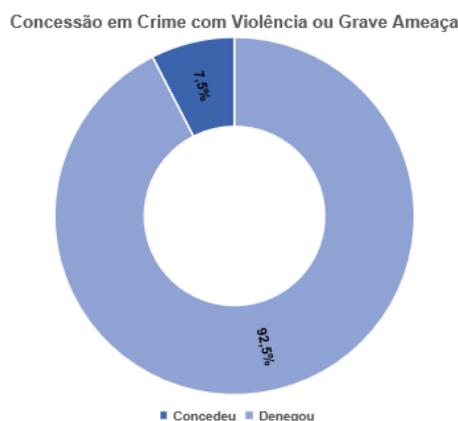
Fonte: elaborado pela autora

No quadro do **perfil desviante**, verificou-se a seguinte situação, identificando-se quatro casos merecedores de destaque, que serão apreciados na respectiva investigação qualitativa da categoria.

3.2.2 Crimes com violência ou grave ameaça

No apanhado dos crimes com violência ou grave ameaça, que representam 26,5% achados na população dos 200 julgados analisados, 7,5% tiveram a domiciliar concedida, em face de 92,5% de denegação.

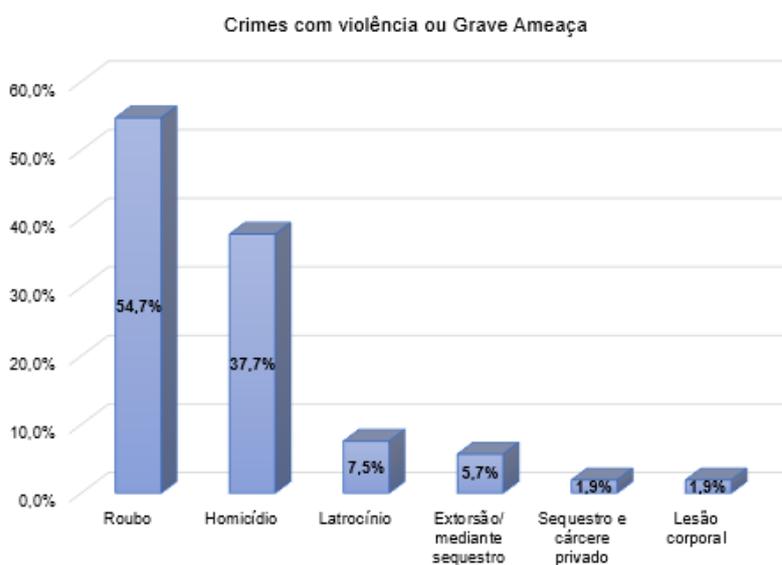
Gráfico 25 – Concessão de crime com violência ou grave ameaça



Fonte: elaborado pela autora

Sobre as espécies de crimes, o roubo lidera (54,7%), seguido de homicídio (37,7%), latrocínio (7,5%), extorsão mediante sequestro (5,7%) e igual porcentagem de ocorrência para sequestro com cárcere privado e lesão corporal (1,9%).

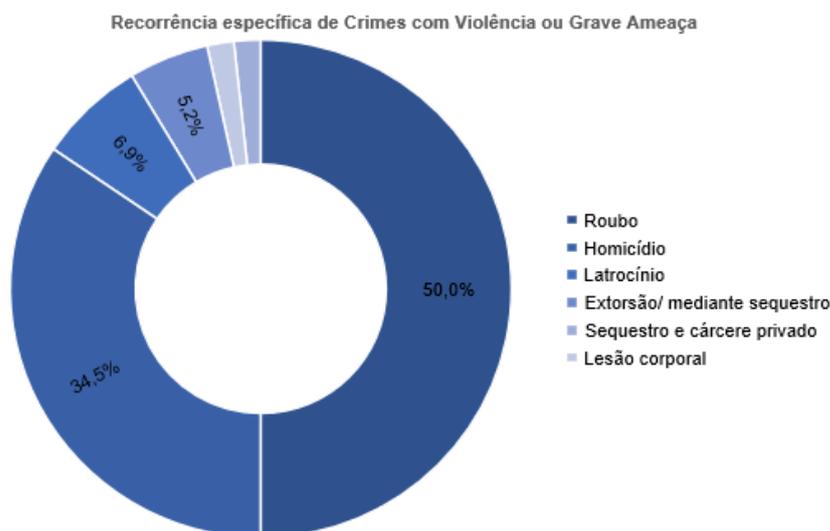
Gráfico 26 – Crimes com violência ou grave ameaça



Fonte: elaborado pela autora

Somando-se à ocorrência dos crimes entre si, também se extraíram os seguintes percentuais adiante explicitados.

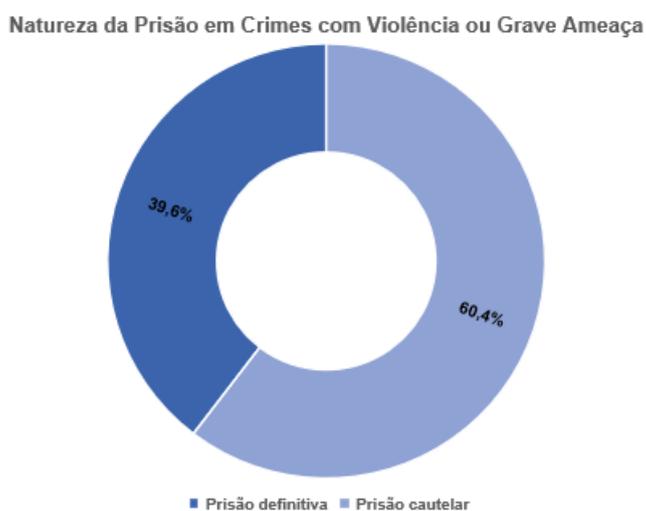
Gráfico 27 – Recorrência específica de crimes com violência ou grave ameaça



Fonte: elaborado pela autora

Na análise dessa categoria de delitos, fez-se também a separação entre processos em **prisão cautelar** e os feitos que cuidavam de **prisão decorrente de execução definitiva da reprimenda**. Os primeiros representaram 60,4% e os outros, 39,6%.

Gráfico 28 – Natureza da prisão em crimes com violência ou grave ameaça



Fonte: elaborado pela autora

3.2.2.1 Argumentos para conceder ou denegar – prisão provisória e prisão-pena

Vale pontuar que todas as **concessões de domiciliar** se deram em feitos de roubo, sendo um em concurso material com delito de homicídio. E nos 4 processos as respectivas rés estavam presas **cautelamente**, antes de proferida a sentença. As razões para o deferimento nesses casos deram-se em decorrência dos seguintes traços: a) comprovação de guarda e dependência dos filhos (presunção da indispensabilidade dos cuidados maternos); b) contenção da propagação do vírus; c) decreto originalmente inválido.

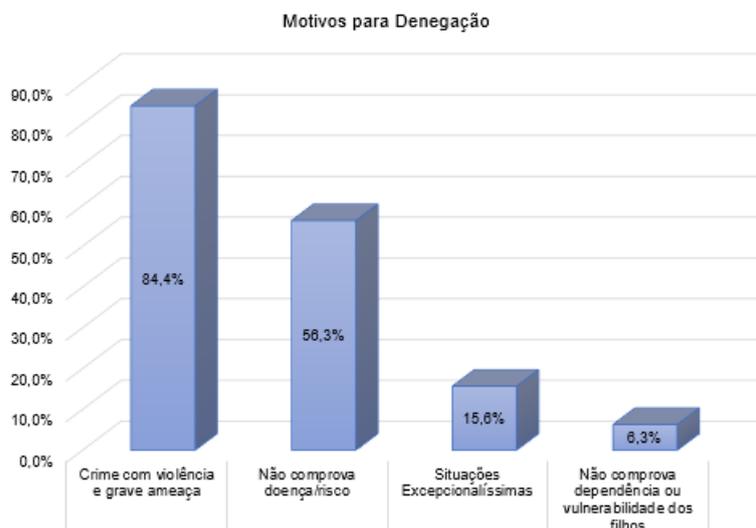
No feito em que a recorrente responde pelos delitos de **roubo e homicídio** (AgRg RHC nº 125.271/MG), o relator restabeleceu o benefício outrora concedido, pois o quadro fático motivador da negativa na origem não teria sido esclarecido nos autos, fazendo prevalecer as razões humanitárias despertadas pelo cenário pandêmico instalado no país. No HC nº 583.107/SP, a paciente, na verdade, foi beneficiada com a liberdade direta, porquanto inválido o decreto de constrição cautelar; vale dizer, as condições materna e pandêmica não foram sequer avaliadas. Já no RCH nº 139.133/GO, o relator concedeu a prisão domiciliar à acusada pelo crime de roubo, uma vez que ela, primária, comprovou ser a única provedora do lar e que o filho de 6 anos estava sob os cuidados da avó, que é idosa e estava doente. Por fim, no RHC nº 152.688/RS, em que a acusada responde pelos delitos de roubo e organização criminosa, o benefício foi deferido, tendo em vista a comprovação de dependência da prole, a questão pandêmica (contenção da propagação do vírus), além do fato de ela não haver praticado os atos de violência em si na empreitada criminosa (na organização voltada a prática de roubos, ela se apresentava às vítimas como suposta interessada nos veículos ofertados e as conduzia aos seus comparsas que, armados, promoviam os assaltos).

No tocante à apreciação dos motivos que levaram ao **indeferimento** do benefício, fez-se a divisão entre encarceramento cautelar e definitivo.

Nos feitos de **prisão cautelar** (com registro de apenas 1 em sentença), o motivo mais recorrente foi o fato de o delito ter se dado com violência ou grave ameaça (84,4%). Em segundo lugar, sobrevém a não comprovação da doença ou risco de contágio pelo coronavírus (56,3%). Em percentual mais reduzido aparecem as ditas situações excepcionalíssimas (15,6%) – reiteração delitiva e o fato de integrar

organização criminosa –, seguidas da não comprovação de dependência e vulnerabilidade dos filhos (6,3%).

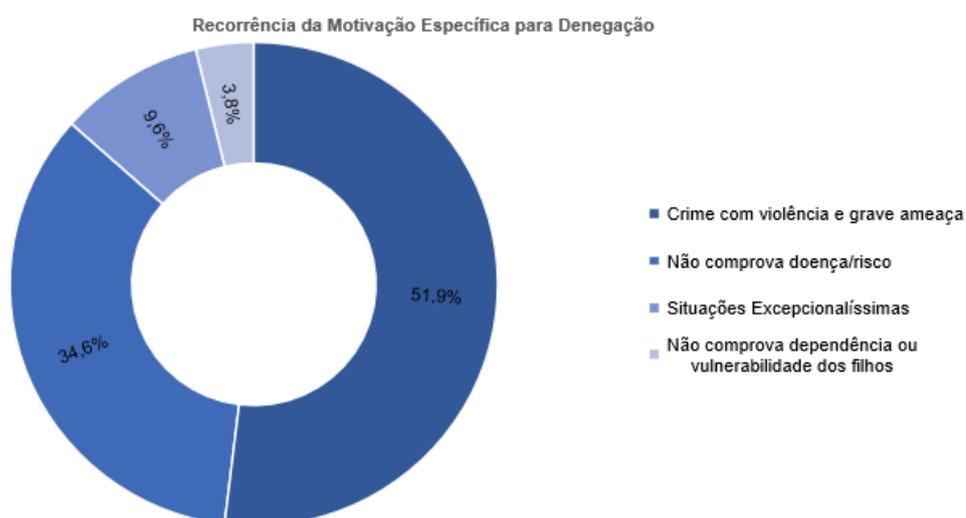
Gráfico 29 – Motivos para denegação



Fonte: elaborado pela autora

Assim como procedido na inspeção das “situações excepcionalíssimas” e nas espécies de crimes, tomaram-se as porcentagens relativas a cada motivo de denegação após reunidas entre si.

Gráfico 30 – Recorrência da motivação específica para denegação

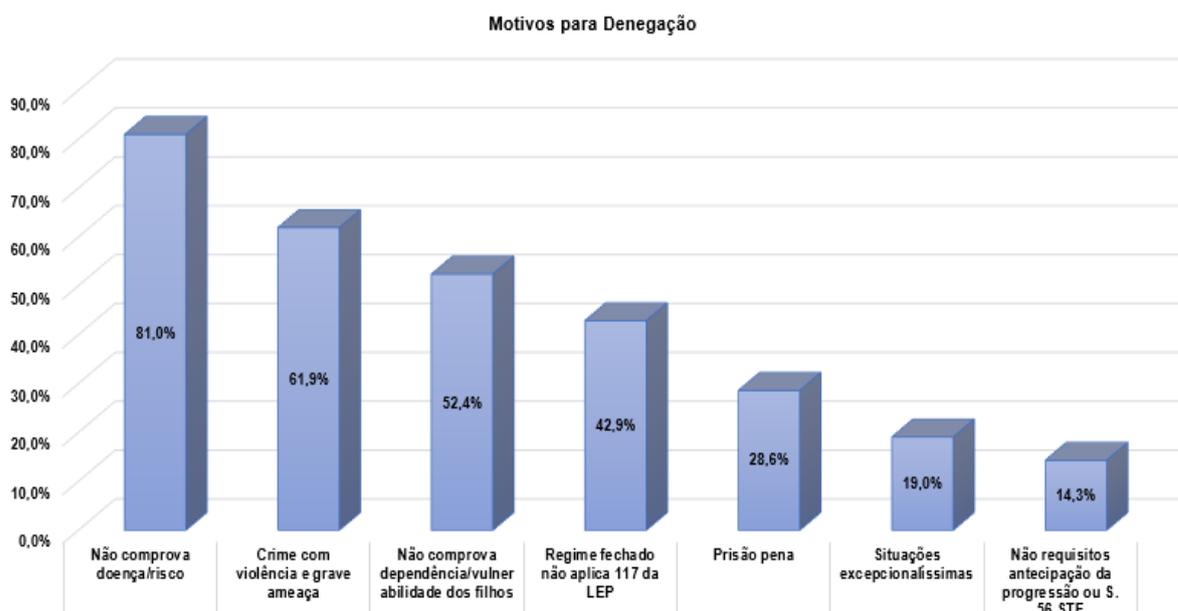


Fonte: elaborado pela autora

Sobressaem-se 4 casos dentro do conceito do **perfil desviante**, cujos detalhes e vistorias serão feitas na parte qualitativa.

No tocante aos processos em que a prisão domiciliar foi requerida em **execução de pena definitiva**, a primeira causa de **indeferimento** é a não comprovação de doença ou risco pandêmico (81%). Na sequência, tem-se a prática de delito com violência ou grave ameaça (61,9%), seguida da ausência de demonstração da dependência ou vulnerabilidade das/os filhas/os (52,4%). Como fundamento específico aos feitos de prisão-pena, aparece a não aplicação do art. 117 da LEP (42,9%); a mera circunstância de se tratar de prisão-pena surge com 28,6% e o não preenchimento dos requisitos para a antecipação da progressão de regime, nos termos da Súmula Vinculante nº 56 do STF, com 14,3%. Ainda que, em tese, não se aplique o disposto no art. 318-A do CPP (que regula a domiciliar em prisão cautelar apenas), haja vista as citações do dispositivo nos feitos de execução (10 casos), cumpre explicitar, com apenas 19%, a ocorrência de motivação classificada como situação excepcionalíssima, qual seja, a reiteração delitiva (paciente anteriormente condenada por delitos de roubo e extorsão mediante sequestro).

Gráfico 31 – Motivos para denegação



Fonte: elaborado pela autora

E, como efetuado com critérios anteriores, seguem adiante os percentuais da recorrência dos motivos específicos de denegação dentro da somatória entre eles.

Gráfico 32 – Recorrência da motivação específica para denegação



Fonte: elaborado pela autora

Registrou-se 1 caso qualificado com mãe de perfil desviante – esposa do líder do Comando Vermelho (CV) em Rondônia (HC nº 591.602/RO) – e computado 1 caso em que o indeferimento se deu, também, pela circunstância de a criança estar sob os cuidados da avó (AgRg HC nº 602.953/SC), além de alicerçados nos 3 motivos mais usuais.

No panorama das **negativas** nos feitos de execução, merece realce o processo no qual, a despeito da peculiaridade alegada pela defesa – paciente portadora do vírus HIV –, não houve êxito na obtenção do benefício (HC nº 614.029/SP). O relator entendeu não haver sido comprovada a dependência dos filhos, além de não incidir o art. 117 da LEP, prevalecendo o fato de o cumprimento de pena dar-se em regime fechado por crime com violência (roubo), ou seja, posto que haja feito menção aos preceitos da Recomendação nº 62/2020 do CNJ e a despeito do teor do inciso I do parágrafo único do art. 1º desse documento, a condição de soropositiva da solicitante restou preterida, especialmente porque as instâncias de origem afirmaram que

[...] ela recebe no interior da unidade prisional o tratamento de que necessita, vez que “vem sendo atendida pela equipe médica e de enfermagem nesta unidade prisional desde sua inclusão, com competência e comprometimento a fim de garantir um tratamento eficiente, do qual faz uso contínuo de terapia antirretroviral (Lamivudina+Zidovudina, Atazanavir e Dolutegravir), além de controle rigoroso através de exames laboratoriais, controle mensal de peso e

administração de vitamina B12, coleta de CD4 e Carga Viral. Realizou Papanicolau que apresentou resultado negativo para neoplasia”.²⁵⁷

Não foi feita a análise de processos de concessão do benefício em processos de prisão por cumprimento de pena definitiva, pois, conforme já explanado, os 4 casos de crimes com violência ou grave ameaça deram-se em hipóteses de prisão cautelar.

Por fim, registra-se que não houve ocorrência de caso em que a paciente/recorrente haja cometido o crime contra sua/seu própria/o filha/o.

²⁵⁷ Inteiro teor da decisão disponível em: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 614029/SP**. Impetrante: Lucas Henrique Beppu. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 22 de setembro de 2020e. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=115436487&num_registro=202002434325&data=20200922&tipo=0. Acesso em: 30 mar. 2023.

4 A ARGUMENTAÇÃO DO TRIBUNAL

As conclusões a seguir esboçadas tiveram como divisas essenciais os dados relativos aos perfis de concessão e denegação, à natureza dos crimes, às respectivas espécies, no contexto do tipo de prisão, aos motivos para deferimento e indeferimento, com o índice de citação dos vetores jurisprudenciais e normativos.

Com base nos critérios gerais extraídos, considerou-se baixo o índice de concessões (41,5%) de prisões domiciliares às mulheres aqui estudadas, tendo em vista a maioria estar em prisão cautelar (66,5%) e responder por delitos sem violência e grave ameaça (80,3%). Percebeu-se também insuficiente a menção expressa aos vetores legais (Recomendação nº 62/2020 do CNJ e art. 318-A do CPP) e jurisprudencial (HC coletivo nº 143.641/SP do STF), uma vez que a totalidade dos pedidos foram lastreados tanto no fato de a paciente/recorrente ser mãe de filho/a dependente ou gestante quanto no risco pandêmico.

No rol dos crimes sem violência, por se tratar do crime mais praticado, o **tráfico de drogas** foi tomado como o marco para traçar o perfil de atuação judicante do STJ sobre o tema. A esse respeito, frisa-se que o exame apenas dos números relativos ao delito de excelência da Lei nº 11.343/2006 não compromete as conclusões ora alcançadas, tendo em vista a recidiva dos demais em concurso material com o crime do art. 33 da referida lei. Conforme descrito no item 3.2.1, os delitos mais recorrentes (associação para o tráfico e delitos de armas) foram quase sempre cometidos em conjunto com o tráfico. Os demais crimes não apresentaram percentual de repetição significativo a ponto de exigir análise apartada.

Repassa-se o desdobramento feito no início do item 3.2.1.2, a fim de explicar que as conclusões a seguir foram baseadas tanto no exame dos dados relativos à generalidade dos casos de tráfico como naqueles separados pela natureza da prisão (preventiva e definitiva). A similaridade dos percentuais permite essa análise conjunta.

Reafirma-se pequena a taxa de concessões do benefício (51,5%) às mulheres que respondem pelo crime de tráfico de drogas, por se tratar de delito sem violência ou grave ameaça. Na inspeção apartada do universo das prisões cautelares e definitivas, o resultado foi de 64% e 21,4% de deferimentos, respectivamente, o que também se entende por baixos à luz dessas peculiaridades.

A corroborar a conclusão sobre a insuficiência de deferimentos em crimes dessa natureza, **o argumento mais utilizado para a concessão é exatamente o**

fato de se tratar de delito cometido sem violência e grave ameaça (89,6% no geral do tráfico; 89,5% dos casos de prisão cautelar; 88,9% de prisão-pena). Vale dizer, o STJ, muito embora reconheça este como argumento de excelência, inclusive para denegar nos casos dos delitos com violência (em obediência ao art. 318-A do CPP), ainda resiste na excepcionalidade da prisão preventiva (de maior recorrência), em razão das “situações excepcionalíssimas”, cuja problematização será feita posteriormente.

Neste momento, abre-se um breve hiato para antecipar a conclusão sobre a franca burocratização abraçada pelo STJ no exame do pleito de prisão domiciliar por essas mulheres. Realçam-se abaixo as respectivas quantidades e variedades de drogas em alguns feitos concessivos, a fim de mostrar que neles a paciente/recorrente, presa provisoriamente, poderia ter sido beneficiada tão somente com medidas cautelares diversas, sem a restrição da sua liberdade em domicílio, a exemplo de deferimentos a pacientes homens ou mulheres não mães, surpreendidos com quantidade, natureza e variedade similares de entorpecentes.

Antes, frisa-se que, para alcançar conclusão fiel sobre a autuação do STJ em relação a réus homens (genitores ou não), necessária seria outra pesquisa empírica, com a análise do mesmo número de julgados feita sobre pacientes mães, o que não foi feito. A comparação é ilustrativa e gera a percepção de que os pacientes homens, além de não serem perquiridos acerca da existência e relação com a prole, acabam sendo privilegiados com a concessão de cautelares diversas, sem prisão domiciliar²⁵⁸.

Vejam-se os julgados aqui investigados, de pacientes/recorrentes mães, todos com a concessão de prisão domiciliar com cautelares diversas: a) 23 g de cocaína, sem menção de reiteração delitiva (AgRg HC nº 574.847/PR); b) 361 g de crack, 185

²⁵⁸ Importante ressalva foi instada a ser feita, no que diz respeito à opção de citar casos em que pacientes homens figuram nos casos de concessão de cautelares diversas. Os números colhidos são, por si sós, suficientes para demonstrar as conclusões alcançadas pela pesquisa, mas os julgados colacionados de forma exemplificativa serviram como reforço de argumentação comparativa, pois narram situações fáticas análogas a diversos processos das pacientes mães. Os casos ilustrativos foram selecionados de forma direcionada a encontrar as tais circunstâncias similares para, a partir dos índices apresentados, ponderar que, caso se tratasse de uma mãe, a benesse não teria sido concedida, ou que ela poderia ter sido agraciada tão somente com medidas alternativas, livre da prisão domiciliar. Tampouco foi feita a investigação do perfil desses homens, que, a depender dos recortes de raça e classe, não se encontram em posição de privilégio em relação a determinadas mulheres mães. Todavia, fez-se a escolha por manter esses casos ilustrativos, para provocar a reflexão de que como os homens infratores em hipótese fática tão similar à de várias mães aqui investigadas (ou até mais gravosas), fora do período pandêmico, foram agraciados com medidas mais brandas (ausência da prisão domiciliar), sem nem sequer serem inquiridos sobre dano a eventual prole existente.

g de maconha, 417 g de cocaína, primária (HC nº 575.721/SP); c) 29 kg de maconha (HC nº 571.789/MS); d) 49 g de crack, petrechos e uma arma (HC nº 580.700/SE); e) 18 pedras de crack, não ostenta antecedentes criminais (HC nº 581.429/PE); f) 34 g de cocaína (RHC nº 125.158/RJ); g) 4 kg de maconha, primária (HC nº 587.790/RS); h) 1,3 kg de maconha e 2,5 kg de cocaína, primária (HC nº 588.223/SP); i) 2,1 kg de droga, primária (HC nº 590.659/RS); j) 987 g de maconha, primária (RHC nº 131.416/RS); k) 112 g de crack e 62 g de maconha, primária (HC nº 602.215/GO); l) 7 porções de maconha, reincidente (HC nº 602.690/RN); m) 8,85 g de cocaína (HC nº 557.737/SP); n) 65 kg de maconha, primária (RHC nº 133.245/MS); o) 300 g de cocaína, não ostenta antecedentes (HC 607.674/MA); p) 17,4 g de maconha, indicação de reiteração recente (RHC 132.587/AP); q) 23 g de cocaína, reiteração delitiva (HC nº 623.382/PR); e r) 4 kg de maconha, primária (HC nº 668.185/MG).

Antes que se diga a dificuldade em colocar a paciente/recorrente em liberdade e apenas com medidas cautelares diversas da prisão, é necessário rememorar alguns feitos em que paciente homens foram beneficiados tão somente com as cautelas alternativas, sem nenhum outro tipo de clausura.

O paciente do HC nº 705.371/SP foi beneficiado com a concessão de medidas cautelares diversas (com liberdade, sem prisão domiciliar), sendo que com ele foram apreendidos 1,8 kg de maconha, 890,9 g de haxixe, outros 5 microtubos de maconha, 25,2 g de tabaco, além de arma, munições, petrechos, anotações contábeis da traficância e R\$ 17.000,00.

Já o réu do HC nº 409.809/SP foi acusado de envolvimento do tráfico internacional de 321,11 kg de cocaína; era responsável no auxílio do encaixotamento, carregamento e armazenamento da droga em caixas do grupo criminoso que atuava no porto de Santos – SP. Por ser primário e comprovar trabalho lícito e fixo (carregador da área portuária), foi reconhecido como “mula”, entendendo-se que sua atuação era impessoal, descartável e quase “burocrática”. Assim, também foi agraciado com a liberdade e medidas constritivas alternativas. Não suficiente, a medida foi estendida a dois corréus em situação análoga à do ora paciente.

A servir de exemplo da conduta que poderia ter sido adotada com o pedido das mulheres mães (concessão apenas de cautelares diversas), citam-se outros feitos:

- a) réu preso em casa com 10 invólucros de cocaína (pouco mais de 13,75 g), após ser beneficiado com soltura em outro processo por tráfico e, posteriormente, condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão,

em regime semiaberto, negado o direito de apelar em liberdade (HC nº 520.898/MG);

- b) paciente apreendido com 50 g ou 60 g de maconha, com outro corréu e ainda com envolvimento de adolescentes (HC nº 517.759/SP);
- c) paciente acusado de roubo, grave ameaça com simulacro de arma de fogo e bens restituídos à vítima (HC nº 528.901/SP);
- d) paciente surpreendido com 2 g de crack, 11,3 g de cocaína, 37 g de maconha e 4 frascos de lança-perfume; variedade considerável de entorpecentes (HC nº 524.227/SP);
- e) paciente acusado de roubo com grave ameaça exercida com simulacro de arma de fogo (RHC nº 115.993/MG);
- f) acusado surpreendido com 39,29 g de cocaína e 24,7 g de maconha (HC nº 529.760/SP);
- g) paciente homem e mulher não mãe apreendidos com 160 pedras de crack (28 g), 27 buchas de cocaína (14 g), uma balança de precisão e R\$ 1.429,75 em espécie (RHC nº 117.091/RS);
- h) acusado surpreendido em sua residência com 20 g de maconha, 50 g de cocaína e uma balança de precisão (HC nº 531.112/SC);
- i) agente preso com 38 *ependorfs* de cocaína (36,3 g) e 23 porções de maconha (7,23 g), além de quantia em dinheiro, mas não envolvido com organização criminosa (HC nº 530.524/SP);
- j) paciente acusado de praticar roubo majorado com emprego de violência contra a vítima (HC nº 502.028/SP);
- k) réu de delito de roubo, grave ameaça exercida com simulacro de arma de fogo e emprego de violência real (HC nº 515.914/SP);
- l) paciente acusado de homicídio qualificado, que, inclusive, descumpriu regra de monitoramento (HC nº 518.800/MA);
- m) paciente acusado de lesão corporal e ameaça, em contexto de violência doméstica, havendo inclusive reiterado (HC nº 350.295/SP).²⁵⁹

Questiona-se o motivo pelo qual mães recebem cautela adicional, a prisão domiciliar, além de providências cautelares alternativas, enquanto homens acusados inclusive de crimes com violência, em situações análogas, e antes do período

²⁵⁹ Decisões coletadas por meio de pesquisa de jurisprudência no site do Superior Tribunal de Justiça. Cf. <https://processo.stj.jus.br/SCON/>.

pandêmico, suportaram tão somente as medidas diversas. A burocratização²⁶⁰ do ato jurisdicional – aplicação cega do arcabouço legal e jurisprudencial – aliada à ideia da maternidade desviante engessam, de forma seletiva, a possibilidade de concessão da ordem de forma ainda mais vantajosa, como operada nos exemplos de processos de pacientes/recorrentes homens. As explanações subsequentes minuciam como essa seletividade é operada, de modo a gerar essa assimetria quando a postulante é uma mãe.

Sem olvidar da combinação de fundamentos para o pedido da prisão domiciliar – risco pandêmico e maternidade –, no exame da generalidade dos casos de tráfico, apareceu como **motivo mais recorrente para a denegação a falta de comprovação de ser a paciente/recorrente portadora do vírus ou de qualquer outra doença preexistente, que a colocaria em risco mais acentuado se contraísse covid-19**. Em 71,4% dos processos, o STJ entendeu não haver risco de propagação do vírus, considerando estar preservada a saúde dessas mulheres em meio à maior crise sanitária da atualidade. Especificamente sobre as prisões preventivas e definitivas no tráfico, este aparece como o segundo argumento para rechaçar o benefício: 68,8% e 69,7%, respectivamente. Os índices são altos e incompatíveis com o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional dos presídios brasileiros.

Na maior parte dos casos concretos, não se percebeu uma preocupação em investigar a real situação de saúde da paciente, tampouco as condições disponíveis nos respectivos estabelecimentos prisionais para o tratamento de eventual propagação do vírus. É certo que muitas das informações prestadas pelos juízes das execuções esclareciam as medidas adotadas para a contenção de transmissão da doença, respostas que se mostravam como padrão, não se constatando incursões mais aprofundadas na real conjuntura do local ou da saúde da mãe ou gestante, como se percebeu em casos isolados de pacientes que também pugnaram pela soltura

²⁶⁰ O uso do termo burocratização foi questionado para o comportamento da Corte. Criticou-se se não estaria sendo aplicada a expressão para indicar proceder contrário. Porém foi explicado que não há nada mais burocrático do que se fazer um raio-x de uma mulher no seu atuar materno. Mostrou-se que o STJ, ao deparar-se com um processo de dessa natureza, nada mais faz que bater o carimbo “mãe”, para, a partir dessa qualificação, avaliar o direito da paciente com o olhar estigmatizante do desvio no comportamento materno. Foi sugerida a substituição pela expressão “automatização”, mas insiste-se no termo burocratização, pois este implica a exigência de critérios e preenchimento de requisitos, que as mães infratoras, aos olhos dos julgadores, não têm. Sim, os ministros do STJ, automaticamente, exigem que as mães criminosas atendam a especificidades não colidentes com o ato de maternar, mas aquele estereotipado. A burocracia atrai prejuízo, conforme bem explicitado ao longo do trabalho.

diante do risco de infecção pelo SarsCov-2 e debilidade prévia no estado de saúde, como se verá a seguir com a ilustração de um caso decidido monocraticamente.

Malgrado o estado de coisas inconstitucionais reconhecido pela Suprema Corte pátria, o que se identificou foi eventual seletividade nas decisões do STJ na cautela de investigar as condições específicas de saúde de cada mulher solicitante, bem como do presídio em que elas se encontravam. Essa dedução não é fruto de pesquisa equivalente sobre pedidos de prisão domiciliar a pacientes homens, mas encontra embasamento suficiente na existência de *decisum* como o exarado nos autos do HC nº 568.214/DF²⁶¹. Nesse processo, o paciente, empresário, ex-senador da República e ex-deputado distrital Luiz Estevão de Oliveira Neto foi agraciado com a concessão da medida de urgência – em *habeas corpus* impetrado contra decisão de desembargador da origem que indeferiu a liminar –, a fim de que lhe fosse permitida a substituição da prisão por domiciliar, temporariamente, até que se alcançasse diagnóstico sobre sua saúde e até que a juíza das execuções analisasse, com base em relatório médico, os riscos à sua saúde ou de disseminação do vírus, diante das peculiaridades. Para tanto, com o recorrente brilhantismo e acerto, o ministro Rogerio Schietti ponderou o seguinte:

Sob todos os ângulos que observo, noto que a Juíza das Execuções adotou, de forma proativa, as medidas pertinentes para evitar e minimizar o contágio do vírus.

Assim, a análise que aqui faço não é de legalidade, mas de cautela e de prevenção. O paciente está em unidade prisional com superlotação reconhecida pela magistrada singular (fl. 49) e é acompanhado com atípico cuidado, público e privado, durante o resgate de suas penas. Nota-se que todos os seus exames e pleitos, inclusive na área de alimentação, foram atendidos pelo Juízo da VEC. Até mesmo aparelho para sono lhe foi permitido usar na unidade em que estava custodiado.

No entanto, não posso desconsiderar que a defesa do paciente noticia que ele faz parte do grupo de maior vulnerabilidade. É idoso e mesmo com sua alocação com presos acima de 60 anos, separado dos demais internos, apresenta problemas momentâneos de saúde. Existe atestado emitido por médico particular, relatando que o apenado está "com quadro de tosse seca há 3 dias e desde ontem [20/3/2020] apresentou febre de 38,5 graus" (fl. 56). Decerto que a percepção judicial reflete uma outra percepção:

Quanto à situação específica dos presentes autos, embora o sentenciado tenha 70 anos de idade e seja considerado idoso para os fins legais, não há nos autos comprovação de que possua qualquer comorbidade apta a potencializar o desenvolvimento da enfermidade COVID-19, ao contrário, o que se verifica, ao menos à primeira vista, que se trata de homem saudável

²⁶¹ Inteiro teor da decisão disponível em: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 568.214/DF**. Impetrante: Thiago Lobo Fleury e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 23 de março de 2020f. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=107941231&tipo_documento=documento&num_registro=202000731710&data=20200325&formato=PDF. Acesso em: 21 abr. 2023.

e que não aparenta a idade biológica, não obstante necessite de todos os cuidados que devem ter todas as demais pessoas. Dessa forma, sua vulnerabilidade não difere daquela inerentes aos demais internos idosos alocados em estabelecimentos prisionais do DF, os quais são foco de medidas específicas de prevenção, conforme estabeleci nos autos do procedimento nº 0401846-72.2020.8.07.0015, bem como do direito à remição ficta pela interrupção do trabalho externo. (ID 15163719).

Tal decisão, todavia, foi tomada antes da constatação e certificação, por atestado médico (de livre escolha do paciente, saliento), de possível quadro infeccioso, que levou o profissional da saúde a solicitar o seu isolamento até que se colha o resultado do exame para Sars-CoV-2.

Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal entendeu, pela em. Desembargadora-Relatora do writ ali impetrado, que: "tendo em vista que ele [o paciente] se encontra recolhido na própria residência, determino que o encaminhamento dos autos para a Vara de Execuções Penais, com urgência, a fim de a Magistrada manifestar-se sobre o laudo médico" (fl. 26).

Esse quadro de incerteza, mas preocupante, exige prudência, porque se, de um lado, quem deve, de fato, melhor aferir as condições não somente pessoais do apenado quanto às condições objetivas de sua custódia no sistema penitenciário é, em princípio, o juízo da execução penal, não se pode, de outro lado, correr o risco de que, por um retorno prematuro ao estabelecimento prisional, se potencializem riscos à saúde do paciente que aparentemente ostenta sinais de doença altamente contagiosa, responsável, no momento em que esta minuta é elaborada, por 34 mortes e 1.891 casos notificados.

Com efeito, os autos informam que o interno apresenta quadro suspeito de coronavírus, faz "tratamento para controle da glicose" (fl. 77) e possui "placas nas artérias e hiperuricemia" (fl. 89), considero recomendável sua colocação em prisão domiciliar temporária, ao menos até que a Juíza da VEC se manifeste sobre o atestado médico e sobre sua situação atual. Por sua vez, em que pesem todos os cuidados que a douta magistrada da Vara de Execuções Penais adotou - conforme bem detalhado nos autos -, não há como negar que em um estabelecimento prisional terá o paciente contato com pessoas e objetos que, certamente, o exporão a maior risco de vida do que se isolado em sua própria residência, risco que se estende aos demais internos e funcionários que lá trabalham.

Considero, portanto, recomendável sua colocação em prisão domiciliar temporária, ou seja, em caráter precário, até que seja ele definitivamente diagnosticado quanto à, até agora, suspeita de contaminação pelo novo coronavírus e até que a Juíza da VEC e o Tribunal de Justiça se manifestem sobre a situação atual do paciente e seu pedido para que, nos termos da Resolução nº 62-CNJ, possa continuar a cumprir o regime semiaberto sem ter de retornar, para pernoite, ao estabelecimento prisional.

Rememoro que o postulante cumpre pena há anos e já exercia trabalho externo regularmente. Portanto, tinha contato social extramuros e não há notícias de intercorrências disciplinares enquanto esteve em liberdade. Considero pertinente o isolamento rápido, medida que protegerá os demais internos do grupo de vulneráveis, bem como permitirá que os recursos públicos sejam melhor destinados àqueles que não têm plano de saúde ou condições econômicas de arcar com despesas médicas.²⁶²

Posteriormente, foram requeridas as seguintes diligências:

Assim, determino à Coordenadoria que:

a) solicite informações ao Desembargador do TJDF, para que esclareça, objetivamente, se ocorreu o julgamento do habeas corpus originário;

²⁶² BRASIL, 2020f, p. 4-7.

b) solicite informações complementares à Juíza das Execuções, a fim de que especifique se depois do resultado negativo do teste do coronavírus a situação do apenado em regime semiaberto foi reexaminada e se foi concedida a ele, por título diverso da liminar, a prisão domiciliar;

c) encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal, para manifestação nos autos.

Doravante, documentos não protocolados pelos advogados não deverão ser registrados como petição nos autos deste habeas corpus.²⁶³

Após menção de tumulto processual, ao final, o feito foi julgado prejudicado, pois a decisão monocrática do desembargador na origem foi substituída por julgado do colegiado e porque

[...] o paciente permaneceu em sua residência até o resultado negativo do teste do novo coronavírus e, portanto, foi resguardada a sua saúde e a dos demais internos, sem risco de dano irreversível enquanto aguardava o diagnóstico e a jurisdição do Tribunal de Justiça a quo. Não persiste, nos dias atuais, a situação urgente que justificou a intervenção desta Corte Superior.²⁶⁴

Ainda, a defesa pugnou pela desistência do processo.

Não se está a ignorar os casos em que foram concedidas prisões domiciliares a mães e gestantes, com base no risco de propagação do vírus e contração da doença. Isso ocorreu em 23,9% dos crimes sem violência em geral, em 21,1% dos casos de crimes sem violência nas prisões cautelares e em 33,3% das situações de prisão-pena. No entanto, esses percentuais foram coletados do universo das concessões que, especificamente em relação às mulheres em cumprimento de pena definitiva, como o paciente ilustrado, só representaram 21,4%.

A despeito das diferenças dos delitos cometidos entre o réu do caso anteriormente transcrito e as pacientes em análise, bem como das particularidades sanitárias de cada estabelecimento prisional e da saúde da paciente no ato da impetração do respectivo *writ*, o que se percebe é que o STJ não dispensou o criterioso cuidado contido na exímia decisão, e posteriores despachos, exarada pelo ministro Rogério Schietti, na generalidade dos julgados sobre essas mulheres mães e gestantes.

Tivesse a Corte Superior se dedicado a colher minuciosas informações sobre cada presa, no contexto do respectivo presídio em que se encontra, acredita-se que os índices de soltura seriam maiores dos que os acima relatados. O paciente do caso paradigma estava recolhido no Complexo Penitenciário da Papuda, de médio porte,

²⁶³ BRASIL, 2020f.

²⁶⁴ *Ibid.*

cuja estrutura foi classificada como “regular”, nos termos do Relatório Mensal do Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais (CNIEP)²⁶⁵. O apenado recebeu tratamento humanizado, consistente na devida investigação da sua situação de saúde, especialmente em virtude de sua idade, já considerada mais avançada (70 anos, à época). A conduta adotada pelo ministro Rogerio Schietti, todavia, não apareceu em nenhum dos processos investigados, cujas pacientes/recorrentes eventualmente alegaram a situação pandêmica ou o apontamento de comorbidade prévia. É certo que, nos feitos aqui investigados, informações foram solicitadas e recomendações de medidas de prevenção de propagação do vírus foram feitas, mas não com a minúcia e o cuidado explicitados no feito colacionado.

A ausência de demonstração de dependência ou de vulnerabilidade das/os filhas/os surgiu como o segundo argumento geral para a denegação da benesse, no percentual de 57,1%. Na perquirição particular das prisões cautelares, esse foi o terceiro motivo (37,5%) e, nos feitos de execução de pena definitiva, o primeiro (75,8%). Revelam-se altos os percentuais, diante da problemática em torno da apuração de comprovação, por parte das mães, da imprescindibilidade dos cuidados maternos para com as crianças menores de 12 anos. Essa exigência não está em conformidade com os parâmetros estabelecidos pelo STF, tampouco com o arcabouço legal pertinente. Conforme mencionado também no item 2.2 deste trabalho, a Suprema Corte entendeu pela desnecessidade de comprovação de poder familiar e sim pela presunção de indispensabilidade dos cuidados da mãe com a sua prole, além da credibilidade à palavra da mulher. O ônus de produzir prova apta a impedir a concessão do benefício deve ser do Estado. Sem embargo,

As decisões costumam impor o ônus da prova à própria gestante ou puérpera e obstaculizam o exercício do direito de defesa. Com isso, os magistrados que seguem essa linha de pensamento deliberadamente ignoram que as mulheres geralmente submetidas a esse tipo de processo são hipossuficientes, sem instrução ou condições de contratar defensor. Elas são envolvidas em processos que caminham de forma rasa e burocrática, desaguando em decisões que ferem o princípio da dignidade da pessoa humana. Isso a ponto de, como dito, virem magistrados ao abuso de exigir dessas mulheres que comprovem ser imprescindíveis ao desenvolvimento do filho.²⁶⁶

²⁶⁵ CNJ. Geopresídios: Dados das inspeções nos estabelecimentos penais. **CNJ**, Brasília, DF, c2023. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/gera_relatorio.php?tipo_escolha=comarca&opcao_escolhida=14&tipoVisao=estabelecimento. Acesso em: 19 abr. 2023.

²⁶⁶ CARNELÓS, Guilherme Ziliani; DELLOSO, Ana Fernanda Ayres; TURBIANI, Gustavo de Castro. O direito a uma mudança de olhar. *In*: INSTITUTO ALANA; COLETIVO DE ADVOGACIA EM

Não foi diferente o que aqui se constatou: a negativa da prisão domiciliar sob a mera alegação de não comprovação da dependência (desnecessidade da mãe nos cuidados da prole) ou da vulnerabilidade das/os filhas/os, em relação às genitoras encarceradas. Outra classificação eleita para destaque, que guarda relação íntima com a assertiva da prescindibilidade da presença da mãe nos cuidados de suas crias, foi o fato de a criança estar sob os cuidados de outra pessoa da família, em regra uma mulher, ou do respectivo genitor. Esses fundamentos apareceram em 10 casos gerais e em 6 nas prisões cautelares e 2 nas definitivas, estes a seguir ilustrados:

- a) AgRg RHC nº 128.660/SP²⁶⁷: a ré estrangeira, natural da Geórgia, acusada de tráfico internacional de drogas, teve a domiciliar negada porque não reside em território brasileiro, além de não ostentar “a condição de única responsável pelos cuidados dos filhos menores, uma vez que afirmou que o pai, seu ex-marido, é quem cuida das crianças em Tbilissi na Geórgia, afastando a premissa de ‘separação dos filhos’ pela prisão preventiva”^{268, 269};
- b) AgRg HC nº 633.474/SP: o relator afirmou que a paciente “não apresentou provas do grau de dependência entre ela e os filhos, os quais, segundo a agravante, são cuidados por sua irmã”²⁷⁰;

DIREITOS HUMANOS. **Pela liberdade**: a história do habeas corpus coletivo para mães e crianças. São Paulo: Instituto Alana, 2019. p. 90.

²⁶⁷ Inteiro teor do acórdão no AgRg RHC nº 128.660 disponível em: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus nº 128.660/SP**. Agravante: N K. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5 de agosto de 2020g. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001398796&dt_publicacao=24/08/2020. Acesso em: 31 mar. 2023.

²⁶⁸ BRASIL, 2020g, p. 2.

²⁶⁹ Para rebater o argumento da incompatibilidade da prisão domiciliar às mulheres que deixam seus filhos no país de origem, para se arriscarem no tráfico internacional de drogas, Costa, Nolan e Balbuglio lembram que essas mães conheciam o objetivo da viagem e são motivadas justamente por questões financeiras e sociais que intensificam situações de vulnerabilidade. Assim sendo, destacam que “a perspectiva predominante nos tribunais brasileiros em relação ao crime de tráfico de drogas cria um empecilho para a efetivação das garantias que militam em favor das mulheres em geral, sejam migrantes ou nacionais.” (COSTA, Carolina Vieira da; NOLAN, Michael Mary; BALBUGLIO, Viviane. *Prisão domiciliar para quem não tem casa: a situação das mulheres migrantes em conflito com a lei no Brasil*. In: INSTITUTO ALANA; COLETIVO DE ADVOACIA EM DIREITOS HUMANOS. **Pela liberdade**: a história do habeas corpus coletivo para mães e crianças. São Paulo: Instituto Alana, 2019. p. 82.).

²⁷⁰ Inteiro teor da decisão no AgRg HC nº 633.474: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus nº 633.474/SP**. Agravante: Camila Gabriela dos Santos (Preso). Agravado: Ministério Público Federal, Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. João Otávio de Noronha, 1º de março de 2021b. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202003349890&dt_publicacao=09/04/2021. Acesso em: 31 mar. 2023.

- c) RHC nº 126.862/CE: além de mencionar o que se entendeu por grande quantidade de droga apreendida (1 kg de pasta-base de cocaína) e o fato de os filhos estarem junto à mãe no veículo em que foi surpreendida, o relator pontuou que “os filhos menores da recorrente não estão desamparados, pois, como salientado pelo Tribunal de Justiça do Ceará, encontram-se sob os cuidados da avó, com quem já residiam antes da prisão”²⁷¹;
- d) HC nº 677.471/SP: à paciente flagrada com 18,37 g de cocaína foi indeferida a prisão domiciliar também porque, segundo o relator, “não há provas ou elementos pré-constituídos que demonstrem ser ela a única provedora de seu bem-estar”²⁷², diante da menção feita pelo Tribunal *a quo* de que as crianças estavam sob os cuidados da avó materna;
- e) HC nº 700.438/RN: a acusada, já condenada, não obteve o benefício, porquanto, segundo o juízo de primeiro grau, citado pelo relator, “conquanto tenha filho menor de 12 (doze) anos de idade, também não comprovou que o menor, imprescindivelmente, necessita de seus cuidados, não sendo a presença da executada indispensável à sobrevivência da criança, que vive sob a responsabilidade da Sra. Dayana Camilo Sousa da Silva, irmã do menor”²⁷³;
- f) HC nº 653.084/SP: a apenada não foi contemplada com o benefício da prisão domiciliar, uma vez que “além da grande quantidade de droga

²⁷¹ Inteiro teor do acórdão no RHC nº 126.862/CE: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 126.862/CE**. Recorrente: Lidiane Saboia de Aguiar (Preso). Recorrido: Ministério Público do Estado do Ceará. Relator: Min. João Otávio de Noronha, 9 de setembro de 2020h. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001105909&dt_publicacao=17/06/2021. Acesso em: 31 mar. 2023.

²⁷² Inteiro teor da decisão no HC nº 677.471/SP: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 677.471/SP**. Impetrante: Laerte Jose Moreira de Oliveira. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. João Otávio de Noronha, 7 de setembro de 2021c. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=136247553&num_registro=202102038908&data=20210927&tipo=0. Acesso em: 31 mar. 2023.

²⁷³ Inteiro teor da decisão no HC nº 700.438/RN: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 700.438/RN**. Impetrante: Marcio Jose Maia de Lima. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 16 de outubro de 2021d. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=137792553&num_registro=202103312869&data=20211019&tipo=0. Acesso em: 31 mar. 2023.

apreendida, não era a paciente a única responsável pelos menores”²⁷⁴ – consigna-se que foram coletados 143 kg de maconha e que o responsável pelos menores era seu irmão maior;

- g) HC 589.442/SP: além de salientar que a paciente cumpria pena em regime fechado, o relator assinalou que ela “é mãe de uma criança de 8 (oito) anos de idade” e que “a defesa não se desincumbiu de demonstrar a situação de vulnerabilidade do menor, tendo o juízo *a quo*, ao indeferir o pedido, consignado que ele estaria sob o cuidado de familiares”²⁷⁵;
- h) RHC nº 151.585/ES: o indeferimento deu-se em virtude de o filho estar sob os cuidados paternos, além de não ser “possível concluir sobre o atual quadro clínico do menor”²⁷⁶, muito embora a defesa tenha alegado que ele possui graves problemas de saúde (internado à época com desconforto respiratório e pneumonia atípica e crise aguda de asma em 2013) a tornarem imprescindíveis os cuidados maternos.

Eles mostram eventual ausência de legitimidade da mulher que busca o benefício da prisão domiciliar com base no exercício da maternidade, uma vez que já estava alijada do convívio com a prole. Melhor dizendo, se a mulher informa, em sede policial, que a criança estava, obviamente, sendo vigiada por outrem, assume-se que essa/e filha/o está suficientemente acolhida/o por esse terceiro ou, simplesmente, infere-se que a criança já não mais depende dela, diante do considerável tempo pelo qual está encarcerada²⁷⁷. Nos demais feitos, os julgados incorreram na vedada

²⁷⁴ Inteiro teor da decisão no HC nº 653.084: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 653.084/SP**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 24 de março de 2021e. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=123548922&num_registro=202100808373&data=20210324&tipo=0. Acesso em: 31 mar. 2023.

²⁷⁵ Inteiro teor da decisão HC nº 589.442: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 589.442/SP**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 22 de junho de 2020i. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=111516509&num_registro=202001436870&data=20200624&tipo=0. Acesso em: 31 mar. 2023.

²⁷⁶ Inteiro teor da decisão no RHC nº 151.585: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 151.585/ES**. Recorrente: Regina Lucia Xavier (preso). Recorrido: Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Relator: Min. Olindo Menezes, 1º de outubro de 2021f. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=136213089&num_registro=202102508351&data=20211001&tipo=0. Acesso em: 31 mar. 2023.

²⁷⁷ JUNQUEIRA; GALISTEU, 2022, p. 21-22.

inversão do ônus dessa prova, desacompanhada de motivação concreta e idônea para tanto.

Ocorre que a prisão domiciliar é negada, quase à unanimidade, a homens que comprovam possuir filhos e que alegam a dependência de sua subsistência a eles, sob o argumento predominante de que suas/seus filhas/filhos têm mães, denotando-se, aí, sim, a presunção de que são imprescindíveis às crianças e de que com elas estão. Para o julgador, o filho é da mãe quando lhe convém. Apesar do aparente reforço de estereótipo de gênero sobre o qual podem recair as conclusões aqui externadas (dever de cuidado exclusivo da mãe, impedindo-a de deixar o posto central na reprodução social), ressalta-se que a doutrina e as pesquisas aqui referenciadas, em maioria massiva, balizam a indispensabilidade da mãe na socialização infantil, a violência e punição de uma criança retirada do seu convívio e a impossibilidade de garantir os direitos da prole sem assegurar os direitos da mulher²⁷⁸.

O dilema, no entanto, é falso. O cerne do problema é a seletividade da imprescindibilidade da mulher nos cuidados com as/os filhas/os. Apesar de haver, efetivamente, a existência de terceira pessoa apta aos cuidados desses infantes, questiona-se a seletividade no reconhecimento do protagonismo dessas mulheres quando dizem que são indispensáveis às suas crias. A palavra da paciente é colocada em xeque²⁷⁹ – a teor das diversas decisões que denegaram o pedido, sob mero argumento de não comprovação da necessidade de estarem com suas crianças, sem a devida investigação do convívio – e presume-se a incapacidade dessa mulher para o exercício da maternidade pelo mero fato de ela ter cometido um crime.

Por outro lado, a inspeção sobre a qualidade de como se cuida dos filhos tem sido feita, exclusivamente, às mulheres que se declaram mães, e o art. 318-A do CPP tem sido, muitas vezes, em casos tidos como limítrofes, usado para encarcerar e não para conceder a substituição devida. Em muitos casos, ousa-se afirmar, não fossem mães ou fossem homens, teriam até mesmo a liberdade direta concedida, devido ao mero não preenchimento dos requisitos do art. 312 do CPP.

Percebeu-se, então, que o tribunal que busca consolidar entendimento no sentido da presunção da imprescindibilidade de cuidados da mãe na vida da criança é o mesmo a legitimar a denegação do pleito na ausência de convivência prévia, muitas das vezes em decorrência do seu encarceramento. Seletiva e

²⁷⁸ SOUZA; DANTAS; PERISSÉ, 2019, p. 42-44.

²⁷⁹ INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA, 2019, p. 28.

convenientemente, ainda a enxergam como desviante e lhes retiram o direito de exercício da maternidade, ao argumento de que o convívio da mãe tida como perigosa, agora, colocará as crias em risco. Justificam, assim, o “melhor interesse da criança” na manutenção da genitora no cárcere. Presumem que o mais adequado para o infante é o seu afastamento da própria mãe, em explícita contrariedade à legislação e à jurisprudência vigentes. O obstinado foco no dito “melhor interesse da criança” – como bem observado nos julgamentos dos HC nº 527.500/SP, RHC nº 113.778/RS e RHC nº 113.897/BA, afetados à Terceira Seção do STJ, detalhados no item 2.3 deste trabalho – denota a concepção de que a mulher não merece ter seus direitos assegurados, além de que sua atuação como mãe, por presunção, não seria boa o bastante.²⁸⁰

Vê-se o explícito pensamento patriarcal e punitivista da incompatibilidade entre os papéis de mãe e de criminosa, de modo que esse estereótipo sentença à deslegitimação da maternidade dessas mulheres, como se a transgressão ao papel social feminino imposto fizesse presumir a desnecessidade da mãe.²⁸¹

Retomando as digressões feitas no capítulo 2 desta obra, especificamente nos itens 2.1 e 2.2, nota-se que as “**situações excepcionalíssimas**” revelam a resistência do STJ em ainda enxergar como pleno o direito das mães e gestantes à soltura ou à prisão domiciliar, em virtude, principalmente, do que aqui se entende por maternidade desviante. **Essa fundamentação é a terceira nos casos gerais de tráfico** (54%), a primeira nas prisões cautelares (93,8%) e a quarta nas constrições definitivas (21,2%).

Em resumo das considerações tecidas no item 2.2, o relator do HC coletivo nº 143.641/SP elencou as seguintes situações que, exemplificativamente, não deveriam integrar o rol das ditas “excepcionalíssimas”: a) mulheres condenadas não definitivamente (execução provisória); b) flagradas tentando entrar com entorpecentes em presídio; c) prática do tráfico na própria residência; d) consumidoras de drogas; e) a gravidade abstrata da traficância; f) quantidade e variedade de drogas apreendidas em poder da acusada; e g) convívio com traficantes. Também vale lembrar que, por ocasião do julgamento do AgRg RCL nº 32.579/PR, o STF entendeu que a reincidência não constitui óbice para a concessão da prisão domiciliar.

²⁸⁰ JUNQUEIRA; GALIESTEUI, 2022, p. 23.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 22-24.

Entretanto, acharam-se nesta categoria de motivação indeferitória: a) tráfico na residência e/ou na presença dos filhos (33,3%); b) grande quantidade de droga (22,2%); c) reiteração delitiva (11,1%); d) integração a organização criminosa (7,9%); e) sem residência fixa (4,8%) e f) tráfico internacional (1,6%).

Esses números permitem afirmar, especialmente no que diz respeito aos pedidos de substituição de prisão preventiva, que a discricionariedade admitida pelo STF, ao não estabelecer limites para as “situações excepcionalíssimas”, permitiu que a exceção se tornasse regra, inclusive no âmbito do STJ. Desse modo, a despeito de se considerarem as particularidades de cada caso concreto, observa-se o emprego da excepcionalidade prevista no acórdão do HC coletivo nº 143.641/SP como mandamento, com criação constante de novos requisitos para o indeferimento da benesse, além dos mais usuais anteriormente referidos.

Dentro dessa perspectiva, conforme bem pontua Nunes:

Levando-se em consideração que o sistema punitivo não opera apenas formalmente, o sistema informal de criminalização – igreja, escolas, família – também é responsável por criar comportamentos regrados que podem ser recebidos formalmente no sistema jurídico ou servirem como discursividade para embasar entendimentos jurisprudências. É o que ocorre na categoria da maternidade que foi concebida, como já visto, dentro da lógica do determinismo biológico derivado da divisão sexual do trabalho, mas também por outros meios de estigmatização e seletividade dentre os quais se encontra o pensamento criminológico positivista.²⁸²

São justificativas que apontam o que aqui se entende por maternidade desviante. Vale dizer, são razões que potencializam a situação excepcionalíssima uma vez apresentada, a qual mais se relaciona a “um julgamento moral – e não jurídico – sobre a performance de mãe da mulher encarcerada no sentido de aferir se há o cumprimento dos deveres maternos socialmente atribuídos a ela”.²⁸³

Dentro desse universo, entende-se como argumento de excelência o fato de a mulher mãe ou gestante cometer a **traficância dentro da própria residência, eventualmente na presença das/os filhas/os**. Por se tratar do argumento de excelência no rol das “situações excepcionalíssimas”, cumpre recordar o esclarecimento feito pelo ministro Ricardo Lewandowski, relator do HC nº 143.641/SP:

[...] não configura situação excepcionalíssima, apta a evitar a concessão da ordem no caso concreto, o fato de o flagrante ter sido realizado pela suposta prática de tráfico de entorpecentes na residência da presa, porque não é justo

²⁸² NUNES, 2020, p. 50.

²⁸³ *Ibid.*, p. 48-49.

nem legítimo penalizar a presa e aos que dela dependem por eventual deficiência na capacidade de fiscalização das forças de segurança. Efetivamente, a suspeita de que a presa poderá voltar a traficar caso retorne à sua residência não tem fundamento legal e tampouco pode servir de escusa para deixar de aplicar a legislação vigente, que protege a dignidade da mulher e da sua prole.²⁸⁴

O pensamento presume a mácula da condição de mãe, que abandona esse papel (determinado biologicamente) e deixa os filhos expostos a perigos decorrentes do exercício de atribuições inadequadas à maternidade. É a “tendência de criminalização da mulher não apenas pela prática tipificada como crime no Código Penal, mas também em razão de uma maternidade que desvia do padrão do dever-ser materno”.²⁸⁵

Os percentuais de incidência do argumento da traficância na residência – 33,3% na generalidade das prisões; 56,3% nas prisões cautelares; 38,3% e 42,9% na análise específica do rol de “situações excepcionálíssimas”, respectivamente de prisão preventiva e definitiva – revelam o manifesto desprezo do STJ pela decisão do STF que explicitou que a traficância em casa não entra no rol dessas excepcionalidades. Para além disso, demonstra que o STJ ignora o fato de que a mulher que ingressa no comércio varejista de drogas na própria residência o faz exatamente para poder se dedicar aos cuidados da prole – como consignado no item 2.2, um dos motivos pelos quais essas mulheres são cooptadas pelo tráfico. No entanto, em presunção diametralmente oposta, a Corte Superior entende que a mãe é nociva à criança, mesmo tratando-se de delito cometido sem violência, tampouco contra o infante. Destarte, a verdadeira preocupação não está voltada ao local onde ocorreu o delito, mas sim à anulação da maternidade da mulher que, supostamente, cometeu um ato ilícito²⁸⁶.

Como reforço de argumentação para delinear uma situação excepcionálíssima, identificaram-se outros motivos característicos da maternidade desviante, também imbuídos de carga subjetiva e igualmente estranhos aos dois critérios objetivos dispostos nos incisos do art. 318-A do CPP.

Além do clássico argumento **desviante** (traficância exercida em casa na presença dos filhos), outros foram identificados.

²⁸⁴ Documentos 471 e 550 dos autos eletrônicos do HC nº 143.641/SP.

²⁸⁵ NUNES, 2020, p. 51.

²⁸⁶ JUNQUEIRA; GALISTEU, 2022, p. 28.

Os motivos a seguir, lançados nas decisões para forjar a negativa do benefício, também revelam a estigmatização do papel de uma mulher que, por ser mãe, deveria apresentar comportamentos condizentes com a docilidade e ternura supostamente inerentes a esse papel e não disruptivos, de modo a eventualmente se revelar ainda mais cruel quando comparada a um homem.²⁸⁷ A escolha das expressões e dos argumentos inseridos na classificação “perfil desviante” deu-se sob esse olhar. São predicativos concedidos às pacientes que nítida e imediatamente descredita a sua qualidade de mãe, considerando os pressupostos acima mencionados, com o consequente suporte para a negativa do pedido. São os seguintes os perfis colhidos do julgamento de processos em prisão provisória:

- a) uma das líderes da organização, com atuação direta no processo de exportação (RHC nº 131.336/RJ);
- b) estrangeira (da Geórgia) que transportava 2 kg de cocaína como “mula” (AgRg RHC nº 128.660/SP);
- c) garota de programa flagrada com 90 kg de maconha (634.333/MS);
- d) ambiente doméstico tido como desfavorável (AgRg HC nº 618.775/SP);
- e) filhos já estavam sob os cuidados da avó (RHC nº 126.862);
- f) tentativa de entrada em presídio com 101,91 g de cocaína na cavidade vaginal com um bebê de colo (575.114/SP);
- g) filha também atuava na organização criminosa e era esposa do respectivo líder (RHC nº 129.447/DF);
- h) filhos sofriam maus tratos por cuidadora, enquanto a paciente traficava na frente da própria casa (HC nº 626.902/RS);
- i) usuária de crack desde os 9 anos de idade cujos filhos vivem com a avó há tempos (HC nº 698.853/SP);

²⁸⁷ Ao desenvolver o tema da maternidade desviante, Clarissa Nunes lembra que “a criminalidade feminina foi objeto do livro ‘La Donna Delinquente, La Prostituta e La Donna Normale’, de Cesare Lombroso e Gluglielmo Ferrero. Ao tratar sobre os sentidos da ‘mulher normal’, os autores afirmam uma necessidade inerente de satisfazer o instinto materno e o instinto de proteção, com os quais as mulheres alcançariam o complemento da sua existência. No capítulo do livro voltado à maternidade, os autores afirmam que toda mulher é cruel e, ao se tornar criminosa, mantém-se de maneira mais perseverante na maldade, quando comparada ao homem”. Ainda, ressalta que “a crueldade feminina seria controlada através do desenvolvimento da maternidade, descrita pelos autores como uma função fundamentalmente instintiva e altruísta. O amor materno seria responsável por originar a piedade nas mulheres e, conseqüentemente, apaziguar a sua crueldade inerente fazendo-a sentir compaixão e, por isso, impedindo-a de cometer crimes. Negar a maternidade seria, assim, um desvio de conduta inerente à mulher criminosa.” (NUNES, 2020, p. 50-51).

j) “longa manus” do companheiro também preso por tráfico (HC nº 699.228/RS).

No rol dos feitos em prisão definitiva, acharam-se os argumentos desviantes subsequentes: a) a apenada traficava em casa e foi condenada pelo furto de um barco de madeira na presença de um menor, o que ensejou a incursão no delito de corrupção de menores (HC nº 584.393/PR)²⁸⁸; e b) a paciente foi alijada da prisão domiciliar, pois

[...] não consta nos autos maiores informações do ilícito, a fim de verificar quais eram as condições em que o crime era praticado – o que afetaria o pleito de prisão domiciliar pela necessidade de cuidado de filho na primeira infância. É que se foi o crime cometido com riscos à criança ou se exercia a paciente especial condição de chefia no grupo criminoso, não seria razoável a concessão da prisão domiciliar. Também a reiteração delitiva poderia ser obstáculo à pretensão e não foi juntada a folha de antecedentes da paciente.²⁸⁹

A eventual resistência à concessão do benefício está lastreada, portanto, em argumentos imbuídos do nítido escrutínio que se faz ao papel de mãe. Isso porque o destaque para os atributos constantes no rol ilustrativo dos processos anteriormente citados mostra que o STJ ainda considera que ser líder de organização, exercer tráfico internacional ou ser garota de programa, por exemplo, seriam incompatíveis com os atributos maternos e reforçariam um suposto risco à prole com a sua presença. O simples fato de ser esposa de líder de organização como insinuação de que ela seria tão perigosa quanto e a acusação implícita de ser a mãe a única responsável pelo desvio da filha, que também atuava na organização criminosa. Nítido, também, o julgamento do atributo materno quando se negou o benefício, ao argumento de que os filhos sofriam maus-tratos de terceira pessoa, enquanto a mãe traficava na frente de sua residência, uma vez que incute a ideia de a paciente teria escolhido mal a cuidadora de seus filhos, sem se cogitar questionar por que os filhos não estavam sendo cuidados pelo pai. Vale dizer, esse é um caso que revela a indubitável noção de livramento social do homem da função do cuidado com seu próprio filho. A tentativa de adentrar em presídio com droga, com criança de colo, muito embora seja uma das justificativas vetadas por entendimento do STF como situação excepcionalíssima, foi

²⁸⁸ Decisões coletadas por meio de pesquisa de jurisprudência no site do Superior Tribunal de Justiça. Cf. <https://processo.stj.jus.br/SCON/>.

²⁸⁹ Inteiro teor da decisão no HC nº 569.476: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 569.476/MG**. Impetrante: Pablo Cerqueira Teles. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 3 de abril de 2020j. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=108212764&num_registro=202000766572&data=20200403&tipo=0. Acesso em: 31 mar. 2023.

lançada em uma decisão achada, mas também serve para revelar que, nesse único ocorrido, não se titubeou em denegar a benesse com lastro no desvio materno.

Igual proceder operou-se com a usuária de crack, de quem, há muito, já tinha sido retirado o direito de materno. Antes disso, como sói ocorrer com mulheres usuárias dessa droga de alto poder deletério, grandes são as chances de que haja sido submetida a violações, eventual gestação indesejada e o conseqüente abandono do Estado sobre seus direitos reprodutivos.

Ainda, a prática de tráfico em concurso com corrupção de menores implicaria a presunção de que a autora é perigosa à prole, uma vez que envolveu outra criança em ilícito, consistente em furto de um barco de madeira. A falta de esclarecimentos da defesa ou de eventuais informações prestadas também fez presumir a periculosidade da condenada com base em suposições de um perfil desviante, que poderia colocar em risco o infante.

Constata-se uma indeterminação técnica e conceitual da percepção de periculosidade, alinhada à ausência de respaldo científico para a sua utilização, o que revela, na verdade, discursos imbuídos de viés ideológico, os quais pressupõem que essas mulheres seriam dotadas de características biopsicológicas anormais.²⁹⁰

São cristalinos, portanto, os estereótipos ligados ao papel de gênero que recaem sobre as mulheres criminosas descritas, de tal maneira que a medida da sua culpabilidade está para além do ilícito cometido e é agravada por revelar desvio de comportamento, não admitido para uma mulher, sobretudo uma mulher mãe, vista, então, como duplamente perigosa, à luz do positivismo criminológico. Reitera-se: não se concebe a coexistência de maternidade e criminalidade. A existência de mulheres que são, ao mesmo tempo, mães e “criminosas” abala a ideia de vocação para a maternidade, zelo e cuidado, atributos aparentemente exclusivos da mulher, deslegitima a função materna e essa transgressão desse papel converte-se em um dos principais alicerces do aprisionamento feminino ostensivo.²⁹¹

Os percentuais revelados e a descrição dos casos destacados mostram que a periculosidade das mães acusadas – delineada, muitas vezes com expressões e conceitos genéricos e estigmatizantes de gênero –, de um crime sem violência ou grave ameaça, desumanizam essas mulheres e partem da falsa premissa de que são necessariamente dispensáveis e nocivas à sua prole.

²⁹⁰ ISHIY, 2014.

²⁹¹ JUNQUEIRA; GALISTEU, 2022, p. 8.

Ainda na análise geral da denegação às pacientes, **o fato de a paciente/recorrente estar em regime fechado e de não atender aos requisitos do art. 117 da LEP sucederam em quarto lugar**, representando 28,86% dos motivos para rejeitar o pedido. No tocante aos casos de constrição cautelar, esse argumento aparece em um único caso em que já havia sentença proferida (3,1%), e nos feitos de detentas em prisão definitiva, o fundamento vem em terceiro lugar (48,5%). **A mera circunstância de se tratar de prisão oriunda de condenação definitiva é o quinto motivo** das denegações gerais (6,3%) e o quinto no rol das prisões definitivas (12,1%), particularmente. **A não incidência da Súmula Vinculante nº 56 do STF surge como o sexto e último argumento** para o indeferimento da prisão domiciliar (1,6%) e é também o derradeiro no universo específico das prisões impostas para o cumprimento de pena transitada em julgado (3%). Quanto ao dispositivo da lei de execuções acima indicado, verificou-se um pormenor: determinadas decisões mencionaram precedente que permite a aplicação do referido dispositivo mesmo em se tratando de cumprimento de pena em regime fechado ou semiaberto (HC nº 366.517/DF²⁹²), mas negaram o benefício, sob o fundamento, por exemplo, de não haver a defesa comprovado a vulnerabilidade da prole ou de ser a paciente reincidente. Em um dos dois casos que citaram a primariedade da apenada e houve negativa do benefício, a mulher cumpria pena em regime fechado e, como reforço de argumentação, ponderou-se que a avó, que já cuidava da criança, não teria comprovado a apontada fragilidade de saúde (HC nº 590.515/DF).

A propósito, a Terceira Seção do STJ, no RHC nº 145.931/MG²⁹³, afetado àquele órgão julgador, buscou definir os parâmetros para a concessão da prisão domiciliar às mães e gestantes em regime fechado. A paciente cumpria pena de 9 anos de reclusão, em regime fechado, pela prática de tráfico e associação para o

²⁹² O trecho desse voto frequentemente citado nos casos de prisão definitiva, mas que, em regra, não serviu às mães, resume: “A melhor exegese, portanto, 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.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 366.517/DF**. Impetrante: Alexandre Vieira de Queiroz e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 27 de outubro de 2016d. p. 3. Disponível em: https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/HC366517.pdf. Acesso em: 30 abr. 2023.).

²⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 145.931/MG**. Recorrente: Joseane Santos Damascena. Recorrido: Ministério Público do Estado do Minas Gerais. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 16 de março de 2022g. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101133213&dt_publicacao=16/03/2022. Acesso em: 30 abr. 2023.

tráfico de drogas, e, ao tempo do pedido, era mãe de criança recém-nascida, além de outras duas de 6 e 2 anos de idade. A defesa pediu a prisão domiciliar, em razão da longínqua distância do estabelecimento prisional, o que impossibilitaria a amamentação e demais cuidados com o filho.

A liminar foi deferida e, no voto condutor do acórdão, o ministro relator repassou o teor do HC coletivo do STF, bem como os arts. 318-A e 318-B, ambos do CPP, além do art. 117 da LEP, mas concluiu que o juízo das execuções poderá, excepcionalmente, conceder o benefício, diante de comprovada excepcionalidade. No caso concreto, confirmou-se o deferimento da medida de urgência, tendo em vista os delitos não terem sido cometidos com violência, a ineficiência estatal em disponibilizar vaga à recorrente em estabelecimento próximo adequado às suas necessidades de mãe, à luz do estado de coisas inconstitucional reconhecido na ADPF nº 347, anteriormente discutida.

A despeito do acerto da conclusão alcançada no acórdão, chamou a atenção um trecho do voto-vista proferido pelo ministro Rogerio Schietti que revelou, de forma mais explícita, um hábito verificado nos julgados, consistente em julgar o exercício da maternidade, assim como hierarquizá-la.

A paciente foi identificada como pessoa que “possuía posição de proeminência na associação criminosa, sendo uma peça fundamental, porque, além de intermediar a venda de drogas, efetuava pessoalmente a entrega do entorpecente aos usuários’ e substituía o comandante do bando, na ausência deste”²⁹⁴. Em trecho anterior, o ministro ressaltara o dever de observância do grau de periculosidade da pessoa que pede a prisão domiciliar. Não teria surpreendido em divergir, com eventual argumento de se tratar de uma “situação excepcionalíssima” (acentuada periculosidade da ré), não preenchidos os requisitos da proporcionalidade em contraposição aos interesses das crianças.

Posto que haja acompanhado o relator, e a par das corretas assertivas sobre o desencarceramento humanitário e sobre o maior ônus da genitora nos cuidados da prole, o aludido ministro ponderou que “[...] a presença da condenada em confinamento domiciliar não assegura, por si só e sempre, os melhores interesses da prole”²⁹⁵ e que, para tanto, bastava “[...] ver o estado de abandono moral e material a

²⁹⁴ BRASIL, 2022g, p. 24.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 20.

que muitas crianças são submetidas neste país [...]”²⁹⁶. E complementou: “Em situações não raras, o papel materno é melhor desempenhado por uma avó, uma tia, uma irmã mais velha ou algum outro parente, mais capacitado e mais amoroso no trato daqueles pequenos desassistidos.”²⁹⁷ Escancarou-se como o peso do rótulo de criminosa recai sobre uma mãe custodiada que desobedece ao mito da “boa mãe” em oposição à (absoluta) presunção da vocação que uma mulher deve ter para a maternidade, sempre sacrificando-se pelas crias com docilidade, prioridade e exclusividade.²⁹⁸ Ainda, como bem observado no relatório final do projeto “Mães Livres”, a afirmação é uma marca sexista, “que leva o Poder Judiciário a transferir a responsabilidade pelos cuidados da criança da mulher cujo processo criminal está sendo julgada a outra mulher que sequer faz parte do processo” e que tampouco foi ouvida e vira alvo de uma “expansão da pena”²⁹⁹.

Ele não descurou da dificuldade em estabelecer o melhor interesse da criança e, no entanto, ainda argumentou que a prisão domiciliar

[...] não garante o sustento familiar nem o pleno desenvolvimento e a formação dos filhos, pois a mulher, restrita aos limites de sua residência, encontrará obstáculo para trabalhar durante o regime fechado, levar os filhos a atividades escolares e recreativas ou a eventos sociais.³⁰⁰

Por fim, em meio a essa digressão qualitativa sobre o ato de maternar, o ministro dirimiu:

Ainda, temos a situação de condenadas que em momento algum de suas vidas se adequaram aos padrões de convivência social e outras que nunca foram, desde o nascimento, as principais cuidadoras de sua prole. Nunca foram *mãe*, no sentido mais puro e humano da palavra.³⁰¹

As ideias externadas explicitam o que se denomina hierarquia reprodutiva (maternidades mais ou menos aceitas por critérios bem definidos) dentro da qual, segundo Mattar e Diniz:

[...] são inúmeras as possibilidades analíticas para se pensar uma hierarquia reprodutiva, em que existem maternidades (e paternidades) mais prestigiadas e respeitadas, enquanto outras podem ser consideradas ilegítimas, subalternas ou marginais, fonte de preconceito, discriminação e violação a direitos. Esta hierarquia está fortemente vinculada à hierarquia das

²⁹⁶ BRASIL, 2022g, p. 20.

²⁹⁷ *Ibid.*, p. 20.

²⁹⁸ JUNQUEIRA; GALISTEU, 2022, p. 14.

²⁹⁹ INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA, 2019, p. 26.

³⁰⁰ BRASIL, *op. cit.*, p. 21.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 21, grifo do autor.

práticas sexuais, porém a extrapola em sinergias perversas com outras formas de opressão e discriminação.³⁰²

Dentre as maternidades menos aceitas pelas autoras e, portanto, mais vulneráveis, estão as exercidas por “infratoras, sobretudo as mulheres que estão presas, já que foram contra a ‘dita natureza feminina’, ou seja, de pessoa passiva e cuidadora, jamais transgressora”³⁰³. Esse fenômeno da hierarquização reflete o pensamento sobre as diferenças entre as maternidades, com a revelação de que umas são mais aceitáveis pela sociedade, outras menos, em vista de variáveis como classe, raça, idade e parceria sexual.³⁰⁴

O ministro Schietti elucidou que igual raciocínio se aplica ao homem que, em idêntica situação, solicita a prisão domiciliar. Citou o HC nº 711.346/BA³⁰⁵, em que reconheceu ao condenado em regime fechado a imprescindibilidade e condição de único responsável para o cuidado dos filhos menores, a fim de prorrogar a prisão domiciliar outrora concedida. Da leitura da referida decisão, não se verificaram perquirições acerca do ato de paternar, análogas aos delineados no processo da mulher mãe. Os infantes estavam sob os cuidados da mãe até ela necessitar se recuperar de um acidente. Não obstante as informações do magistrado de origem de que os infantes poderiam ser cuidados por outros parentes ou terceiros e a afirmação feita pela Corte local de que a mãe, mesmo em recuperação não estava impossibilitada de prestar assistência aos filhos, bastaram as alegações da defesa, para que o paciente homem fosse considerado prioritário, sem nenhum questionamento ou digressões sobre as qualidades do seu atributo de pai. O preâmbulo da decisão, em verdade, destacou excertos da manifestação do juízo das execuções, explicitando que “o apenado ‘cumpre seu papel de pai muito bem zelando e cuidando dos filhos’”³⁰⁶.

³⁰² MATTAR, Laura Davis; DINIZ, Carmen Simone Grilo. Hierarquias reprodutivas: maternidade e desigualdades no exercício de direitos humanos pelas mulheres. **Interface: Comunicação, Saúde, Educação**, Botucatu, v. 16, n. 40, p. 107-119, 2012. p.114-115. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1414-32832012005000001>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/icse/a/XqxCrSPzLQSyTJjsFQMdwjb/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 30 abr. 2023.

³⁰³ *Ibid.*, 2012, p. 116.

³⁰⁴ JUNQUEIRA; GALISTEU, 2022, p. 15.

³⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 711.346/BA**. Impetrante: João Marcos Vilela Leite e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 9 de março de 2022h. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=146506342&num_registro=Pela metade 202103925922&data=20220309&tipo=0](https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=146506342&num_registro=Pela%20metade%202103925922&data=20220309&tipo=0). Acesso em: 30 abr. 2023.

³⁰⁶ BRASIL, 2022h, p. 2.

Franqueou-se a desigualdade de perspectiva na análise do pleito vindo de uma mãe e do vindo de um pai, porquanto confirmou-se a prescrição da função social específica de ser mãe, ao passo que o gênero masculino não é direcionado para a paternidade.³⁰⁷ Quando minimamente cumpre com esse dever, de pai, recebe menções elogiosas e sob mero pedido torna-se a prioridade nos cuidados dos filhos, ao contrário da lista de figuras femininas anteriormente elencadas, que, não raro, segundo o ministro, podem ser mais adequadas a uma criança do que a mãe que, a propósito, nem sempre cumpre com a expectativa socializada da boa mãe.

Notou-se, então, o esforço retórico para deixar registrado que, muito embora a apenada daqueles autos fizesse jus à concessão do benefício, a mulher que, eventualmente, fuja do estereótipo comum de mãe, perde o direito à proteção estatal por falta de merecimento.³⁰⁸

Todo esse perfil traçado foi confirmado após a extração dos dados relativos à concessão e à denegação da prisão domiciliar, considerando-se, separadamente, o universo das prisões cautelares e das prisões definitivas. A afirmativa decorre dos 93,8% de “situações excepcionalíssimas” lançados para justificar a denegação de 36% dos pedidos a mães em prisão cautelar. Num primeiro momento, pode aparentar baixo o índice de indeferimento, mas enfatiza-se que se cuida de delito de tráfico, crime cometido sem violência e grave ameaça. A concessão de 64% não satisfaz a excepcionalidade da prisão preventiva a uma categoria que recebeu tratamento legal e jurisprudencial diferenciado.

Mesmo em se tratando da Corte Superior brasileira, cuja missão constitucional de excelência é unificar a jurisprudência da interpretação da legislação federal infraconstitucional, nota-se a ampla e dupla penalização da mulher no processo de confinamento, especialmente se ela se apresenta à Justiça em busca de um benefício na qualidade de mãe. A exemplo de como são piores os efeitos de uma mulher envolvida com o tráfico quando comparados aos dos homens nessa situação, Campos constatou que a mulher tem 2,38 vezes mais chances de ser incriminada como incurso no tipo de tráfico do que no de uso de substância entorpecente se comparada a um homem.³⁰⁹

³⁰⁷ JUNQUEIRA; GALISTEU, 2022, p. 14.

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 29.

³⁰⁹ CAMPOS, Marcelo. **Pela metade**: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo. 2015. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia,

No que se refere aos delitos cometidos com violência, a taxa de 92,5% de denegações já antecipa a conclusão sobre o alto grau de obediência ao inciso I do art. 318-A do CPP, bem como da retórica de não comprovação do risco pandêmico. Na presença desse percentual, adianta-se que o destaque da análise qualitativa nesse ponto recai sobre a rigidez na aplicação do referido dispositivo. Também por essa razão, foi feito o *ranking* dos motivos de concessão e denegação já na separação das prisões cautelares (citando sempre estas primeiro, nas quais a excepcionalidade do encarceramento é mais esperada e porque representam 60,4% do total de feitos com violência ou grave ameaça) e definitivas; não houve a extração e investigação dos números da generalidade das constrições.

Os únicos quatro casos de **concessão** deram-se em processos de prisão cautelar, um deles roubo em concurso material com homicídio. Nesse feito, prevaleceram, acertadamente, as razões humanitárias, diante da situação pandêmica e de comprovação da indispensabilidade dos cuidados maternos, mas também em face da dúvida sobre o contexto fático acerca da autoria do delito. De forma acertada também foi concedida a prisão domiciliar às acusadas dos outros dois casos de roubo, sob os argumentos de comprovação de dependência da prole e de contenção da propagação do vírus, além de um único caso em que sequer foi avaliada a condição de mãe, pois o decreto preventivo mostrou-se inválido.

As **negativas** ao direito da prisão domiciliar às mães processadas ou condenadas por crimes com violência ou grave ameaça tiveram **como argumento primordial o fato de haverem praticado delito dessa natureza** (com violência ou grave ameaça). O fundamento foi registrado em 84,4% dos feitos em prisão cautelar e em 61,9% daqueles que examinaram o pleito das já apenadas.

A partir desse cenário, a primeira inquietação é o fato de uma mulher mãe cometer um crime com violência contra outrem indicar a presunção de comportamento violento contra seus próprios filhos. Não se discute a obviedade do risco de convivência de uma mãe que cometeu crime violento contra a prole. O que ora se problematiza é a projeção (quase que absoluta) do risco a que está submetida/o a/o filha/o de uma mulher que praticou um delito com violência ou grave ameaça a terceira pessoa.

Os números mostraram que sobre o inciso I do artigo 318-A do CPP não há e não se discute atuação discricionária do julgador, tampouco se verificou discussão doutrinária e jurisprudencial sobre eventual omissão legislativa, a fim de excepcionar a incidência do referido dispositivo. Não se achou nenhuma reivindicação dos magistrados pela inafastabilidade da apreciação discricionária das circunstâncias do caso, como ocorreu no debate acerca das “situações excepcionalíssimas”, não inseridas no texto legal. Daí se extrai a roupagem de conveniência revestida na redação do inciso para os operadores, que a aplicam de forma rígida.

A observação reacende a avaliação desviante da função materna como forma de estigmatizar a mãe que, não bastasse infringir a lei penal, o faz de forma violenta, de forma a atrair o prognóstico indelével de que sua prole está desprotegida e ameaçada de sofrer igual violência. E a pesquisa revela que, nos casos de crimes violentos, os magistrados do STJ nada mais fazem do que obedecer, sem maiores discussões, ao inciso I do art. 318-A do CPP, ainda que colacionem argumentos outros para reforçar a necessidade da manutenção da mulher no cárcere, ou seja, para a mãe “violenta” incide a implacável interpretação literal.

Aliás, evocam-se os casos ilustrados no início desta análise qualitativa deste trabalho para lembrar que houve deferimento de medidas cautelares diversas da prisão, inclusive, para autor de lesão corporal, em contexto de violência contra a mulher, mesmo que constatada a reiteração na agressão³¹⁰. O voto vencido no HC nº

³¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 350.295/SP**. Habeas Corpus. Homicídio qualificado. Prisão preventiva. Art. 312 do CPP. Periculum Libertatis. Fundamentação insuficiente. Ordem concedida. 1. A prisão preventiva possui natureza excepcional, sempre sujeita a reavaliação, de modo que a decisão judicial que a impõe ou a mantém deve, para compatibilizar-se com a presunção de não culpabilidade e com o Estado Democrático de Direito - o qual se ocupa de proteger tanto a liberdade individual quanto a segurança e a paz públicas -, ser suficientemente motivada, com indicação concreta das razões fáticas e jurídicas que justificam a cautela, nos termos dos arts. 312, 313 e 282, I e II, do Código de Processo Penal. 2. O Tribunal de origem entendeu devida a custódia do paciente ao argumento de se tratar de pessoa perigosa, que pode fugir tal qual o corréu. Esses fundamentos são insuficientes para justificar o cárcere preventivo do acusado, pois não estão amparados em elementos concretos a autorizar tal presunção. 3. O investigado se apresentou espontaneamente para o cumprimento do mandado de prisão temporária e, até o momento, não demonstrou comportamento prejudicial à conclusão da instrução criminal. 4. Sobre o monitoramento eletrônico, o Magistrado de primeira instância, após o julgado impugnado, determinou a sua retirada, por ausência de justificativa para a renovação da medida. 5. Ordem concedida para, confirmada a liminar anteriormente deferida, cassar o acórdão que decretou a prisão do insurgente e restabelecer a decisão do Juízo de primeiro grau que lhe aplicou medidas cautelares diversas do encarceramento, inclusive com a retirada da tornozeleira eletrônica. Fica ressalvada a possibilidade de nova decretação da custódia cautelar se efetivamente demonstrada a sua necessidade, sem prejuízo de fixação de medida alternativa, nos termos do art. 319 do CPP. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 21 de outubro de 2019f. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600552834&dt_publicacao=03/05/2016. Acesso em: 20 set. 2022.

716.654/SP, bem como os debates travados por ocasião do seu julgamento, mostra o esforço, ainda que isolado, em investigar a cadeia de cuidadores do filho, sem questionar a existência de qualquer outra pessoa capaz de exercer a proteção da criança, notadamente com a alegação da defesa de que a mãe da criança a teria abandonado. No caso, inobstante o pensamento apartado do ministro Sebastião Reis Júnior, nota-se seu empenho em creditar as provas e a palavra do paciente, condenado por crimes violentos e acusado, inclusive, pelo de tortura.

A inverter o gênero do paciente, conforme notou-se dos números aqui apresentados, não se percebeu igual isenção e arrojo. O inciso I do art. 318-A do CPP veio como forma de acachapar qualquer possibilidade de discussão sobre a flexibilização do encarceramento de uma mãe “violenta”. Diante dos índices de negativa do benefício às mulheres que cometeram crimes com violência ou grave ameaça, fosse uma mãe que tivesse praticado ato violento contra seu companheiro, pai do seu filho, ao pedir a prisão domiciliar, não se vislumbra hipótese de concessão, como no caso ilustrado. Dentre os casos ilustrativos de pacientes homens, também chamou atenção o processo de réu que, acusado de homicídio, que descumprira a regra do monitoramento eletrônico, foi beneficiado com a prisão domiciliar³¹¹. O percentual de 92,5% de denegação não permite conclusão diversa da alta probabilidade de indeferimento da benesse caso se tratasse de uma ré mulher e mãe.

A propósito, a par da evoluída produção doutrinária sobre o tema, é recorrente a citação, nos votos dos ministros relatores, de autores homens, que defendem a negativa automática inserida no inciso I do art. 318-A do CPP, a exemplo do que

³¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 518.800/MA**. Habeas Corpus. Violência doméstica e familiar. Arts. 129, § 9º, e 147 do Código Penal. Ausência dos Requisitos Previstos nos art. 312 e 313 do Código de Processo Penal. 1. A liberdade, não se pode olvidar, é a regra em nosso ordenamento constitucional, somente sendo possível sua mitigação em hipóteses estritamente necessárias. 2. Na hipótese dos autos, não se verifica a presença dos requisitos previstos nos art. 312 e 313 do Código de Processo Penal para a decretação da segregação preventiva, que a despeito de preverem a possibilidade de prisão preventiva no caso dos crimes que envolvem violência doméstica e familiar, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência, não é isso que se verifica na espécie. 3. Ordem concedida, confirmando a liminar deferida, para o fim de garantir ao paciente a manutenção de sua liberdade, sem prejuízo da fixação pelo juiz de primeiro grau de outras medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 do CPP) ou de medidas protetivas de urgência (art. 22 da Lei nº 11.340, de 2006), por decisão fundamentada. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 21 de outubro de 2019g. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901883966&dt_publicacao=21/10/2019. Acesso em: 20 set. 2022.

explicita Nucci³¹²: “Não é preciso ser violência ou ameaça a filho, mas a qualquer um.” No mesmo sentido, a frequente lição de Badaró:

Agora, a nova norma passa a ser até mais restritiva, na medida em que não será em qualquer situação que a gestante terá direito à prisão domiciliar, mas somente se não tiver cometido o crime nas situações dos incisos I e II do art. 318-A. Portanto, a nova norma é mais restritiva que a antiga previsão.³¹³

Logo, apesar da restrição inserida pela lei, defende-se que a análise desses casos deveria se dar sob o grau de violência praticada para, então, avaliar o cabimento da substituição da medida extrema, como sói ocorrer com pacientes homens ou com mulheres que não são mães. Caso contrário, o dispositivo que veio para beneficiar seguirá prejudicando as mulheres que cumpriram com seu destino (o de gerar e criar outro ser humano).

Se genuína e real fosse a preocupação com a proteção integral de crianças na primeira infância, ter-se-ia o devido cuidado de, em todos os processos de réus homens, pedir informações ao juízo singular acerca da existência de eventuais filhos dos réus violentos, ou onde armazenam drogas e armas (se suficientemente longe do alcance e percepção dos infantes), e como cuidam da prole, para, então, avaliar a sua real periculosidade e as eventuais consequências nocivas aos menores. Porém, a exemplo dos feitos citados para ilustrar as concessões a réus homens, tal não é a rotina nos feitos similares desses pacientes, e isso porque, mesmo que não seja fundamento intrínseco do consciente coletivo, é fundamental lembrar que a paternidade, no contexto da socialização dos estereótipos de gênero, surge como uma opção. A compulsoriedade do cuidado é ínsita à maternidade, conforme delineado na problematização anteriormente desenvolvida, ao se tratar da exigência de comprovação da indispensabilidade da presença da mãe nos cuidados com a prole.

Supervalorizada, portanto, é a violência ínsita ao tipo penal em que incorre a mulher mãe infratora, ao passo que se ignora a violência suportada pelos infantes no ato de separação de suas mães, ou no encarceramento conjunto. A violência do delito cometido não necessariamente desfaz a vulnerabilidade das filhas e filhos alijados dos cuidados maternos. Pune-se uma violência com outra.

³¹² NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 827.

³¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2019. p. 1088.

O **segundo argumento mais recorrente para a denegação nos processos de prisão cautelar** foi a não comprovação da doença ou risco de contágio pelo coronavírus (56,3%). **Nos feitos de prisão-pena, esse fundamento apareceu em primeiro lugar** (81%). Válidas são as mesmas ponderações feitas sobre as conclusões qualitativas sobre essa fundamentação, que não serão aqui repetidas.

Como reforço à crítica feita sobre o cuidado dispensado ao paciente do nº HC nº 568.214/DF, não ecoado na maior parte dos feitos das mulheres aqui estudadas, merecem especial consideração dois processos: HC nº 597.714/RJ e HC nº 599.024/AL. Neles as respectivas acusadas referiram serem portadoras do vírus HIV, particularidade que não foi tida como de risco para fins de soltura humanitária, de modo a prevalecer a natureza dos respectivos delitos cometidos (homicídio).

No primeiro caso, não obstante o inciso I do parágrafo único do art. 1º da Recomendação nº 62/2020 do CNJ incluir pessoas soropositivas dentre aquelas que “integram o grupo de risco”, o relator afirmou que

[...] apesar da paciente ser portadora do vírus HIV, as instâncias ordinárias ressaltaram que não há comprovação de qualquer situação que a insira no grupo de risco de agravamento da doença, além do fato que responde pelo crime de homicídio duplamente qualificado, que tem em sua natureza a violência ou grave ameaça, o que impede a subsunção de seu caso nos termos da Recomendação nº 62/CNJ.³¹⁴

No segundo, o relator concluiu que

[...] apesar da inclusão em grupo de risco por possuir HIV, não se verifica a presença dos requisitos nela disciplinados, pois verifica-se o envolvimento reiterado em delitos com violência, depreendendo-se da decisão impugnada e dos autos não comprovação de falta de equipe médica na unidade prisional ou superlotação.³¹⁵

As “situações excepcionalíssimas” aparecem em terceiro lugar das constrições preventivas, em percentual mais reduzido (15,6%). No que tange às

³¹⁴ Inteiro teor da decisão no HC nº 597.714/RJ: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 597.714/RJ**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, 26 de agosto de 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componete=MON&sequencial=114048112&num_registro=202001752263&data=20200826&tipo=0. Acesso em: 30 mar. 2023.

³¹⁵ Inteiro teor da decisão no HC nº 599.024: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 599.024/AL**. Impetrante: Ronald Pinheiro Rodrigues. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 6 de agosto de 2020m. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componete=MON&sequencial=113283045&num_registro=202001803919&data=20200806&tipo=0. Acesso em: 30 mar. 2023.

prisões definitivas, esse argumento veio em 19%, último dos fundamentos. O teor do inciso I do art. 318-A do CPP facilita a atuação do magistrado na manutenção da mulher no cárcere e o exime de criar ou evocar circunstâncias dessa categoria; aqui elas lhes são inúteis.

Sem repisar as elucubrações relativas à maternidade desviante, traço definidor das “situações excepcionalíssimas”, mas apenas para adicionar exemplos nesse rol e fortalecer o entendimento, em complemento ao mero fato de se tratar de delito com violência ou grave ameaça, notaram-se os seguintes julgamentos morais sobre a condição materna: a) recorrente moradora de rua atentar contra a vida de outra por motivo fútil, bem como a alusão ao cuidado dispensado à criança por outro membro da família (HC nº 133.853/MS); b) o fato de a acusada de extorsão mediante sequestro, muito embora não haja praticado atos de violência em si, ter recebido o valor do resgate na presença do filho (esta, ainda, alegou estar com pneumonia evoluindo para tuberculose, mas, segundo a relatora, não ficou comprovada a situação de risco) (HC nº 573.932/RJ); c) ser integrante da organização criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC) (HC nº 579.778/MS); d) ré apontada como chefe da facção Comando Vermelho (CV), que recebeu contribuição da filha de 13 anos (RHC 139.133/GO).

Outro caso que também guarda pertinência com o argumento dos cuidados por pessoa diversa, é o processo da paciente – também acusada pela prática de homicídio –, em que, além de indicações de não demonstração do risco pandêmico e de se tratar de crime com violência, foi explicitamente consignado, como reforço de argumentação para o indeferimento, o fato de no crachá da escola do infante constar como responsável o seu avô (HC nº 628.455/RJ). Evoca-se o arrazoado desenvolvido na análise das negativas do benefício nos casos de tráfico: acentua-se a falta de legitimidade do exercício da maternidade por parte da mãe infratora, diante da manutenção da guarda da/o filha/o sob pessoa diversa.

Na quarta posição das prisões cautelares está a não comprovação de dependência ou vulnerabilidade das/dos filhas/filhos (6,3%). No terreno das definitivas, esse argumento aparece em terceiro lugar, com 52,4% de ocorrência. Conforme feito anteriormente, não serão reproduzidas as críticas lançadas sobre essa particularidade. As críticas recaem de forma equivalente à das feitas na análise do crime de tráfico e, apesar do percentual 52,4%, o que prevalece nos delitos com violência ou grave ameaça é a prática deles por si só.

Por fim, especificamente nos feitos de prisão-pena, igualmente irrelevantes para essa perquirição qualitativa são as causas de indeferimento a seguir: não aplicação do art. 117 da LEP (42,9%), mera circunstância de se tratar de prisão-pena (28,6%) e o não preenchimentos dos requisitos para a antecipação da progressão de regime, nos termos da Súmula Vinculante nº 56 do STF (14,3%).

O panorama apresentado remete ao seguinte questionamento: **teria o STJ cumprido com a excepcionalidade do encarceramento de mães e grávidas, especialmente nas hipóteses de prisão cautelar, no período pandêmico, em atendimento às expectativas daquelas mulheres que entraram na disputa pelo desencarceramento feminino?** A resposta mais adequada é a insuficiência. O STJ ainda resiste na plena aplicação dos ditames legais e jurisprudenciais sobre o tema.

Um dos aspectos que leva a essa conclusão é o fato de se perceber que o órgão concedeu a prisão domiciliar às mulheres ora investigadas nos casos em que não encontraria dificuldade em deferir a soltura ou cautelares diversas, com base nos institutos jurídicos anteriormente disponíveis. Isso se deve ao estudo das peculiaridades e à comparação, ainda que ilustrativa (decorrente do exercício da rotina de trabalho no gabinete), e não empírica, dos casos de concessão de medidas cautelares diversas a vários réus homens, que sequer mencionam ter ou não filhos.

A situação de crise expôs ainda mais as mazelas históricas nos presídios pátrios e imperioso seria encarar de forma mais corajosa a problemática do encarceramento em massa. Muitos dos argumentos apresentados, especialmente os relativos à maternidade desviante e a simples alegação de não comprovação de risco à saúde, descortinaram o verdadeiro pensamento dos julgadores de que o fato de ser mãe não deve representar uma “carta branca” para delinquir e que o coronavírus não pode servir de salvo-conduto coletivo; vale dizer, não podem suplantam a violação de Direitos Humanos dessa população carcerária, intensificada no período pandêmico.³¹⁶

Dentro da máxima excepcionalidade esperada e recomendada pelo arcabouço legal e jurisprudencial disponível, entende-se que o STJ apresentou resistência ao cumprimento dos institutos e, com base em critérios há muito arraigados, concedeu o benefício da prisão domiciliar a um número insuficiente de mulheres, à sombra de

³¹⁶ FUCHS, Marcos; GROTERHORST, Rebecca; RASSI, João Daniel; TREVISAN, Beatriz Massetto. Prisão e Pandemia: uma análise crítica das decisões do Supremo Tribunal Federal durante a Crise da Covid-19. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 16, n. 96, p. 5-18, jun./jul. 2020. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/146944>. Acesso em: 30 mar. 2023.

fundamentos que já deveriam ter sido superados, conforme bem demonstrado³¹⁷. Na ausência tanto da recomendação quanto da informação de que se trata de paciente mãe ou gestante, encontrar-se-iam resultados similares de concessão e denegação. Ousa-se afirmar, em verdade, que, a exemplo dos casos de réus homens, que não noticiam serem pais e fora do período pandêmico, talvez essas mulheres tivessem mais concessões de liberdade e de imposição de cautelares diversas, sem a limitação da prisão domiciliar.

Nesse contexto de resistência apresentado, nota-se a facilidade com que questões relacionadas ao vínculo materno e à realidade do puerpério no cárcere são “ignoradas e escanteadas por um formalismo exacerbado e cego, que subtrai sentido do texto legal, tornando o processo penal um caminho meramente burocrático”³¹⁸.

Uma breve consideração final se faz necessária, a fim de lembrar que não se está a descurar de infantes cuja convivência com a respectiva genitora pode não ser a melhor opção, ou seja, não se está aqui a ignorar a real e eventual situação de abandono ou negligência a que podem estar submetidos os filhos dessas mulheres. Este trabalho tem por objetivo essencial revelar a postura da Corte Superior de Justiça pátria perante a criminalidade exercida por mães, no período pandêmico. O destaque primordial é a estigmatização da mulher mãe infratora e a ausência de simetria no olhar desviante aos homens pais criminosos.

É certo que a lei cuidou de proteger o exercício da maternidade, tomada presumidamente como essencial e indispensável à proteção integral e absoluta da criança. Não o fez em presunção quanto ao pai, mas apenas em circunstâncias de exceção, devidamente comprovada a apontada indispensabilidade, conjuntura que

³¹⁷ A título ilustrativo, nos momentos derradeiros da escrita deste trabalho, a Sexta Turma do STJ denegou a ordem a uma paciente mãe, que pugnava pela prisão domiciliar, presa preventivamente por tráfico de drogas, ao argumento de as circunstâncias do delito encontrarem guarida nas “situações excepcionalíssimas”, que, no caso, resumiram-se: “A recorrente foi flagrada com grande quantidade de drogas destinadas ao tráfico (2kg de maconha), que eram mantidas em seu domicílio, tendo-se destacado no decreto prisional que o entorpecente apreendido foi localizado em cima de uma cadeira da cozinha, local que teria sido apontado pelo próprio filho da recorrente. Ressaltou-se, ainda, que ‘a conduzida responde por outro processo criminal pela prática, em tese, do delito de tráfico de drogas na mesma residência’, tudo a revelar situação excepcionalíssima que impede a concessão do benefício da prisão domiciliar como forma de preservação da integridade física e psicológica de seus próprios filhos, expostos aos riscos inerentes à atividade ilegal”. Vale dizer, o STJ persiste no julgamento moral do exercício materno, presumindo a periculosidade e a inadequação da mãe para os cuidados de seu filho, com base em elementos já, há muito e reiteradamente, afastados pelo STF como “situações excepcionalíssimas”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 790.824/SC**. Relator: Min. Jesuíno Rissato, 25 abril de 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcor dao?num_registro=202203941649&dt_publicacao=05/05/2023. Acesso em: 20 maio 2023.)

³¹⁸ INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA, 2019, p. 32.

evoca, *per si*, a problemática e perpetuação de quem exerce a função do cuidado: a mulher. Em outros termos, a quem questione a contradição encarnada em políticas públicas desse jaez, que serviriam para reforçar os estereótipos de gênero que se pretende combater, em especial a quem incumbe o exercício do cuidado não remunerado. No entanto, enquanto a reprodução social, dentro do sistema capitalista, aprisionar as mulheres no destino da maternidade e impedir-lhes o pleno exercício dos seus direitos reprodutivos, conceder-lhes benefícios como o aqui tratado é o mínimo para a garantia de uma condição que, muitas vezes, não foi uma opção: a maternidade.

Feita essa anotação, volta-se à indagação inicial, à qual não se pretende apresentar solução – dado o esclarecido objetivo desta pesquisa –, mas que não pode ser ignorada: a realidade de crianças cujo desenvolvimento físico e emocional pode estar ameaçado, sim, pela convivência com sua mãe. Não se despreza eventual desamparo de filhas/os por parte de suas genitoras, em especial, por algumas aqui tidas como desviantes na lida maternal. É plausível que de determinados comportamentos sugiram prejuízos ou influência negativa em crianças e adolescentes. Há que distinguir, todavia, em que se recai o preconceito, o pânico moral, daquilo que pode ser realmente prejudicial ao crescimento da prole, o que de fato pode lhe trazer dano. O art. 244-B da Lei nº 8.069/1990, o ECA³¹⁹, por exemplo, não nos deixa esquecer a gravidade da conduta de envolver menor em prática de ilícito penal. O art. 133 do Código Penal³²⁰ também tipifica a conduta de abandonar a pessoa que esteja sob seus cuidados e que seja incapaz de defender-se dos riscos decorrentes do abandono.

Entretanto, ainda que se haja demonstrado o cunho preconceituoso com que se lida com a mãe desviante, tem-se aqui o cuidado de lembrar que o maior interessado é o ser em desenvolvimento, a criança, que arcará com as consequências do abandono do pai e da mãe infratores. Reconhece-se que essas últimas, eventualmente, podem não ser as opções mais adequadas no exercício do cuidado. Essa assertiva renderia um profundo estudo à parte, mas essa não é a proposta desta obra. Como demonstrado e repisado à exaustão, procurou-se criticar a presunção do

³¹⁹ “Art. 244-B: Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la.” (BRASIL, 1990).

³²⁰ “Art. 133 - Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono.” (BRASIL, 1941).

desvio, do prejuízo da convivência materna ao infante, com base em retórica não lastreada em estudo psicossocial e outros meios de prova contrária na prática da jurisdição. A presunção que deve prevalecer é, sim, a da indispensabilidade da mãe nos cuidados da sua prole.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Primeiramente, consentâneo é o resumo acerca da essência da interpretação e argumentação com perspectiva de gênero feito pelo relatório “Justicia com Perspectiva de Género”, que diz que

[...] la perspectiva de género en el ejercicio de la función jurisdiccional consiste en identificar la desigualdad estructural en que se encuentran las mujeres con relación a los hombres, y en advertir los efectos discriminatorios negativos que aquella pueda producir en las mujeres por el hecho de ser tales.³²¹

Oportuna é a menção da Recomendação nº 128, de 15 de fevereiro de 2022³²², também editada pelo Conselho Nacional de Justiça – que dispõe sobre a adoção do “Protocolo para Julgamento com Perspectiva de gênero” no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário pátrio.

Muito embora a publicação do ato seja posterior ao período de maior crise da pandemia no Brasil, cumpre lembrar que os estudos e deliberação do conteúdo contido na aludida recomendação se deram também naquele lapso temporal. O documento serve como reforço de argumentação na real necessidade de capacitação dos atores do sistema de justiça, em especial, o criminal, para o acolhimento e julgamento de mulheres sob uma perspectiva de gênero.

O protocolo traça breves considerações acerca de estereótipos de gênero e lembra que, quando estes permeiam a atividade jurisdiccional, acabam por reproduzir violências e discriminações nos julgados. Assim, o documento reforça o exercício que devem praticar as magistradas e os magistrados para afastar esses estereótipos. No que aqui interessa, menciona que reforçam os tais estigmas ao presumir a “negligência com filhos da mãe acusada de tráfico, como fundamento para negar a prisão domiciliar”³²³.

³²¹ Tradução nossa: “[...] a perspectiva de gênero no exercício da função jurisdiccional consiste em identificar a desigualdade estrutural em que as mulheres se encontram em relação aos homens, e em advertir quanto aos efeitos discriminatórios negativos que aquela possa produzir nas mulheres pelo fato de assim o serem [...]”. (PODER JUDICIAL DE CHILE. Secretaría Técnica Igualdad de Género no Discriminación. **Justicia con Perspectiva de Género**. Chile, 2021. p. 147. Disponível em: <http://secretariadegenero.pjud.cl/images/stignd/proyectos/revistaJusticiaPerspectiva/RevistaJusticaconPerspectivadeGenero.pdf>. Acesso em: 6 mar. 2023.)

³²² CNJ. **Recomendação nº 128, de 15 de fevereiro de 2022**. Recomenda a adoção do “Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero” no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. Brasília, DF: CNJ, 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original18063720220217620e8ead8fae2.pdf>. Acesso em: 6 mar. 2023.

³²³ *Ibid.*, p. 30.

O documento sugere, então, que as julgadoras e os julgadores estejam atentos à presença de estereótipos e adotem uma postura ativa em sua desconstrução, providências que passam por: a) tomada de consciência da existência de estereótipos; b) identificação nos casos concretos; c) reflexão sobre os prejuízos potencialmente causados; e d) incorporação dessas considerações em sua atuação jurisdicional.

O protocolo contém linhas gerais, bem-intencionadas, tendentes a reduzir as violências e as armadilhas produzidas contra as mulheres pelo sistema de justiça. Procurou-se, com a disposição de conceitos básicos de gênero e seus consectários, orientar magistradas e magistrados na entrega de uma suposta justiça plena àquelas que, não raro, são revitimizadas pelas mãos do punitivismo patriarcal, vigilante e seletivo.

É de se lembrar que o sistema de justiça (criminal) que pretende nortear as juízas e juízes para o distanciamento dos estereótipos e estigmas de gênero é o mesmo que criminaliza o aborto, tipo penal que tem suas raízes, essencialmente, na misoginia e no racismo. O aperfeiçoamento desses profissionais dar-se-ia com leitura mais aprofundada de pesquisas sobre os feminismos e violência de gênero e raça, sem as amarras do liberalismo, a fim de produzir julgamentos livres do mito da imparcialidade e mais próximos de visibilidade de gênero, como aqui se demonstrou a exigência.

Conforme posto pela já mencionada Recomendação nº 128 do CNJ, “[...] o patriarcado e o racismo influenciam a atuação jurisdicional”. Na sequência, o documento afirma que “magistradas e magistrados estão sujeitos, mesmo que involuntária e inconscientemente, a reproduzir os estereótipos de gênero e raça presentes na sociedade”. E segue: “a neutralidade do direito passa a ser compreendida como um mito, porque quem opera o direito atua necessariamente sob a influência do patriarcado e do racismo”, isso com base numa dita compreensão limitada e distante da realidade social.³²⁴

Igualmente recomendável é que magistradas e magistrados se interessem pelos projetos de reescrita de decisões judiciais em perspectiva feminista³²⁵, por meio

³²⁴ CNJ, 2022, Anexo, p. 35.

³²⁵ Ressalta-se: “O Projeto ‘Feminist Judgment Project – Brasil’ pretende construir um novo tipo de diálogo sobre gênero e decisões judiciais no Brasil, partindo da experiência de re-imaginação. A proposta acompanha experiências desenvolvidas em diversos países, como uma colaboração criativa entre acadêmicas jurídicas feministas que começaram a reescrever decisões judiciais em casos significativos a partir de uma perspectiva feminista.” (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Reescrevendo decisões

dos quais as/os participantes – em regra, acadêmicas feministas e profissionais de várias instituições de ensino superior brasileiros – se propõem a oferecer respostas diferentes aos casos judiciais concretos, a partir de um raciocínio jurídico feminista, capaz de transformar as decisões judiciais ou deixá-las mais sensíveis aos interesses, necessidades e perspectivas de mulheres e de outros grupos marginalizados.

Esses projetos, em termos gerais, rejeitam alguns dos argumentos centrais de Carol Smart³²⁶ em “*Feminism and the Power of Law*”, de maneira a não aceitar a intransigência do método legal ao feminismo, tampouco que reformas legais sejam, necessariamente, prejudiciais e ineficazes às mulheres. Por outro lado, abraçam a preocupação de Smart no destaque ao poder do discurso legalista e, ao fim, na recusa em aceitar o feminismo enfraquecido perante a lei. O anseio é de adequar o poder da lei aos conhecimentos feministas, a fim de promover alternativas nos discursos jurídicos.³²⁷

A conclusão mais genérica que se alcança é a de que o sistema penal segue cumprindo funções opostas às que declara. Conforme bem pontua Andrade³²⁸, três inversões e incapacidades das funções evocadas pelo sistema penal podem ser verificadas: garantidora, preventiva e resolutória. A estrutura do sistema está, em verdade, programada para violar os princípios garantidores, tidos como seus basilares, quais sejam, legalidade, igualdade e humanidade. A reflexão baseia-se na nítida inépcia da função preventiva, desvelada pela constante aplicação de penas e o aumento da criminalidade (e não a redução esperada), bem como na seletividade do sistema penal, que escancara a desigualdade com que atua³²⁹.

As mulheres infratoras (negras e pobres, em sua maioria) seguem, portanto, recorrendo a um direito que não as acolhe, que as faz, por outro lado, cair na armadilha da proteção específica, garantida por uma determinada condição, a maternidade. A propósito, destaca-se o intitulado “pacto narcísico da branquitude”³³⁰,

judiciais em perspectivas feministas. Ribeirão Preto: USP, 2023. Disponível em: <https://www.direitorp.usp.br/reescrevendo-decisoes-judiciais-em-perspectivas-feministas/>. Acesso em: 4 maio 2023.)

³²⁶ SMART, Carol. **Feminism and the Power of Law**. New York: Routledge. 1989.

³²⁷ HUNTER, Rosemary. The Power of Feminist Judgments? **Feminist Legal Studies**, [s. l.], v. 20, n. 2, p. 135-148, 2012.

³²⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

³²⁹ *Ibid.*

³³⁰ BENTO, Maria Aparecida Silva. **Pactos narcísicos no racismo: branquitude e poder nas organizações empresariais e no poder público**. 2002. Tese (Doutorado em Psicologia) –

que permeia as instituições em todas as esferas de poder. A expressão revela o acordo tácito perpetrado entre pessoas brancas, que se protegem, de modo a não perderem o privilégio decorrente da cor da sua pele e não se responsabilizarem pelo racismo institucional, do qual não está livre o sistema de justiça criminal e carcerário.

A propósito, como bem lembram Flauzina e Pires,

[...] o racismo, com suas correlatas dimensões de gênero e sexualidade, é um fenômeno tão forte no Brasil que mesmo quando o órgão de cúpula do Poder Judiciário, o STF, se manifesta no sentido da necessidade de “superar tanto a arbitrariedade judicial quanto a sistemática exclusão de direitos de grupos hipossuficientes, típica de sistemas jurídicos que não dispõem de soluções coletivas para problemas estruturais”, o que produz tamanha ilegalidade/inconstitucionalidade permanece em pleno funcionamento e isso não gera nem comoção popular, tampouco medidas judiciais de enfrentamento.

[...]

A fragilidade das instituições no atual contexto político exige uma tomada de postura assertiva. O assédio de forças conservadoras aos estamentos do poder é em grande parte viabilizado pelo pacto histórico da branquitude para a manutenção de seus privilégios. Nesse sentido, a afirmação da democracia no Brasil só se viabiliza com a ruptura dos acordos políticos que têm condenado a população negra à indignidade do encarceramento e da morte. É por isso que, no lastro das lentes dos feminismos negros que nos guiam, denunciamos a chancela e a participação ativa do Judiciário na conformação desse estado de dor, advogando pelo fim da barbárie travestida de civilidade nos meandros do Direito.³³¹

A maternidade, portanto, vira instrumento usado contra a mulher e a torna ré não só pelo crime que cometeu, mas pelo desvio na sua atuação com mãe – aspecto do controle social informal, a criminalização primária³³². A dupla criminalização da mulher, nesses casos, ficou evidenciada pela comparação de concessões de ordem ao paradigma masculino. Como bem pontua Lago, elas acabam sendo mais severamente punidas pelo sistema de justiça, abandonadas pelos familiares quando encarceradas e o exercício da maternidade e a manutenção dos vínculos juntos à prole ficam submetidos ao Judiciário.³³³

Por sua vez, bem resume Andrade:

Todos estes argumentos concorrem para uma conclusão genérica fundamental: entre a evidência empírica de que o código tecnológico da Dogmática tem sido utilizado para fundamentar juridicamente e justificar a legalidade das decisões judiciais e a evidência empírica de sua incapacidade

Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002. Disponível em:

<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47131/tde-18062019-181514/pt-br.php>. Acesso em: 10 nov. 2022.

³³¹ FLAUZINA; PIRES, 2022, p. 1234-1235.

³³² BENTO, 2002.

³³³ LAGO, Natália Bouças do. **Mulheres na prisão**: entre famílias, batalhas e a vida normal. 2014. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas e Sociais, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

racionalizadora para a gestão de decisões igualitárias (soluções iguais para casos iguais) seguras e justas somente resta a hipótese de que tem concorrido para instrumentalizar e racionalizar as decisões seletivas, acabando por fornecer a elas uma justificação técnica de base científica, legitimando-as e, na sua esteira, a totalidade do exercício de poder do sistema penal. Pois, é em virtude mesmo da pré-programação legislativa e dogmática da ação jurisdicional, que o sistema Penal se legitima pela legalidade.³³⁴

O Poder Judiciário é programado para dar ares de neutralidade aos julgamentos, contudo, sob o já mencionado mito da imparcialidade do juiz, faz perpetuar a supremacia branca, em detrimento dupla criminalização de corpos vulneráveis, como o objeto desta pesquisa.

Malgrado o arcabouço legislativo e jurisprudencial aqui apresentado, a discricionariedade à disposição dos operadores do Direito no exame dos pedidos de prisão domiciliar, como bem observado neste trabalho, revelou recalcitrante descumprimento dos preceitos que permitem a concessão. Ao argumento de não se poder privar o juiz da avaliação das circunstâncias que envolveram o cometimento do delito pela acusada, questiona-se o exercício da maternidade e as qualificações morais a que são submetidas e alcançam toda a rede familiar³³⁵.

A propósito, em 2018, o CNJ publicou o perfil sociodemográfico dos magistrados brasileiros, por meio do qual foi exposto que, em nítida contraposição à população carcerária brasileira, a magistratura pátria é majoritariamente branca, composta por homens e de alta escolaridade. Nos termos do relatório, as mulheres ocupam apenas 38% das posições na carreira. Quanto ao perfil étnico-racial, 80,3% se declararam brancos/as, 18,1% negros/as (16,5% pardos/as e 1,6% pretos/as) e 1,6% de origem asiática. Apenas 11 magistrados se declararam indígenas. Outro critério a ser notado é o grau de escolaridade dos pais dos/as magistrados/as, sendo 51% deles com pai formado em nível superior completo e 42% das mães na mesma situação. Igualmente relevante é a idade: 51% dos/as juízes/as têm 46 anos ou mais³³⁶.

³³⁴ ANDRADE, 2015, p. 301.

³³⁵ JESUS, Maria Gorete Marques de. **“O que está no mundo não está nos autos”**: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. 2016. Tese (Doutorado em Sociologia – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas e Sociais, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 186.

³³⁶ CNJ. **Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros 2018**. Brasília, DF: CNJ, 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a18da313c6fdcb6f364789672b64fcef_c948e694435a52768cbc00bda11979a3.pdf. Acesso em: 10 nov. 2022.

O quadro de ministros do STJ não aparta do retrato realizado. A Terceira Seção (órgão composto pelas Quinta e Sexta Turmas, competentes para o processamento e julgamento de matéria criminal) é constituída por dez ministros, nove dos quais são homens, brancos, cisgênero, heterossexuais, de meia idade, alto grau de escolaridade, e uma mulher branca, também com as demais qualificações, e com perfil conservador.

Deparando-se com esse retrato, traz-se a reflexão feita por Ferreira e Budó, que, com base nos ensinamentos de Raúl Zaffaroni, evocam “as perguntas que não podem ser feitas” da dogmática penal, as quais

Desafiam a própria estrutura da dogmática penal, organizada como está para conferir aos juristas – propositalmente no masculino – a posição de ‘sujeitos’, enquanto destina à posição de ‘objetos’ todos os ‘outros’, todos aqueles sobre quem as categorias da dogmática penal irão repousar. As categorias essenciais para que a dogmática permaneça de pé são todas construídas pelos juristas enquanto se olham no espelho. O ‘homem médio’ é o retrato em branco – sem preto – de quem pode nomear, de quem pode estabelecer o parâmetro, a régua a partir da qual as condutas e biografias de todas, todas e todos que serão qualificadas em um caso penal

E quem são esses juristas que escrevem sobre o dever de cuidado, proteção e vigilância, enquanto as mulheres cuidam dos seus filhos, doentes e idosos? Quem são os pensadores sobre os sentidos da autoria citados em sentenças penais? De que se alimentam, quando afastam a atipicidade material pela insignificância em razão da reincidência? Quais são os limites à sua liberdade quando interpretam a reprovabilidade da conduta de alguém? O que sabem, quando tratam sobre os limites do erro de proibição? Que território habitam quando interpretam os tipos penais que atentam contra a propriedade privada? Que lugar seus corpos ocupam no mundo, quando teorizam sobre consentimento nos crimes sexuais?³³⁷

E bem resumem: “O conhecimento não é universal se a classificação dos saberes que podem informar o direito penal são atravessados pela branquitude cisheteropatriarcal”.³³⁸

Nesse contexto, traz-se a problematização da tão obstinada imparcialidade dita como fielmente exercida por parte dos julgadores. Como bem coloca Young, em se tratando de raça, etnia, gênero, sexualidade, classe e idade, afirma-se ser impossível a relação de empatia completa com outro que se localize socialmente em ponto diferente, diante da dificuldade de abandonar o autocentrismo³³⁹. A autora reporta, então, que o pacto com o ideal da imparcialidade tem consequências ideológicas

³³⁷ FERREIRA; BUDÓ, 2022, p. 157-158.

³³⁸ *Ibid.*, p. 158

³³⁹ YOUNG, Iris Marion. O ideal da imparcialidade e o público cívico. **Revista Brasileira de Ciência Política**, [s. l.], n. 9, p. 169-203, 2012. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rbcp/article/view/2015>. Acesso em: 7 mar. 2023.

adversas, cujo compromisso generalizado cumpre três funções: a) sustentar a ideia de Estado neutro; b) legitimar a autoridade burocrática e processos decisórios hierárquicos, neutralizando demandas por processos democráticos de decisões; e c) reforçar a opressão com apresentação do ponto de vista dos grupos privilegiados como se correspondessem a uma posição universal.

Ela diz: “No lugar de imparcialidade – que designa um ponto de vista que qualquer pessoa racional pode adotar, distanciado e universal –, deve-se buscar a justiça pública, em um contexto de heterogeneidade e discurso parcial”³⁴⁰. Logo, à luz das críticas marxistas ao Estado liberal, em havendo diferenças significativas de poder, recursos, acesso a informações etc., entre corpos diversos, “os procedimentos de tomada de decisão que são imparciais, no sentido de permitir igual oportunidade formal para que todos pressionem por seus interesses, geralmente produzirão resultados no interesse dos mais poderosos”³⁴¹.

A autora pondera, dessa forma, que “a insistência no ideal da imparcialidade, mesmo sendo ele impossível de atingir, funciona para mascarar a inevitável parcialidade de perspectiva que de fato orienta a deliberação moral”³⁴², vale dizer, “o ideal da imparcialidade gera uma propensão a universalizar o particular”³⁴³, uma vez que o ponto de vista dos privilegiados, aliado à experiência e seus padrões particulares, são tidos como normais e neutros. Como consequência lógica, se alguns grupos vivenciam experiências desiguais da dita experiência neutra, ou se não estão à altura dos padrões de referência, a diferença é tida como desvio ou inferioridade. Para tanto, é suficiente que esses segmentos sejam ignorados de forma não intencional, não sendo necessário que os privilegiados busquem seus próprios interesses em detrimento dos de outros.³⁴⁴

E como bem resume:

As posições de autoridade nos locais em que as decisões são tomadas são, geralmente, ocupadas por membros dos grupos privilegiados – homens brancos, de origem anglo-saxônica, nominalmente heterossexuais – já que o acesso a essas posições faz parte de seu privilégio. Com base em suposições e padrões que afirmam ser neutros e imparciais, as suas decisões autorizadas muitas vezes calam, ignoram e tornam desviantes as capacidades, necessidades e normas de outros. [...] As estruturas de decisão justas devem, portanto, ser democráticas, garantindo voz e voto a

³⁴⁰ YOUNG, 2012, p. 188.

³⁴¹ *Ibid.*, p. 191.

³⁴² *Ibid.*, p. 193.

³⁴³ *Ibid.*, p. 193.

³⁴⁴ *Ibid.*

todos os grupos particulares envolvidos nessas decisões e por elas afetados.³⁴⁵

A pesquisa pode, então, demonstrar a persistente presença da herança classista, patriarcal e racista do sistema punitivo, uma vez que expôs a inclinação dos julgados ainda a se liberarem do rigor técnico exigido pela lei e pela jurisprudência do STF.

Portanto, ao jogar luzes sobre o trajeto percorrido entre a luta das mulheres pelo desencarceramento feminino, descrita no capítulo 1 desta obra, e a recente atuação do STJ nessa seara, apura-se que a maternidade no cárcere, muito embora haja entrado na agenda das três esferas de Poder, ainda é fator de preterição dos direitos de mães, de gestantes e dos seus respectivos filhos e filhas. Ao contrário, à sombra da seletividade do sistema de justiça criminal e do mito da imparcialidade do julgador, as garantias individuais e sociais inerentes à maternidade na prisão ainda não são efetivamente cumpridas. A pesquisa demonstrou que o julgamento sob a perspectiva de gênero é negligenciado no âmbito do STJ e, como resultado, tem-se o agravamento das assimetrias enraizadas na sociedade brasileira, uma vez que no cárcere a maternidade é vigiada e sujeita à discricionariedade de cada unidade prisional³⁴⁶ e de cada magistrado.

Com bem ponderado por Teixeira e Oliveira:³⁴⁷

Remanesce como ponto comum aos trabalhos apresentados, de modo geral, além da ausência de políticas adequadas a atender esses sujeitos em suas peculiares condições – mães presas e seus(suas) filhos(as) – as representações e os estereótipos construídos socialmente e reforçados institucionalmente. Tais representações intensificam a discriminação de gênero dirigida às mulheres na sociedade, ao negar à mulher presa quer o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos, quer a autonomia e o exercício pleno da maternidade, impingindo-lhe a condição irrevogável de criminosa e de uma mãe indigna, e, por consequência, negando-lhe a condição de sujeito de direitos.

São as teias e armadilhas do sistema de justiça criminal, descortinadas pela apontada discricionariedade dos operadores do Direito, na revelação da baixa incidência de medidas destinadas a atingir quase uma totalidade de mulheres presas, especialmente sem condenação, garantindo-lhes o exercício mínimo de direitos

³⁴⁵ YOUNG, 2012, p. 194.

³⁴⁶ TEIXEIRA, Alessandra; OLIVEIRA, Hilem. Maternidade e encarceramento feminino: o estado da arte das pesquisas no Brasil. **Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais – BIB**, São Paulo, v. 81, p. 25-41, 2016.

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 38.

assegurados em diversos institutos legais e jurisprudenciais e, conseqüentemente, o desafogamento do sistema prisional³⁴⁸. Assim, Meneguetti e Dias explicam a dificuldade enfrentada pelos operadores, nos sistemas sociais complexos, em absorver as novidades legislativas com potencial de romper com o padrão operativo do sistema de direito criminal, alicerçado na prisão, na punição, na retribuição e na exclusão. Dizem elas que:

Ao atribuir uma interpretação própria sobre as leis, os operadores do direito utilizariam referências anteriores que tem a prisão como sentido orientador e, portanto, são corriqueiras ao sistema de direito penal. Práticas que fogem desse modelo e têm sentido descarceirizantes não conseguem se institucionalizar e se legitimar entre as operações do direito penal, permanecendo como exceções dentro de um sistema cuja lógica operativa continua atrelada ao sentido da punição e da segregação.³⁴⁹

A demanda das mulheres apresentadas no capítulo 1 deste trabalho, litigantes em direitos humanos, perante o Poder Judiciário, e dos demais órgãos e atores responsáveis pela gestão da liberdade dessas pessoas foi clara: “que conheçam a realidade sobre a qual intervêm e ponderam o peso de suas canetas” e que “as mulheres encarceradas e seus defensores e defensoras vejam reverberara as razões que amparam a efetivação de seus direitos”, bem como que “seja reconhecida como evidente a injustiça e a discriminação de gênero de raça em que consiste esse estado de coisas”.³⁵⁰

Todavia, a despeito de exímios julgados e decisões proferidos pelo STJ, no sentido de conferir efetiva obediência aos marcos legais e jurisprudenciais sobre o tema aqui perquirido, a postura da referida Corte Superior ainda pode ser alcunhada de resistente. Mesmo no período pandêmico, além de não priorizar a particularização da situação de saúde das pacientes, incorreu no excessivo lançamento de motivos caracterizadores de estereotipadas “situações excepcionalíssimas” para indeferir o pleito da prisão domiciliar nos delitos de tráfico (sem violência ou grave ameaça).

³⁴⁸ MENEGUETTI, Vanessa; DIAS, Camila Nunes. A (não) aplicação de prisão domiciliar a gestantes e mães: um estudo sobre o cumprimento do HC coletivo 143.641 pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 165, p. 379-419, 2020.

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 407.

³⁵⁰ FRAGOSO, Nathalie; ALMEIDA, Eloísa Machado de; ANGOTTI, Bruna; OLIVEIRA, Hilem; FERREIRA, André. Filhos & algemas nos braços: o enfrentamento do encarceramento feminino & suas graves conseqüências sociais. In: INSTITUTO ALANA; COLETIVO DE ADVOGACIA EM DIREITOS HUMANOS. **Pela liberdade**: a história do habeas corpus coletivo para mães e crianças. São Paulo: Instituto Alana, 2019. p. 10-19.

A prisão ainda é uma escolha como resposta do sistema de justiça criminal, ao qual pertence a Corte Superior pátria, e mudanças nessa cultura do encarceramento demandam tempo e vontade política.³⁵¹

O Judiciário, inclusive na figura do STJ, ainda se apresenta como o principal gargalo na garantia de direitos das presas, mostrando-se premente a necessidade de sensibilização desse Poder para a aplicação dos institutos jurídicos nessa garantia dos direitos relativos ao exercício da maternidade na prisão, especialmente, fora dela, em combate ao (falso) paradoxo sobre institucionalizar a criança ou separá-la da mãe.³⁵²

E esse comportamento revela que as pesquisadoras envolvidas no árduo trabalho de provocação pelo desencarceramento dessas mulheres ainda não alcançaram o objetivo pretendido, pois, traçado o perfil das presas e analisados os números, observou-se que

[...] os mecanismos de opressão repetem marcadores sociais da seletividade do sistema penal que atinge as mulheres presas, demandando-se interpretações com olhar crítico que visibilize as questões de gênero, como forma de enfrentar as desigualdades estruturais e interseccionais. Soma-se a isso uma opção por uma política criminal punitivista que foca no encarceramento como única opção, recusando-se a aplicação de alternativas à prisão [...], em especial nos crimes de tráfico de drogas [...]³⁵³

Espera-se que esta pesquisa seja instrumento desestabilizador da forte estrutura arraigada em valores e padrões morais, os quais ainda dão vida ao sistema de justiça criminal, e sirva para encurtar o caminho das mulheres que não desistiram de lutar por aquelas abandonadas no cárcere e privadas das garantias destinadas à sua proteção e de seus filhos e de suas filhas, bem como do pleno direito ao exercício da maternidade.

³⁵¹ BRAGA; ANGOTTI, 2019.

³⁵² *Ibid.*

³⁵³ BOITEUX; BARBOSA, 2022, p. 84.

REFERÊNCIAS

- ADHANOM; Tedros. WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020. **World Health Organization**, [s. l.], 11 mar. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. Acesso em: 10 ago. 2021.
- ALMEIDA, Carlos Henrique Meneghel de; BONFIGLI, Fiammetta. O enfrentamento da covid-19 no sistema carcerário brasileiro: as recomendações do CNJ aos juízes de execução penal para minimizar os impactos da pandemia. *In*: CAMPOS, Adriana Pereira; MAZZEI, Rodrigo (coord.). **Questões jurídicas decorrentes da covid-19: processo, direito público e direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2020. v. 3. p. 11-24.
- ANDRADE, Bruna Soares Angotti Batista de. **Entre as leis da ciência, do Estado e de Deus**: O surgimento dos presídios femininos no Brasil. 2011. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Programa de Pós-graduação em Antropologia Social, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8134/tde-11062012-145419/publico/2011_BrunaSoaresAngottiBatistaDeAndrade_VOrig.pdf. Acesso em: 20 nov. 2022.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2019.
- BARATTA, Alessandro. 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.
- BENTO, Maria Aparecida Silva. **Pactos narcísicos no racismo**: branquitude e poder nas organizações empresariais e no poder público. 2002. Tese (Doutorado em Psicologia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47131/tde-18062019-181514/pt-br.php>. Acesso em: 10 nov. 2022.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001.
- BRAGA, Ana Gabriela Mendes; ANGOTTI, Bruna. **Dar à luz na sombra**: condições atuais e futuras de exercício de maternidade na prisão. São Paulo: Editora UNESP Digital, 2019. DOI: <https://doi.org/10.7476/9788595463417>. Disponível em: <https://books.scielo.org/id/6gstt/pdf/braga-9788595463417.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2022.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [1941]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 25 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [1984]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 25 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 25 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016**. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso em: 17 set. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade – junho de 2017**. Organização de Marcos Vinícius Moura Silva. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019a. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios-e-manuais/relatorios/relatorios-sinteticos/infopenmulheres-junho2017.pdf/view>. Acesso em: 25 abr. 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen Mulheres**: Junho de 2014. Brasília, DF: DEPEN, 2014. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 64, de 2018**. Disciplina o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, bem como sobre a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar das mulheres na mesma situação. Brasília, DF: Senado Federal, 2018. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7638604&ts=1630422373943&disposition=inline&_gl=1*n2l488*_ga*MTEzMzkxOTY3Ni4xNjgwNzI4MjI1*_ga_CW3ZH25XMK*MTY4MTEyOTQxNS4xLjAuMTY4MTEyOTQxNS4wLjAuMA. Acesso em: 10 abr. 2023.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.998/2013**. Altera o art. 1º e insere dispositivos sobre a Primeira Infância na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 [...]. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=604836> Acesso em: 17 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus nº 128.660/SP**. Agravante: N K. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5 de agosto de 2020g. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001398796&dt_publicacao=24/08/2020. Acesso em: 31 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus nº 633.474/SP**. Agravante: Camila Gabriela dos Santos (Preso). Agravado: Ministério Público Federal, Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. João Otávio de Noronha, 1º de março de 2021b. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202003349890&dt_publicacao=09/04/2021. Acesso em: 31 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 113.778/RS**. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CUSTÓDIA PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. PRISÃO DOMICILIAR. MEDIDA DESPROPORCIONAL. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA DE CAUTELARES DIVERSAS. ORDEM CONCEDIDA. [...]. Recorrente: Vanderleia Fonseca da Silva (preso). Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 27 de novembro de 2019d. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901628619&dt_publicacao=17/12/2019. Acesso em: 2 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 527.500/SP**. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SEGREGAÇÃO CAUTELAR. FUNDAMENTADA. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR. MÃE DE CRIANÇAS MENORES DE 12 ANOS. DELITO COMETIDO NO CASA ONDE OS FILHOS RESIDIAM. AUSÊNCIA DE CONTEMPORANEIDADE DA PRISÃO PROCESSUAL. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. [...]. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 27 de novembro de 2019c. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902423949&dt_publicacao=16/12/2019. Acesso em: 2 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 350.295/SP**. Habeas Corpus. Homicídio qualificado. Prisão preventiva. Art. 312 do CPP. Periculum Libertatis. Fundamentação insuficiente. Ordem concedida. [...]. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 21 de outubro de 2019f. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600552834&dt_publicacao=03/05/2016. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 366.517/DF**. Impetrante: Alexandre Vieira de Queiroz e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 27 de outubro de 2016d. p. 3. Disponível em: https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/HC366517.pdf. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 470.549/TO**. Habeas Corpus substitutivo de recurso próprio. Tráfico de drogas. Prisão preventiva. Segregação fundada na garantia da ordem pública. Risco de reiteração. Expressiva

quantidade e variedade de entorpecentes, além de petrechos. Fundamentação idônea. Substituição por prisão domiciliar. Cabimento. Art. 318-A do Código de Processo Penal. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Tocantins. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 19 de fevereiro de 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1792638&num_registro=201802472603&data=20190220&formato=PDF. Acesso em: 1º maio 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 518.800/MA**. Habeas Corpus. Violência doméstica e familiar. Arts. 129, § 9º, e 147 do Código Penal. Ausência dos Requisitos Previstos nos art. 312 e 313 do Código de Processo Penal. [...]. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 21 de outubro de 2019g. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901883966&dt_publicacao=21/10/2019. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 568.214/DF**. Impetrante: Thiago Lobo Fleury e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 23 de março de 2020f. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=107941231&tipo_documento=documento&num_registro=202000731710&data=20200325&formato=PDF. Acesso em: 21 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 569.476/MG**. Impetrante: Pablo Cerqueira Teles. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 3 de abril de 2020j. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=108212764&num_registro=202000766572&data=20200403&tipo=0. Acesso em: 31 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 589.442/SP**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 22 de junho de 2020i. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=111516509&num_registro=202001436870&data=20200624&tipo=0. Acesso em: 31 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 599.024/AL**. Impetrante: Ronald Pinheiro Rodrigues. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 6 de agosto de 2020m. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=113283045&num_registro=202001803919&data=20200806&tipo=0. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 597.714/RJ**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, 26 de agosto de 2020l. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=114048112&num_registro=202001752263&data=20200826&tipo=0. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 614029/SP**. Impetrante: Lucas Henrique Beppu. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 22 de setembro de 2020e. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=115436487&num_registro=202002434325&data=20200922&tipo=0. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 653.084/SP**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 24 de março de 2021e. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=123548922&num_registro=202100808373&data=20210324&tipo=0. Acesso em: 31 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 677.471/SP**. Impetrante: Laerte Jose Moreira de Oliveira. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. João Otávio de Noronha, 7 de setembro de 2021c. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=136247553&num_registro=202102038908&data=20210927&tipo=0. Acesso em: 31 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 700.438/RN**. Impetrante: Marcio Jose Maia de Lima. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 16 de outubro de 2021d. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=137792553&num_registro=202103312869&data=20211019&tipo=0. Acesso em: 31 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 711.346/BA**. Impetrante: João Marcos Vilela Leite e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 9 de março de 2022h. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=146506342&num_registro=202103925922&data=20220309&tipo=0. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 113.897/BA**. Recurso em habeas corpus. Prisão preventiva. Tráfico de entorpecentes. Associação para o tráfico. Porte ilegal de armas. Prisão domiciliar. Mãe de menor de 12 anos. Delito praticado na própria residência. Envolvimento em facção criminosa. Substituição por prisão domiciliar. Impossibilidade. Improvido. [...]. Recorrente: Lais de Oliveira Magalhaes (preso). Recorrido: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 13 de dezembro de 2019e. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901648006&dt_publicacao=13/12/2019. Acesso em: 2 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 126.862/CE**. Recorrente: Lidiane Saboia de Aguiar (Preso). Recorrido: Ministério Público do Estado do Ceará. Relator: Min. João Otávio de Noronha, 9 de setembro de 2020h. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001105909&dt_publicacao=17/06/2021. Acesso em: 31 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 151.585/ES**. Recorrente: Regina Lucia Xavier (preso). Recorrido: Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Relator: Min. Olindo Menezes, 1º de outubro de 2021f. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=136213089&num_registro=202102508351&data=20211001&tipo=0. Acesso em: 31 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 145.931/MG**. Recorrente: Joseane Santos Damascena. Recorrido: Ministério Público do Estado do Minas Gerais. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 16 de março de 2022g. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101133213&dt_publicacao=16/03/2022. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 660/DF**. Requerente: Associação Nacional de Membros do Ministério Público Pró-Sociedade. Relator: Min. Gilmar Mendes, 25 de março de 2020d. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/gilmar-dispositivos-resolucao-cnj.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 12/DF**. EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18.10.05, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE "DISCIPLINA O EXERCÍCIO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES POR PARENTES, CÔNJUGES E COMPANHEIROS DE MAGISTRADOS E DE SERVIDORES INVESTIDOS EM CARGOS DE DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO, NO ÂMBITO DOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS". PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. [...]. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Relator: Min. Carlos Britto, 20 de agosto de 2008. p. 32. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>. Acesso em: 8 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Medida Cautelar no Habeas Corpus 188.820/DF**. Agravo Regimental em Habeas Corpus Coletivo. Pandemia mundial. Covid-19. Presos. Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça. Medida Cautelar. Competência do relator. Manifestação prévia do Ministério Público. Desnecessidade. Plausibilidade jurídica do pedido e periculum in mora configurados. Agravo Regimental Desprovido. [...]. Agravante: Ministério Público Federal. Relator: Min. Edson Fachin, 18 de dezembro de 2021a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756100529>. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação 32.579/PR**. Agravo Regimental na Reclamação. Processual penal. Paciente mãe de filhos menores de 12 anos de idade. Acusada reincidente. Prisão domiciliar com fundamento no art. 318 do CPP. Possibilidade. Aplicação do entendimento firmado no julgamento do HC Coletivo xxxxx/sp. Agravo Regimental a que se nega provimento. [...]. Agravante: Ministério Público Federal. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 9 de setembro de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur435002/false>. Acesso em: 1º maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 790.824/SC**. Relator: Min. Jesuíno Rissato, 25 abril de 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203941649&dt_publicacao=05/05/2023. Acesso em: 20 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 118.533/MS**. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator: Min. Cármen Lúcia, 19 de setembro de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998>. Acesso em: 24 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 143.641/SP**. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 9 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em: 8 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 165.704/DF**. Habeas corpus coletivo. Admissibilidade. Lesão a direitos individuais homogêneos. Caracterização do habeas corpus como cláusula pétrea e garantia fundamental. Máxima efetividade do writ. Acesso à justiça. [...]. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator: Min. Gilmar Mendes, 4 de novembro 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755132401>. Acesso em: 4 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 186.185/DF**. Habeas corpus coletivo. Penal e processual penal. Pleito genérico de concessão de prisão domiciliar em abstrato. Situação de pandemia de covid19. Precedente. ADPF 347-TPI-MCREF. Incognoscibilidade do writ. Ordem parcialmente concedida, de ofício, apenas para determinar às autoridades indicadas a observância da recomendação nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, especialmente quanto às medidas de cuidado e prevenção da infecção pelo coronavírus das detentas gestantes, puérperas e lactantes. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo, Pernambuco, Pará, Mato Grosso, Maranhão, Rio Grande do Sul, Bahia, Sergipe, Paraná, Espírito Santo, Goiás, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Paraíba, Alagoas, Rodônia. Relator: Min. Luiz Fux, 30 de junho de 2020c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343626987&ext=.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF**. Custodiado – Integridade Física e Moral – Sistema Penitenciário – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – Adequação. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. [...] Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Requerido: Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 1º maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 641.630/RS**. Constitucional. Direito Penal. Execução penal. Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. 2. Cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime

[...]. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Luciano da Silva Moraes. Relator: Min. Gilmar Mendes, 11 de maio de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>. Acesso em: 15 nov. 2022.

BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Tradução Renato Aguiar. 18. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

CAMPOS, Carmen Hein de. **Criminologia Feminista**: Teoria feminista e críticas às criminologias. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CAMPOS, Marcelo. **Pela metade**: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo. 2015. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas e Sociais, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-31072015-151308/pt-br.php>. Acesso em: 21 abr. 2023.

CARNELÓS, Guilherme Ziliani; DELLOSO, Ana Fernanda Ayres; TURBIANI, Gustavo de Castro. O direito a uma mudança de olhar. *In*: INSTITUTO ALANA; COLETIVO DE ADVOACIA EM DIREITOS HUMANOS. **Pela liberdade**: a história do habeas corpus coletivo para mães e crianças. São Paulo: Instituto Alana, 2019. p. 84-92.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. A criminalização do tráfico de mulheres: proteção das mulheres ou reforço da violência de gênero? **Cadernos Pagu**, [s. l.], v. 31, p. 101-123, jul.-dez. 2008. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-deapoio/publicacoes/trafico-depessoas/criminalizacao_trafico_mulheres_elawiecko.pdf. Acesso em: 28 ago. 2022.

CHAI, Cássuis Guimarães; PASSOS, Kennya Regyna Mesquita. Gênero e Pensamento Criminológico: perspectivas a partir de uma epistemologia feminista. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 131-150, jul./dez. 2016. DOI 10.21902/2526-0065/2016.v2i2.1460. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/1460>. Acesso em: 24 set. 2022.

CNJ. **Crianças e o cárcere**: efeitos do sistema prisional no desenvolvimento da primeira infância. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/Pesquisa-A-crian%C3%A7a-e-o-C%C3%A1rcere-Carolina-Costa-Pereira-.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2023.

CNJ. Geopresídios: Dados das inspeções nos estabelecimentos penais. **CNJ**, [Brasília, DF], c2014. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php. Acesso em: 8 abr. 2023.

CNJ. Geopresídios: Dados das inspeções nos estabelecimentos penais. **CNJ**, Brasília, DF, c2023. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/gera_relatorio.php?tipo_escolha=comarca&opcao_escolhida=14&tipoVisao=estabelecimento. Acesso em: 19 abr. 2023.

CNJ. **Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros 2018**. Brasília, DF: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a18da313c6fdcb6f364789672b64fcefc948e694435a52768cbc00bda11979a3.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2022.

CNJ. **Recomendação nº 128, de 15 de fevereiro de 2022**. Recomenda a adoção do “Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero” no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. Brasília, DF: CNJ, 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original18063720220217620e8ead8fae2.pdf>. Acesso em: 6 mar. 2023.

CNJ. **Recomendação nº 369, de 19 de janeiro de 2021**. Estabelece procedimentos e diretrizes para a substituição da privação de liberdade de gestantes, mães, pais e responsáveis por crianças e pessoas com deficiência, nos termos dos arts. 318 e 318-A do Código de Processo Penal, e em cumprimento às ordens coletivas de habeas corpus concedidas pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal nos HCs no 143.641/SP e no 165.704/DF. Brasília: DF: CNJ, 2021a. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original22125020210125600f4262ef03f.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2021.

CNJ. **Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020**. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Brasília, DF: CNJ, 2020a. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original160026202003305e82179a4943a.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2021.

CNJ. **Recomendação nº 78, de 15 de setembro de 2020**. Acrescenta o art. 5-A à Recomendação CNJ nº 62/2020, que trata das medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo Coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo, e altera o art. 15, para prorrogar sua vigência. Brasília: DF: CNJ, 2020b. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3480>. Acesso em: 8 abr. 2023.

CNJ. **Recomendação nº 91, de 15 de março de 2021**. Recomenda aos tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas adicionais à propagação da infecção pelo novo Coronavírus e suas variantes – Covid-19 – no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Brasília: DF: CNJ, 2021b. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original15374320210405606b2ec701d4c.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2021b.

CNJ. **Regras de Bangkok**: Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Brasília, DF: CNJ, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/cd8bc11ffdc397c32eecd40afbb74.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2021.

COLETIVO de Advogados em Direitos Humanos – CADHu, [s. /], [2018]. Disponível em: <https://cadhu.wordpress.com/>. Acesso em: 14 nov. 2022.

COLETIVO DE ADVOGADOS EM DIREITOS HUMANOS. [Petição inicial HC coletivo nº 143.641/SP]. São Paulo, Rio de Janeiro e Brasília: CADHu, 8 maio 2017.

p. 16. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/hc-presas-gravidas-maes-criancas-12-anos.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2022.

CONEGLIAN, Olivar Augusto Roberti; TURELLA, Rogério. A prisão preventiva domiciliar e suas exceções: direito da mulher ou da criança? Arts. 318 e 318-A do Código de Processo Penal brasileiro. **Revista Transgressões: ciências criminais em debate**, Natal, v. 8, n. 2, p. 209-224, dez. 2020.

COSTA, Alexandre. Curso de Pesquisa Empírica e Ciência de dados aplicadas ao Direito. **Data Science e Direito**, [s. l.], 2020. Disponível em: <https://dsd.arcos.org.br/estrategias-de-abordagem/>. Acesso em: 30 out. 2021.

COSTA, Carolina Vieira da; NOLAN, Michael Mary; BALBUGLIO, Viviane. Prisão domiciliar para quem não tem casa: a situação das mulheres migrantes em conflito com a lei no Brasil. *In*: INSTITUTO ALANA; COLETIVO DE ADVOVACIA EM DIREITOS HUMANOS. **Pela liberdade**: a história do habeas corpus coletivo para mães e crianças. São Paulo: Instituto Alana, 2019. p. 77-83.

DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** Tradução Marina Vargas. 6. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2020.

FERREIRA, Ana Gabriela; GOMES, Camilla de Magalhães. Olhares feministas sobre o direito penal. Das seleções penais: gênero, raça e classe no sistema de justiça criminal. *In*: CAMPOS, Carmen Hein de; CASTILHO, Ela Wiecko de (org.). **Manual de direito penal com perspectiva de gênero**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. p. 3-42.

FERNANDES, Luciana Costa; DORNELLAS, Mariana Paganote. A internalização das regras de Bangkok e seus efeitos na execução da pena por mulheres no Brasil: limites e desafios no contexto de encarceramento em massa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 26, n. 145, p. 209-240, jul. 2018. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/123282>. Acesso em: 17 set. 2022.

FERREIRA, Carolina Costa. BUDÓ, Marília de Nardin. Teoria do crime: um ensaio sobre a dogmática penal e pensamento situado. *In*: CAMPOS, Carmen Hein de; CASTILHO, Ela Wiecko de (org.). **Manual de direito penal com perspectiva de gênero**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. p. 155-188.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro; PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Supremo Tribunal Federal e a naturalização da barbárie = The Brazilian Federal Supreme Court and the normalization of barbarity. **Revista Direito e Práxis**, [s. l.], v. 11, n. 2, p. 1211-1237, jun. 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/50270>. Acesso em: 23 jul. 2023

FRAGOSO, Nathalie; ALMEIDA, Eloísa Machado de; ANGOTTI, Bruna; OLIVEIRA, Hilem; FERREIRA, André. Filhos & algemas nos braços: o enfrentamento do encarceramento feminino & suas graves consequências sociais. *In*: INSTITUTO ALANA; COLETIVO DE ADVOVACIA EM DIREITOS HUMANOS. **Pela liberdade**: a história do habeas corpus coletivo para mães e crianças. São Paulo: Instituto Alana, 2019. p. 10-19.

FRANCO, Marielle. **UPP - A redução da favela em três letras**: uma análise da política de segurança pública do estado do Rio de Janeiro. São Paulo: N-1 Edições, 2018.

FRANKLIN, Naila Ingrid Chaves. Raça e gênero na obra de Nina Rodrigues: a dimensão racializada do feminino na criminologia positivista do final do século XIX. **Cadernos do CEAS**, Salvador, n. 238, p. 641-658, 2016. Disponível em: https://bradonegro.com/content/arquivo/12122018_111600.pdf. Acesso em: 22 jul. 2023.

FUCHS, Marcos; GROTERHORST, Rebecca; RASSI, João Daniel; TREVISAN, Beatriz Massetto. Prisão e Pandemia: uma análise crítica das decisões do Supremo Tribunal Federal durante a Crise da Covid-19. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 16, n. 96, p. 5-18, jun./jul. 2020. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/146944>. Acesso em: 30 mar. 2023.

FUNDO BRASIL DE DIREITOS HUMANOS. Antiproibicionistas criam “Agenda Feminista pelo Desencarceramento de Mulheres”. **Fundo Brasil**, [s. l.], 30 ago. 2018. Disponível em: <https://www.fundobrasil.org.br/antiproibicionistas-criam-agenda-feminista-pelo-desencarceramento-de-mulheres/>. Acesso em: 9 nov. 2022.

FUNDO BRASIL DE DIREITOS HUMANOS. Rede Nacional de Feministas Antiproibicionistas (RENFA): Objetivos e público prioritário. **Fundo Brasil**, [s. l.], [2017]. Disponível em: <https://www.fundobrasil.org.br/projeto/rede-nacional-de-feministas-antiproibicionistas-renfa/>. Acesso em: 9 nov. 2022.

HARTUNG, Pedro; HENRIQUES, Isabella. Participação social para uma justiça mais inclusiva e democrática. *In*: INSTITUTO ALANA; COLETIVO DE ADVOACIA EM DIREITOS HUMANOS. **Pela liberdade**: a história do habeas corpus coletivo para mães e crianças. São Paulo: Instituto Alana, 2019. p. 34-35.

HELPE, Sintia Soares. **Vidas em jogo**: um estudo sobre mulheres envolvidas com o tráfico de drogas. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 62-65.

HERDY, Rachel. A recomendação de uma instituição normativa serve pra quê? **Revista Consultor Jurídico**, [s. l.], 31 jul. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-31/limite-penal-recomendacao-instituicao-normativa-serve>. Acesso em: 8 abr. 2023.

HUNTER, Rosemary. The Power of Feminist Judgments? **Feminist Legal Studies**, [s. l.], v. 20, n. 2, p. 135-148, 2012.

INSTITUTO ALANA. Quem somos. **Prioridade Absoluta**, [s. l.], c2023. Disponível em: <https://prioridadeabsoluta.org.br/quem-somos/>. Acesso em: 25 abr. 2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Resolução do CNPCP disciplina situação de filhos de mulheres encarceradas. **IBCCRIM**, São Paulo, 28 jul. 2009. Disponível em: <https://arquivo.ibccrim.org.br/noticia/13345-Resolucao-do-CNPCP-disciplina-situacao-de-filhos-de-mulheres-encarceradas>. Acesso em: 21 abr. 2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS; INSTITUTO TERRA TRABALHO E CIDADANIA; PASTORAL CARCERÁRIA. [**Memorais apresentados no HC nº 143.641/SP**]. IBCRIM; ITTC; Pastoral Carcerária, 2018. Documento em pdf.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Mães livres**: A maternidade invisível no sistema de justiça. São Paulo: IDDD, 2019. Relatório do Projeto. Disponível em: http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2020/07/Maes_Livres_IDDD.pdf. Acesso em: 25 abr. 2023.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. Sobre o IDDD. **IDDD**, [s. l.], c2023. Disponível em: <https://iddd.org.br/o-iddd/>. Acesso em: 25 abr. 2023.

INSTITUTO TERRA TRABALHO E CIDADANIA. Direitos e Gênero. **ITTC**, São Paulo, 2015d. Disponível em: <http://itcc.org.br/direitos-genero/>. Acesso em: 9 nov. 2022.

INSTITUTO TERRA TRABALHO E CIDADANIA. Justiça sem muros. **ITTC**, São Paulo, 2015c. Disponível em: <http://itcc.org.br/justica-sem-muros/>. Acesso em: 9 nov. 2022.

INSTITUTO TERRA TRABALHO E CIDADANIA. Nossa História. **ITTC**, São Paulo, 2015a. Disponível em: <https://itcc.org.br/nossa-historia/>. Acesso em: 9 nov. 2022.

INSTITUTO TERRA TRABALHO E CIDADANIA. Quem somos. **ITTC**, São Paulo, 2015b. Disponível em: <https://itcc.org.br/quem-somos/>. Acesso em: 9 nov. 2022.

INSTITUTO TERRA TRABALHO E CIDADANIA. **Relatório Mulheres sem prisão**: desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória de mulheres. São Paulo: ITTC, 2017. Disponível em: https://www.itcc.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio_final_online.pdf. Acesso em: 9 nov. 2022.

INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA. Marco legal e desencarceramento de mulheres: Audiência de custódia. **ITTC**, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://itcc.org.br/marco-legal-mulheres-custodia/>. Acesso em: 22 abr. 2023.

ISHIY, Karla. **A desconstrução da criminalidade feminina**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-11022015-082103/en.php>. Acesso em: 8 nov. 2022.

JESUS, Maria Gorete Marques de. **“O que está no mundo não está nos autos”**: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. 2016. Tese (Doutorado em Sociologia – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas e Sociais, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; GALISTEU, Maria Fernanda Borges. Estigma da mulher criminosa e a situação excepcionalíssima do Habeas Corpus 143.641. **Revista LEX de Criminologia e Vitimologia**, Porto Alegre, v. 2, n. 4, p. 7–36, jan./abr., 2022.

LAGO, Natália Bouças do. **Mulheres na prisão: entre famílias, batalhas e a vida normal**. 2014. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas e Sociais, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

LARRAURI, Elena. **Mujeres y Sistema Penal: Violencia Doméstica**. Buenos Aires: Euros Editores SRL, 2008.

LIMA, Debora Nachmanowicz de. Seletividade penal, encarceramento em massa e a decisão pela prisão domiciliar de mães e grávidas. *In*: INSTITUTO ALANA; COLETIVO DE ADVOACIA EM DIREITOS HUMANOS. **Pela liberdade: a história do habeas corpus coletivo para mães e crianças**. São Paulo: Instituto Alana, 2019. p. 70-75.

MACCORMICK, Neil. Argumentation and Interpretation in Law. **Ratio Juris**, v. 6, n. 1, 1993.

MARANHÃO, Douglas Bonaldi; GIMENES, Amanda Mendes. O encarceramento feminino no Brasil e a política legislativa brasileira em face das Regras de Bangkok. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 147, p. 219-249, set. 2018. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6600945>. Acesso em: 28 set. 2022.

MATTAR, Laura Davis; DINIZ, Carmen Simone Grilo. Hierarquias reprodutivas: maternidade e desigualdades no exercício de direitos humanos pelas mulheres. **Interface: Comunicação, Saúde, Educação**, Botucatu, v. 16, n. 40, p. 107-119, 2012. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1414-32832012005000001>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/icse/a/XqxCrSPzLQSyJjsFQMdwjb/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 30 abr. 2023.

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

MENEGUETTI, Vanessa; DIAS, Camila Nunes. A (não) aplicação de prisão domiciliar a gestantes e mães: um estudo sobre o cumprimento do HC coletivo 143.641 pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 165, p. 379-419, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUNES, Clarissa do Rego Barros. **Maternidade desviante: Prisão domiciliar para mulheres encarceradas grávidas ou mães nos tribunais de justiça de Pernambuco e do Distrito Federal e Territórios**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2020. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/38985/1/2020_ClarissadoRegoBarrosNunes.pdf. Acesso em: 3 out. 2022.

NUNES, Douglas Pinto. Prisão domiciliar de mães e gestantes: atual estado da arte. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, DF, ano 18, n. 54, p. 87-104, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/cientificas/index.php/boletim/article/view/484/434>. Acesso em: 1º maio 2023.

PASTORAL CARCERÁRIA. Coordenação. **Pastoral Carcerária**, São Paulo, 2014-2018a. Disponível em: <https://carceraria.org.br/coordenacao>. Acesso em: 9 nov. 2022.

PASTORAL CARCERÁRIA. Mulher Encarcerada. **Pastoral Carcerária**, São Paulo, [2014-2018c]. Disponível em: <https://carceraria.org.br/mulher-encarcerada>. Acesso em: 9 nov. 2022.

PASTORAL CARCERÁRIA. Objetivos e atividades. **Pastoral Carcerária**, São Paulo, [2014-2018b]. Disponível em: <https://carceraria.org.br/a-pastoral-carceraria#1541815130443-dd3b0bc0-b2a5>. Acesso em: 9 nov. 2022.

PEREIRA, Carolina Soares Nunes. Uma leitura abolicionista das Regras de Bangkok: Entre o desencarceramento feminino e a reforma as prisões. *In*: BOITEUX, Luciana; CARLOS MAGNO, Patricia; BENEVIDES, Laize (org.). **Gênero, feminismos e sistemas de Justiça**: discussões interseccionais de gênero, raça e classe. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2018. p. 108-119.

PODER JUDICIAL DE CHILE. Secretaría Técnica Igualdad de Género no Discriminación. **Justicia com Perspectiva de Género**. Chile, 2021. Disponível em: <http://secretariadegenero.pjud.cl/images/stgnd/proyectos/revistaJusticiaPerspectiva/RevistaJusiticaconPerspectivadeGenero.pdf>. Acesso em: 6 mar. 2023.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. Rio de Janeiro: Record, 2015.

RAMOS, Luciana de Souza. O reflexo da criminalização das mulheres delinqüentes pela ausência de políticas públicas de gênero. Em questão: os direitos sexuais e reprodutivos. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. **Anais eletrônicos** [...]. Fortaleza: CONPEDI, 2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4214.pdf>. Acesso em: 23 set. 2022.

REDE NACIONAL DE FEMINISTAS ANTIPROIBICIONISTAS. ANTIPROIBICIONISMO como missão. **RENFA**, [s. l.], 2022c. Disponível em: <https://renfa.org/>. Acesso em: 9 nov. 2022.

REDE NACIONAL DE FEMINISTAS ANTIPROIBICIONISTAS. **Carta de Princípios RENFA**. [S. l.]: RENFA, 2022b. Disponível em: <https://docs.google.com/document/d/149faNcSjL7USZzfmjM0rJitbqDt3P0SneOCXKy9bx4M/edit>. Acesso em: 10 nov. 2022.

REDE NACIONAL DE FEMINISTAS ANTIPROIBICIONISTAS. **Manual feminista antirracista pelo desencarceramento**: As experiências da Agenda Feminista pelo Desencarceramento. Organização: Ingrid Farais. 3. ed. [S. l.]: RENFA, 2019. Disponível em: <http://renfa.org/lib/fxnjqy/versaofinal4-min-knlxcg3p.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2022.

REDE NACIONAL DE FEMINISTAS ANTIPROIBICIONISTAS. Sobre a RENFA. **RENFA**, [s. l.], 2022a. Disponível em: <https://renfa.org/>. Acesso em: 9 nov. 2022.)

REIS JUNIOR, Almir Santos; COHN, Ana Clara da Silva; BARETTA, Gilciane Allen. Maternidade no cárcere: a prisão domiciliar como substitutiva à prisão preventiva.

Revista Vianna Sapiens, [s. l.], v. 12, n. 1, p. 200-224, 2021. DOI: 10.31994/rvs.v12i1.722. Disponível em: <https://www.viannasapiens.com.br/revista/article/view/722>. Acesso em: 9 nov. 2022.

RICHA, Morgana de Almeida. Amplitude do Poder Normativo do CNJ. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins; MARRAFON, Marco Aurélio (org.). **Conselho Nacional de Justiça: fundamentos, processo e gestão**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1. p. 21-437.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

RYU, Daiana. Encarceramento provisório na pandemia do coronavírus (Sars-CoV-2) na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: prisão preventiva como *ultima ratio*? **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 8. n. 1. p. 443-486, jan./abr. 2022.

SANTOS, Juarez Cirino dos. 30 anos de Vigiar e Punir (Foucault). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 14, n. 58, p. 289-298, jan./fev. 2006, São Paulo.

SHECAIRA, Fábio; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: PUC-Rio; Contraponto, 2016.

SILVA, Fernanda Lima da; PRANDO, Camila Cardoso de Mello. Mulheres e controle policial no Recife oitocentista: entre silêncios e práticas de liberdade. **Direito Público**, [s. l.], v. 18, n. 99, 2021. DOI: 10.11117/rdp.v18i99.5864. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/5864>. Acesso em: 23 jul. 2023.

SMART, Carol. **Feminism and the Power of Law**. New York: Routledge. 1989.

SMART, Carol. La teoría feminista y el discurso jurídico. *In*: BIRGIN, Haydée (Comp.). **El Derecho en el género y el género en el Derecho**. Buenos Aires: Biblos, 2000. p. 31-69.

SOUZA, Mayara Silva de; DANTAS, Thaís Nascimento; PERISSÉ, Guilherme. Infância e maternidade sem grades. *In*: INSTITUTO ALANA; COLETIVO DE ADVOACIA EM DIREITOS HUMANOS. **Pela liberdade: a história do habeas corpus coletivo para mães e crianças**. São Paulo: Instituto Alana, 2019. p. 38-47.

TEIXEIRA, Alessandra; OLIVEIRA, Hilem. Maternidade e encarceramento feminino: o estado da arte das pesquisas no Brasil. **Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais – BIB**, São Paulo, v. 81, p. 25-41, 2016.

TORQUATO, Aneliza de Lima. **Percepção de mães sobre vínculo e separação de seus bebês em uma unidade prisional feminina na cidade de São Paulo-SP**. 2014. Dissertação (Mestrado em Psicologia do Desenvolvimento e Aprendizagem) – Faculdade de Ciências, Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/110919>. Acesso em: 15 nov. 2022.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Reescrevendo decisões judiciais em perspectivas feministas. Ribeirão Preto: USP, 2023. Disponível em: <https://www.direitorp.usp.br/reescrevendo-decisoes-judiciais-em-perspectivas-feministas/>. Acesso em: 4 maio 2023.

VIAPIANA, Tábata. Tribunais devem adotar interpretação consequencialista na epidemia, diz Fuz. **Revista Consultor Jurídico**, [s. l.], 27 jul. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-27/juiz-avaliar-consequencias-decisoes-epidemia-fuz>. Acesso em: 5 abr. 2023.

WACQUANT, Loïc. **Punir os Pobres**: A nova gestão da Miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, F. Bastos, 2001. (Coleção Pensamento Criminológico).

WURSTER, Tani Maria. **O outro encarcerado**: Ser mulher importa para o sistema de justiça? 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. Disponível em: <https://hdl.handle.net/1884/65858>. Acesso em: 11 nov. 2022.

YOUNG, Iris Marion. O ideal da imparcialidade e o público cívico. **Revista Brasileira de Ciência Política**, [s. l.], n. 9, p. 169-203, 2012. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rbcp/article/view/2015>. Acesso em: 7 mar. 2023.