

HABEAS CORPUS 224.484 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
PACTE.(S) :---
IMPTE.(S) :MARCELO EGREJA PAPA
COATOR(A/S)(ES) :RELATOR DO HC Nº 798.214 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO: Trata-se de pedido de reconsideração/agravo contra a negativa de seguimento monocrática nos autos do *habeas corpus* impetrado por Marcelo Egreja Papa, em favor de ---, atacando a decisão monocrática proferida pelo vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do HC 798.214/SP. Sustenta que a situação fática é diversa da descrita anteriormente, sem que a denúncia descreva conduta de tráfico na presença das crianças.

É o breve relatório.

Recebo o pedido como agravo regimental. Com razão o impetrante. A superação da Súmula 691 do STF decorre da configuração de flagrante ilegalidade, autorizando a intervenção direta do Supremo Tribunal Federal no caso concreto.

A denúncia narra que (eDOC 2, p. 2-3):

“Consta do incluso inquérito policial que, no dia 22 de novembro de 2022, por volta das 20h30min, em frente e no interior de imóvel situado na Rua ---, os DENUNCIADOS traziam consigo e tinham em depósito, para fins de tráfico, 1.337 (hum mil, trezentos e trinta e sete) porções de maconha, com peso líquido de 1224,62g., e 2.675 (dois mil, seiscentos e setenta e cinco) porções de cocaína, com peso líquido de 858,81g., substâncias que causam dependência química e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conforme auto de exibição/apreensão a fls. 18, laudo de constatação provisória a fls. 19/23 e imagens a fls. 24/25, 27/29, 58/59 e 60/62.

Segundo o apurado, na data dos fatos, os acusados,

companheiros, tinham em depósito, dentro de uma mala deixada no quarto por eles utilizado, em residência situada no local dos fatos, as drogas acima mencionadas, embaladas individualmente, para fins de entrega a consumo de terceiros.

Nesse momento, os denunciados colocaram parte das drogas em uma sacola e dali saíram para distribuí-las nos pontos de venda. Na frente da residência ambos ingressaram no veículo ---, --- no lado do motorista e ---, na posse da sacola com drogas, no lado do passageiro.

Instantes após o início da condução do veículo, os denunciados foram abordados por policiais, os quais constataram a posse das drogas. Informalmente, --- declarou ser o proprietário das drogas, enquanto --- admitiu que havia mais drogas na residência.

Assim, com a entrada permitida por ---, os policiais ingressaram no imóvel e, além das drogas, encontraram dois celulares e uma balança de precisão. Novamente indagado, --- admitiu que tinha em depósito as drogas para abastecer um ponto de tráfico de drogas, recebendo R\$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais) por semana.

As circunstâncias em que se desenvolveu a diligência policial, na residência dos acusados, aliadas à vultosa quantidade e variedade de drogas apreendidas, bem como a forma de acondicionamento, embaladas individualmente, para pronta venda no varejo, e a admissão informal, denotam a traficância supramencionada pelos denunciados exercida.

Ante o exposto, denuncio --- --- e ---, qualificados a fls. 14/15, como incurso no artigo 33, caput, Lei nº 11.343/06. Requeiro que, recebida e autuada esta, instaure-se o devido processo penal, citando-se e interrogando-se a ré, seguindo-se o rito dos artigos 55 e seguintes da Lei de Drogas, até final condenação, ouvindo-se as testemunhas adiante arroladas em caráter de imprescindibilidade.”

Da narrativa e depoimentos que suportam a acusação, transcritos pelo magistrado, ao manter a custódia cautelar (eDOC 9, p. 2-4), infere-se:

“Da análise dos elementos informativos reunidos nos autos, em cognição sumária, verifica-se que há prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria do crime de tráfico de drogas, conforme se depreende do auto de prisão em flagrante (fls. 01), do auto de exibição e apreensão (fls. 18), do laudo de constatação (fls. 19/23) e dos termos de depoimentos (fls. 08/09, 10/11 e 12/13). Consta dos autos que Policiais Civis, em continuidade a um trabalho de investigação, realizaram diligência até o local dos fatos, e lá chegando realizaram uma campana em uma viatura descaracterizada. Após um tempo no local, os Policiais visualizaram um casal saindo do interior da residência, sendo que o homem trazia em suas mãos uma sacola. O casal entrou em um veículo que estava parado em frente à residência, a saber, um Ford Fiesta, cor prata. A mulher assumiu a direção do veículo, e o indivíduo por sua vez, seguiu no banco do passageiro. Tão logo o veículo partiu, os Policiais realizaram a abordagem. O Casal identificado como sendo, --- --- e ---. Ao realizarem veículo, localizaram a sacola que estava nas mãos de ---, no momento em que entrou no veículo. Na citada sacola, havia 144 (cento e quarenta e quatro) eppendorfs de crack, 84 (oitenta e quatro) porções de maconha e 168 (cento e sessenta e oito) invólucros de cocaína. Indagados, --- assumiu ser o responsável pelas drogas, enquanto ---, indagada se havia mais drogas, informou que havia mais um pouco no interior da residência. --- franqueou a entrada aos Policiais e, juntamente com ---, adentraram ao imóvel, onde relataram que as drogas estavam em uma mala no quarto do casal. [...] Depreende-se dos autos que as drogas seriam destinadas para o abastecimento de um ponto de drogas. Ainda, verifica-se da certidão de antecedentes que o autuado possui condenação por crime de tráfico de drogas (fls. 71/73). Quanto à autuada, também há indícios de que não é pessoa iniciante no tráfico de drogas. Conforme os relatos dos Policiais Civis, era ela quem teria assumido a condução do veículo para o transporte das drogas.

Além disso, a autuada teria informado sobre a existência de mais drogas em sua residência. Nesse contexto, a prisão preventiva é imprescindível para a garantia da ordem pública, como forma de evitar que novas infrações penais sejam cometidas, sendo que medidas cautelares alternativas à prisão se mostram insuficientes e inadequadas para o caso concreto. Por fim, quanto à substituição da prisão preventiva pela domiciliar, no caso dos autos, o pedido não comporta acolhimento, uma vez que as crianças estavam na residência onde estava sendo praticado crime grave de tráfico de drogas, uma vez que grande quantidade de substâncias entorpecentes estava sendo ali guardada. Ademais, observa-se dos autos que as crianças estão sob os cuidados da irmã da autuada”.

A decisão que decretou a preventiva discorreu sobre a ordem pública, negando o pedido da impetrante com fundamento no fato de a droga estar “guardada na residência” (eDOC 9, p. 3). No entanto, sequer há imputação de comércio de drogas no contexto da residência, tendo a abordagem ao veículo ocorrido em via pública, longe das filhas do casal. A suposta concordância da paciente quanto ao ingresso na residência, não documentada, consoante orientação do Superior Tribunal de Justiça desde o *habeas corpus* 598.051, em complementação ao RExt. 603.616, de minha relatoria, mostra-se de duvidosa validade, a ser objeto de deliberação na origem. De qualquer forma, o argumento utilizado para negativa da concessão da prisão domiciliar deve ser afastado.

O Supremo Tribunal Federal estabeleceu a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar, desde o julgamento do *habeas corpus Coletivo* 143.641/SP, relatado pelo Min. Ricardo Lewandowski:

“A Turma, preliminarmente, por votação unânime, entendeu cabível a impetração coletiva e, por maioria, conheceu do pedido de habeas corpus, vencidos os Ministros Dias Toffoli e Edson Fachin, que dele conheciam em parte. Prosseguindo no

juízo, a Turma, por maioria, concedeu a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, 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 nesse 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 excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício. Estendeu 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 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, deverá-se 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. A fim de se dar cumprimento imediato a esta decisão, deverão ser comunicados os Presidentes dos Tribunais Estaduais e Federais, inclusive da Justiça Militar Estadual e Federal, para que prestem informações e, no prazo máximo de 60 dias a contar de sua publicação, implementem de modo integral as determinações estabelecidas no presente julgamento, à luz dos parâmetros ora enunciados. Com vistas a conferir maior

agilidade, e sem prejuízo da medida determinada acima, também deverá ser oficiado ao DEPEN para que comunique aos estabelecimentos prisionais a decisão, cabendo a estes, independentemente de outra provocação, informar aos respectivos juízos a condição de gestante ou mãe das presas preventivas sob sua custódia. Deverá ser oficiado, igualmente, ao Conselho Nacional de Justiça - CNJ, para que, no âmbito de atuação do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, avalie o cabimento de intervenção nos termos preconizados no art. 1º, § 1º, II, da Lei 12.106/2009, sem prejuízo de outras medidas de reinserção social para as beneficiárias desta decisão. O CNJ poderá ainda, no contexto do Projeto Saúde Prisional, atuar junto às esferas competentes para que o protocolo de entrada no ambiente prisional seja precedido de exame apto a verificar a situação de gestante da mulher. Tal diretriz está de acordo com o Eixo 2 do referido programa, que prioriza a saúde das mulheres privadas de liberdade. Os juízes responsáveis pela realização das audiências de custódia, bem como aqueles perante os quais se processam ações penais em que há mulheres presas preventivamente, deverão proceder à análise do cabimento da prisão, à luz das diretrizes ora firmadas, de ofício. Embora a provocação por meio de advogado não seja vedada para o cumprimento desta decisão, ela é dispensável, pois o que se almeja é, justamente, suprir falhas estruturais de acesso à Justiça da população presa. Cabe ao Judiciário adotar postura ativa ao dar pleno cumprimento a esta ordem judicial. Nas hipóteses de descumprimento da presente decisão, a ferramenta a ser utilizada é o recurso, e não a reclamação, como já explicitado na ADPF 347”.

O posicionamento foi reiterado no *habeas corpus* 192.627/RO, Segunda Turma, em 17/02/2021, também da relatoria do :

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO

PREVENTIVA. MULHER. MÃE DE CRIANÇA MENOR DE 12 ANOS DIREITO DA CRIANÇA DE TER SEU DESENVOLVIMENTO NA COMPANHIA DE SUA GENITORA EM AMBIENTE DOMICILIAR. ACÓRDÃO DA SEGUNDA TURMA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HC 143.641/DF QUE INSPIROU A EDIÇÃO DA LEI 13.769/2018. CRIME QUE NÃO FOI PRATICADO MEDIANTE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA, NEM CONTRA SEU FILHO OU DEPENDENTE. DESNECESSIDADE DE A MÃE COMPROVAR QUE É IMPRESCINDÍVEL AOS CUIDADOS DO MENOR. POSSIBILIDADE DE PRISÃO DOMICILIAR. FLAGRANTE ILEGALIDADE APTA À SUPERACÃO DA SÚMULA 691/STF. ORDEM CONCEDIDA POR EMPATE (art. 146, parágrafo único, do RISTF).

I - Cuidados com a mulher presa que se direcionam não só a ela, mas igualmente aos seus filhos, os quais 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.

II – Ao julgar o HC 143.641/DF, a Segunda Turma do STF rechaçou a “Cultura do encarceramento” que se evidencia pela exagerada e irrazoável imposição de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação da lei penal, bem assim da processual penal, mesmo diante da existência de outras soluções, de caráter humanitário, abrigadas no ordenamento jurídico

vigente. Precedentes. III - A Lei 13.769/2018, ao inserir o art. 318A no Código de Processo Penal, estabeleceu que 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 ou (ii) não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente, o que se verifica na hipótese. IV - 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. V – Ordem concedida, de ofício (art. 192 do RISTF), para determinar a substituição da prisão preventiva da paciente pela domiciliar, ressaltando-se a possibilidade de aplicação concomitante das cautelares alternativas previstas no art. 319 do CPP, acima referidas, bem como das demais diretrizes contidas no supra referido HC 143.641/SP. Após, caberá ao juiz da causa a orientação quanto às condições da prisão domiciliar, de forma a evitar seu descumprimento ou a reiteração criminosa, haja vista que tais circunstâncias poderão ocasionar a revogação do benefício. (STF, HC 192627 AgRg, Redator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 17/02/2021).

No mesmo sentido, da minha relatoria:

“Habeas corpus. 2. Tráfico de drogas. Prisão preventiva. 3. Alegação de ausência dos requisitos autorizadores da custódia cautelar (art. 312 do CPP). Rejeição. 4. Paciente com filhos menores. Pleito de concessão da prisão domiciliar. Possibilidade. 5. Garantia do princípio da proteção à maternidade e à infância e do melhor interesse do menor. 6. Preenchimento dos requisitos do art. 318, inciso V, do CPP. 7. Decisão monocrática do STJ. Não interposição de agravo regimental. Manifesto constrangimento ilegal. Superação. 8. Ordem concedida de ofício, em parte, para determinar que a paciente seja colocada em prisão domiciliar”. (STF, HC 142279, Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 20/06/2017).

A Lei 13.257/2016 conferiu novo tratamento à manutenção dos vínculos familiares em face da condição de acusada de crimes, ao declarar no art. 318-A e B, do Código de Processo Penal, a prevalência da convivência familiar:

“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: (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

II não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

“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. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)”.

Em consequência, deve-se distinguir a regra da exceção. A **regra** é a de a mulher mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência “será” substituída por prisão domiciliar. As **exceções** são: **(a)** conduta praticada com violência ou grave ameaça à pessoa (CPP, art. 318, I); ou, **(b)** não tenha a conduta sido cometida contra seu filho ou dependente (CPP, art. 318, II). Preenchidos os requisitos da prisão preventiva (CPP, art. 312), a cautelar ambulatorial será efetivada na modalidade “prisão domiciliar”. É verdade que se a acusada já tiver histórico de descumprimento de outras medidas cautelares alternativas à prisão (CPP, art. 319), desde que apresentadas razões suficientes, devidamente motivadas e fundamentadas em indicadores concretos de realidade associados ao caso penal, aceita-se a negativa à prisão domiciliar. O mesmo raciocínio é válido no caso de descumprimento das condições da prisão domiciliar.

Entretanto, a ampliação das hipóteses de negativa da prisão domiciliar para além dos incisos do art. 318-A (violência ou grave ameaça à pessoa ou infração contra filho ou dependente), quer por analogia ou interpretação extensiva, viola a Tipicidade Processual Penal, consistente na extrapolação dos limites restritivos aos direitos subjetivos da acusada, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal e pelo CPP (art. 318-A).

A disposição do art. 318-A, do CPP, encontra-se no espaço decisório do Poder Legislativo, sem que tenha sido declarada inconstitucional abstratamente pelo STF ou, incidentalmente, na decisão originária, até

porque claramente constitucional. Por via de consequência, estando em vigor o disposto nos incisos do art. 318-A, do CPP, a negativa apresentada é inidônea.

Ademais, **a paciente é primária, sem registros criminais**, engolfada, em princípio, pela lógica inidônea de atribuição de responsabilidade penal ao núcleo familiar, um dos motivos, aliás, da ampliação abusiva do encarceramento feminino. A condução da mulher juntamente com o marido, nos casos de tráfico, em geral, amplia a punição por meio da imputação da associação para o tráfico (Lei 11.343/06, art. 35), além de se punir diretamente o núcleo familiar, especialmente os filhos. O encarceramento feminino é um fenômeno orientado à transcendência dos efeitos da pena, com a punição do núcleo familiar, especialmente no contexto dos excluídos da periferia, verdadeiros “acionistas do nada”, na feliz expressão de Orlando Zaccone (ZACCONE, Orlando. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas*. Rio de Janeiro: Revan, 2007).

Marina Pinhão Coelho Araújo, em artigo publicado na Folha de São Paulo (fevereiro de 2022), sob o título “*No direito, o humano não é feminino: Juristas estruturam respostas a partir do que é vivenciado pelo masculino*”, discorre sobre a importância da questão de gênero:

“Ao construir seu conceito de liberdade, Hannah Arendt propôs que só seria realmente livre quem pudesse, em espaços públicos garantidos, desenvolver toda sua personalidade e capacidade como ser humano. O sistema jurídico ainda exclui do espaço público a perspectiva de gênero.

[...]

Os paradigmas do direito foram construídos sob a perspectiva masculina. Juristas estruturaram respostas jurídicas a partir do que é vivenciado pelo masculino. É muito recente – e ainda incipiente – a participação feminina na construção das fontes do direito. E não digo apenas em relação à baixa participação de mulheres – muito limitada nos espaços de poder

em que se decide sobre o direito e pelo direito. Falo principalmente da perspectiva feminina nessa construção: seus direitos, suas particularidades, o espectro da violência sofrida.

No sistema penal, a perspectiva feminina é desconsiderada desde a legislação até a execução das penas.

[...]

Em casos de mulheres presas por tráfico internacional de drogas, muitas vezes cooptadas sexualmente a agir para redes internacionais de distribuição de entorpecentes, a valoração da conduta perpassa a perspectiva masculina, agravando-se, em muitos casos, a reprovabilidade da conduta e as penas de prisão. O fenômeno social jurídico deve espelhar a constituição da sociedade, que é plural e, em grande parte, feminina. A efetividade do discurso racional democrático encontra-se precisamente no amálgama dessas perspectivas. Se não há esse pluralismo, as mulheres não são realmente livres. São outros fazendo as regras sobre suas vidas, seus corpos, seus filhos, suas histórias. É preciso requalificar nosso direito, para que sejamos efetivamente uma sociedade democrática e humana”.

O Conselho Nacional de Justiça, além da Resolução 369/2021, que *“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”*, adotou o *“Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero 2021”*, decorrente do Grupo de Trabalho composto por Adriana Alves dos Santos Cruz, Adriana Ramos de Mello, Alcioni Escobar da Costa Alvim, Amini Haddad Campos, Bárbara Livio, Edinaldo Cesar Santos Junior, Jacqueline Machado, Lavínia Helena Macedo Coelho, Maria Domitila Prado Manssur, Mário Rubens Assumpção Filho, Patrícia Maeda, Tani Maria Wurster, Vanessa Karam de Chueiri Sanches e Victoriana Leonora Corte Gonzaga. Consta expressamente da introdução:

“Este protocolo é fruto do amadurecimento institucional do Poder Judiciário, que passa a reconhecer a influência que as desigualdades históricas, sociais, culturais e políticas a que estão

submetidas as mulheres ao longo da história exercem na produção e aplicação do direito e, a partir disso, identifica a necessidade de criar uma cultura jurídica emancipatória e de reconhecimento de direitos de todas as mulheres e meninas.

As lentes de gênero na interpretação do direito vêm sendo utilizadas há bastante tempo, e de modo especial, após a promulgação da Lei Maria da Penha, e com as iniciativas adotadas com o propósito de garantir a sua aplicação, como as Jornadas de Trabalho do Conselho Nacional de Justiça e o Fórum Nacional de Juízas e Juizes de Violência Doméstica e Familiar (Fonavid), com inserção de diálogos públicos nacionais à sedimentação de trabalhos que pudessem efetivamente dar corpo e funcionalidade à Lei n. 11.340/2006. Cite-se ainda a instalação de coordenadorias atinentes à temática da violência contra a mulher nos tribunais de justiça, para melhor implementação e funcionalidade das unidades judiciais com essa competência, o que veio a incrementar o diálogo público para melhoria dos serviços da rede de atendimento quando dessas intercorrências.

Nesse caminho, o Conselho Nacional de Justiça, ao editar este documento, avança na direção de reconhecer que a influência do patriarcado, do machismo, do sexismo, do racismo e da homofobia são transversais a todas as áreas do direito, não se restringindo à violência doméstica, e produzem efeitos na sua interpretação e aplicação, inclusive, nas áreas de direito penal, direito do trabalho, tributário, cível, previdenciário etc.

O Poder Judiciário brasileiro, voltando seu olhar para os países vizinhos na América Latina, como México, Chile, Bolívia, Colômbia e Uruguai, que já editaram protocolos, dirige sua atenção também às decisões de Cortes Regionais e Internacionais de Direitos Humanos que chamam à atenção da importância e da necessidade de se adotar protocolos oficiais de julgamentos com perspectiva de gênero, para que casos envolvendo direito das mulheres sejam tratados de forma adequada.

Em ordem nacional, os trabalhos do CNJ robustecem cotidianamente o diálogo quanto às interseccionalidades múltiplas que guarnecem a perspectiva de gênero. Decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal, sustentadas por um compromisso forte na defesa dos direitos humanos, igualmente avançam na pauta de reconhecimento às minorias do direito à igualdade substancial, tais como as decisões sobre união homoafetiva, reconhecimento da autodeterminação de identidade de gênero, concessão de prisão domiciliar para gestantes e mães, exclusão da contribuição previdenciária sobre o salário-maternidade, dentre outras decisões.

[...]

Ao que se vê, este protocolo é uma proposta que segue o discurso de garantia da inafastabilidade constitucionalmente exigida (art. 5º, XXXV, CF), bem como estabelece campo processual e procedimental sedimentados pelos discursos presentes em outros protocolos categorizados no âmbito internacional.

O objetivo primordial de todos esses esforços é alcançar a superação dos percalços que impossibilita a percepção de uma igual dignidade entre mulheres e homens, em todos os cenários. Destarte, mais ainda se exige essa diretriz no ambiente judicial, diante da própria dimensão do conceito de acesso à justiça.

Seguimos na certeza de que esse é um passo importante para que as promessas de igualdade e dignidade da Constituição Federal de 1988 se tornem concretas para todas as brasileiras que recorrem ao Poder Judiciário”.

A perspectiva de gênero se orienta tanto à condição de vítima, quanto à condição de investigada ou de acusada, direcionada à superação do que Valéria Pandjarjian, Angélica de Maria Mello de Almeida e Wânia Pasinato Izumino denominaram de “*in dubio pro stereotipo*”. (ALMEIDA, Angélica de Maria Mello de; PANDJARJIAN, Valéria.; IZUMINO, Wânia. P. Os estereótipos de gênero nos processos judiciais e a violência contra a mulher na legislação. Advocacia pro bono em defesa da mulher vítima de violência. Campinas/São Paulo, Editora da Unicamp/Imprensa Oficial do Estado, p. 75-106, 2002).

Janaína Matida (“Precisamos fortalecer a defesa criminal com perspectiva de gênero”. *Conjur*, 22/11/2022), discorre sobre o tema:

“Além do abandono de argumentos estereotipados, se seriamente pretendemos que a justiça criminal transforme-se em ambiente menos hostil às mulheres e outras minorias de gênero, também é preciso uma atuação de resistência quando o desafio é o defendê-las, pois elas é que estão no banco dos réus.

Conforme aponta o relatório *Mães Livre* (2021), do IDDD, nos 56 casos em que o Instituto prestou assistência jurídica às custodiadas, foi possível constatar considerável dificuldade dos magistrados em converter a prisão preventiva em domiciliar — a despeito das alterações que a Lei 13.769/18 trouxe ao CPP e da decisão do STF no HC coletivo 143.641/SP. Enquanto a legislação mencionada trouxe critérios claros para a substituição da prisão preventiva pela modalidade domiciliar, a nossa mais alta corte decidiu, em termos bastantes claros, a favor das mulheres:

"Para evitar tanto a arbitrariedade judicial quanto a sistemática supressão de direitos, típica de sistemas jurídicos que não dispõem de soluções coletivas para problemas estruturais, a melhor saída, a meu ver, no feito sob exame, consiste em conceder a ordem, estabelecendo parâmetros a serem observados sem maiores dificuldades pelos juízes, quando se depararem com a possibilidade de substituir a prisão preventiva em prisão domiciliar."

Era de se esperar, portanto, respostas bem diferentes nas entrevistas que o IDDD (Instituto de Defesa do Direito de Defesa) fez com as 196 presas na Penitenciária Feminina de Pirajuí, interior de São Paulo. Quando perguntadas se tinham filhos menores de 12 anos, em um universo de 152 respostas, 105 (69,07%) responderam que sim. Isto é, mesmo sendo mães, aquelas mulheres foram mantidas presas por decisões como essas:

"Ademais, o crime em questão envolveu adolescente, o que demonstra total despreocupação da paciente com a infância e juventude. Por fim, não há provas nos autos de que a suplicante é imprescindível para os cuidados da criança. (Decisão do TJ-SP 2098450-17.2018.8.26.0000).

Assim, o fato de a paciente ser genitora de filhos menores, por si só, não lhe garante em absoluto direito líquido e certo à obtenção do benefício de cumprimento de sua reprimenda em âmbito domiciliar, no qual sabidamente há muito menos fiscalização e vigilância, o que pode, diante da gravidade, dos crimes em tela engendrar plausível risco à ordem pública (Decisão do TJ-SP no HC 2133939-18.2018.8.26.0000)."

A falta de empatia refletida nas decisões deve-se à forte reprovação destinada a essas mulheres: a mulher acusada da prática de crime rompe duas ordens: a ordem legal, pois violou o Código Penal, e a ordem social, pois não satisfaz as expectativas da sociedade sobre o seu papel de cuidar da casa e dos filhos (Marcos Melo, "Elas e o cárcere: um estudo sobre o encarceramento feminino". Salvador: Oxente, 2018).

Neste cenário, uma defesa criminal com perspectiva de gênero tem o desafio de promover atuação capaz de provocar alguma sensibilidade em julgadores e julgadoras que ainda se negam a qualquer mínima permeabilidade à realidade das mulheres. Deve também preparar seu fôlego para provocar as cortes superiores, dado que são elas que têm se mostrado mais propícias à garantia de direitos das minorias de gênero, como a própria decisão do STF no já mencionado HC 143.641/SP demonstrou, bem como as ADI's 4275 e 4277 e a ADPF 132".

Ana Luisa Schmidt Ramos (RAMOS, Ana Luisa Schmidt. *Violência Psicológica contra a mulher: dano emocional e aspectos criminais*. 3 ed. Florianópolis: Emais, 2022, p. 90) destaca a importância do tema:

"De todo modo, quando do julgamento dos processos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, deverão juízas e juízes atentar para as desigualdades estruturais de gênero, de modo a não as reproduzir. Para tanto, contam,

desde 2021, com o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça . Esse importante instrumento, elaborado em consonância com o “Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, concebido pelo Estado do México após determinação da Corte Interamericana de Derechos Humanos” contém, além de algumas considerações teóricas a respeito da igualdade, um guia para que os julgamentos, nos diversos âmbitos da justiça – e não apenas naqueles relacionados com a violência contra a mulher - se realizem sem que se repitam estereótipos de gênero ou que se perpetuem diferenças, “constituindo-se um espaço de rompimento com culturas de discriminação e preconceitos”.

A perspectiva desde o lugar de gênero engloba vasta produção que precisa ser conhecida e reconhecida pelo Poder Judiciário. Dentre outras: RIBEIRO, Djamilá. O que é lugar de fala. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019; VERGÈS, Françoise. Um Feminismo Decolonial. Trad. Jamille Pinheiro Dias e Raquel Camargo. São Paulo: Ubu Editora, 2022; KILOMBA, Grada. Memórias da Plantação: Episódios de racismo cotidiano. Trad. Jess Oliveira. Rio de Janeiro: Cobogó, 2019; HOOKS, bell. Mulheres Negras: Moldando a teoria feminista. Dossiê Feminismo e Antirracismo. Revista Brasileira de Ciência Política. Brasília. n. 16. p. 193-210, jan-abr. 2015; DAVIS, Angela. Mulheres, Raça e Classe. Trad. Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016; CRENSHAW, Kimberlé Williams. Mapeando as Margens: Interseccionalidade, políticas de identidade e violência contra mulheres não brancas; BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra; OLIVEIRA, João Manuel de. Direito Brasileiro: Discurso, método e violências institucionalizadas. *In*: BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra (coord.). Direito e Feminismos: Rompendo grades culturais limitantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019; VAZ, Livia Raciais. Cotas Raciais. São Paulo: Jandaíra, 2022; MELLO, Kamilla Faria. O Racismo está no mundo e deve ser discutido nos autos. Uma postura interpretativa

que coloca em xeque a prova testemunhal no Processo Penal. São Paulo: Tirant lo blanch, 2022; MENDES, Soraia da Rosa. Processo Penal Feminista. São Paulo: Atlas, 2021; MASIERO, Clara Moura. Direito penal antidiscriminatório: movimentos sociais e os crimes de ódio no Brasil. Florianópolis: Emais, 2021; MARCON, Chimelly Louise de Resenes. “Já que viver é ser [e ser] livre”: a devida diligência como standard de proteção de proteção dos direitos humanos das mulheres a uma vida sem violência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018; ABREU, Ana Claudia da Silva. Denúncias de Femicídios e Silenciamentos: olhares descoloniais sobre a atuação do sistema de justiça criminal. São Paulo: Birmunda, 2022.

Silvia Pimentel e Alice Biachini (Feminismo(s). São Paulo: Matrioska, 2021, p. 250) acrescentam:

“Pretendemos ter conseguido ressaltar o quanto o feminismo e linguagem e ação. É discurso político que se baseia nos ideais de justiça social e igualdade material e é prática revolucionária, que busca concretizar esses ideais, por meio da transformação de valores, estruturas, atitudes e comportamentos. Trata-se, portanto, da construção de filosofias, éticas e políticas, bem como de teorias políticas, sociais, econômicas, culturais e jurídicas, que fundamentam uma prática feminista. Esta, por sua vez, se traduz em movimentos e ações emancipatórias, contra-hegemônicas, tanto coletivas quanto individuais: o(s) feminismo(s) repete(m) uma nova forma de ser e estar no mundo”.

Especificamente quanto à imputação dos autos, no “Estudo sobre vítimas de tráfico de pessoas exploradas para transporte de drogas”, o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime, juntamente com a Defensoria Pública da União e o Ministério da Justiça e Segurança Pública, publicado em 2022, embora tratando da instrumentalização das mulheres no contexto da função de “mula”, discorre sobre a vulnerabilidade de gênero:

“O princípio da não-punição da vítima de tráfico de pessoas é apresentado no capítulo 3, no qual são abordadas as recomendações, resoluções, decisões e diretrizes das Nações Unidas que preveem o estabelecimento de procedimentos adequados para identificar vítimas de tráfico de pessoas e lhes prestar a devida assistência. Também é examinada a consideração, de acordo com as legislações internas dos países, de não processar ou punir pessoas traficadas que cometeram delitos como consequência direta dessa situação de exploração”.

Marli Canello Modesti (Mulheres aprisionadas: as drogas e as dores da privação da liberdade. Chapecó: Argos, 2018) aponta:

“As prisões ocorrem pelo suposto envolvimento com o tráfico de drogas; são mulheres jovens, provenientes de classes sociais menos favorecidas, de baixo grau de escolaridade; na sua imensa maioria são mães, provedoras da família e com a grande angústia inerente à separação dos filhos, imposta pela prisão. [...] A prisão (pena) da mãe “transcende” e afeta a vida familiar com toda a sua carga, atingindo diretamente a vida dos filhos, de forma tão violenta que é necessário, urgentemente, dirigir o olhar, o pensar e o agir sobre ou, então, o futuro bem próximo trará a resposta de mais essa omissão. Amor, afeto, solidariedade das relações familiares importam, e muito. ”

Os trabalhos realizados em sede acadêmica, por sua vez, apontam a perseverança de esquivas interpretativas inválidas, com a finalidade de negar vigência ao art. 318-A, do CPP. Thais Zanetti de Mello Moretto desenvolveu a temática há quase uma década no livro “Da Realidade Social ao Discurso Jurídico-Penal: o encarceramento feminino por tráfico de drogas e o insucesso do proibicionismo criminalizador - análise qualitativa e quantitativa” (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014), comprovando os efeitos deletérios do encarceramento em massa no desenvolvimento dos filhos.

Neste sentido, vale destacar a monografia de Bárbara da Silveira: “O Habeas Corpus n. 143.641/SP e a sua (in)eficácia como efeito desprisonalizante no sistema de justiça penal catarinense” (UFSC – Monografia, 2018, p. 66-67), cuja conclusão aponta:

“Nesse ponto, a cultura da prisão preventiva se sobrepôs em relação à proteção integral que deveria ser destinada às crianças. Por esse motivo, gestantes continuam a ser suprimidas de um pré-natal e instalações prisionais adequadas, mães estão presas preventivamente sem contato com seus filhos e tendo o risco de perdê-los para uma eventual adoção e as crianças, quando não vítimas do próprio cárcere, ficam sujeitas à criação por pessoas estranhas e muitas vezes desassistidas, situações essas que marcarão para sempre as suas vidas. [...] Por esse motivo, torna-se imprescindível que o Supremo Tribunal Federal delimite as situações em que seria vedada a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, excluindo-se a cláusula aberta consistente no termo ‘situações excepcionalíssimas’, pois apenas com a expressa definição das circunstâncias que inviabilizam a aplicação dos incisos IV e V do artigo 318 do Código de Processo Penal a cultura da prisão preventiva existente no país será reduzida perante o Judiciário brasileiro”.

Ainda que o art. 318-A, do CPP, tenha expressamente indicado as exceções, repetem-se situações de desconformidade, como no caso concreto. Objetivamente, a paciente é primária, com residência fixa, não responde por crime praticado com violência ou grave ameaça, nem contra nenhuma das filhas, com idade de 5 e 2 anos (eDOC 5 e 6).

Acrescento, conforme decidido nos autos do HC 192.627/RO, redator Min. Ricardo Lewandowski, acima referenciado, que:

“[...] o fato de a paciente não ter demonstrado nos autos que o menor depende exclusivamente de seus cuidados não é motivação legal e idônea para impedir a substituição prevista na norma de regência.

Considerando que porcentagem significativa das mulheres presas são elas também, as únicas responsáveis pelos cuidados do lar, as condições da prisão domiciliar têm de refletir essa realidade: à mulher presa em domicílio devem ser garantidos os direitos de levar os filhos à escola, exercer seu trabalho, ainda que informal, adquirir remédios, víveres, cuidar da saúde, da educação e da manutenção de todos os que dela dependem. Essa foi a ratio da modificação legislativa implementada pelo Estatuto da Primeira Infância. Condições excessivamente rigorosas para o exercício da prisão domiciliar subvertem essa lógica. Assim, a prisão domiciliar, que deve ser flexível, compreenderá: (i) Recolhimento à residência das 22 horas às 6 horas, salvo na hipótese de trabalho noturno; (ii) Apresentar-se, bimestralmente, em juízo; (iii) Não alterar seu endereço sem prévia comunicação ao juízo; e (iv) Não frequentar locais onde haja venda de bebidas alcoólicas”.

Afasto, também, a constitucionalmente inadequada motivação do *habeas corpus* julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (eDOC 10; *habeas corpus* 2280940-65.2022.8.26.0000) quanto à vedação de concessão de liberdade aos acusados de tráfico, independentemente da situação concreta. As prisões obrigatórias são manifestamente violadoras da presunção de inocência em qualquer democracia, situação consolidada há décadas pelo Supremo Tribunal Federal (v.g. ADI 3.112-1). A inobservância da orientação do HC 104.339/SP, de minha relatoria, demonstra a perseverança da mentalidade inquisitória incompatível com o regime democrático. Embora incidental, decidiu-se pela inconstitucionalidade da proibição genérica contida no art. 44 da Lei 11.343/06. A prisão cautelar deve se fundar em elementos concretos, com suporte em evidências de realidade, vedado o uso de motivação e de fundamentação abstrata quanto à gravidade da conduta. Exige-se a apresentação de bons argumentos relacionados aos dados de realidade constantes dos autos. Do contrário, convalida-se o arbítrio, antecipandose

o cumprimento da pena desde a prisão em flagrante, com direta violação à presunção de inocência (STF, ADCs 43, 44 e 54).

Por fim, diante da decisão estruturante do Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADPF 347, declarando o “estado de coisas inconstitucional” do sistema carcerário, a decretação de prisão cautelar impõe o ônus adicional de que as condições de cumprimento da prisão sejam minimamente adequadas. Monique de Siqueira Carvalho (O cumprimento de penas privativas de liberdade em estabelecimento penal adequado. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 173):

“A superlotação nos presídios brasileiros e as graves violações de direitos fundamentais dos presos daí decorrentes evidenciam um nítido descompasso entre a realidade da execução penal e os direitos e garantias fundamentais esboçados na Constituição Federal de 1988”.

Ante o exposto, **dou provimento ao pedido de reconsideração/agravo interposto**, para o fim de conceder monocraticamente a ordem, deferindo a prisão domiciliar à paciente, nos termos do art. 318-A, do CPP. (RISTF, art. 21, § 1º).

Comunique-se imediatamente ao Juízo de origem e ao Superior Tribunal de Justiça Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 10 de fevereiro de 2023.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

Documento assinado digitalmente