



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

JACKSON LIRA DE BARROS

A EXCEÇÃO COMO REGRA:

o sentido jurídico de *situações excepcionalíssimas* para não concessão da prisão domiciliar a gestantes e mães de crianças após a lei nº 13.769/2018

Recife, 2021

JACKSON LIRA DE BARROS

A EXCEÇÃO COMO REGRA:

o sentido jurídico de *situações excepcionalíssimas* para não concessão da prisão domiciliar a gestantes e mães de crianças após a lei nº 13.769/2018

Monografia apresentada como requisito parcial para Conclusão do Curso de Bacharelado em Direito pela UFPE.

Área de Conhecimento: Direito processual penal; Pesquisa e Direito.

Orientador: Prof. Dr. Artur Stamford da Silva

Recife, 2021

Jackson Lira de Barros

A exceção como regra: o sentido jurídico de *situações excepcionalíssimas* para não concessão da prisão domiciliar a gestantes e mães de crianças após a lei nº 13.769/2018.

Monografia Final de Curso

Para Obtenção do Título de Bacharel em Direito

Universidade Federal de Pernambuco/CCJ/FDR

Data de Aprovação:

Prof. Dr. Artur Stamford da Silva
Faculdade de Direito do Recife – UFPE
Orientador

Profa. Dra. Manuela Abath Valença
Faculdade de Direito do Recife – UFPE

Profa. Dra. Mariana Pimentel Fischer Pacheco
Faculdade de Direito do Recife – UFPE

Aos meus pais, Joseildo e Marinalva

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus pelo dom da vida e por todas as conquistas que vem me concedendo ao longo de minha existência.

Agradeço, em sequência, a minha família, sobretudo aos meus pais, Joseildo e Marinalva e ao meu irmão, Jefferson, por todo o apoio, emocional e estrutural, que me foi dado ao longo da graduação e por manterem sempre acesos em mim a esperança e o desejo de conclusão de meu curso de Direito.

Agradeço muitíssimo à minha noiva Arielly, em que posso sempre dividir o meu dia-a-dia, as dificuldades enfrentadas e conquistas obtidas ao longo do curso, os sonhos e projetos vindouros. Especialmente, em relação a presente monografia, foi com ela que dividi a construção da pesquisa e o desenvolvimento deste trabalho, por mais que não seja uma estudiosa do Direito, mostrou-se curiosa e interessada e sempre paciente para escutar as minhas inquietações. A você, Arielly, agradeço também por todo o amor que tem me dado e pelo abraço sempre verdadeiro, terno e reconfortante.

Oportunidade para agradecer aos meus amigos da Faculdade de Direito do Recife, pessoas que a Faculdade proporcionou encontrar na caminhada da vida, pela amizade, companheirismo e pelos diálogos construtivos que tivemos ao longo do curso.

Agradeço também aos professores da FDR, especialmente ao professor Artur Stamford, orientador da pesquisa e desta monografia, pelas orientações e pelo acompanhamento deste trabalho, assim como pela disponibilidade e paciência em me ouvir e auxiliar na pesquisa e no desenvolvimento do presente Trabalho de Conclusão de Curso.

No mais, agradeço a todos e todas que, direta ou indiretamente, ajudaram na consecução deste trabalho.

RESUMO

A prisão domiciliar, substitutiva da preventiva, para presas gestantes e mães de crianças teve primeira previsão no Código de Processo Penal (CPP) com a Lei nº 12.403/2011 que alterou o artigo 318 do CPP. A redação deste dispositivo sofreu modificações ampliativas em 2016 pela Lei nº 13.256. Ao prescrever que o juiz *poderá* conceder prisão domiciliar, mas não conter critérios para a liberdade decisória, as decisões se fizeram mais arbitrárias que discricionárias. A Lei nº 13.769/2018 acrescentou os artigos 318-A e 318-B ao CPP, destacando que, nas hipóteses de gestantes e mães de crianças, a prisão domiciliar *será* concedida, transparecendo, a primeira face, que em tais hipóteses há um poder-dever do juiz na substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Ocorre que a prática jurídica conta com a expressão *situações excepcionalíssimas* como argumento para a não concessão da prisão domiciliar às mulheres nas condições de gestantes, mães de filhos menores de 12 anos, mesmo após o advento da Lei nº 13.769/2018. Para pesquisar o uso da referida expressão, foram analisadas 375 decisões prolatadas entre 20 de dezembro de 2018 a 19 de dezembro de 2019, primeiro ano de vigência da Lei nº 13.769, pelo STF, STJ, TJAM, TJMS, TJPE, TJPR e TJSP. As decisões foram coletadas dos sítios eletrônicos dos referidos tribunais aplicando os termos: “13.769”, “situação E excepcionalíssima” e “preventiva pela domiciliar”. Em planilha de excel foram lançados os dados e excertos dessas decisões, tendo por categorias de análise: o tipo penal, elementos fáticos, argumentos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais, por fim, observações sobre o caso. Uma conclusão da pesquisa foi: há 3 hipóteses que constituem o sentido de *situação excepcionalíssima*: tráfico exercido na residência, observado em 45,16% das decisões de indeferimento analisadas; ausência de comprovação da imprescindibilidade aos cuidados dos filhos (14,19%); e o descumprimento de prisão domiciliar anterior (9,68%). Outra conclusão foi que o quantitativo de decisões de indeferimento foi superior ao de deferimento, o que nos leva a afirmar que a exceção é a regra.

Palavras-chave: decisão jurídica; encarceramento feminino; lei 13.769/2018; prisão domiciliar

LISTA DE SIGLAS

AgRg no HC – Agravo Regimental no Habeas Corpus

AgRg no REsp – Agravo Regimental no Recurso Especial

Art. – Artigo

CF – Constituição Federal

CPP – Código de Processo Penal

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional

Des. – Desembargador

Des^a. – Desembargadora

E.dcl. – Embargos de declaração

HC – Habeas Corpus

INFOPEN – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias

Min. – Ministro

Min^a – Ministra

RHC – Recurso no Habeas Corpus

RSE – Recurso em Sentido Estrito

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJAM – Tribunal de Justiça do Amazonas

TJMS – Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul

TJPE – Tribunal de Justiça de Pernambuco

TJPR – Tribunal de Justiça do Paraná

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Gráfico 1: Classificação das decisões do STJ conforme seu julgamento.....	26
Gráfico 2: Quantidade de julgados indeferidos do STJ conforme seus ministros-relatores.....	27
Gráfico 3: Tipos penais das decisões de indeferimento do STJ.	28
Gráfico 4: As hipóteses de situação excepcionalíssima nos julgados de indeferimento do STJ.	28
Gráfico 5: Quantitativo de decisões deferidas pelo STJ em relação aos tribunais estaduais. ...	29
Gráfico 6: Quantidade de julgados deferidos do STJ conforme seus ministros-relatores.....	30
Gráfico 7: Tipos penais das decisões de deferimento do STJ.	31
Gráfico 8: Circunstâncias do crime que foram consideradas como situação excepcionalíssima presentes nas decisões de deferimento do STJ	32
Gráfico 9: Classificação das decisões do TJSP conforme seu julgamento.....	36
Gráfico 10: Quantidade de julgados indeferidos do TJSP conforme seus desembargadores- relatores.	37
Gráfico 11: Tipos penais das decisões de indeferimento do TJSP.....	38
Gráfico 12: As hipóteses de situação excepcionalíssima nos julgados de indeferimento do TJSP.....	39
Gráfico 13: Quantidade de julgados deferidos do TJSP conforme seus desembargadores- relatores.	42
Gráfico 14: Tipos penais das decisões de deferimento do TJSP.	44
Gráfico 15: Classificação das decisões do TJPR conforme seu julgamento.	45
Gráfico 16: Tipos penais das decisões de indeferimento do TJPR.....	46
Gráfico 17: As hipóteses de situação excepcionalíssima nos julgados de indeferimento do TJPR.	46
Gráfico 18: Tipos penais das decisões de deferimento do TJPR.....	48
Gráfico 19: Quantidade de julgados do TJPE conforme as Câmaras Criminais e seus desembargadores-relatores.	50
Gráfico 20: Classificação das decisões do TJMS conforme seu julgamento.	51
Gráfico 21: Quantidade de julgados deferidos do TJMS conforme as Câmaras Criminais e seus desembargadores-relatores.	53
Gráfico 22: Tipos penais das decisões de deferimento do TJMS.....	54

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	AS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS NO BRASIL A PARTIR DA LEI nº 12.403/2011	10
3	A LEI Nº 13.257/2016 E SUAS ALTERAÇÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	12
4	O <i>HABEAS CORPUS</i> COLETIVO Nº 143.641/SP, JULGADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	15
5	A LEI Nº 13.769/2018 E SUAS ALTERAÇÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	18
6	EXPOSIÇÃO E ANÁLISE DOS DADOS DA PESQUISA.....	23
	6.1 Metodologia	23
	6.2 Exposição e análise dos dados.....	25
	6.2.1 Supremo Tribunal Federal (STF).....	25
	6.2.2 Superior Tribunal de Justiça (STJ).....	26
	6.2.2.1 Das decisões de indeferimento por situação excepcionalíssima	27
	6.2.2.2 Das decisões de deferimento	29
	6.2.3 Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP)	35
	6.2.3.1 Das decisões de indeferimento por situação excepcionalíssima	36
	6.2.3.2 Das decisões de deferimento	42
	6.2.4 Tribunal de Justiça do Paraná.....	45
	6.2.4.1 Das decisões de indeferimento por situações excepcionalíssimas	45
	6.2.4.2 Das decisões de deferimento	47
	6.2.5 Tribunal de Justiça de Pernambuco.....	49
	6.2.6 Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJMS).....	50
	6.2.6.1 Das decisões de indeferimento por situação excepcionalíssima	51
	6.2.6.2 Das decisões de deferimento	52
	6.2.7 Tribunal de Justiça do Amazonas (TJAM)	55
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
	REFERÊNCIAS	58

1 INTRODUÇÃO

Segundo dados do Levantamento de Informações Penitenciárias de dezembro de 2018, 36.400 mulheres estavam presas no Brasil, sendo que 35.330 em penitenciárias e 1.070 em outras carceragens, como delegacias¹. O mesmo Levantamento apontou que existiam em dezembro de 2018, 33.378 vagas em penitenciárias reservadas para as mulheres presas, resultando em déficit de 1.952 vagas.

Igualmente, que de 35.330 mulheres presas em penitenciárias, 12.923 eram presas provisórias, ainda sem condenação, o que equivalia a 36,58% do quantitativo de mulheres presas. Por sua vez, em dezembro de 2018, os crimes da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) representavam os que mais encarceraram as mulheres no Brasil, correspondendo a 55% das prisões femininas.

Este foi o cenário nacional do encarceramento feminino quando da vigência no ordenamento jurídico brasileiro da Lei nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018, que, entre outras alterações, acrescentou os artigos 318-A e 318-B ao Código de Processo Penal.

Na esteira da decisão do Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* Coletivo nº 143.641/SP, com o objetivo de reduzir o quantitativo de presas encarceradas provisoriamente, bem como de assegurar gestação mais cômoda e tranquila, e às mães presas e as suas crianças maior laço afetivo, o artigo 318-A determinou que a prisão preventiva será substituída pela domiciliar para as gestantes e mães de filhos menores de 12 anos².

Diferentemente do HC 143.641/SP, julgado em 20 de fevereiro de 2018, a Lei nº 13.769 não trouxe em seu texto a terceira hipótese de exceção da concessão da prisão domiciliar presente no julgado – situações excepcionalíssimas.

Esta ausência parece, a primeira face, ser um silêncio eloquente do legislador, a dizer que esta terceira exceção sob a égide da Lei nº 13.769 não mais subsistiria. No entanto, diversos julgados de tribunais nacionais continuam a utilizar desta via para denegar a concessão da prisão domiciliar. Mas o que são as *situações excepcionalíssimas* e como elas impactam as reformas trazidas pela Lei nº 13.769/2018?

Com o objetivo de responder a estas indagações, foi empreendido projeto de iniciação científica vinculado ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico

¹ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Dezembro de 2018.** Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiOWE4NTkwMDctYzZmZmM00NjI4LTlkYTgtMmE0YTAxN2IxNDcxIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 28 jun. 2020.

² O artigo 318-A também determinou a prisão domiciliar substitutiva da prisão preventiva às mulheres responsáveis por pessoa com deficiência, mas estes casos não fizeram parte do objeto do presente trabalho que se restringiu às gestantes e às presas mães de crianças.

(CNPq) no período de agosto de 2019 a agosto de 2020, em que foram analisadas 375 decisões judiciais, de 7 tribunais brasileiros, julgadas entre 20 de dezembro de 2018 a 19 de dezembro de 2019 – primeiro ano de vigência da Lei nº 13.769/2018.

O presente Trabalho de Conclusão de Curso apresenta, em formato de monografia, as discussões e resultados oriundos desta pesquisa empírica com decisão jurídica e está dividido em 5 capítulos. Os primeiros 4 capítulos, de natureza teórica, têm como objetivo revisão bibliográfica sobre o tema, apresentando o panorama legislativo das medidas cautelares pessoais no Brasil a partir da Lei nº 12.403/2011. Posteriormente, com abordagem específica no tocante à prisão domiciliar, apresentam-se as mudanças trazidas ao CPP pela Lei nº 13.257/2016, o julgamento do Supremo Tribunal Federal no HC 143.641/SP e, ao fim, as reformas oriundas da Lei nº 13.769/2018.

O quinto capítulo da monografia diz respeito à exposição e análise dos dados da pesquisa empírica. Inicialmente, discorre-se sobre a metodologia utilizada no desenvolvimento da pesquisa e, como forma de melhor apresentação, a exposição dos dados dividida conforme cada tribunal analisado (STF, STJ, TJSP, TJPR, TJPE, TJMS e TJAM).

Ao fim, como arremate do trabalho, as considerações finais apresentam os dados totais obtidos na pesquisa, especialmente, as hipóteses de situações excepcionalíssimas.

2 AS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS NO BRASIL A PARTIR DA LEI nº 12.403/2011

Antes do advento da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, o instituto das medidas cautelares pessoais no Brasil era bastante reduzido. Os magistrados, pela disposição presente no Código de Processo Penal, quando analisavam o Auto de Prisão em Flagrante, só possuíam duas opções: a) conceder a liberdade provisória com o pagamento de fiança ou b) converter a prisão em flagrante em preventiva. Foi sobre esta ótica, inclusive, que o constituinte originário de 1988 elegeu determinados crimes para impingir-lhes o estigma de inafiançáveis conforme artigo 5º, incisos XLII a XLIV³ da Constituição Federal, ou seja, dizer que, nestas hipóteses, a decretação, necessariamente, seria da prisão preventiva.

³ Art. 5º (...)

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Como descrito pelo processualista penal Aury Lopes Jr., em seu livro *Direito Processual Penal*, os magistrados, mediante o pouco espaço de atuação, começaram a aplicar aos flagranteados determinadas condições para além da prisão preventiva, “tais como entrega de passaporte, restrição de locomoção, dever de informar viagens”⁴. Tais medidas, de certa forma, feriam o entendimento de que, diferente do processo civil, no processo penal não há o chamado poder geral de cautela, devendo ao juiz, tão somente, aplicar o que dispõe a lei. Garantistas penais, como Aury Lopes Jr., defendiam a ilegalidade destas medidas por entender que se o juiz compreendesse que não havia necessidade de aplicar a preventiva, obrigatoriamente deveria livrar solto o imputado.

Com a Lei nº 12.403, que ocasionou ampla reforma no Título IX do Código de Processo Penal, foram consagradas outras medidas cautelares, para além da prisão preventiva, que os magistrados podem aplicar aos casos concretos. Desta forma, foram acrescentadas as chamadas medidas cautelares diversas da prisão, presentes no artigo 319 do CPP. A razão, por detrás dessa reforma, foi a de diminuir o número de prisão preventiva, dada a fragilidade desta, tendo em vista que o preso preventivo não está cumprindo ainda uma pena, em verdade, em muitas ocasiões, como quando utilizada para garantir o andamento da investigação, nem foi ainda deflagrada a ação penal.

Sob a égide deste diploma, a prisão preventiva passou a ser, ou deveria ser, a *ultima ratio*. É isto que assevera o artigo 282, §6º, do CPP: “A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste código”. Nas palavras de Manuela Abath, Marcela Borba e Helena Rocha, “essas medidas devem ser privilegiadas em relação à preventiva, reforçando a excepcionalidade desta última.”⁵

Outra medida acrescida ao Código de Processo Penal pela Reforma de 2011 foi a prisão domiciliar. Inicialmente, é importante frisar que esta medida já estava presente na Lei de Execução Penal⁶, no entanto, era restrita às hipóteses do acusado ser condenado para cumprimento de pena em regime aberto.

⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 316.

⁵ BORBA, Marcela Martins; CASTRO, Helena Rocha Coutinho de; VALENÇA, Manuela Abath. Audiências de custódia e seus desafios: apontamentos a partir da realidade do Recife. In: **Audiência de Custódia**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017.

⁶ Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

- I - condenado maior de 70 (setenta) anos;
- II - condenado acometido de doença grave;
- III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;
- IV - condenada gestante.

Nos casos dos artigos 317 e seguintes do CPP não se está diante de uma condenação, mas sim a substituição da prisão preventiva, que deveria ser cumprida em instituição prisional criada para o fim de recolher presos provisórios, para o cumprimento na residência do indiciado ou acusado. Assim, como escreve Nestor Távora e Fábio Araújo “o grande mérito da Lei nº 12.403/2011 foi transplantar para a persecução penal o instituto da prisão domiciliar.”⁷

Da redação original do artigo 318, extraíam-se quatro hipóteses: i) quando maior de 80 anos; ii) estiver extremamente debilitado por motivo de doença grave; iii) for imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; e iv) for gestante a partir do sétimo mês de gestação ou se sua gravidez for de alto risco. Importa salientar que o *caput* deste dispositivo expressa que o juiz poderá conceder a prisão domiciliar nestes casos, para tanto, como diz o parágrafo único, exigirá prova idônea para a configuração dos requisitos inculpidos. O entendimento da doutrina processualista é de que nestas hipóteses o magistrado não tem um poder-dever para concessão, e, assim, pode deixar de aplicar a substituição caso fundamente sua decisão.

O processualista Paulo Rangel, ao analisar o artigo original, enfatizou que o legislador teria feito a escolha errada ao dispor de forma expressa sobre quais hipóteses o juiz poderia substituir a preventiva pela domiciliar, visto que não foi dado “margem aos juízes para decidir os casos que lhe parecem justos à concessão”⁸. Buscando resolver esta situação, alguns doutrinadores como Távora e Alencar⁹, defendem que estas hipóteses fazem parte de rol meramente exemplificativo, podendo o juiz conceder a substituição em outras situações.

3 A LEI Nº 13.257/2016 E SUAS ALTERAÇÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Analisando agora mais detidamente o instituto da prisão domiciliar, sobretudo para as gestantes e mães de crianças presas, não se pode deixar de mencionar o panorama de direito internacional acerca do encarceramento feminino presente desde 2010. Trata-se, especificamente, das regras de Bangkok, ou Regras das Nações Unidas para o tratamento das mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras, aprovadas pela Assembleia Geral da ONU em 2010, tendo o Brasil como signatário.

⁷ ARAÚJO, Fábio Roque; TÁVORA, Nestor. **Código de Processo Penal para Concursos**. Bahia: jusPODIVM, 2012, p. 456.

⁸ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 914.

⁹ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. . Curso de Direito Processual Penal. Bahia: jusPODIVM, 2013, p. 607.

Na esteira das Regras mínimas para o tratamento de reclusos (Resolução 1984/47 do Conselho Econômico e Social) e das Regras de Tóquio (Regras mínimas das Nações Unidas sobre medidas não privativas de liberdade – Resolução 45/110 da Assembleia Geral) e considerando que as mulheres presas é grupo vulnerável, que possui necessidades e exigências específicas, as Regras de Bangkok possui o objetivo de fornecer tratamento diferenciado para mulheres presas (em comparação aos homens presos), privilegiando medidas alternativas de prisão para aquelas que se encontrem em conflito com a lei¹⁰.

Em data simbólica, 8 de março de 2016, o Conselho Nacional de Justiça, à época sob presidência do Ministro do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski, juntamente com o apoio do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC) e da Pastoral Carcerária Nacional, lançou cartilha com as Regras de Bangkok traduzidas para o português como meio de proporcionar acesso maior à informação para os profissionais de diversas áreas (direito, saúde, segurança pública) que lidam com o sistema penitenciário nacional¹¹.

Na mesma data, entrou em vigência no ordenamento brasileiro, a Lei nº 13.257/2016. Esta lei, também conhecida como Lei da Primeira Infância, reuniu disposições legais do ordenamento jurídico pátrio sobre os primeiros anos das crianças (de 0 a 6 anos) considerados como a primeira infância.

Entre as alterações da Lei nº 13.257/2016 ao CPP, consta a do artigo 318 que trata da prisão domiciliar. A legislação de 2016 trouxe nova redação ao inciso IV para constar apenas “gestante” e acrescentou, ao artigo 318 do CPP, duas outras hipóteses de prisão domiciliar - inciso v - *mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos* e inciso vi - *homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (anos) de idade incompletos*. Para a gestante, a Lei nº 13.257 seguiu os moldes da Lei de Execução Penal, que exige a concessão da prisão domiciliar à gestante condenada em regime aberto, sem outras exigências como o mês de gestação ou gravidez de alto risco, mostrando certa coerência, visto que não há razões para uma prisão provisória ser mais rigorosa do que o cumprimento da pena.

Sob a igual influência das Regras de Bangkok e da Lei nº 13.257/2016, foi promulgado, em 11 de maio de 2018, o Decreto nº 9.370/2018 que, contemplando as

¹⁰ POLL, Roberta Eggert. Regras de bangkok: análise do sistema carcerário feminino brasileiro à luz dos recentes entendimentos jurisprudenciais e legislativos sobre o tema. IBCCRIM, São Paulo, **Liberdades**, ano XI, nº 27. Disponível em: < http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=336>. Acesso em: 04 jan. 2020.

¹¹ BRASIL. CNJ. **Regras de Bangkok**. Brasília, 2016. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/cd8bc11ffdcbc397c32eecd40afbb74.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2020.

mulheres gestantes e com filhos, permitiu a concessão de indulto ou diminuição da pena destas presas.

Não obstante os indicativos legislativos nacionais e internacionais de fornecer às mulheres uma atenção especial, instituindo a possibilidade de cumprimento de medidas alternativas à prisão, como a prisão domiciliar, para garantir um maior acompanhamento das mães com seus filhos, bem como promover uma significativa redução no número de presas preventivas sem condenação ao converter as prisões por outras cautelares, na prática, não houve a concretização em larga escala de decretações de prisões domiciliares ou de medidas alternativas a prisão às mulheres gestantes e mães presas.

Neste sentido, dispôs Nayara Sthefany Gonzaga Silva, em sua dissertação de mestrado apresentada à Universidade Federal de Sergipe:

Como demonstrado anteriormente, o sistema normativo e jurisprudencial brasileiro detém as condições básicas legais para o atendimento das Regras de Bangkok. Porém, quando é promovida a análise conjunta da teoria e da prática nos presídios femininos, é visível a violação dos direitos humanos, fator que comprova a ineficácia da implementação das políticas públicas viabilizadora para os mandamentos legais¹².

Uma das causas da falta de efeito das mudanças trazidas pela lei nº 13.257/2016, deve-se a própria redação do artigo 318 ao estabelecer que o juiz *poderá* conceder a substituição, não sendo a ele, portanto, um poder-dever. Dessa maneira, autores como Renato Brasileiro de Lima asseveram que:

a presença de um dos pressupostos indicados no art. 318, isoladamente considerado, não assegura ao acusado, automaticamente, o direito à substituição da prisão preventiva pela domiciliar. O princípio da adequação também deve ser aplicado à substituição (CPP, art. 282, II), de modo que a prisão preventiva somente pode ser substituída pela domiciliar se se mostrar adequada à situação concreta¹³.

Por sua vez, diversos tribunais de justiça no país, inclusive os tribunais superiores começaram a elencar outros requisitos para esta concessão além dos critérios objetivos presentes nos incisos IV e V do artigo 318 do CPP.

No caso da mulher gestante, por exemplo, deveria ficar comprovado que o estabelecimento penal não poderia assegurar instalações e condições devidas ou de que não existisse, no caso concreto, circunstância a indicar que a prisão preventiva seria mais adequada¹⁴. Para as presas mães com filhos menores de 12 anos, seria necessária a

¹² SILVA, Nayara Sthefany Gonzaga. **Marco legal da primeira infância e mães no cárcere: uma análise sob a luz do sistema de garantias**. Dissertação de Mestrado em direito da UFSE. Disponível em: <https://ri.ufs.br/bitstream/riufs/10736/2/NAYARA_STHEFANY_GONZAGA_SILVA.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2020, p. 43.

¹³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Salvador, *jusPODIVM*, 2015, p. 998.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 363.958/SP, da 5ª Turma, 13 de setembro de 2016**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1536007&num_registro=201601936490&data=20160926&formato=PDF>. Acesso em: 24 jun. 2020.

comprovação da imprescindibilidade aos cuidados dos filhos, como exposto pelo ministro Teori Zavascki no julgamento do HC 137.234/RJ¹⁵.

4 O HABEAS CORPUS COLETIVO Nº 143.641/SP, JULGADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A existência de norma sobre a concessão de prisão domiciliar, bem como da realidade carcerária feminina no que toca, especialmente, à quantidade de gestantes e mães presas começou a ser notada pela mídia quando, em março de 2017, houve a concessão, pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, de prisão domiciliar à Adriana Ancelmo, esposa do ex-governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral.¹⁶

A desigualdade de acesso à justiça, no Brasil, inclusive de acesso à informação sobre direitos e benefícios que podem ser pleiteados pela população, atrelado à necessidade, para a conquista de direito, de contratar um advogado que ingresse com um pedido de concessão da prisão domiciliar, visto que o volume de trabalho das defensorias públicas é enorme e não permite um acompanhamento mais individualizado dos processos, faz com que as presas mais pobres não vislumbrem a possibilidade da prisão domiciliar.

Em virtude disto, em maio de 2017 o Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (CADHU) ingressou no Supremo Tribunal Federal com o *Habeas Corpus* coletivo nº 143.641 requerendo que fosse concedida a “ordem para revogação da prisão preventiva decretada contra todas as gestantes, puérperas e mães de crianças, ou sua substituição pela prisão domiciliar”¹⁷, ao insistir que “a leitura correta da Lei nº 13.257/2016 é a de que não há necessidade de satisfazer-se outras condições, salvo as expressas na própria lei, para a substituição da prisão preventiva pela domiciliar.”¹⁸

Na ocasião, o CADHU pontuou que desde o advento da Lei da Primeira Infância, o judiciário brasileiro é provocado a analisar pedidos de prisão domiciliar, sendo que, em aproximadamente metade destes pedidos, a ordem foi denegada sob os argumentos da gravidade do delito ou da necessidade de prova da inadequação do ambiente carcerário.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 137.234/RJ, da 2ª Turma, 13 de dezembro de 2016**. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311194052&ext=.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2020.

¹⁶ BOTELHO, Larissa Gabriela Cruz. **A positivação da jurisprudência de prisão domiciliar para mães e gestantes: Uma análise sobre o HC 143.641/SP e a Lei 13.769/2018**. Disponível em: <www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/maes-e-gestantes-prisao-domiciliar-31122018>. Acesso em: 13 ago. 2019.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus coletivo nº 143.641, da 2ª Turma, 20 de fevereiro de 2018**. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2019, p. 7.

¹⁸ **Idem, ibidem.** p. 8.

Por sua vez, salientou o estado de flagrante inconstitucionalidade da realidade que as mulheres encarceradas vivem,

a qual já comportou partos em solitárias sem nenhuma assistência médica ou com a parturiente algemada ou, ainda, sem a comunicação e presença de familiares. A isso soma-se a completa ausência de cuidado pré-natal (acarretando a transmissão evitável de doenças graves aos filhos, como sífilis, por exemplo), a falta de escolta para levar as gestantes a consultas médicas, não sendo raros partos em celas, corredores ou nos pátios das prisões, sem contar os abusos no ambiente hospitalar, o isolamento, a ociosidade, o afastamento abrupto de mães e filhos, a manutenção das crianças em celas, dentre outras atrocidades. Tudo isso de forma absolutamente incompatível com os avanços civilizatórios que se espera tenham se concretizado neste século XXI¹⁹.

Analisando o mandamento coletivo, decidiu o Supremo Tribunal Federal em fevereiro de 2018, na relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, por acolher o *writ* para, em suas palavras, “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.”²⁰ Concedeu, assim, a ordem para a substituição da prisão preventiva pela domiciliar a todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, assim como às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas. Salientou, no entanto, a restrição da ordem nos casos de crimes cometidos com violência ou grave ameaça, crimes contra seus descendentes ou em situações excepcionalíssimas.

Para a concretização deste direito, a postulação individual por meio de advogado seria dispensável, visto que o objetivo da ordem concedida, de forma coletiva, foi suprir falhas estruturais de acesso à justiça da população presa.²¹

No entanto, em virtude das *situações excepcionalíssimas*, a análise da concessão da prisão domiciliar pelos tribunais estaduais e magistrados continuou sendo de caso a caso e, assim, mais uma vez pôde ser vislumbrado a desigualdade entre as presas que possuíam um patrono particular, daquelas que precisaram recorrer à defensoria pública, nas palavras de Isabela Cunha:

Apesar de o habeas corpus ter sido concedido para a coletividade das mulheres mães de crianças menores de 12 anos ou de pessoas com deficiência, a exigência da avaliação individual dos processos impôs a necessidade de atuação da defesa em cada um dos casos. Desta maneira, novamente, as mulheres que têm condições de arcar com a defesa exercida por advogados particulares foram privilegiadas²².

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus coletivo nº 143.641, da 2ª Turma, 20 de fevereiro de 2018**. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2019, p. 29.

²⁰ **Idem, ibidem**. p. 55.

²¹ **Idem, ibidem**. p. 49.

²² CUNHA, Isabela. **Por que mesmo depois de um Habeas Corpus coletivo, ainda há mulheres presa com seus filhos no Brasil?** Disponível em: <diplomatie.org.br/79830-2/>. Acesso em: 09 nov. 2019.

Da leitura do acórdão julgado pelo STF, depreende-se que a regra deveria ser a concessão da prisão domiciliar, e a exceção a sua não concessão. Para tanto, 3 hipóteses de exceção foram cunhadas. Duas, de caráter objetivo: a) crime com violência ou grave ameaça, que pode ser aferido pela imputação penal a que responde a mulher presa; b) crime contra o descendente – que pode ser extraído da parte fática do crime.

A exceção “a” está lastreada, em certa medida, nas Regras de Bangkok quando recomenda aos magistrados que “ao sentenciar ou aplicar medidas cautelares a uma mulher gestante ou a pessoa que seja fonte principal ou única de cuidado de uma criança, medidas não privativas de liberdade devem ser preferidas sempre que possível e apropriado, e que se considere impor penas privativas de liberdade apenas a casos de crimes graves ou violentos”²³. Igualmente, foi considerado pelo ministro Ricardo Lewandowski que 68% das mulheres presas estão em virtude de delitos que não possuem violência e grave ameaça, dentre eles o tráfico de drogas. E que, quando respondem pelos delitos de tráfico, a repressão cai sobre parcela vulnerável da população, em especial sob pequenos traficantes, vulgarmente denominados de “mulas do tráfico”²⁴.

A terceira hipótese negativa para a concessão da prisão domiciliar é a *situação excepcionalíssima*, termo bastante vago, que não obteve no julgado do HC 143.641/SP, em fevereiro de 2018, uma densificação. Apenas foi mencionado que, no caso da mulher presa ser reincidente, o juiz deve analisar as circunstâncias do caso concreto, tendo como norte a consideração da prisão preventiva como uma exceção.

Dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) informou que 14.750 mulheres presas provisoriamente no Brasil teriam direito a responder o processo em prisão domiciliar quando do julgamento do *habeas corpus* pelo STF²⁵. Ocorre que a terceira hipótese de denegação da ordem foi convertida em uma brecha para que os juízes continuassem a negar a ordem de prisão domiciliar. Prova disso é que, nos 60 dias seguintes ao julgamento do *habeas corpus* - prazo concedido aos tribunais de justiça para a implantação da ordem pelo ministro do STF -, apenas 304 revogações de prisão preventiva foram noticiadas pelo

²³ BRASIL. CNJ. **Regras de Bangkok**. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/cd8bc11ffdc397c32eecd40afbb74.pdf>>. Acesso em: 24 jun.2020.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus coletivo nº 143.641, da 2ª Turma, 20 de fevereiro de 2018**. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2019, pp. 24-25.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão monocrática no HC 143.641/SP, da 2ª Turma, 24 de outubro de 2018**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338913041&ext=.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2020.

DEPEN²⁶. Em dezembro de 2018, este número chegou a 3.073 casos de concessão da prisão domiciliar²⁷ (representando apenas 21% das mulheres que se enquadravam nos requisitos da decisão).

Em virtude da ineficácia da decisão do Supremo Tribunal Federal, o ministro Ricardo Lewandowski, em 24 de outubro de 2018, exarou decisão monocrática no bojo do HC 143.641/SP e enfatizou que as circunstâncias da mulher está respondendo pelo crime de tráfico de drogas, de ter sido flagrada levando entorpecentes para estabelecimento prisional, de ter praticado o tráfico em sua residência, de ter passagem pela vara da infância por infração cometida quando adolescente e de não possuir trabalho formal, não podem ser utilizadas como situação excepcionalíssima, nem devem possuir o condão de obstar a concessão da prisão domiciliar²⁸.

5 A LEI Nº 13.769/2018 E SUAS ALTERAÇÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Uma semana após a decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 143.641/SP, a senadora Simone Tebet apresentou ao Senado o Projeto de Lei nº 64 de 2018 que tinha como objetivo disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade da mulher gestante, bem como disciplinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, trazendo alterações, assim, ao Código de Processo Penal, à Lei de Execução Penal e à Lei de crimes hediondos. Salienta-se que, para o objeto deste trabalho, serão focadas as alterações no Código de Processo Penal.

Na redação original do projeto, a prisão preventiva seria substituída por prisão domiciliar a gestante e mãe presa que cumprisse cumulativamente 4 condicionantes: I) não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça à pessoa; II) não tenha cometido crime contra seu filho ou dependente; III) seja primária e tenha bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento; e IV) não tenha integrado organização criminosa. Nota-se que as duas primeiras condições estão presentes no HC 143.641/SP, julgado pelo STF.

²⁶ VITAL, Danilo. **Com brecha do Supremo, tribunais resistem a aplicar HC coletivo a mães presas**. Disponível: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-26/brecha-stf-tjs-resistem-aplicar-hc-coletivo-maes-presas>>. Acesso em: 19 jun. 2020.

²⁷ BRASIL. CNJ. **Mães presas ilegalmente são foco de ações do Justiça Presente**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/maes-presas-ilegalmente-sao-foco-de-acoes-do-justica-presente/>>. Acesso em: 13 ago. 2019.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão monocrática no HC 143.641/SP, da 2ª Turma, 24 de outubro de 2018**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338913041&ext=.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2020.

Na justificação do projeto, a senadora abordou o encarceramento feminino e as consequências trazidas para os filhos das mulheres presas que sofrem “com o estigma social de ter uma mãe encarcerada; sofrem com ansiedade, culpa, solidão, sentimento de abandono emocional. A ausência da companhia materna pode implicar, ainda, em comportamento antissocial da criança ou mesmo envolvimento precoce com o crime”²⁹. Da mesma forma, foi pontuado que o encarceramento das mulheres, em 64%, deve ao crime de tráfico de drogas, mas que as presas desempenham papel coadjuvante neste delito, realizando serviços de transporte de drogas e pequeno comércio.

Ainda, foi citado expressamente o *habeas corpus* coletivo julgado pelo Supremo Tribunal Federal, demonstrando que o objetivo deste Projeto de Lei foi positivar a decisão do STF de fevereiro de 2020.

No dia 21 de março de 2018, o projeto foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado (CCJ). As alterações feitas no Projeto pela CCJ foram apenas de redação legislativa ao dispor as mudanças diretamente nos diplomas legislativos que seriam reformados e, assim, no Código de Processo Penal seriam acrescentados 3 parágrafos ao artigo 318 e seriam suprimidos os incisos IV e V, que passariam a compor o *caput* do §1º do artigo 318.

Por sua vez, o atual inciso VI do artigo 318 teria uma redação conjunta com o inciso III que trata de preso *imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência*. Essa alteração era interessante porque ficaria expresso que com a redação presente no artigo 318 do CPP após a Lei nº 13.257/2016, a hipótese do inciso III ficou restrita aos homens, visto que as gestantes presas e mães já possuem hipóteses específicas que são os incisos IV e V do artigo 318³⁰.

²⁹ BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 64/2018**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132359>>. Acesso em: 19 jun. 2020.

³⁰ Com as alterações propostas pela CCJ, o artigo 318 passaria a ser redigido da seguinte forma:

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

I – tiver mais de 80 (oitenta) anos;

II – estiver extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III – sendo homem, seja imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência ou seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

§ 1º 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 à pessoa;

II – não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente;

III - seja primária;

IV - não seja integrante de organização criminosa.

§ 2º Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

§ 3º A substituição de que trata o *caput* deste artigo poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319”.

Em 08 de maio de 2018, o senador Lindbergh Farias propôs alterações no texto do PLS para retirar os incisos III e IV no parágrafo primeiro do artigo 318, a dizer, retirar as condicionantes de primariedade e de não participação em organização criminosa para a concessão da prisão domiciliar.

Na mesma data, o texto do Projeto de Lei obteve sua redação final, visando acrescentar ao CPP os artigos 318-A e 318-B. A Câmara dos Deputados aprovou o texto sem alterações. Assim, em 20 de dezembro de 2018 a Lei nº 13.769 entrou em vigência, acrescentando, entre outras alterações, ao Código de Processo Penal os artigos 318-A e 318-B com a seguinte redação:

Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que:

I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;

II - não tenha cometido 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.

Pelo texto aprovado ficou mais evidente a positivação da decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 143.641/SP, visto que as demais condicionantes propostas pela Senadora Simone Tebet não foram aprovadas no texto final.

Observa-se que o artigo 318-A destaca expressamente os dois incisos que envolvem presas gestantes (inciso IV) e mães com filhos de até 12 anos (inciso V) presentes no artigo 318 para prover atendimento diferenciado. Nestas duas hipóteses, a prisão preventiva *será* substituída pela prisão domiciliar, com exceção dos casos de crime com violência ou grave ameaça à pessoa, ou crimes contra seu filho ou dependente.

Por sua vez, diferentemente do STF, não foi positivada a terceira hipótese de exceção do acórdão – situações excepcionalíssimas. Esta hipótese não esteve presente desde o projeto original, muito embora o julgado do STF figure na justificação do Projeto de Lei. Constatou-se que a intenção do legislador foi, realmente, não positivar a referida hipótese.

Tanto a obrigatoriedade da concessão da prisão domiciliar nos casos dos incisos IV e V do CPP, quanto à remanescência das situações excepcionalíssimas a partir da Lei nº 13.769/2018 é alvo de intenso debate, por parte da doutrina jurídica bem como das decisões analisadas na pesquisa, que será exposto de maneira resumida na sequência.

A primeira face, a criação destes dispositivos leva ao intérprete e ao aplicador do direito entender que, salvo as situações dos incisos I e II do artigo 318-A, a prisão preventiva será sempre substituída. Ou seja, que diferentemente dos casos dos incisos I, II, III e VI, do artigo 318, em que poderá decidir sobre a concessão ou não concessão da domiciliar, nas

hipóteses do artigo 318-A o juiz possui um poder-dever de aplicação. Como enfatizam Gina Moura, Jorge Rocha e Maria Landim:

A força impositiva da necessidade de ser reconhecido e efetivamente aplicado o benefício restou traçada na literalidade do texto legal do artigo 318-A, que substituiu o termo *poderá* por *será*, de modo que, nestes casos, não compete ao magistrado confrontar a possibilidade da prisão domiciliar com as necessidades da prisão preventiva.³¹

Da mesma forma, observando a obrigatoriedade trazida pelos artigos 318-A e 318-B, mesmo não defendendo pessoalmente que esta seria a melhor opção, pontuou Rogério Sanches:

Ao que tudo indica, a intenção do legislador foi criar um poder-dever para o juiz, isto é, somente os crimes cometidos com violência ou grave ameaça contra a pessoa e contra o próprio filho ou dependente podem impedir que mulheres gestantes ou responsáveis por criança ou pessoa com deficiência permaneçam presas cautelarmente. Neste passo, a nova lei é mais pródiga na concessão do benefício do que foi a decisão do STF no *habeas corpus* coletivo, cujo acórdão reconhece que “situações excepcionalíssimas” podem fundamentar a denegação da prisão domiciliar³².

Por outro lado, parte da doutrina considera que não há uma obrigatoriedade da concessão da prisão domiciliar nestas hipóteses, restando viva a discricionariedade dos juízes quando da análise do caso concreto. Compartilha deste entendimento o Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais, do Júri e de Execuções Penais do estado do Paraná que lançou estudo intitulado *Maternidade no Cárcere e Lei n. 13.769/2018* e assim dispôs:

De toda forma, muito embora o legislador tenha silenciado, a possibilidade do Juízo fundamentar o indeferimento de qualquer medida cautelar é norma que figura como uma consequência lógica do próprio sistema que rege a aplicação das cautelares. Afinal, toda e qualquer medida cautelar de natureza pessoal está sujeita à cláusula de reserva de jurisdição. Daí porque, ao menos numa primeira aproximação, não parece ser possível generalizar-se de forma a concluir que essas medidas poderão ser concedidas de forma automática. Em absoluto, em cada caso concreto, deverá ser verificada a pertinência de sua concessão ou não³³.

Esta divergência de entendimentos no tocante à obrigatoriedade da concessão de prisão domiciliar presente no artigo 318-A do CPP, bem como se as situações excepcionalíssimas ainda remanescem sob a égide da Lei nº 13.769/2018 também pôde ser constatada nas decisões analisadas na pesquisa.

³¹ LANDIM, Maria Noêmia Pereira; MOURA, Gina Kerly Pontes; ROCHA, Jorge Bheron. **Tribuna da Defensoria: Indeferimentos de prisão domiciliar devem ser revistos. Disponível em:** <www.conjur.com.br/2019-jan-01/indeferimentos-prisao-domiciliar-revistos-lei>. Acesso em: 06 abr. 2019.

³² CUNHA, Rogério Sanches. **Breves comentários às Leis 13.769/18 (prisão domiciliar), 13.771/18 (femicídio) e 13.772/18 (registro não autorizado de nudez ou ato sexual).** Disponível em: <<https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/12/9c20f715-breves-comentarios-as-leis-13769-18-prisao-domiciliar-13771-18-feminicidio-e-13772-18.pdf>>. Acesso em: 09 nov. 2019.

³³ BRASIL. Ministério Público do estado do Paraná. **Maternidade no Cárcere e Lei n. 13.769/2018: apontamentos sobre a prisão domiciliar como substituto da prisão preventiva e do regime de cumprimento de pena e como instrumento da progressão especial de regime.** Disponível em: <www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Maternidade_no_Carcere_e_Prisao_domiciliar_-_versao_2019_-_versao_atualizada_em_26-2-2019.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2019.

Defendendo a não obrigatoriedade da disposição processual, o Ministro do STF Alexandre de Moraes assim se manifestou no HC 158.123/SP:

A nova alteração na legislação processual penal, com a inclusão, pela Lei 13.769, de 19/12/2018, dos arts. 318-A e 318-B, não implica reconhecer que a prisão domiciliar terá incidência irrestrita ou automática para toda gestante, mãe ou responsável por criança ou pessoa com deficiência. Deve o julgador, como em todo ato restritivo de liberdade, proceder ao exame da conveniência da medida à luz das particularidades do caso concreto³⁴.

Na mesma esteira, assim se manifestou o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca do Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do HC 470.549/TO³⁵:

Porém, com relação às chamadas situações excepcionalíssimas, a nova lei nada regula. Entendo que não se trata de um silêncio eloquente da norma, mas apenas como uma omissão legislativa e é assim que deve ser interpretado. 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. Em conclusão: as situações excepcionais ainda subsistem e carecem de solução jurídica adequada, sempre à luz da força impositiva da nova norma, mas sem violar direitos e garantias dos menores ou deficientes envolvidos. Registre-se, no ponto, mais uma vez, que tais exceções são EXCEPCIONALÍSSIMAS, pois a regra é o deferimento da prisão domiciliar³⁶.

Do TJSP, destaca-se a opinião do desembargador José Raul Gavião de Almeida, integrante da 6ª Câmara Criminal no HC 2086438-34.2019.8.26.0000³⁷, que, desconsiderando a justificação da Lei 13.769/2018, que foi a tentativa de diminuir o encarceramento de mulheres no Brasil, e do HC 143.641/SP que está na base da Lei, considerou que o objetivo do artigo 318-A é de ser norma restritiva, a dizer, que o legislador não quis determinar a prisão preventiva como uma exceção nas hipóteses de gestantes e mulheres presas, mas sim enfatizar que no caso de crime cometido com violência ou grave ameaça, ou contra descendentes, obrigatoriamente a prisão domiciliar deve ser denegada³⁸.

Esta ampla discricionariedade dos julgadores quando diante do caso concreto, não obstante a literalidade da Lei nº 13.769/2018, leva ao que Lenio Streck chamou de “jogo interpretativo *ad hoc*”. Nas palavras do jurista gaúcho:

quando interessa, vale a palavra da lei, a sua sintaxe, o verbo nuclear, etc; quando não interessa, as palavras são fugidias, líquidas, amorfas... Aí então se busca a

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 158.123/SP, da 1ª Turma, 11 de junho de 2019**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340595708&ext=.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2020.

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 470.549/TO, da 5ª Turma, 12 de fevereiro de 2019**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1792638&num_registro=201802472603&data=20190220&formato=PDF>. Acesso em: 19 set. 2019.

³⁶ Do mesmo STJ, pode-se citar: HC 483.257/SP – Relatoria da Minª Laurita Vaz (6ª Turma) e o HC 498.374/RJ – Relatoria do Min. Sebastião Reis Júnior (6ª Turma).

³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **HC 2086438-34.2019.8.26.0000, 6ª Câmara, 25 de abril de 2019**. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsjg/consultaCompleta.do?f=1>>. Acesso em: 22 jan. 2020.

³⁸ Do mesmo TJSP, no sentido da não obrigatoriedade do artigo 318-A, citam-se: E.dcl.0041673-27.2017.8.26.0050 – Relatoria do desembargador Juvenal Duarte (5ª Câmara), HC 2244442-09.2018.8.26.0000 – Relatoria do desembargador Laerte Marrone (14ª Câmara), HC 2003850-67.2019.8.26.0000 – Relatoria do desembargador José Raul Gavião de Almeida (6ª Câmara) e HC 2088950-87.2019.8.26.0000 – Relatoria do desembargador Zorzi Rocha (6ª Câmara).

vontade da norma, a vontade do legislador, a ponderação de valores, enfim, os mais diversos álibis teóricos que visam a confortar a decisão.³⁹

Por outro lado, há julgados dos mesmos tribunais analisados que defendem a obrigatoriedade do artigo 318-A do CPP para a concessão da prisão domiciliar, como asseverou o desembargador Mazina Martins do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Embora tenha anotado a Procuradoria de Justiça às fls. 49 (...), e, respeitada a preocupação com a reiteração criminosa, insta esclarecer que o dispositivo legal mencionado apenas dispõe a negação da substituição da prisão preventiva pela domiciliar em caso de crime cometido mediante violência/grave ameaça à pessoa ou contra o filho/dependente, não havendo, no direito legislado, a possibilidade de afastar o instituto de forma excepcional, com base na situação concreta como antes ocorria à luz do julgamento do HC 143.641/SP pelo Supremo Tribunal Federal. E, considerando que aos juízes de direito não é dado furtar-se à aplicação da lei, notadamente quando mais favorável à pessoa imputada, não se admite óbice à aplicação da prisão domiciliar, que aqui deve ser deferida.⁴⁰

Muito embora se observe que há um debate acalorado em torno das disposições do artigo 318-A do CPP no que diz respeito à obrigatoriedade da concessão de prisão domiciliar a presas gestantes e mães de crianças, fato é que as denegações dos pleitos de prisão domiciliar por situações excepcionalíssimas são realidades que buscam e precisam ser estudadas, tendo sido este o objetivo da pesquisa empreendida e apresentada neste trabalho de conclusão de curso, qual seja, trazer as hipóteses de situações excepcionalíssimas que foram consideradas pelos tribunais nacionais ao longo de 2019, primeiro ano de vigência da Lei nº 13.769/2018.

6 EXPOSIÇÃO E ANÁLISE DOS DADOS DA PESQUISA

6.1 Metodologia

Para a coleta de decisões judiciais dos tribunais nacionais, necessário se fez afinar a pesquisa, inicialmente, de ordem temporal, o objeto foi as decisões existentes no primeiro ano de vigência da Lei nº 13.769/2018 – correspondendo a 20 de dezembro de 2018 a 19 de dezembro de 2019.

Na pesquisa das decisões, além do recorte temporal, é importante salientar que só foi feito o *download* das decisões que trataram, como razão de decidir na fundamentação, expressamente da Lei nº 13.769/2018, visto que um dos objetivos da pesquisa é analisar a eficácia dos artigos 318-A e 318-B do CPP.

Em razão do tempo para busca de dados da pesquisa e do volume de decisões encontradas sobre o tema, foram delimitados os tribunais pesquisados. Nessa medida, a

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **É possível fazer direito sem interpretar?** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-abr-19/senso-incomum-jurisprudencia-transita-entre-objetivismo-subjetivismo>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **HC 2073198-75.2019.8.26.0000, 2ª Câmara, 3 de junho de 2019.** Disponível em: <<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/consultaCompleta.do?f=1>>. Acesso em: 24 jan. 2020.

pesquisa se desenvolveu sobre as decisões dos Tribunais Superiores – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal Justiça – e de um Tribunal representativo de cada região geográfica do Brasil. Tendo em vista que o principal efeito da Lei é converter a prisão preventiva em domiciliar, foi escolhido, para cada região, o estado que mais possuíssem, em números absolutos, mulheres presas ainda sem condenação. Para tanto, as informações foram retiradas do INFOPEN Mulheres de 2018.⁴¹ Dessa forma, obtivemos para: Região Centro-oeste – Mato Grosso do Sul; Região Nordeste – Pernambuco; Região Norte – Amazonas; Região Sudeste – São Paulo; e Região Sul – Paraná.

Diante das escolhas dos tribunais analisados, passou-se à busca das decisões nos sítios eletrônicos de jurisprudências dos Tribunais. Para encontrar as decisões, foi necessário estabelecer termos de pesquisa. Para o STJ, os termos pesquisados foram “13.769”, “situações excepcionálísimas” e “substituição da prisão preventiva pela domiciliar”; para o STF, o TJAM, o TJPE e o TJPR, os termos foram “13.769”, “substituição E preventiva E domiciliar” e “situação E excepcionálíssima”. Para o TJSP, os termos utilizados foram: “13.769”, “situação E excepcionálíssima” e “preventiva pela domiciliar”; e para o TJMS, os termos utilizados foram: “13.769”, “situação E excepcionálíssima” e “domiciliar E 12 anos”.

A utilização de 3 termos de busca para cada tribunal foi uma forma de tentar colher todas as decisões presentes no período pesquisado sobre a matéria. Os diferentes termos entre tribunais foram extraídos pela prática da pesquisa, a dizer, o primeiro termo pesquisado em todos os tribunais foi “13.769” que corresponde ao número da Lei. A partir dos julgados obtidos por este primeiro termo, os demais foram escolhidos conforme a maior presença nos julgados obtidos pela pesquisa do termo “13.769”.

Enquanto as decisões foram analisadas e baixadas, para fins de dados estatísticos da pesquisa, também foram catalogadas conforme seu dispositivo em: decisões de deferimento (em que foram convertidas as prisões preventivas em domiciliar); indeferimento, com os subitens: indeferidos pelos incisos I e II do artigo 318-A – exceções trazidas pela Lei nº 13.769/2018 para não conversão; indeferidos por situação excepcionálíssima e os indeferimentos por outras situações, como o processo tratar de execução definitiva da pena e não de prisão provisória. Também, as decisões catalogadas como deferidas foram aquelas em que a presa, por sua defesa, interpôs pedido nos Tribunais e este foi concedido, bem como nos

⁴¹ A versão mais recente do INFOPEN Mulheres foi lançada no final do ano de 2019 relativa aos dados do sistema prisional feminino do primeiro semestre de 2017. Ocorre que, quando começou a coleta de dados, em agosto de 2019, a informação mais atualizada sobre o encarceramento feminino era os dados de junho de 2016, publicados pelo INFOPEN 2018, que foi utilizado nesta pesquisa.

casos em que o Ministério Público interpôs recurso contra decisão que concedeu a prisão domiciliar e este recurso foi desprovido.

Entre as decisões encontradas, foram analisadas as decisões de indeferimento por situação excepcionalíssima e, como forma de estabelecer um contraponto com o que foi observado na análise das decisões de indeferimento, foram analisadas igualmente as decisões de deferimento.

As decisões de indeferimento por hipóteses legais não foram analisadas porque nelas não há maior discussão legal, jurisprudencial ou doutrinária, a dizer que o julgador diante de um caso de homicídio (crime com violência), por exemplo, indefere o pedido porque o artigo 318-A, inciso I, do CPP assim dispõe. Nos demais casos de indeferimento analisados, entretanto, são encontradas argumentações sobre o porquê do indeferimento da ordem em que o crime não foi contra o descende e não foi cometido com violência ou grave ameaça.

Depois de catalogadas, foram lidas as decisões e preenchida a tabela feita no programa Excel com as informações de: Número do processo, Data de julgamento/publicação, Tribunal, Turma/Câmara julgadora, Relator/Relatora, Decisão tomada no processo, Tipo penal, Parte fática, Argumentos legislativo, doutrinário, jurisprudencial e Fático, e Observações.

6.2 Exposição e análise dos dados

6.2.1 Supremo Tribunal Federal (STF)

Ao todo, foram 4 decisões que trataram sobre o tema da prisão domiciliar às mulheres presas no Supremo Tribunal Federal. Destas decisões, em 2 foi concedida a prisão domiciliar e em 2 a ordem foi denegada, sendo que 1 caso por hipótese legal (presente no art. 318-A, I, do CPP), e 1 decisão por situação excepcionalíssima.

A presença de poucas decisões sobre a matéria no STF é porque as decisões que lá chegam são contra atos praticados pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ou decisões que envolvem foro privilegiado, como se depreende da leitura do artigo 102, I, i, da Constituição Federal⁴². Também, porque o STJ tem julgado mais pelo deferimento do que o indeferimento da prisão domiciliar às mulheres presas.

Foram analisadas, ao todo, 3 decisões:

⁴² Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente:

(...)

i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância.

- HC 158.123/SP – Relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, que compõe a 1ª Turma. O crime cometido pela paciente foi o de Organização Criminosa. A prisão domiciliar foi concedida;
- AgRg no HC 168.374/MA – Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, que compõe a 2ª Turma. O crime cometido pela paciente foi o de Tráfico de Drogas. A prisão domiciliar foi concedida; e
- HC 176.108/SP – Relatoria do Ministro Marco Aurélio, que compõe a 1ª Turma. O crime cometido pela paciente foi o de Tráfico e Associação para o tráfico. A ordem foi denegada.

Dessa forma, pode-se perceber que o crime de tráfico de drogas esteve presente em 2 das 3 decisões analisadas.

Por sua vez, a causa de indeferimento do HC 176.108/SP, considerada como situação excepcionalíssima, foi o tráfico na residência. Ocorre que, no AgRg no HC 168.374/MA, a hipótese de tráfico na residência também esteve presente, e a ordem foi concedida pelo Ministro Ricardo Lewandowski. Percebe-se que a mudança de entendimento entre ministros foi influenciadora para as decisões divergentes, não obstante tratar-se da mesma hipótese fática – tráfico na residência.

6.2.2 Superior Tribunal de Justiça (STJ)

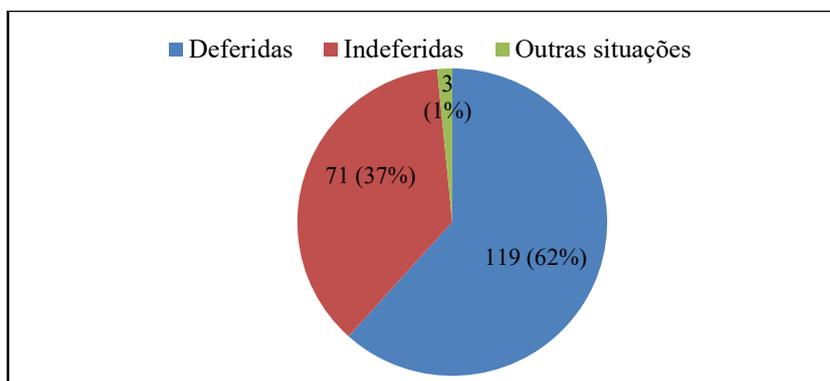


Gráfico 1: Classificação das decisões do STJ conforme seu julgamento.

Fonte: autor da pesquisa

Das 71 decisões indeferidas constantes no gráfico 1, 30 foram de situações excepcionalíssimas e 41 decisões foram indeferidas por hipóteses legais (art. 318-A, incisos I e II).

Por sua vez, as 3 “Outras situações” foram:

- AgRg no HC 525.701-SP – Em que o indeferimento da ordem se deu por ser uma situação de execução da pena e não de prisão preventiva;

- HC 505.450-SP – Em que o indeferimento se deu porque o filho da paciente tinha mais de 12 anos; e
- RHC 116.662-RS – Em que foi deferida a ordem, mas para que o tribunal analisasse a substituição da preventiva em domiciliar, ou seja, não houve resolução do mérito pelo STJ.

Na pesquisa, foram analisadas as decisões de indeferimento por situações excepcionalíssimas e também as decisões deferidas – 92 decisões escolhidas, entre as 119 decisões, por método de amostragem.

6.2.2.1 Das decisões de indeferimento por situação excepcionalíssima

Das 30 decisões de situações excepcionalíssimas, 16 foram julgadas pela 5ª Turma e 14 foram julgadas pela 6ª Turma do STJ. Percebe-se que a divisão das decisões entre as turmas julgadoras foi praticamente equânime, não havendo uma turma que, essencialmente, denegasse a ordem, enquanto outra a concedesse indistintamente.

Por sua vez, as decisões foram assim divididas conforme os julgamentos pelos ministros das turmas:

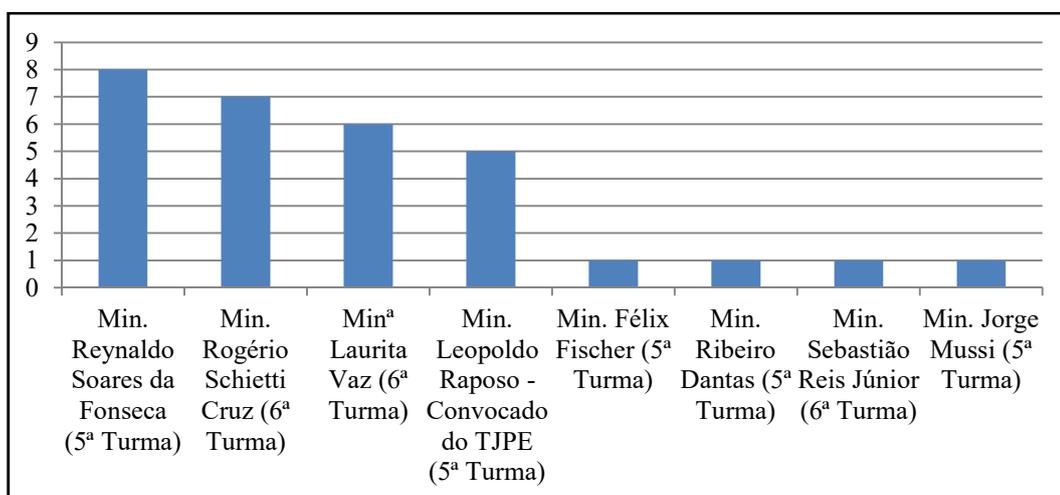


Gráfico 2: Quantidade de julgados indeferidos do STJ conforme seus ministros-relatores.

Fonte: autor da pesquisa

Do gráfico 2, depreende-se que metade das decisões de indeferimento da 5ª Turma foi da lavra do Min. Reynaldo Soares da Fonseca (8 decisões). Outro ponto a ser destacado é que o Desembargador do TJPE Leopoldo de Arruda Raposo, que foi convocado para substituir o Min. Félix Fischer, julgou 5 casos de indeferimento. Nessa medida, Reynaldo Soares e Leopoldo Raposo relataram mais da metade das decisões indeferidas por situações excepcionalíssimas da 5ª Turma. Na 6ª turma do STJ, as decisões de indeferimento foram

praticamente divididas entre os ministros Rogério Schietti Cruz (com 7 decisões) e Laurita Vaz (com 6 decisões).

Os Tipos penais das decisões de indeferimento foram os seguintes:

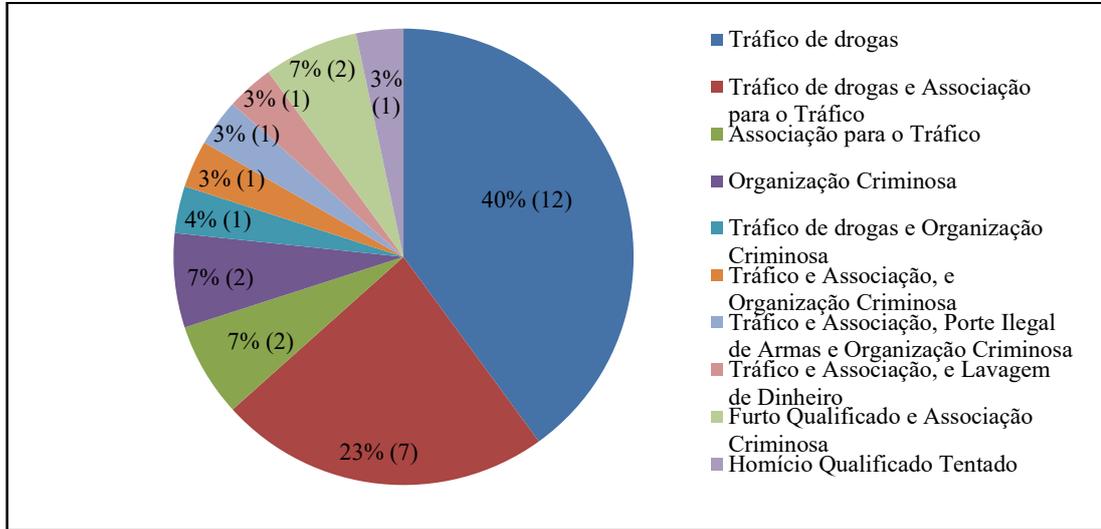


Gráfico 3: Tipos penais das decisões de indeferimento do STJ.

Fonte: autor da pesquisa

Observa-se do gráfico 3 que o tráfico de drogas constituiu na maior quantidade dos crimes presentes nas decisões de indeferimento. Isoladamente, o crime de tráfico esteve presente em 12 decisões, porém somado às demais situações cumulado a outro delito (como na hipótese de Tráfico e Associação, por exemplo), a cifra total chegou a 23 das 30 decisões de indeferimento.

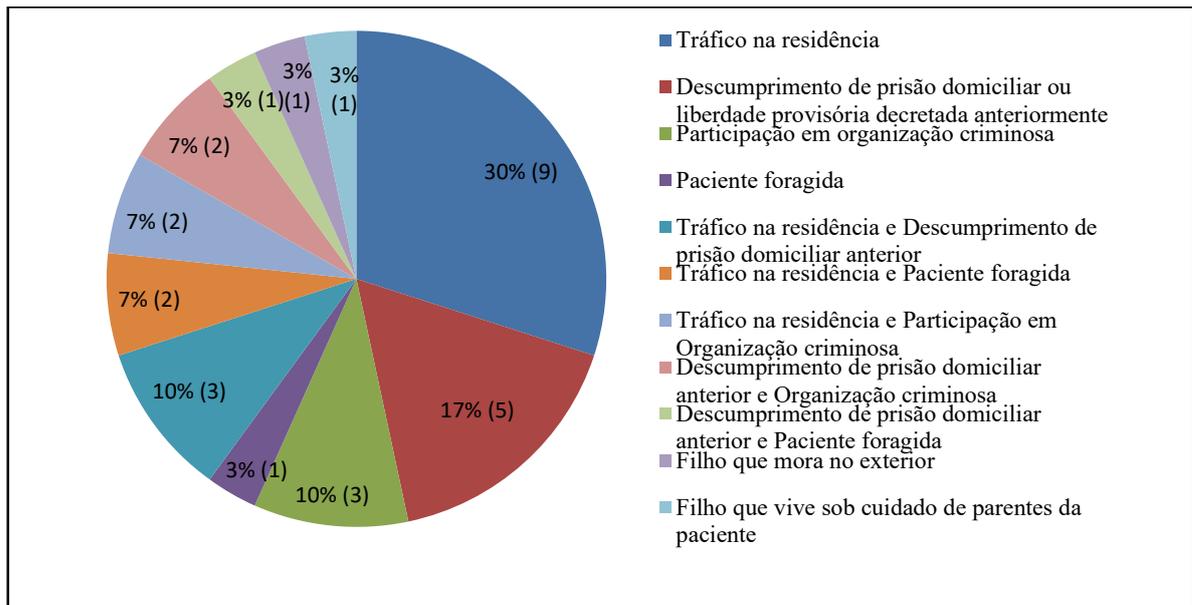


Gráfico 4: As hipóteses de situação excepcionalíssima nos julgados de indeferimento do STJ.

Fonte: autor da pesquisa

Por sua vez, da análise do gráfico 4 acima, nota-se que o tráfico exercido na residência da paciente, presente isoladamente em 9 e junto com outros motivos em 7 casos, foi o mais considerado pelo STJ como situação excepcionalíssima, seguido também do descumprimento de condicionantes de prisão domiciliar ou liberdade provisória que a paciente tenha sido beneficiária, a dizer, que o crime, objeto do *Habeas Corpus*, cometido pela paciente se deu quando ela já estava em prisão domiciliar ou em liberdade provisória decretada em outro processo. No caso do descumprimento, foram 5 decisões isoladas e 6 decisões junto a outros fatores considerados como situação excepcionalíssima.

6.2.2.2 Das decisões de deferimento

Quando as decisões estão no Superior Tribunal de Justiça, o caso já passou, normalmente, por uma análise de um Tribunal de Justiça estadual ou regional. Dessa forma, observar as decisões que foram deferidas pelo STJ, em última análise, é perceber que a Corte Superior julgou diferentemente do entendimento do Tribunal estadual ou regional.

Diante disso, pode se estabelecer quais os tribunais que mais tiveram seu entendimento modificado pelo Superior Tribunal de Justiça no presente caso (de substituição da prisão preventiva pela domiciliar):

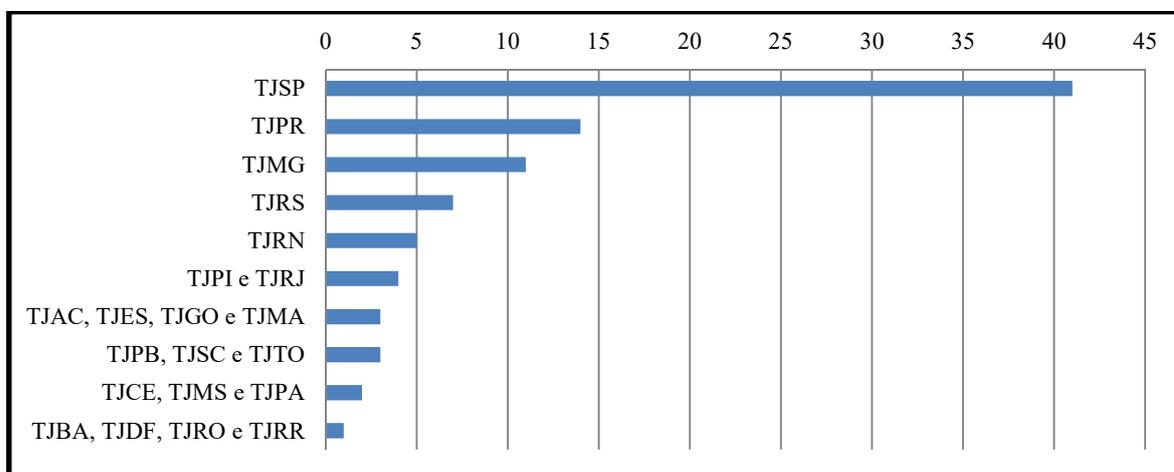


Gráfico 5⁴³: Quantitativo de decisões deferidas pelo STJ em relação aos tribunais estaduais.

Fonte: autor da pesquisa.

Percebe-se do gráfico 5 que o TJSP, por ser o que mais teve decisões modificadas pelo STJ (41 decisões indeferidas pelo tribunal foram deferidas pelo STJ), apresenta uma tendência a ter, no bojo do tribunal estadual, mais decisões de indeferimento. Em seguida, vêm o TJPR (14 decisões) e o TJMG (11 decisões).

⁴³ Nas colunas que possuem mais de um Tribunal, a quantidade indicada é para cada Tribunal e não o somatório das decisões. Por exemplo, o TJPI e o TJRJ tiveram, cada um, 4 decisões reformadas pelo STJ.

Ao todo, foram 119 decisões de deferimento encontradas na jurisprudência do STJ, numeradas de 01 a 119. Para a análise destas decisões, foi utilizada técnica de amostragem obtida pelo sítio eletrônico *surveymonkey.com*. Considerando como população os 119 julgados, grau de confiança de 95% e margem de erro de 5, o tamanho da amostra resultou em 92 decisões. A par da amostra, foram sorteados aleatoriamente 92 números entre 01 a 119, utilizando-se do sítio *sorteador.com.br*.

Das 92 decisões analisadas, metade foi deferida pela 5ª Turma e a outra metade pela 6ª Turma. Do gráfico 6, nota-se que todos os ministros do STJ da 5ª e 6ª Turmas deferiram pelo menos 1 caso. O ministro da 5ª turma que mais julgou decisões nesse sentido foi o Min. Reynaldo Soares da Fonseca, com 19 decisões, o mesmo ministro também foi o que mais julgou casos como indeferido, 8 decisões.

Por sua vez, na 6ª turma, o Min. Antonio Saldanha Palheiro, com 18 decisões, foi o que mais julgou casos de deferimento, ressalta-se que este ministro não julgou nenhum caso como de situação excepcionalíssima, a dizer, todos os pedidos de prisão domiciliar de relatoria do ministro Antonio Saldanha foram deferidos. De igual maneira, o Min. Joel Ilan Parcionik (5ª Turma) que deferiu a ordem em todos os casos de sua relatoria - 5 decisões.

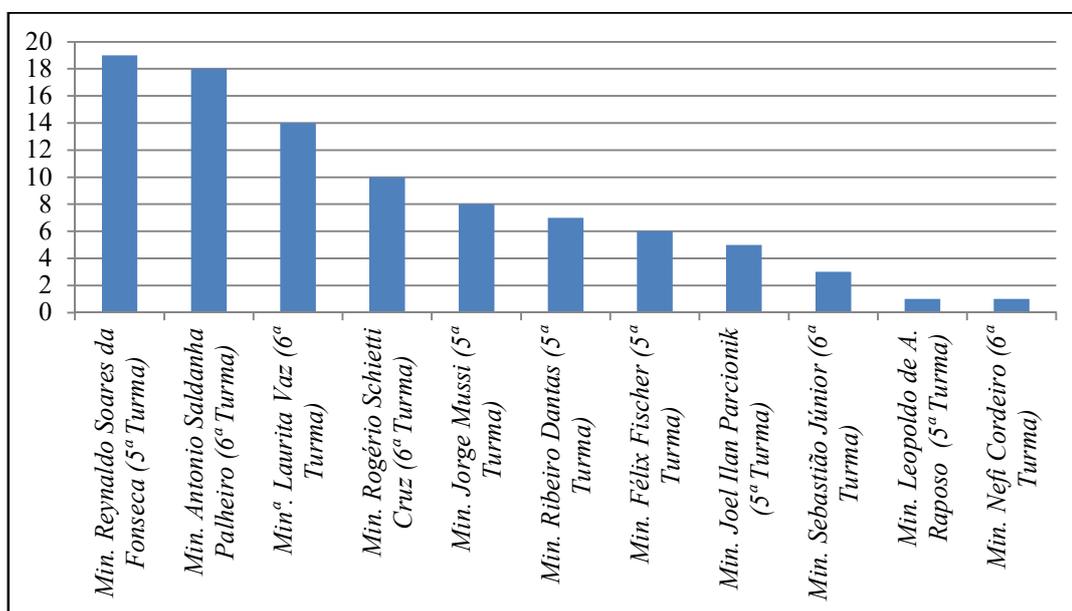


Gráfico 6: Quantidade de julgados deferidos do STJ conforme seus ministros-relatores.

Fonte: autor da pesquisa

O ministro Félix Fischer (5ª Turma) deferiu a ordem em 6 decisões e em 1 caso indeferiu como situação excepcionalíssima. Interessante que esta proporção (de mais deferimentos do que indeferimento) não foi vista em relação ao Min. Leopoldo de Arruda Raposo, desembargador convocado do TJPE para substituir o Min. Félix Fischer entre outubro de 2019 a março de 2020, o que contrasta, pelo menos sobre esta matéria, do que foi

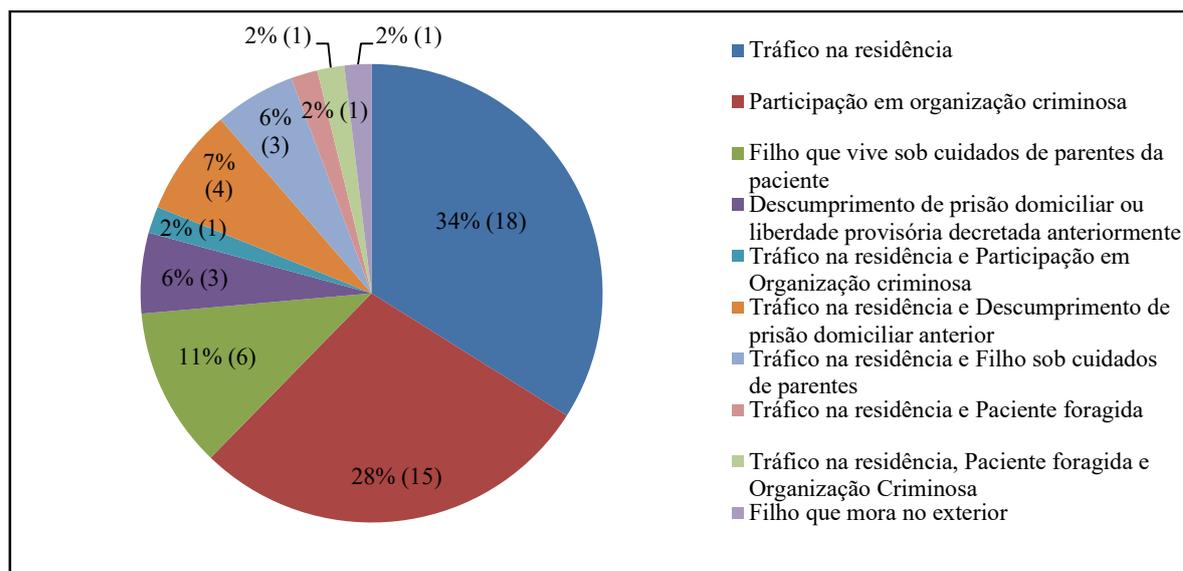


Gráfico 8: Circunstâncias do crime que foram consideradas como situação excepcionalíssima presentes nas decisões de deferimento do STJ. Fonte: autor da pesquisa

Das 92 decisões analisadas, em 53 houve informações sobre circunstâncias do delito. Todas as hipóteses consideradas excepcionalíssimas nas decisões de indeferimento foram também vislumbradas nas decisões deferidas. Destacam-se, na sequência, as principais hipóteses de situação excepcionalíssima vislumbradas nas decisões de deferimento.

a) Tráfico na residência:

O tráfico na residência, que esteve presente, de maneira isolada, em 9 decisões de situação excepcionalíssima, esteve presente isoladamente em 18 decisões deferidas. Somando às hipóteses em que o tráfico na residência esteve junto com outra circunstância do crime, chegou-se ao total de 28 casos de deferimento, contra 16 casos de indeferimento.

A razão de aparição maior nas decisões de deferimento se deve à mudança nos ministros relatores e, assim, mudança de entendimento em relação aos julgados de situação excepcionalíssima.

Foram os casos dos Ministros Antonio Saldanha Palheiro – 5 decisões deferidas em que o Tráfico na Residência foi hipótese isolada (HC 485.331/PR, HC 498.501/SP, HC 502.424/BA, HC 495.889/PR, RHC 111.566/SC) mais 3 casos de deferimento em que o Tráfico na residência apareceu com outros fatores (HC 503.393/SP – junto a hipótese de descumprimento de prisão domiciliar anterior, HC 489.534/PR – junto a hipótese de filho sob cuidados de parentes e RHC 107.186/MS – junto a hipótese de paciente foragida); Jorge Mussi – 2 decisões em que o tráfico na residência foi circunstância isolada (HC 486.804/RJ, HC 516.030/PR); Joel Ilan Parcionik (HC 503.747/ES) e Ribeiro Dantas (AgRg no HC 494.641/MG) – com uma 1 decisão cada tratando de tráfico na residência isoladamente.

No entanto, em outros casos, os ministros relatores deferiram a ordem de prisão domiciliar em hipóteses de tráfico na residência, mas também indeferiram em outros processos alegando situação excepcionalíssima.

Foi o que se deu com o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, que deferiu a ordem em dois casos de tráfico na residência (RHC 108.424/MG e HC 510.718/MA) contra 6 situações de indeferimento sobre a mesma hipótese (RHC 104.811/GO, RHC 104.145/MS, HC 480.369/MG, RHC 109.049/SP, HC 477.179/RS e HC 467.402/RS). O motivo deste descompasso foi a mudança expressa em seu entendimento sobre o tráfico na residência ser hipótese de situação excepcionalíssima exarada no RHC 108.424/MG (publicado em 03/06/2019), em que o Ministro passou a seguir o entendimento do STF que pugnou não ser, o tráfico na residência, caso de situação excepcionalíssima em decisão monocrática de outubro de 2018. O efeito prático dessa mudança de entendimento foi que todas as 6 decisões em que o Ministro indeferiu foram anteriores à mudança de posicionamento, e as duas decisões em que houve o deferimento foram posteriores à modificação de seu entendimento.

No caso do Ministro Rogério Schietti Cruz, que teve duas decisões de indeferimento por situação excepcionalíssima contra 5 decisões de deferimento, percebe-se que fatores como a quantidade de drogas apreendidas pesou para o indeferimento. No HC 506.408/ES (em que a ordem foi denegada), a paciente era primária e foram apreendidas 356 pedras de crack, 32 pinos de cocaína e 234 buchas de maconha, além de R\$ 2.743,00 em comparação com o HC 495.889/PR (que foi julgado deferido), a apreensão foi de apenas 1 pedra de crack.

De igual maneira, observa-se que em casos de relatoria da Ministra Laurita Vaz, foi a quantidade de drogas apreendida que pesou para o indeferimento. No HC 482.057/PB (indeferido), a paciente era, inclusive, primária, mas foi surpreendida na posse de 24,8Kg de maconha. No HC 513.554/SP (deferido), em que a paciente era também primária, a quantidade apreendida foi de 174g de cocaína e 9,4g de THC. Mas no HC 509.885/SP (em que a ordem foi concedida), a paciente também era primária e a quantidade apreendida foi significativa – 3Kg de cocaína, 6Kg de maconha e R\$ 16.000,00.

Em outro caso de relatoria da Ministra (HC 118.058/PR), percebe-se que o peso para o indeferimento foi o fato de a paciente integrar Organização Criminosa, tendo em vista que a quantidade apreendida foi de 20g de cocaína e 300g de maconha, menor do que na hipótese anterior de deferimento (HC 509.885/SP).

b) Participação em Organização Criminosa:

A participação em Organização Criminosa, de forma isolada e conjuntamente a outros fatores, esteve presente em 17 casos de deferimento. Em relação a situações excepcionalíssimas, a participação em organização criminosa foi constatada em 7 decisões.

Mais uma vez, a presença de casos de participação em organização criminosa nas decisões de deferimento em número superior às decisões indeferidas, se deve, em parte, à mudança de ministro relator: 5 julgados do Ministro Antonio Saldanha Palheiro (HC 446.308/SP, HC 487.270/TO, HC 510.945/PA, HC 419.236/SP, HC 520.874/PR), 1 julgado do Min. Félix Fischer (HC 499.207/GO), 2 decisões de Jorge Mussi (RHC 114.646/RR e HC 538.662/SP) e 1 de Nefi Cordeiro (AgRg no HC 492.062/SP)

Comparando as decisões por situação excepcionalíssima, nota-se que duas destas decisões foram julgadas pelo Ministro Rogério Schietti Cruz. Não houve decisão deste Ministro que deferiu a prisão domiciliar em caso de Organização criminosa de maneira isolada, mas consta uma decisão que se tratava de tráfico na residência e organização criminosa e o ministro concedeu a ordem (HC 484.287/MT). Interessante que, neste caso de deferimento, o Ministro concedeu a ordem e utilizou o fato da paciente ter participação em organização como condicionante para a imposição de medidas cautelares para além da prisão domiciliar.

c) Descumprimento de prisão domiciliar ou de liberdade provisória decretada anteriormente

No que diz respeito a esta hipótese, 11 decisões foram indeferidas por este motivo isolada ou conjuntamente a outros fatores (tráfico na residência, participação em organização criminosa e paciente foragida).

Por sua vez, em 3 decisões de deferimento esta hipótese também subsistiu de maneira isolada e em 4 situações foi associada ao tráfico na residência.

Em apenas 1 das 7 decisões de deferimento, houve a presença de um ministro diferente das de indeferimento, foi o caso do HC 503.393/SP – relatoria do ministro Antonio Saldanha Palheiro, a hipótese foi associada ao tráfico na residência.

Por outro lado, algumas decisões de indeferimento por esta hipótese teve a relatoria de ministros que não deferiram a concessão da prisão domiciliar na mesma situação. Foram os casos dos Ministros Jorge Mussi (RHC 118.796/MG), Laurita Vaz (HC 494.129/CE) – em ambos os casos a hipótese de descumprimento foi causa isolada, e Leopoldo de Arruda Raposo (HC 524.613/SP) e Reynaldo Soares da Fonseca (HC 477.179/RS e HC 467.402/RS) – nestes 3 casos, o descumprimento foi associado ao tráfico na residência.

O ministro Sebastião Reis Júnior teve 1 decisão indeferida (HC 498.374/RJ) e 2 decisões deferidas (HC 530.666/PR e HC 501.800/AC, esta última associada ao tráfico na residência). Observa-se que, em parte, nos casos do Min. Sebastião Reis Júnior, a quantidade de droga foi o diferencial, mesmo sendo relativamente baixa em ambos os casos – no HC 498.374/RJ (indeferido) – 39,88g de cocaína e 23,19g de maconha, enquanto que no HC 530.666/PR (deferido) – 3g de crack e R\$ 50,00. Porém ao comparar a decisão de indeferimento com o HC 501.800/AC (deferido), nota-se que a quantidade não foi mais o diferencial, visto que, neste último, a ordem foi deferida não obstante a apreensão de 526g de maconha, quantidade maior do que no HC 498.374/RJ em que a ordem foi indeferida.

d) Filhos sob cuidados de parentes

Ao todo, foram 9 decisões de deferimento em que esta hipótese subsistiu, contra apenas 1 caso de indeferimento por situação excepcionalíssima.

A referida decisão foi de relatoria da Ministra Laurita Vaz (HC 483.257/SP), que julgou indeferido porque a criança estava sob cuidados da mãe da paciente. Na ocasião, a paciente primária tinha sido presa com 302 pinos de cocaína e 1Kg de maconha. Por sua vez, 2 decisões foram deferidas pela Ministra Laurita Vaz em que os filhos das mulheres presas também estavam sob cuidados de parentes (HC 484.265/RJ e HC 495.346/PR), no primeiro caso houve a apreensão de 189g de cocaína e 1,950 Kg de maconha e, no segundo caso, quase 2Kg de cocaína. Percebe-se, ao comparar as 3 decisões, certa incoerência da ministra, não havendo a princípio uma justificativa para que, no primeiro caso (HC 483.257/SP), houvesse o indeferimento, tendo em vista em que nas duas decisões deferidas a quantidade apreendida foi em número maior do que na decisão de indeferimento e os filhos estavam, igualmente, sob cuidados de parentes.

6.2.3 Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP)

Das 168 decisões indeferidas constantes no gráfico 09 abaixo, 97 foram de situações excepcionalíssimas, 42 decisões foram indeferidas por hipóteses legais (art. 318-A, incisos I e II) e 29 foram por hipóteses de execução da pena – não se tratava de presas detidas provisoriamente.

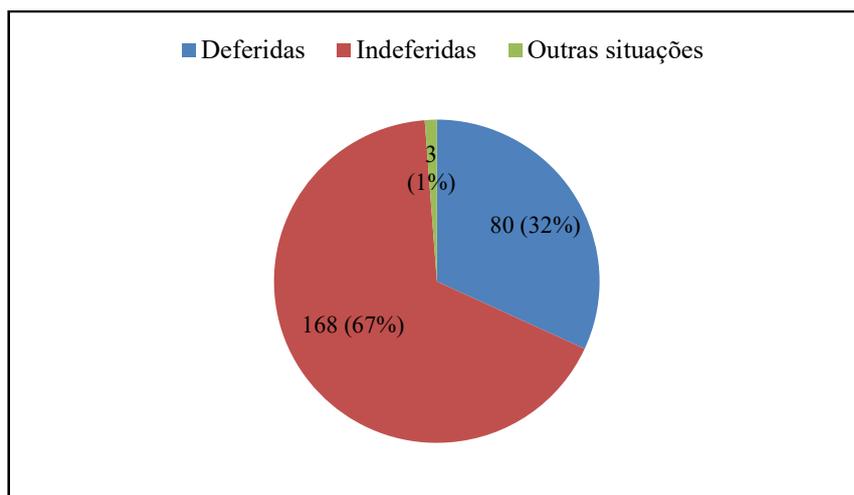


Gráfico 9: Classificação das decisões do TJSP conforme seu julgamento.

Fonte: autor da pesquisa

As 3 “Outras situações” presentes no gráfico 09 são:

- HC 2275359-11.2018.8.26.0000 e HC 2258223-98.2018.8.26.0000 – Em que a paciente era responsável por pessoa com deficiência (hipótese também de concessão de prisão domiciliar presente no *caput* do art. 318-A do Código de Processo Penal, mas que não constituiu o objeto da pesquisa), a ordem foi indeferida nestes casos; e
- HC 0033057-48.2019.8.26.0000 – Em que a paciente também era responsável por pessoa com deficiência e a ordem foi deferida.

6.2.3.1 Das decisões de indeferimento por situação excepcionalíssima

Ao todo, foram 97 decisões de indeferimento por situação excepcionalíssima, que foram numeradas de 01 a 97. Para a análise destas decisões, foi utilizada técnica de amostragem obtida pelo sítio eletrônico *surveymonkey.com*. Considerando como população os 97 julgados, grau de confiança de 95% e margem de erro de 5, resultou em 78 decisões o tamanho da amostra. A par desse número foram sorteados aleatoriamente 78 números entre 01 a 97 utilizando-se do sítio *sorteador.com.br*.

Nessa medida, as 78 decisões indeferidas foram assim divididas conforme o julgamento pelas Câmaras do TJSP e seus respectivos desembargadores:

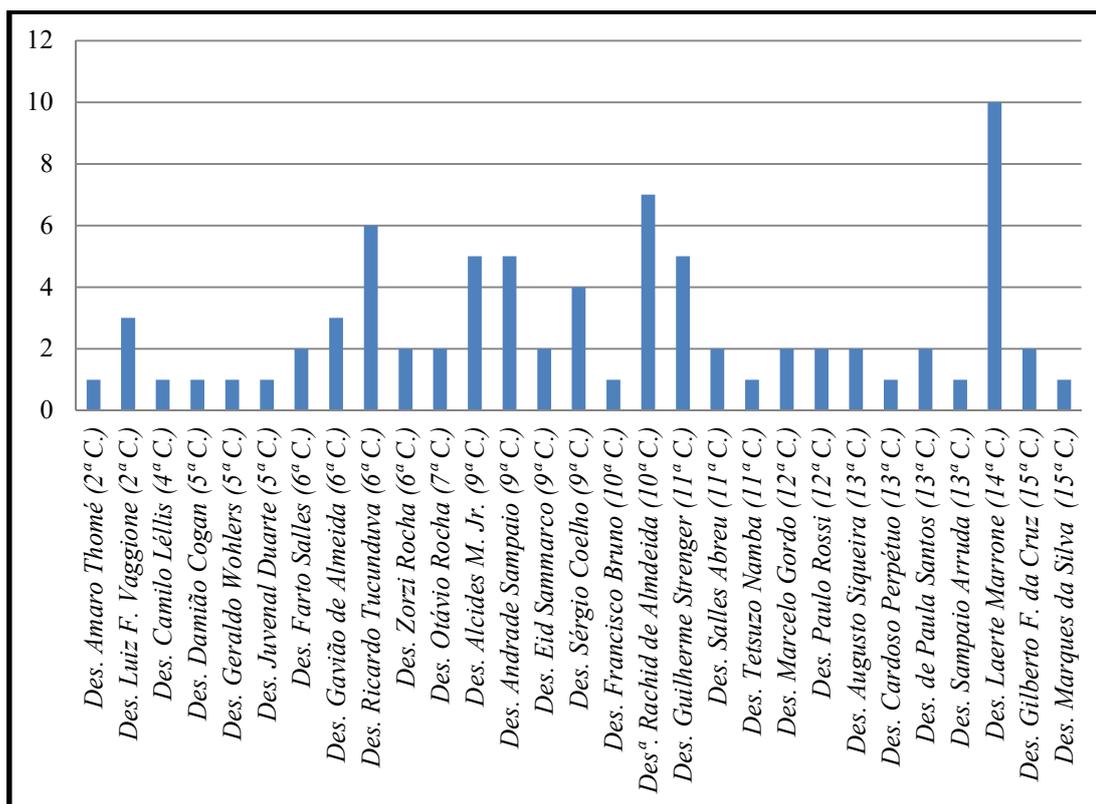


Gráfico 10: Quantidade de julgados indeferidos do TJSP conforme seus desembargadores-relatores.

Fonte: autor da pesquisa

Do gráfico 10 acima, extrai-se, de início, que 12 das 16 câmaras criminais do TJSP julgou pelo menos 1 decisão indeferida. A 9ª Câmara, com 16 julgados de indeferimento por situação excepcionalíssima liderou, seguida da 6ª Câmara com 13 decisões e da 14ª Câmara com 10 decisões. Por sua vez, observa-se que os desembargadores Laerte Marrone (da 14ª Câmara Criminal), com 10 decisões de indeferimento, Rachid Vaz de Almeida (da 10ª Câmara), com 7 decisões de indeferimento e Ricardo Tucunduva (da 6ª Câmara) com 6 decisões, foram os desembargadores com mais decisões de indeferimento por situação excepcionalíssima.

Mais uma vez, como expressa o gráfico 11 abaixo, o tráfico de drogas constituiu na maior quantidade dos delitos das decisões. Isoladamente, o crime de tráfico esteve presente em 34 julgados, somadas às demais situações em que apareceu cumulado a outro crime (como na hipótese de Tráfico e Associação), a cifra total chegou a 67 das 78 decisões de indeferimento analisadas.

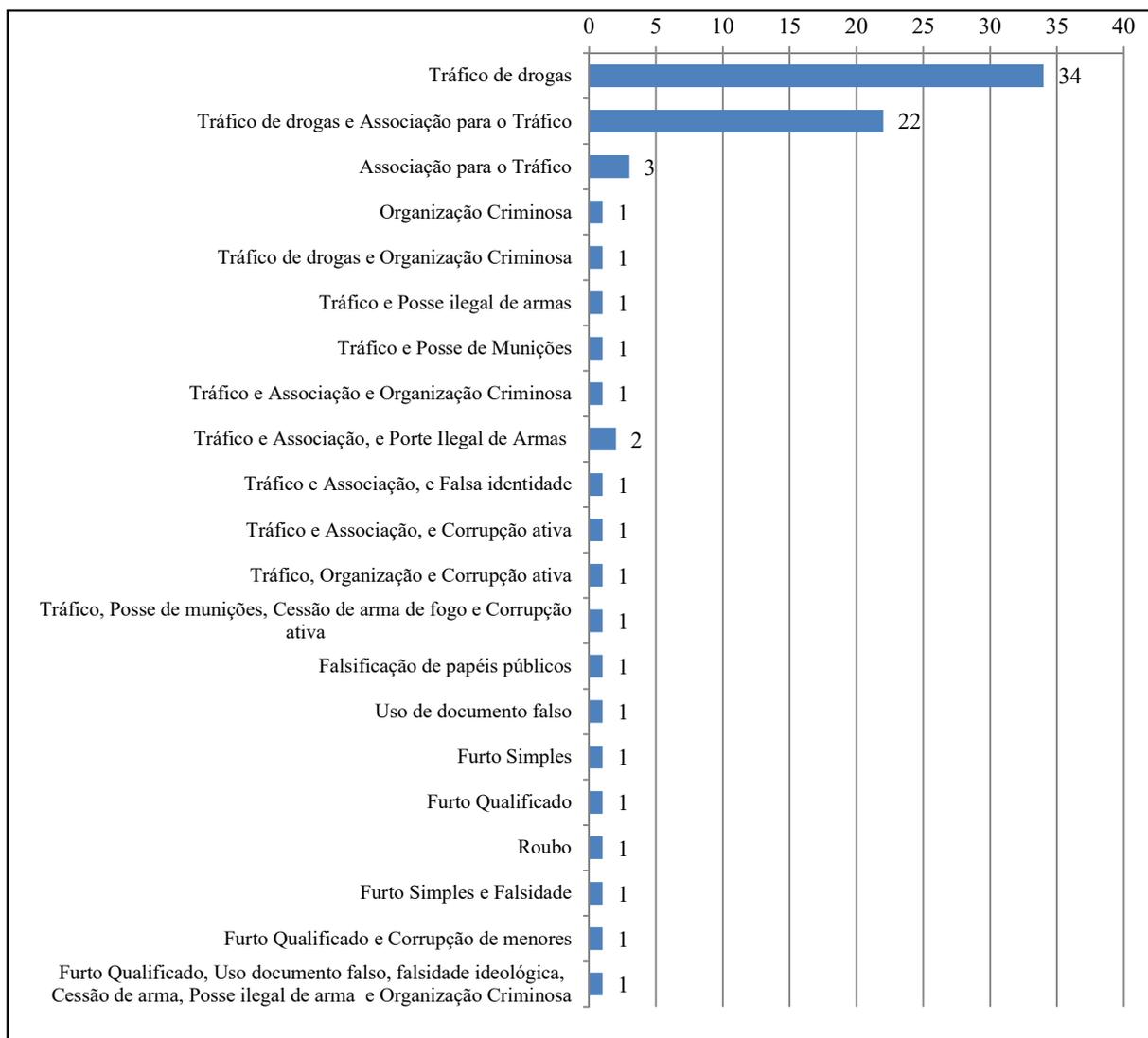


Gráfico 11: Tipos penais das decisões de indeferimento do TJSP.

Fonte: autor da pesquisa

Cumprе salientar que o crime de tráfico de drogas em diversas decisões do TJSP, por si só, é qualificado como delito de alta gravidade, causador de todos os males sociais e da maioria dos crimes, como extrai-se excerto abaixo extraído de julgado de relatoria do desembargador Juvenal Duarte:

Mesmo porque o crime de tráfico de entorpecentes é de gravidade peculiar que desestabiliza a vida em sociedade e fere de morte a saúde pública, porque fomenta, simultânea e irremediavelmente até as pedras estão cansadas de saber, a violência, a destruição dos lares e das famílias e a prática de n crimes, sobretudo para o fim de viabilizá-lo.⁴⁵

Igualmente, quando se aborda o crime de tráfico de drogas, há uma generalização dos praticantes do delito, colocando todos num mesmo patamar de criminalidade. A generalização se torna mais ainda errônea quando se trata de mulheres presas por este delito, visto que as

⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. E.dcl. 0041673-27.2017.8.26.0050, 5ª Câmara, 7 de março de 2019. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsjg/consultaCompleta.do?f=1>>. Acesso em: 24 jan. 2020.

tratadas, foram 12 hipóteses distintas, considerando também as hipóteses associadas, são 21 situações.

Assim como o STJ, o tráfico na residência despontou como a situação mais considerada como excepcionalíssima: isoladamente foram 10 casos, associado a outras hipóteses mais 18 casos, chegando-se ao total de 28 julgados.

A segunda hipótese que mais foi considerada como situação excepcionalíssima foi a ausência de comprovação da imprescindibilidade aos cuidados dos filhos, a dizer que, para o TJSP, a mulher presa tem que comprovar, na inicial do *Habeas Corpus*, ser imprescindível aos cuidados dos filhos. Para tanto, os filhos não podem estar assistidos por outros parentes enquanto a mãe estiver presa. Interessante que esta hipótese não está presente no inciso V do artigo 318 que diz apenas “mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos”, todavia, isoladamente, esteve presente em 8 casos, mas somada aos julgados em que foi associada a outras circunstâncias, totalizaram-se 16 casos.

A respeito da ausência de imprescindibilidade aos cuidados dos filhos, assim se manifestou o Desembargador Cardoso Perpétuo:

Nesse passo, destacamos a impossibilidade de prisão domiciliar para a paciente, pois, pelas informações juntadas, no caso concreto, não se observa a necessária comprovação de que a acusada, ora paciente, seja ‘imprescindível’ aos cuidados de sua filha pequena. Assim, aqui, não se verifica o caso de menor que, em decorrência do encarceramento materno, esteja em situação de abandono, desamparo, precise ser encaminhada a abrigo ou se enquadre em quaisquer das outras hipóteses decorrentes das mazelas causadas pelas carências sociais e estruturais de que a paciente e sua família não indicam padecer.⁴⁷

Além de não contar expressamente na norma processual penal a necessidade de comprovação da imprescindibilidade aos cuidados dos filhos, pode-se constatar que tal comprovação, na prática, é quase impossível e, dessa forma, compartilha-se da inquietação da defensora pública de São Paulo Máira Coraci Diniz: “Tem alguns casos, e não são poucos, em que há essa tentativa de criar dificuldades à aplicação do HC com justificativas difíceis de aceitar. Como se faz a prova da prescindibilidade da mãe? Como que se prova que um filho não precisa da mãe?”⁴⁸

Na mesma linha desta hipótese, estão as situações dos filhos sob cuidados de parentes (que pode ser o genitor, os avós ou irmãos do infante) que esteve presente, isoladamente, em 8 casos, mas associado a outras hipóteses, chegou a um total de 13 casos.

Em outros julgados, o TJSP considerou até as hipóteses de reincidência (de forma isolada) como fator preponderante para o indeferimento por situação excepcionalíssima, isto

⁴⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **HC 2065929-82.2019.8.26.0000, da 13ª Câmara, de 11 de abril de 2019**. Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>>. Acesso em: 21 jan. 2020.

⁴⁸ VITAL, Danilo. **Op. Cit.**

se deu em 3 casos (HC 2171532-47.2019.8.26.0000, HC 2195315-68.2019.8.26.0000 e HC 2115340-94.2019.8.26.0000). O próprio Supremo Tribunal Federal no bojo do HC 143.641/SP, ainda na decisão de 20 de fevereiro de 2018, deixou expresso que a reincidência não poderia ser tratada isoladamente para a denegação da prisão domiciliar.

Sobre a reincidência de práticas penais, quando se analisam os dados do DEPEN e nota-se que a grande maioria das mulheres presas é pobre, moradora de periferia, com baixa escolaridade, chega-se a conclusão com Isabela Cunha que a reincidência é justamente estratégia acionada “para garantir a renda e a sobrevivência da família, tendo em vista a escassez das possibilidades disponíveis em um cenário de baixa escolaridade, desemprego, precarização do trabalho e acúmulo de funções e responsabilidades sobre essa mulher”.⁴⁹

Em outras duas hipóteses foram consideradas, como situação excepcionalíssima, a segurança pública (HC 2079641-42.2019.8.26.0000 e HC 2232633-85.2019.8.26.0000), termo cautelar penal vago, de interpretação aberta; em outras 2 hipóteses foi a gravidade do crime considerada situação excepcionalíssima (HC 2142082-59.2019.8.26.0000 e HC 2196781-97.2019.8.26.0000).

Ainda, dois casos foram entendidos como situação excepcionalíssima porque as mulheres presas faziam parte de associação criminosa (HC 2080243-33.2019.8.26.0000 e HC 2176705-52.2019.8.26.0000). Importa salientar que, em ambos os casos, as pacientes já estavam respondendo pelo delito de associação para o tráfico, ou seja, foi utilizado, em última análise, o próprio tipo penal – associação para o tráfico (que, frise-se, não comporta violência ou grave ameaça) - como situação excepcionalíssima.

Cumprе ressaltar, por fim, que em 3 hipóteses associadas a grande quantidade de drogas apreendidas (HC 2090267-23.2019.8.26.0000, HC 0019298-17.2019.8.26.0000 e HC 2169208-84.2019.8.26.0000) esteve também presente a falta de documentação que comprovasse a filiação como fator excepcionalíssimo, a dizer, que também foi levado em conta para o indeferimento, o fato da defesa da mulher presa não ter acostado aos autos a certidão de nascimento do filho, ou exames que comprovassem o período gestacional.

Da análise de todas estas hipóteses, observa-se como o termo situação excepcionalíssima possuiu o sentido alargado no Tribunal de Justiça de São Paulo e isso reflete que em 97 decisões a prisão domiciliar foi denegada por tal motivo por este Tribunal, enquanto que em 80 decisões foram concedidas a ordem da prisão domiciliar, na contramão dos objetivos do HC 143.641/SP e da Lei 13.769/2018.

⁴⁹ CUNHA, Isabela. **Op. Cit.**

6.2.3.2 Das decisões de deferimento

Ao todo, foram 80 decisões de deferimento julgadas pelo TJSP, que foram numeradas de 01 a 80. Para a análise destas decisões, foi utilizada técnica de amostragem obtida pelo sítio eletrônico *surveymonkey.com*. Considerando como população os 80 julgados, grau de confiança de 95% e margem de erro de 5, resultou em 67 decisões o tamanho da amostra. A par desse número foram sorteados aleatoriamente 67 números entre 01 a 80, utilizando-se do sítio *sorteador.com.br*.

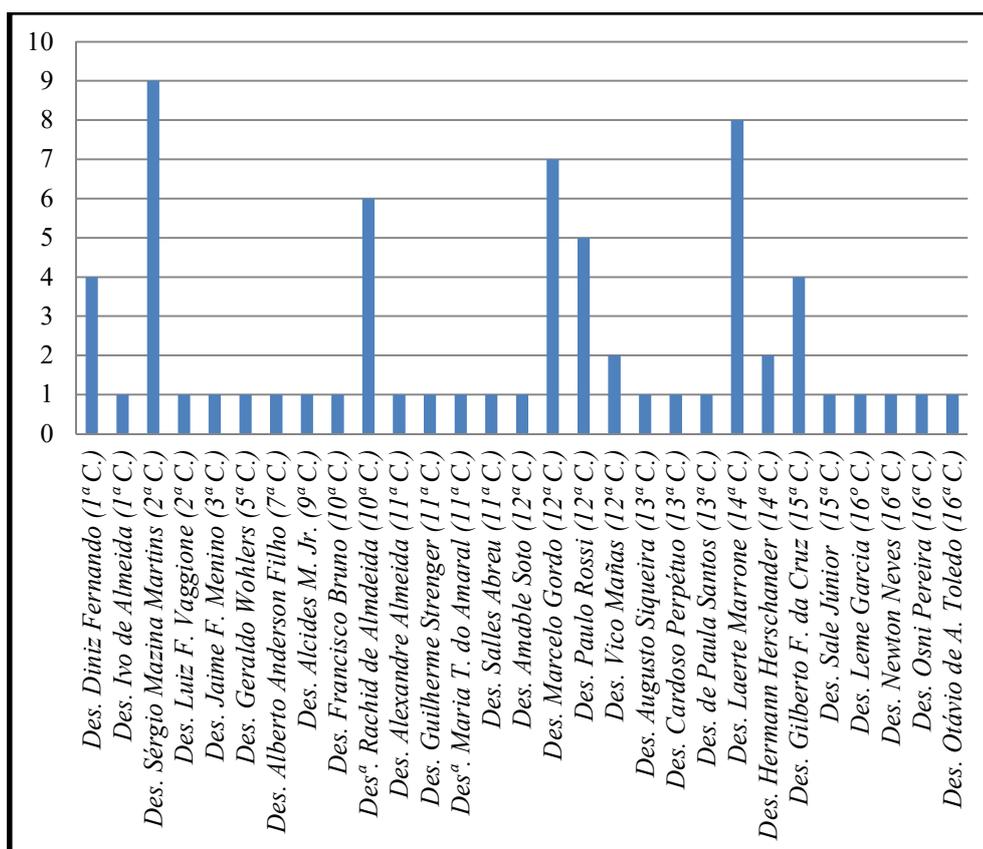


Gráfico 13: Quantidade de julgados deferidos do TJSP conforme seus desembargadores-relatores.

Fonte: autor da pesquisa

Do gráfico acima, observa-se que 13, das 16 câmaras criminais do TJSP, deferiram a concessão da prisão domiciliar em pelo menos 1 julgado. A 12ª Câmara, com 15 julgados de deferimento, liderou seguida da 2ª e da 14ª Câmaras com 10 julgados cada.

Em comparação às decisões de indeferimento por situação excepcionalíssima, percebe-se que a 1ª – com 5 casos, a 3ª – com 1 caso e a 16ª – com 4 casos, foram as câmaras que deferiram todos os processos analisados envolvendo o pedido de concessão de prisão domiciliar para mãe e gestante presas.

Por outro lado, a 4ª – com 1 caso e a 6ª Câmara – com 13 casos, indeferiram todos os seus julgados analisados por situação excepcionalíssima. Em certa medida, pode-se incluir

também neste rol, a 9ª Câmara que teve 17 julgados sobre a matéria, sendo que em 16 deles a ordem foi indeferida, e em apenas 1 caso foi concedida a prisão domiciliar.

Ainda do gráfico 13, observa-se que os desembargadores Sérgio Mazina Martins (da 2ª Câmara Criminal), com 09 decisões de deferimento, Laerte Marrone (da 14ª Câmara Criminal), com 8 decisões de deferimento e Marcelo Gordo (da 12ª Câmara Criminal) com 7 decisões, foram os desembargadores que mais concederam a ordem de prisão domiciliar no Tribunal de Justiça de São Paulo.

Quando se constata a presença de câmaras julgadoras e respectivos desembargadores que julgaram todas as decisões enquanto deferidas ou indeferidas, percebe-se o quanto a falta de entendimento coletivo do tribunal a respeito de determinada matéria faz com que haja uma loteria judicial em que para uns, em virtude do julgador ou do colegiado que decidirá o caso, será uma sorte e para outros, porque diferente o julgador e o colegiado, a ação resultará em azar. Refletindo muito bem isto, assim expressam Ademar Borges, Camila Gomes e Daniel Sarmento: “o recurso ao Judiciário pode se converter em verdadeira loteria, em que a maior ou menor sorte do litigante é determinada no momento da distribuição da ação”.⁵⁰

O desembargador Luiz Fernando Vaggione julgou ao todo 4 casos, sendo que em 3 deles indeferiu a ordem por situação excepcionalíssima (HC 2148688-06.2019.8.26.0000, HC 2129872-73.2019.8.26.0000 e HC 2121112-38.2019.8.26.0000) e em 1 caso deferiu a ordem (HC 2101727-07.2019.8.26.0000). Ao comparar as 4 decisões, percebe-se que o diferencial da decisão de deferimento para as demais foi a quantidade de drogas apreendidas. No caso deferido, a apreensão foi de 121,6g de maconha. Nos casos de indeferimento, respectivamente, foram apreendidos 52,48Kg de maconha e 115,36Kg de cocaína, 1.923g de maconha e 26,45g de skank, e 329g de maconha, 190g de crack e 580g de cocaína.

Por sua vez, o desembargador Guilherme Gonçalves Strenger julgou 5 casos como situação excepcionalíssima e apenas 1 caso em que deferiu a ordem. No caso de deferimento (HC 2214828-22.2019.8.26.0000), a paciente era primária e a quantidade apreendida foi de 6,2g de ADB-Fubinaca. Em comparação ao HC 2116551-68.2019.8.26.0000 (indeferido), a apreensão foi maior – 157,14g de cocaína, na mesma linha, no HC 2124332-44.2019.8.26.0000 (indeferido) em que foi apreendido 787,9g de cocaína e 42g de maconha, além de R\$ 2.548,00. Porém, no caso do HC 2136426-24.2019.8.26.0000 (indeferido), a quantidade apreendida também foi pequena em relação à decisão de deferimento – 5 pedras

⁵⁰ BORGES, Ademar; GOMES, Camila; e SARMENTO, Daniel. **Parecer:** O cabimento do *Habeas Corpus* coletivo na ordem constitucional brasileira. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-hc-coletivo.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

de crack e 1 porção de maconha e R\$ 5,00, mas o que parece ter pesado aqui foi o fato da paciente ser reincidente.

Em sentido oposto, o desembargador Gilberto Ferreira da Cruz julgou 5 casos, sendo 4 de deferimento da prisão domiciliar e apenas 1 de não concessão. Comparando o caso de indeferimento para os de deferimento, observa-se que a quantidade de drogas apreendidas foi o fator diferenciador entre as situações. No HC 217753-72.2019.8.26.0000 (indeferido), foram apreendidos 5,43Kg de maconha. Já no HC 2157574-91.2019.8.26.0000, a apreensão foi de 7g de cocaína e 5g de maconha, também no HC 217273-52.2019.8.26.0000 que a apreensão foi de 1,4g de cocaína e 9,54g de maconha e no RSE 0003696-48.2018.8.26.0411 em que a apreensão foi de 251,1g de haxixe e 125,83g de maconha, nestes 3 últimos casos a prisão domiciliar foi concedida.

Os Tipos penais das decisões de deferimento foram os seguintes:

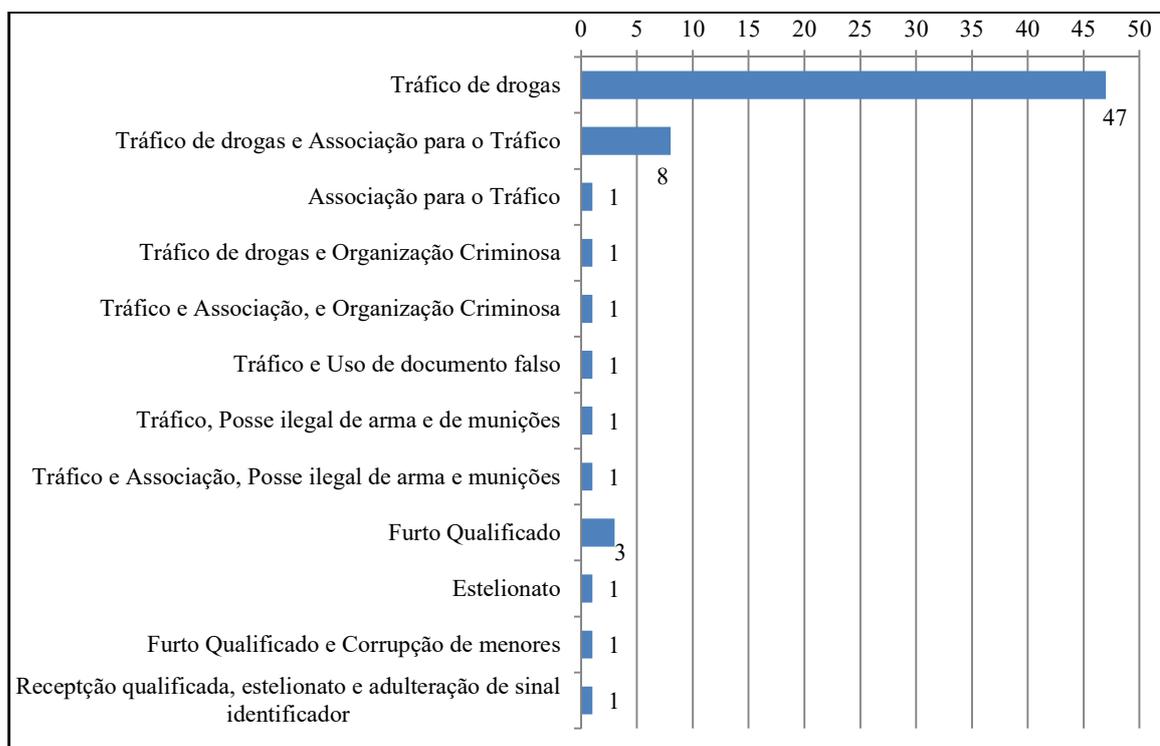


Gráfico 14: Tipos penais das decisões de deferimento do TJSP.

Fonte: autor da pesquisa

Do gráfico 14, observa-se que o tráfico de drogas foi o crime mais presente nas decisões de deferimento. Isoladamente, o tráfico esteve presente em 47 decisões, porém somado às demais situações praticado com outro crime, a cifra total chegou a 60 das 67 decisões de deferimento analisadas.

Do TJSP foram analisadas, no total, 145 decisões. Destas, em 127 o tráfico de drogas esteve presente, isolado ou cumulado com outros delitos, o que corresponde a aproximadamente 88% das decisões analisadas.

6.2.4 Tribunal de Justiça do Paraná

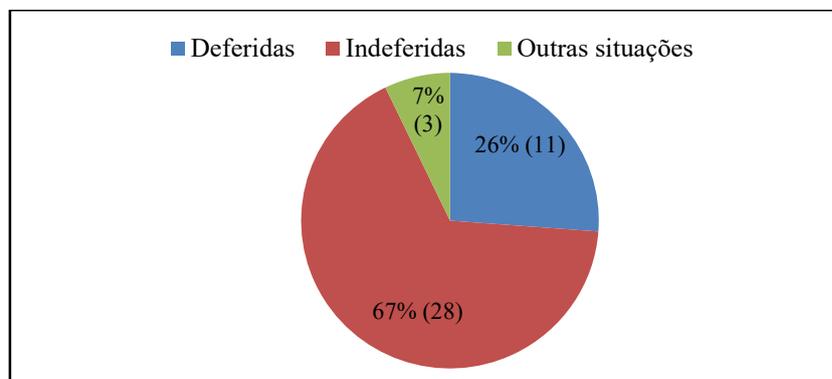


Gráfico 15: Classificação das decisões do TJPR conforme seu julgamento.
Fonte: autor da pesquisa

As 3 “Outras situações” presentes no gráfico 15 foram:

- HC 0031821-40.2019.8.16.0000 – Em que a paciente era responsável por pessoa com deficiência, a ordem foi deferida neste caso;
- AEP 0001764-93.2019.8.16.0176 – Hipótese de execução penal em que a ordem de prisão domiciliar foi deferida. Esta decisão não foi analisada porque o objeto da pesquisa são as presas que estão reclusas preventivamente; e
- HC 0039875-92.2019.8.16.0000 – Neste caso, tratava-se de prisão temporária e a ordem foi denegada, tendo em vista que a Lei 13.769/2018 abrange apenas as prisões preventivas.

Por sua vez, das 28 decisões indeferidas, 23 foram de situações excepcionalíssimas e 5 decisões foram indeferidas por hipóteses legais (art. 318-A, incisos I e II).

6.2.4.1 Das decisões de indeferimento por situações excepcionalíssimas

Sobre as decisões de indeferimento, 3 das 5 câmaras criminais do TJPR julgaram ao menos 2 decisões como indeferidas. A 3ª Câmara, com 15 julgados de indeferimento por situação excepcionalíssima, mais da metade de todas as decisões indeferidas, liderou, seguida da 4ª Câmara com 6 decisões e da 5ª Câmara com 2 decisões. Ainda, os desembargadores Gamaliel Seme Scaff (da 3ª Câmara Criminal), Celso Jair Mainardi (da 4ª Câmara) e a Juíza de Direito em Substituição na Corte Ângela Regina Ramina de Lucca (da 3ª Câmara), ambos com 6 decisões cada foram os julgadores com mais decisões de indeferimento por situação excepcionalíssima.

Os Tipos penais das decisões de indeferimento foram os seguintes:

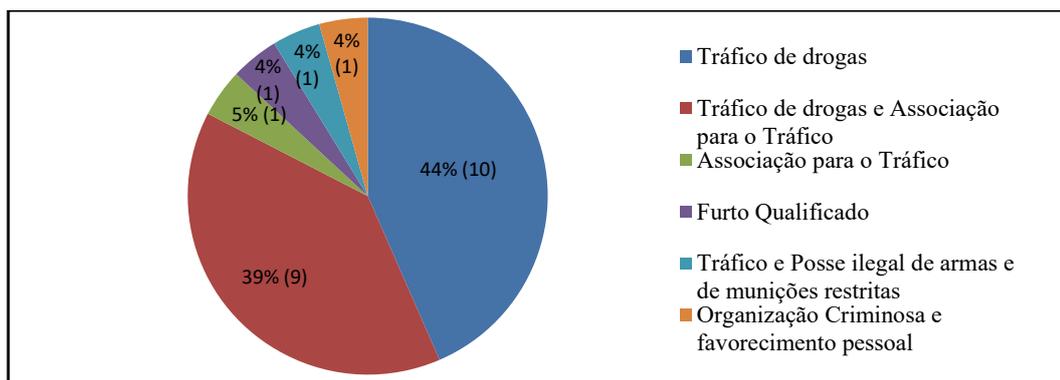


Gráfico 16: Tipos penais das decisões de indeferimento do TJPR.

Fonte: autor da pesquisa

Assim como ocorreu com o STJ e o TJSP, o tráfico de drogas constituiu na maior quantidade dos crimes presentes nas decisões de indeferimento. Isoladamente, o crime de tráfico esteve presente em 10 decisões, porém considerando as demais situações em que apareceu cumulado a outro delito, a cifra total chegou a 20 das 23 decisões de indeferimento.

No tocante às situações excepcionalíssimas, assim entendeu o TJPR:

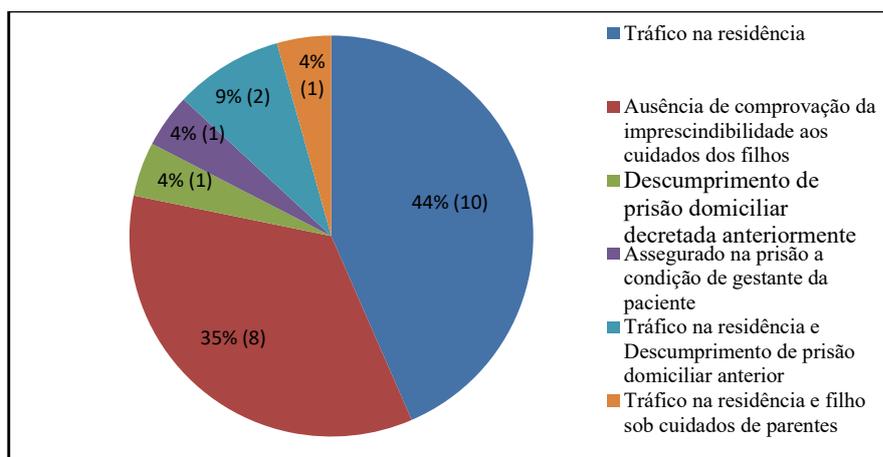


Gráfico 17: As hipóteses de situação excepcionalíssima nos julgados de indeferimento do TJPR.

Fonte: autor da pesquisa

O tráfico na residência despontou como a situação que mais foi considerada como excepcionalíssima no TJPR. Isoladamente, foram 10 casos, associado a outras hipóteses, chegou-se ao total de 13 julgados, o que equivale a mais da metade das decisões de indeferimento deste Tribunal.

A segunda circunstância mais considerada como situação excepcionalíssima foi a ausência de comprovação da imprescindibilidade aos cuidados dos filhos. Isoladamente, esteve presente em 8 dos 23 casos analisados do TJPR.

Observa-se que, da mesma maneira do TJSP, o termo situação excepcionalíssima possuiu o sentido alargado no Tribunal de Justiça do Paraná, a ausência de comprovação da

imprescindibilidade aos cuidados dos filhos, bem como a possível estrutura da unidade penitenciária em que a mulher está reclusa foram utilizadas como outras situações excepcionalíssimas para além do tráfico na residência e o descumprimento de prisão domiciliar decretada anteriormente. Isso reflete que em 23 decisões a prisão domiciliar foi denegada por tal motivo por este Tribunal, enquanto que em apenas 11 decisões foram concedidas a ordem da prisão domiciliar.

6.2.4.2 Das decisões de deferimento

No tocante às decisões de deferimento, cumpre ressaltar que as mesmas Câmaras Criminais que deferiram a ordem de prisão domiciliar também indeferiram a ordem por situação excepcionalíssima. A 3ª Câmara, com 6 julgados de deferimento, liderou, seguida da 5ª Câmara, com 4 julgados e da 4ª Câmara com 1 julgado. Ainda, a Juíza Ângela Regina Ramina de Lucca (da 3ª Câmara Criminal), com 4 decisões foi a que mais concedeu a ordem de prisão domiciliar no Tribunal de Justiça do Paraná. A mesma juíza foi uma dos que mais indeferiram a ordem por situação excepcionalíssima, com 6 decisões.

Em comparação aos casos de situação excepcionalíssima, os desembargadores Rui Portugal Bacellar Filho, Luiz Osório Moraes Panza, Maria José Teixeira e Simone Cherem Fabrício de Melo, ambos com 1 decisão cada, foram julgadores que deferiram todos os julgados de sua relatoria. Por outro lado, os desembargadores Gamaliel Seme Scaff e Celso Jair Mainardi, ambos com 6 decisões cada, e Renato Naves Barcellos, com 1 decisão, indeferiram todos os julgados de sua relatoria por situação excepcionalíssima.

O desembargador Paulo Roberto Vasconcelos julgou ao todo 3 casos, sendo que em 1 deferiu a ordem de prisão domiciliar (RSE 0001037-89.2018.8.16.0073), e em 2 casos indeferiu a ordem por situação excepcionalíssima (HC 0043797-44.2019.8.16.0000 e HC 0049930-05.2019.8.16.0000). Comparando as 3 decisões, observa-se que, nas duas decisões indeferidas, esteve presente a hipótese de tráfico na residência e as pacientes eram reincidentes, entretanto, no caso deferido, foi hipótese de filho sob cuidados de parentes e não houve antecedentes desabonadores da paciente. Ao analisar exclusivamente a quantidade de drogas apreendidas, percebe-se que, no caso deferido (RSE 0001037-89.2018.8.16.0073), a quantidade apreendida foi de 108g de crack e 203g de maconha, bem maior do que nos casos de indeferimento que foi 42g de cocaína (HC 0043797-44.2019.8.16.0000) e 92g de cocaína (HC 0049930-05.2019.8.16.0000). Nota-se, então, como o fato da paciente ser primária condicionou, em certa medida, a possibilidade de prisão domiciliar, mesmo com uma maior apreensão de drogas.

O juiz Ruy Alves Henrique Filho concedeu a ordem em 1 caso (HC 0016471-12.2019.8.16.0000) e a indeferiu em outro caso por situação excepcionalíssima (HC 0033726-80.2019.8.16.0000). Em comparação entre os julgados, percebe-se que a quantidade de droga apreendida foi o fator diferencial para a concessão, tendo em vista que em ambas as decisões houve a hipótese de tráfico na residência. No entanto, no caso indeferido foram apreendidos 2,039Kg de maconha, 1,026Kg de cocaína e 767g de crack, além de R\$ 7.571,00, já, no caso deferido, a apreensão foi de 15,8g de maconha, 12,7g de cocaína, 14,9g de crack e R\$ 153,00.

Os Tipos penais das decisões de deferimento foram os seguintes:

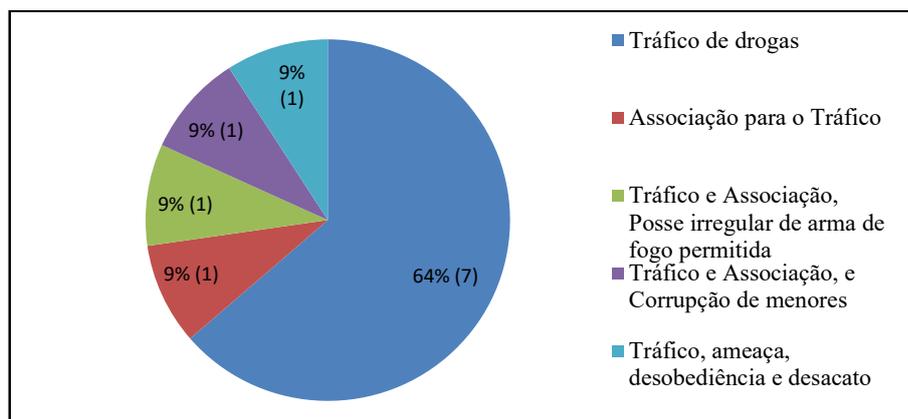


Gráfico 18: Tipos penais das decisões de deferimento do TJPR.

Fonte: autor da pesquisa

Assim como nas decisões de indeferimento por situações excepcionalíssimas, o crime de tráfico constituiu na maior quantidade dos crimes presentes nas decisões de deferimento do TJPR. Isoladamente, o crime de tráfico esteve presente em 7 decisões, porém se considerarmos as demais situações em que apareceu cumulado a outro delito, a cifra total chegou a 10 das 11 decisões de deferimento.

Do total de 34 decisões analisadas no TJPR, o crime de tráfico esteve presente em 30 casos, o que equivale a aproximadamente 88% das decisões.

Igualmente, em 7 decisões em que a ordem foi concedida foram vislumbradas circunstâncias consideradas como situação excepcionalíssima pelo tribunal paranaense. Em 5 destes casos, houve o tráfico na residência. Em 1 caso esteve presente o descumprimento de prisão domiciliar decretada anteriormente e em 1 caso o filho da paciente estava sob cuidados de parentes.

Assim como ocorreu nos tribunais anteriores, a causa maior para a aparição de situações excepcionalíssimas em decisões de deferimento foi a mudança de julgador e, assim, mudança de entendimento, bem como o relator não ter considerado a hipótese como excepcionalíssima, mesmo tendo indeferido outros casos.

Cumpra ressaltar, no entanto, os *Habeas Corpus* 0018288-14.2019.8.16.0000 e 0057017-12.2019.8.16.0000, ambos de relatoria da juíza Ângela de Lucca, em que foram deferidos não obstante a hipótese de tráfico na residência. A mesma relatora indeferiu 3 decisões em que esteve presente o tráfico na residência (HC 0018876-21.2019.8.16.000 – considerado isoladamente, HC 0026101-92.2019.8.16.0000 – associado ao descumprimento de prisão domiciliar anterior, e HC 0010919-66.2019.8.16.0000 – associado a filho sob cuidados de parentes.

No primeiro caso de deferimento (HC 0018288-14.2019.8.16.0000), pesou o fato do Superior Tribunal de Justiça ter concedido a ordem quando foi impugnado na Corte Superior, pela defesa da paciente, o indeferimento de medida liminar pelo TJPR. Em virtude da decisão do STJ, o desembargador relator Gamaliel Seme Scaff deferiu a ordem e a Juíza Ângela, em substituição àquele, confirmou a medida quando da análise do mérito do *habeas corpus*.

Em relação ao HC 0057017-12.2019.8.16.0000, também deferido, houve a apreensão de 8,864 Kg de maconha e R\$300,00. Se compararmos esse caso ao julgado HC 0026101-92.2019.8.16.0000 - indeferido, percebemos o quanto o descumprimento da prisão domiciliar e a reincidência demonstraram ter pesado para o indeferimento, tendo em vista que a apreensão, neste último caso, foi de apenas 8g de crack.

6.2.5 Tribunal de Justiça de Pernambuco

Da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Pernambuco, foram encontradas 13 decisões. Destas decisões, apenas em 1 a ordem foi concedida. 12 decisões foram indeferidas, sendo que 2 por hipóteses legais (presentes no art. 318-A, I e II, do CPP), 2 decisões que tratava de execução da pena, portanto, não era caso de prisão preventiva, e 8 decisões por situações excepcionalíssimas.

Observa-se que o TJPE seguiu o caminho do TJSP e do TJPR, a dizer, indeferiu mais do que deferiu a concessão de prisão domiciliar às mulheres presas no ano de 2019.

Do gráfico 19 abaixo, observa-se, de início, que 3 dos 5 órgãos criminais do TJPE julgaram ao menos 1 decisão sobre a concessão da prisão domiciliar às mulheres presas no ano de 2019, despontando a Câmara regional de Caruaru, especificamente sua 2ª Turma, com 6 casos julgados. Ainda, percebe-se que os desembargadores Honório Gomes do Rego Filho e Demócrito Reinaldo Filho, ambos com 3 decisões cada, que compõem a 2ª Turma da 1ª Câmara Regional de Caruaru, foram os desembargadores que mais julgaram decisões sobre a prisão domiciliar de mulheres mães e gestantes presas.

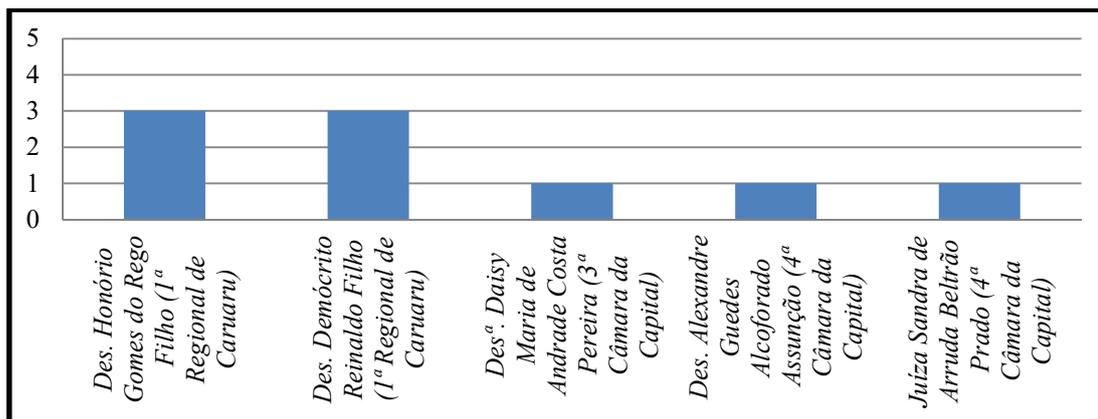


Gráfico 19: Quantidade de julgados do TJPE conforme as Câmaras Criminais e seus desembargadores-relatores.
Fonte: autor da pesquisa

Analisando os tipos penais das decisões do TJPE, constata-se mais uma vez, como vem sendo uma tônica em todos os tribunais analisados, que o crime de tráfico esteve presente na quase totalidade dos casos, 8 das 9 decisões analisadas, sendo que em 5 decisões de maneira isolada e em 3 decisões juntamente com o crime de Associação para o tráfico. Em 1 decisão, o delito imputado a paciente foi o de Associação para o tráfico e Organização Criminosa.

Assim como os demais tribunais (STJ, TJSP e TJPR), o tráfico na residência despontou como a situação mais considerada como excepcionalíssima no TJPE, estando presente em 4 casos, seguido da hipótese de participação em organização criminosa presente em 2 decisões. As hipóteses de filhos sob cuidados de parentes e descumprimento de prisão domiciliar decretada anteriormente estiveram presentes, cada uma, em 1 decisão.

Por sua vez, o único caso de concessão da prisão domiciliar foi o HC 0000589-80.2019.8.17.0000, de relatoria do Desembargador Honório Gomes do Rego Filho. O diferencial, presente nesta decisão para os demais casos em que a ordem foi indeferida, foi que na ação criminal o juízo de origem concedeu a prisão domiciliar à paciente e ainda ampliou a domiciliar para que a ré frequentasse curso universitário. De acordo com essas determinações do juízo de origem, o desembargador relator manteve a concessão da prisão domiciliar já exarada.

6.2.6 Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJMS)

No gráfico 20 abaixo, está disposto o total das decisões encontradas na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJMS) que tratou no ano de 2019 sobre o tema da conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar.

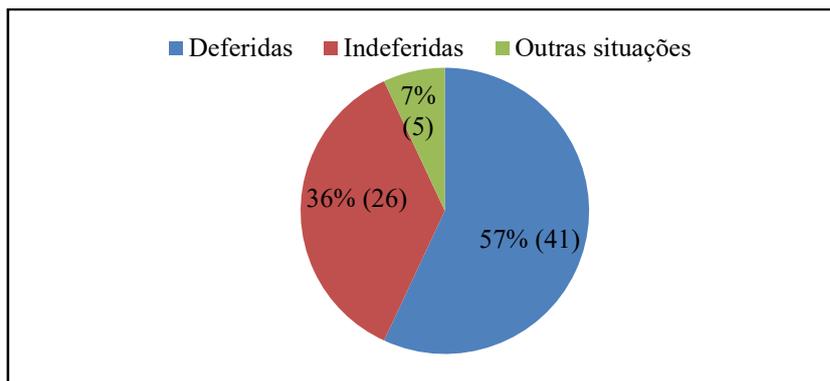


Gráfico 20: Classificação das decisões do TJMS conforme seu julgamento.

Fonte: autor da pesquisa

Das 26 decisões indeferidas, 13 foram por situações excepcionalíssimas e 13 foram por hipóteses legais (art. 318-A, I e II).

Observa-se, de imediato, que diferentemente do TJSP, do TJPR e do TJPE, no TJMS a maior quantidade dos casos foi deferida – 41 casos, contra 26 decisões e, se se retirar das decisões indeferidas as hipóteses legais, que são hipóteses objetivas para o indeferimento, foram 41 casos de deferimento contra 13 casos indeferidos por situações excepcionalíssimas. Dessa forma, nota-se que a linha de decisão deste tribunal, pelo menos no 1º ano de vigência da Lei 13.769/2018, se aproximou do escopo do HC 143.641/SP e da Lei 13.769.

As 5 “Outras situações” presentes no gráfico 20 foram:

- HC 1401646-89.2019.8.12.0000 e HC 1403780-89.2019.8.12.0000 – Em ambos os casos a ordem foi deferida, mas para o juízo de 1º grau analisar o pedido de prisão domiciliar. Logo, não houve análise de mérito pelo TJMS;
- HC 1414817-50.2018.8.12.0000 – Nesta decisão de deferimento o caso era de execução da pena e não tratava sobre prisão preventiva, objeto da pesquisa;
- HC 1414799-29.2018.8.12.0000 – Decisão de indeferimento porque o filho da paciente era maior de 12 anos de idade; e
- HC 1405985-91.2019.8.12.0000 – Em que a paciente era responsável por pessoa com deficiência - a ordem foi indeferida neste caso;

6.2.6.1 Das decisões de indeferimento por situação excepcionalíssima

No tocante às decisões de indeferimento, extrai-se, de início, que todas as 3 câmaras criminais do TJMS julgou pelo menos 2 decisões indeferidas. A 1ª Câmara, com 7 julgados de indeferimento por situação excepcionalíssima, mais da metade das decisões, liderou, seguida da 2ª Câmara com 4 decisões e da 3ª Câmara com 2 decisões. Observa-se, ainda, que

a desembargadora Elizabete Anache (da 1ª Câmara Criminal) com 4 decisões foi a que mais julgou casos de indeferimento por situação excepcionalíssima.

O crime de tráfico esteve presente em todas as 13 decisões de indeferimento: isoladamente, em 11 decisões, em 1 decisão juntamente a Associação ao Tráfico e em 1 decisão cumulado a Estelionato e Falsificação.

Assim como os demais tribunais analisados na pesquisa, o tráfico na residência despontou como a situação mais considerada como excepcionalíssima no TJMS, isoladamente foram 4 casos, associado a outras hipóteses (em 2 casos junto ao descumprimento de prisão domiciliar anterior e em 1 associado a filho sob cuidados de parentes), chegou-se ao total de 7 julgados. Em segundo lugar, duas hipóteses: a ausência de comprovação da imprescindibilidade aos cuidados dos filhos e filho sob cuidados de parentes da presa, ambas com 2 decisões cada se tratadas isoladamente. Nos dois últimos casos, esteve presente a hipótese de descumprimento de prisão domiciliar anterior, sendo 1 caso isolado e outro associado a filho sob cuidados de parentes.

6.2.6.2 Das decisões de deferimento

Ao todo foram 41 decisões de deferimento analisadas. Do gráfico 21, observa-se que a 3ª Câmara, com 20 julgados de deferimento liderou seguida da 2ª Câmara com 12 julgados e da 1ª Câmara com 9 julgados.

Igualmente, do gráfico 21, nota-se que a Desembargadora Dileta Terezinha Souza Thomaz (da 3ª Câmara Criminal) com 13 decisões foi a que mais concedeu a ordem de prisão domiciliar no Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul.

Em comparação aos casos de situação excepcionalíssima, constata-se que os desembargadores Ruy Celso Barbosa Florence (com 3 decisões), da 2ª Câmara; Dileta Terezinha Souza Thomaz (com 13 decisões), Jairo Roberto de Quadros (com 1 decisão) e Zaloar Murat Martins de Souza (com 4 decisões), ambos da 3ª Câmara, foram julgadores que deferiram todos os julgados de sua relatoria.

Distintamente do TJSP e do TJPR, não houve no TJMS desembargadores que indeferiram todos os julgados de sua relatoria. Nessa medida, todos os desembargadores que indeferiram julgados, também exararam decisões de deferimento.

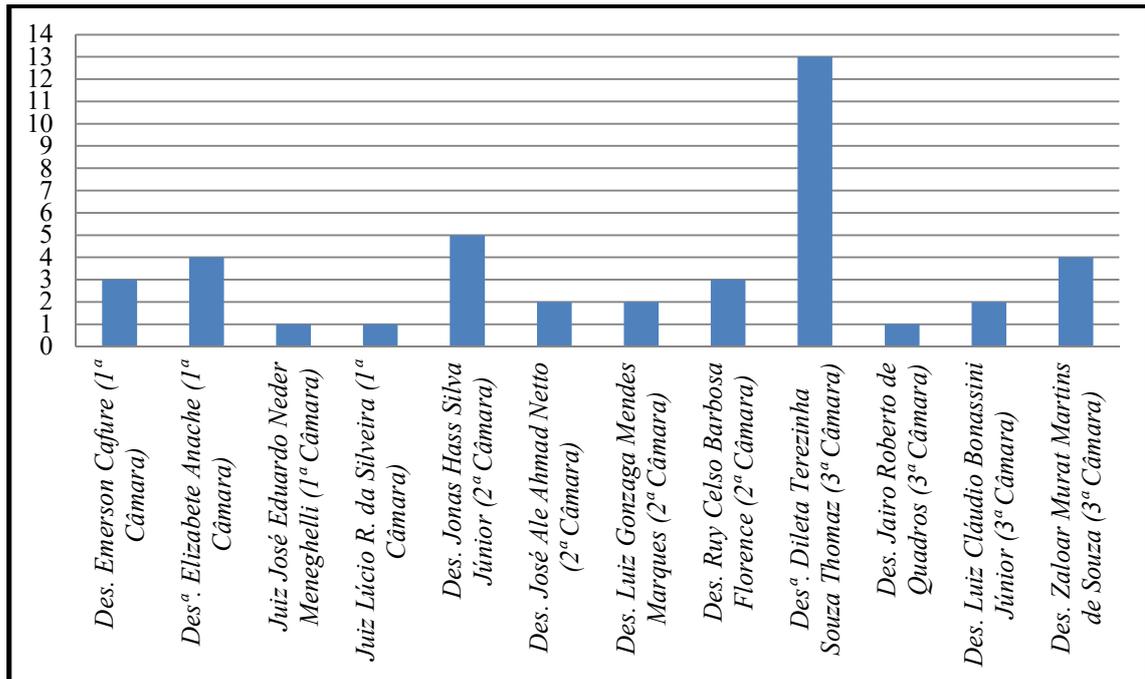


Gráfico 21: Quantidade de julgados deferidos do TJMS conforme as Câmaras Criminais e seus desembargadores-relatores.

Fonte: autor da pesquisa

Analisando as decisões dos desembargadores que tanto deferiram a ordem quanto indeferiram a concessão da prisão domiciliar, destaca-se o desembargador Emerson Cafure que indeferiu 1 caso (HC 1405268-79.2019.8.12.0000) e em 3 casos foi deferida a ordem (HC 1406022-21.2019.8.12.0000, HC 1400856-08.2019.8.12.0000 e HC 1404731-83.2019.8.12.0000). Ao comparar a decisão de indeferimento com o HC 14060022-21.2019.8.12.0000 (deferido), observa-se que em ambos os casos os filhos estavam sob cuidados de parentes, mas o diferencial para o indeferimento foi o fato de a paciente ter descumprido prisão domiciliar decretada anteriormente, bem como ser reincidente, visto que no caso deferido a paciente era primária.

Por sua vez, o juiz Lúcio da Silveira deferiu 1 caso (RSE 0006903-08.2019.8.12.0000) e indeferiu o outro caso de sua relatoria (HC 1414095-79.2019.8.12.0000). O diferencial entre os dois julgados é que, no indeferimento, o tráfico se deu na residência, enquanto que, no deferimento, não foi relatada circunstância do crime desabonadora. Outro diferencial também foi a quantidade de drogas apreendidas, no caso deferido foram apreendidos 8g de cocaína, enquanto que no caso de indeferimento foram apreendidos 287,10g de maconha.

Por fim, a desembargadora Elizabete Anache indeferiu 4 casos por situação excepcionalíssima e deferiu igualmente 4 casos. Ressaltam-se entre os casos analisados, o HC 1409381-76.2019.8.12.0000 (deferido) e o HC 1405445-43.2019.8.12.0000 (indeferido). A parte fática dos dois julgados é a mesma, porém são distintas pacientes. A hipótese, nos dois

casos, foi de tráfico na residência e foram apreendidos 75,2Kg de maconha e R\$153,30. No caso deferido, a paciente era reincidente, todavia no caso de indeferimento, a paciente não tinha antecedentes desabonadores. Percebe-se uma falta de coerência entre os julgados, porque no caso indeferido, a paciente também deveria ter a ordem concedida, visto que era primária e, assim, possuidora de uma condição pessoal mais favorável.

Os Tipos penais das decisões de deferimento foram os seguintes:

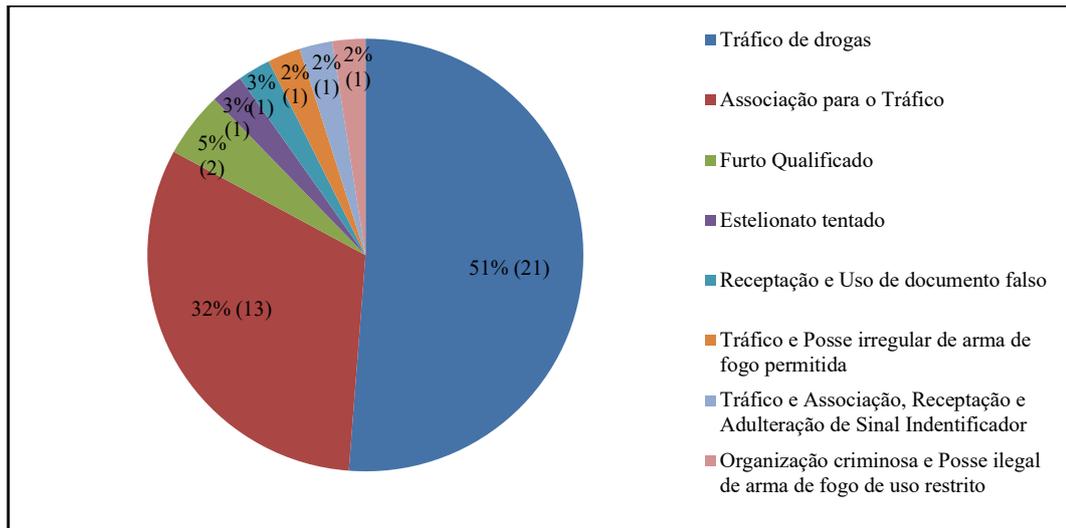


Gráfico 22: Tipos penais das decisões de deferimento do TJMS.

Fonte: autor da pesquisa

Mais uma vez o crime de tráfico de drogas constituiu na maior quantidade dos crimes presentes nas decisões de deferimento do TJMS. Isoladamente, o crime de tráfico esteve presente em 21 decisões, porém ao considerar as demais situações em que fora cumulado a outro crime (como na hipótese de Tráfico e Associação, por exemplo), a cifra total chegou a 36 das 41 decisões de deferimento.

Ao todo, foram analisadas 54 decisões do TJMS. Destas, o crime de tráfico, isolado ou associado a outros crimes, esteve presente em 49 decisões, o que corresponde aproximadamente 91% das decisões analisadas.

Em 12 decisões em que a ordem foi concedida, foram vislumbradas circunstâncias consideradas como excepcionalíssimas pelo próprio TJMS nas decisões de indeferimento. Em 5 casos, houve o tráfico na residência; em outros 5 casos, o filho estava sob cuidados de parentes e em 2 decisões, esteve presente o tráfico na residência associado à hipótese de filhos sob cuidados de parentes.

Destes casos, cumpre mencionar que, no HC 14077-88.2019.8.12.0000, de relatoria da Desembargadora Elizabete Anache, indeferido por situação excepcionalíssima tendo em vista a ausência de imprescindibilidade aos cuidados dos filhos, foi também salientado a falta de

endereço fixo da paciente no distrito da culpa, ou seja, no local onde está sendo processada, como causa para o indeferimento. Ocorre que em relação à ausência de endereço no distrito da culpa, em 4 decisões de deferimento, esta situação subsistiu. Em todas elas, no entanto, outros foram os desembargadores relatores: HC 1408633-44.2019.8.12.0000 – Desa. Dileta Terezinha – a paciente residia em Juiz de Fora/MG; HC 1409149-64.2019.8.12.0000 – Des. Zaloar Murat Martins de Souza – a paciente morava no estado do Rio de Janeiro; HC 1412589-68.2019.8.12.0000 – Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva – paciente residente no estado do Espírito Santo e no HC 1412551-68.2019.8.12.0000 – Des. Ruy Celso Barbosa Florence – paciente residia em Sergipe.

6.2.7 Tribunal de Justiça do Amazonas (TJAM)

Ao todo foram 8 decisões do TJAM que trataram sobre o tema da prisão domiciliar às mulheres presas. Destas decisões, em 6 foi concedida a prisão domiciliar e em apenas 2 a ordem foi denegada, sendo que 1 caso foi por hipótese legal (art. 318-A, I, do CPP), e 1 decisão por situação excepcionalíssima.

Percebe-se que o TJAM foi, de todos os tribunais analisados, não obstante a pequena quantidade de decisões julgadas ao longo do ano de 2019 em que abordou expressamente a Lei 13.769/2018, o que mais se aproximou do escopo do HC 143.641/SP e daquela lei, visto que concedeu quase que integralmente a prisão domiciliar nos casos julgados pelo Tribunal.

Foram analisadas, ao todo, 7 decisões, julgadas pelas duas câmaras criminais do Tribunal, sendo que a 1ª Câmara, com 6 julgados, julgou quase todos os processos analisados. Igualmente, foi observado que os desembargadores José Hamilton Saraiva dos Santos e Carla Maria dos Reis, ambos com 2 decisões cada, que compõem a 1ª Câmara, foram os desembargadores que mais julgaram decisões, neste tribunal, sobre a prisão domiciliar de mulheres mães e gestantes presas.

Mais uma vez, como foi uma tônica em todos os tribunais analisados na pesquisa, o crime de tráfico de drogas constituiu na maior quantidade dos crimes presentes nas decisões do TJAM. O tráfico esteve presente em 6 das 7 decisões, sendo isoladamente em 4 decisões e em 2 cumulado ao delito de Associação para o tráfico. Em 1 decisão o delito foi de estelionato.

O único caso de indeferimento foi o HC 4003178-37.2019.8.04.0000, de relatoria do Desembargador José Hamilton Saraiva dos Santos. Neste caso, como circunstâncias desabonadoras, teve o tráfico na residência e o descumprimento de prisão domiciliar decretada anteriormente. A paciente também era reincidente. O mesmo desembargador teve

outro caso de sua relatoria, o HC 4001111-02.2019.8.04.0000, neste caso a ré era primária e não houve circunstâncias desabonadoras e, assim, a ordem foi concedida.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo de todo o trabalho, fora apresentada e discutida a obrigatoriedade da concessão de prisão domiciliar às presas gestantes e mães de filhos menores de 12 anos, em cumprimento de prisão preventiva, após o advento da Lei nº 13.769/2018. Assim como, se as hipóteses de situação excepcionalíssima, terceira exceção cunhada pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* Coletivo nº 143.641/SP – julgado que está na base de justificação da Lei nº 13.769 - continuam presentes após a reforma trazida por esta legislação e, em caso afirmativo, quais seriam as hipóteses excepcionalíssimas que mais se destacam.

Para tanto, foram analisados os dados de pesquisa empírica com decisões judiciais de sete tribunais nacionais (STF, STJ, TJAM, TJMS, TJPE, TJPR e TJSP) julgadas no primeiro ano de vigência da Lei, correspondente a 20 de dezembro de 2018 a 19 de dezembro de 2019.

Ao todo, foram analisadas 375 decisões judiciais, sendo que em 220 a ordem de prisão domiciliar foi concedida e em 155 decisões a ordem foi denegada, pois presente uma hipótese de situação excepcionalíssima.

Das 375 decisões analisadas, os delitos envolvendo a Lei de Drogas estiveram presentes em 349 decisões, sendo que o tráfico de drogas (como delito isolado ou associado a outros delitos: tráfico e associação, tráfico e posse irregular de munições, entre outros), esteve presente em 321 decisões – o equivalente a 85,6% das decisões analisadas.

Isto se deve, em parte, à concessão da prisão domiciliar estar atrelada a delitos que não comportam violência ou grave ameaça (então, ficam excluídos, por exemplo, os delitos de roubo, homicídio, lesão corporal, latrocínio), mas também a expressiva quantidade do delito de tráfico presente nas decisões analisadas reflete o que expõem as estatísticas oficiais do Departamento Penitenciário Nacional de que o crime de tráfico de drogas é o delito que mais encarcera mulheres no Brasil.

No tocante às situações excepcionalíssimas, o tráfico de drogas exercido na residência, isolado ou conjuntamente a outras hipóteses, foi a situação mais presente entre as 155 decisões de indeferimento analisadas, correspondendo a 70 julgados (equivalente a 45,16%). Em segundo lugar, temos a ausência de comprovação da imprescindibilidade aos cuidados dos filhos que esteve presente em 22 decisões (14,19%), seguido de descumprimento de prisão domiciliar anterior, presente em 15 decisões (9,68%).

Associada à ausência de imprescindibilidade aos cuidados, em quarto lugar está a situação de filho sob cuidados de parentes, foram 12 decisões (7,74%). A participação em organização criminosa foi argumento tratado como excepcionalíssimo em 11 decisões, que equivale a 7,1% das 155 decisões de indeferimento.

Os demais 16,13% equivaleram às hipóteses de: grande quantidade de drogas – presente em 7 decisões; delito cometido na presença dos filhos – presente em 5 decisões; segurança pública – presente em 4 decisões; reincidência (considerada como fator isolado) – presente em 3 decisões; associação criminosa e gravidade do crime – presente cada hipótese em duas situações distintas; assegurada na prisão a condição de gestante da paciente, paciente foragida, filho que mora no exterior e segurança ao processo – presente cada hipótese em 1 julgado distinto.

Quando se constata o alargamento das hipóteses de situação excepcionalíssima, percebe-se o quanto a exceção cunhada pelo STF no HC 143.641/SP está se tornando a regra em alguns tribunais estaduais (caso do TJPE, TJPR e TJSP). Isto reflete o porquê do quantitativo de decisões indeferidas ser superior à quantidade de decisões de deferimento nestes tribunais.

Esta situação leva a concluir pela relativa ineficácia da Lei nº 13.769/2018, a dizer que, em longo prazo e na realidade de alguns tribunais estaduais, a referida legislação pode seguir o mesmo caminho do HC 143.641/SP, de se ter um grande número de mulheres presas que são abrangidas pelas prescrições da concessão de prisão domiciliar, mas que, na realidade, apenas um terço destas mulheres são beneficiadas com a substituição da prisão preventiva.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. Bahia: *jus*PODIVM, 2013.

ARAÚJO, Fábio Roque; TÁVORA, Nestor. **Código de Processo Penal para Concursos**. Bahia: *jus*PODIVM, 2012.

BORBA, Marcela Martins; CASTRO, Helena Rocha Coutinho de; VALENÇA, Manuela Abath. Audiências de custódia e seus desafios: apontamentos a partir da realidade do Recife. *In: Audiência de Custódia*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

BORGES, Ademar; GOMES, Camila; e SARMENTO, Daniel. **Parecer: O cabimento do Habeas Corpus coletivo na ordem constitucional brasileira**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-hc-coletivo.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BOTELHO, Larissa Gabriela Cruz. **A positivação da jurisprudência de prisão domiciliar para mães e gestantes: Uma análise sobre o HC 143.641/SP e a Lei 13.769/2018**. Disponível em: <www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/maes-e-gestantes-prisao-domiciliar-31122018>. Acesso em: 13 ago. 2019.

BRASIL. CNJ. **Mães presas ilegalmente são foco de ações do Justiça Presente**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/maes-presas-ilegalmente-sao-foco-de-acoes-do-justica-presente/>>. Acesso em: 13 ago. 2019.

BRASIL. CNJ. **Regras de Bangkok**. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/cd8bc11ffdc397c32eecd40afbb74.pdf> >. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Dezembro de 2018.** Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiOWE4NTkwMDctYzZmZjI4LTlkYTgtMmE0YTAxN2IxNDcxIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 28 jun. 2020.

BRASIL. Ministério Público do estado do Paraná. **Maternidade no Cárcere e Lei n. 13.769/2018:** apontamentos sobre a prisão domiciliar como substituto da prisão preventiva e do regime de cumprimento de pena e como instrumento da progressão especial de regime. Disponível em: <www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Maternidade_no_Carcere_e_Prisao_domiciliar_-_versao_2019_-_versao_atualizada_em_26-2-2019.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 64/2018.** Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132359>>. Acesso em: 19 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 363.958/SP, da 5ª Turma, 13 de setembro de 2016.** Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1536007&num_registro=201601936490&data=20160926&formato=PDF>. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 470.549/TO, da 5ª Turma, 12 de fevereiro de 2019.** Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1792638&num_registro=201802472603&data=20190220&formato=PDF>. Acesso em: 19 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão monocrática no HC 143.641/SP, da 2ª Turma, 24 de outubro de 2018.** Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338913041&ext=.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 137.234/RJ, da 2ª Turma, 13 de dezembro de 2016.** Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311194052&ext=.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus coletivo nº 143.641, da 2ª Turma, 20 de fevereiro de 2018.** Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 158.123/SP, da 1ª Turma, 11 de junho de 2019.** Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340595708&ext=.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **E.dcl. 0041673-27.2017.8.26.0050, 5ª Câmara, 7 de março de 2019.** Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>>. Acesso em: 24 jan. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **HC 2065929-82.2019.8.26.0000, da 13ª Câmara, de 11 de abril de 2019.** Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>>. Acesso em: 21 jan. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **HC 2073198-75.2019.8.26.0000, 2ª Câmara, 3 de junho de 2019.** Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>>. Acesso em: 24 jan. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **HC 2086438-34.2019.8.26.0000, 6ª Câmara, 25 de abril de 2019.** Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>>. Acesso em: 22 jan. 2020.

CUNHA, Isabela. **Por que mesmo depois de um Habeas Corpus coletivo, ainda há mulheres presa com seus filhos no Brasil?** Disponível em: <diplomatie.org.br/79830-2/>. Acesso em: 09 nov. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Breves comentários às Leis 13.769/18 (prisão domiciliar), 13.771/18 (femicídio) e 13.772/18 (registro não autorizado de nudez ou ato sexual).** Disponível em: <<https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/12/9c20f715-breves-comentarios-as-leis-13769-18-prisao-domiciliar-13771-18-feminicidio-e-13772-18.pdf>>. Acesso em: 09 nov. 2019.

LANDIM, Maria Noêmia Pereira; MOURA, Gina Kerly Pontes; ROCHA, Jorge Bheron. **Tribuna da Defensoria: Indeferimentos de prisão domiciliar devem ser revistos.** Disponível

em: <www.conjur.com.br/2019-jan-01/indeferimentos-prisao-domiciliar-revistas-lei>. Acesso em: 06 abr. 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Salvador, *jusPODIVM*, 2015.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MOURA, Rafael Moraes. **STJ aprova convocação de desembargador Leopoldo Raposo para substituir relator da Lava Jato**. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/stj-aprova-convocacao-de-desembargador-leopoldo-raposo-para-substituir-relator-da-lava-jato/>>. Acesso em: 25 jun. 2020.

POLL, Roberta Eggert. Regras de bangkok: análise do sistema carcerário feminino brasileiro à luz dos recentes entendimentos jurisprudenciais e legislativos sobre o tema. *IBCCRIM*, São Paulo, **Liberdades**, ano XI, nº 27. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=336>. Acesso em: 04 jan. 2020.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Atlas, 2016.

SILVA, Nayara Sthefany Gonzaga. **Marco legal da primeira infância e mães no cárcere: uma análise sob a luz do sistema de garantias**. Dissertação de Mestrado em direito da UFSE. Disponível em: <https://ri.ufs.br/bitstream/riufs/10736/2/NAYARA_STHEFANY_GONZAGA_SILVA.pdf>. Acesso em: 04, jan. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **É possível fazer direito sem interpretar?** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-abr-19/senso-incomum-jurisprudencia-transita-entre-objetivismo-subjetivismo>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

VITAL, Danilo. **Com brecha do Supremo, tribunais resistem a aplicar HC coletivo a mães presas**. Disponível: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-26/brecha-stf-tjs-resistem-aplicar-hc-coletivo-maes-presas>>. Acesso em: 19 jun. 2020.