

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

SURA AGNIESKA RODRIGUES DI SANTOS

O ENCARCERAMENTO DE MULHERES COM FILHOS E GESTANTES:

análise da fundamentação apresentada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para excepcionar os marcos legais e jurisprudenciais na imposição de prisão preventiva, após o julgamento do HC 143.641/SP pelo Supremo Tribunal Federal

Brasília

2022

SURA AGNIESKA RODRIGUES DI SANTOS

O encarceramento de mulheres com filhos e gestantes:

análise da fundamentação apresentada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para excepcionar os marcos legais e jurisprudenciais na imposição de prisão preventiva, após o julgamento do HC 143.641/SP pelo Supremo Tribunal Federal

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) como pré-requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Janaína Lima Penalva da Silva

Brasília

2022

SURA AGNIESKA RODRIGUES DI SANTOS

O encarceramento de mulheres com filhos e gestantes:

análise da fundamentação apresentada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para excepcionar os marcos legais e jurisprudenciais na imposição de prisão preventiva, após o julgamento do HC 143.641/SP pelo Supremo Tribunal Federal

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) como pré-requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Janaína Lima Penalva da Silva

Data da aprovação: 29/8/2022

Banca Examinadora:

Profa. Dra. Janaína Lima Penalva da Silva (Orientadora)
Universidade de Brasília (PPGD-UnB)

Profa. Dra. Carolina Ferreira Costa
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)

Profa. Dra. Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende
Universidade de Brasília (PPGD-UnB)

Profa. Dra. Camila Cardoso de Mello Prando (Membro suplente)
Universidade de Brasília (PPGD-UnB)

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha orientadora, professora Janaína Penalva, por me guiar com paciência e firmeza e aguçar meu olhar nesses passos acadêmicos.

À professora Carolina Costa Ferreira, pela inspiração e generosidade no compartilhar.

À Universidade de Brasília, por me acolher e me deixar fazer parte dessa comunidade tão rica.

Ao Grupo Candango de Criminologia (GCCRIM), em especial à professora Ela Wiecko e à Renata Dornelles, pelo estímulo e pelo espaço de discussões.

À Paula Boeng, pelo suporte nos momentos difíceis, o cuidado e a compreensão no dia a dia.

À Juliana Crespo e à Denise Pessoa, pelo apoio e pelos conselhos.

À Letícia Naves, amiga querida, que sempre me encorajou, me apontou caminhos e acreditou que podia dar certo.

Às amigas Eunice Sousa, Janaína Delgado, Mayara Campolina, Juliana Nogueira e Cidinha Vieira, mulheres fortes que sempre me incentivam e inspiram.

Ao Rodrigo, pela compreensão e parceria nesse desafio que é criar um ser humano.

À Edivanir, pelo cuidado comigo e com os meus.

À Dani, minha amiga-fortaleza. Obrigada pelo auxílio com a pesquisa, pelo apoio, pelas palavras, pelo afeto. Obrigada por segurar a minha mão.

À minha família: meus pais Ângela e Oladir; minhas irmãs Anna Karla, Milena, Lyana e Laura e meu irmão Pedro; meus cunhados Lázaro Tuim e Hugo e meus amados sobrinhos Henrique, Artur, Benício e Vicente. Vocês são o meu chão. O lugar pra onde eu corro quando preciso de forças ou de colo. O lugar onde eu encontro amor.

À Sofia, que me trouxe os desafios e as delícias da maternidade. Que mudou minha cabeça, meu coração, meu eu. E que me enche de alegria pela mulher que está se tornando. Agradeço por me apoiar e por compreender minhas ausências.

Ao Bruno, meu amigo, meu companheiro, meu amor. Pelo apoio incondicional. Pelo auxílio com o trabalho, pelos questionamentos e sugestões, pela sobremesa gostosa pra adoçar um dia difícil, pelo abraço gigante que me dá paz. Por estar lá, sempre. Sem você tudo teria sido muito mais difícil.

“A guerra “feminina” tem suas próprias cores, cheiros, sua iluminação e seu espaço sentimental. Suas próprias palavras. Nela, não há heróis nem façanhas incríveis, há apenas pessoas ocupadas com uma tarefa desumanamente humana”.

(Svetlana Aleksievitch. A guerra não tem rosto de mulher)

“[...] não era só o brado da vaidade ferida; era um protesto contra a violação do poder de acreditar em si mesmo. As mulheres têm servido há séculos como espelhos, com poderes mágicos e deliciosos de refletir a figura do homem com o dobro do tamanho natural [...]

Seja qual for o seu uso nas sociedades civilizadas, os espelhos são essenciais para todas as ações violentas e heroicas. É por isso que tanto Napoleão quanto Mussolini insistiam tão enfaticamente na inferioridade das mulheres, pois, se elas não fossem inferiores, eles deixariam de crescer. Isso explica, em parte, a necessidade que as mulheres representam para os homens. E serve para explicar como eles ficam incomodados com as críticas delas; [...] Pois se ela resolver falar a verdade, a figura refletida no espelho encolherá; sua disposição para a vida diminuirá. Como ele continuará a fazer julgamentos, civilizar nativos, criar leis, escrever livros, vestir-se bem e discursar em banquetes, a menos que consiga ver a si mesmo no café da manhã e no jantar com pelo menos o dobro do tamanho que realmente tem? ”.

(Virginia Woolf. Um teto todo seu)

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar a fundamentação utilizada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos acórdãos proferidos em *habeas corpus* – HC no ano de 2018, em que foi julgada a legalidade de prisões cautelares de gestantes e mulheres com filhos, cumpridas em estabelecimento prisional, após o julgamento do HC 143.641/SP pelo Supremo Tribunal Federal. A pesquisa foi feita em duas fases. Na primeira fase, a partir de uma análise quantitativa e qualitativa, foram selecionados acórdãos pelos critérios de (a) indeferimento e (b) afastamento da jurisprudência do STF firmada no HC 143.641/SP. Foram selecionados 424 acórdãos. Nesse universo, foram identificados os principais fundamentos para negar a substituição da prisão preventiva por domiciliar de mães e gestantes, mesmo após a concessão da mencionada ordem de *habeas corpus* pelo STF. Na segunda fase, traçou-se o padrão argumentativo das decisões com objetivo de se identificar eventuais estereótipos de gênero articulados nos julgamentos. Conclui-se que houve parcial resistência na adoção da prisão domiciliar de gestantes e mães de crianças ou de adolescentes com deficiência e que a amplitude da expressão “situações excepcionalíssimas” empregada pelo STF no HC 143.641/SP enfraqueceu sua própria decisão, já que abriu espaço à utilização indiscriminada de fundamentos alheios à racionalidade do artigo 318 do CPP e às premissas assentadas no julgamento do mencionado *habeas corpus*, bem como à atribuição de juízos morais e estereótipos de gênero nas razões de decidir.

Palavras-chave: encarceramento de mulheres com filhos; estereótipos de gênero; prisão domiciliar; crime de tráfico de drogas.

ABSTRACT

This research aims to analyze the reasoning used by the Court of Justice of São Paulo on its rulings in habeas corpus - HC in 2018, in which the legality of provisional detentions of expecting ladies and women with children, served inside correctional facilities, was judged, after the Brazilian Supreme Court's decision in the HC 143.641/SP. The research was done in two phases. First, from a quantitative and qualitative analysis, judgments were selected by the criteria of (a) rejection and (b) disregard of the Supreme Court's jurisprudence established in the HC 143.641/SP. 424 rulings were selected. In that universe, the main reasons to deny the substitution of pre-trial custody for house arrest of mothers and pregnant women, even after the aforementioned habeas corpus was granted by the STF, were identified. Then, the judgments' argumentative pattern was drawn in order to identify any gender stereotypes articulated on those rulings. This study concludes that there was partial resistance in adopting the house arrest of expecting ladies and mothers of children or teenagers with disabilities, and that the breadth of the expression "very exceptional cases", used by the Supreme Court, weakened its own ruling, since it led to the indiscriminate use of reasons alien to the rationality of the article Brazilian Criminal Procedure Code's article 318 and unrelated to the premises settled in the aforementioned habeas corpus's ruling, as well as gave room to the attribution of moral judgments and gender stereotypes on the grounds of deciding.

Keywords: imprisonment of women with children; gender stereotypes; house arrest; crime of drug trafficking.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Total de HC's por resultado de julgamento.....	86
Gráfico 2 - Total de HC's por crime.....	86
Gráfico 3 - Distribuição proporcional dos resultados de julgamento por crime.....	88
Gráfico 4 - Resultados de julgamento por tipo de impetrante.....	89
Gráfico 5 - Resultados de julgamento por Câmara Criminal.....	89
Gráfico 6 - Percentuais de resultado de julgamento por Câmara Criminal.....	90
Gráfico 7 - Quantidades de HC's julgados por relatora e resultado.....	91
Tabela 1 – Total de HC's por resultado de julgamento/mês.....	87

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 – ENCARCERAMENTO FEMININO E A CONCESSÃO DO HABEAS CORPUS COLETIVO 143.641/SP PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA GESTANTES E MÃES DE CRIANÇAS.....	16
1.1. Encarceramento feminino e prisão cautelar no Brasil.....	16
1.2. Mulheres e tráfico de drogas.....	24
1.3. A concessão da ordem coletiva pelo Supremo Tribunal Federal nos HC’s 143.641/SP e 165.704/DF.....	32
1.3.1. O <i>habeas corpus</i> “das mães” (HC 143.641/SP)	35
1.3.2. O <i>habeas corpus</i> “dos pais” (HC 165.704/DF)	45
CAPÍTULO 2 – ESTEREÓTIPOS DE GÊNERO.....	50
2.1. Mulheres e seus rótulos.....	50
2.2. Perspectivas legais transnacionais.....	63
2.3. Perspectivas de gênero no direito.....	73
CAPÍTULO 3 – A PRISÃO PREVENTIVA DE GESTANTES E MÃES NO TJSP.....	80
3.1. Pesquisa empírica no direito e a análise de conteúdo – breves considerações.....	80
3.2. Panorama dos dados - principais fundamentos para negar a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar.....	83
3.2.1. A substituição da prisão preventiva por domiciliar: direito subjetivo ou faculdade do juiz?.....	94
3.2.2. Filhos em situação de risco ou da inexistência de familiares aptos a cuidar da criança: “imprescindibilidade da mãe”.....	94
3.2.3. Crimes praticados contra descendentes ou mediante violência ou grave ameaça (e o novo Artigo 318-A)	98
3.2.4. Situações excepcionalíssimas – o curinga.....	99
3.2.5. A Lei de Drogas veda a concessão de liberdade provisória aos acusados da prática de tráfico de drogas.....	108
3.2.6. Não estão configuradas as hipóteses de situação estrutural de violação aos direitos da mulher.....	111

3.2.7. A prisão decorre de execução provisória ou de condenação confirmada em segundo grau ou de condenação em primeira instância.....	113
3.3. Estereótipos de gênero no discurso judicial.....	115
3.4. Considerações finais sobre a pesquisa.....	130
CONCLUSÃO.....	138
REFERÊNCIAS.....	142

INTRODUÇÃO

Ao longo da história, as mulheres consideradas “desviantes” foram observadas, avaliadas, conformadas e julgadas a partir de rótulos e estereótipos sobre seus papéis, inclusive pelo sistema de justiça criminal¹. Para além dos elementos comumente verificados no agir seletivo do poder punitivo – raça e classe, o gênero aparece de forma clara no discurso judicial, às vezes sutil, às vezes não, categorizando a mulher. Não se desconhece a dimensão seletiva e criminalizante das populações marginalizadas e racializadas, contudo, se o preconceito racial é evidente quando se avalia quem é a população alvo da polícia (DUARTE; MURARO; LACERDA; GARCIA, 2014) ou do sistema penitenciário, no discurso judicial essa característica não é tão manifesta (DUARTE, 2020).

O sistema carcerário brasileiro vive em situação de crise permanente. Instalou-se uma situação de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais, já reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal ao declarar, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, o estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário, especialmente quanto ao crescente encarceramento em massa verificado nos últimos anos. De acordo com os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de junho de 2017 (INFOPEN, 2017), a população prisional brasileira era de 726.354 pessoas, das quais 229.031 (31,53%) localizadas apenas no estado de São Paulo. Entre os anos de 2000 e 2017, a taxa de aprisionamento (a razão entre o número total de pessoas privadas de liberdade e a quantidade populacional no país, multiplicada por 100 mil) aumentou mais de 150% em todo o país. Dessa população, 33,29% são presos provisórios.

Um breve olhar de olhos sobre quem é a população carcerária brasileira já indica que a seleção criminalizante é claramente marcada por fatores como raça e classe, o que reflete no perfil da população prisional, majoritariamente de jovens (54%), negros (63,6% de pretos e pardos), pobres e de baixa escolaridade (51,35% possuem o ensino fundamental incompleto), demonstrando uma sobre-representação racial no sistema carcerário, uma vez que o total de pretos e pardos representam 55,4% da população brasileira (INFOPEN, 2017).

Por outro lado, o descomunal crescimento da população prisional brasileira revela um dado alarmante: embora os homens representem a maioria das pessoas encarceradas no Brasil,

¹ Na linha do que sustentado por Vera Regina Pereira de Andrade, a primeira dimensão e imagem do sistema de justiça criminal é a da lei e das instituições formais de controle: polícia, Ministério Público, justiça, sistema penitenciário, com sua constelação prisional e manicomial: decisões policiais, ministeriais, judiciais, penitenciárias, além de ministérios e secretarias governamentais.

as mulheres são, proporcionalmente, o grupo que mais cresce. No período de 2000 a 2016, a população prisional feminina aumentou 656%, passando de 6 mil mulheres no início dos anos 2000 para 42 mil mulheres privadas de liberdade em junho 2016. A taxa de aprisionamento passou de 6,5 mulheres encarceradas para cada grupo de 100 mil mulheres em 2000 para 40,6 mulheres em 100 mil (INFOPEN Mulheres, 2016). No mesmo período, a população prisional masculina cresceu 293%, passando de 169 mil homens encarcerados em 2000 para 665 mil em 2016.

Esse aumento exponencial da quantidade de mulheres presas apresenta dois aspectos relevantes: 45% não tem uma condenação definitiva e a maioria está presa por crimes sem violência ou grave ameaça e, em geral, para obtenção de alguma vantagem econômica – 62% responde por crimes relacionados a tráfico de drogas, 9% por furto, 11% por roubo e 6% por homicídio (INFOPEN Mulheres, 2016). Os dados também revelam que a maioria dessas mulheres é negra (62%), apresenta baixa escolaridade (50% não possuem o ensino fundamental completo) e tem filhos (74%). Embora as informações sobre filhos sejam escassas e conflitantes nas pesquisas, 89% da população carcerária tem entre 18 e 45 anos, do que se pode depreender que a maioria dessas mulheres sejam mães ou estejam em idade reprodutiva, a indicar que as consequências da prisão são também direcionadas a seus filhos.

Esse *boom* no encarceramento feminino, proporcionalmente muito maior do que o masculino, e em especial de mulheres negras, pobres, com pouca escolaridade e mães, demanda uma maior atenção sobre como e por que o sistema de justiça criminal vem selecionando essas mulheres, ao mesmo tempo em que provoca o questionamento sobre os efeitos ou impactos que representações de gênero têm sobre homens e mulheres no direito, ao qual se atribui uma neutralidade.

Porém, não é objetivo desta pesquisa investigar ou definir se e por que o encarceramento aumentou, mas buscar compreender alguns fundamentos das decisões que informam o sistema criminal ao agir sobre elas. Nas palavras de Rebecca Igreja, o direito, longe de ser uma entidade abstrata, está imerso em um contexto social, cultural e histórico específico, que o molda e o condiciona. Nesse sentido, seria, assim, o reflexo de relações de poder, de hierarquias e de processos sociais e culturais vigentes em um determinado contexto. Diversamente de refletir uma postura neutra e universal de aplicação de justiça, o direito responderia a um campo de relações de força presentes na sociedade (IGREJA, 2017).

Zaffaroni relembra que o sistema penal é uma complexa manifestação do poder social e que a construção teórica ou discursiva para a racionalização desse poder se dá pelo discurso

jurídico-penal, que seria legítimo se fosse racional (aqui entendido como coerente e verdadeiro) e se o sistema penal atuasse em conformidade com o sistema penal (ZAFFARONI, 1991).

Facio, por sua vez, assevera que reconhecer o direito como um discurso de poder, tanto do poder estatal como dos múltiplos poderes locais, nos levará a prestar atenção, mais que à norma formal, a como ela estabelece regras, pensamentos, atitudes e comportamentos que a norma pressupõe e incorpora, mas também como prestar atenção à forma como a norma institucionaliza o que deve ser considerado como legítimo ou ilegítimo, aceitável ou inaceitável, natural ou desnaturalizado. Assim, o “estudo do direito como discurso pode ser chave para as mulheres porque pode demonstrar como o direito é patriarcal para além da norma, até mesmo a norma protetora dos direitos das mulheres” (FACIO, 2002, p. 100, tradução nossa).

Rebecca Cook e Simone Cusack apontam o papel de discriminação desempenhado pelos estereótipos de gênero para restringir direitos e violar a igualdade entre homens e mulheres. Nesse sentido, destacam a fundamental atuação da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Mulheres (CEDAW, sigla em inglês) no enfrentamento a práticas sociais de gênero que subordinem as mulheres (COOK, CUSACK, 2010). Por essas razões, evidencia-se a importância da pesquisa em decisões judiciais, que propicia uma análise não só da maneira como se interpreta determinadas leis e se aplica a dogmática jurídica, mas também pela possibilidade de identificação de dogmas, prejudgamentos e estereótipos por aqueles que detém o poder de decidir sobre conflitos que envolvem dimensões de gênero.

O presente estudo parte da combinação de análise quantitativa e qualitativa de acórdãos proferidos em casos de prisão preventiva de gestantes e de mães de crianças. Com o recorte utilizado não se pretende negar ou minimizar as experiências de outras mulheres com o cárcere ou excluir os problemas enfrentados pela população LGBTQIA+. O limite é imposto pelo julgado do qual se pretende partir.

As reflexões iniciais, que culminaram no desejo de realizar uma pesquisa sobre o tema – encarceramento de mães e gestantes e a negativa de seus direitos –, surgiram do trabalho diário da pesquisadora, como servidora pública federal, na análise de processos e decisões judiciais. Além do mais, como mulher e mãe, a discussão despertou especial atenção, talvez pelas questões inerentes à maternidade ou aos rótulos e prejudgamentos pelos quais as mulheres passam ao longo da vida

Para além de toda a justificativa legal para o controle penal, é possível observar que, quando se trata de mulheres, muitas vezes as decisões judiciais revelam sua faceta marcada por

estereótipos. Isso fica muito claro nos processos que versam sobre a Lei de Drogas (BRASIL, 2006), principal razão do encarceramento feminino.

Esse quadro foi exposto a partir da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no HC 143.641/SP, impetração coletiva que apresentou como pacientes “todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças”.

Em 20.02.2018, a Segunda Turma concedeu a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências, relacionadas no processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.

Trata-se de julgamento histórico, não só pelo aspecto do cabimento e do alcance da impetração, mas também pelas questões discutidas, pelo impacto imediato sobre a prisão de mulheres, por reunir trabalhos e pesquisas, por notabilizar lutas relacionadas ao tema, além dos aspectos inovadores das soluções apresentadas pelo STF para o seu cumprimento.

A presente pesquisa se desenvolveu a partir de uma análise quantitativa e qualitativa dos acórdãos prolatados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no ano de 2018, nos casos de *habeas corpus* em que havia pedido de substituição de prisão preventiva por prisão domiciliar de gestantes e mães de crianças, especialmente após o julgamento do HC 143.641/SP pelo STF. O período selecionado levou em consideração o ano de julgamento do *habeas corpus* coletivo, além da necessidade de se fazer um corte quantitativo para viabilizar a pesquisa no curto período do mestrado.

O recorte na investigação – acórdãos proferidos em *habeas corpus* – se justifica, por um lado, porque o julgamento pelo colegiado pressupõe uma segunda análise do pedido formulado pela defesa, já que impetrado contra uma decisão proferida pelo Juízo de primeiro grau, o que permite identificar pontos de conflito ou convergência entre essas instâncias judiciais, inclusive por meio de transcrições de trechos das decisões que impõem ou mantêm a prisão preventiva.

Ainda sobre a escolha da pesquisa, ressalta-se que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo é o maior do país e o que apresenta mais demandas junto aos tribunais superiores,

portanto, a opção pela análise de suas decisões permite, quantitativamente, uma maior amplitude no enfrentamento das questões apresentadas na pesquisa.

Ademais, se de um lado existe a possibilidade de análise de um grande número de casos, de outro, é sabido que o Tribunal paulista costuma ter uma atuação mais conservadora e rigorosa no que diz respeito à aplicação da lei penal, além de uma resistência em aplicar as decisões dos Tribunais Superiores. Por outro lado, a completa informatização dos sistemas de pesquisa do TJSP e as ferramentas virtuais disponíveis conferem maior facilidade na pesquisa de decisões e acórdãos.

O objetivo inicial da presente pesquisa foi identificar os principais fundamentos utilizados pelo TJSP nos acórdãos prolatados em 2018 para negar os pedidos de substituição da prisão preventiva por domiciliar de gestantes e mães de crianças e de pessoas com deficiência², buscar traçar um perfil argumentativo nos padrões decisórios concernentes ao encarceramento dessas mulheres e identificar um possível juízo de valor no discurso judicial, a partir de uma perspectiva de gênero, utilizando como marco teórico a análise sobre os estereótipos de gênero nas Cortes Internacionais de Justiça elaborada por Rebecca Cook e Simone Cusack na obra “Estereótipos de gênero: perspectivas legais transnacionais”.

Como objetivo secundário, pretendia-se realizar uma problematização sobre os papéis de gênero, em especial sobre as expectativas em relação a um ideal de maternidade, bem como sobre a aparente neutralidade do direito. Como metodologia, foram utilizadas as análises quantitativa, qualitativa e documental a partir dos acórdãos selecionados, bem como revisão bibliográfica. A aplicação de diferentes metodologias permitiu obter uma gama de resultados que não apenas pudessem complementar-se, mas também abrir possibilidades de melhor compreensão das hipóteses em questão.

A dissertação está dividida em três capítulos. No primeiro capítulo, exploro questões relacionadas ao encarceramento feminino no Brasil, desenvolvendo um breve quadro sobre os dados do sistema prisional e do perfil das mulheres presas, faço uma relação entre o aumento exponencial do encarceramento feminino com o abuso na imposição de prisões preventivas, e, sobretudo, com o tráfico de drogas e a chamada “guerra ao tráfico”. Após apresentar o arcabouço normativo acerca da prisão de mulheres, elaboro uma linha do tempo sobre o processamento e o julgamento do HC 143.641/SP e do HC 165.704/DF.

² É importante apontar os possíveis paralelos entre a pesquisa aqui apresentada e o trabalho feito por Tani Wurster em sua dissertação de mestrado, por meio do qual investigou em que medida o gênero importa para o sistema de justiça, a partir de pesquisa empírica junto à Penitenciária Feminina do Paraná, bem como em decisões judiciais em que investigou o impacto da Lei 13.257/2016 e da decisão proferida no HC 143.641/SP nos processos pesquisados.

No segundo capítulo, discorro sobre os estereótipos de gênero e sua atribuição a mulheres em diferentes contextos, como forma de classificá-las e conformá-las a espaços e papéis a elas atribuídos, apresento a metodologia transnacional desenvolvida por Rebecca Cook e Simone Cusak para a identificação e enfrentamento dos estereótipos de gênero, seguindo para uma crítica sobre a neutralidade do direito a partir de uma perspectiva de gênero. No terceiro capítulo, apresento os dados quantitativos e qualitativos obtidos pela análise de conteúdo dos acórdãos pesquisados, destacando os principais argumentos para a negativa da substituição da prisão preventiva por domiciliar, bem como a atribuição de estereótipos de gênero no discurso judicial proferido nas decisões denegatórias.

CAPÍTULO 1 – ENCARCERAMENTO FEMININO E A CONCESSÃO DO HABEAS CORPUS COLETIVO 143.641/SP PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA GESTANTES E MÃES DE CRIANÇAS

1.1. Encarceramento feminino e a prisão cautelar no Brasil

O sistema penitenciário brasileiro enfrenta, ao longo das últimas décadas, uma grave crise decorrente da expansão do encarceramento em massa. Essa é uma tendência mundial, mesmo considerada a complexidade da questão criminal e carcerária próprias de cada país, (PAVARINI; GIAMBERARDINO, 2018). O Brasil é destaque nesse processo, ocupando o 3º lugar no ranking dos países que mais prendem no mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos e da China, segundo a 13ª edição do World Prison Brief³, levantamento mundial sobre dados prisionais realizado pelo ICPR – Institute for Crime & Justice Research e pela Birkbeck University of London.

A grave situação do sistema prisional brasileiro apresenta um quadro de violações sistemáticas de direitos provocadas pelo inchaço desordenado da população carcerária, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 347 como “estado de coisas inconstitucional”, que revela um “quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária”⁴.

O encarceramento em massa possui razões multifatoriais que não serão abordadas mais especificamente no presente trabalho. Mas é possível perceber que no Brasil, o recrudescimento da legislação penal teve um grande impacto no aumento das prisões, sobretudo após a edição da Lei dos crimes hediondos, de 1990 (BRASIL, 1990). Porém, outros fatores colaboram para o aumento da população carcerária, como a atuação do Judiciário. Um exemplo disso foi a duração da imposição do regime integralmente fechado para os crimes hediondos, declarada inconstitucional pelo STF apenas em 2006.

Um outro traço característico do superencarceramento brasileiro é a ampla incidência de prisões provisórias. Dados do INFOPEN mostram que 33,29% da população carcerária é

³https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_13th_edition.pdf.

⁴ ADPF 347 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 7 ago. 2022.

composta de presos provisórios (INFOPEN, 2017). Teoricamente, a restrição provisória da liberdade deveria ser compreendida a partir do princípio da presunção da inocência, previsto na Constituição Federal do Brasil em seu artigo 5º, LVII.

O princípio da presunção da inocência, embora remonte ao direito romano, foi ofuscado pelas práticas inquisitórias da Baixa Idade Média e somente reafirmado com intensidade no início da idade moderna (FERRAJOLI, 2014, p. 506). No século XVIII, os iluministas postulavam o princípio da presunção da inocência como garantia da liberdade individual do cidadão e para o respeito à dignidade humana, a exemplo de Cesare Beccaria, em seu “Dos Delitos e das Penas”:

“Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido ter ele violado as condições com as quais tal proteção lhe foi concedida. Só o direito da força pode, pois, autorizar um juiz a infligir uma pena a um cidadão quando ainda se duvida se ele é inocente ou culpado” (BECCARIA, 2003, p.37).

Esse princípio foi consagrado no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁵, de 1789, no artigo 11, primeira parte, da Declaração Universal dos Direitos do Homem⁶, em 1948, e reproduzido em diversos tratados internacionais assinados posteriormente.

No direito brasileiro, a restrição cautelar da liberdade é medida processual penal voltada a assegurar o curso regular do processo (LOPES JÚNIOR, 2009), não podendo ter por finalidade a antecipação dos efeitos de eventual condenação. A medida deve representar um meio para a obtenção de um fim, que apenas será alcançado com a sentença penal (BARRETO, 2007, p. 34), além de observar estreita relação com os princípios da necessidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, seguindo os critérios legais para o seu estabelecimento.

Para Ferrajoli, contudo, toda prisão sem julgamento ofende o sentimento comum de justiça, de modo que não há “qualquer provimento judicial e mesmo ato dos poderes públicos que desperte tanto medo e insegurança e solape a confiança no direito quanto o encarceramento de um cidadão, às vezes por anos, sem processo”. (FERRAJOLI, 2014, p. 511-512).

⁵ “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, caso seja considerado indispensável prendê-lo, todo rigor desnecessário à guarda de sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”. Disponível em: https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao_ Acesso em: 6 ago. 2022.

⁶ “Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”. Disponível em: https://declaracao1948.com.br/declaracao-universal/declaracao-direitos-humanos/?gclid=EAIaIQobChMI5OOL8YWz-QIVQsKRCh1ixg_XEAAYASAAEgKfH_D_BwE_ Acesso em: 6 ago.2022.

Na legislação brasileira, a prisão preventiva é caracterizada como medida provisória extrema motivada pela necessidade de se assegurar a ordem pública, a ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e/ou a aplicação da lei penal, ou em caso de descumprimento das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares. Deve ser decretada por um juiz ou juíza durante o inquérito ou instrução criminal, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial (artigo 311 do CPP), de forma motivada e fundamentada (artigo 315 do CPP) quando presentes a prova da existência do crime (doloso) e indícios suficientes da autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, bem como os elementos que autorizam sua decretação (artigos 312, 313 e 314 do CPP).

Aury Lopes Jr. destaca como princípios orientadores das medidas cautelares, além da necessidade, razoabilidade e proporcionalidade, a jurisdicionalidade, a provisionalidade (consagrada no artigo 316 do CPP, a prisão preventiva é situacional, tutelando uma situação fática), a provisoriedade (por tutelar uma situação fática, é temporária e não deve assumir contornos de pena antecipada) e a excepcionalidade (deve ser a *ultima ratio* do sistema).

Em razão de sua excepcionalidade, as prisões cautelares deveriam ser reservadas para os casos mais graves e impostas apenas quando não for cabível a substituição por outra medida cautelar (artigo 282, § 6º, do CPP). Contudo, no Brasil, são excessivamente banalizadas e acabam sendo utilizadas como regra, especialmente considerando que a principal porta de entrada para o sistema de justiça criminal são as prisões em flagrante, comumente convertidas em prisão preventiva.

Ademais, para o senso comum, a prisão do acusado até o julgamento do processo oferece uma percepção de justiça feita à sociedade, uma resposta simbólica ao clamor popular, que confere uma ilusão da justiça instantânea e uma falsa noção de “eficiência” do aparelho estatal opressor e da própria justiça. Com isso, “o que foi concebido para ser “excepcional” torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares” (LOPES JÚNIOR, 2009).

A banalização das prisões preventivas no Brasil reflete a invocação indiscriminada do fundamento da “garantia da ordem pública” para sustentar as segregações prematuras. Por sua vagueza e indeterminação, a expressão muitas vezes é empregada como sinônimo de clamor público” (ou opinião pública) e pode ser utilizada para justificar praticamente qualquer situação, como nos casos em que o crime gerou “abalo social” ou “comoção na comunidade”.

Lopes Júnior sustenta a inconstitucionalidade das prisões preventivas com fundamento na garantia da ordem pública e da ordem econômica por não condizer com os fins puramente cautelares e processuais que marcam e legitimam esses provimentos, uma vez que transformam uma medida processual em atividade tipicamente de polícia, utilizando-as indevidamente como medidas de segurança pública.

Na mesma linha, Massimo Pavarini e André Giamberardino compreendem essa distorção da prisão cautelar como “componente central de uma leitura atual da nova explosão da população carcerária e da economia política da punição” no caminho da “função de neutralização dos incorrigíveis (individualmente) à de medida de polícia contra os potencialmente perigosos (coletivamente)” (PAVARINI; GIAMBERARDINO, 2018, p. 105).

Nesse sentido, o discurso jurídico em torno da prisão cautelar, desde os primeiros movimentos do “iluminismo penal” são “malabarismos retóricos a fim de se justificar o injustificável: a utilização de medida substancialmente equivalente à punição para o fim de assegurar o próprio mecanismo de verificação da necessidade/adequação da mesma punição” (PAVARINI; GIAMBERARDINO, 2018, p. 106).

Assim, as prisões impostas com base no fundamento da garantia da ordem pública ganham contornos de prevenção geral ou especial, incompatível na via cautelar por ser função exclusiva da pena, essa sim, imposta após o devido processo legal por meio de uma sentença transitada em julgado.

A realidade nos presídios brasileiros reflete essa subversão da medida criada como exceção no sistema de justiça criminal. Não raro a imposição da prisão preventiva baseia-se na necessidade de impedir que o acusado volte a delinquir ou de que não se furte à aplicação da lei penal, ou, ainda, na gravidade do crime praticado, à míngua de fundamentação específica que justifique tais afirmações.

Aliás, a deficiência na fundamentação das prisões preventivas é alvo de constante impugnação nos tribunais brasileiros. Em pesquisa realizada sobre *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal (GOMES, 2019), demonstrou-se que, em 2008, o STF julgou 5.446 *habeas corpus*, concedendo 355 ordens, das quais 21% sob o argumento de que as decisões não continham fundamentação suficiente para a imposição da prisão preventiva. Já em 2018, a Corte apreciou 13.815 *habeas corpus*, concedendo a ordem em 644 deles, das quais aproximadamente 21% também equivaliam à inidoneidade da fundamentação para a imposição da custódia cautelar. Esses números ganham especial relevância ao se considerar que antes de chegar ao

STF as impugnações passam pelo Superior Tribunal de Justiça e pelos tribunais locais, onde vários dos pedidos de *habeas corpus* são concedidos.

O excesso de prisões provisórias é ainda mais evidente quando se trata da prisão de mulheres. De acordo com dados da 2ª edição do Infopen Mulheres⁷, o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias com recorte de gênero, em junho de 2016, 45% das mulheres presas no Brasil não haviam sido ainda julgadas e condenadas. A primeira edição do levantamento, que trazia dados de junho de 2014, apontava que 30,1% das mulheres encarceradas não tinham condenação. Já dados de 2017 mostram que 37,67% estavam presas sem condenação definitiva. Além de uma maior taxa de prisões provisórias em relação à média nacional, os dados relativos às prisões de mulheres revelam um fenômeno preocupante: o aumento exponencial do encarceramento feminino, muito superior ao masculino.

No período de 2000 a 2016 (INFOPEN Mulheres, 2016), a população prisional feminina aumentou 656%, passando de 6 mil mulheres no início dos anos 2000 para 42 mil mulheres privadas de liberdade em junho 2016, das quais 36% estavam localizadas no estado de São Paulo. A taxa de aprisionamento passou de 6,5 mulheres encarceradas para cada grupo de 100 mil mulheres em 2000 para 40,6 mulheres em 100 mil. No mesmo período, a população prisional masculina cresceu 293%, passando de 169 mil homens encarcerados em 2000 para 665 mil em 2016.

Esse mesmo relatório revela que, no contexto internacional, em números absolutos, o Brasil encontrava-se na quarta posição dos países que mais encarceram mulheres no mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia. Em relação à taxa de aprisionamento, que indica o número de mulheres presas para cada grupo de 100 mil habitantes, o Brasil figurava na terceira posição, atrás apenas dos Estados Unidos e da Tailândia (INFOPEN Mulheres, 2016).

Merece destaque a publicação da Lei de Medidas Cautelares – Lei 12.403/2011 (BRASIL, 2011) que prevê medidas alternativas para pessoas que respondem a processos criminais, evitando sua entrada na prisão. Com a edição da lei, criou-se a expectativa de uma diminuição no número de presos provisórios. Mas as estatísticas sobre a população carcerária revelam que o esforço legislativo foi insuficiente.

A maioria das mulheres presas no Brasil é formada por jovens (50%), negras (62%), solteiras (62%), com filhos (74%) e apresenta baixa escolaridade (50% não possuem o ensino

⁷<https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-sinteticos/infopenmulheres-junho2016.pdf>.

fundamental completo). Para a faixa etária das jovens, há 101,9 presas para cada 100 mil mulheres com mais de 18 anos. Sobre o percentual de mulheres com filhos, é importante destacar que o próprio relatório menciona a falta de disponibilidade de informações suficientes sobre o número de filhos das mulheres presas (INFOPEN Mulheres, 2016).

Julita Lemgruber há muito já apontava que tipo de crimes ou estratos sociais tendem a aparecer com mais frequência nas estatísticas criminais, com prevalência de indivíduos mais vulneráveis à ação da polícia e dos tribunais. Em *Cemitério dos Vivos*, Lemgruber (1983) apresenta pesquisa realizada entre os anos de 1976 e 1978 em uma prisão de mulheres no Rio de Janeiro, na qual identificou a participação desproporcional de mulheres negras e pobres nas estatísticas de encarceramento: a maioria negras (59,8% eram pardas e pretas), jovens (63,6% tinham entre 21 e 34 anos), com baixa escolaridade (20,8% de analfabetas e 67,6% com o ensino fundamental incompleto), solteiras (72,1%), com filhos (63,4%), na atividade de empregadas domésticas antes da prisão (75%), respondendo por crimes contra o patrimônio (60,7%, dos quais 35,1% eram furto) e “tráfico de tóxicos” (20,8%); grande parte delas exercia o papel de chefe de família.

A autora destacou que, em Censo realizado na população da Guanabara em 1960, a população classificada era composta de 70% de brancos e 30% de pretos e pardos, o que demonstra um maior índice de encarceramento entre a “população de cor” comparada com a de “brancos”, revelando uma relação entre status socioeconômico e probabilidade de encarceramento (LEMGRUBER, 1983).

O perfil da população prisional feminina traçado pelo Infopen corresponde aos dados contidos no Relatório “MulheresSemPrisão”⁸, pesquisa realizada pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania – ITTC entre 2014 e 2016, a partir do estudo de peças processuais de mulheres presas em flagrante em São Paulo e entrevistas com mulheres presas em unidades prisionais paulistas. O relatório aponta a seletividade inerente ao funcionamento do sistema penal, destacando, ainda que muitas dessas mulheres são réis primárias, moradoras de regiões com pouco acesso a serviços públicos e têm suas trajetórias marcadas por violência doméstica e pelo desempenho de duplas jornadas de trabalho (trabalho assalariado precário ou informal e tarefas domésticas).

Nesse contexto, fica evidente que as mulheres selecionadas pelo sistema de justiça criminal pertencem a grupos sociais marcados por uma vulnerabilidade socioeconômica que se intensifica com a prisão. O fato da maioria dessas mulheres serem mães ou estarem em idade

⁸ Mulheres em prisão – desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória de mulheres (<https://itc.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relat%C3%B3rio-mulheres-sem-prisao.pdf>), p. 221.

reprodutiva – 89% da população carcerária tem entre 18 e 45 anos (INFOPEN Mulheres, 2016) –, indica que as consequências da prisão são também direcionadas a seus filhos.

Sobre a seletividade do sistema de justiça criminal, é importante destacar que apesar de inúmeras condutas criminosas serem definidas e praticadas a todo momento, apenas uma parte delas chega ao conhecimento das instituições. Dessas, somente uma parcela resulta em condenação, pois o sistema atua em forma de filtro, selecionando as pessoas, dada a limitada capacidade operativa das agências de criminalização secundária (ZAFFARONI; BATISTA, 2003). Nas palavras de Evandro Piza Duarte:

“[...] o campo criminológico crítico demonstrou que é impossível, de fato, punir a todos, pois as pautas punitivas são irracionais e atendem a demandas de legitimação política, ao invés de formularem políticas criminais consistentes com os recursos efetivamente disponíveis. A lei nunca será para todos, porque o sistema penal se funda em mecanismos de reprodução da desigualdade, distribuindo desigualmente o bem negativo “punição” para os mais vulneráveis na hierarquia do poder político e econômico.” (DUARTE, 2020, p. 99)

O impacto causado pelo aumento do encarceramento feminino também revela uma ausência de interesse e sensibilização das agências de controle pelas questões de gênero e pela singularidade dos direitos fundamentais das mulheres. As mulheres em situação de prisão têm demandas e necessidades específicas, notadamente aquelas relacionadas a seus direitos reprodutivos. Porém, as singularidades inerentes ao feminino como filhos, gestação, amamentação, ciclo menstrual, saúde, costumam ser desprezadas. A própria deficiência dos dados oficiais sobre o encarceramento de mulheres revela um descaso do Poder Público com as questões de gênero.

Historicamente o contexto prisional foi pensado, como regra, sob a ótica masculina, com prevalência de serviços e políticas penais direcionados para os homens. Neste sentido pode-se afirmar que o Sistema de Justiça Criminal é androcêntrico porque constitui um mecanismo masculino de controle para o controle de condutas masculinas, regra geral praticadas pelos homens, e só residualmente pelas mulheres (ANDRADE, 2007, p.66), o que contribui para sua invisibilidade.

Essa afirmação se reflete na lógica prisional e na estrutura física dos presídios e unidades de internação socioeducativa, construídos predominantemente para homens. Do total de estabelecimentos prisionais no Brasil, 74,85% são masculinos, 6,97% são femininos e 18,18% são mistos, havendo alas/celas destinadas a mulheres (INFOPEN, 2017). Em razão da minoria numérica da população carcerária feminina, são poucos os centros exclusivos femininos, o que faz com que, muitas vezes, as mulheres sejam reclusas distante de suas casas. Essa situação

agrava ainda mais o quadro de abandono familiar vivido por elas, seja por razões culturais ou econômicas.

Ademais, nas unidades prisionais e socioeducativas femininas e, principalmente, nas mistas, não há estrutura física e de pessoal para o amparo e assistência de mulheres e adolescentes, especialmente as gestantes, seja no pré-natal, seja no trabalho de parto, ou mesmo na atenção aos bebês e crianças filhas dessas mulheres. (LEAL; AYRES; ESTEVES-PEREIRA; SÁNCHEZ; LAROUZÉ, 2016).

Na pesquisa “Dar à Luz na Sombra”, Ana Gabriela Mendes Braga e Bruna Angotti (2015) chamam a atenção para a insuficiente quantidade de vagas destinadas a puérperas no sistema prisional, além do fato de que a concentração de unidades materno-infantis, principalmente na capital, impede que puérperas do interior fiquem próximas da sua família, se quiserem ficar com os bebês. As autoras destacam, ainda, o que chamam de “paradoxo da hiper e da hipomaternidade”, quando as mães ficam confinadas com seu bebê 24h por dia nos pequenos espaços materno-infantis, com poucas opções de atividades, impossibilitadas de frequentarem cultos e cursos e trabalharem, e quando há a separação, acontece uma ruptura brusca da relação, sem transição ou período de adaptação.

Mais uma vez nos deparamos com o isolamento materno. Em São Paulo ser mãe no sistema prisional é ficar isolada da vida penitenciária, não poder trabalhar, estudar, não ter remição de pena, ou outra atividade. 3. Há no estado grande número de presas, mas vagas insuficientes para receber as puérperas. A concentração de unidades materno-infantis, principalmente na capital, impede que puérperas do interior fiquem próximas da sua família, se quiserem ficar com os bebês. É necessário descentralizar por regiões.

Um ponto importante sobre a privação da liberdade de mulheres é o fato de que a maioria delas está em idade reprodutiva, conforme demonstram as estatísticas. Isso significa que grande parte delas é mãe ou gestante, condição geradora de impactos específicos, levando-se em conta que o processo reprodutivo ocorre no corpo da mulher e que o papel social do cuidado com os filhos é historicamente atribuído às mães.

Ademais, o fato das mulheres serem as principais responsáveis pelos cuidados com os filhos e com outros parentes, além de chefes de família, em muitos casos, faz com que a prisão seja um fator desestruturante do orçamento familiar e da vida daqueles que dependem de cuidados. Por essas razões, ao se desconsiderar as especificidades de gênero, acaba-se por dificultar a identificação dos problemas inerentes a cada sexo e impedir a aplicação de uma política criminal direcionada às necessidades específicas de homens e mulheres.

1.2. Mulheres e tráfico de drogas

Uma reflexão sobre encarceramento feminino demanda uma observação acerca das incidências penais pelas quais as mulheres estão privadas da liberdade: 59,98% diz respeito aos crimes ligados ao tráfico, 12,90% aos de roubo, 7,8% aos de furto, 6,96% aos de homicídio (INFOPEN Mulheres, 2017). Portanto, as prisões por tráfico de drogas representam a primeira razão pelo encarceramento de mulheres. De acordo com dados publicados pelo ITTC, em 2012, as prisões por drogas no Brasil representavam 22,6% do encarceramento de homens e 64,7% do de mulheres. Somente no estado de São Paulo, entre 2006 e 2012, o número de mulheres presas por tráfico de drogas aumentou quase cinco vezes (ITTC, 2015). Essa explosão do número de prisões tem estreita relação com o modo de atuação do poder público sobre esses crimes.

Com efeito, o crescimento vertiginoso da população carcerária feminina, proporcionalmente muito maior que a masculina, decorre, em grande parte, da atual política de guerra às drogas. Nas palavras de Luís Carlos Valois, trata-se de uma cruzada patrocinada pelos Estados Unidos com amplo respaldo popular, concretizada a tal ponto que tornou “difícil o debate a respeito de um armistício, de um pacto de paz, algo que fizesse a sociedade e o poder público retrocederem a respeito da atuação atual baseada puramente em repressão violenta” (VALOIS, 2020, p. 528).

O controle penal sobre as drogas ilícitas no Brasil acompanhou as orientações político-criminais dos países centrais, sobretudo dos Estados Unidos. O governo Nixon, diante do crescente consumo e comércio doméstico de drogas no país, aliado ao fracasso dos esforços repressivos, optou como estratégia a condução da opinião pública a eleger as drogas como inimigo interno da nação. No início da década de oitenta, contudo, os Estados Unidos passaram a considerar o problema do consumo de drogas com os olhos nos países estrangeiros, produtores das drogas ilícitas mais importantes. Nesse contexto, a tendência de se responsabilizar, pelo problema da droga, a oferta e não a demanda, ou seja, o tráfico e não o consumo, voltando o discurso para o inimigo externo (OLMO, 1990, p. 64).

A ratificação da Convenção Única sobre Estupefacientes, nos anos sessenta, por mais de cem países, indica um êxito na estratégia de globalização do controle penal sobre as drogas ilícitas, consolidada pela aprovação do Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas, em 1971

(CARVALHO, 2010, p. 19), ambas elaboradas a partir de uma perspectiva punitivista e proibicionista.

Os reflexos da política externa de drogas norte-americana incidiram diretamente nas políticas de segurança pública dos países da América Latina. A institucionalização do discurso jurídico-político nos países produtores, ou nos de rota de passagem para o comércio internacional, como o Brasil, “redundará em instauração de modelo genocida de segurança pública, pois voltado à criação de situações de guerras internas” (CARVALHO, 2010, p. 20).

No Brasil, o incremento do projeto global de guerra às drogas desenvolveu-se a partir da integração da política de repressão pelo legislativo, executivo e judiciário. Salo de Carvalho sustenta que esse processo de adesão brasileira à rede de cooperação internacional para o controle do tráfico da criminalidade de drogas está fundado numa base ideológica específica, que se sustenta no “tripé ideológico representado pelos Movimentos de Lei e Ordem (MLOs), pela Ideologia da Defesa Social (IDS) e, subsidiariamente, pela Ideologia da Segurança Nacional (ISN)”, esta última, permeada por toda a América Latina na década de sessenta e retratada, atualmente, na tese do direito penal do inimigo (CARVALHO, 2010, p. 29).

Esses postulados são solidificados com o advento da Lei 6.368/1976 (BRASIL, 1976), que consagra a noção do traficante como inimigo a ser eliminado, enquanto o recrudescimento na política de repressão às drogas é potencializado pelo discurso do bem e do mal (IDS), correlato ideológico da noção de bipolaridade (ISN) (CARVALHO, 2010, p. 43).

A construção desse estado de guerra, principalmente no que diz respeito às drogas, refletiu-se na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), apesar da coexistência com normas garantidoras, e também na produção legislativa brasileira, como na Lei dos Crimes Hediondos – Lei 8.072/1990 (BRASIL, 1990) e a Lei do Crime Organizado – Lei 9.034/1995 (BRASIL, 1995), o que impactou de forma expressiva as taxas de encarceramento, como se tem visto atualmente. Na mesma linha, a Lei 11.343/2006 (BRASIL, 2006), que além de manter a variedade de núcleos do tipo penal de tráfico de drogas, relativiza a comprovação do dolo para o crime de tráfico (art. 33) – a finalidade específica só está prevista no crime de uso (art. 28) – , dando margem a maior arbitrariedade no enquadramento da conduta criminoso.

Rosa del Olmo, ao discorrer sobre o mito em que se transformou a droga, afirma que o “importante não parece ser nem a substância nem sua definição, e muito menos sua capacidade ou não de alterar de algum modo o ser humano, mas muito mais o discurso que se constrói em torno dela”, destacando que a criação de estereótipos é necessária para legitimar o controle

social formal, cuja expressão máxima, no caso das drogas, é a normativa jurídica (OLMO, 1990, p. 22-23).

Fernando Rojas H., por sua vez, ao prefaciá-lo o livro de Rosa Del Olmo, afirma que o tema das drogas tomou dimensões demoníacas, em que os principais responsáveis pela produção ou mercado são retratados como psicopatas ou terroristas, criminosos desumanos que vivem num estado de orgia desenfreada contra a vida de seus semelhantes e os bons costumes da sociedade. Em razão disso, merecem um tratamento de exceção:

“A inquisição origina-se, como ocorreu em todos os tempos, dos centros de poder. Já não se materializa em bulas pontifícias repetidas na homília dominical; agora os decretos de excomunhão brotam das agências de notícias do Norte e agigantam seu eco através das ondas dos modernos meios de comunicação de massa. E, como na época da temível Inquisição, uma extensa rede transnacional de agentes investiga incessantemente milhares de vidas para levar acusados à fogueira dos tribunais de Miami, Los Angeles e Nova Iorque”. (ROJAS, 1990, p. 14)

O discurso criminalizador do tráfico costuma associá-lo como fomentador da prática de outros crimes, financiador de organizações criminosas, além de responsável pela destruição da família e do futuro da juventude, localizado numa atmosfera de guerra e de pânico. Marcelo Semer⁹, utilizando as definições traçadas por Stanley Cohen em “Folk Devils and Moral Panics”, e desenvolvidas por Erich Goode e Nachman Ben-Yehuda e depois por Stuart Hall, descreve o papel do pânico moral e do populismo penal no enfrentamento do tráfico de drogas no Brasil:

“O que os pânicos morais trarão, com eficiência, é, primordialmente, a ideia de generalização. Ou seja, o culto à vítima determinada é um ponto essencial para a condução do medo para todas as demais. A própria criação do inimigo interno compreende a necessidade de que as pessoas se sintam na condição daqueles que devem ter medo. Esse processo de ampliação e generalização está, como preceituava Cohen, na base da elaboração do pânico moral. Para que crimes aparentemente sem vítima possam provocar o mesmo furor, como é o caso do tráfico de drogas, é preciso estabelecer a noção da ponta do iceberg. Isso se executa com duas grandes vertentes: a-) a ideia de destruição da família, inerente às vítimas que são sugadas pela droga; b-) a correlação do tráfico com a violência e o crime organizado. Casa-se muito com o pânico moral associado ao tráfico a ideia de convergência, estipulada por Stuart Hall. Falar em tráfico passa a ser falar automaticamente em crime organizado, em crimes contra o patrimônio etc.” (SEMER, 2019, p. 109).

Para Semer, a moldagem do populismo penal está intrinsecamente relacionada com a noção de *folk devils*, calcada no estereótipo e na formação dos símbolos inequivocamente desfavoráveis que permitem tanto a sensibilização para a defesa coletiva da vítima como a identificação de um inimigo público que possa, de forma generalizada e simplificada, facilitar

⁹ Marcelo Semer é Juiz do TJSP, promovido a desembargador em 2021.

a distinção entre o certo e o errado. As consequências do pânico resultam em decisões que suprimem, alteram ou destituem direitos. Semer aponta como a melhor expressão, entre nós, do pânico moral produzindo resultado nas agências de controle a criação e sucessivas reformulações da Lei dos Crimes Hediondos (BRASIL, 1990).

Esse enfoque na “guerra contra as drogas” e no estereótipo do traficante acaba por afetar sobremaneira as mulheres, tendo em vista que, como já assinalado, os crimes relacionados ao tráfico de drogas são a maior razão do encarceramento feminino.

Em pesquisa realizada pelo ITTC no contexto das audiências de custódia de mulheres em São Paulo, verificou-se, a partir dos dados e das narrativas adotadas pelos integrantes do sistema de justiça criminal, uma consideração do tráfico de drogas enquanto crime que possui uma periculosidade/gravidade abstrata. Essa constatação decorre principalmente do fato de que, embora o tipo penal de furto seja o responsável pelo maior índice de prisões em flagrante (39,44%), a taxa de conversão em prisões preventivas é baixa (8,3%), enquanto que o tráfico de drogas, responsável por 35,68% das prisões em flagrante, apresenta uma alta taxa de conversão (69,74%), sugerindo que a chamada “guerra às drogas” parece ser mais acentuada nos tribunais do que nas ruas (MulheresSemPrisão, 2019).

Como exemplo disso, destacou-se a equiparação do tráfico de drogas a crimes hediondos, prevista no artigo 2º da Lei 8.072/1990 (BRASIL, 1990), utilizada, ainda, nas audiências de custódia, como justificativa para a manutenção da prisão provisória e para a não substituição da prisão preventiva por domiciliar. Ademais, a pesquisa identificou a existência de uma diretriz institucional para que a punição do crime de tráfico de drogas seja mais rígida, bem como que as pessoas levadas mais de uma vez a audiências de custódia recebam tratamento jurídico semelhante ao conferido às hipóteses de reincidência legal (Mulheres em Prisão, 2019).

No contexto internacional, Corina Giacomello (2013) destaca que as mulheres em reclusão representam por volta de 5% da população penitenciária total, com variações regional e locais. Porém, ainda que sejam a minoria, esse número vem aumentando e os delitos relacionados a tráfico de drogas desempenham um papel importante nessa tendência.

Na América Latina, houve um crescimento do número de mulheres em prisão a partir dos anos 80, e com maior proeminência a partir dos anos 90, acompanhado pelo progressivo endurecimento das leis de drogas e por uma maior persecução com relação a esses delitos. No Equador, em 1982, 18,5% das mulheres estavam presas por crimes relacionados ao tráfico de drogas, sendo que essa porcentagem aumentou para 75-80% em trinta anos. Na Venezuela, a

partir dos anos 90 mais de 70% das mulheres privadas de liberdade estão relacionadas a delitos com drogas, percentual igualmente verificado na Argentina (GIACOMELLO, 2013).

No contexto latino-americano, o aumento da população prisional feminina pode ser atribuído às penas elevadas cominadas aos crimes relacionados ao tráfico de drogas, mas também pela imposição de prisões preventivas obrigatórias em países como México, Equador, Bolívia e Peru, entre outros. Um dos casos mais significativos diz respeito à Bolívia que, embora conte com uma das leis penitenciárias mais avançadas da região no que diz respeito à incorporação da perspectiva de gênero e dos direitos das pessoas privadas de liberdade, as mulheres representam 13% da população penitenciária total e 80% delas estão à espera de uma sentença. A prisão de Palmasola, a maior do país, foi construída com uma capacidade para 600 pessoas, porém, em 2013 contava com quase 5.000 internos, sendo que mais de duas mil crianças vivem na prisão com seus pais ou mães (GIACOMELLO, 2013).

Por outro lado, no Paraguai há limitações legais relativas à imposição de prisão preventiva para mulheres durante os últimos meses de gestação e para as mães no período de lactação, ou mesmo a previsão de suspensão de uma pena privativa de liberdade a mulheres grávidas ou com filho menor de seis meses no momento da sentença. Da mesma forma, o Código de Procedimentos Penais da Colômbia prevê que a prisão preventiva em estabelecimento carcerário poderá ser substituída por prisão domiciliar nos seguintes casos: quando faltar 2 meses ou menos para o parto ou nos 6 meses seguintes da data do nascimento; quando a acusada for chefe de família com filho menor ou que tenha incapacidade permanente, quando esteja sob seus cuidados. Na ausência dela, o pai que faça suas vezes terá o mesmo benefício. (GIACOMELLO, 2013).

Já na Venezuela, o Código Orgânico Processual Penal determina que não se poderá aplicar a prisão preventiva a mulheres nos três últimos meses de gestação e às mães durante o período de lactação até os seis meses posteriores ao nascimento. Contudo, destaca a autora, apesar de toda a normativa visando conciliar o poder punitivo com os direitos das crianças e das mães, os benefícios conferidos são restringidos quando se trata de crimes relacionados ao tráfico de drogas. (GIACOMELLO, 2013)

Um outro aspecto relevante da relação entre o tráfico de drogas e o exponencial encarceramento feminino diz respeito aos recortes de raça, classe e gênero perante o sistema de justiça criminal, o que demonstra que o aumento da inserção das mulheres nas prisões possui uma relação direta com o contexto socioeconômico em que estão submetidas.

Historicamente, a criminalidade feminina foi vista como algo secundário, de pouca expressividade. Os estudos sobre a criminalidade sempre tiveram o homem como foco, fruto de uma visão patriarcal e decorrente da desigualdade de gênero, uma vez que as mulheres eram relegadas ao espaço privado, de cuidado com a família, com os filhos e a procriação. A criminalidade feminina era vista com referência a sua função reprodutiva, “na prática de condutas como o aborto, o infanticídio e a prostituição, com o desvio acentuado pela não adequação a esses papéis” (ESPINOZA, 2004, p. 71). Com o avanço das teorias feministas e a conquista gradativa do espaço público pelas mulheres, sobretudo no contexto socioeconômico, a criminalidade feminina passou a ganhar novos espaços e formas de investigações sobre o tema.

Nos últimos anos, apesar do ingresso e da absorção da mulher no mercado de trabalho, o número de mulheres em situação de pobreza aumentou desproporcionalmente com relação aos homens, fenômeno que se denominou “feminização da pobreza”. O termo representa uma percepção do aumento na diferença de níveis de pobreza entre as mulheres e os homens, ou de domicílios chefiados por mulheres em comparação com aqueles chefiados por homens ou casais. Por “pobreza” compreende-se a falta de recursos, capacidades ou liberdades que comumente são chamadas de dimensões da pobreza. Por outro lado, o termo “feminização” pode ser usado para indicar uma mudança com viés de gênero em quaisquer dessas dimensões (MEDEIROS; COSTA, 2008).

De acordo com Maria Salet Novellino (2004), tal conceito foi introduzido por Diane Pearce em artigo publicado na *Urban and Social Change Review*, em 1978, cujo título principal é “Feminização da pobreza”, seguido pelo subtítulo “mulher, trabalho e assistência social”. Seu pressuposto era o de que a pobreza está rapidamente se tornando um problema feminino, associando o processo de empobrecimento das mulheres ao aumento na proporção de famílias pobres chefiadas por mulher. Novellino (2004) investigou quais são as consequências econômicas e sociais de ser mulher (sem o apoio de um marido) e que acabam por conduzir à pobreza. Suas pesquisas apontam que as mulheres representam 70% dos pobres em todo o mundo, elas realizam 70% das horas de trabalho e seus rendimentos chegam a apenas 10% dos dados globais, mesmo quando a população feminina corresponde a 51% no âmbito mundial.

O conceito foi incorporado pela Organização das Nações Unidas que, na Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher em Pequim, 1995, preconizou contribuir para a feminização da pobreza:

“[...] a rigidez das funções que a sociedade atribui por razões de gênero e o limitado acesso da mulher ao poder, à educação, à capacitação e aos recursos

produtivos, assim como novos fatores que ocasionam insegurança para as famílias. A falta de uma incorporação adequada da perspectiva de gênero a todas as análises econômicas e à planificação econômica, bem como de solução para as causas estruturais da pobreza, são dois fatores adicionais que contribuem para o empobrecimento de mulheres [...].¹⁰

Nesse sentido, a feminização da pobreza pode ser uma ferramenta importante para explicar a vulnerabilidade social e de gênero.

A dinâmica da relação entre mulheres e criminalidade, antes atribuída à função de reprodução social, também vem mudando a partir das novas configurações sobre os espaços ocupados pelas mulheres, o que pode ser verificado especialmente em decorrência do aumento de condenações por tráfico de drogas. O tráfico, como crime de ação múltipla, pode ser praticado de várias maneiras, o que permite uma maior flexibilidade e versatilidade na sua execução e facilita a participação de mulheres e adolescentes, que, na maioria das vezes, exercem papéis de menor importância.

Assim, a participação feminina no tráfico de drogas acaba por refletir padrões naturalizados da divisão sexual do trabalho na sociedade patriarcal, pois é comum que às mulheres sejam delegados papéis subalternos e ocupações de menor importância como embalagem de drogas, depósito, transporte como “mula”, pequenas vendas, condução de pequenas quantidades para presídios, praticando suas atividades em locais de maior risco de prisão em flagrante, pois geralmente estão nos cenários mais visados pela polícia (REFOSCO, WURSTER, 2018).

Também nos circuitos internacionais essa dinâmica socioeconômica do tráfico de drogas cruza-se com as especificidades de gênero. Assim como nas esferas política, judiciária, governamental e empresarial, os altos escalões do poder nas redes criminosas são majoritariamente ocupados por homens, enquanto as mulheres compõem a maior parte dos elos inferiores, sendo facilmente descartáveis e substituíveis, inclusive muitas vezes são vítimas de delação por parte das redes criminais ou dos companheiros que as envolveram. (GIACOMELLO, 2013).

As tarefas subalternas a que as mulheres se submetem também permitem com que possam acumular o tráfico de drogas com suas atividades de cuidado (com os filhos, netos, pessoas idosas ou deficientes), suas jornadas duplas ou triplas de trabalho, podendo praticar atividades como guardar e embalar drogas e efetuar pequenas vendas, enquanto cuidam da casa e dos filhos.

¹⁰ Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher – Pequim, 1995, p. 164

Essa conjuntura pôde ser verificada pelo Relatório Mulheres em Prisão, que registrou o comércio de drogas como uma possibilidade de geração ou complementação de renda para as mulheres, o que permite conciliar a venda ou transporte com outras atividades, como cuidados com os filhos e com a casa. A pesquisa identificou, ainda, que os objetos subtraídos nos delitos em questão “revelam o pequeno valor do impacto financeiro (celulares, itens de vestuário e perfumaria), ao passo que a baixíssima quantidade de armas apreendidas reforça a ausência de violência na caracterização do delito.”. (Mulheres em Prisão, ITTC, 2017).

Percebe-se que, em grande medida, o envolvimento das mulheres com o tráfico está estreitamente ligado às amarras da construção social do gênero, uma vez que a sua atuação no interior das organizações criminosas reproduz padrões naturalizados da divisão sexual do trabalho (WURSTER, 2019, p. 125).

Ademais, as mulheres presas são vítimas de formas específicas de violência de gênero socialmente aceitas e que se reproduzem no seio das instituições da Justiça. Geralmente sofrem abandono dos companheiros e da família, seja por questões culturais e morais, como a transgressão do papel esperado de uma mulher, seja por questões financeiras, já que muitas ficam reclusas em estabelecimentos distantes de suas comunidades. Por consequência, recebem menos visitas e apoio material. As mulheres estrangeiras ou indígenas enfrentam, ainda, o isolamento extra decorrente das barreiras linguísticas e culturais, além de discriminação étnica ou racial.

Nesse contexto, as mulheres presas por delitos de drogas se veem afetadas por três níveis de exclusão na prisão, que Giacomello (2020, p. 15) nomeia de “triplo sentenciamento”: em primeiro lugar, aqueles fatores de discriminação que começam fora dos muros da prisão e que estão ligados à permanência de práticas discriminatórias e de relações de poder assimétricas entre homens e mulheres no espaço público e privado; em segundo lugar, tal como os homens que cometem crimes relacionadas a drogas, estão sujeitas a penalidades desproporcionais; em terceiro, sofrem formas de discriminação específicas no espaço penitenciário.

Apesar do quadro de invisibilidade de gênero, atualmente a questão referente a mulheres e drogas vem sendo objeto de debates internacionais sobre drogas e a política de drogas, sobretudo na América Latina, buscando uma incorporação da perspectiva de gênero (GIACOMELLO, 2020), a exemplo da Declaração de Antigua¹¹, firmada na Assembleia Geral da OEA em junho de 2013.

¹¹ “11. Que as políticas públicas relacionadas com o problema mundial das drogas devem necessariamente ser elaboradas e implementadas com um enfoque de gênero, quando pertinente”.

É possível concluir, portanto, que a maioria das mulheres no Brasil está presa por crimes não violentos e, em grande parte, praticados com intuito de obtenção de alguma vantagem econômica, como o furto e o tráfico de drogas, delitos facilmente praticados para a complementação da renda sem que seja preciso fazer uso de violência ou de armas, ou mesmo se ausentar de casa e do cuidado com os filhos, como no caso do tráfico. Essa dinâmica expõe uma maior vulnerabilidade das mulheres em diversos aspectos que se interseccionam, como gênero, raça e classe.

1.3. A concessão da ordem coletiva pelo Supremo Tribunal Federal nos HC's 143.641/SP e 165.704/DF

O ordenamento normativo brasileiro em matéria penitenciária recebeu grande influência da doutrina internacional sobre direitos humanos, a partir de diversos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, como: a Declaração Universal dos Direitos Humanos; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica); os Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas; a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes; as Regras de Tóquio, as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros (Regras de Mandela) e as Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras (Regras de Bangkok).

Na Exposição de Motivos da Lei de Execuções Penais¹², os legisladores destacaram o papel das Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros ao declarar que “as regras mínimas da ONU constituem a expressão de valores universais tidos como imutáveis no patrimônio jurídico do homem” (artigo 73).

No que diz respeito aos direitos humanos das mulheres em situação de cárcere, merecem destaque dois desses documentos internacionais, de extrema relevância: as Regras de Mandela¹³

¹² <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>.

¹³ Adotada pela Resolução 39/1946 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1984 e assinada pelo Brasil em 28 de setembro de 1989, promulgada pelo Decreto 40, de 15 de fevereiro de 1993. Regras de Nelson Mandela www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf. Acesso em: 16 jul. 2022.

e as Regras de Bangkok¹⁴. As Regras de Mandela ou Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros configuram um dos mais importantes documentos sobre a pessoa presa, formulando diretrizes gerais mínimas sobre o tratamento digno e humano a ser dispensado a todos aqueles sob custódia estatal. O documento representa um avanço para as doutrinas de direitos humanos e servem como parâmetros para o tratamento de reclusos e a gestão dos estabelecimentos prisionais. Contudo, estabeleceram regras universalizantes, deixando de abordar questões específicas e essenciais para as mulheres em situação de cárcere.

Em razão disso, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou, em dezembro de 2010, as regras mínimas para o tratamento da mulher presa e medidas não privativas de liberdade para as mulheres em conflito com a lei – Regras de Bangkok –, que representam o principal marco normativo internacional sobre o encarceramento feminino, orientando os Estados e seus gestores e membros do sistema de justiça a observarem as especificidades de gênero. Essas regras refletem um esforço internacional no sentido de combater a violência contra a mulher em suas mais variadas formas, especialmente as mulheres encarceradas, que constituem um grupo social ainda mais vulnerabilizado.

As Regras de Bangkok preveem diretrizes para que as mulheres mães, gestantes e lactantes tenham atendimento humanizado e adequado às suas necessidades, prescrevendo, inclusive, orientações específicas no que diz respeito às mulheres submetidas à prisão cautelar, o que ganha especial relevância no contexto brasileiro na medida em que 74% das mulheres brasileiras em situação de cárcere tem filhos e que 45% está em prisão provisória (INFOPEN, 2016). No Brasil, a tradução oficial do documento foi publicada pelo Conselho Nacional de Justiça e com apoio do ITTC – Instituto Terra, Trabalho e Cidadania e da Pastoral Carcerária Nacional, em 2016.

No contexto brasileiro, a Constituição Federal trata dos direitos e garantias fundamentais no Título II e especialmente da mulher encarcerada no seu artigo 5º, XLVIII e L. O Código Penal (BRASIL, 1940) e a Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984) regulam as condições específicas das mulheres no cumprimento da pena, como estabelecimento prisional próprio, direito à assistência educacional e de saúde, amamentação, permanência e convivência com os filhos pequenos. O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (BRASIL, 1990) assegura à gestante o atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do SUS,

¹⁴ Regras de Bangkok – Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras. www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/cd8bc11ffdcbc397c32eecd40afbb74.pdf. Acesso em: 16 jul. 2022.

garantindo, ainda, o direito à amamentação, inclusive no caso de mães privadas de liberdade (artigos 8º e 9º).

Já a publicação do Marco Legal da Primeira Infância – Lei 13.257/2016 (BRASIL, 2016) foi medida festejada no mundo jurídico. Ao dispor sobre políticas públicas para a primeira infância, promoveu a alteração de algumas leis, entre elas o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Processo Penal (BRASIL, 1941). Uma mudança determinante sobre a situação do tratamento dispensado às gestantes e mães encarceradas diz respeito à expansão das hipóteses autorizadas da substituição da prisão preventiva pela domiciliar, permitindo maior e melhor concretude à tutela penal das mulheres e suas crianças.

Nesse sentido, embora tenha como principal objetivo modificações concernentes a perspectivas de proteção à criança e ao adolescente, a Lei 13.257/2016 também regulou aspectos práticos relacionados à prisão preventiva de gestantes e de mães de crianças, incluindo no artigo 318 as circunstâncias relacionadas à gestação (inciso IV) e à existência de filho de até 12 anos de idade incompletos (inciso V). O Marco Legal da Primeira infância também tornou obrigatória a informação sobre o número de filhos e suas idades no auto de prisão em flagrante.

Observa-se, contudo, que esse apanhado de leis, convenções e regras não foi suficiente para impactar positivamente o quadro da política carcerária para as mulheres, verificando-se um contínuo encarceramento prematuro de mães e, conseqüentemente, seus efeitos no sistema prisional¹⁵, inclusive a crescente taxa de nascimentos em presídios¹⁶.

Nesse contexto, foi de extrema relevância a impetração do HC 143.641/SP, *habeas corpus* coletivo ajuizado por membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (CADHu) em favor de todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional que ostentassem a condição de gestantes, de puérperas ou mães de crianças sob sua responsabilidade, bem como em nome das próprias crianças, e seu julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, em 20.02.2018,

Naquela ocasião, o STF concedeu a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP, fixando, ainda, balizas para a atuação do Poder Judiciário nos

¹⁵ Nesse sentido, vale mencionar a importante pesquisa “Dar à luz na sombra”, realizada por Bruna Angotti e Ana Gabriela Braga.

¹⁶ “No Brasil, filhos de mães encarceradas já nascem com direitos violados”
<https://epoca.oglobo.globo.com/brasil/noticia/2017/12/no-brasil-filhos-de-maes-encarceradas-ja-nascem-com-direitos-violados.html>. Acesso em 16 jul. 2022.

casos em que figurem como parte as mulheres em situação semelhante à verificada no *habeas corpus* coletivo.

Em dezembro de 2018, mesmo ano do julgamento do *habeas corpus* coletivo, houve uma importante alteração legislativa que acabou por ampliar o escopo da ordem concedida pelo STF. Com efeito, a Lei 13.769/2018 incluiu o art. 318-A ao CPP, que determina a substituição da prisão preventiva por domiciliar à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, salvo nas hipóteses de cometimento de crime com violência ou grave ameaça a pessoa ou contra filho ou dependente¹⁷.

A alteração reduziu consideravelmente as possibilidades de diferentes interpretações para as “situações excepcionalíssimas” contidas na decisão da Suprema Corte. A Lei 13.769/2018 também modificou o texto da Lei de Execução Penal, para incluir o § 3º no art. 112 da Lei de Execução Penal, de forma a prever requisitos diferenciados para a progressão de regime de mulher gestante, mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência¹⁸.

1.3.1. O *habeas corpus* “das mães” (HC 143.641/SP)

O acolhimento do HC 143.641/SP pelo STF representou importante mudança no entendimento sobre o cabimento de impetrações coletivas. Apesar de historicamente a doutrina ter se desenvolvido a partir da premissa de que o *habeas corpus* se destina à proteção individual

¹⁷ 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”.

Verifica-se que, diferentemente do art. 318 do CPP, ao estabelecer que “poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar”, o art. 318-A prevê que, no caso de mulher gestante, mãe ou responsável por criança ou pessoa com deficiência, a prisão preventiva “será substituída por prisão domiciliar”, com ressalva apenas às situações previstas nos incisos I e II.

¹⁸ Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

(...)

§ 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente: (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)

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

II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente;

III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior;

IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;

V - não ter integrado organização criminosa.

§ 4º O cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício previsto no § 3º deste artigo.

da liberdade de ir e vir¹⁹, com o aumento das demandas em massa, do crescimento populacional e da complexificação das relações sociais, é preciso pensar em respostas efetivas para atos ou eventos danosos que repercutam na esfera jurídica de um grande número de pessoas.

Nesse sentido, Daniel Sarmiento defende que a proteção à liberdade de locomoção por meio do *habeas corpus* impõe que esse remédio constitucional seja capaz de fazer frente às mais diversas formas de ofensa à liberdade de locomoção, devendo ter amplitude correspondente às situações de ofensa ou de ameaça à liberdade ir e vir sobre as quais se pretende incidir. Esse entendimento seria o mais compatível com o texto da Constituição Federal, bem como com o sistema interamericano de direitos humanos, do qual o Brasil faz parte, como prevê o art. 25 do Pacto de San José da Costa Rica (SARMENTO, 2018).

O *habeas corpus* é ação de natureza constitucional prevista no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal de 1988, como garantia da liberdade de locomoção, e regulamentada no Código de Processo Penal (artigos 647 a 667). Embora seja a mais importante das ações autônomas de impugnação a decisões no âmbito da justiça criminal, visa atacar qualquer ato judicial, administrativo ou de particulares que interfira, na liberdade de ir e vir.

O Supremo Tribunal Federal, embora tenha, em outras ocasiões, deixado de conhecer de impetrações coletivas, como no caso do HC 119.753/SP, ajuizado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, deu um importante passo no sentido da proteção judicial dos direitos das mulheres ao admitir e julgar o *writ* coletivo, que é, sem dúvida, um dos mais importantes casos levados à Corte na atualidade, seja pelo ineditismo da concessão da ordem numa impetração coletiva, seja pelo impacto gerado sobre a vida de muitas gestantes, mulheres e adolescentes mães submetidas à prisão e de seus filhos.

Na obra “Pela liberdade: a história do *habeas corpus* coletivo para mães & crianças”, os autores esclarecem que, já em novembro de 2015, as integrantes do CADHu distribuíram entre si a tarefa de refletir e construir um *habeas corpus* coletivo em favor de todas as mulheres encarceradas do Brasil, movimento que se iniciou antes mesmo da aprovação da Lei 13.257/2016, o Marco Legal da Primeira Infância.

A relevância do HC 143.641/SP não se encerra na importância de seu julgamento, mas em todo o trabalho, pesquisas e lutas relacionadas à questão do encarceramento de mães e gestantes, bem como nas soluções apresentadas pelo STF para o seu cumprimento, além dos resultados verificados após a decisão da Segunda Turma. Por essa razão, se faz importante

¹⁹ O art. 647 do CPP prevê que: Dar-se-á *habeas corpus* sempre que *alguém* sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.

trazer, de forma um pouco mais detalhada, os elementos que compuseram o processo e seu julgamento, para traçar uma linha do tempo dessa história.

Em 08.05.2017, o Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (CADHu), por meio dos advogados Eloísa Machado de Almeida, Bruna Soares Angotti, André Ferreira, Nathalie Fragoso e Hilem Oliveira, impetraram um *habeas corpus* coletivo em favor de todas as mulheres submetidas à prisão cautelar, que fossem gestantes, puérperas ou mães de crianças com até 12 anos de idade, bem como em nome das próprias crianças.

Segundo relatado no acórdão, na petição inicial, os subscritores, dentre outros argumentos, chamaram a atenção para o tratamento desumano, cruel e degradante que se confere às mulheres grávidas confinadas em estabelecimentos prisionais, privadas de qualquer tipo de assistência à gestação e ao pós-parto, assim como ao caráter discriminatório e seletivo da política criminal responsável pelo encarceramento, impactando de forma desproporcional mulheres pobres e suas famílias.

Apontaram as falhas estruturais no acesso à Justiça, o despreparo dos estabelecimentos prisionais para receberem de forma adequada as mulheres presas, especialmente a gestante e a que é mãe. Citaram casos graves de violações dos direitos das gestantes e de seus filhos, além de dados oficiais sobre o encarceramento de mães e a falta de estrutura dos estabelecimentos prisionais no que diz respeito às instalações para atendimento a gestantes e crianças.

Sobre a natureza coletiva do pedido, sustentaram a existência de um caráter sistemático nas violações maciças de direitos, o que justificaria, pela abrangência, generalização e o caráter sistêmico do problema, a impetração coletiva, de modo que a individualização do remédio implicaria na persistência das ilegalidades. Outro importante aspecto suscitado na inicial alerta para o fato de que as graves violações aos direitos das mães e gestantes acabam por atingir seus filhos, infringindo o direito à proteção integral e o preceito que confere prioridade absoluta às crianças.

Os peticionários lembraram, ainda, que muitas das pessoas presas preventivamente no Brasil são, ao final, absolvidas, ou têm a pena privativa de liberdade substituída por penas alternativas. Ao final, requereram a concessão da ordem para revogação da prisão preventiva decretada contra todas as gestantes puérperas e mães de crianças, ou sua substituição pela prisão domiciliar.

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus*, por ser manifestamente incabível, em razão da impossibilidade de concessão de ordem genérica, sem individualização de seu beneficiário e de expedição de salvo-conduto a um número

indeterminado de pessoas. Argumentou, ainda, que não caberia ao STF o julgamento do feito, tendo em vista que não foram indicados atos coatores específicos imputáveis ao Superior Tribunal de Justiça.

O relator da impetração, ministro Ricardo Lewandowski, determinou a expedição de ofício ao Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) para que indicasse, dentre a população de mulheres presas preventivamente, quais se encontravam em gestação ou eram mães de crianças, além de informar, com relação às unidades prisionais onde estivessem custodiadas, quais dispunham de escolta para garantia de cuidados pré-natais, assistência médica adequada e quais estavam funcionando com número de presas superior à capacidade.

A Defensoria Pública da União ingressou no feito, ponderando, em suma, ser essencial a sua participação, sobretudo em razão de sua representatividade, e defendendo a possibilidade de impetração de *habeas corpus* coletivo, especialmente com fundamento na doutrina brasileira do *habeas corpus*. Lembrou o caso do HC 118.536/SP, impetração coletiva no bojo da qual o Procuradoria-Geral da República chegou a ofertar parecer pelo conhecimento do *writ* e pela concessão da ordem.

Em 15.08.2017, o ministro relator afirmou o cabimento do *habeas corpus* coletivo, porém estabeleceu algumas premissas para o seu conhecimento, especialmente no que diz respeito à legitimidade ativa, que entendeu, por analogia à legislação referente ao mandado de injunção coletivo, ser da Defensoria Pública da União, uma vez que se trata de ação cujos efeitos podem ter abrangência nacional. Em razão do despacho exarado, a autuação do *habeas corpus* foi retificada para constar como impetrante a Defensoria Pública da União e os impetrantes iniciais como assistentes.

O DEPEN apresentou parte das informações anteriormente requisitadas. Diversas instituições tiveram substancial participação na instrução do *habeas corpus*, como *amici curiae* ou “amigos da corte”, ingressando nos autos em momentos diferentes para colaborar, acompanhar, fornecer informações, apresentar dados. Dentre elas estão as Defensorias Públicas do Amapá, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima, São Paulo, Sergipe, Tocantins.

A atuação de entidades ligadas à sociedade civil também foi de grande relevância na composição do *habeas corpus*, como o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), o Instituto Terra Trabalho e Cidadania (ITTC), a Pastoral Carcerária, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), o Instituto Alana, a Associação Brasileira de Saúde Coletiva

(ABRASCO). A Procuradoria-Geral da República apresentou parecer final, pelo não cabimento da impetração.

Em 20.02.2018, o STF, por meio da Segunda Turma, julgou o HC 143.641/SP, e, pela primeira vez em sua história, concedeu a ordem em uma impetração coletiva, para que mulheres gestantes, puérperas ou mães de crianças até 12 anos, presas provisoriamente, pudessem ter a prisão preventiva substituída pela custódia domiciliar.

O voto condutor do acórdão abordou importantes e sensíveis questões como a cultura do encarceramento, questões estruturais e específicas relacionadas ao encarceramento feminino, ao encarceramento e maternidade, à primeira infância e ao acesso à justiça.

Inicialmente, foram enfrentados os óbices ao cabimento do *habeas corpus* coletivo apontados ao longo da instrução. O relator mencionou o histórico da atuação do Supremo em instrumentos que buscam a defesa de direitos e interesses de determinadas coletividades, como o mandado de injunção coletivo, aceito pela Corte muito antes de sua expressa previsão legal, a doutrina brasileira do *habeas corpus* e sua capacidade de adaptação diante de lesões a direitos fundamentais, destacando que “*na sociedade contemporânea, burocratizada e massificada, as lesões a direitos, cada vez mais, assumem um caráter coletivo, sendo conveniente, inclusive por razões de política judiciária, disponibilizar-se um remédio expedito e efetivo para a proteção dos segmentos por elas atingidos*”.

O relator sustentou que a alegação da Procuradoria-Geral da República no sentido de que as pacientes são indeterminadas e indetermináveis ficou superada com a apresentação, pelo DEPEN e por outras autoridades estaduais, de listas, ainda que provisórias, contendo nomes e dados das mulheres presas preventivamente, gestantes ou mães de crianças que estão sob sua guarda.

A existência de mais de 100 milhões de processos em tramitação no Poder Judiciário foi ponderada pelo relator, além das dificuldades estruturais de acesso à Justiça, sobretudo por populações mais vulneráveis. Outro dado importante foi o reconhecimento, no julgamento da ADPF 347/DF do estado de coisas inconstitucional pelo qual o sistema prisional brasileiro passa, além de interpretações dissonantes acerca do alcance da redação do art. 318, IV e V, do CPP.

No que diz respeito à legitimidade ativa, conforme mencionado anteriormente, reafirmou que esta deve ser reservada aos atores listados no art. 12 da Lei 13.300/2016, por analogia às disposições relativas ao mandado de injunção coletivo. No caso, assumiu a

Defensoria Pública da União, a despeito da iniciativa do Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos.

Sobre as deficiências estruturais do sistema penitenciário, o relator recuperou o que já firmado no julgamento da ADPF 347/DF para repetir que as falhas estruturais reconhecidas agravam a “cultura do encarceramento”, o que revela a imposição exagerada de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis. No ponto, destacou o absurdo crescimento da população de mulheres encarceradas em 567% entre os anos 2000 e 2014, o que supera, em muito o crescimento da população masculina, cujo aumento foi de 220% no mesmo período.

O relator apresentou dados alarmantes sobre a infraestrutura relativa à maternidade, como ausência de celas ou dormitórios adequados, berçário ou centro de referência materno infantil, creche, especialmente considerando que, segundo dados do INFOPEN, 89% das mulheres presas têm entre 18 e 45, idade em que há alta probabilidade de serem gestantes ou mães de crianças. Outro importante destaque diz respeito ao fato de que 68% das mulheres estão presas por crimes relacionados ao tráfico de drogas, crimes que, na maioria dos casos, não envolvem violência ou grave ameaça a pessoas.

O ministro Ricardo Lewandowski mencionou o reiterado descumprimento de regras constitucionais, convencionais e legais a respeito dos direitos das mulheres presas e de seus filhos, destacando o cuidadoso trabalho de pesquisa realizado por Eloísa Machado de Almeida, Bruna Soares Angotti, André Ferreira, Nathalie Fragoso e Hilem Oliveira, subscritores da petição inicial, quanto à realidade das mulheres presas, especialmente as mães e gestantes, e seus direitos reprodutivos; fez importante observação sobre o impacto dos efeitos da prisão da mulher no bem-estar físico e psíquico de seus filhos, destacando as informações trazidas aos autos pelo Instituto Alana, que apontou as incontáveis violações a que estão sujeitas as crianças que nascem no cárcere; lembrou, além do mais, que a Constituição Federal estabelece prioridade absoluta aos direitos da criança (artigo 227) e veda que a pena passe da pessoa do condenado (artigo 5º, XLV).

Ao final do julgamento, a Segunda Turma concedeu a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar – sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP – de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas no processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou

grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.²⁰

A ordem foi estendida, de ofício, às demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições anteriormente previstas. Na mesma ocasião, a Turma estabeleceu providências de ordem prática mais detalhadas, a fim de orientar os órgãos administrativos e judiciais no cumprimento da decisão. Foram prescritas diretrizes para os casos de detidas tecnicamente reincidentes, ou em que o juiz entender que a prisão domiciliar se mostra inviável ou inadequada, sobre as possibilidades de apuração da situação de guardião dos filhos, ressaltando a necessidade de se dar credibilidade à palavra da mãe. Foi determinada a comunicação da decisão aos Presidentes dos Tribunais Estaduais e Federais, inclusive da Justiça Militar Estadual e Federal para que prestassem informações e implementassem, de modo integral, as determinações estabelecidas no julgamento.

Outras importantes disposições foram a expedição de ofício ao DEPEN, para que comunicasse a decisão aos estabelecimentos prisionais, a quem caberá informar aos respectivos juízes a condição de gestante ou mãe das presas preventivas sob sua custódia, e ao CNJ para que, no âmbito de atuação do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, avaliasse o cabimento de intervenção nos termos preconizados no art. 1º, § 1º, II, da Lei 12.106/2009 (BRASIL, 2009), sem prejuízo de outras medidas de reinserção social para as beneficiárias da decisão.

Ainda com relação ao CNJ, consignou-se a possibilidade de, no contexto do Projeto Saúde Prisional, atuar junto às esferas competentes para que o protocolo de entrada no ambiente prisional seja precedido de exame apto a verificar a situação de gestante da mulher, de acordo com o Eixo 2 do referido programa, que prioriza a saúde das mulheres privadas de liberdade.

Aos juízes responsáveis pelas audiências de custódias e àqueles perante os quais se processam ações penais em que há mulheres presas preventivamente determinou-se a análise do cabimento da prisão domiciliar, de ofício, ou seja, independentemente de provocação, cabendo ao Judiciário adotar uma postura ativa ao dar cumprimento à ordem judicial emanada pelo STF. Para as hipóteses de descumprimento da decisão, a Turma orientou que a ferramenta a ser utilizada é o recurso, e não a reclamação, como explicitado na ADPF 347.

²⁰ HC 143.641/SP (disponível em:

//viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fstf.jus.br%2Fpaginadorpub%2Fpaginador.jsp%3FdocTP%3DTP%26docID%3D748401053&clem=2366040. Acesso em 22 mar. 2022

A expectativa, à época, era de que a decisão proferida no *habeas corpus* pudesse beneficiar aproximadamente 4.500 mulheres, entre elas 622 grávidas ou lactantes, segundo dados apresentados pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM).

Os efeitos da concessão foram estendidos às mulheres mães de pessoas com deficiência, independentemente da idade, de acordo com o contido na Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008) e do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015).

Essa rica, diversa e valorosa participação na instrução do *habeas corpus* trouxe a colaboração de especialistas em temas diversos e serviu como suporte para uma decisão complexa, que abordou variados temas relevantes relacionados aos direitos humanos, ao encarceramento em massa, ao sistema prisional brasileiro, ao encarceramento feminino e todas as questões dele decorrentes.

Em 24.10.2018, o ministro Lewandowski proferiu importante decisão por meio da qual, analisando diversos pedidos e informações carreados aos autos, esclareceu questões surgidas a partir do julgamento pelo colegiado e determinou novas providências. A primeira questão abordada decisão monocrática, diz respeito a dúvidas quanto ao início do cumprimento definitivo da pena. No ponto, esclareceu-se que a prisão imposta antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória é provisória e, portanto, deve respeitar o que decidido no HC 143.641/SP. Na mesma ocasião, o ministro determinou fosse oficiado ao Congresso Nacional para que, querendo, proceda aos estudos necessário a fim de avaliar a possibilidade de extensão da regra prevista no artigo 318, IV e V, do CPP às presas definitivas.

Outro importante ponto da referida decisão diz respeito ao que poderia ser considerado ou não como “situação excepcionalíssima”, expressão mencionada no acórdão concessivo como hipóteses que excepcionam as determinações da Segunda Turma. De acordo com a decisão, não configuram situação de excepcionalidade: a) o fato de a presa ser flagrada levando substâncias entorpecentes para estabelecimento prisional; b) a concepção de que a mãe que trafica põe sua prole em risco ou que é indiferente ou irresponsável para o exercício da guarda dos filhos; c) o fato de o flagrante ter sido realizado pela suposta prática de tráfico de entorpecentes na residência da presa, inclusive pela suspeita de que poderá voltar a traficar caso retorno a sua residência. Da mesma forma, não constituem óbice à substituição da prisão preventiva pela domiciliar circunstâncias como: a) a acusada ter sido presa em flagrante sob a acusação de ter praticado o tráfico de drogas; b) ter passagem anterior pela vara da infância e da juventude; c) não ter trabalho formal.

Um outro pleito apreciado foi o da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul sobre a situação de que, naquele estado, apenas 68 mulheres tiveram a prisão preventiva substituída por domiciliar, apesar de dados da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (Agepen) indicarem haver 448 mulheres presas com filhos de até 12 anos de idade. Segundo a Defensoria, a maioria dos indeferimentos basearam-se na ausência de comprovação da indispensabilidade da mãe para os cuidados com os filhos, ou de comprovação de que a gravidez fosse de alto risco. O ministro relator determinou a expedição de ofício à Corregedoria do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul para que prestasse informações sobre o aparente descumprimento da ordem do Supremo.

A decisão fez referência a dados apresentados pelo DEPEN no sentido de que havia 10.693 mulheres que, em princípio, seriam elegíveis para a concessão da domiciliar, nos termos do que decidido no HC 143.641/SP, contudo, apenas 426 efetivamente tiveram a preventiva substituída por domiciliar. Em documento posterior, o DEPEN informou que, após uma busca ativa das informações, identificou 14.750 mulheres privadas de liberdades condizentes com os requisitos dispostos no *habeas corpus* coletivo. O ministro Ricardo Lewandowski também destacou manifestações do DEPEN, do Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos, do Instituto Alana, do Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD, no sentido do reiterado descumprimento da decisão proferida no HC 143.641/SP.

De acordo com as informações prestadas nos autos pelo Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos, a resistência em reconhecer a excepcionalidade da prisão foi verificada especialmente nos estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Pernambuco e os principais argumentos para tal negativa dizem respeito à necessidade de prova da imprescindibilidade da mãe nos cuidados com o filho, da aptidão de mulheres que incidiram na prática de crimes para o exercício da maternidade, da inadequação do ambiente carcerário específico. Segundo manifestação do Instituto de Defesa do Direito de Defesa, argumentos comuns para justificar a manutenção da prisão preventiva dizem respeito à natureza do crime, à má influência da mãe que pratica crimes para o filho, à gravidade do tráfico de drogas, à reincidência e maus antecedentes, à ausência de endereço certo, ou mesmo à persistência da discricionariedade do juiz na avaliação da substituição.

Em razão das informações, foi aberto prazo para manifestação de todos os interessados sobre medidas apropriadas para a efetivação da ordem concedida. Também foi determinada a expedição de ofício às Corregedorias dos Tribunais de Justiça de São Paulo, do Rio de Janeiro e de Pernambuco. Em 14.11.2018, o ministro relator analisou novos pedidos de extensão,

solicitando informações aos Juízos dos casos citados, que teriam descumprido a ordem do STF, e determinou que, nos casos de ausência de apresentação de certidões de nascimento pelas detentas os magistrados solicitem diretamente pelo sistema CRC-Jud.

Em 23.03.2020, ao apreciar pedido dos *amici curiae*, no sentido da expedição de alvará de soltura genérico e coletivo, a ser executado pelas unidades de privação de liberdade feminina, com extensão a todas as mulheres em grupo de risco, o relator: ponderou sobre a gravidade da pandemia, sobretudo acerca do impacto no sistema carcerário, destacando a formulação da Recomendação 62/2020 do CNJ; decidiu que o pedido de extensão da ordem deveria ser formulado em autos apartados e distribuído livremente; indeferiu o pleito de expedição de alvará de soltura coletivo; determinou a expedição de ofício às Secretarias Estaduais responsáveis pela administração penitenciária e pelo sistema socioeducativo, ao DEPEN, à Coordenação do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo da Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente e aos juízos corretores dos presídios, para que esclarecessem quais as medidas tomadas, dentro do respectivo âmbito de competência, nas unidades prisionais para conter a pandemia.

Em 13.04.2020, o ministro Ricardo Lewandowski determinou o arquivamento do *habeas corpus*, destacando o cumprimento da função da impetração, que contribuiu diretamente para a substituição da prisão preventiva por domiciliar de milhares de mulheres presas, bem como para justificar a mudança legislativa consubstanciada na Lei 13.769/2018 (BRASIL, 2018), ponderando que outras relevantes questões como críticas à falta de dados relativos às efetivas e potenciais beneficiárias do *habeas corpus* coletivo, bem como necessidade de melhorias nos sistemas informatizados como o de Audiências de Custódia - SISTAC e o Cadastro Nacional de Adolescente em Conflitos com a Lei – CNAACL e de Presas Gravidas e Lactantes – CNPGL, devem ser buscadas junto ao CNJ, assim como a regulamentação das condições da prisão domiciliar deve ser buscada junto ao Poder Legislativo.

A concessão da ordem coletiva no HC 143.641/SP pelo STF representou um importante passo ao admitir impetração coletiva e conferir uma interpretação audaciosa ao artigo 318 do CPP, no sentido de que a prisão domiciliar deve ser a regra para gestantes, mães de crianças e de pessoas com deficiência, a qual, para ser excepcionada, exige uma argumentação consistente do juiz. Trata-se de julgamento com relevância histórica no reconhecimento das singularidades que atravessam o universo prisional das mulheres e de seus filhos, bem como no enfrentamento de violações sistemáticas de direitos humanos, por meio do qual o STF apresentou soluções

práticas para garantir maior eficácia da decisão, além de ter tensionado os quadros institucionais ao provocar mudanças no enfrentamento da questão pelo Poder Judiciário e pelo Sistema Penitenciário.

1.3.2. O *habeas corpus* “dos pais”

No caminho do pioneiro HC 143.641/SP, o julgamento do HC 165.704/DF também foi de grande relevância na seara dos direitos fundamentais, especialmente por caminhar no sentido da concepção de uma maior igualdade de gênero. Por essa razão, também será traçada uma linha do tempo sobre o processo e o julgamento.

Em 27.11.2018, o advogado Julio Cesar Carminati Simões impetrou *habeas corpus* coletivo, sustentando que a decisão proferida pelo STF no HC 143.641/SP em favor das mulheres presas gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência deveria ter seu alcance estendido a todos os presos que fossem responsáveis por pessoas nas mesmas situações.

O HC 165.704/DF foi distribuído para o ministro Gilmar Mendes, também integrante da Segunda Turma do STF, que, após consultar a Presidência do Tribunal sobre possível prevenção para o relator do HC 143.641/SP, determinou, dada a ilegitimidade ativa do impetrante, a intimação da Defensoria Pública da União para que se manifestasse acerca do interesse em ingressar no polo ativo da ação, tal qual ocorrera no referido precedente, bem como a notificação do CNJ e do DEPEN para que informassem o número de presos responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência.

O Defensor Público-Geral Federal requereu o ingresso no polo ativo. O CNJ informou, em síntese, que haveria 31.841 (trinta e um mil oitocentos e quarenta e um) pessoas presas que têm como dependentes crianças ou pessoas com deficiência. A Defensoria Pública da União ingressou no polo ativo da impetração. A Procuradoria-Geral da República, em parecer de 03.09.2019, manifestou-se pela concessão da ordem, desde que observada a presença de prova idônea dos requisitos do art. 318 do CPP. A Defensoria Pública da União, já no polo ativo da impetração, reiterou os pedidos formulados e ressaltou a necessidade do julgamento do feito, especialmente em razão da situação causada pela pandemia da Covid-19 instalada no país.

Em 20.10.2020 a Segunda Turma do STF concedeu a ordem de *habeas corpus* “para determinar a substituição da prisão cautelar dos pais e responsáveis por crianças menores e pessoas com deficiência” desde que observadas as condicionantes fixadas no julgamento. No

juízo, também como preliminar, assim como ocorreu no HC 143.641/SP, discutiu-se a questão do cabimento da impetração coletiva.

O relator destacou que, mesmo ante a ausência de previsão de *habeas corpus* coletivo tanto na Constituição Federal, que dispõe sobre a impetração quando “alguém sofrer ou estiver na iminência de sofrer violência ou coação na sua liberdade de locomoção”, como no Código de Processo Penal, que exige a indicação, na petição inicial, do “nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exercer a violência, coação ou ameaça”, a atual massificação das relações sociais e o crescimento do aparato estatal e de políticas de encarceramento acabam por perpetrar diversas hipóteses de violações coletivas à liberdade, que demonstram a possível existência de direitos individuais homogêneos no âmbito penal, cuja lesão justifica a tutela coletiva.

Quanto ao conhecimento e à concessão da ordem em impetrações coletivas, o ministro Gilmar Mendes destacou a importância do julgamento do HC 143.641/SP, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, primeiro precedente do STF, bem como o deferimento da liminar no Habeas Corpus coletivo 143.988/ES, em que o ministro Edson Fachin determinou a redução da taxa de superlotação de unidades de internação de menores em diversos estados do país.

A análise da impetração coletiva estaria especialmente justificada quanto ao direito de acesso à justiça. O relator apresentou dados do relatório sobre o “Panorama do Acesso à Justiça no Brasil”²¹ produzido pelo Conselho Nacional de Justiça para demonstrar a “realidade nacional de dificuldade de acesso à Justiça, de hipossuficiência estrutural e espacial” e apontar a existência de “forte vínculo” entre grupos que não possuem condições de litigar na justiça e aqueles submetidos a medidas de restrição da liberdade e “coações ilegais coletivas”.

O não conhecimento do *habeas corpus* coletivo poderia, ainda, gerar dificuldades como o não enfrentamento da raiz do problema, além de possibilitar uma multiplicidade de processos individuais, com a consequente sobrecarga do Poder Judiciário. Por outro lado, segundo o relator, o cabimento do *habeas corpus* coletivo, sob a perspectiva do acesso à justiça, encontra guarida nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil e em decisões proferidas pelas Cortes Constitucionais de países vizinhos, assim como em outras ações em que o próprio STF passou a admitir a impetração na modalidade coletiva mesmo diante da inexistência de expressa previsão constitucional, a exemplo do mandado de injunção MI 20.

²¹ Panorama do Acesso à Justiça no Brasil, 2004 a 2009. Disponível em: www.cnj.jus.br%2Fwp-content%2Fuploads%2F2011%2F02%2F69f08fa6be2b411e6566b84bdc1d4b5a.pdf&clic=419397&chunk=true. Acesso em: 22 mar. 2022.

Assim como no HC 143.641/SP, a ação foi inicialmente ajuizada por cidadão, porém, para resolver a questão acerca da legitimidade ativa para a impetração coletiva, foi intimada a Defensoria Pública da União para se manifestar sobre o interesse em ingressar no polo ativo da lide. Sobre o mérito da impetração, o relator observou que, como bem destacado no mencionado *habeas corpus*, o direito à prisão domiciliar deve ser examinado sob a ótica do melhor interesse das crianças ou das pessoas com deficiência, uma vez que a finalidade contida no artigo 318 do CPP é, antes de qualquer coisa, a tutela dos nascituros, das crianças e dos portadores de deficiência, especialmente em face da proteção integral e da prioridade absoluta que lhes confere a ordem jurídica brasileira e internacional.

Outro ponto destacado na decisão foi o agravamento da situação de risco e urgência na concessão da ordem em razão da pandemia da Covid-19 enfrentada pela sociedade e a política judiciária estabelecida pelo CNJ durante o período de crise, com a edição da Resolução 62/2020, que recomendou a adoção de diversas medidas preventivas por parte de todos os Juízes e Tribunais, dentre as quais o reforço acerca da excepcionalidade dos casos de decretação de prisão provisória para pessoas responsáveis por crianças de até doze anos ou com deficiência. Tais medidas visam promover tanto a redução do número de entradas de pessoas no sistema carcerário como o aumento do fluxo de saída, em casos em que o cometimento dos crimes tenha se dado sem violência ou grave ameaça.

Sobre a prisão preventiva, destacou-se que, de acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça, o Brasil contava, naquela data, com 861.373 presos, dentre os quais 369.677 estavam em prisão provisória, ou seja, 42% do sistema penitenciário seria composto por pessoas que ainda não foram julgadas de forma definitiva. Desse número total, aproximadamente 31.841 presos seriam responsáveis por crianças menores ou pessoas com deficiência.

Contudo, para a Segunda Turma do STF, a substituição da prisão preventiva, conforme postulada na inicial, deve observar certos critérios, na linha do que fixado no HC 143.641/SP e na Resolução 62/2020 do CNJ. A regra deve ser a substituição e a exceção deve ser amplamente fundamentada pelo magistrado e restrita a casos graves, como a prática de crime com violência ou grave ameaça à pessoa ou contra os próprios filhos ou dependentes. Por outro lado, segundo o voto prevalecente, em caso de concessão da ordem para pais, deve ser demonstrado que se trata do único responsável pelos cuidados do menor de 12 anos ou da pessoa com deficiência. Nos casos em que o pleito de concessão seja formulado por outros responsáveis que não sejam a mãe ou o pai, deve ser comprovada a imprescindibilidade da pessoa nos cuidados com a criança menor de 6 anos de idade ou com a pessoa com deficiência.

Em razão do caráter complexo da decisão, que envolve questões estruturais, demandando especial atenção na fase de cumprimento, o ministro Gilmar Mendes propôs que seu cumprimento fosse acompanhado pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Medidas Socioeducativas (DMF) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), bem como que os Tribunais encaminhassem informações à Corte sobre os casos de concessão baseados nesse precedente. O ministro Ricardo Lewandowski reiterou as observações efetuadas no HC 143.641/SP, no que diz respeito à não configuração das situações excepcionabilíssimas.

Em 13.04.2021, a Segunda Turma deliberou pela realização de audiência pública para acompanhamento e fiscalização do cumprimento da ordem coletiva, que ocorreu em 14 e 15 de junho, por meio de videoconferência, da qual participaram representantes do TJDFT, TJPE, TJSP, TJRJ, TJRS, TJCE, TJPR, DPU, DMF/CNJ e do *amicus curiae* Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro/UERJ. Outras audiências públicas foram realizadas em 27.09.2021, 08.11.2021, 15.12.2021 e 19.05.2022. Em 27.06.2022, a Segunda Turma referendou decisão monocrática do ministro relator, no sentido de determinar a realização de mutirões carcerários para fins de identificação dos possíveis beneficiários da ordem coletiva.

A concessão da ordem para determinar a substituição da prisão cautelar por domiciliar dos pais e responsáveis por crianças menores e pessoas com deficiência, a exemplo do que decidido no HC 143.641/SP, representou uma grande contribuição para uma maior igualdade de gênero, ao reconhecer outras pessoas, além da mãe, como cuidadoras principais. Além do mais, a realização de audiências para acompanhamento e fiscalização do cumprimento da ordem coletiva configura um avanço no sentido de garantir maior eficácia à decisão e de provocar discussões e avaliações sobre a dinâmica estabelecida no sistema prisional.

Contudo, apesar da importância histórica dos julgamentos no HC 143.641/SP e no HC 165.704/DF, algumas dificuldades foram identificadas na implementação das decisões, sobretudo no que diz respeito à escassez de dados fidedignos sobre número de gestantes, parturientes e lactantes e sobre os filhos dessas mulheres.

Em relatório elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, apontou-se que, no âmbito do Poder Judiciário, a multiplicidade de sistemas informatizados, a falta de uniformidade e a descontinuidade nas ações de incentivo à coleta e tratamento de dados dificulta o planejamento

de políticas públicas e, inclusive, a fiscalização do cumprimento de decisões judiciais²². Outro aspecto relevante do relatório diz respeito à disparidade nos dados contidos nos sistemas disponíveis, tanto sobre o quantitativo de gestantes/parturientes, como o quantitativo de pessoas com filhos dependentes, especialmente considerando que a identificação do público alvo é essencial para a efetividade das decisões estruturais proferidas pelo STF, voltadas à tutela coletiva de graves violações de direitos fundamentais decorrentes de falhas e omissões estatais.

Inspirado pelos julgados da Segunda Turma no HC 143.641/SP e no HC 165.704/DF e considerando as dificuldades de implementação das decisões, o CNJ editou a Resolução 369/2021²³, visando estabelecer diretrizes e procedimentos para o cumprimento destas decisões, conferindo-lhes maior efetividade e buscando transformá-las em política judiciária. A Resolução foi editada com o objetivo específico de estabelecer “*procedimentos e diretrizes para a substituição da privação de liberdade de gestantes, mães, pais e responsáveis por crianças e pessoas com deficiência, nos termos dos arts. 318 e 318-A do Código de Processo Penal, e em cumprimento às ordens coletivas de habeas corpus concedidas pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal nos HCs no 143.641/SP e no 165.704/DF.*”.

Para o acompanhamento e a sistematização em nível nacional dos dados referentes ao cumprimento das ordens coletivas, a resolução também instituiu, no âmbito do CNJ, a Comissão Permanente Interinstitucional. Além do mais, foi elaborado um manual voltado para o esclarecimento dos tribunais, magistrados e magistradas sobre a implementação de suas orientações²⁴.

²² Cumprimento das ordens concedidas nos Habeas Corpus nº 143.641/SP e Habeas Corpus nº 165.704/DF e o estado de coisas inconstitucional. CNJ. Disponível em: www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relato%CC%81rio-HCs-e-o-Estado-de-Coisas-Inconstitucional-DMF.pdf. Acesso em: 16 jul. 2022.

²³ Resolução nº 369/2021. CNJ. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original22125020210125600f4262ef03f.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2022.

²⁴ Manual Resolução nº 369/2021 Substituição da privação de liberdade de gestantes, mães, pais e responsáveis por crianças e pessoas com deficiência. CNJ. Disponível em: www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/01/manual-resolucao-369.pdf. Acesso em: 16 jul. 2022.

CAPÍTULO 2 – ESTEREÓTIPOS DE GÊNERO

“Triste, louca ou má
 Será qualificada
 Ela quem recusar
 Seguir receita tal
 A receita cultural
 Do marido, da família
 Cuida, cuida da rotina
 Só mesmo, rejeita
 Bem conhecida receita
 Quem não sem dores
 Aceita que tudo deve mudar
 (...)”
 (Francisco, El Hombre)

2.1. Mulheres e seus rótulos

Estereotipar faz parte da natureza humana. Esta é o ponto de partida para Rebecca Cook e Simone Cusack na análise sobre estereótipos de gênero. A partir do trabalho do filósofo anglo-ganês Kwame Anthony Appiah, as autoras explicam que os estereótipos permitem definir uma categoria de pessoas para maximizar a simplicidade, a previsibilidade e a segurança do mundo que nos rodeia, para atribuir a diferença e compor identidades, o que permite antecipar o comportamento de pessoas que não conhecemos. Nesse sentido, as generalizações ajudam a destilar a complexidade do mundo exterior, bem como organizar e defender posições dentro da sociedade.

De acordo com o Dicionário de Sociologia de Allan G. Johnson, estereótipo é uma palavra tomada de empréstimo do processo de impressão gráfica, no qual uma única impressão é usada para produzir muitas cópias idênticas e representa uma “crença rígida, excessivamente simplificada, não raro exagerada, aplicada tanto a uma categoria inteira de indivíduos como a cada indivíduo na mesma” (JOHNSON, 1997, p. 169).

De fato, o termo “estereótipo” vem do grego: *stereo* significa sólido e *tipo* significa *molde*. Foi cunhado em 1798 pelo tipógrafo Fermin Didot e usado pela primeira vez para descrever o processo de impressão no qual um molde feito de metal era usado para duplicar o material original. Em 1922 o uso do termo foi adaptado metaforicamente como um conceito de ciências sociais para explicar como as pessoas possuem uma pré-concepção sobre outras, como se fossem reimpressões de um molde. (COOK; CUSACK; 2010, p. 11).

Portanto, pode-se entender como estereótipo a visão generalizada, ideia ou preconceito sobre os atributos ou características dos membros de um grupo em particular ou sobre os papéis

que esses membros devem desempenhar, seja num contexto social, econômico, cultural, étnico ou de gênero. Por exemplo: os homens são fortes fisicamente, a maternidade é o papel natural de destino das mulheres, as mulheres são mais baixas que os homens, os adolescentes são irresponsáveis. Essa atribuição de características ou papéis a indivíduos em razão de um aparente pertencimento a um grupo social, acaba por produzir generalizações ou preconceitos sobre esses atributos, características ou papéis, tornando desnecessário considerar as habilidades, necessidades, desejos e circunstâncias individuais de cada membro do grupo (COOK; CUSACK; 2010, p. 1)

Para a presente trabalho, nos interessa a investigação sobre os estereótipos de gênero e como eles atuam para restringir os direitos humanos das mulheres e violar a igualdade. Os estereótipos de gênero dizem respeito à construção social e cultural de homens e mulheres, devido às suas diferentes funções físicas, biológicas, sexuais e sociais. É um termo geral que se refere a uma estrutura de crenças sobre os atributos pessoais das mulheres e homens, que podem envolver uma variedade de componentes, incluindo características de personalidade, comportamentos e papéis, características físicas e aparência ou ocupações e suposições sobre a orientação sexual. Os componentes dos estereótipos de gênero evoluem e variam de acordo com os diferentes contextos. (COOK; CUSACK, 2010).

A construção social dos estereótipos de gênero, muitas vezes atribui às mulheres papéis subservientes, desvalorizando seus atributos e características e constringindo-as a determinados espaços e funções. Esses estereótipos são empregados de forma determinista para reforçar preconceitos sobre a inferioridade da mulher e desvalorizá-la em todos os setores da sociedade. Outras vezes, valores morais e preconceitos são empregados para a construção de uma relação quase indissociável da figura da mulher a tudo o que é profano, místico, malicioso, dissimulado, histérico, fraco mental e psicologicamente.

A compreensão sobre a construção de estereótipos de gênero demanda uma reflexão inicial sobre a noção de público/privado ou público/doméstico como espaços relacionados aos papéis sexuais. Há tempos as feministas vêm sustentando que a distinção liberal estabelecida entre o político e o pessoal, o público e o doméstico estão baseadas em práticas sociais e culturais do patriarcado, que apresenta a sociedade a partir de uma perspectiva masculina tradicional baseada em pressupostos sobre diferentes papéis e naturezas relacionadas a homens e mulheres.

Susan Okin sustenta que a divisão do trabalho entre os sexos tem sido fundamental para a dicotomia público/doméstico desde seus princípios teóricos. Os homens são vistos como

ligados às ocupações da esfera da vida econômica e política, e responsáveis por ela, enquanto que as mulheres, vistas como “naturalmente” inadequadas à esfera pública, seriam as responsáveis pelas ocupações da esfera privada da domesticidade e reprodução, dependentes dos homens e subordinadas à família (OKIN, 2008, 307-308).

Flávia Biroli afirma que, na modernidade, a esfera pública estaria baseada em princípios universais, na razão e na impessoalidade, enquanto que a esfera privada estaria relacionada com as relações de caráter pessoal e íntimo. Porém, essa compreensão de preservação da esfera privada em relação à intervenção do Estado e também das normas e dos valores predominantes na esfera pública “significou, em larga medida, a preservação de relações de autoridade que limitaram a autonomia das mulheres”, enquanto a entidade familiar era valorizada (BIROLI, 2014, p.32)

Nesse sentido, Okin alerta que “nem o domínio da vida doméstica, pessoal, nem aquele da vida não-doméstica, econômica e política, podem ser interpretados isolados um do outro”, ou seja, o que acontece na vida privada, particularmente nas relações entre os sexos, não é imune em relação à dinâmica de poder, vista como a face distintiva do político. (OKIN, 2008, 314).

A história demonstra como as mulheres sempre foram pensadas, avaliadas, relacionadas e julgadas a partir das lentes do estereótipo. Muitas mulheres, mesmo quando são vítimas de violência, têm seus comportamentos julgados, mais até do que o dos próprios ofensores, o que indica uma forma diferente de julgar homens e mulheres que são autores/vítimas de crimes, especialmente com base em estereótipos sobre o papel que se espera da mulher. Essa situação pôde ser verificada em dois casos recentemente noticiados pela mídia brasileira, atravessados por estereótipos de gênero.

O primeiro deles diz respeito ao caso Mariana Ferrer, que figurava como vítima em um processo criminal de estupro. Na audiência virtual de oitiva da vítima, Mariana Ferrer foi verbalmente agredida pelo advogado de defesa, sendo interpelada sobre quem era, sobre seu comportamento, suas fotos, enquanto os outros integrantes da audiência, juiz e promotor, ambos homens, assistiam à agressão, em silêncio. O juiz limitou-se a avisar que iria parar a gravação para que Mariana pudesse se recompor e tomar água, e pedir que o advogado mantivesse um “bom nível”.²⁵ O vídeo da audiência foi amplamente divulgado pela mídia, revelando o que, não fosse a virtualização das audiências, ficaria somente entre as quatro paredes da sala no Fórum.

²⁵ <https://theintercept.com/2020/11/03/influencer-mariana-ferrer-estupro-culposo/>

Ao longo do vídeo é possível ver a vítima, em total posição de desamparo e humilhação, implorar ao Juiz por respeito, afirmando, inclusive, que nem os acusados são tratados como ela estava sendo tratada. O advogado de defesa chegou a descrever as poses de Mariana em fotos profissionais como “posições ginecológicas”, repreendendo-a quando começou a chorar, dizendo ser um “choro dissimulado, falso”. Mariana, além de vítima de violência sexual, foi novamente vítima de violência, dessa vez institucional. Naquele “tribunal de homens”, era ela que estava sendo julgada, como corriqueiramente ocorre com as vítimas de estupro. Esse fato culminou na publicação da Lei 14.245/2021 (BRASIL, 2021), que visa coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas e estabelecer causa de aumento de pena no crime de coação no curso do processo, sendo batizada de Lei Mariana Ferrer.

O segundo exemplo de processo em que a vítima foi também julgada e teve a própria vida muito mais evidenciada do que a do réu diz respeito ao famoso caso Ângela Diniz e Doca Street. Embora não seja recente (a história se desenrolou entre as décadas de 1970 e 1980), o caso foi recuperado por uma minuciosa pesquisa apresentada em 8 episódios do *podcast* Praia dos Ossos, realizado pela Rádio Novelo²⁶. Ângela Diniz, socialite mineira, foi assassinada a tiros pelo namorado, Raul Fernando do Amaral Street, o Doca Street, em 30.12.1976, em uma casa localizada na Praia dos Ossos, na cidade de Búzios/RJ. Muito além de ser mais um caso de feminicídio (o termo ainda não existia legalmente na época), o crime, seu julgamento e as consequências dele decorrentes ganharam especial notoriedade em razão do desenrolar dos acontecimentos tanto dentro do tribunal como, e sobretudo, fora dele.

O caso foi amplamente explorado e divulgado pela mídia, que acompanhou o passo a passo das investigações e do julgamento. Muito conhecida na alta sociedade, a vida de Ângela Diniz foi revirada, especulada, noticiada, televisionada, inclusive o próprio enterro, enquanto pouco se falava sobre a pessoa do acusado. Na verdade, antes mesmo da sessão de julgamento, uma versão popular do veredicto já havia sido construída, transformando o réu em vítima e a vítima, no seu algoz. O julgamento foi realizado em 18.10.1979, no Tribunal do Júri da cidade de Cabo Frio/RJ e transmitido por rádio e televisão. O principal advogado de defesa era Evandro Lins e Silva, que apresentou como tese fundamental de defesa a legítima defesa da honra do acusado, que estava sendo ameaçada pelo comportamento provocador da vítima.

Segundo as transcrições da sessão de julgamento²⁷, o advogado Evandro Lins e Silva teria chamado Ângela de “prostituta de alto luxo da Babilônia” e “pantera que arranhava com

²⁶ <https://www.radionovelo.com.br/praiadosossos/>. Acesso em: 26 jul. 2022.

²⁷ <https://www.radionovelo.com.br/praiadosossos/downloads/ep2-o-julgamento.pdf>.

suas garras os corações dos homens”, “Vênus lasciva”, sustentando que ela queria a “vida livre, libertina, depravada”, ressaltando o fato de ela ter deixado os filhos com o marido e afirmando que ela teria levado o assassino, “um rapagão, um mancebo bonito, um exemplar humano belo”, a tal estado de espírito.

O Conselho de Sentença acatou a tese de excesso culposo no estado de legítima defesa da honra e foi aplicada uma pena de dois anos com a concessão de sursis. O réu saiu do Tribunal em liberdade. Já Ângela Diniz, além de morta com quatro tiros, três deles disparados no rosto, foi também moralmente condenada. Posteriormente, o julgamento foi anulado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e o réu foi mandado a novo Júri. No segundo julgamento, ocorrido em novembro de 1981, os jurados condenaram Doca Street por homicídio qualificado, fixada uma pena de quinze anos de reclusão. Nesse hiato entre os dois julgamentos, relevantes movimentos feministas se desenrolaram no Brasil, além do retorno de muitos exilados e exiladas da Europa, com a lei da anistia, inclusive mulheres que tiveram intenso contato com o movimento feminista europeu.

Esses dois exemplos demonstram que as mulheres são “protegidas pela legislação”²⁸ quando se comportam como é esperado, de acordo com os padrões morais conservadores de boa moça, mãe e esposa. Caso contrário, muitas vezes não são merecedoras de proteção legal ou de um olhar “benevolente” do sistema de justiça. Nesse sentido, Ela Wiecko (2012) destaca, a partir de resultados de pesquisas em processos judiciais sobre estupro, homicídio e lesão corporal, como o sistema de justiça criminal julga a partir de estereótipos sexuais (CASTILHO, 2012).

Aliás, até bem pouco tempo atrás a categoria de “mulher honesta” era utilizada pela legislação penal como uma diferenciação daquelas que mereciam “proteção jurídica”. No título ‘Dos crimes contra os costumes’, atravessado pela lógica patriarcal, diversos tipos penais requeriam que a vítima fosse “mulher honesta”, como posse sexual mediante fraude (artigo 215), atentado ao pudor mediante fraude (artigo 216), sedução (artigo 217), rapto consensual (artigo 220), pré-selecionando as vítimas, já que estavam excluídas, teoricamente, as mulheres desonestas. Esses dispositivos só foram excluídos em 2005, com a Lei 11.106, de 28 de março de 2005 (BRASIL, 2005).

²⁸ Vera Regina Pereira de Andrade discorre sobre a incapacidade protetora do Sistema de Justiça Criminal, seja porque “não previne novas violências, não escuta os distintos interesses das vítimas, não contribui para a compreensão da própria violência sexual e a gestão do conflito e, muito menos, para a transformação das relações de gênero” seja porque “a única resposta que está capacitado a acionar – o castigo –, é desigualmente distribuído e não cumpre as funções preventivas (intimidatória e reabilitadora) que se lhe atribui”.

Contudo, esses estereótipos, embora formalmente banidos do sistema jurídico, parecem voltar eventualmente. Esse aparenta ser o caso de Mariana Ferrer, cuja “honestidade” estava sendo questionada na audiência em que foi ouvida como vítima. Assim como os estereótipos relacionados à mulher honesta, a questão da legítima defesa da honra (do homem), que nunca esteve formalmente prevista em lei penal, mas foi amplamente usada como tese de defesa nos processos de feminicídio, parece ter voltado à tona.

Em 15.03.2021, a Suprema Corte brasileira declarou a inconstitucionalidade da tese da legítima defesa da honra ao referendar a liminar deferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 779), ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT. Para os ministros do STF, a legítima defesa da honra é um recurso argumentativo dissonante da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, caput, da CF), constituindo-se em ranço de institucionalização da desigualdade entre homens e mulheres e de tolerância e naturalização da violência doméstica, as quais não têm guarida na Constituição de 1988. A Corte entendeu, ainda, que o “acolhimento da tese tem a potencialidade de estimular práticas violentas contra as mulheres ao exonerar seus perpetradores da devida sanção”²⁹. Em 06.07.2022, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal aprovou o Projeto de lei 2.325/2021 que proíbe o uso da tese de legítima defesa da honra como argumento para a absolvição dos acusados por feminicídio³⁰.

A análise sobre estereótipos de gênero e o impacto que têm sobre os direitos das mulheres, especialmente no sistema de justiça criminal, demanda um olhar sobre *La Donna Delinquente, la Prostituta e la Donna Normale*, de Cesare Lombroso³¹ e Guglielmo Ferrero, publicada em 1893. Apesar da obra ter sido escrita no século XIX, o positivismo criminológico inaugurado por Lombroso, popularmente considerado o fundador da criminologia, constituiu uma mudança de paradigma nos estudos sobre o crime e o criminoso, e foi a principal referência no estudo sobre criminalidade e mulheres por muitos anos.

Em sua primeira obra, *L' Uomo Delinquente*, Lombroso partiu de bases científicas e pesquisas empíricas para justificar a inferioridade física e moral das pessoas “delinquentes”, sustentando que a razão do crime estaria nas características físicas ou psicológicas dos

²⁹ ADPF 779 disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755906373> acesso em: 06 ago.2022.

³⁰ <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/07/06/feminicidio-aprovado-projeto-que-proibe-tese-da-legitima-defesa-da-honra>.

³¹ Cesare Lombroso (1835-1909), médico italiano, considerado o “pai” da criminologia. Desenvolveu seus estudos por meio da observação da pessoa do delinquente.

indivíduos. “O delinquente era um salto para trás na evolução humana apregoada por Darwin, um atavismo daqueles tempos em que não havia evoluído” (ANITUA, 2019, p. 304)

Para Lombroso, a mulher ocupava um lugar inferior na escala evolutiva. É um ser atávico, infantil e inferior, até para cometer delitos. As mulheres destacadas no estudo não sentem pena e por isso são insensíveis às penas dos demais, além do mais, são acometidas de uma falta de refinamento que as aproxima do homem atávico. Porém, essas características são neutralizadas pela piedade, maternidade, necessidade de paixão, mas ao mesmo tempo pela frieza sexual, debilidade, infantilismo e inteligência menos desenvolvida, o que as distancia do delito, apesar de sua “inferioridade”. As poucas mulheres delinquentes se assemelham a homens (ANITUA, p. 306).

Já a criminosa típica ou nata é mais rara entre as mulheres do que os criminosos natos entre os homens, uma vez que o padrão de desvio de uma mulher normal ao seu ancestral atávico seria mínimo, devido à pouca evolução feminina. Para essa categoria, uma das grandes provas de degeneração residiria na ausência de afeição maternal, justificada pelas características masculinas da criminosa nata, como o excesso de sexualidade. Nas mulheres normais, geralmente a sexualidade estaria canalizada na maternidade, enquanto que as criminosas não teriam esse tipo de sentimento e, portanto, seriam péssimas mães (ANGOTTI, 2012, p. 153-154).

Lombroso e Ferrero afirmam que as mulheres são mais viciosas do que os homens, traçando um paralelo entre prostituição e delinquência. A prostituição seria a verdadeira criminalidade feminina, a mais recorrente e a mais marcante, assim como o criminoso nato seria o principal representante da criminalidade masculina (ANGOTTI, 2011, p. 155). A prostituição seria causada por uma predisposição orgânica à “loucura e degeneração moral” devida a processos degenerativos nas linhas hereditárias antecedentes da prostituta (ANITUA, p. 306).

Na busca por uma etiologia individual da mulher delinquente, Lombroso e Ferrero vão fazer distinção a três tipos de mulher: moral, criminosa e prostituta, apresentando uma escala que vai da criminosa nata à mulher honesta. Entre esses dois pontos estariam a prostituta nata, a prostituta ocasional e a criminosa ocasional, categorias também divididas em subescalas.

Bruna Angotti afirma que os diferentes níveis de criminosas expostos pelos autores brasileiros no início do século XX, já apareciam na obra de Lombroso, em 1893. No anteprojeto da Exposição de Motivos do Regimento da Penitenciária de Mulheres em Bangu, entregue pelo jurista José Gabriel de Lemos Britto ao Ministro da Justiça e Negócios Interiores, Alexandre Marcondes Campos, de 1942, é possível identificar a vinculação entre prostituição e

delinquência, bem como uma “escalada de criminosas”: há as mulheres honestas e de boa família, as prostituídas homicidas do baixo meretrício e as ladras reincidentes (ANGOTTI, 2012, p. 148).

Segundo Angotti, as “mulheres honestas” e de “boa família” estão associadas a crimes mais brandos, como os culposos, provocados por um estado próprio da natureza feminina, ou decorrentes da atitude de um terceiro que as desonrou ou fruto de um estado de loucura, como o infanticídio, o aborto e o crime passional. Para o autor do anteprojeto, essas mulheres não são criminosas *a priori*, mas por um acidente.

Por outro lado, há as “abomináveis” prostitutas oriundas do baixo meretrício ou aquelas vindas de local sujo, vulgar, amoral e anti-higiênico, associadas ao homicídio, independentemente se culposos, passional ou doloso. As ladras reincidentes seriam aquelas cuja índole é criminosa. Há, ainda, a associação das mulheres da categoria “impura” – prostitutas, ladras e contagiadas – à possibilidade de sofrerem distúrbios sexuais como a satíriase e/ou a ninfomania (ANGOTTI, 2012, p. 149). Também no art. 266 do Anteprojeto de Código Penitenciário de 1933, havia a previsão de separação entre as mulheres condenadas e as que aguardavam sentenças, “e, quanto às condenadas, entre mulheres honestas e as de maus precedentes” (ANGOTTI, 2012, p. 150).

Apesar do afã cientificista típico do positivismo, as classificações sobre a mulher delinquente feitas por Lombroso são carregadas de estereótipos pautados nas ideias inquisitórias de inferioridade da mulher. Características biológicas, compleição física, sexualidade, maternidade, emoções e comportamentos foram utilizados para classificar a mulher como “normal”, “criminosa”, “cruel”, “louca” ou “prostituta”.

Angotti relata ser comum a autores e penitenciaristas brasileiros da primeira metade do século XX a utilização de estereótipos criminosos femininos para explicar os baixos índices da criminalidade feminina. Citando a obra de Roberto Lyra, Direito Penal, menciona a opinião sintetizada pela doutrina jurídica sobre o tema, da seguinte maneira:

“I) A mulher está menos sujeita aos choques e às necessidades da vida; II) a mulher não usa armas, nem bebidas alcólicas, nem frequenta lugares viciosos; III) as emoções da mulher são de outra natureza e a encontram preparada pela educação doméstica e religiosa para a resignação e a abstinência; IV) porque os seus crimes ocorrem no ambiente doméstico escapando ao controle da autoridade pública; V) porque o cavalheirismo dos homens não as pune nem as delata, e, quando excepcionalmente ocasionam processos, a regra é a absolvição ou comutação” (ANGOTTI, 2012, p. 162).

Um argumento comum para os baixos índices de criminalidade feminina estava associado à ausência feminina no mundo público, uma vez que, restrita ao universo privado,

estaria protegida no lar, tanto dos desafios do mundo público quanto do olhar do sistema de justiça. Esse argumento também fez parte da obra de Lombroso. Também faz parte de ambos os discursos o caráter às vezes chantagista e manipulador, às vezes infantil da mulher, a associação de peculiaridades biológicas, como menstruação e gravidez, a potencialidade da maternidade como fator de contenção da criminalidade (ANGOTTI, 2012, p. 150/168).

Thaís Dumê Faria (2018), em pesquisa histórica sobre a criminalização de mulheres no Brasil na primeira metade do século XX, além de identificar como o poder punitivo atuava sobre as mulheres ao longo do tempo, pôde constatar como opera a construção de estereótipos femininos. Nesse contexto, o discurso médico teve um papel relevante na busca sobre a relação entre mulheres e criminalidade.

Segundo Faria, os médicos trabalhavam com três fatores emocionais e psicológicos que poderiam levar mulheres “normais” a comportamentos indesejáveis: a histeria, o nervosismo e o hipnotismo. Essas condições não eram vistas como estigmas atávicos, mas condições “tratáveis” das quais as mulheres poderiam ser vítimas, sobretudo por conta de sua natureza mais frágil. Nesse sentido, a ação a ser tomada era no sentido de proteger a mulher de influências que as levassem a atitudes indesejadas. Isso justificava a contenção das mulheres que mantinham comportamentos inadequados – ou eram criminalizadas ou medicadas. “Em qualquer dos casos eram segregadas socialmente, em prisões, hospícios ou conventos, ou, no mínimo, vistas como incapazes e, por isso, desconsideradas em suas ideias e vontades” (FARIA, 2018, p. 64).

Faria cita como exemplo, no começo do século XX, da tendência de neutralizar pessoas que não se adequavam ao comportamento esperado, o Hospital e Colônia do Juquery, um dos mais relevantes hospícios do Brasil, que funcionou como depósito de “indesejáveis” e espaço de reconstrução do comportamento adequado (especialmente de mulheres) para o retorno à família e à sociedade.

As mulheres eram as maiores vítimas de internação por motivos morais. No Juquery, foram recebidas muitas mulheres a quem se atribuíam transtornos comportamentais, como histéricas, pessimistas “invertidas”, com diagnóstico de “namoradeiras”, mulheres de condutas sexuais inadequadas como as solteiras com comportamento leviano, as lésbicas e as prostitutas, estas, as que mais contrariavam o “ideal feminino”, pois além de terem a sexualidade liberta, eram, em sua maioria, solteiras e apartadas da família. “Assim, ao contrário dos homens, as mulheres são quase sempre internadas no Juquery por alegados distúrbios relativos, sobretudo,

ao espaço que lhes coube na definição de papéis sexuais e sociais – a esfera privada” (CUNHA, 1986, *apud* FARIA, 2018, p. 67).

É interessante destacar que nesta instituição havia dois espaços para mulheres, um para mulheres pobres, retiradas das ruas, prostitutas e outro para mulheres de classe social mais abastada, que normalmente ficavam no hospício por pouco tempo, mas comumente retornavam para “tratamento” quando os comportamentos não desejáveis estavam mais evidentes. Essas mulheres eram chamadas de pensionistas e tinham privilégios de habitar instalações mais adequadas, permanecer com suas roupas habituais, ter alimentação equilibrada, enfim condições próximas às que tinham no ambiente doméstico. Eram mulheres que não haviam seguido o papel esperado e que as famílias encaminhavam para tratamento, muitas vezes periódicos, para que pudessem retornar mais adequadas. Ou casos em que as famílias não viam “cura” e precisavam “se livrar” ou ocultar esse membro que causava vergonha pelo seu comportamento” (FARIA, 2018, p. 66).

A situação das mulheres reclusas no Juquery reforça o argumento de que no positivismo criminológico o crime era visto como um fenômeno essencialmente masculino, logo, as mulheres cujo comportamento era considerado desviante geralmente eram patologizadas e colocadas sob a tutela da medicina. Dessa forma, o homem desviante era considerado “criminoso” e a mulher, “louca”.

Na obra “O cativo das mulheres: mães-esposas, beatas, putas, presas e loucas” a antropóloga mexicana Marcela Lagarde traça cinco perfis femininos pré-estabelecidos pela sociedade para analisar os papéis sociais e as diversas formas em que a inferiorização das mulheres justifica a discriminação que as exclui seletivamente dos espaços, atividades, poderes e dos pactos patriarcais, ao mesmo tempo que as inclui compulsoriamente a outros espaços.

Lagarde adverte não pretender se aproximar da criação de estereótipos, ao contrário, se propõe a analisar a existência real e simbólica das mulheres a partir de uma perspectiva antropológica, para encontrar os marcos de sua condição genérica em circunstâncias históricas (LAGARDE, 2005, p. 31-32). Para a autora, a condição genérica das mulheres está estruturada em torno de dois eixos fundamentais: a sexualidade dividida das mulheres e a definição das mulheres em relação ao poder – como afirmação ou sujeição – e com os outros. Nesse sentido, o conceito de cativo engendra o público e o privado, ao que nos é destinado ao nascermos mulheres. Os cativos das mulheres são definidos por círculos vitais femininos atravessados por normas, modos de vida, cultura e sustentados por instituições, perpassados por um conjunto de fenômenos opressivos:

“O cativo define politicamente as mulheres, se concretiza na relação específica das mulheres com o poder, e se caracteriza pela privação da liberdade, pela opressão.

As mulheres estão cativas porque têm sido privadas de autonomia vital, de independência de viver, do governo sobre si mesmas, da possibilidade de escolher e da capacidade de decidir sobre os fatos fundamentais de suas vidas e do mundo.

O cativo se caracteriza sobre as mulheres por sua subordinação ao poder, sua dependência vital, o governo e a ocupação de suas vidas pelas instituições e pelos particulares (os outros), e pela obrigação de cumprir com o dever ser feminino de seu grupo de adscrição, concretizado em vidas estereotipadas, sem alternativas (LAGARDE, 2005, p. 36-37).

Nesse contexto, as mulheres são sujeitos sociais cuja identidade e subjetividade se constrói a partir da dependência e do ser a partir “dos outros”, conformando-as social e culturalmente como cuidadoras vitais “dos outros”.

“Esses processos confluem em uma enorme ganância patriarcal: as sociedades dispõem das mulheres cativas para adorar e cuidar “dos outros”, trabalhar invisivelmente, purificar e reiterar o mundo, e para que o façam de maneira compulsória: por desejo próprio.

Este complexo de fenômenos opressivos que articula a expropriação, a inferiorização, a discriminação, a dependência e a subordinação, define a sexualidade, as atividades, o trabalho, as relações sociais, as formas de participação no mundo e a cultura das mulheres. Além disso, define os limites de suas possibilidades de vida” (LAGARDE, 2005, p. 17).

As definições estereotipadas das mulheres conformam círculos particulares de vida para elas, seus “cativos”. Os tipos de cativo são: as mãesposas, as freiras, as putas, as presas e as loucas, conformando-se a partir da sua sexualidade ou da transgressão dela, e da dependência de ser para o outro (LAGARDE, 2005, p. 38)

“Casa, convento, bordel, prisão e manicômio são espaços de cativos específicos das mulheres. A sociedade e a cultura compulsivamente fazem a cada mulher ocupar um destes espaços e, em ocasiões, mais de um por vez” (LAGARDE, 2005, p. 40).

Lagarde fala sobre uma loucura genérica das mulheres, que emerge da sua sexualidade e da sua relação com os outros:

“[...] as loucas representam a loucura genérica de todas as mulheres, cujo paradigma é a racionalidade masculina. Mas a loucura é também um dos espaços culturais que decorrem da realização e da transgressão da feminilidade. As mulheres enlouquecem de tão mulheres que são, e enlouquecem também porque não podem plenamente sê-lo, ou para não sê-lo. A loucura genérica das mulheres emerge da sua sexualidade e da sua relação com os outros” (LAGARDE, 2005, p. 40).

O corpo e a sexualidade das mulheres estão inseridos num campo político, disciplinado para a produção e reprodução social. “No campo do gênero, estereotipar é uma ação política sobre os corpos das mulheres” (DINIZ, 2011, p. 452)

O estereótipo relacionado à maternidade foi problematizado por Elisabeth Badinter, ao contestar o “caráter inato” do sentimento materno e a ideia de que ele seja partilhado por todas

as mulheres, ressaltando essa relação como resultante das construções sociais, econômicas e culturais de cada época.

“Ao procurar definir-se como ser autônomo, a mulher devia fatalmente experimentar uma vontade de emancipação e de poder. Os homens, a sociedade, não puderam impedir o primeiro ato, mas souberam, com grande habilidade, opor-se ao segundo e reconduzir a mulher ao papel que jamais devia ter abandonado: o de mãe” (BADINTER, 1985, p. 100).

Na obra “Um amor conquistado: o mito do amor materno”, após um transcurso pelo histórico das relações de responsabilidade parental, destaca-se uma nova concepção, principalmente a materna, cujo ápice se deu no século XX, fomentado pela teoria psicanalítica que impulsionou a modificação do conceito de responsabilidade materna para culpa materna, cujo papel principal da mãe é a responsabilidade pela felicidade de seus filhos. Nesse contexto, “enclausurada em seu papel de mãe, a mulher não mais poderá evitá-lo sob pena de condenação moral”. Assim, as mulheres que por algum motivo não conseguem, não sabem ou não aceitam atender às novas normativas da maternidade passam a ser condenadas, sendo obrigadas a assumir sua “anormalidade”.

Para Badinter, é no final do século XVIII que se opera uma revolução das mentalidades acerca da imagem da mãe, de seu papel e de sua importância, com a construção do mito do instinto materno ou do amor espontâneo de toda mãe pelo filho. Não que esse sentimento já não existisse, mas é nesse momento que o amor materno surge como um valor ao mesmo tempo natural e social. O essencial nesse final de século é menos educar súditos dóceis para Sua Majestade, mas sim produzir seres humanos que serão a riqueza do Estado. Para isso, o novo imperativo é a sobrevivência das crianças, sendo essencial impedir “a qualquer preço a hemorragia humana que caracteriza o Antigo Regime” (BADINTER, 1985, 146).

A filosofia das Luzes propagou as ideias de igualdade e felicidade individual, o que favoreceu, em maior ou menor grau, o desenvolvimento do amor e de sua expressão, mas foi a partir da publicação do *Émile* por Rousseau, em 1762, que a opinião esclarecida começou a destacar a importância das responsabilidades maternas. A mulher e mãe idealizada por Rousseau foi desenhada depois que modelou o homem, *Émile*, conforme a ordem do Gênesis, como: “Complemento' do homem, a mulher é uma criatura essencialmente relativa. [...] A natureza feminina é, propriamente falando, 'alienada' pelo e para o homem. Sua essência, sua finalidade, sua função são relativas ao homem”. A finalidade absoluta da mulher é o homem. Ela é feita não para si mesma, mas “para agradar ao homem... para ser subjugada por ele... para lhe ser agradável... [...] “logo, essa mulher será mãe, pronta a viver pelo e para o filho” (BADINTER, 1985, p. 242).

Da mesma forma, a alegada “natureza feminina” foi definida de forma que implicasse todas as características de “boa mãe”:

“Assim fazem Rousseau e Freud, que elaboraram ambos uma imagem da mulher singularmente semelhante, com 150 anos a separá-los: sublinham o senso da dedicação e do sacrifício que caracteriza, segundo eles, a mulher "normal". Fechadas nesse esquema por vozes tão autorizadas, como podiam as mulheres escapar ao que se convencionara chamar de sua "natureza"? Ou tentavam imitar o melhor possível o modelo imposto, reforçando com isso sua autoridade, ou tentavam distanciar-se dele, e tinham de pagar caro por isso. Acusada de egoísmo, de maldade, e até de desequilíbrio, àquela que desafiava a ideologia dominante só restava assumir, mais ou menos bem, sua "anormalidade". (BADINTER, 1985, p. 238-239).”

Os cuidados da mãe são essenciais à própria família para que esta conheça a felicidade. Para que isso aconteça, a figura de mãe abnegada que Rousseau preconiza deve limitar-se ao governo doméstico pois “a verdadeira mãe de família, longe de ser uma mulher de sociedade, não será menos reclusa em sua casa do que a religiosa em seu claustro”. As analogias entre a mãe e a freira, a casa e o convento, dizem muito sobre o ideal feminino de Rousseau. Sacrifício e reclusão são as suas condições. “A boa mãe é semelhante a boa religiosa ou se esforçará por sê-lo. Mais um passo, e terá o direito ao título de ‘santa’”. (BADINTER, 1985, p. 245). A mãe admirável é santificada, porém, a mãe que fracassa em sua missão sagrada deve ser fustigada. “De responsabilidade à culpa havia apenas um passo que levava diretamente à condenação”. (BADINTER, 1985, p. 272).

Para Lagarde, a procriação feminina é reconhecida como um dever ser e, por seu caráter natural, é irrenunciável e deve ser realizada. Em algum aspecto, todas as mulheres são mães, independentemente da procriação e da idade (LAGARDE, 2005, p. 202).

Também no Brasil do século XIX houve um movimento de médicos e juristas para ressaltar a função “sagrada” da maternidade, com o discurso científico da necessidade da amamentação para a saúde dos filhos e uma rejeição do aleitamento mercenário. Junto com o processo de amamentação veio o controle da vida social, do corpo e da sexualidade das mulheres, em que o prazer da mulher era deslocado para o prazer da mãe (FARIA, 2018 p. 48).

Claudia Fonseca (1997), por uma outra perspectiva, destaca que a experiência da maternidade tem relação direta com as noções, valores e configurações de famílias partilhadas por uma determinada classe social. Segundo a autora, o discurso legal em torno da família no Brasil ainda se mantém profundamente reducionista, articulado ao modelo da família patriarcal, nuclear e monogâmica e descontextualizado das mudanças sociais ocorridas ao longo da história.

Numa concepção sobre os direitos reprodutivos e o exercício da maternidade, Laura Mattar e Carmen Diniz acrescentam que a experiência da maternidade enquanto um fenômeno social, é demarcada por desigualdades raciais/étnicas, de classe social, de gênero, sendo essas desigualdades transformadas em aspectos que passam a ser atributos das mulheres, e que vão gerar o que elas nomeiam como “hierarquias reprodutivas” (MATTAR; DINIZ, 2012). Segundo as autoras, há um modelo ideal do exercício da maternidade e do cuidado com os filhos. Esses aspectos, aliados ao tipo de parceria sexual ou sua inexistência, vão ditar, hierarquicamente, se essa maternidade será ou não aceita pela sociedade, sob o risco de ser considerada como subalterna, ilegítima ou marginal.

2.2. Perspectivas legais transnacionais

Em “Estereótipos de Gênero: Perspectivas Legais Transnacionais”, Rebecca Cook e Simone Cusack (2010) trazem novos olhares e perspectivas sobre um assunto há muito conhecido por profissionais do Direito e da Psicologia, o papel de discriminação desempenhado pelos estereótipos, porém, sob o enfoque da discriminação baseada em gênero. Para as autoras, os estereótipos de gênero, em particular os estereótipos sobre as mulheres, restringem direitos e violam a igualdade entre homens e mulheres.

Um estereótipo pressupõe que todas as pessoas integrantes de um certo grupo social possuem atributos ou características determinadas ou têm papéis específicos definidos por construções sociais ou culturais. A partir de então, presume-se que, por pertencer a tais grupos, possuir atributos ou características típicas do grupo ou cumprir com esses papéis, uma pessoa atuará em conformidade com a visão generalizada ou pré-concepção existente acerca do grupo. Portanto, todas as dimensões de personalidade que fazem com que uma pessoa seja única são filtradas através da lente dessa visão generalizada ou pré-concepção sobre o grupo com o qual a identifica. (COOK; CUSACK, 2010)

A estereotipia de gênero se torna um obstáculo quando opera para ignorar as características, habilidades, necessidades, desejos e circunstâncias individuais, de forma a negar o exercício dos seus direitos e liberdades fundamentais pelas pessoas, gerando um impacto significativo sobre a capacidade das pessoas de criar ou formar suas próprias identidades de acordo com seus valores e desejos, e criando hierarquias de gênero.

O livro tem como marco central para o debate a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Mulheres (CEDAW, sigla em inglês), especialmente o

artigo 5º, “a”, que exige que os Estados-parte eliminem as práticas sociais de gênero que subordinem as mulheres:

Artigo 5º

Os Estados-parte tomarão todas as medidas apropriadas para:

- a) Modificar os padrões socioculturais de conduta de homens e mulheres, com vista a alcançar a eliminação dos preconceitos e práticas consuetudinárias, e de qualquer outra índole, que estejam baseados na idéia de inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres;

A chamada “Convenção da Mulher”, de 1979, é o primeiro tratado internacional que dispõe amplamente sobre os direitos humanos da mulher, coordenada em duas frentes: promover os direitos da mulher em busca de igualdade de gênero e reprimir quaisquer discriminações contra a mulher nos Estados-parte. A discriminação contra a mulher é definida pela Convenção no seu artigo primeiro:

Artigo 1º

Para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher independentemente do seu estado civil com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos: político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Para as finalidades da Convenção, é importante a atuação do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (Comitê CEDAW³²), que busca auxiliar na efetivação da garantia e do exercício dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres nos Estados-parte da Convenção, atuando como uma via de litígio e constituindo uma ferramenta útil na contribuição para a eliminação dos estereótipos de gênero. A partir de uma visão transformadora de igualdade, o Comitê requer que os Estados-parte tomem medidas que levem a um reordenamento social das representações estereotípicas de homens e mulheres na economia política e nas valorações culturais.

O governo brasileiro assinou o Protocolo Facultativo à CEDAW em março de 2001 e, em 2002, ratificou-o. O Protocolo, que entrou em vigor no ano 2000, faculta ao Comitê CEDAW a supervisão de obrigações assumidas pelos Estados-parte, o recebimento de comunicações de pessoas que dizem ter sofrido uma violação aos direitos estabelecidos, bem como a realização de investigações em casos de violações graves ou sistemáticas aos direitos humanos das mulheres. Porém, sua atuação está limitada aos casos ocorridos após a convenção, bem como ao esgotamento dos recursos internos nos Estados-parte.

³² *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW)*. O Comitê, conforme seu artigo 17, é o órgão encarregado de monitorar a implementação da Convenção, formado por 23 experts escolhidos pelos Estados-parte.

Cook e Cusack buscaram não somente descobrir de que maneira a convenção estava sendo aplicada, mas também investigar como ela poderia ser aplicada mais eficientemente. Um outro objetivo foi examinar como estereótipos de gênero agem em diferentes setores para negar benefícios e impor ônus às mulheres. Os estereótipos podem ser formas de discriminação injusta, mas nem todos são negativos; por isso, o desafio está em nomear aqueles que são danosos e impõem obstáculos às mulheres. (COOK; CUSACK, 2010)

As autoras exploram quatro grandes formas de estereótipos de gênero: de sexo, sexual, de papel sexual e composto: a) os estereótipos de sexo são generalizações sobre as capacidades físicas, emocionais e intelectuais de mulheres e homens, por exemplo, o estereótipo de que os homens são, em média, mais fortes que as mulheres; b) os estereótipos sexuais são generalizações sobre a sexualidade de mulheres e homens; c) já os de papéis sexuais são generalizações sobre os papéis e comportamentos apropriados para mulheres e homens, como a ideia de que as mulheres devem ser mães, donas de casa e cuidadoras, e de que homens devem se provedores de alimento; d) os estereótipos compostos dizem respeito com as interseções que o gênero estabelece com outros traços como raça, classe, origem, nacionalidade, orientação sexual ou deficiência, para criar estereótipos compostos que impedem a eliminação de todas as formas de discriminação.

Uma característica particular dos estereótipos de gênero é que eles são resilientes; são dominantes e persistentes. Eles são socialmente dominantes quando se articulam por meio dos setores sociais e das culturas e são socialmente persistentes na medida em que se articulam ao longo do tempo. Quando as práticas que aplicam estereótipos de gênero são socialmente persistentes e dominantes, criam condições para que produzam a estratificação e subordinação social das mulheres, que se exacerbam quando se refletem ou se encontram imersos no Direito e na linguagem empregada por juízes e juízas para fundamentar suas decisões. (COOK; CUSACK, 2010)

A tarefa de compreender as razões da manutenção dos estereótipos requer uma compreensão profunda sobre as causas da injustiça de gênero, além das dimensões político-econômicas, culturais e ideológicas, das questões que englobam a dimensão de remuneração do trabalho produtivo e reprodutivo, do público e do privado. Nesse sentido, uma das principais barreiras para a valoração das mulheres está no androcentrismo e no sexismo, que se caracteriza pela construção autoritária de normas que privilegiam aspectos associados com a masculinidade.

Cook e Cusack apresentam estratégias essenciais para erradicar os estereótipos de gênero, como maneira de abolir todas as formas de discriminação contra a mulher, a partir de uma “metodologia transnacional”, tendo como base a análise de casos sobre os efeitos dos estereótipos nas diversas Cortes, considerando que a empiria não se restringe a um país ou a uma região do mundo. A metodologia proposta é a nomeação, em analogia com o diagnóstico médico. Parte-se da premissa de que não se pode tratar a doença sem diagnosticá-la.

Para as autoras, há um poder simbólico da nomeação. Nomear é um instrumento para revelar um dano que passaria despercebido, além de identificar como ele prejudica as pessoas. É preciso nomear os estereótipos operantes, identificar de que maneira eles constituem uma violação dos direitos das mulheres e articular as obrigações dos Estados para eliminar e reparar ditas violações. Ademais, em escala mundial, o processo de nomear promove o conhecimento das experiências coletivas relacionadas com a estereotipia das mulheres, permitindo com que os danos individuais causados por esse processo se mostrem como uma experiência de opressão coletiva. (COOK; CUSACK, 2010).

A metodologia da nomeação parte de duas perguntas-chave: a) de que maneira uma lei, política ou prática estereotipa homens ou mulheres? b) de que forma a aplicação, execução ou perpetuação de um estereótipo de gênero em uma lei, política ou prática prejudica as mulheres?

Uma prática utilizada por algumas feministas, como Katharine Bartlett, na busca por identificar estereótipos de gênero, consiste numa abordagem que convida a fazer “a pergunta pela mulher”. Este método procura expor a natureza sexualizada de uma lei, política ou prática e como ela opera em detrimento das mulheres. A partir da “pergunta pela mulher” é útil questionar o seguinte: a lei, política ou prática em questão faz suposições sobre as mulheres, ou, especificamente, sobre um atributo, característica ou papel que as mulheres têm ou deveriam ter na sociedade? “Fazer esta pergunta chama a atenção para o que uma lei, política ou prática supõe sobre as mulheres. Por essa razão, a “pergunta pela mulher” é uma ferramenta útil para expor a atribuição de estereótipos de gênero” (COOK; CUSACK, 2010, p. 63).

Nesse sentido, é importante mencionar o caso “Morales de Sierra v. Guatemala”, em que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi explícita ao nomear a atribuição de estereótipos de gênero. María Eugenia Morales de Sierra moveu uma ação contra a Guatemala, no final dos anos 1990, perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, para questionar provisões do Código Civil da Guatemala que definiam papéis conjugais e responsabilidades no casamento. Os dispositivos impugnados davam aos maridos o poder e a responsabilidade de sustentar financeiramente o lar, representar publicamente a família e

administrar a propriedade desta. Em contrapartida, essas mesmas provisões obrigavam as esposas a cuidar das crianças e do lar. Além disso, o código condicionava o direito das mulheres de assumir trabalhos remunerados à dispensa de seus papéis por seus maridos.

A comissão decidiu que as disposições impugnadas se baseavam em noções estereotipadas sobre os papéis das mulheres e dos homens, que perpetuam a discriminação contra a mulher na esfera familiar e cujo efeito é dificultar a capacidade das pessoas para desenvolver plenamente o seu papel dentro do casamento e da família. Também explicou que o Código Civil da Guatemala impõe a homens e mulheres o desempenho dos papéis sexuais tradicionais, negando-lhes, por outro lado, a oportunidade de assumir papéis considerados não tradicionais. Foi a primeira vez que um tribunal de direitos humanos nomeou não só o estereótipo de papel sexual das mulheres como mães e cuidadoras e dos homens como provedores de alimento, mas também a razão de isso prejudicá-las. Ao fazê-lo, o tribunal determinou que estereotipar mulheres casadas enquadrando-as em papéis específicos ao sexo é uma forma de discriminação que o Estado fica obrigado a remediar (COOK; CUSAK, 2012).

Um outro caso relevante e que se relaciona com o presente trabalho, é o “Presidente da República da África do Sul v. Hugo”³³, em que se alegou a inconstitucionalidade, por atribuição de estereótipos de gênero, de um indulto concedido pelo presidente Nelson Mandela, que revogou as condenações de certas categorias de pessoas na prisão, incluindo mães condenadas por crimes não violentos com filhos menores de doze anos de idade. O requerente, Sr. John Hugo, único responsável pelo filho, sustentou que teria direito ao perdão se fosse mulher, razão pela qual alegou a inconstitucionalidade do indulto e requereu sua aplicação aos pais. Segundo o requerente, ao perdoar as sentenças de mães e não de pais, o presidente havia procedido a discriminação com base em sexo, em violação da cláusula de igualdade da Constituição Provisória da África do Sul, de 1993.

Em sua declaração perante o Tribunal Constitucional da África do Sul, o presidente Mandela afirmou que baseou sua decisão de perdoar as sentenças das mães motivado principalmente por uma preocupação com as crianças que foram privadas dos cuidados normalmente prestados pelas mães, levando em consideração o papel especial que acreditava que as mães desempenham na cuidado e educação dos filhos mais novos. A diretora nacional do Conselho Nacional Sul-Africano para o Bem-Estar Infantil e Familiar, fez uma declaração apoiando a declaração do presidente Mandela sobre o “papel especial” que as mulheres

³³<https://www.womenslinkworldwide.org/observatorio/base-de-datos/presidente-republica-de-sudafrica-y-ministro-de-servicios-penitenciarios-v-john-phillip-peter-hugo-caso-hugo>

desempenham na criação dos filhos na sociedade sul-africana, explicando que geralmente as crianças criam laços com as suas mães desde muito cedo e que as mães são suas principais cuidadoras, sendo que apenas uma minoria de pais participa ativamente da educação e cuidado de seus filhos, especialmente os pré-adolescentes.

Embora o Tribunal Constitucional tenha reconhecido que o indulto tratou mães e pais de maneira diferente com base em estereótipos sexuais, a posição majoritária concluiu pela ausência de violação da Constituição da África do Sul por discriminação. Em voto convergente, sustentou-se que o indulto discriminava os pais, mas a discriminação era justificada, ou seja, tinha o propósito legítimo de garantir o cuidado adequado das crianças pequenas, e os meios escolhidos para esse objetivo eram razoáveis e proporcionais. O voto divergente afirmou que negar aos pais a oportunidade de obter um perdão violava a Constituição Provisória da África do Sul com base na discriminação sexual.

Sobre o caso Hugo, Cook e Cusack alegam que, embora a questão não tenha sido discutida pela Corte, pelos menos dois estereótipos implícitos poderiam ser identificados no indulto do Presidente Nelson Mandela: primeiro, de que as mães devem submeter suas próprias necessidades e interesses aos de seus filhos e, portanto, se forem perdoadas, as mães e não os pais, devem retomar a responsabilidade primária pela educação dos filhos; em segundo lugar, as mães (não os pais) têm menos probabilidade de serem reincidentes, já que estão a cargo das crianças, e, portanto, perdoá-las provavelmente não colocará em risco o público em geral.

Uma importante tarefa no enfrentamento aos estereótipos de gênero consiste em identificá-los. Um outro passo é tornar explícitos os danos por eles causados, pois expõe sua prejudicialidade. A identificação de danos graves causadas pela atribuição de estereótipos de gênero pode ser feita a partir das seguintes perguntas: a) as mulheres estão tendo um benefício negado por causa da existência de um certo estereótipo de gênero? b) há a imposição de uma carga sobre as mulheres por causa da existência de um certo estereótipo de gênero? As mulheres são degradadas, sua dignidade é minimizada ou são marginalizadas de alguma forma por causa da existência de um certo estereótipo de gênero? (COOK; CUSACK, 2010).

Porém, como dito, nem todas as distinções, exclusões ou restrições com base em estereótipos de gênero constituem discriminação contra a mulher, já que, em determinadas situações, podem estar legalmente justificadas. Um caminho proposto a partir da jurisprudência para distinguir se houve ou não essa justificação, de modo a passar pelo escrutínio da Convenção, parte de duas perguntas: a aplicação, execução ou perpetuação de um estereótipo de gênero em uma lei, política ou prática tem um propósito legítimo e os meios escolhidos para

atingir tal finalidade foram razoáveis? O dano resultante dessa estereotipia merece proteção legal? (COOK; CUSACK, 2010).

Um caso emblemático para a análise dos estereótipos de gênero e da importância da atuação do CEDAW é o caso *González e outras (campo do algodoeiro) v. México*³⁴. O relatório de 2005 foi o primeiro produzido no âmbito do procedimento de investigação do Comitê. O caso versava sobre sequestros, estupros e mortes violentas de mulheres na cidade de Juárez, México, a partir do ano de 1993, quanto a violência contra as mulheres daquela localidade atingiu níveis extremos. O Comitê emitiu seu informe final em janeiro de 2005, concluindo que o México havia violado a Convenção, a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, bem como a Recomendação Geral 19, caracterizando a violência em Juárez como uma violação dos direitos humanos mais básicos das mulheres e como a mais “radical” das expressões de discriminação por motivos de gênero (COOK; CUSACK, 2010, p. 213, tradução nossa).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos³⁵ considerou o México responsável, sob a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Convenção sobre a Prevenção, Punição e Erradicação da Violência contra as Mulheres (a Convenção de Belém do Pará), pela falha da polícia em investigar os desaparecimentos e assassinatos de três mulheres imigrantes pobres, duas das quais eram menores de idade, e cujos corpos foram encontrados em um campo de algodão perto da cidade de Juárez, no México. A corte analisou as mortes no contexto da violência sistemática contra mulheres e da violação de direitos humanos, partindo da compreensão de que a violência baseada em gênero constitui discriminação de gênero, para concluir que o Estado violou as obrigações de não discriminar, bem como a obrigação de garantir o direito à vida, à integridade física, mental e moral, a ser livre de tratamento desumano ou degradante e o direito à liberdade e segurança pessoal.

Além disso, a partir do testemunho das mães das vítimas, a corte concluiu que os servidores do Estado tinham atribuído estereótipos sexuais degradantes dos papéis, dos atributos e das características das vítimas, em parte para justificar sua negligência das obrigações de investigar. No testemunho da mãe de Esmeralda Herrera consta que, quando ela registrou o desaparecimento da filha, as autoridades lhe disseram que "ela não tinha desaparecido, mas estava por aí com os namorados ou os amigos", e "que, se alguma coisa

³⁴https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/MEX/INT_CEDAW_NGO_MEX_31432_E.pdf. Acesso em: 16 ago. 2022.

³⁵ https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf. Acesso em: 16 ago. 2022.

tivesse acontecido era porque ela tinha procurado, porque uma boa menina: uma boa mulher, fica em casa". (COOK; CUSACK, 2010). Em importante reconhecimento, a corte concluiu que os comentários feitos pelos servidores, perpetrados no contexto do sistema de justiça criminal e, portanto, do Estado, constituem estereótipos hostis e desdenhosos sobre a subordinação das mulheres, que podem ser associados a práticas baseadas em estereótipos de gênero dominantes socialmente e persistentes. Nesse contexto, a criação e o uso de estereótipos se tornam uma das causas da violência contra mulheres baseada em gênero.

A importância da eliminação dos estereótipos de gênero se dá para que as nações possam se beneficiar do conhecimento, da capacidade, da inteligência e liderança de suas mulheres, que devem ser consideradas a partir de suas competências e caráter reais e não características genéricas e papéis a elas atribuídos. Portanto, a eliminação dos estereótipos de gênero é uma tarefa difícil porque eles contribuem com e resultam de múltiplas manifestações do patriarcado, das estruturas de poder e das injustiças de gêneros imersas na sociedade. (COOK; CUSACK, 2010).

Os estereótipos de gênero, como dito, além de terem como consequência um tratamento discriminatório às mulheres, que impede o acesso a outros direitos, constituem em si mesmos uma violação ao direito à igualdade e à não discriminação, previstos em diversos tratados e convenções internacionais. É perceptível que, mesmo com a previsão do princípio da igualdade como elemento essencial em diversos textos constitucionais, essas declarações não se traduzem, necessariamente, em igualdade material.

No Brasil, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) contém diversos dispositivos sobre igualdade de gênero ou direitos das mulheres, entre eles: proibição de discriminação baseada no sexo (art. 3º, IV), igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I), cumprimento de pena em estabelecimento prisional distinto, de acordo com o sexo (art. 5º, XLVIII), direito das presidiárias de condições para permanecerem com seus filhos durante o período de amamentação (art. 5ºL), licença à gestante com duração de cento e vinte dias (art. 7º, XVIII), proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos (art. 7º, XX), proibição de diferença de salários, exercício de funções e critério de admissão por motivo de sexo (art. 7º, XXX), aposentadoria aos sessenta e dois anos (art. 40, § 1º, III e art. 201, § 7º, I), igualdade no direito de propriedade (art. 183, § 1º e art. 189, parágrafo único), proteção previdenciária e de assistência social à maternidade (art. 201, II e 203, I), direitos iguais entre homens e mulheres no casamento (art. 226, § 5º), planejamento familiar (art. 226, § 7º).

Da mesma forma, a legislação brasileira conta com leis específicas voltadas para a proteção dos direitos das mulheres, como direitos das trabalhadoras domésticas e gestantes, cotas eleitorais de gênero (art. 10, § 3º da Lei 9.504/1997), planejamento familiar (Lei 9.263/1996), coibição da violência doméstica - Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), feminicídio (art. 121, § 2º, VI, do Código Penal) dispositivos do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal que tratam de prisão domiciliar para mães de crianças e gestantes (art. 318 e 318-A do CPP), assistência à saúde e tratamento humanitário a mulheres, na gestação, parto e no puerpério, proteção e promoção da saúde menstrual (Lei 14.214/2021), direito a acompanhante durante o trabalho de parto, do parto e do pós-parto (Lei 11.108/2022).

Muito embora existam leis e regras específicas sobre temáticas que busquem evitar as discriminações e desigualdades, como os preceitos constitucionais e a Lei Maria da Penha, muitas não são aplicadas ou implementadas. Dessa forma, uma afirmação possível seria a de que os problemas concernentes à assimetria de gênero estariam mais relacionados com a aplicação das leis, formalmente neutras. Assim, não basta que as normas estejam escritas de forma aparentemente imparcial ou que promovam a igualdade formal de gênero. É preciso analisar a concepção do sujeito que as aplica e as visões estereotipadas que sustenta.

Apesar dos ideais de igualdade, da ideia de justiça cega, os estereótipos de gênero também afetam aqueles que integram o sistema de justiça. E a cultura jurídica está dominada pela lógica patriarcal, que parte de uma realidade masculinizada, a partir da qual se decide pela mulher e para a mulher. Portanto, existe o risco de que estereótipos que reforçam papéis de gênero patriarcais influenciem o raciocínio dos juízes (BARRIOS; FARÍAS; AMUNÁTEGUI; ROMERO; TRINCADO, 2020).

Não há, portanto, neutralidade do direito, compreendido por Alda Facio (2002) não só como composto pelas normas formalmente promulgadas, as surgidas do processo de seleção, interpretação e aplicação das leis, mas também as regras informais que determinam quem, quando e como se tem acesso à justiça e que direitos tem cada um.

“Em outras palavras, essas três classes de normas também poderiam ser classificadas como direito legislativo, direito judicial e direito material ou real. O importante aqui não é a nomenclatura, mas deixar claro que o direito não é constituído apenas pela norma agendi ou pelas normas formalmente promulgadas, mas também por normas criadas ao administrar a justiça, ou seja, ao selecionar, interpretar e aplicar o direito legislativo ou normas formalmente promulgadas e das normas revogadas, mas em vigor na mente do povo, das normas criadas pelo costume, doutrina, crenças e atitudes, bem como do uso que é dado às normas legislativas e às judiciais (FACIO, 2002, p. 86, tradução nossa).

Nesse sentido, interessa, mais do que a lei em si, as decisões que a partir dela ou sob ela são proferidas, afinal, “as decisões judiciais nada mais são do que realizações das normas em determinados momentos”, interessa os sujeitos que proferem as decisões judiciais e que devem ser convencidos pelas partes, os sujeitos que as recebem, o significado das normas e sua aplicação no caso concreto, bem como a mensagem veiculada pelas decisões judiciais proferidas. (PIMENTEL; SCHRITZMEYER; PANDJIARJIAN, 1998, p. 38).

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal proferiu, recentemente, importantes decisões que guardam relação com uma perspectiva de gênero, no HC 143.641/SP e no HC 165.704/DF conforme já mencionado no Capítulo 1. Como no caso Hugo (COOK; CUSACK, 2010), no HC 165.704/DF o requerente pleiteou que os efeitos da decisão proferida em benefício das mães ou gestantes fossem também conferidos aos pais. Porém, a abordagem sobre suposta discriminação ou violação de direitos se desenrolou sob a perspectiva das crianças que não têm mãe, mas que estavam sob os cuidados de outras pessoas, e não sob de discriminação com base em gênero.

Ante as diversas dificuldades na implementação das determinações contidas no HC 143.641/SP e no HC 165.704/DF, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 369/2021, visando estabelecer diretrizes e procedimentos para o cumprimento destas decisões, conferindo-lhes maior efetividade e buscando transformá-las em política judiciária. Outra importante iniciativa do CNJ diz respeito ao lançamento do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero³⁶, em 02.02.2021. O documento tem como referência o *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género* concebido pelo Estado do México após determinação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e se apresenta como:

“um guia para que os julgamentos que ocorrem nos diversos âmbitos da Justiça possam ser aqueles que realizem o direito à igualdade e à não discriminação de todas as pessoas, de modo que o exercício da função jurisdicional se dê de forma a concretizar um papel de não repetição de estereótipos, de não perpetuação de diferenças, constituindo-se um espaço de rompimento com culturas de discriminação e de preconceitos.”

O protocolo reconhece que a influência do patriarcado³⁷, do machismo, do sexismo, do racismo e da homofobia são transversais a todas as áreas do direito, dirigindo a atenção para as decisões das Cortes Regionais e Internacionais de Direitos Humanos que atentam para a

³⁶ <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2022.

³⁷ Nas palavras de Carmen Hein o patriarcado é “a política sexual através da qual os homens estabelecem seu poder e mantêm o controle sobre as mulheres”. (CAMPOS, 2020, p. 113).

importância da necessidade de se adotar protocolos oficiais de julgamentos com perspectiva de gênero, para que casos envolvendo direito das mulheres sejam tratados de forma adequada.

2.3. Perspectiva de gênero no direito

Débora Diniz, ao falar sobre a entrevista realizada com Rebecca Cook a respeito do livro *Estereótipos de Gênero: Perspectivas Legais Transnacionais*, aponta como ausência, na obra, dos estereótipos sobre homens, salientando que gênero e mulheres se confundem na análise dos casos concretos. Porém, explica, embora sexo e gênero sejam dicotomias analíticas, o termo gênero teria usado por Cook e Cusack como um conceito operacional, já que foi a concepção igualitarista sobre mulher, sexualidade e gênero que alcançou as cortes, e é a que o direito internacional majoritariamente favorece nos litígios. (DINIZ, 2012).

A construção dos estereótipos de gênero pautou-se no argumento de que homens e mulheres são naturalmente diferentes e, portanto, devem desenvolver funções diferentes na sociedade. Contudo, determinadas características associadas a gênero não são naturais e imutáveis, bem como geram indevidas subordinações. A palavra gênero diz respeito a um conjunto de características socialmente atribuídas aos diferentes sexos, justificando as diferenças de comportamento entre eles, na medida em que homens e mulheres possuiriam aptidões para desenvolver funções diferentes. É usado por aqueles que entendem não apenas a desigualdade sexual, mas muitas das diferenciações sexuais como socialmente construídas (OKIN, 2008, p. 306)

Para Chernicharo, os diversos conceitos e diferentes utilizações do termo gênero contribuem para a confusão de seu significado que, de maneira ampla, se referem à ideia básica de que a noção de masculino e feminino é construída socialmente e não consequência do sexo biológico. Assim investigar os fenômenos sociais diante da perspectiva de gênero significa adotá-lo como uma categoria variável da interpretação da realidade, como a classe, etnia, raça, etc., para entender as formas de dominação que derivam de concepções de superioridade do masculino sobre o feminino (CHERNICHARO, 2014, p. 45). Nesse contexto, o gênero seria um elemento constitutivo das relações sociais, além das relações significantes de poder.

A concepção de Simone de Beauvoir de que “não se nasce mulher, torna-se mulher” foi essencial para o conceito feminista de gênero. Para Beauvoir, ser mulher não significa nascer do sexo feminino, mas sim ver-se atribuída a uma série de características que vão para além da

biologia. A associação de características culturais historicamente determinadas a certos grupos, passa a constituir a forma como eles são vistos ou tratados. (BEAUVOIR, 1980).

Claudia Nishning (2019) rememora que o direito, pretendendo ser uma ciência pura, marcada pela neutralidade de seus pesquisadores, é um campo em que teóricos e juristas insistem que a justiça e as leis são aplicadas igualmente para o “sujeito de direito” dito universal, não reconhecendo as marcações de gênero, geração, deficiências, raça, etnia, sexualidade, entre outras. Entretanto, sustenta, como já denunciam os movimentos feministas, não há neutralidade no direito, pois para as epistemologias feministas e de gênero, as corporalidades, as emoções, as subjetividades constituem as demandas e são levadas em consideração por aqueles(as) que as julgam, ou seja, ambos são pessoas igualmente nutridas por suas subjetividades (NISHNING, 2019). Nesse sentido, ao contestar o modo de fazer ciência a partir das epistemologias feministas, Sandra Harding (HARDING, apud NISHNING, 2019, p. 81), afirma que *“la voz de la ciencia es masculina y que la historia se há escrito desde el punto de vista de los hombres (de los que pertenecen a la clase o la raza dominantes)”*.

Alessandro Baratta (1999), recuperando a dicotomia entre público e privado, ressalta que é a construção social do gênero e não a diferença biológica do sexo, o ponto de partida para a análise crítica da divisão social de trabalho entre mulheres e homens na sociedade moderna, ou seja, é na diferenciação da produção material e reprodução nos papéis da divisão social do trabalho, na separação entre público e privado, que opera a construção social dos gêneros.

A sociedade patriarcal reservou de forma ampla o protagonismo da esfera produtiva aos homens e do círculo reprodutivo às mulheres. Essa compreensão é necessária para desmistificar o círculo vicioso da ciência e do poder masculino, que consistem em perpetuar as condições e as consequências das desigualdades sociais do gênero. Para Baratta, a luta pela igualdade dos gêneros deveria ter como estratégia, não uma repartição mais igualitária de recursos e das posições entre os dois sexos, mas sim a “desconstrução” da conexão ideológica entre eles, bem como uma reconstrução social do gênero que superasse as dicotomias superficiais que estão na base do modelo androcêntrico da ciência e do poder masculino. (BARATTA, 1999, p. 22).

Nessa linha, destaca que, a partir das teorias epistemológicas de cientistas feministas pode-se definir um “paradigma de gênero”, contraposto ao biológico, cuja aplicação seria uma condição necessária para a luta emancipatória das mulheres no campo da ciência e da política do direito. O paradigma de gênero pode ser enunciado de diversas maneiras, porém, o seu conteúdo contém, necessariamente, as seguintes afirmações:

- “1) As formas de pensamento, de linguagem e as instituições da nossa civilização (assim como de outras conhecidas) possuem uma implicação estrutural com o gênero, ou seja, com a dicotomia “masculino-feminino”;
- 2) Os gêneros não são naturais, não dependem do sexo biológico, mas, sim, constituem o resultado de uma construção social;
- 3) Os pares de qualidades contrapostas atribuídas aos dois sexos são instrumentos simbólicos da distribuição de recurso entre homens e mulheres e das relações de poder existentes entre eles” (BARATTA, 1999, p. 23).

Ao falar sobre os efeitos do discurso feminista nos últimos anos para uma aplicação do paradigma de gênero, Baratta traça uma linha divisória entre abordagens da questão feminina no campo jurídico, destacando três tipologias de propostas teóricas e estratégicas que, apesar da diferença do objeto, dos critérios de valoração e das formulações adotadas, são comparáveis, encontradas nos discursos de Sandra Harding, Frances Olsen e Carol Smart.

No primeiro tipo, Harding, que cuida de teorias do conhecimento, coloca o “empirismo feminista”, que parte da premissa de que o tendencialismo sexual e o androcentrismo constituem distorções socialmente condicionantes que podem ser corrigidas por meio de uma aplicação mais acurada das regras de pesquisa científicas já existentes. Nesse sentido, bastaria “assegurar o acesso e a paridade das mulheres na comunidade científica e o correto uso da metodologia para alcançar uma maior objetividade da imagem do mundo criada pela ciência”. Contudo, Harding afirma que foram os movimentos sociais os principais promotores da objetividade da ciência, e não as normas científicas concretamente aplicadas ou racionalmente reconstruídas pelos filósofos” (BARATTA, 1999, p. 26/29).

Em um segundo grupo de teorias, fundado no reconhecimento do caráter estruturalmente masculino dos sistemas modernos da ciência e do direito, Harding denomina esse direcionamento da epistemologia das mulheres como “o ponto de vista feminista”. Nesse contexto, o predomínio social dos homens tem como consequência concessões e representações parciais, enquanto as mulheres, com base na sua posição subordinada, possuem a capacidade de desenvolver representações mais completas:

“O feminismo e o movimento das mulheres colocam à disposição os fundamentos teóricos e motivacionais para as pesquisas científicas e, também, para as confrontações políticas, através das quais a maneira de enxergar das mulheres pode tornar-se um ‘ponto de vista’, ou seja, uma base moral e cientificamente mais aceitável para as interpretações e explicações feministas aos fenômenos naturais e sociais” (HARDING, 1991, p. 24, *apud* BARATTA, 1999, p. 30).

O “ponto de vista feminista” permitiu evidenciar as qualidades e conceitos que, conferidos às mulheres, viram-se subordinados e sacrificados na cultura dominante, em particular no sistema da ciência e do direito. Contudo, corre-se o risco de aceitar e de substancializar os gêneros socialmente construídos através das dicotomias, especialmente se a

teoria do “ponto de vista feminista” se reduzisse à colocação da questão da hierarquia entre pares de conceitos e aos seus contrários. (BARATTA, 1999, p. 32).

No terceiro grupo de posições teóricas, o enfoque se dá na relatividade histórica e na negociabilidade dos *sets* de qualidade e valores atribuídos aos gêneros e aos sistemas, na transversalidade do mundo real de cada mulher em relação às diversas variáveis dos relacionamentos de desigualdades e das diferenças sociais, bem como na flexibilidade e redefinibilidade dos limites culturais e institucionais entre as esferas da experiência e da vida social. Nesse sentido, Harding rotula essa abordagem de “pós-modernismo feminista”.

Olsen parte do pressuposto da existência, no mundo ocidental pós Iluminismo, de um sistema dicotômico de conceitos: ativo-passivo, reflexivo-emotivo, competente-sensitivo, poder-simpatia, objetivo-subjetivo, abstrato-contextualizado, orientado para os princípios-personalizado. Esses pares de conceitos são relacionados com o gênero e hierarquizados, a primeira parte relacionada com o gênero masculino e a segunda, com o feminino, em que geralmente os primeiros são pertencentes a uma categoria superior que os segundos. O caráter androcêntrico do direito deriva do fato de que ele “desenvolveu-se sob o império de conceitos masculinos, excluindo critérios de ação extraíveis dos femininos” (BARATTA, 1999, p. 27).

No segundo grupo de teorias, Olsen define a estratégia que reconhece o caráter masculino dos conceitos que dominam o direito, mas nega-lhes a hierarquia, representado como “o direito como patriarcado”. O segundo grupo

“aceita a afirmação descritiva de que o direito é racional, objetivo, por um lado, e irracional, subjetivo, por outro. Estas feministas consideram o direito como parte do sistema de dominação masculina; estas caracterizam o racional, objetivo, como patriarcal, e não aceitam o direito como um sistema que oprime ideologicamente as mulheres” (OLSEN, 1990, p. 207, *apud* BARATTA, 1999, p. 30).

Olsen observa que pensar sobre a experiência feminina e sobre a cultura e o linguajar femininos pode ser um meio eficaz para redescobrir o que foi excluído e reprimido pela cultura dominante, contudo, essa perspectiva pode trazer a aceitação da especificidade do gênero da contraposição, tornando-a mais profunda e, em última instância, mantendo viva as avaliações dominantes (BARATTA, 1999, p. 32).

Na mesma linha da terceira abordagem trabalhada por Harding, Olsen cunha a expressão “androginia” ou seja, a negação, a um só tempo, da especificidade do gênero e da hierarquia das qualidades e dos valores jurídicos, ligando-a com o movimento da “teoria crítica do direito”.

Essa teoria parte do princípio de que o direito não possui uma substância ou natureza imutáveis. Ao contrário, o direito é uma forma de atividade humana, uma praxe criada pelo homem. Porém, apesar dos homens terem dominado o direito, as qualidades femininas não

foram eliminadas, apenas reprimidas, e podem ser resgatadas e revaloradas no processo de transformação do direito (BARATTA, 1999, p. 37).

Carol Smart especifica três direções da sociologia jurídica feminista que representam três diversas formas de desenvolvimento do paradigma de gênero. A primeira refere-se à afirmação de que o “direito é sexuado”, diferenciando homens e mulheres e colocando estas em posição desvantajosa. Contudo, nesse sentido, o significado de diferenciação tende a sobrepor-se ao significado da discriminação. Num contraponto ao primeiro enfoque, Smart afirma que o “direito é masculino” pois

“quando um homem e uma mulher se vêem frente ao direito, não é o direito que não consegue aplicar ao sujeito feminino os critérios objetivos, mas, ao contrário, aplica exatamente tais critérios, e, estes, são masculinos. Portanto, insistir na igualdade, na neutralidade e na objetividade é, ironicamente, o mesmo que insistir em ser julgado através dos valores masculinos”. (SMART, 1994, p. 173, *apud* BARATTA, 1999, p. 30-31).

Smart também questiona essa abordagem, que pode acabar perpetuando a ideia de que o direito seja uma unidade, em vez de problematizar as suas contradições internas, afirmando que “qualquer análise do direito que o trate como ‘frente’ ao patriarcado ou dos valores masculinos adota um ponto de vista essencialista” (SMART, 1994, p. 174, *apud* BARATTA, 1999, p. 32-33). Uma outra reserva colocada por Smart diz respeito à própria existência de um “ponto de vista feminista”, em razão da diversidade das experiências das mulheres, dependendo da raça, classe ou cultura. Numa terceira abordagem, Smart finalmente passa para a classificação de que “o direito tem gênero”, para demonstrar a concepção do direito enquanto estratégia criadora do gênero. Nesse sentido, dizer que o direito tenha gênero não impõe uma categoria fixa ou um referente empírico de homem ou mulher, o que permite uma noção sobre o gênero subjetivo muito mais flexível e que não seja estabelecida por fatores biológicos, psicológicos ou sociais ligados ao sexo. (BARATTA, 1999, p. 38).

Para Baratta, a estratégia de pesquisa e ação indicadas pelas três autoras, e posteriormente retomada por Smaus, visam “desconstruir as reificações essenciais que estão na base das dicotomias, das qualidades e dos valores” e também “o seu emprego polarizante na construção social dos gêneros, das esferas de vida (pública e privada), da ciência e das instituições de controle comportamental (direito, justiça penal) e do seu objeto”. (BARATTA, 1999, p. 36). Nesse contexto, Baratta propõe que a reconstrução dever ser feita a partir de uma subjetividade humana integral ou “andrógina”, que contenha, ao mesmo tempo, as qualidades e os valores que foram separados e contrapostos na criação social dos gêneros, recompondo a unidade da questão humana e do projeto de emancipação. (BARATTA, 1999, p. 36).

Especificamente sobre o sistema de justiça criminal, Baratta sustenta que o sistema penal se dirige para o controle específico das relações de trabalho produtivo, da ordem pública que o garante. A esfera da reprodução, ou a ordem privada, como historicamente visto, não é objeto do controle exercido pelo direito penal, ou seja, do poder punitivo público, mas sim do controle informal, aquele que se realiza na família, que vem exercitado através do controle patriarcal, que vê, na sua última garantia, a violência física contra a mulher. (BARATTA, 1999, p. 45).

A compreensão sobre a divisão entre o público e o privado constitui um instrumento essencial para o entendimento sobre as estruturas de poder. Conforme anteriormente mencionado, a esfera pública é aquela que compreende a produção material, o mundo da economia e da política, os campos de ação mais “prestigiosos”, campo privilegiado para a realização dos papéis masculinos. A esfera privada, ao contrário, é aquela reservada à reprodução, ao “mundo da vida”, terreno fértil para os papéis femininos. Nesse sentido, o sistema penal é dirigido especificamente aos homens, enquanto operadores de papéis na esfera pública, agindo de forma integrativa com o sistema de controle social informal. Este se volta às intérpretes de papéis femininos, na medida em que possuam uma relevância tal que os impeça de serem controlados apenas pelo patriarcado privado e, portanto, na perspectiva deste mesmo patriarcado, interessantes também à esfera pública (BARATTA, 1999, p. 49).

Vera Regina Pereira de Andrade compartilha dessa conclusão ao chamar a atenção para o androcentrismo do sistema de justiça criminal e o que chama de sua funcionalidade de gênero. O homem tem o protagonismo na esfera pública, enquanto sujeito produtivo, cuja estereotipia corresponde ao papel de trabalhador (de rua) e é simbolizada no homem racional/ativo/forte/potente/guerreiro/viril/público/possuidor. Por outro lado, na esfera privada, configurada pela reprodução natural, o protagonismo cabe à mulher, “por meio do aprisionamento de sua sexualidade na função reprodutora e de seu trabalho no cuidado do lar e dos filhos”. Os atributos ou estereótipos relacionados a essa função “são exatamente bipolares em relação ao seu outro. A mulher é, então, construída femininamente como uma criatura emocional/ subjetiva/ passiva/ frágil/ impotente/ pacífica/ recatada/ doméstica/ possuída”. Esse é o simbolismo de gênero e sua poderosa estereotipia (ANDRADE, 2007, p. 63).

Portanto, a questão de gênero é um problema normativo, mas também sócio-cultural. E, nas palavras de Débora Diniz, é “nesse lugar silencioso da cultura, que se reproduz até mesmo nas instituições do Estado, que os estereótipos de gênero alimentam os argumentos de

advogados, promotores e juízes em casos concretos envolvendo os direitos das mulheres”. (DINIZ, 2011, p. 452).

Por séculos temos visto e entendido o mundo a partir de uma perspectiva androcêntrica, vista como uma não perspectiva (FACIO, 2002) ou uma perspectiva neutra e objetiva. Portanto, é preciso levar em consideração que a desigualdade de tratamento entre homens e mulheres no sistema de justiça estrutura a sociedade há muito tempo, e a violência institucional de gênero tem grande força simbólica. Dessa forma, sua desconstrução, apesar de ser tarefa complexa e demorada, é essencial para uma reconstrução igualitária das relações de gênero.

Nesse sentido, Ela Wiecko Volkmer de Castilho e Carmen Hein de Campos (2018) defendem a necessidade de se incorporar a perspectiva de gênero no sistema de justiça criminal, desde a elaboração legislativa das normas penais e processuais penais, passando pelas normas de organização e pela forma de aplicação dessas normas na investigação, processo, julgamento e execução das decisões, o que seria uma obrigação vinculante para todos os Estados que participaram da Conferência de Beijing e que ratificaram os instrumentos internacionais de direitos humanos, em especial, a CEDAW e o seu Protocolo Facultativo.

Para a implementação dessa estratégia há uma série de documentos elaborados pelos diversos mecanismos de direitos humanos que está à disposição de profissionais do sistema de justiça para serem incorporados na análise e na tomada de decisões. São parâmetros para que o sistema de justiça passe a ter uma linguagem sensível e uma perspectiva de gênero, evitando que se reproduzam estereótipos de gênero e a revitimização das mulheres, especialmente no sistema de justiça criminal (CASTILHO, CAMPOS, 2018).

Dáí a necessidade de se transversalizar a perspectiva de gênero por todo o sistema de justiça, ou seja, fazer com que as diferentes agências e órgãos governamentais incorporem-na no desenho, na implementação e na avaliação de suas ações. A transversalidade está ligada com o fortalecimento das questões de gênero em qualquer âmbito de atuação do poder público e de tomada de decisão (SEVERI, 2011).

CAPÍTULO 3 – a prisão preventiva de gestantes e mães no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

3.1. Pesquisa empírica no direito e a análise de conteúdo – breves considerações

A pesquisa empírica é um procedimento de investigação baseado na observação dos fatos como fonte de produção de conhecimento. Na área do direito, é um campo em crescimento. A carência de pesquisas empíricas na área jurídica, há até poucos anos, poderia ser justificada por ser um desafio para o campo, seja porque os seus atores não estavam familiarizados com essa metodologia, seja porque estariam acostumados a pensar o direito a partir de ideais abstrato-normativos, ou socializados na lógica do contraditório (LIMA e BAPTISTA, 2014).

Contudo, pesquisadores do campo do direito, focados nas diversas formas de estudar o sistema de justiça, começam a dedicar-se à realização de pesquisas empíricas com o objetivo principal de observar a efetividade da lei, a eficácia das instituições jurídicas e a garantia de respeito aos direitos de todos os cidadãos (IGREJA, 2017). Os resultados obtidos a partir de pesquisas empíricas proporcionam um maior conhecimento sobre as instituições que compõem o sistema de justiça, incluindo o poder judiciário e demais instâncias de outros poderes que dele participam, em diversos aspectos. São pesquisas que pressupõem o direcionamento do olhar para o contexto fático, permitindo uma relativização dos conceitos ideais, o que se mostra fundamental para repensar o direito e as suas formas de materialização (LIMA e BAPTISTA, 2014).

Os estudos sociojurídicos têm condição de nos revelar o direito vivo, o direito em ação, o direito enquanto um conjunto de procedimentos e processos que, através de inúmeras buscas, interpretações e avaliações culminam com a decisão, momento supremo de sua concretude (PIMENTEL; SCHRITZMEYER; PANDJIARJIAN, 1998, p. 44). Nesse sentido, vale mencionar, como exemplo, pesquisas empíricas no direito que explicitam a seletividade do sistema de justiça criminal, como a desenvolvida por Beatriz Vargas (2011), que observa o perfil socioeconômico dos condenados por tráfico de drogas no Distrito Federal, Marina Quezado Grosner (2008), sobre a seletividade revelada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a partir do trancamento da criminalização secundária por decisões em *habeas corpus*, e Carolina Costa Ferreira (2010), sobre a diferenciação entre o tratamento empregado pelo

sistema penal aos condenados por crimes contra o patrimônio e aqueles condenados a crimes contra a administração pública, tanto no discurso empregado, quanto nos efeitos da condenação.

Observa-se, portanto, que a realização de pesquisas empíricas no direito pode contribuir para a análise de práticas judiciais, de forma a diagnosticar fissuras no sistema de justiça para possibilitar o seu aprimoramento, viabilizando a elaboração de políticas públicas e de dispositivos que promovam melhoras no âmbito do Poder Judiciário, conforme sustentam Kant de Lima e Bárbara Baptista:

“Estudar o Direito, suas práticas, instituições e tradições, a partir de uma perspectiva empírica, é o que permitirá perceber, como inúmeras pesquisas já apontaram, que o Direito que se pratica está muito distante do Direito que se idealiza. Olhar para a realidade fática, construída de acordo com métodos das ciências humanas e sociais, vai possibilitar ver em que medida essa distância se verifica e, a partir disso, sem negar nem criminalizar as eventuais discrepâncias, engendrar, pelo contrário, o que é necessário fazer para alterar o rumo desses caminhos tão dissonantes, seja para aproximá-los, seja para começar a pensá-los a partir de outro viés que frutifique em práticas e medidas que viabilizem transformações positivas a serem usufruídas pelos Tribunais e, principalmente, pela sociedade” (LIMA; BAPTISTA, 2014, p. 16).

A pesquisa empírica em direito tem como principal fonte os documentos, que são mobilizados tanto nas pesquisas quantitativas quanto nas qualitativas. Na pesquisa documental, são coletadas e selecionadas informações através da leitura de documentos, dentre os quais encontram-se as decisões e acórdãos judiciais. Contudo, diferentemente da pesquisa bibliográfica, a documental recorre, geralmente, a fontes primárias, ou seja, dados originais que ainda não receberam tratamento e que serão analisados pelo pesquisador (SÁ-SILVA; ALMEIDA; GUINDANI, 2009)

A busca pelo sentido de um texto pode ser realizada a partir de um método muito utilizado na análise de dados qualitativos, que é a análise de conteúdo, definida por Bardin (2016) como

“um conjunto de técnicas de análise das comunicações visando obter, por procedimentos, sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens, indicadores (quantitativos ou não) que permitam a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção/recepção (variáveis inferidas) destas mensagens” (BARDIN, 1977, p. 42).

O conteúdo de uma comunicação geralmente apresenta uma visão polissêmica, que permite ao pesquisador qualitativo uma variedade de interpretações. A abordagem desses conteúdos demanda um esforço no sentido de visualizá-los como campo objetivo, a princípio mais palpável, e como campo simbólico, que representa o que não está presente na mensagem.

Os conteúdos manifestos ou explícitos representam o ponto de partida. No entanto, nem sempre aquilo que está escrito é o que o autor queria dizer, ou seja, nem sempre os significados

são expressos com clareza absoluta, ou fica evidente onde acaba a subjetividade e começa o simbólico. Esse é um ponto de extrema importância para a análise de conteúdo, pois, se de um lado pode haver uma situação de negação da subjetividade humana, de outro pode haver a imposição dos próprios valores do pesquisador em desconsideração a um pressuposto básico da pesquisa qualitativa, em que os dados são analisados levando-se em consideração os significados atribuídos pelo sujeito da pesquisa. Dessa forma, a análise de conteúdo não deve ser excessivamente vinculada ao texto ou à técnica, um formalismo excessivo, nem tão subjetiva a ponto de impor as ideias e valores do pesquisador, de forma que o texto passe a ser apenas uma confirmação dessas ideias.

Um aspecto importante da análise de conteúdo é que ela é feita a partir da mensagem e tem por finalidade a produção de inferências, que significa não somente produzir suposições subliminares sobre determinada mensagem, mas também embasá-las com pressupostos teóricos de diversas concepções de mundo e com as situações concretas de seus produtores ou receptores, visualizadas de acordo com o contexto histórico e social de sua produção e recepção.

Segundo Bardin (2016), a análise de conteúdo, em geral, apresenta as seguintes fases: 1) a pré-análise ou fase de organização, compreendida pela leitura flutuante, ou seja, o primeiro contato com os documentos a serem analisados, a escolha dos documentos, com a formação de um *corpus*, a formulação das hipóteses e dos objetivos, a referenciação dos índices e a elaboração de indicadores, a preparação do material; 2) a exploração do material, em que são realizadas operações de codificação; 3) o tratamento dos resultados obtidos e a interpretação.

A seleção das unidades de análise ou unidades de significados é orientada pelas perguntas da pesquisa que necessitam ser respondidas, incluindo frases, parágrafos, sentenças, sendo muito comum a análise temática. A categorização e sub-categorização são a classificação de elementos constitutivos de um conjunto por diferenciação e por reagrupamento, segundo o gênero. Pode se desenvolver de forma apriorística, ou seja, o pesquisador possui de antemão categorias pré-definidas, ou não apriorística, em que a categorização emerge do contexto das respostas dos sujeitos das pesquisas. A análise de conteúdo constitui um bom instrumento de indução para se investigarem as causas, ou variáveis inferidas, a partir dos efeitos, ou variáveis de inferência ou indicadores (BARDIN, 2016).

Trazendo essas análises para a presente investigação, é importante dizer que uma das razões para a pesquisa empírica em decisões judiciais é a possibilidade real, indo além das discussões teóricas, doutrinárias e filosóficas, de identificação dos discursos e narrativas dos atores do sistema de justiça sobre as representações sociais refletidas nos documentos, e

também sobre como se exerce o poder de julgar o outro. Como afirmam Fabiana Luci de Oliveira e Virgínia Ferreira Silva, ao ler um processo em busca de dados para pesquisa quer-se atingir o ato de pensamento que produziu o discurso (2005, p. 256).

A pesquisa a partir de processos judiciais, na qualidade de documentos escritos, históricos e oficiais, traz, pelo menos, duas implicações metodológicas: a questão do poder e a da interpretação. Poder porque os documentos judiciais são, ainda que indiretamente, um produto do Estado, e implicam a utilização de uma linguagem específica, e linguagem é poder. O que há nos processos é o Estado falando. As manifestações dos juízes representam ora o poder do discurso coletivo, ora o poder do discurso individual. As manifestações das partes e testemunhas são também um exercício de poder, que, embora filtrado pelo juiz e servidores, ainda assim são relevantes para identificar as representações sociais do grupo a que pertencem. Interpretação porque, ao lidar com os processos judiciais, trabalha-se com o texto escrito, e não o acontecimento em si (OLIVEIRA e SILVA, 2005, 245-248).

3.2. Principais fundamentos para negar a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar. Panorama dos dados

A presente pesquisa se desenvolveu a partir da análise quantitativa e qualitativa de acórdãos proferidos em *habeas corpus* pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e teve como objetivo geral identificar a fundamentação utilizada pelos desembargadores do tribunal para excepcionar os marcos legais e jurisprudenciais na imposição de prisões cautelares a mães de crianças e de pessoas com deficiência e gestantes, especialmente após o julgamento do HC 143.641/SP pelo STF.

As perguntas que orientaram a pesquisa foram: quais os principais fundamentos para o descumprimento dos marcos legais e da decisão do STF no HC 143.641/SP nos pedidos de substituição da prisão preventiva de mães e gestantes por prisão domiciliar? Foram utilizados estereótipos de gênero para fundamentar a negativa dos pedidos?

No recorte do objeto da presente pesquisa foram selecionados os acórdãos prolatados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no ano de 2018, em *habeas corpus* criminais que versavam sobre os pedidos de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar em casos de gestantes e mães de crianças e de pessoas com deficiência, acusadas da prática de crimes. O período selecionado levou em consideração o ano de julgamento do *habeas corpus*

coletivo e abarca tanto a decisão colegiada de fevereiro de 2018 quanto a decisão monocrática proferida pelo ministro Ricardo Lewandowski em outubro de 2018.

Nesse contexto, pretendia-se identificar os principais argumentos utilizados pelo tribunal para negar os pedidos de substituição da prisão preventiva por domiciliar, mas também buscar traçar um perfil argumentativo nos padrões decisórios concernentes ao encarceramento de mulheres mães e gestantes e identificar um possível juízo de valor, com atribuição de estereótipos de gênero, na análise da situação dessas mulheres.

A pesquisa foi feita por meio do sítio eletrônico do TJSP na Internet (www.tjsp.jus.br) na seção “Jurisprudência” com os argumentos: “prisão E preventiva E domiciliar E mãe”, no período de 01.01.2018 a 31.12.2018, selecionando os acórdãos da classe “*habeas corpus* criminal”, com origem no 2º grau. O uso do argumento escolhido possibilitou, inicialmente, a localização de uma lista de 775 processos, contendo as seguintes informações: número do processo, classe/assunto, relator, comarca, órgão julgador, data de julgamento, data de publicação, ementa (de alguns) e o inteiro teor do acórdão em formato PDF.

Essas informações foram transpostas para uma lista de Excel, classificada em ordem decrescente da data de julgamento. Optou-se por utilizar o software Excel para o preenchimento da planilha pela possibilidade de exportação de dados para outros softwares e de implementação de filtros, bem como pela facilidade de acesso e manuseio pela pesquisadora.

Em uma segunda seleção, desta vez manual, a partir da análise do conteúdo dos acórdãos em PDF, foram identificados os impetrantes dos *habeas corpus* (Defensoria Pública, advogado/a particular ou a própria paciente) e os resultados do julgamento, classificados pelo TJSP como: denegaram a ordem, concederam a ordem, indeferido, impetração liminarmente indeferida, prejudicado, não conhecido, homologada a desistência, extinto sem julgamento de mérito. Neste momento, foram excluídos da tabela casos em que o paciente era homem, mesmo que tivesse pleiteado a substituição da prisão nos moldes delimitados pela pesquisa, bem como um caso que estava em duplicidade no resultado da lista inicial, ficando um total de 685 processos.

A partir da classificação dos resultados e levando em consideração o objeto da pesquisa, que busca o posicionamento do TJSP sobre a negativa dos pedidos de prisão domiciliar, foi possível separar aqueles em que a ordem foi concedida, os prejudicados, os que tiveram pedido de desistência, os que não foram conhecidos ou foram indeferidos, esses últimos apenas nos casos em que versavam sobre condenação definitiva ou por ser mera reiteração de um outro pedido. Importa observar que, durante a leitura dos acórdãos, foi possível identificar casos em

que a decisão de “não conhecimento” não dizia respeito a questões formais, equivalendo, de fato, a uma decisão denegatória.

Da mesma forma, houve casos em que o resultado contido no acórdão dizia respeito a outros pedidos veiculados no *habeas corpus* e não ao pleito de substituição da prisão preventiva por domiciliar. Nessas hipóteses, o resultado foi manualmente alterado de acordo com o julgamento do pedido de concessão da domiciliar. Outra modificação realizada na classificação original fornecida pelo site do TJSP diz respeito à classe/assunto, que por vezes não correspondia exatamente ao crime em questão ou referia-se a uma classificação processual.

Após essa identificação e feitas as mencionadas exclusões, remanesceram 424 acórdãos em que o mérito foi analisado e o pedido foi negado. O universo de processos selecionados para a leitura levou em consideração a proposta de estudo no presente trabalho. Nessa etapa, foram identificados os principais fundamentos para negar o pedido de substituição da prisão preventiva por domiciliar, a menção ou não ao HC 143.641/SP, bem como se foram utilizados argumentos relacionados a estereótipos de gênero e avaliações morais sobre a vida e o perfil da paciente. Com a leitura dos acórdãos, alguns aspectos e características extraídos dos julgados foram observados e anotados de forma livre em um campo aberto, o que permitiu a identificação de alguns padrões decisórios, além de casos interessantes para a pesquisa.

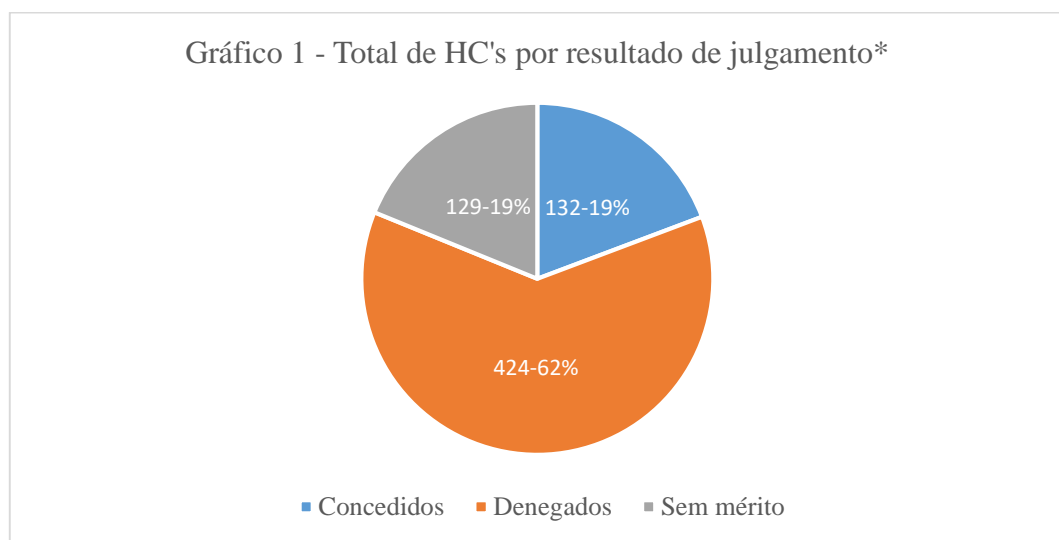
É importante considerar que os *habeas corpus* são formados com os documentos instruídos pelo impetrante e, em alguns casos, por informações solicitadas pelo relator do processo. Portanto, os dados contidos no texto do acórdão, como quantidade e idade dos filhos, circunstâncias do crime, detalhes da sentença condenatória e da imposição de pena, transcrições de pareceres e decisões, são aqueles relatados por quem o lavrou, de forma que nem sempre correspondem a todas as informações importantes do processo ou do caso em si.

Nesse sentido, a pesquisa cuja única fonte é constituída pelos acórdãos não acessa diretamente o acontecimento (o julgamento ou a própria situação que levou ao julgamento), mas um texto de terceiros (os magistrados) que reconta e analisa os fatos (COACCI, 2013, p. 102-103). Dessa forma, as conclusões obtidas a partir da análise dos acórdãos devem levar em conta as limitações inerentes a esse tipo de documento, uma vez que o texto disponível pode ser mais longo ou menos, a depender da complexidade do caso, das convicções pessoais do julgador e do estilo de escrita.

Os dados contidos na lista extraída pela busca no site foram submetidos a uma análise quantitativa de ocorrência.

Feitas as observações de ordem metodológica, passemos aos resultados quantitativos da pesquisa. O primeiro aspecto analisado diz respeito à quantidade de processos por resultado de julgamento (Gráfico 1). Como anteriormente mencionado, dos 775 processos inicialmente selecionados, 1 foi excluído por estar em duplicidade no resultado da pesquisa e 89 foram excluídos porque os pacientes eram homens. Dos 685 restantes, 556 tiveram o mérito analisado, dentre os quais a ordem foi concedida em 132 casos e o pedido negado em 424. Os outros 129 dizem respeito a pedidos não conhecidos, julgados prejudicados, com pedido de desistência ou com trânsito em julgado.

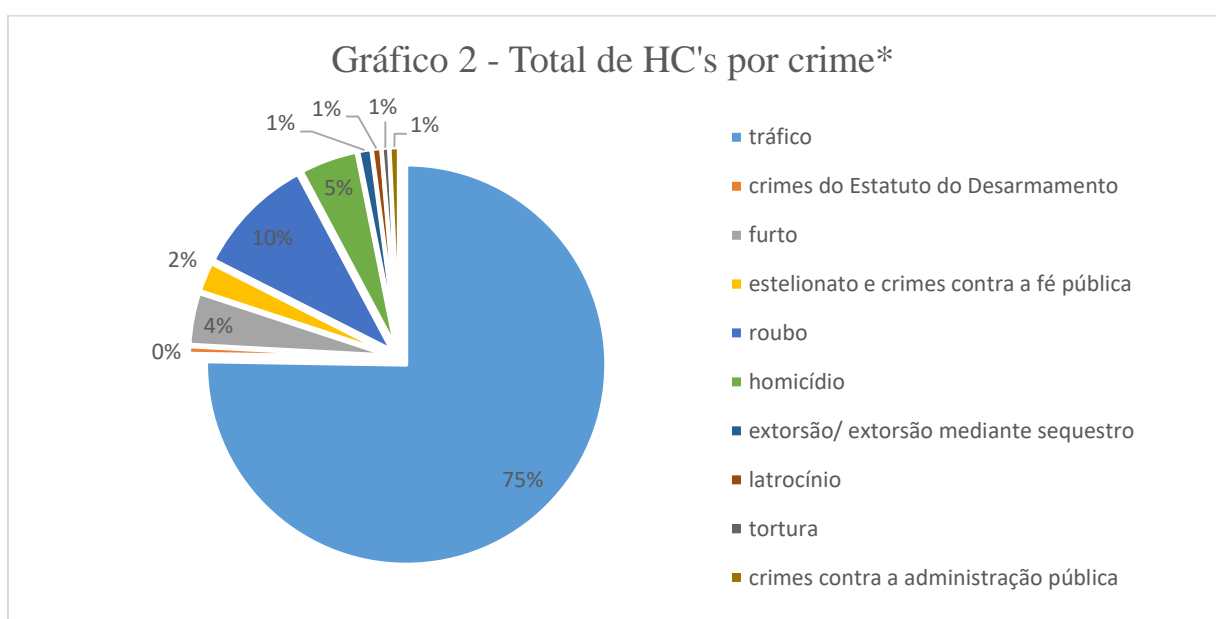
Gráfico 1 – Total de *habeas corpus* por resultado de julgamento



*Foram contabilizados todos os acórdãos resultantes da busca, exceto aqueles em que os pacientes eram homens e o que estava em duplicidade, resultando no total de 685.

Fonte: Elaborada pela autora (2022), com base em leitura de acórdãos

Gráfico 2 – Total de *habeas corpus* por crime



*Foram contabilizadas todas as 685 decisões, inclusive aquelas cujo mérito não foi analisado.
 Fonte: Elaborado pela autora (2022), com base em leitura de acórdãos

Os dados apresentados no Gráfico 2 dizem respeito à distribuição dos processos por tipo de crime e demonstram que a maior parte das impetrações refere-se a crimes cometidos sem violência ou grave ameaça. No caso, tráfico (75%), furto (4%), estelionato e crimes contra a fé pública (2%) somam 81% dos pedidos de substituição da prisão preventiva por domiciliar, enquanto que os crimes cometidos com violência ou grave ameaça (latrocínio – 1%, extorsão – 1%, homicídio – 5%, e roubo – 10%) somam 17%.

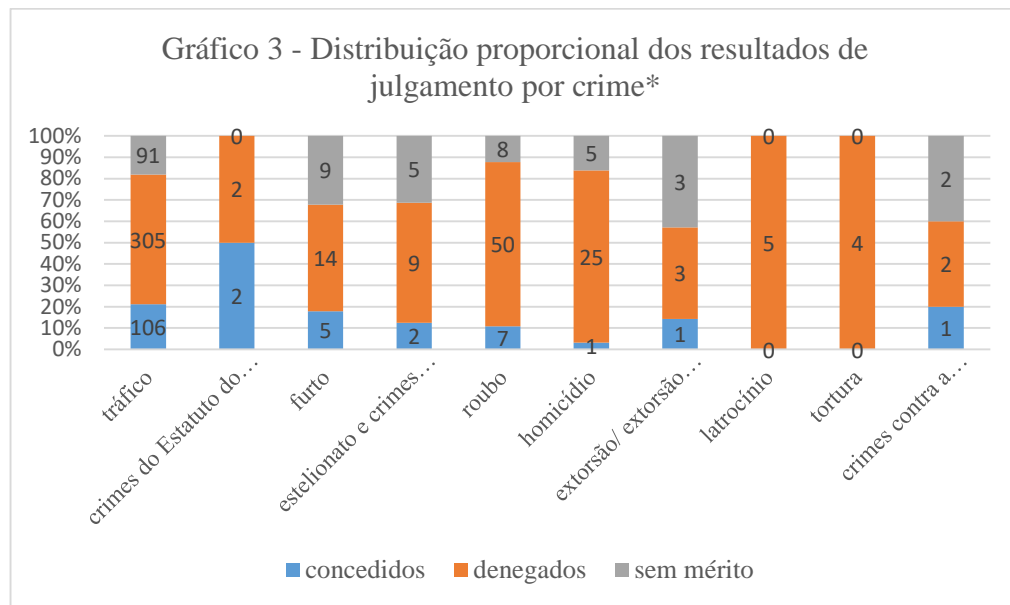
Deve ser levado em consideração o fato de que a concessão da ordem coletiva pelo STF provocou um novo olhar de juízes e tribunais sobre a imposição da prisão preventiva de mães e gestantes, além de uma reavaliação das prisões já decretadas, o que possivelmente aumentou o número de pedidos junto aos tribunais nos casos potencialmente enquadráveis nos limites da decisão concessiva. Realmente, a partir da Tabela 1, é possível verificar que a maioria dos *habeas corpus* foi julgada entre os meses de março e agosto, ou seja, logo após a decisão do STF.

Tabela 1 – Total de *habeas corpus* por resultado de julgamento, por mês

Tabela 1 – Total de HC's por resultado de julgamento/mês*				
Meses	Concedidos	Denegados	Sem mérito	Total
janeiro	3	11	2	16
fevereiro	9	31	11	51
março	28	34	16	78
abril	17	44	19	80
maio	18	51	22	91
junho	19	53	10	82
julho	10	32	8	50
agosto	5	76	13	94
setembro	6	28	7	41
outubro	4	25	6	35
novembro	7	19	7	33
dezembro	6	20	8	34

*Para a contabilização, foi considerada a data do julgamento.
 Fonte: Elaborado pela autora (2022), com base em leitura de acórdãos

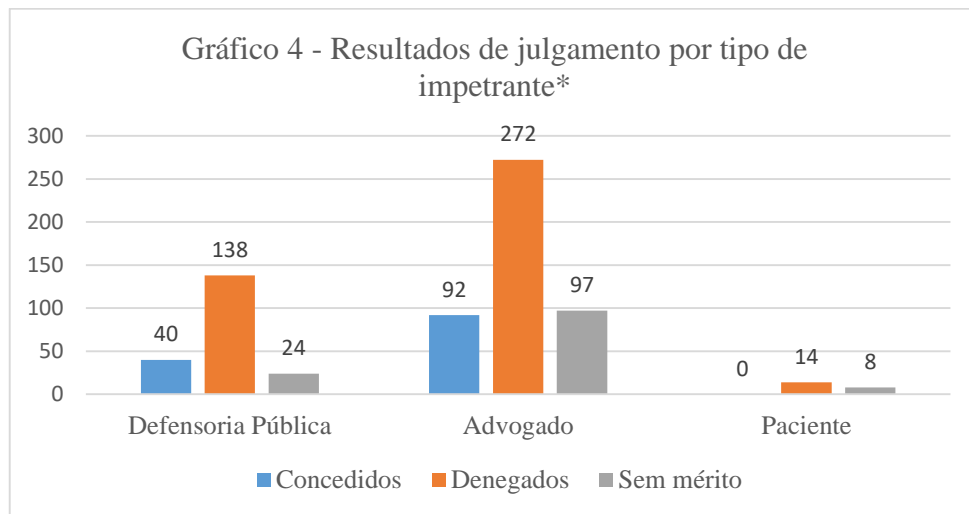
Essa mesma dinâmica foi verificada pelo ITTC no relatório “Mulheres em prisão”, que observou, durante a pesquisa, o crescimento de 75% nos pedidos de prisão domiciliar após a decisão do STF (ITTC, 2019).

Gráfico 3 – Distribuição proporcional dos resultados de julgamento por crime

*Neste caso, considerou-se o percentual de concessões e denegações por tipo de crime: tráfico, crimes do Estatuto do Desarmamento, furto, estelionatos e crimes contra a fé pública, roubo, homicídio, extorsão/ extorsão mediante sequestro, latrocínio, tortura, crimes contra a administração pública.

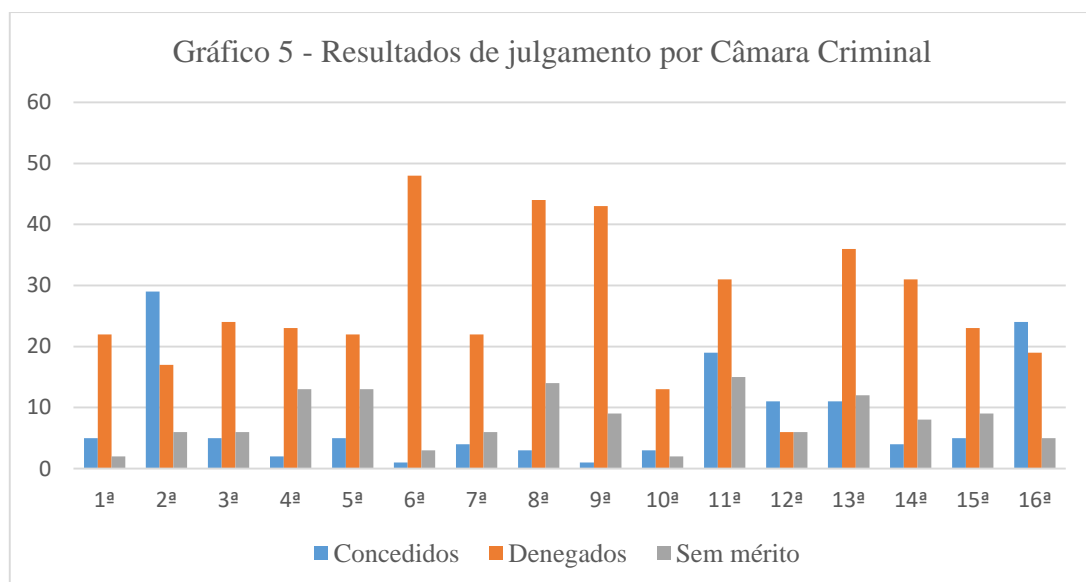
Fonte: Elaborado pela autora (2022), com base em leitura de acórdãos.

No Gráfico 3, verifica-se que a proporção entre decisões sem análise de mérito, ordens concedidas e denegadas por tipo de crime. Percebe-se que o melhor índice de concessão diz respeito aos crimes do estatuto do desarmamento (50%). Contudo, a quantidade total de processos relacionados a esse crime é relativamente pequena (apenas 4). Por outro lado, os crimes cometidos com violência ou grave ameaça tiveram um baixo índice de concessão, chegando a zero nos casos de latrocínio e tortura. O crime de tráfico de drogas foi o que mais incidiu, em números absolutos, tanto nas concessões quanto nas denegações, com um índice de concessão de 21,11%.

Gráfico 4 – Resultados de julgamento por tipo de impetrante

*Para essa análise, não houve separação entre advogados particulares e dativos.
 Fonte: Elaborado pela autora (2022), com base em leitura de acórdãos.

Um outro aspecto relevante que pôde ser extraído dos dados colhidos na pesquisa foi a atuação dos impetrantes (Gráfico 4). Verificou-se que 461 *habeas corpus*, a maioria dos ajuizados no período, foram impetrados por Advogados, enquanto que 202 foram impetrados pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo e 22 pela própria paciente.

Gráfico 5 – Resultados de julgamento por Câmara Criminal

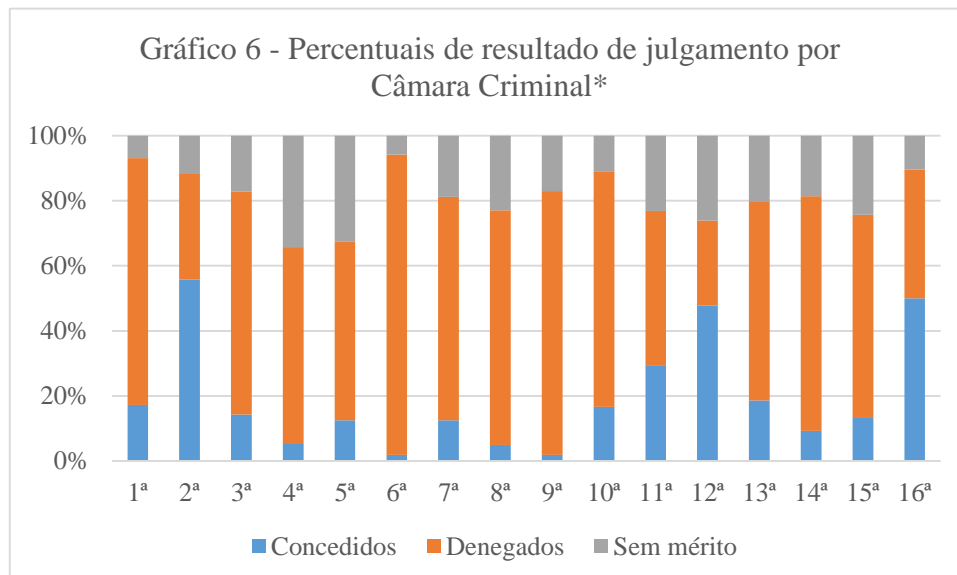
Fonte: Elaborado pela autora (2022), com base em leitura de acórdãos.

Também foi possível extrair dados dos resultados por câmara julgadora, a revelar aspectos inerentes à forma de julgar do Tribunal (Gráfico 5). Com relação às concessões, verifica-se que as Câmaras Criminais que mais concederam ordens de *habeas corpus*, em

números absolutos, foram, respectivamente: a 2ª (29), 16ª (24), 11ª (19), 12ª (11), 13ª (11). Por outro lado, as Câmaras Criminais que menos concederam *habeas corpus*, em números absolutos, foram: a 6ª (1), 9ª (1), 4ª (2), 8ª (3) e 10ª (3). Sobre a quantidade de pedidos denegados, as que mais negaram pedidos, em números absolutos, foram: a 6ª (48), 8ª (44), 9ª (43), 13ª (36), 11ª (31) e 14ª (31). As Câmaras Criminais que menos negaram pedidos, em números absolutos, foram: a 10ª (13), 2ª (17), 16ª (19), 1ª (22) e 5ª (22).

É importante pontuar que, no universo selecionado, a quantidade total de processos julgados por desembargador e por turma difere bastante. Na lista de processos extraída no site do TJSP há casos em que um desembargador relatou 21 processos, enquanto outros relataram apenas 1.

Gráfico 6 – Percentuais de resultado de julgamento por Câmara Criminal



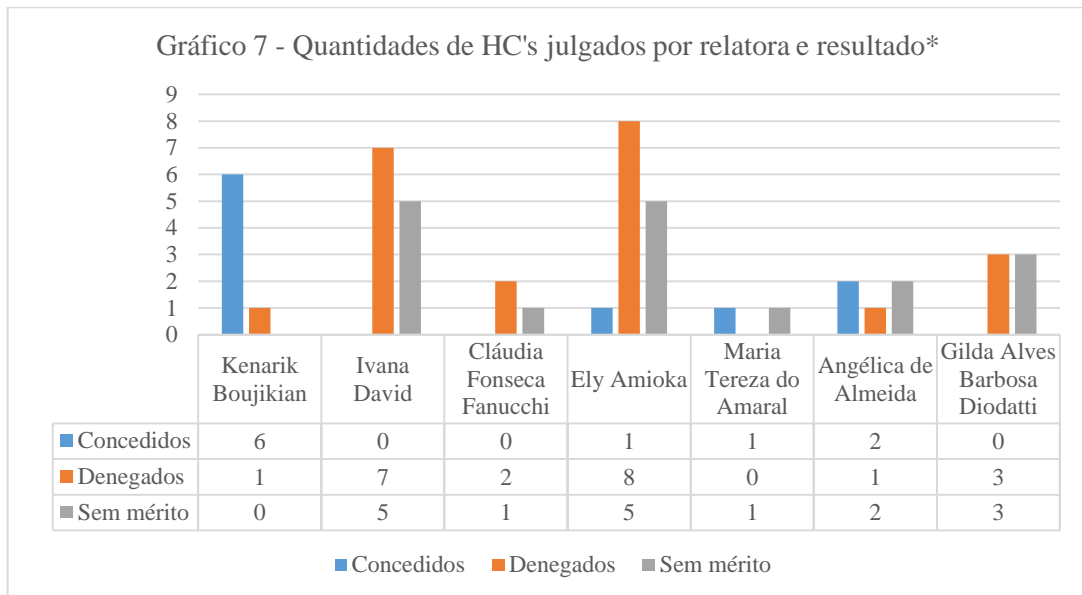
* Para a contabilização, foi considerado o total de concessões e de denegações pelo total de processos julgados por cada Câmara Criminal, excluídas as impetrações cujos pacientes eram homens e a que estava em duplicidade.
Fonte: Elaborado pela autora (2022), com base em leitura de acórdãos.

Em números relativos (Gráfico 6), considerando o total de processos julgados por câmaras, aquelas que mais concederam a ordem foram as seguintes: 2ª (55,77%), 16ª (50%), 12ª (47,83%), 11ª (29,23%) e 13ª (18,64%). Já as Câmaras Criminais que menos concederam foram: 9ª (1,89%), 6ª (1,92%), 8ª (4,92%), 4ª (5,26%) e 14ª (9,3%).

Um outro dado sobre a atuação das câmaras diz respeito aos processos nos quais foram identificados a atribuição de estereótipos de gênero, que serão analisados no item 3.3. A maioria dos acórdãos selecionados foi prolatada pela 6ª, 8ª e 9ª Câmaras Criminais, que também figuram

entre as que mais denegaram ordens de *habeas corpus*. Tal constatação pode indicar uma tendência mais conservadora dos membros desses colegiados sobre o assunto pautado.

Gráfico 7 – Quantidades de *habeas corpus* julgados por relatora e resultados



*Neste caso, levou-se em consideração o número de acórdãos relatados por cada desembargadora e o resultado do julgamento.

Fonte: Elaborado pela autora (2022), com base em leitura de acórdãos.

A pesquisa também revelou que dos 94 desembargadores relatores apenas 7 eram mulheres, o que indica uma baixa representatividade das mulheres entre os membros em atuação na segunda instância no TJSP, ainda que esses dados digam respeito apenas às Câmaras Criminais relacionadas na pesquisa. Por outro lado, não foi possível verificar um viés de gênero na atuação das desembargadoras a partir dos resultados obtidos.

Os dados acima apresentados, embora submetidos a uma análise quantitativa de ocorrência, refletem aspectos do conteúdo decisório, referindo-se ao discurso judicial. Nas pesquisas qualitativas em processos judiciais, o elemento mais relevante é o discurso dos autores dos documentos e das várias representações sociais que se pode encontrar nele. Os processos judiciais encerram narrativas das pessoas (atores institucionais e sociais) envolvidas, que contam muito sobre a identidade cultural e a representação social dos emissores – além das articulações de poder que os envolvem (OLIVEIRA e SILVA, 2005).

O discurso não é apenas uma forma de falar sobre um tema, mas também é a forma como se pensa e se atua sobre esse tema (FACIO, 2002). Por discurso, na presente pesquisa, compreendem-se os argumentos que compõem e estruturam os textos trazidos pelos desembargadores nos seus votos, o que inclui a citação de decisões dos juízes e juízas de

primeira instância e pareceres dos membros do Ministério Público. Percebe-se que, na prática, o momento da aplicação do direito não é apenas o de subsunção do fato à norma jurídica, mas também a ocasião em que são ressaltados os valores sociais daqueles que analisam os fatos. Esses valores podem ser atravessados por estereótipos e preconceitos que inconscientemente atuam nas argumentações dos atores da justiça.

Nesta fase, optei pela linha da análise de conteúdo, como explicada no início deste capítulo, com a categorização dos fundamentos dos acórdãos de acordo com as perguntas de pesquisa, implementando-se a busca dos sentidos contidos nos textos dos acórdãos a partir de uma perspectiva crítica de gênero, de modo a identificar categorias implícitas e o possível emprego de estereótipos discriminatórios.

Quanto aos principais fundamentos para negar a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, não foram extraídos dados absolutos. Os argumentos selecionados para a análise são aqueles identificados como os mais recorrentes nas decisões denegatórias e não serão apresentados por maior ou menor incidência. Como já mencionado, a pergunta que se pretendeu responder consiste em “quais foram os principais fundamentos utilizados pelo TJSP para, excepcionando os marcos legais e jurisprudenciais, negar os pedidos de substituição da prisão preventiva por domiciliar de mães de crianças e de pessoas com deficiência e gestantes após o julgamento do HC 143.641/SP pelo STF”. Esta não é uma conclusão à qual se pretendeu conferir um tratamento estatístico.

A busca para a resposta a essa pergunta se deu a partir da leitura e comparação dos textos, com identificação e anotações referentes aos principais fundamentos para decidir. Não foram utilizadas técnicas de contagem de palavras ou frequência de expressões.

O período selecionado levou em consideração todo o ano de 2018. Isso implica dizer que algumas das decisões analisadas foram proferidas antes da ordem emanada pelo STF em fevereiro de 2018 e outras depois da decisão monocrática proferida pelo ministro Ricardo Lewandowski, em outubro de 2018.

É importante pontuar que os argumentos extraídos da pesquisa não constituem o único motivo para o indeferimento de cada uma das decisões. Na verdade, em geral os acórdãos utilizam mais de um deles para justificar a negativa do pleito em questão. Para fins metodológicos, esses fundamentos foram separados de acordo com sua similaridade, embora não traduzidos em dados estatísticos.

Para uma melhor compreensão dos resultados apresentados, bem como para uma maior transparência sobre a metodologia utilizada, é necessário esclarecer que a ordem exarada pelo

STF diz respeito à substituição da prisão preventiva por domiciliar. Portanto, o objetivo da pesquisa não é identificar e analisar os fundamentos específicos referentes à manutenção da prisão preventiva. Contudo, na maior parte das decisões, a avaliação sobre o cabimento da prisão domiciliar é feita em conjunto com aspectos da prisão preventiva ou fazem referência a eles. Por essa razão, também foram classificados na pesquisa, como razões de decidir.

Especificamente sobre os argumentos relativos aos estereótipos e avaliações morais sobre a vida e o perfil das pacientes, foram selecionados 50 acórdãos, cujos trechos serão transcritos e analisados em um tópico separado.

A decisão da Segunda Turma do STF no HC 143.641/SP, proferida em 20.02.2018, ao determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, excepcionou a ordem em três situações:

- a) Crimes praticados por elas contra seus descendentes;
- b) Crimes praticados mediante violência ou grave ameaça;
- c) Situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício para excepcionar a decisão do STF.

Em razão do número de questionamentos sobre o alcance da decisão e de relatos sobre o descumprimento da ordem concedida, em 24.10.2018, o ministro relator do *habeas corpus* proferiu decisão monocrática para fazer novos esclarecimentos e delimitar o que não poderia ser considerado como excepcionalidade ou óbice à substituição da prisão.

A partir dos dados extraídos da pesquisa foi possível identificar, além das três situações excepcionais estabelecidas pelo Supremo, diversos outros fundamentos utilizados pelo TJSP no ano de 2018 para negar o pedido de substituição da prisão preventiva em domiciliar. Apenas os mais recorrentes serão mencionados, por razões de restrições metodológicas, acompanhados de trechos dos acórdãos sobre o tema em questão.

No início da pesquisa havia uma expectativa sobre os fundamentos possivelmente utilizados para negar a substituição da prisão preventiva por cautelar, bem como sobre uma resistência em reconhecer a excepcionalidade da prisão, especialmente pelas informações carreadas aos autos do *habeas corpus* e mencionadas na decisão monocrática proferida pelo ministro Ricardo Lewandowski, conforme a narrativa contida no Capítulo 1. A leitura dos acórdãos confirmou a expectativa inicial, identificando não só os fundamentos apontados pelo ministro relator como alguns outros, que desbordaram dos limites traçados pelo STF na concessão da ordem coletiva.

3.2.1. A substituição da prisão preventiva por domiciliar: direito subjetivo ou faculdade do juiz?

Esse argumento foi utilizado na maior parte dos indeferimentos dos pedidos formulados antes da decisão no HC 143.641/SP, embora não de forma isolada. Contudo, apesar ordem exarada pelo STF, os julgadores do Tribunal paulista continuaram a afirmar que a substituição é faculdade do juiz. Por vezes, houve alegações no sentido de que a decisão concessiva não pode ser um passaporte para a impunidade, ou de que o fato de possuir filhos não é salvo conduto que torne a paciente imune à prisão, ou ainda, que a condição de mãe não torna a mulher imune a ser recolhida em estabelecimento prisional.

(316) “(...) não se pode admitir, aqui, neste contexto, a utilização de sua condição de mãe como um salvo-conduto para que se subtraia às consequências de seu acintoso e reprovável comportamento. (Habeas Corpus 2102963-28.2018.8.26.0000/316, 13ª Câmara Criminal, j. 19.07.2018)

Esses fundamentos vêm sendo utilizados, inclusive, como orientação jurisprudencial do próprio tribunal:

(649) ““(...) o fato de uma mulher ter filhos pequenos não se converte em licença para que ela pratique crimes e, mesmo assim, permaneça solta, sob o argumento de que sua presença em casa é indispensável para a criação dos filhos”. (Habeas corpus nº 2131974-73.2016.8.26.0000, 11ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Xavier de Souza, julgado em 03/08/16). (Habeas Corpus 2002686-04.2018.8.26.0000/649, 11ª Câmara Criminal, j. em 21.03.2018)

É importante ressaltar que a decisão proferida pelo STF no HC 143.641/SP não consistiu em mera orientação para os juízes sobre como proceder nos casos de prisão preventiva de mães e gestantes, mas sim numa ordem coletiva concedida em favor de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, salvo nos casos excepcionados, que deverão ser justificados quando denegado o benefício.

3.2.2. Criança em situação de risco ou da inexistência de familiares aptos a cuidar da criança: “imprescindibilidade da mãe”

O argumento de ausência de prova da imprescindibilidade da mãe foi utilizado em pelo menos 146 acórdãos, sendo o mais recorrente para negar a concessão da prisão domiciliar,

inclusive como único fundamento³⁸, mesmos nos casos em que havia a juntada da certidão de nascimento, da declaração da paciente ou de algum familiar sobre a existência de filhos e onde residiam, como apresentado nos casos seguintes:

(687) “[...] inadmissível a substituição da prisão preventiva por uma das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, ou pela prisão domiciliar prevista no art. 318 do mesmo Diploma Legal, uma vez que sequer comprovou tal situação, ressaltando que, conforme carta da mãe da paciente (fls. 21), esta estaria residindo na residência daquela, desde que se separou, demonstrando que, eventual prole estaria aos cuidados da avó materna”. (Habeas Corpus 2010427-95.2018.8.26.0000/687, 3ª Câmara Criminal, j. em 06.03.2018)

(756) “No que tange à prisão domiciliar, como já mencionado, o feito não foi instruído com documentos aptos a demonstrar a necessidade e suficiência da medida. Ademais, conforme apontado na decisão de origem, a genitora de Nayara reside na mesma casa e poderá cuidar do (s) netos (s).” (Habeas Corpus 2240391-86.2017.8.26.0000/756, 13ª Câmara Criminal, j. em 01.02.2018)

(116) “[...] não restou demonstrado que a presença da paciente seja imprescindível para os cuidados do filho menor, somente a afirmação de que é mãe e arrimo de família, sem, contudo comprovar tal situação, sem olvidar que foi informado pela impetrante que a criança está sob os cuidados da avó”. (Habeas Corpus 2161337-37.2018.8.26.0000/116, 4ª Câmara Criminal, j. em 09.10.2018)

(139) “Isto porque a paciente não se desincumbiu de comprovar que não há outros parentes que possam cuidar e prover as necessidades das 04 (quatro) crianças menores de 10 (dez) anos, que estão sob os cuidados da cunhada, sendo que a mera ausência de registro de genitor nas certidões de nascimento não faz tal comprovação, razão pela qual a substituição da prisão preventiva da ré por prisão domiciliar não encontra justificativa legal”. (Habeas Corpus 0031498-90.2018.8.26.0000/139, 10ª Câmara Criminal, j. em 20.09.2018)

(769) “Todavia, o fato de a acusada ser genitora de menor ou estar gestante, não impõe, isoladamente, a concessão da benesse pleiteada, até mesmo porque, no caso da criança, não se trata de recém-nascido desacompanhado de familiar. A defesa da acusada, por outro lado, não logrou comprovar que ninguém está cuidando de seu filho e que não há alternativas à revogação da prisão necessária.

Com efeito, para que seja concedido o benefício da substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, com fulcro no artigo 318, inciso III, do CPP, é necessária a comprovação de que a presença da acusada é imprescindível para os cuidados do infante, o que não restou demonstrado”. (Habeas Corpus 2002717-24.2018.8.26.0000/769, 3ª Câmara Criminal, j. em 23.01.2018)

(118) “No caso em tela, não constam, contudo, documentos comprobatórios de tal situação, mas tão somente mera declaração unilateral por parte da interessada e cópia de documento referente à filiação (nos autos de origem às fls. 18, consta como responsável pelos cuidados dos filhos da paciente sua mãe Silvana Regia Lima Araújo). (Habeas Corpus 2195678-89.2018.8.26.0000/118, 8ª Câmara Criminal, j. 11.10.2018)

Em muitos dos casos essa justificativa é seguida pela afirmação de que as crianças estão sob os cuidados de alguém, geralmente a avó, irmã ou cunhada, o que é imediatamente considerado como alternativa para a atividade de cuidado, sem qualquer comprovação (como a

³⁸ P. ex.: Habeas Corpus 2227248-30.2017.8.26.0000/751, 14ª Câmara Criminal, j. em 01.02.2018

exigida da mãe pelo judiciário) de que a pessoa apontada pode exercer esse papel, ou sem sequer ouvi-la. Em alguns dos acórdãos menciona-se que a exigência de comprovação da imprescindibilidade está contida no artigo 318 do CPP:

(508) “[...] não há comprovação da imprescindibilidade, mencionada no artigo 318 do Código de Processo Penal, dos cuidados da paciente em relação à filha, pois não há informação de que outros familiares não pudessem cuidar da criança” (Habeas Corpus 2054849-58.2018.8.26.0000/508, 3ª Câmara Criminal, j. em 08.05.2018)

É certo que o parágrafo único do artigo 318 condiciona a substituição da prisão preventiva à existência de prova idônea dos requisitos estabelecidos no artigo, contudo a imprescindibilidade da mãe não é condição legal, conforme se vê da redação do mencionado artigo:

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

- I - maior de 80 (oitenta) anos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
- II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
- III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
- IV - gestante; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)
- V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)
- VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

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

A imprescindibilidade de que fala o texto legal diz respeito às hipóteses do inciso III – agente imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência. Porém, nenhuma condição é exigida para a gestante ou a mãe, nos incisos IV e V, que foram introduzidos pela Lei 13.257/2016. Dessa forma, é possível concluir que o Estatuto da Primeira Infância presume a presença da mãe como essencial ao desenvolvimento saudável dos filhos, a despeito da consideração dos juízes a esse respeito. Ademais, na decisão proferida pelo STF no HC 143.641/SP, privilegiou-se a credibilidade da palavra da mãe para a apuração da situação de guardião dos filhos, conforme se extrai do seguinte trecho, contido na ementa do julgado:

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

Ou seja, a declaração da mulher de que possui filho de até doze anos de idade incompletos ou de que esteja gestante deve ser considerada como suficiente para a substituição da prisão preventiva pela domiciliar e, só após a implementação desta, o juiz pode, caso entenda necessário, solicitar maiores informações para o reexame do benefício. No entanto, diversas foram as condições impostas nos acórdãos pesquisados para a concessão da domiciliar, como a comprovação de que os filhos estejam sob situação de risco ou de que efetivamente estavam sob a guarda da mãe antes da prisão:

(381) “No presente caso, a inicial veio desacompanhada de elementos de convicção que demonstrassem que eventuais filhos menores de 12 anos da paciente estariam, anteriormente à sua prisão, efetivamente sob seus cuidados, e não sob os de terceiros. Na hipótese dos autos, os documentos que acompanharam o pedido, no momento de sua interposição, lamentavelmente não se prestam para comprovar que os menores realmente se encontravam sob sua guarda de fato no momento de sua prisão”. (Habeas Corpus 2072771-15.2018.8.26.0000/381, 8ª Câmara Criminal, j. em 14.06.2018)

(194) “[...] não consta dos autos que os menores estejam em situação de risco, como, aliás, bem anotado pelo subscritor da manifestação ministerial de fls. 113/122, ao consignar que "nada há nos autos a indicar que as crianças, filhas da paciente, se encontram sem amparo, ou que a ela não sejam dispensados os cuidados necessários" (Habeas Corpus 2160011-42.2018.8.26.0000/194, 10ª Câmara Criminal, j. em 30.08.2018)

(762) “[...] embora não se discuta a alegada condição de mãe e de gestante, a impetração não trouxe situação diversa daquela que também foi analisada no julgamento do habeas corpus nº 2158589-66.2017.8.26.0000, ou seja, não indicou que a filha da paciente esteja em situação de risco, tampouco, agora, que a segregação traria algum risco à gestação ou a própria gestante, situação que não se vislumbra documentada”. (Habeas Corpus 2218156-28.2017.8.26.0000/762, 11ª Câmara Criminal, j. em 24.01.2018)

(497) “A presente ação constitucional não veio, assim, minimamente instruída com os documentos fundamentais comprobatórios de dependência, essenciais à análise sobre a ocorrência do suposto constrangimento ilegal em tese sofrido pela paciente, face o decidido pelo Col. Supremo Tribunal Federal, pelo que o writ deveria ser liminarmente indeferido”. (Habeas Corpus 2053298-43.2018.8.26.0000/497, 8ª Câmara Criminal, j. em 10.05.2018)

Em outros casos, impõe-se a comprovação de que a gestação da paciente seja de risco, parecendo ignorar-se o fato (ou desconsiderando-o, deliberadamente) de que a referência à prova da condição de gravidez de alto risco foi revogada pela Lei 13.257/2016:³⁹

(80) “Alega a impetrante ser a gravidez de Fernanda de risco, em razão de descolamento de placenta, o que acarreta a necessidade de cuidados especiais e repouso. Tal alegação não restou, contudo, minimamente comprovada nos documentos anexados pela Defesa.

³⁹ A redação anterior do inciso IV do art. 318 do CPP tinha o seguinte teor: “IV - gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco”. Com a edição da Lei 13.257/2016, o inciso IV passou a mencionar apenas a condição de gestante: “IV – gestante”.

[...]

A presente ação constitucional não veio, portanto, minimamente instruída com os documentos fundamentais comprobatórios do risco da gestação, essenciais à análise sobre a ocorrência do suposto constrangimento ilegal em tese sofrido pela paciente” (Habeas Corpus 2221626-33.2018.8.26.0000/80, 8ª Câmara Criminal, j. em 08.11.2018)

As exigências impostas para análise do pedido de substituição da prisão preventiva por domiciliar, além de configurar descumprimento da ordem exarada pelo STF, revelam descaso do julgador que, ao aplicar a lei de forma enviesada para justificar sua decisão, interpretando-a em prejuízo da acusada, demonstra indiferença com as condições pessoais daquela que está mantendo no cárcere, bem como daqueles que vão suportar os efeitos dessa decisão.

Aliás, só para um exercício de imaginação, como seria feita a comprovação de imprescindibilidade da mãe? Ou de que a criança esteja em risco? Laudo psicológico? Policial? Declaração de todos os parentes próximos de que não podem cuidar da criança? A criação de condições não contidas em lei muitas vezes acaba por inviabilizar o pedido, considerando a posição de vulnerabilidade física, social e econômica da paciente, presa, com limitações de comunicação com a família ou com o defensor (há casos em que a própria paciente impetrou o *habeas corpus*), além da dificuldade de formalizar a comprovação em tempo razoável.

3.2.3. Crimes praticados contra descendentes ou mediante violência ou grave ameaça (e o novo Artigo 318-A)

O Supremo Tribunal Federal, ao conceder a ordem para a substituição da prisão preventiva de mães e gestantes por prisão domiciliar excepcionou a decisão nas hipóteses em que o crime foi praticado contra descendentes, mediante violência ou grave ameaça ou em situações excepcionalíssimas. Depois do julgamento do HC 143.641/SP, a Lei 13.769/2018 incluiu o art. 318-A ao CPP, para dar maior concretude a essas orientações, determinando a substituição da prisão preventiva por domiciliar à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, salvo nas hipóteses de cometimento de crime com violência ou grave ameaça a pessoa ou contra filho ou dependente.

Na presente pesquisa, embora haja casos em que a prática do crime tenha ocorrido em concurso com filho adolescente⁴⁰ ou na presença de filho⁴¹, em apenas um caso mencionou-se a prática de crime contra descendente e, mesmo assim, não era aquele cujos cuidados ensejaram o pedido de domiciliar. Trata-se de paciente denunciada por homicídio qualificado e ocultação de cadáver por ter matado a filha recém-nascida logo após dar à luz e colocado o corpo num duto de coleta de lixo, dentro de saco plástico⁴².

Sobre os crimes cometidos com violência ou grave ameaça, foram identificados 88 dos 424 acórdãos em que a ordem foi denegada, divididos em roubo, latrocínio, homicídio, tortura, extorsão. As situações excepcionalíssimas, por englobarem os mais diversos cenários, serão tratadas em tópico apartado, a seguir.

3.2.4. Situações excepcionalíssimas – o curinga

O acórdão proferido pelo STF no *habeas corpus* coletivo, como dito, excepcionou as ditas “situações excepcionalíssimas”, ressaltando que, nesses casos, as decisões que denegarem o benefício deverão ser “devidamente fundamentadas”. A justificativa para a ressalva se deu com o intuito de evitar definir, de maneira objetiva, situações muito diversas na realidade social, como casos em que seria inviável a convivência da mãe com a criança.

No entanto, essa lacuna deu margem para justificativas e fundamentações as mais diversas, muitas vezes calcadas em julgamentos de valor alheios aos limites normativos e aos parâmetros fixados pelo STF; outras em situações relacionadas ao tráfico de drogas, cuja figura do traficante é tida como inimiga nº 1 da sociedade, a justificar, portanto, uma atuação “excepcional”; outras tantas lastreadas em uma postura moral que julga o papel da mãe ao se desviar do “ideal materno” imposto pela sociedade, destituindo-a de sua autonomia sobre a maternidade.

⁴⁰ P. ex.: Habeas Corpus 2050072-30.2018.8.26.0000/506, 2ª Câmara Criminal, j. em 07.05.2018; Habeas Corpus 2063706-93.2018.8.26.0000/486, 14ª Câmara Criminal, j. em 10.05.2018; Habeas Corpus 2074143-96.2018.8.26.0000/353, 7ª Câmara Criminal, j. em 13.06.2018; Habeas Corpus 2129499-76.2018.8.26.0000/262, 9ª Câmara Criminal, j. em 26.07.2018.

⁴¹ P. ex.: Habeas Corpus 2161337-37.2018.8.26.0000/116, 4ª Câmara Criminal, j. em 09.10.2018; Habeas Corpus 2184129-82.2018.8.26.0000/117, 13ª Câmara Criminal, j. em 04.10.2018; Habeas Corpus 2213538-06.2018.8.26.0000/66, 4ª Câmara Criminal, j. em 13.11.2018; Habeas Corpus 2253679-67.2018.8.26.0000/47, 6ª Câmara Criminal, j. em 06.12.2018.

⁴² Habeas Corpus 2177316-39.2018.8.26.0000/193, 9ª Câmara Criminal, j. em 30.08.2018.

Dessa forma, na linha do que assinalado anteriormente sobre a resistência em dar cumprimento à decisão do STF, a interpretação da lei em desfavor das mulheres encarceradas e a “criação” de novos requisitos para o cumprimento do art. 318 do CPP, as “situações excepcionalíssimas” viraram uma espécie de “curinga” da fundamentação. Nelas se encaixam argumentos como a gravidade abstrata do delito, a ausência de comprovação de atividade laboral lícita, o preenchimento dos requisitos para a preventiva, a reincidência, a quantidade de droga apreendida, a prática de tráfico de drogas na residência, em estabelecimento prisional ou qualquer outro local.

Aqui ressalto que, como salientado anteriormente, em muitos casos a análise sobre a possibilidade de substituição da prisão preventiva por domiciliar é feita em conjunto com a análise dos requisitos da preventiva, inclusive para fundamentar a excepcionalidade daquela situação, como no seguinte caso:

(165) “[...] frise-se que há uma impropriedade no artigo 318 do Código de Processo Penal, uma vez que não se trata de nova modalidade de prisão cautelar, com requisitos próprios, mas tão somente a autorização para cumprimento da prisão preventiva em domicílio. Neste passo, o magistrado deve, no caso concreto, verificar os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal.” (Habeas Corpus 2143828-93.2018.8.26.0000/165, 16ª Câmara Criminal, j. em 12.09.2018)

Assim, passo a agrupar os principais fundamentos utilizados para justificar a excepcionalidade da situação, sem a pretensão de esgotá-los.

a) Reincidência ou reiteração delitiva

As balizas para a análise dos pedidos de substituição da prisão preventiva no caso de mulheres reincidentes foram minimamente traçadas no julgamento do HC 143.641/SP:

“Quando a detida for tecnicamente reincidente, o juiz deverá proceder em atenção às circunstâncias do caso concreto, mas sempre tendo por norte os princípios e as regras acima enunciadas, observando, ademais, a diretriz de excepcionalidade da prisão.”.

Ou seja, nas hipóteses em que presente a reincidência, a situação deve ser analisada caso a caso, observadas as diretrizes referentes à excepcionalidade da prisão. Porém, nos acórdãos analisados, não somente as hipóteses de reincidência⁴³ foram comumente utilizadas para excepcionar o benefício, sem maiores argumentos, mas também os casos em que verificada a

⁴³ P. ex.: Habeas Corpus 2015097-79.2018.8.26.0000/659, 9ª Câmara Criminal, j. em 01.03.2018; Habeas Corpus 2048028-38.2018.8.26.0000/642, 9ª Câmara Criminal, j. em 22.03.2018; Habeas Corpus 2002686-04.2018.8.26.0000/649, 11ª Câmara Criminal, j. em 21.03.2018; Habeas Corpus 2020237-94.2018.8.26.0000/583, 16ª Câmara Criminal, j. em 10.04.2018.

reiteração delitiva⁴⁴, inclusive naqueles em que havia apenas registro por passagem anterior decorrente de ato infracional⁴⁵.

Em alguns casos, a alusão à reincidência como justificativa para se inferir maior periculosidade da paciente ou como motivo suficiente para constituir gravame à ordem pública veio corroborada por julgados dos Tribunais Superiores⁴⁶. Importante destacar, quanto à reincidência, que esse foi o principal fundamento para a manutenção da prisão preventiva nos casos de furto⁴⁷, consumado e tentado.

b) Tráfico praticado na residência

A prática do crime de tráfico de drogas na residência, mesmo na modalidade guardar ou ter em depósito, geralmente foi tomada como situação de especial gravidade e amplamente considerada para inferir que os filhos da paciente estavam em ambiente inadequado ou em situação de risco, muitas das vezes sem ao menos indicar se a criança havia sido exposta à droga ou às atividades relacionadas ao tráfico:

(487) “[...] é bom que se diga que a ré não se importava com a boa educação e segurança dos filhos, pois estaria traficando drogas dentro de sua própria casa. Neste ponto, aliás, sem razão o impetrante quando afirma que a paciente não fora flagrada em atos de venda de drogas e, por isso, não cometeu crime algum, uma vez que, por demais sabido, que o ato de ter em depósito já configura tal delito.” (Habeas Corpus 2041381-27.2018.8.26.0000/487, 6ª Câmara Criminal, j. em 10.05.2018)

(316) “Ademais, uma vez que o delito foi praticado dentro de sua residência, isto poderia, inclusive, contribuir para a corrupção de seu filho menor, levado a conviver com a conduta criminosa empreendida em seu domicílio. Destarte, sob tal aspecto, à luz do ponderado pelo Juízo a quo, o infante poderia, até mesmo, figurar como vítima de tal conduta.” (Habeas Corpus 2102963-28.2018.8.26.0000/316, 13ª Câmara Criminal, j. em 19.07.2018)

Da mesma forma, é comum, nos acórdãos pesquisados, que a prática do tráfico na residência seja diretamente relacionada com negligência materna ou desídia da paciente no cuidado com os filhos, a obstar a concessão da domiciliar para a mãe, pois tal medida colocaria a prole em risco.

(436) “[...] além de todo o fundamento legal já exposto, não parece razoável, sequer cogitar a concessão do benefício à acusada, justamente porque, na prática, estar-se-ia, autorizando o retorno dela a sua residência - local onde comete os crimes -, ou seja, indícios relevantes de que a proteção e bem estar da filha - hipóteses adotadas pelo Ministro Ricardo Lewandowski - já se encontravam comprometidos,

⁴⁴ P. ex.: Habeas Corpus 2014817-11.2018.8.26.0000/665, 8ª Câmara Criminal, j. em 15.03.2018.

⁴⁵ P. ex.: Habeas Corpus 2241884-98.2017.8.26.0000/757, 13ª Câmara Criminal, j. em 01.02.2018.

⁴⁶ P. ex.: Habeas Corpus nº 2143828-93.2018.8.26.0000/165, 16ª Câmara Criminal, j. em 12.09.2018.

⁴⁷ P. ex.: Habeas Corpus 2005111-04.2018.8.26.0000/561, 15ª Câmara Criminal, j. em 19.04.2018; Habeas Corpus 2002686-04.2018.8.26.0000/649, 11ª Câmara Criminal, j. em 21.03.2018; Habeas Corpus 2154685-04.2018.8.26.0000/188, 5ª Câmara Criminal, j. em 03.09.2018.

quicá potencializados, pela presença da própria genitora.” (Habeas Corpus 2055634-20.2018.8.26.0000/436, 4ª Câmara Criminal, j. em 22.05.2018)

(410) “Também não estão presentes os requisitos que autorizam a concessão da prisão domiciliar, na medida em que o simples fato de ser mãe não confere, desde logo, essa prerrogativa.

Tanto que, por aqui, o Magistrado anotou que a paciente guardava drogas em sua residência, justamente no local onde criava a filha e para onde voltaria em caso de prisão domiciliar (fls. 35/36).

Ora, evidente que essa situação não se enquadra naquelas previstas na decisão do HC nº 143.641, deferido pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, a ponto de não recomendar que a ré seja colocada em casa, pois, ao contrário, sua presença ensejaria maiores problemas para a criança, na medida em que, justamente porque o crime acontecia na própria residência, há indicação concreta de que a criança ficaria em situação de risco, tudo a indicar que a paciente não está em condições de cuidar da filha. (Habeas Corpus 2091179-54.2018.8.26.0000/410, 11ª Câmara Criminal, j. em 30.05.2018)

(644) “Nesse contexto, a despeito da recente decisão do E. STF (HC nº 143.641/SP), evidente a situação excepcionalíssima impeditiva da benesse prevista no próprio Voto Condutor do Min. RICARDO LEWANDOWSKI, mormente porque o tráfico era exercido na própria residência da Apelante e, determinar o seu retorno ao local onde justamente traficava, seria contra o interesse dos próprios menores, que, ao que consta, estão sob cuidados da avó Marta Nunes (fls. 20).” (Habeas Corpus 2036460-25.2018.8.26.0000/644, 7ª Câmara Criminal, j. em 21.03.2018)

c) Tráfico praticado em estabelecimento prisional

Em 28 dos casos analisados, as pacientes foram presas ao tentarem entrar em estabelecimento prisional com certa quantidade de droga, a maioria delas nas cavidades íntimas. A maior parte das mulheres declarou estar visitando o marido, o companheiro ou o filho.

(713) “Com efeito, o tráfico de entorpecente já pressupõe sério desvio de caráter, pois o traficante sobrepõe um interesse meramente econômico à saúde dos usuários e, comumente, à estrutura familiar dos viciados. Nem se fale, então, do traficante que se dispõe a levar entorpecente para dentro de estabelecimento prisional, cuja ousadia contribui para a não recuperação dos detentos, viola seriamente a segurança do presídio e favorece a criminalidade organizada (note-se que a codenunciada praticou simultaneamente igual tentativa de ingresso de entorpecente no presídio, com similitudes de conduta que sugerem atos coordenados). Pessoa com esse perfil, por mais que ame o filho, tem valores que não contribuem para boa formação da criança.” (Habeas Corpus 2024568-22.2018.8.26.0000/713, 6ª Câmara Criminal, j. em 22.02.2018)

No caso apresentado (Acórdão 713), destacou-se que a prática do tráfico de drogas dentro de estabelecimento prisional contribui para a não recuperação dos detentos, além de violar a segurança do presídio. Em outros casos, as condutas foram consideradas altamente reprováveis por demonstrarem “extrema ousadia e desrespeito para com a Justiça”⁴⁸ ou maior

⁴⁸ Habeas Corpus 2206348-89.2018.8.26.0000/86, 8ª Câmara Criminal, j. em 01.11.2018.

periculosidade da agente em razão da “profissionalização do negócio”⁴⁹, mesmo sem outros elementos que corroborassem tal afirmação.

d) Quantidade de droga apreendida

A quantidade de droga também foi utilizada como argumento para justificar a situação excepcional, ainda que, na prática, não destoasse da média das apreensões.

(641) “O caso em análise, portanto, se mostra excepcionalíssimo, já que a paciente e o seu comparsa traziam consigo 311 invólucros de cocaína e 44 invólucros de “maconha”. Este caso, portanto, por sua natureza excepcionalíssima, não deve ser abarcado pela recente decisão do E. Supremo Tribunal Federal, quando foi concedido um habeas corpus coletivo a mulheres grávidas ou que sejam mães de crianças com até 12 anos de idade e que estejam cumprindo prisão preventiva. Aliás, o E. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do habeas corpus coletivo, sabiamente excluiu da regra geral as “situações excepcionalíssimas”, justamente para deixar a cargo do juiz, nestas situações, a análise do caso concreto”. (Habeas Corpus 2034329-77.2018.8.26.0000/641, 9ª Câmara Criminal, j. em 22.03.2018)

(587) “No caso dos autos, embora não se discuta a alegada condição de mãe (como condiciona decisão do Col. Supremo Tribunal de Justiça em habeas corpus coletivo), o certo é que se trata de situação excepcionalíssima, onde a paciente foi presa em flagrante na posse de expressiva quantidade de droga de indiscutível nocividade e de uma arma de fogo de uso proibido, visando atravessar as fronteiras do Estado, o que justifica a segregação. Mesmo porque nada sugere que os filhos da paciente estejam em situação de risco, muito menos que a sua presença seja imprescindível para a correção de tal estado”. (Habeas Corpus 2047342-46.2018.8.26.0000/587, 11ª Câmara Criminal, j. em 11.04.2018)

(435) “No interior do veículo conduzindo pela denunciada foi apreendida grande quantidade de droga (cocaína), mais especificamente 208 (duzentos e oito) flaconetes de Erythroxylon coca, substância popularmente conhecida como “cocaína”, destinadas à venda para consumo de terceiros, razão pela qual impossível de conceder a paciente a pretendida “prisão domiciliar”, pois o indeferimento dessa pretensão encontra-se respaldado no teor do próprio voto do Ministro Ricardo Lewandowski, relator do v. acórdão proferido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Habeas Corpus Coletivo nº 143.641, em que estipulou que excepcionalmente pode-se deixar de aplicar a r. decisão acima referida.” (Habeas Corpus 2057514-47.2018.8.26.0000/435, 15ª Câmara Criminal, j. em 24.05.2018)

Em alguns casos, a própria jurisprudência do STF foi referida para justificar a situação excepcional, relacionando a quantidade de droga apreendida como indicativo de envolvimento com organização criminosa ou de vinculação com o crime organizado, a exigir maior rigor na avaliação sobre a prisão.

(159) “No caso concreto, como antes se adiantou, diante da variedade e razoável quantidade das drogas apreendidas (12 porções de maconha, 36 eppendorfs de cocaína e 8 pedras de crack em especial estas últimas espécies, de extremado efeito deletério e proeminentemente lesivas à higidez física e psíquica de incautos usuários, a par de intenso e indiscutível poder viciante), além do dinheiro de origem não esclarecida, nítida a acentuada periculosidade da agente, cuja prisão preventiva afigura-se imprescindível à garantia da ordem pública, inibindo o vil comércio e

⁴⁹ Habeas Corpus 2145196-40.2018.8.26.0000/300, 6ª Câmara Criminal, j. em 26.07.2018.

preservando lares ou famílias do esfacelamento proporcionado pela constante e nefasta ação de traficantes inescrupulosos.

Sobre a possibilidade de se considerar a quantidade ou natureza nociva do entorpecente apreendido para delinear a periculosidade do agente e lastrear a custódia cautelar, inúmeros precedentes da Suprema Corte (HC nº 127457/BA, julgado 09-6-2015, Relator Ministro Dias Toffoli; HC nº 120.292/PR, Relator Ministro Luiz Fux, DJe de 14/5/14; HC nº 118.982/MG, Relator Ministro Teori Zavascki, DJe de 12/11/13; RHC nº 116.709/MS, Relator Ministro Dias Toffoli, DJe de 23/8/13; HC nº 110.121/MS, Relatora Ministra Carmen Lúcia, DJe de 1º/8/12 e RHC nº 111.040/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 18/5/12), bem como do Superior Tribunal de Justiça (RHC 56183/MS, Relator Ministro Nefi Cordeiro, julgado 24-3-2015).” (Habeas Corpus 0037760-56.2018.8.26.0000/159, 9ª Câmara Criminal, j. em 13.09.2018)

e) Gravidade abstrata do crime – o tráfico de drogas

É possível afirmar, pela fundamentação dos acórdãos analisados, que o crime de tráfico de drogas é tratado com especial severidade pelo TJSP. A gravidade abstrata do delito, sempre destacada, costuma ser fortemente explicitada, mais até do que em crimes como homicídio, latrocínio e roubo, necessariamente cometidos mediante violência ou grave ameaça.

O tráfico de drogas é considerado pelo tribunal como crime grave, violador da ordem e da saúde públicas, “de alto poder ofensivo à sociedade”, apontado como “fonte de desestabilização das relações familiares e sociais”, gerador de “desassossego e intranquilidade popular”, cuja prática vem “atemorizando a sociedade a qual se vê refém da criminalidade fomentada pelo nefasto comércio de drogas”. Em diversos casos costuma vir associado como fomentador da prática de outros crimes, financiador de organizações criminosas, além de ser indicado como o responsável pela destruição da família e do futuro da juventude, localizado numa atmosfera de guerra e de pânico.

(4) “[...] é cediço que o tráfico ilícito de entorpecentes não raro está atrelado a uma gama de outros delitos, configurando a principal atividade e fonte de renda de perigosíssimas organizações criminosas, cujas disputas pelo controle do nefasto comércio, com contornos de uma verdadeira guerra, frequentemente ocupam as manchetes dos principais jornais do País, para o pânico e o desespero de uma população completamente indefesa e cada vez mais amedrontada.

Isso sem contar a devastação provocada pelo vício cada vez mais disseminado pelas abundantes quantidade e variedade de entorpecentes despejadas no “mercado”, que, na maior parte dos casos, provocam a destruição de inúmeras famílias e das perspectivas de incontáveis jovens, os quais, totalmente subjugados pela adição, acabam por encontrar, via de regra, no crime, o meio para sustentar sua dependência química, de modo que o tráfico acaba por resultar, indiretamente, num vetor para o fomento de uma série de delitos patrimoniais, como furtos, roubos, extorsões e, eventualmente, até latrocínios.” (Habeas Corpus 2233965-24.2018.8.26.0000/4, 9ª Câmara Criminal, j. em 13.12.2018).

Em grande parte dos acórdãos analisados, justifica-se o maior rigor no enfrentamento ao tráfico de drogas como decorrente do próprio Texto Constitucional, que, no artigo 5º, XLIII, (BRASIL, 1988) considera inafiançável e insuscetível de graça ou anistia o tráfico ilícito de

entorpecentes e drogas afins, e, no inciso LI do mesmo artigo 5º, prevê que o único caso passível de extradição do nacional se dá por seu comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. Nesse sentido, questiona-se a possibilidade de convenções internacionais, como a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, ratificada pelo Brasil e mencionada pelo STF no HC 143.641/SP, poderem abrandar o “deliberado e expresso rigor” contido no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal.

Uma outra justificativa para a abordagem mais rígida nas situações em que verificada grande quantidade de droga seria a previsão contida no artigo 42 da Lei de Drogas (BRASIL, 2006), além das implicações atinentes à Lei dos Crimes Hediondos (BRASIL, 1990).

Por outro lado, ao mesmo tempo em que o crime de tráfico é visto com especial rigor pelo Tribunal de Justiça, a figura do traficante, no discurso judicial, é marcada pela atribuição de estereótipos, sendo sempre associado a alguém de alta periculosidade, como nos acórdãos a seguir:

(736) “A menção das favoráveis condições pessoais da paciente contrapõe-se a personalidade distorcida de quem pratica os atos narrados: manter em depósito razoável quantidade e variedade de entorpecentes e, diante disso, colaborar com a disseminação do vício e da dependência em drogas de recuperação quase impossível e que causa desajustes familiares, degeneração da sociedade e do ser humano, capaz de provocar o recrudescimento da violência e da intranquilidade social [...]” (Habeas Corpus 2204408-26.2017.8.26.0000/736, 15ª Câmara Criminal, j. em 08.02.2018)

(117) “Em audiência de custódia, a digna autoridade apontada como coatora converteu a prisão em flagrante em preventiva para a garantia da ordem pública, em face da gravidade em concreto do delito, que é o de tráfico de entorpecentes.

E agiu com inegável acerto, uma vez que a periculosidade do agente que, em tese, pratica o delito de tráfico de entorpecentes não se concilia com a ideia de liberdade provisória, pena de deixar ao desabrigo a ordem pública”. (Habeas Corpus 2184129-82.2018.8.26.0000/117, 13ª Câmara Criminal, j. em 04.10.2018)

(131) “De se acrescentar que a gravidade dessas imputações, e a natural periculosidade atribuída a quem é acusado de ser agente ativo das mesmas, já recomendam a segregação cautelar, daí porque não há razão plausível a ensejar a concessão da liberdade provisória em prol da paciente, tampouco o relaxamento da medida constritiva, inclusive porque acusada da prática de um segundo delito gravíssimo, o de associação para a narcotraficância, também de natureza hedionda”. (Habeas Corpus 2158958-26.2018.8.26.0000/131, 8ª Câmara Criminal, j. em 27.08.2018)

(369) “A liberdade da paciente, neste momento, é apta a causar risco à ordem pública, considerando a periculosidade latente de quem se dispõe a praticar conduta como a ora descrita”. (Habeas Corpus 2093201-85.2018.8.26.0000/369, 7ª Câmara Criminal, j. em 20.06.2018)

(630) “O delito é de natureza reconhecidamente gravíssima, que exige rigor na apuração e que necessita da segregação provisória da agente, de acordo com a realidade de nossos dias, marcados pela crescente escalada da criminalidade violenta fomentada pela prática dos crimes em apreço, impendendo que se trate com maior rigor aquelas que o praticam, que induzem pessoas ao nefasto vício do consumo de substâncias entorpecentes; e ressalta-se, aqui, que não se trata de imposição legal à concessão do benefício, repisa-se. A custódia preventiva é necessária e

imprescindível, ainda que a agente acusada de tal prática delituosa seja primária, tenha residência fixa e ocupação lícita, como acima já salientado. No presente caso, a conduta da paciente, bem narrada nos autos, é por demais indicativa de sua periculosidade” (Habeas Corpus 0005999-07.2018.8.26.0000/630, 13ª Câmara Criminal, j. em 22.03.2018)

(744) “Assim, realmente imperiosa a sua manutenção em cárcere, tal como entendeu o douto Juiz, com o fim de preservar a coletividade contra pessoas potencialmente perigosas. A revogação da prisão cautelar seria contrária aos anseios da sociedade, que clama por mais rigor na punição dos crimes que vêm causando imenso desassossego social, pois a conduta da paciente revela periculosidade a impor postura rigorosa para garantia da ordem e paz pública.

Imprescindível a defesa da incolumidade pública, não podendo a sociedade permanecer à mercê de pessoas que se revelam perigosas”. (Habeas Corpus 2227957-65.2017.8.26.0000/744, 7ª Câmara Criminal, j. em 31.01.2018)

Frequentemente, a periculosidade das acusadas de tráfico é atrelada à quantidade de droga apreendida, à tentativa de entrar com droga no sistema prisional, à reincidência, à prática do tráfico na residência. Na realidade, o cometimento do crime de tráfico, por si só, acaba sendo um dos principais fundamentos de cautelaridade para justificar a prisão preventiva ou a negativa de concessão da domiciliar, independentemente da gravidade concreta do crime ou de ligação com organizações criminosas.

Não raros são os casos em que a gravidade do crime de tráfico, aliada à ausência de comprovação da imprescindibilidade da mãe no cuidado com os filhos, foram suficientes para a manutenção da preventiva.

(256) “Primeiramente, ao contrário do alegado pela ora paciente não restou demonstrada a imprescindibilidade da presença da mãe, que estava gestante quando da sua prisão, tendo concebido sua filha no cárcere (cf. fls. 22).

Ademais, no caso em tela, a criança encontra-se sob os cuidados da paciente, e será mantida na unidade prisional somente até completar 6 meses de idade, que ocorrerá em setembro de 2018.

Verifica-se dos autos que a acusada praticou delito grave equiparado a hediondo, tráfico ilícito de entorpecentes, de sorte que não pode ser beneficiada com a benesse pleiteada.

Aliás, premiar os que são pilhados na prática de crimes de tal sorte com o benefício da liberdade provisória causaria desprestígio ao Poder Judiciário e contribuiria para o agravamento da sensação de impunidade lassidão e ineficiência dos Poderes Públicos, que permeia e corrói toda a sociedade.

Daí porque, a custódia cautelar não ofende nem mesmo o princípio da presunção de inocência, uma vez que a própria Constituição Federal admite, ao permitir a possibilidade de prisão em flagrante ou por ordem devidamente fundamentada. (Habeas Corpus 2146526-72.2018.8.26.0000/256, 8ª Câmara Criminal, j. em 09.08.2018)

De outra parte, por incrível que pareça, há casos em que apenas a gravidade abstrata do delito foi utilizada para justificar a não concessão da domiciliar.

(35) “Não parece exagero dizer que o íntimo envolvimento da paciente com a prática de crimes graves acarretaria grave risco à criança a quem se pretende proteger.

Portanto, na ponderação dos direitos em destaque, a meu sentir, a necessidade de sua prisão se sobrepõe à sua condição de genitora.” (Habeas Corpus 2239858-93.2018.8.26.0000/35, 3ª Câmara Criminal, j. em 12.12.2018)

(172) “[...] a atuada informou que seus filhos residem também em companhia de sua mãe, a avó deles, não havendo, assim, como se dizer que fosse o caso de autorizar sua permanência em liberdade para poder dispensar a eles os cuidados necessários, uma vez que as crianças estarão bem cuidadas pela avó, não sendo demais ainda considerar que não convém às crianças permanecer sob a guarda de alguém que tenha sido presa pela prática de crime assim tão grave.”. Citação do juiz em caso de tráfico de drogas (Habeas Corpus 2166923-55.2018.8.26.0000/172, 8ª Câmara Criminal, j. em 06.09.2018)

(323) “[...] examinando-se atentamente as especificidades do caso concreto, verifica-se, de um lado, versar a hipótese acerca de delito concretamente grave (tráfico de entorpecentes) cabendo destacar que a paciente confessou judicialmente a conduta criminosa (fls. 159/165 e 168/169 dos autos originários), o que foi corroborado pelo relato dos milicianos responsáveis por sua captura (fls. 05/06, 08/09, 166 e 167 dos autos originários), no sentido de que, no dia dos fatos, a ré foi presa em flagrante na posse de quarenta e nove porções de “cocaína”, pesando 37,4g (trinta e sete gramas e quatro decigramas), e 52,3g (cinquenta e dois gramas e três decigramas) de “maconha”, divididos em dezenove invólucros plásticos.

Portanto, diante de tal estado de coisas, entendo, em consonância com a compreensão firmada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, que a situação concreta possui excepcionalidades bastantes a justificar a manutenção da custódia preventiva da paciente, pese embora possuir ela dois filhos menores de doze anos” (Habeas Corpus 2106649-28.2018.8.26.0000/323, 11ª Câmara Criminal, j. em 04.07.2018)

No último caso (Acórdão 323), a mulher foi presa com uma pequena quantidade de droga, confessou judicialmente a conduta criminosa, informou ter dois filhos menores de 12 anos, mas a prisão preventiva foi mantida porque cometeu um crime considerado grave, possuindo “excepcionalidades bastantes a justificar a manutenção da custódia preventiva”. Da mesma forma, há situação em que a excepcionalidade foi justificada pela hediondez do crime, para justificar a manutenção da preventiva de uma mãe de duas crianças, paciente primária e sem antecedentes, por tráfico de pequena quantidade de droga.

(455) “Em que pese seja a paciente mãe de duas crianças menores de 12 (doze) anos, considero que o caso em exame se enquadra na situação de excepcionalidade prudentemente ressalvada na decisão do E. Supremo Tribunal Federal.

Isso porque o crime cometido pela paciente é concretamente grave, equiparado a hediondo, insuscetível de graça, indulto ou anistia” (Habeas Corpus 2073371-36.2018.8.26.0000/455, 9ª Câmara Criminal, j. em 17.05.2018)

Como mencionado na ordem concedida pelo STF, as situações excepcionais devem ser devidamente justificadas, portanto, a gravidade do crime deveria ter sido apontada de forma concreta e não abstrata.

3.2.5. A Lei de Drogas veda a concessão de liberdade provisória aos acusados da prática de tráfico de drogas

Muito embora o Supremo Tribunal Federal tenha declarado, incidentalmente, a inconstitucionalidade do óbice à liberdade provisória no caso de prisão em flagrante por tráfico de drogas, previsto no art. 44 da Lei 11.343/2006 (HC 104.339/SP, julgado em 10.05.2012), esse argumento foi utilizado para denegar a ordem em pelo menos 20 dos acórdãos analisados.

(101) “Outrossim, mesmo com o advento da Lei nº 12.403/11, a ré não faz jus à liberdade provisória, com base no art. 44, da Lei nº 11.343/06, que veda expressamente a aludida benesse ao indiciado por tráfico de drogas.

Destaco, por oportuno, que a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal supramencionado foi lançada no HC 97.256, pelo C. STF, de forma incidental. Portanto, não vincula os tribunais inferiores, além de o julgamento ter se dado por maioria apertada.” (Habeas Corpus 2202211-64.2018.8.26.0000/101, 8ª Câmara Criminal, j. em 25.10.2018)

(159) “De outra banda, não se ignora ter o Supremo Tribunal Federal reconhecido incidentalmente a inconstitucionalidade de parte do artigo 44 da Lei nº 11.343/06 ao julgar o Habeas Corpus nº. 97256/RS, nada aduzindo sobre a inafiançabilidade (e nem poderia, ante a clareza do texto constitucional). Todavia, a decisão não enseja efeito vinculante e o próprio Pretório Excelso tem admitido a custódia cautelar em casos de tráfico de drogas, com fundamento no artigo 312 do Código de Processo Penal, ainda mais diante da variedade de tóxicos.” (Habeas Corpus 0037760-56.2018.8.26.0000/159, 9ª Câmara Criminal, j. em 13.09.2018)

(658) “Importa assinalar, também, que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 104.339/SP, decidiu pela inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória ao agente processado por tráfico de drogas. Todavia, tal decisão não possui efeito vinculante ou eficácia erga omnes, sendo de rigor a análise do caso concreto.” (Habeas Corpus 2031125-25.2018.8.26.0000/658, 10ª Câmara Criminal, j. em 15.03.2018)

Trata-se de fundamento que não diz respeito, especificamente, à prisão domiciliar, mas que, por ter tido efeito nos pedidos de substituição, foi selecionado para constar na pesquisa.

Conforme anteriormente mencionado, em diversos acórdãos analisados na pesquisa negou-se a substituição da prisão preventiva por domiciliar com base em argumentos como “a Lei de Drogas veda a concessão de liberdade provisória aos acusados da prática de tráfico de drogas”⁵⁰ ou “a declaração de inconstitucionalidade do art. 44 da Lei de Drogas foi incidental

⁵⁰ Habeas Corpus 2235444-86.2017.8.26.0000/774, 6ª Câmara Criminal, j. em 23.01.2018; Habeas Corpus 2236750-90.2017.8.26.0000/773, 6ª Câmara Criminal, j. em 23.01.2018; Habeas Corpus 2012379-12.2018.8.26.0000/692, 6ª Câmara Criminal, j. em 01.03.2018; Habeas Corpus 0000656-30.2018.8.26.0000/772, 3ª Câmara Criminal, j. em 23.01.2018; Habeas Corpus 2005952-96.2018.8.26.0000/766, 3ª Câmara Criminal, j. em 30.01.2018; Habeas Corpus 2027738-02.2018.8.26.0000/690, 3ª Câmara Criminal, j. em 06.03.2018; Habeas Corpus 2000084-40.2018.8.26.0000/760, 5ª Câmara Criminal, j. em 01.02.2018; Habeas Corpus 0000796-64.2018.8.26.0000/758, 5ª Câmara Criminal, j. em 01.02.2018; Habeas Corpus 2241884-98.2017.8.26.0000/757,

e não é vinculante”⁵¹. Com efeito, a vedação à liberdade provisória para os acusados por tráfico de drogas está prevista no art. 44 da Lei 11.343/2006, que veio regulamentar a política de drogas no Brasil, cuja redação é a seguinte:

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Contudo, em 10.05.2012, no julgamento do HC 104.339/SP, o Plenário do STF declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do óbice à liberdade provisória no caso de prisão em flagrante por tráfico de drogas, previsto no art. 44 da Lei 11.343/2006 (BRASIL, 2006), tendo em vista que essa proibição conflita com princípios constitucionais como a presunção da inocência e o devido processo legal. Nesse contexto, a referida vedação retiraria do juiz competente a oportunidade de, no caso concreto, analisar os pressupostos da necessidade da custódia cautelar, incorrendo em inequívoca antecipação de pena. Dessa forma, a prisão cautelar nos casos de tráfico de drogas passou a seguir o cumprimento dos requisitos estabelecidos pelo art. 312 do CPP, como nos demais crimes.

Já em 19.08.2017, no julgamento do RE 1.038.925/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, a Corte reafirmou a decisão de inconstitucionalidade em sede de repercussão geral (Tema 959), fixando a seguinte tese, que deve ser aplicada aos demais casos análogos: “É inconstitucional a expressão e liberdade provisória, constante do *caput* do artigo 44 da Lei 11.343/2006”. Naquela ocasião, o ministro relator destacou que embora o Tribunal tenha autorizado os Ministros a decidirem monocraticamente os *habeas corpus* quando o único fundamento da impetração fosse o artigo 44 da Lei 11.343/2006, fez-se necessário reafirmar, via sistemática de repercussão geral, a declaração de inconstitucionalidade, para evitar questionamentos quanto à observância do 52, inciso X, da Constituição Federal, especialmente porque, até então, o Senado Federal não havia editado resolução com fins de suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo.

Portanto, a declaração de inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória constituiu importante marco decisório com relação à prisão preventiva nos casos de tráfico de

13ª Câmara Criminal, j. em 01.02.2018; Habeas Corpus 2240391-86.2017.8.26.0000/756, 13ª Câmara Criminal, j. em 01.02.2018; Habeas Corpus 2010427-95.2018.8.26.0000/687, 3ª Câmara Criminal, j. em 06.03.2018.

⁵¹ Habeas Corpus 0037762-26.2018.8.26.0000/98, 8ª Câmara Criminal, j. em 25.10.2018; Habeas Corpus 2166923-55.2018.8.26.0000/172, 8ª Câmara Criminal, j. em 06.09.2018; Habeas Corpus 2096336-08.2018.8.26.0000/386, 8ª Câmara Criminal, j. em 14.06.2018; Habeas Corpus 2079419-11.2018.8.26.0000/402, 8ª Câmara Criminal, j. em 07.06.2018; Habeas Corpus 2040363-68.2018.8.26.0000/605, 8ª Câmara Criminal, j. em 05.04.2018.

drogas, embora tenha sido reconhecida de forma incidental e reafirmada, posteriormente, em recurso extraordinário com repercussão geral. Porém, a exemplo dos acórdãos destacados na pesquisa, todos prolatados no ano de 2018, percebe-se que a decisão proferida pelo STF não tem sido amplamente observada pelo TJSP.

Além do mais, o julgamento proferido no HC 97.256/RS, mencionado em alguns dos acórdãos como precedente, embora também se refira ao art. 44 da Lei 11.343/2006, não guarda relação com a vedação à liberdade provisória nos casos de tráfico de drogas. Na verdade, a decisão diz respeito à declaração incidental de inconstitucionalidade da proibição de substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, igualmente reafirmada pela sistemática da repercussão geral no ARE 663.261/SP (Tema 626),

A aparente relutância em cumprir as decisões do STF nas questões relativas ao tráfico de drogas pode ser verificada nos atuais julgados da Suprema Corte. O melhor exemplo disso diz respeito à inconstitucionalidade da fixação obrigatória do regime fechado para o início do cumprimento de pena de crimes hediondos ou equiparados. Em 27.06.2012, o Plenário do STF julgou o HC 111.840/ES e declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/1990 (BRASIL, 1990), com a redação dada pela Lei 11.464/2007 (BRASIL, 2007), que instituía a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados, em razão da incompatibilidade com o princípio da individualização da pena. Contudo, o STF continua concedendo ordens de *habeas corpus* para afastar a imposição do regime fechado fundada na gravidade abstrata do delito⁵².

Em pesquisa empírica realizada sobre os *habeas corpus* concedidos pelo Supremo Tribunal Federal em 2018⁵³, constatou-se que mais da metade das ordens concedidas (362 de 642 *habeas corpus*) se deu em processos oriundos do TJSP. Essa proeminência é apontada como resultante de um conjunto de razões, seja pelo maior número de processos e de presos que o estado de São Paulo possui, considerando sua representatividade populacional, seja pela

⁵² Nesse sentido: HC 212.412/SP, Rel. Min. André Mendonça, DJe 14.06.2022; RHC 215.409/SP, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 23.05.2022; HC 211.184/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 27.01.2022; HC 209.471/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 16.12.2021; HC 209.036/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 26.11.2021; HC 202.832/SP, Rel. Min. Nunes Marques, DJe 16.06.2021; HC 201.395/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 18.05.2021; HC 197.535/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 09.03.2021.

⁵³ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de., PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda., DUARTE, Áquila Magalhães., SALLES, Caio Facco. *Habeas corpus* concedidos pelo Supremo Tribunal Federal em 2018: Pesquisa empírica e dados estatísticos, p. 158.

inobservância da jurisprudência dos Tribunais Superiores⁵⁴ pelo Tribunal paulista, prognóstico confirmado por Thiago Bottino do Amaral na obra “Habeas Corpus nos Tribunais Superiores: uma análise e proposta de reflexão” ao mencionar que o TJSP apresenta a maior taxa de reversão dentre todos os cinco tribunais de justiça que figuram como as maiores autoridades coatoras perante o STJ e os cinco TRF’s considerados em sua totalidade⁵⁵, o que reforça a conclusão sobre a renitência em dar cumprimento às orientações firmadas pelos Tribunais Superiores⁵⁶.

3.2.6. Ausência das hipóteses de situação estrutural de violação aos direitos da mulher e dos seus filhos mencionados na decisão do STF

No julgamento do HC 143.641/SP, o Supremo Tribunal Federal traçou um importante panorama acerca do encarceramento feminino e do sistema prisional brasileiro, salientando questões essenciais para o enfrentamento do problema de forma ampla, condizente com a característica massificada das violações apontadas, como: as dificuldades estruturais de acesso à Justiça, as deficiências estruturais do sistema penitenciário, o crescimento exponencial da população de mulheres encarceradas nos últimos anos, os preocupantes dados sobre a infraestrutura relativa à maternidade nos estabelecimentos prisionais e o impacto dos efeitos da prisão da mulher no bem-estar físico e psíquico de seus filhos.

Todas essas questões foram sobrelevadas para a tomada de decisão, por meio da qual a Corte buscou uma solução coletiva para os problemas estruturais apontados, estabelecendo parâmetros a serem observados pelos juízes quando se depararem com a possibilidade de substituir a prisão preventiva por domiciliar. No entanto, em pelo menos 9 dos acórdãos

⁵⁴ Na mesma pesquisa identificou-se que 49% (317) das ordens concedidas tinham por crime-objeto o tráfico de drogas e 9% (58) dizia respeito ao crime de furto.

⁵⁵ Na referida obra destaca-se que “elevada taxa de sucesso das impetrações no STJ deve ser interpretada como uma alta taxa de reversão das decisões dos tribunais de segunda instância. Considerando que os temas tratados nos HCs e RHCs perante os Tribunais Superiores não são novidades – já tendo sido objeto de diversas decisões a inferência que se pode fazer é no sentido de uma divergência entre as decisões dos tribunais de segunda instância e as do STF e STJ”.

⁵⁶ Um estudo realizado por pesquisadores da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP) da USP e representantes da Defensoria Pública de São Paulo com base na Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para o controle da propagação do novo coronavírus em ambientes penais com ocupação acima da capacidade verificou que 84% dos habeas corpus solicitados ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) durante a pandemia da covid-19 foram negados. Segundo pesquisadores, o resultado indica a “pouca influência do CNJ sobre a magistratura paulista”. Disponível em: <https://jornal.usp.br/ciencias/conselho-nacional-de-justica-tem-pouca-influencia-sobre-magistratura-paulista-sugere-estudo/>. Acesso em: 21 jul.2022.

analisados na pesquisa⁵⁷, os julgadores fizeram uma interpretação do voto proferido pelo ministro Ricardo Lewandowski, extraindo a compreensão de que as balizas definidas pelo STF condicionam a concessão da prisão domiciliar à comprovação da existência de situação de violação estrutural de direitos mencionada no acórdão, conforme se vê nos seguintes trechos:

(703) “Por fim, impossível o atendimento do pedido defensivo de concessão de prisão albergue domiciliar, pois apesar da recente decisão da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 143.641, julgado em 20/02/2018, o Ministro Relator, Ricardo Lewandowski, ao proferir o referido voto, fez consignar da minuta, que para a concessão da benesse se faz necessária, "(...) VII - Comprovação nos autos de existência de situação estrutural em que mulheres grávidas e mães de crianças (entendido o vocábulo aqui em seu sentido legal, como a pessoa de até doze anos de idade incompletos, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) estão, de fato, cumprindo prisão preventiva em situação degradante, privadas de cuidados médicos pré-natais e pós-parto, inexistindo, outrossim berçários e creches para seus filhos", como pontuado pelo subscritor do parecer ministerial, observado que nos autos foram juntados, somente, documentos de identidade dos menores.

Logo, nos limites da discussão autorizada no habeas corpus, não há como reconhecer o constrangimento ilegal capaz de justificar a soltura pretendida.” (Habeas Corpus 2005070-37.2018.8.26.0000/703, 10ª Câmara Criminal, j. em 01.03.2018)

(416) “Todavia, como ressaltado nas diretrizes constantes da própria decisão acima referida, para a concessão da benesse, é mister, entre outros requisitos, “VII - Comprovação nos autos de existência de situação estrutural em que mulheres grávidas e mães de crianças (entendido o vocábulo aqui em seu sentido legal, como a pessoa de até doze anos de idade incompletos, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) estão, de fato, cumprindo prisão preventiva em situação degradante, privadas de cuidados médicos pré-natais e pós-parto, inexistindo, outrossim berçários e creches para seus filhos” (grifos nosso), circunstâncias que não se verificam na hipótese, em tela, pois não há qualquer notícia de que a paciente esteja sendo submetida a tratamento indigno ou deletério ou que seu filho esteja em situação de perigo que dependa, exclusivamente, de seus cuidados.” (Habeas Corpus 2085212-28.2018.8.26.0000/416, 5ª Câmara Criminal, j. em 07.06.2018)

Depreende-se das mencionadas decisões, que os julgadores acabaram por criar mais um requisito para a concessão do benefício. Ao contrário do que preconizado no acórdão do STF, que, reconhecendo a situação de violação estrutural de direitos, concedeu a ordem de *habeas corpus* a ser cumprida por todos os juízes brasileiros, os desembargadores exigem que, para a concessão da domiciliar, a defesa comprove o que já foi reconhecido pela Suprema Corte.

⁵⁷ Habeas Corpus 2049961-46.2018.8.26.0000/568, 10ª Câmara Criminal, j. em 19.04.2018; Habeas Corpus 2049586-45.2018.8.26.0000/562, 13ª Câmara Criminal, j. em 19.04.2018; Habeas Corpus 2072815-34.2018.8.26.0000/471, 10ª Câmara Criminal, j. 10.05.2018; Habeas Corpus 2085212-28.2018.8.26.0000/416, 5ª Câmara Criminal, j. de 07.06.2018; Habeas Corpus 2092706-41.2018.8.26.0000/415, 5ª Câmara Criminal, j. em 07.06.2018; Habeas Corpus 2133341-64.2018.8.26.0000/294, 10ª Câmara Criminal, j. em 26.07.2018; Habeas Corpus 2146531-94.2018.8.26.0000/231, 5ª Câmara Criminal, j. em 17.08.2018; Habeas Corpus 2201694-59.2018.8.26.0000/103, 5ª Câmara Criminal, j. em 24.10.2018.

Em alguns desses julgados, a decisão do STF foi alvo de críticas no que diz respeito à metodologia e às fontes de dados utilizados pelos ministros na tomada de decisão:

(436) “Aliás, sem adentrar ao mérito sobre a duvidosa possibilidade de writ “coletivo, por mero amor ao debate e a título de informação, observo que aquela decisão se baseou em um relatório extemporâneo do INFOPEN publicado no ano de 2014, ou seja, com base em dados estatísticos de anos anteriores, do qual, aliás, sequer constam todas as informações do estado de São Paulo paradoxalmente apontado no mesmo documento como a unidade federativa responsável por 30% da população carcerária feminina do Brasil, sendo apenas 9% delas sem a devida condenação -, além de eventuais “pesquisas empíricas”, realizadas em estabelecimento prisionais aleatórios.

[...]

Por outro lado, torna-se temerário considerar a alegada deficiência estrutural nos estabelecimentos prisionais femininos, somente por meio de gráficos percentuais da média nacional, ao que tudo indica, defasados e sem qualquer comparativo com cada estado desta federação, até mesmo por descaso de algumas unidades, especialmente São Paulo que não enviou alguns dados estatísticos, como Relatório INFOPEN MULHERES JUNHO DE 2014, utilizado como parâmetro pelo citado ministro relator, um dos fatores, aliás, que impede a identificação do ato coator e, acima de tudo, a individualização do seu beneficiário, pois, naqueles estabelecimentos providos de estrutura, nos termos exigidos pela LEP, ocorrerá verdadeiro sucateamento e efetivo desperdício de dinheiro público, ante o iminente desuso.” (Habeas Corpus 2055634-20.2018.8.26.0000/436, 4ª Câmara Criminal, j. em 22.05.2018)

3.2.7. A prisão decorre de execução provisória ou de condenação confirmada em segundo grau ou de condenação em primeira instância

Para alguns julgadores, a existência de sentença condenatória, especialmente quando a paciente respondeu ao processo presa, é fundamento suficiente para a manutenção da prisão preventiva, independentemente da quantidade de pena aplicada ou do regime imposto.

(196) “Desse modo, agiu corretamente a MMª. Juíza, não havendo motivo para soltar as pacientes, após terem permanecido presas durante a instrução, mormente quando condenadas pelo grave crime de tráfico de drogas, a cumprir pena no regime inicial fechado.

Portanto, escorreita a r. decisão de Primeiro Grau que vedou o apelo em liberdade, mostrando-se as custódias necessárias para assegurarem a ordem pública e também a aplicação da lei penal, pois agora as pacientes têm uma sentença condenatória em seu desfavor, ainda que sujeita a recurso. Assim, aquelas devem permanecer segregadas para que não se furtem ao eventual cumprimento de pena privativa de liberdade ou incorram em reiteração delitiva”. (Habeas Corpus 2154067-59.2018.8.26.0000/196, 1ª Câmara Criminal, j. em 27.08.2018)

(184) “Nesse quadro, se no curso da ação penal em primeira instância estava justificada a restrição da liberdade, mais ainda está ela agora quando contra a condenada pesa uma sentença regularmente exarada e a determinação de desconto de pena em regime severo de cumprimento.

Em outras palavras, o que de fato se vê neste momento processual é que a custódia funda-se na existência de um decreto condenatório e na fixação de uma pena a ser cumprida no regime fechado, ambos detalhadamente explanados na sentença de Primeiro Grau. (Habeas Corpus 2166987-65.2018.8.26.0000/184, 6ª Câmara Criminal, j. em 30.08.2018)

(185) Ora, na presente hipótese, a excepcionalidade encontra-se presente, de modo a revelar que a substituição da prisão preventiva não é a medida mais adequada, uma vez que a paciente foi condenada, demonstrando envolvimento com a criminalidade, não demonstrando dessa forma ser mãe zelosa. (Habeas Corpus 2154054-60.2018.8.26.0000/185, 6ª Câmara Criminal, j. em 30.08.2018)

Esses argumentos, surpreendentemente, foram corroborados pela incidência da Súmula 9 do STJ, em pelo menos 4 decisões:

(122) “Conforme consignado na Súmula nº 09, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, a exigência da prisão processual não viola o princípio constitucional da presunção de inocência, pois, de modo algum, quer significar antecipação de pena. [...] HC 74.972-1-SP DJU de 20-6-97, p. 28.472” (Habeas Corpus 2178431-95.2018.8.26.0000/122, 14ª Câmara Criminal, j. em 04.10.2018; Habeas Corpus 2170822-61.2018.8.26.0000/137, 14ª Câmara Criminal, j. em 20.09.2018)

(194) “Relevante notar que a conservação da paciente na prisão não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência e nada mais é do que efeito normal da sentença condenatória, incidindo, aqui, a Súmula 09 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.” (Habeas Corpus 2160011-42.2018.8.26.0000/194, 10ª Câmara Criminal, j. em 30.08.2018)

(206) “Demais disso, o teor da Súmula nº 9 editada pelo colendo Superior Tribunal de Justiça traz o entendimento de que: “A exigência da prisão provisória para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”. (Habeas Corpus 2140311-80.2018.8.26.0000/206, 11ª Câmara Criminal, j. em 15.08.2018)

A Súmula 9 do STJ, aprovada por sua Terceira Seção em 06.09.1990, tem a seguinte redação “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”. A edição da referida súmula se deu a partir de julgados⁵⁸ em que o Superior Tribunal de Justiça foi instado a se manifestar sobre a compatibilidade do artigo 5º, LVII e LXI, da então recente Constituição Federal/1988 (BRASIL, 1988), com os artigos 393, I, e 594 do CPP (BRASIL, 1941) e o art. 35 da Lei 6.368/1976 (BRASIL, 1976), que previam, respectivamente, o recolhimento à prisão como efeito da sentença condenatória recorrível, como condição para apelar e como condição para apelar nos casos de condenação por tráfico de drogas.

Embora não tenha sido cancelada, essa súmula, como dito, diz respeito à validade da exigência da prisão provisória para apelar, prevista em dispositivos legais há muito tempo revogados (2011, 2008 e 2006), o que difere substancialmente da possibilidade de decretação da prisão preventiva nos casos em que presentes os requisitos de cautelaridade. Portanto, a permanência da Súmula 9 do STJ no mundo jurídico, a legitimar a obrigatoriedade da prisão

⁵⁸ HC 84-SP, HC 102-RJ, RHC 202-SP, RHC 270-SP, RHC 303-MG, RHC 331-SP

para apelar, claramente viola o princípio da presunção da inocência e a jurisprudência mais recente dos Tribunais Superiores, desvirtuando as funções da prisão preventiva.

Em outros casos, havendo condenação confirmada em segunda instância, concluiu-se que o recolhimento da paciente não configurava constrangimento ilegal, uma vez que a natureza da prisão havia sido alterada, estando fora, portanto, das hipóteses previstas no HC 143.641/SP, que versa sobre prisão preventiva⁵⁹:

(310) “Conforme análise aos autos de origem, já houve condenação em segunda instância, em sede de apelação (fls. 410/424). Desta forma, trata-se de execução provisória da pena, e não prisão cautelar, não podendo ser aplicados os efeitos do recente julgado do Pretório Excelso, no bojo do Habeas Corpus coletivo nº 143.641/SP.

Já foi certificado o trânsito em julgado para a acusação, e o processo, no momento, encontra-se em grau de Recurso Especial no Superior Tribunal de Justiça (fls. 447/463 autos de origem).” (Habeas Corpus 2095249-17.2018.8.26.0000/310, 9ª Câmara Criminal, j. em 21.07.2018)

(267) “Assim, tendo o recurso da defesa já sido julgado, oportunidade em que este Egrégio Tribunal decidiu pela manutenção da condenação, não há que se falar mais em prisão preventiva, e sim na execução provisória da pena, consoante o novo entendimento da Suprema Corte, citado alhures.” (Habeas Corpus 2093622-75.2018.8.26.0000/267, 4ª Câmara Criminal, j. em 24.07.2018)

Esse entendimento está justificado, em parte, pela oscilação nas decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito da possibilidade de execução provisória da pena após a condenação em segunda instância. Em 2009, o STF já havia declarado a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena, seguindo termos os da própria Constituição. Contudo, em 2016 o tribunal mudou sua jurisprudência e afirmou ser possível a prisão em segunda instância, o que fez com que os ministros passassem a decidir de formas distintas quanto ao tema, situação pacificada somente em novembro de 2019, com o julgamento das ADC’s 43, 44 e 54.

3.3. O discurso do Tribunal de Justiça – estereótipos de gênero como fundamento de decidir

Estereótipos de gênero são construções sociais e culturais sobre homens e mulheres em razão de suas diferenças físicas, biológicas, sexuais e sociais que, em geral, dizem respeito a crenças sobre atributos pessoais das mulheres e homens, de naturezas diversas, a depender do contexto. A construção de estereótipos de gênero muitas vezes atribui às mulheres papéis

⁵⁹ Por exemplo: Habeas Corpus 2082901-64.2018.8.26.0000/408, 7ª Câmara Criminal, 06.06.2018; Habeas Corpus 2102836-90.2018.8.26.0000/222, 1ª Câmara Criminal, j. em 13.08.2018; Habeas Corpus 2153674-37.2018.8.26.0000/190, 14ª Câmara Criminal, j. em 30.08.2018.

subservientes, desvalorizando seus atributos e características e constringindo-as a determinados espaços e funções, podendo ser empregados para reforçar preconceitos sobre a inferioridade da mulher e desvalorizá-la em todos os setores da sociedade, além de restringir direitos e violar a igualdade entre homens e mulheres (COOK; CUSACK, 2010).

Cook e Cusack atentam para a necessidade de se erradicar os estereótipos de gênero como uma maneira de abolir todas as formas de discriminação contra a mulher. Para isso propõem uma metodologia consistente na nomeação do estereótipo para revelar um dano que passaria despercebido, a partir de duas perguntas-chave: a) de que maneira uma lei, política ou prática estereotipa homens ou mulheres? b) de que forma a aplicação, execução ou perpetuação de um estereótipo de gênero em uma lei, política ou prática prejudica as mulheres?

O passo seguinte, segundo a metodologia, equivale à identificação de danos graves causados pela atribuição de estereótipos de gênero, a partir de duas outras perguntas: a) as mulheres estão tendo um benefício negado por causa da existência de um certo estereótipo de gênero? b) há a imposição de uma carga sobre as mulheres por causa da existência de um certo estereótipo de gênero? As mulheres são degradadas, sua dignidade é minimizada ou são marginalizadas de alguma forma por causa da existência de um certo estereótipo de gênero? (COOK; CUSACK, 2010).

Como mencionado anteriormente, a presente pesquisa teve como objetivo primário identificar os principais fundamentos para negar o pedido de substituição da prisão preventiva por domiciliar de mães e gestantes, o que foi feito no item anterior, mas também se propôs a verificar a possível incidência de juízos de valor na fundamentação dos acórdãos, a partir da atribuição de estereótipos de gênero no discurso dos desembargadores do Tribunal de Justiça de São Paulo.

A leitura dos acórdãos permitiu verificar que a hipótese formulada na pesquisa pôde ser confirmada, uma vez que alguns dos textos analisados recorriam a considerações morais ou a juízos de valor sobre o papel de mulher ou de mãe da paciente para negar o pedido de prisão domiciliar. Para essa parte da pesquisa selecionou-se 50 acórdãos, cujos trechos foram destacados para análise. Nos casos em que textos do mesmo relator se repetiam, apenas um foi separado. Os casos selecionados foram agrupados por similaridade de situações a partir de trechos dos acórdãos.

É importante lembrar que a previsão de concessão de prisão domiciliar contida no artigo 318 do CPP é direcionada a mulheres que estão cautelarmente privadas da liberdade, acusadas do cometimento de um crime. Tal condição pressupõe uma anterior análise e

preenchimento dos requisitos para a prisão preventiva, uma vez que estão presas. Ademais, o referido artigo não faz qualquer ressalva sobre a hipótese de pretérita passagem da mulher pelo cárcere.

Por outro lado, as Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras (Regras de Bangkok) recomendam formas alternativas à prisão, inclusive à prisão cautelar, que deverão ser empregadas sempre que apropriado e possível, determinando, ainda, que as “mulheres infratoras não deverão ser separadas de suas famílias e comunidades sem que se considere devidamente a sua história e laços familiares”.

Contudo, na pesquisa realizada, são vários os casos em que se recomenda o afastamento do filho pelo simples envolvimento da mãe com uma atividade considerada criminosa, como se a função materna tivesse sido descaracterizada pela prática de um fato delitivo.

(540) “Este contexto, aliás, permite concluir que, infelizmente, atualmente, o contato com a mãe (dado o seu passado criminal e a natureza das condutas que lhe são imputadas) não trará benefícios para a formação da personalidade do filho”. (Habeas Corpus 2055596-08.2018.8.26.0000/540, 1ª Câmara Criminal, j. em 26.04.2018)

(457) “[...] a paciente foi surpreendida na posse de relevante quantidade de substâncias entorpecentes, na sua residência, que se achava ao alcance da criança menor, que deveria estar sob seus cuidados necessários e não expostas a tamanho perigo e risco de saúde, presenciando os comportamentos suspeitos e inadequados da genitora biológica, no contacto com as drogas e com terceiros, por força do ilícito comércio.

De se destacar, no caso, que a paciente admitiu o seu envolvimento no comércio clandestino de drogas, pouco se importando quando à presença do filho menor de doze anos, na residência. Ela acabou com sua irresponsabilidade, colocando o filho em risco concreto”. Menção ao parecer do MP (Habeas Corpus 0014118-54.2018.8.26.0000/457, 14ª Câmara Criminal, j. em 17.05.2018)

No acórdão 540, o julgador pressupõe que o fato de a mãe ter cometido um crime desaconselha seu contato com o filho, uma vez que “não trará benefícios” para a formação da personalidade dele. O papel materno, que nada tem a ver com a prática delitiva, é automaticamente colocado em xeque pelo “passado criminal” e a natureza das condutas imputadas à paciente. Já no Acórdão 457, a mulher que praticou o tráfico de drogas é chamada de “genitora biológica”. Nesse contexto, a “não menção” da palavra “mãe” indica uma desqualificação daquela que praticou um crime, que, por tal razão, sequer merece ser chamada de mãe.

(282) “[...] a invocada imprescindibilidade é relativa, vez que se fosse absoluta, a suplicante não teria, em tese, tempo disponível para continuar nessa prática socialmente perniciosa, o que demonstra que, quanto aos filhos menores, é evidente que seus direitos estão sendo gravemente violados na companhia dela, dada a situação de flagrância acima descrita, indicando os elementos dos autos, por ora, que a mesma não reúne atualmente condições para que ele se desenvolvam de forma sadia e digna,

sendo o caso da adoção de medidas urgentes por órgãos competentes, para preservação dos direitos dos menores, caso não haja familiares aptos a prover-lhes as necessidades. Pela mesma razão, obviamente, seria inócua a concessão da prisão domiciliar que, ao contrário de preservar os direitos deles, os manteriam na evidente situação de risco em que, em tese, se encontravam.”. (Habeas Corpus 2104939-70.2018.8.26.0000/282, 8ª Câmara Criminal, j. em 02.08.2018; Habeas Corpus 2251837-86.2017.8.26.0000/722, 8ª Câmara Criminal, j. em 22.02.2018)

No acórdão 282, questiona-se a imprescindibilidade da mãe pelo fato dela ter tido tempo disponível para praticar o crime, pressupondo uma normatização da maternidade, a partir de um padrão sobre o tempo, a disponibilidade e a competência das mulheres como mãe. A prática delitiva também foi utilizada como indicativo de que a paciente não tem condições de criar seus filhos “de forma sadia e digna”, além de colocá-los em risco.

Aliás, a relação “contato com a mãe” x “risco aos filhos” muitas vezes é feita de forma automática, mesmo nos casos em que a prática delitiva e a prisão em flagrante se deram em local diverso da residência, fazendo com que o instituto da prisão domiciliar, que visaria proteger as condições da maternidade e da infância, seja deturpado e direcionado para o sentido oposto:

(688) “No caso dos autos, no entanto, não houve demonstração os filhos menores da paciente não possam ficar aos cuidados de terceiros, como, por exemplo, o genitor. Outrossim, como destacou o douto Procurador de Justiça oficiante, “seria extremamente prejudicial às crianças a manutenção da genitora em sua própria casa, local onde poderá continuar a praticar crimes dessa natureza, expondo os infantes a esse meio deletério. Logo, para a própria proteção dos menores, assegurada na Lei Maior, é que ainda se justifica a manutenção da custódia” (fls. 121), não se demonstrando, portanto, a imprescindibilidade de seus cuidados a justificar a conversão”. Presa ao transportar 29,75 kg de maconha. (Habeas Corpus 2246253-38.2017.8.26.0000/688, 9ª Câmara Criminal, j. em 01.03.2018)

(773) “D. foi surpreendida transportando entorpecentes, circunstâncias que demonstram que, lamentavelmente, o seu próprio *modus vivendi* desaconselha a sua vida em sociedade - em especial com os seus filhos, ainda crianças -, coisa que a desejada prisão domiciliar desviada permitiria” Paciente primária (Habeas Corpus 2236750-90.2017.8.26.0000/773, 6ª Câmara Criminal, j. em 18.01.2018, Habeas Corpus 2235444-86.2017.8.26.0000/774, 6ª Câmara Criminal, j. em 18.01.2018)

(546) “De mais a mais, difícil crer na imprescindibilidade dos cuidados da Ré que optou por desempenhar tráfico de grande envergadura, em nome de pessoa incluída em sistema prisional, mesmo sendo responsável por duas crianças de tenra idade.

‘E, sob esse mesmo aspecto, é de se considerar se seria adequada a manutenção da Ré em liberdade, junto à sua prole, o que poderia expor estes às condutas reprováveis de sua genitora”. Tráfico interestadual. Presa na rodoviária. (Habeas Corpus 2031278-58.2018.8.26.0000/546, 7ª Câmara Criminal, j. em 25.04.2018)

Nesse contexto, ainda que não tenham sido utilizados termos ou palavras pejorativas, há uma discriminação negativa que incide sobre o gênero feminino, fazendo com que as figuras de “mãe” e de “criminosa” sejam socialmente irreconciliáveis (BRAGA; FRANKLIN, 2016).

Em outros casos, há uma ligação direta entre o cometimento de um crime e a negligência materna, ou ausência de cuidado ou inaptidão para a maternidade. O trabalho de cuidado, especialmente no que diz respeito à criação, educação e socialização dos filhos está intimamente ligado ao que a sociedade compreende como a “capacidade de ser boa mãe”.

Esse tipo de argumentação evidencia o caráter patriarcal e discriminatório do sistema de justiça criminal em relação à mulher, que não é julgada apenas por sua conduta, mas também pelos rompimentos dos papéis de gênero impostos, os quais ela deveria desempenhar para que sua maternidade fosse reconhecida e respeitada (BRAGA; FRANKLIN, 2016).

(652) “No caso em apreço, mesmo tendo filhos menores optou por realizar o crime de tráfico de drogas, devendo responder pela conduta, em tese praticada, nos termos da legislação vigente”. (Habeas Corpus 2244618-22.2017.8.26.0000/652, 15ª Câmara Criminal, j. em 08.03.2018)

(769) “Mesmo tendo um filho de 07 anos e estando grávida isso não impediu que ela estivesse em poder de considerável quantidade de drogas, aqui de dois tipos, e possivelmente trabalhando no seio de um grupo voltado à disseminação do comércio maldito. E, aqui, cumpre uma indagação: onde estaria o seu filho enquanto a paciente, em tese, transportava as drogas? Será que a presença física da paciente é, realmente, necessária para os cuidados da criança ou será que mesmo nessa condição (prisão domiciliar) isso não a impedirá de continuar a praticar o comércio maldito? Tais questões, sem sombra de dúvida, são de grande indagação e devem ser trazidas ao debate no momento oportuno, inclusive à luz do contraditório”. (Habeas Corpus 2002717-24.2018.8.26.0000/769, 3ª Câmara Criminal, j. em 23.01.2018; Habeas Corpus 2002208-93.2018.8.26.0000/768, 3ª Câmara Criminal, j. em 23.01.2018).

(434) “[...] a paciente foi surpreendida na posse de relevante quantidade de substâncias entorpecentes (348, 07 g de cocaína), na residência vizinha à sua, estando associada com outras pessoas para a prática do comércio ilícito.

Encontrava nesta situação inadequada, pouco se importando em deixar sua filha sozinha, exposta a perigo e com risco de saúde. Deveria, sim, estar em casa, cuidando da menor”. (Habeas Corpus 0014714-38.2018.8.26.0000/434, 14ª Câmara Criminal, j. em 24.05.2018)

(748) “Impossível ignorar a conduta supostamente desenvolvida pela paciente, mantendo em seu apartamento grande quantidade de drogas, ao que tudo indica, não se importando com seus filhos menores que permaneciam aos cuidados da avó materna.”. Três filhos menores de 12 anos (Habeas Corpus 2215544-20.2017.8.26.0000/748, 12ª Câmara Criminal, j. em 31.01.2018)

(453) “Ademais, como bem mencionado pelo ilustre Magistrado a quo (fls. 8/9), “(...) tivesse a ré preocupada com os cuidados dos filhos menores, não se aventuraria com outros indivíduos na prática de crime em Comarca diversa da que residia, ou seja, negligenciou os cuidados às crianças para enveredar-se na prática criminosa””. (Habeas Corpus 2074894-83.2018.8.26.0000/453, 9ª Câmara Criminal, j. em 17.05.2018)

Em certos casos a presunção de perigo e risco parece ser a regra: se a mulher pratica o tráfico na residência, é perigosa e expõe os filhos ao risco, se o pratica na residência vizinha, deixou a filha sozinha, exposta a perigo e com “risco de saúde”. Ademais, o cometimento de fato considerado como criminoso foi considerado como uma violação do papel de cuidado que se atribui às mulheres, e de garante do bem-estar de seus filhos.

Situação semelhante foi verificada em pesquisa realizada no âmbito das audiências de custódia em São Paulo⁶⁰ por pesquisadores do ITTC, em que a vinculação do tráfico à ausência de cuidado com os filhos e filhas também foi efetuada tanto por membros da Magistratura, como do Ministério Público, de modo que o tráfico e demais crimes relacionados a drogas foram colocados no lugar de incompatíveis com a liberdade provisória e com a prisão domiciliar, mesmo sem amparo legal para tanto. A pesquisa também identificou essa valoração moral do cuidado mesmo que a mulher não tenha sido presa em flagrante em decorrência a crime relacionado ao tráfico, mas que tenha declarado o uso de drogas.

Nos casos narrados (Acórdãos 769, 434, 453), há, ainda, uma agravante. A mulher não estava onde deveria estar: em casa, cuidando dos filhos. Rompeu com o papel historicamente atribuído a ela como a dedicação prioritária à vida doméstica e aos familiares. Esses estereótipos que associam o lugar da mulher ao âmbito privado “colaboram para que a domesticidade feminina seja vista como um traço natural e distintivo, mas também como um valor a partir do qual outros comportamentos seriam caracterizados como desvios” (BIROLI, 2014, p. 32).

A lógica a seguir construída contrapôs o comportamento das mulheres a um perfil de mãe socialmente valorizado, um modelo ideal do exercício da maternidade e do cuidado com os filhos. Os magistrados, levando em conta seus próprios padrões morais e presunções, analisam o comportamento das envolvidas, buscando um padrão de conduta, de forma que atendam ao modelo de mãe que a sociedade impôs como correto. Dessa forma, para alcançar o benefício previsto em lei é preciso preencher um outro requisito: o de “boa mãe”, “cuidadora” e “zelosa”, o que quer que isso queira dizer.

(173) “[...] uma vez que não há nos autos qualquer elemento de prova que indique ser a paciente, cuja conduta não aparenta ser um exemplo a ser seguido, imprescindível ao cuidado do seu filho, que, repise-se, está sob os cuidados de sua mãe e avó”. (Habeas Corpus 2156594-81.2018.8.26.0000/173, 11ª Câmara Criminal, j. em 05.09.2018)

(22) “[...] ao se curvar ao tráfico de drogas, aceitando introduzir entorpecente em estabelecimento prisional, demonstrou ostentar evidente periculosidade social e

⁶⁰ MulheresSemPrisão 2019. www.ittc.org.br/wp-content/uploads/2019/05/mulheresemprisao-enfrentando-invisibilidade-mulheres-submetidas-a-justica-criminal.pdf. p. 59

freio moral nenhum, o que se contrapõe, e muito, aos princípios mais comezinhos da maternidade e ao interesse maior de sua prole. E esse, por certo, não é o perfil da mãe esmerada, provedora e preocupada com a sorte de seu filho”. (Habeas Corpus 2240079-76.2018.8.26.0000/22, 9ª Câmara Criminal, j. em 13.12.2018)

(67) “[...] alguém que carrega, para dentro de um presídio, estupefacientes ocultados no próprio corpo, ou mesmo alguém na posse de elevadas e diversificadas quantidades de entorpecentes, para fins de comércio, realizado dentro de casa, ou ainda alguém que detenha papel de destaque no comércio atacadista, mesmo no varejista, de entorpecentes, teria perfil de pessoa que realiza as tarefas inerentes à maternidade? (Habeas Corpus 2227449-85.2018.8.26.0000/67, 9ª Câmara Criminal, j. em 22.11.2018; Habeas Corpus 2208549-54.2018.8.26.0000/111, 9ª Câmara Criminal, j. em 18.10.2018)

(284) “[...] a simples alegação de possuir filho, necessitando de seus cuidados, não permite, por si só, a concessão da prisão domiciliar, mas o contrário, mostra, a princípio, seu despreparo como mãe, justificando que não fique a criança à mercê de pessoa talhada para o crime”. (Habeas Corpus 2125512-32.2018.8.26.0000/284, 6ª Câmara Criminal, j. em 02.08.2018)

(330) “Ora, na presente hipótese, a excepcionalidade encontra-se presente, de modo a revelar que a substituição da prisão preventiva não é a medida mais adequada, uma vez que a paciente foi condenada, demonstrando envolvimento com a criminalidade e, como bem ressaltado pela autoridade impetrada, não demonstrando dessa forma ser mãe zelosa”. (Habeas Corpus 0017243-30.2018.8.26.0000/330, 6ª Câmara Criminal, j. em 05.07.2018; Habeas Corpus 2084180-85.2018.8.26.0000/399, 6ª Câmara Criminal, j. em 07.06.2018; Habeas Corpus 2154054-60.2018.8.26.0000/185, 6ª Câmara Criminal, j. em 30.08.2018; Habeas Corpus 2124426-26.2018.8.26.0000/304, 6ª Câmara Criminal, j. em 26.07.2018; Habeas Corpus 2084180-85.2018.8.26.0000/399, 6ª Câmara Criminal, j. em 07.06.2018)

Como já mencionado, o papel de mãe zelosa, cuidadora e preocupada com os filhos é incompatível com o de quem se dispõe a cometer crimes. No discurso judicial, os perfis de “mãe” e de “criminosa” são auto-excludentes. A exemplo do estereótipo da “mulher honesta”, aquela merecedora da proteção penal, utiliza-se a concepção de “mãe zelosa” como o parâmetro para classificar as mulheres aptas a receber os benefícios penais.

(642) “Com efeito, a decisão através da qual se negou a segregação domiciliar não se mostra teratológica, anotando o magistrado que “(...) Só o fato de a denunciada ter dado a luz a uma criança, hoje com 03 anos de idade, não significa, por si só, que a mesma seja 'mãe' nos exatos termos da palavra e das atribuições concernentes à maternidade, e nem que a criança esteja sendo privada de cuidados necessários ao seu regular desenvolvimento. Aliás, em se tratando de acusada reincidente (fls. 369/370, 554 e 574/575) e novamente envolvida em crime desta feita roubo qualificado praticado a noite, em prostituição, é demonstrativo que a sua presença ao pequeno filho nem é salutar, objetivamente falando, e demonstra também que a mesma não nutre pela criança as regras básicas de cuidados, de sorte que os argumentos expendidos não alicerçam a pretensão. (...)” (fls. 23, grifei)” Juiz (Habeas Corpus 2048028-38.2018.8.26.0000/642, 9ª Câmara Criminal, j. em 22.03.2018)

No Acórdão 642, o julgador afirma que o mero fato de a mulher ter dado à luz uma criança não significa que ela seja mãe “nos exatos termos da palavra”. Como se vê, além de se

mencionar um “ideal do que significa ser mãe”, o exercício da maternidade é classificado a partir da gravidade atribuída a sua conduta delitiva, que também pressupõe ausência de cuidado.

Nos casos seguintes, percebe-se que a “maternidade é vista como uma forma de a mulher desviante se aproximar da normalidade, a partir de uma representação de maternidade ligada às condutas associadas ao “feminino” (preocupação com as crianças, comportamento passivo, ausência de conduta criminosa) e, portanto, distante da masculinidade atribuída ao mundo do crime” (BRAGA; FRANKLIN, 2016, p. 352). O ideal de maternidade opera como uma espécie de redenção, que poderia ensejar nas mulheres novos princípios morais que possibilitassem-lhes sair da vida do crime e, assim, tornarem-se boas mães, cumprindo o papel esperado de uma “mulher mãe”.

(291) “Em que pese a complexidade da situação, é possível a conclusão de que a maternidade, por si só, não foi motivo bastante para que a paciente se orientasse de acordo com os caminhos da lei e perseguisse um meio de vida lícito, de sorte que a maternidade não pode, então, ser o único e suficiente motivo a garantir a soltura dela em favor da prole, a caracterizar verdadeiro passaporte para a impunidade”. (Habeas Corpus 2138560-58.2018.8.26.0000/291, 3ª Câmara Criminal, j. em 02.08.2018)

(412) “Há que se ter em mente, ainda, que se a filha menor e a gestação não foram óbices à reiteração criminosa por parte da ré, não podem ser consideradas acima de qualquer outra circunstância do caso concreto, para beneficiá-la. Ora, se a própria mãe relegou o bem estar da filha e do feto, não pode ser beneficiada tão-somente porque tem uma filha menor e está grávida”. Transcrição da fundamentação do Juiz (Habeas Corpus 2038359-58.2018.8.26.0000/412, 5ª Câmara Criminal, j. em 07.06.2018)

(499) “Além disso, sua personalidade e conduta social são deturpadas, eis que estava grávida de 07 meses, possui outros cinco filhos e, mesmo assim, não abandonou a traficância. Além disso, cumpria pena no regime aberto quando voltou a delinquir (fls. 170 dos autos de origem).”. O fato de ser mãe e estar gestante foi utilizado de forma negativa para avaliar as circunstâncias judiciais na dosimetria. (Habeas Corpus 0011280-41.2018.8.26.0000/499, 8ª Câmara Criminal, j. em 10.05.2018)

No Acórdão 499, verifica-se que a condição de mãe e gestante da paciente, ao invés de ser considerada em seu favor, foi ponderada de forma negativa para avaliar as circunstâncias judiciais na dosimetria da sentença. Ou seja, a mulher foi punida com maior severidade pelo fato de ter cometido um crime mesmo estando grávida e tendo filhos.

Braga e Franklin (2016), ao pesquisarem sobre pedidos de prisão domiciliar para presas grávidas e mães recentes, conforme a possibilidade trazida pela lei de medidas cautelares (Lei 12.403/2011), identificaram duas tendências no julgamento de mulheres gestantes ou puérperas presas: ora os julgadores creditam à maternidade uma espécie de “salvação moral”, uma forma de sair do mundo do crime, e portanto, reconhecem os direitos de maternagem; ora denegam

seus pedidos – principalmente em casos de mães com filhos menores (mas não bebês) e não-gestantes – baseados na crença de que a conduta “criminosa” da ré não condiz com a de uma mãe que é imprescindível aos cuidados de seu filho.

Nesse sentido, Angotti menciona a existência da esperança de recuperação da mulher delinquente por meio da ativação dos caracteres próprios do “sexo frágil”, verificada tanto na obra de Lombroso quanto na de Lemos Britto (ANGOTTI, 2012, p. 169-170).

Nos acórdãos 90, 166, 534, 772 e 579, o fato de a mulher estar fora de casa de madrugada, ou de ter viajado, foi considerado de forma negativa pelo julgador, inclusive como situação ao abandono. Percebe-se que a mulher foi julgada por ter deixado o espaço doméstico e a condição de cuidadora a que estava destinada, para cometer crimes. E a usurpação desse papel de cuidado foi considerada como abandono.

(90) “Na espécie e segundo a acusação deduzida contra a ré, ela se revelou uma pessoa perigosa e desatenta aos cuidados maternos. Com efeito, consoante a denúncia e peças que a instruíram, a ora paciente, ao invés de cuidar dos filhos durante a madrugada, preferiu praticar roubo triplamente qualificado, no qual houve violação de domicílio, a vítima foi amordaçada, amarrada, agredida diversas vezes, inclusive com coronhadas, e foi levada de casa pelos roubadores, que a sequestraram por cerca de 6 horas.

[...]

Assim, o crime imputado à paciente é de tamanha gravidade que revela periculosidade a enseja risco até mesmo à boa criança e educação da prole, que foi abandonada durante a madrugada para o cometimento do roubo” (Habeas Corpus 2185676-60.2018.8.26.0000/90, 6ª Câmara Criminal, j. em 30.10.2018)

No caso anterior (Acórdão 90), não se nega a gravidade do crime relatado, cometido com violência, o que por si só o excluiria das hipóteses para a concessão da prisão domiciliar. Contudo, a conduta delitiva narrada na decisão nada tem a ver com a qualidade dos cuidados maternos ou com o suposto abandono dos filhos por ter saído de madrugada.

(166) “[...] Ressaltou, ainda, a impossibilidade de concessão da prisão domiciliar, já que ela estava de madrugada realizando a venda de drogas, demonstrando que ela não despense os cuidados necessários à filha, sendo ausente em sua criação. Não demonstrou, também, a inexistência de outros familiares aptos a cuidar de sua filha”. (Habeas Corpus 0030096-71.2018.8.26.0000/166, 10ª Câmara Criminal, j. em 06.09.2018)

(534) “Da mesma forma, encontra-se suficientemente fundamentada e de maneira acertada a decisão que indeferiu os pedidos de revogação da medida e de substituição da preventiva por prisão domiciliar, tendo em vista que, embora ela seja mãe de uma criança de seis anos de idade, não comprovou ser imprescindível aos cuidados do filho, tendo praticado crime gravíssimo, às duas horas da madrugada, o que indica que se encontrava fora de casa e, efetivamente, não estava cuidando do menor, com o zelo devido, o que indica que já era prescindível sua presença física para garantia da criança (fls. 122/125)” (Habeas Corpus 2061468-04.2018.8.26.0000/534, 5ª Câmara Criminal, j. em 26.04.2018)

(772) “[...] apesar de ter declarado que tem filho de quatro anos de idade, tal fato não foi comprovado. Além disso, se A. era imprescindível aos cuidados especiais de sua filha menor de idade, não deveria estar na rua, às 4 horas da manhã, e sim, em casa...” Juiz (Habeas Corpus 0000656-30.2018.8.26.0000/772, 3ª Câmara Criminal, j. em 23.01.2018)

(579) “Destarte, em caso como o presente, é nítido que a concessão de prisão domiciliar representaria benesse manifestamente indevida, premiando pessoa que, sem revelar nenhuma preocupação com a prole, insiste na vida criminosa.

[...]

Na sentença, o pedido de prisão domiciliar foi rejeitado nos seguintes termos: “Em relação ao ofício de fls. 235/236, o pedido de prisão domiciliar deve ser rejeitado. Primeiro, porque não foram juntadas as certidões de nascimento das crianças. Segundo: ainda que comprovado o nascimento das crianças, a ré não demonstrou que ela é imprescindível aos cuidados dos menores, requisito esse essencial para o acolhimento do pleito (art.318, III, CPP), tanto que foi presa pelos policiais, na rua, às 23 horas. Terceiro: a acusada, reincidente específica, foi condenada por tráfico ilícito de drogas nesta data, o que indica que, mesmo com filhos menores de idade, não houve obstáculos para se dedicar à ação criminosa. Ao contrário. Sabendo que tinha filhos para criar, escolheu o caminho do crime. Agora, não pode invocar a concessão do benefício em questão, uma vez que essa condição já existia à época dos fatos e, ainda assim, optou por trilhar o pior dos percursos. [...]” (Habeas Corpus 0008361-79.2018.8.26.0000/579, 13ª Câmara Criminal, j. em 12.04.2018)

Nos casos acima mencionados, o fato de a mulher estar fora de casa, na rua, de madrugada, é interpretado como falta de cuidado, de preocupação e de zelo com os filhos, o que configura a ausência de imprescindibilidade da mãe nos cuidados com os filhos. A “inadequação” da conduta materna resulta numa violação à conformação social do papel da mulher, que, mais uma vez, está em lugar diverso de onde deveria estar: fora de casa, à noite, de madrugada.

(750) ““De qualquer forma, conforme o termo de interrogatório da paciente, ela disse ser moradora na cidade de Porto Ferreira e que foi, com alguns amigos, até uma festa na cidade de Itajobi. Ao retornarem da festa, ela foi beber com alguns amigos, gastando todo seu dinheiro, motivando-a a vender os entorpecentes. Não há sinais claros de que os filhos menores da paciente estivessem sob os cuidados dela, sobretudo porque deixava seus filhos com alguma pessoa para sair a uma festa e para vender drogas. Também não há evidências de que eventual doença grave da paciente a impedisse de frequentar festa e vender entorpecente, revelando não estar ela com a saúde debilitada. Não faz jus, portanto, a prisão domiciliar” Parecer do MP 2º grau (Habeas Corpus 2248279-09.2017.8.26.0000/750, 13ª Câmara Criminal, j. em 01.02.2018)

No Acórdão 750 opera-se uma confusão entre a vida social da mulher e a sua capacidade como mãe, por ter deixado “seus filhos com alguma pessoa para ir para uma festa, beber com amigos, gastar todo seu dinheiro e vender drogas”. Por destoar do papel ideal de mãe, não faz jus à concessão da prisão domiciliar. Percebe-se, no discurso judicial, uma avaliação de adequação comportamental a certos papéis sociais atribuídos às mulheres como requisito para

a concessão da prisão domiciliar. Nesse sentido, recupera-se a fala de Rousseau, em *Émile*, I, do século XVIII: (Rousseau, *apud* Badinter, 1985, p. 198):

“Essas doces mães que, livres de seus filhos, entregam-se alegremente às diversões da cidade são culpadas de preguiça, de insensibilidade e de egoísmo. Serão punidas na própria carne, pois “os filhos que abandonaram desde o nascimento não lhes manifestarão ternura, nem respeito. Os maridos serão volúveis e toda a família será feita de estranhos que se evitarão”.

A mulher desviante de sua missão original, a maternidade idealizada, rompe com o ideal construído em torno da figura de “boa mãe” e sofre uma penalização adicional com o afastamento do filho, o que acaba vulnerabilizando também a criança.

(209) “[...] o pedido de prisão domiciliar em Primeira Instância foi indeferido “em face das especificidades dos delitos imputados (associação criminosa especializada na receptação e transporte para outro Estado de veículos furtados) e por não residir no distrito da culpa, e porque a paciente deixou a sua filha de apenas 4 anos de idade, aos cuidados de outrem, na residência situada na cidade de Ipatinga/MG, para viajar até esta cidade de Dracena/SP, local dos fatos””. (Habeas Corpus 2150643-09.2018.8.26.0000/209, 15ª Câmara Criminal, j. em 23.08.2018)

(658) “Por fim, impossível o atendimento do pedido defensivo de concessão de prisão albergue domiciliar, pois a norma invocada pela impetrante - artigo 318 do Código de processo Penal -, busca proteger pessoa ligada ao agente preso, que esteja em situação de vulnerabilidade em decorrência da custódia do responsável, quadro este que não restou comprovado nestes autos, mas, como bem destacou o Magistrado de primeiro grau, se a paciente se deslocou da cidade de Sumaré/SP transportando o entorpecente apreendido até a cidade de Araçatuba/SP, de certo teria alguém para cuidar dos filhos menores (fls. 15)” (Habeas Corpus 2031125-25.2018.8.26.0000/658, 10ª Câmara Criminal, j. em 15.03.2018)

No caso seguinte, a paciente, além de ser mãe de uma criança pequena e estar gestante à época da prisão, tinha um papel de destaque no tráfico de drogas, sendo apontada como “administradora da biqueira”, uma situação considerada incompatível com o exercício da maternidade.

(304) “No caso, a paciente foi presa em flagrante juntamente com outros corréus, guardando em sua residência grande quantidade de cocaína e maconha, sendo apontada como administradora da “biqueira”, circunstâncias que autorizam a afirmação de que essa conduta é absolutamente incompatível aos cuidados da filha menor, aliás, a prática dos crimes se deu por ocasião de sua gravidez e os gravíssimos comportamentos observados não evidenciam preocupação com a filha, ao contrário, evidencia situação de perigo a que estaria exposta, tanto às drogas, quanto às situações de perigo inerentes à prática da mercancia espúria, e, por conseguinte, não recomenda o pedido de liberdade provisória ou de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, ao argumento de que precisa da mãe para os cuidados básicos.” (fls. 123). Parecer do Procurador de Justiça (Habeas Corpus 2124426-26.2018.8.26.0000/304, 6ª Câmara Criminal, j. em 26.07.2018)

Os estereótipos de categoria sexual atribuem traços temperamentais específicos ao masculino e o feminino, compreendendo a agressividade como masculina e a passividade como feminina. Assim como historicamente determinados estudos e profissões foram atribuídos a homens e mulheres de acordo com seu temperamento, o tráfico de drogas é considerado um ambiente masculino, especialmente as funções mais proeminentes.

Dessa forma, num sistema patriarcal, a “mulher-mãe” que ocupa função de destaque no tráfico de drogas, além de se imiscuir no papel de “criminosa”, rompe com os códigos de conduta de cada sexo ao assumir um papel masculino, o que configura uma dupla (ou tripla) transgressão. Segundo Baratta, mulheres que romperam com o ideal de feminilidade ao praticar uma conduta caracterizada como masculina em um ambiente de homens não encontram compreensão por parte os órgãos de justiça criminal e são punidas com maior severidade (BARATTA, 1999, p. 51).

No caso seguinte, a paciente, primária, sem antecedentes criminais e mãe de uma criança, foi presa em flagrante pela suposta prática de tráfico de drogas por ter sido vista vendendo aproximadamente 10g de cocaína. A prisão preventiva foi mantida pela gravidade do crime de tráfico e o pedido de prisão domiciliar foi indeferido com a seguinte fundamentação:

(689) “No caso dos autos, no entanto, não houve demonstração de que a criança não possa ficar aos cuidados de terceiros, como, por exemplo, o genitor, situação esta, aliás, noticiada nos autos. Outrossim, como bem anotou o Magistrado a quo, a paciente está desempregada e não possui condições de atender as necessidades materiais da criança, não se demonstrando, portanto, a imprescindibilidade de seus cuidados a justificar a conversão.” (Habeas Corpus 2007163-70.2018.8.26.0000/689, 9ª Câmara Criminal, j. em 01.03.2018)

O absurdo da fundamentação é tamanho que a vulnerabilidade socioeconômica da mulher não só é desconsiderada como reforça as razões para sua manutenção no cárcere. A ausência de imprescindibilidade da mãe no cuidado com o filho foi deduzida apenas da sua incapacidade de atender às necessidades materiais da criança. A pobreza se transforma numa característica das “más mães”.

Nesse sentido, a burocratização e a seletividade da concessão da prisão domiciliar faz com que apenas as mulheres detentoras de condições materiais e familiares mais favoráveis tenham acesso ao instituto, reproduzindo assim a seletividade do sistema penal (BRAGA; FRANKLIN, 2016).

No Acórdão 747, considerou-se que, a despeito da importância do cuidado materno, é comum que crianças sejam cuidadas por terceiros, tendo em vista que a maioria das mães não tem condições de permanecer com o filho em tempo integral.

(747) “Ademais, ainda que o cuidado materno seja essencial ao desenvolvimento da criança, incontáveis são os casos de infantes que são cuidados por terceiros, uma vez que, encarceradas ou não, a grande maioria das genitoras não tem condições de permanecer com seu filho diariamente, por conta de trabalho, ou outros impedimentos.

Nessa seara, o que fere a dignidade humana é aquele que cometeu crime ter “mais direitos” do que aquele que cumpre regularmente com as suas obrigações individuais, familiares e sociais.” (Habeas Corpus 2250481-56.2017.8.26.0000/747, 6ª Câmara Criminal, j. em 01.02.2018)

Com efeito, a maioria das mães necessita, em algum momento, deixar seus filhos sob os cuidados de terceiros para que possam sair para trabalhar ou desenvolver suas atividades cotidianas. Contudo, tal condição não pode ser usada para justificar a ausência de imprescindibilidade da mãe, uma vez que a maternidade não se reduz a estar com o filho em tempo integral.

Ademais, o acórdão observou que os direitos da mãe que cometeu um crime e “colocou em risco a própria paz pública e a vida ordeira dos demais cidadãos” são contrapostos com os das “outras mães que cuidam zelosamente de seus filhos”. Ao se desviar do papel de mãe idealizado, cometendo crimes, a mulher passa a ter uma maternidade subalterna.

Esse é mais um caso de como o sistema de justiça criminal participa de processos de (re)produção de desigualdades que vulnerabilizam mulheres, principalmente aquelas, como confirmam as estatísticas, alvo do sistema de justiça criminal – pobres e negras. Nas palavras de Grada Kilomba (2020), se para Simone de Beauvoir a mulher é o outro⁶¹, a mulher negra é o outro do outro.

No acórdão 436, o tipo de habitação e atividade laboral da paciente foram considerados negativamente. Além disso, mais uma vez comparou-se a necessidade da mãe de sair para trabalhar com o abandono dos filhos.

(436) Nesse ponto, a ré declarou residir em habitação coletiva e trabalhar como faxineira (fls. 18/19), ou seja, sequer aponta como permaneceria dentro da casa ou como a sua presença beneficiaria cada um dos filhos seus dois filhos, uma vez que, em regra, necessitaria abandoná-los para trabalhar, pois, vale lembrar, declarou-se solteira”. (Habeas Corpus 2055634-20.2018.8.26.0000/436, 4ª Câmara Criminal, j. em 22.05.2018)

Outro aspecto depreciativo do acórdão, diz respeito ao destaque conferido a sua condição de mãe solteira. A expressão é resquício de um preconceito histórico sobre uma

⁶¹ A categoria do Outro foi desenvolvida por Simone de Beauvoir em “O Segundo Sexo”, a partir do conceito de que a mulher não é definida em si mesma, mas em relação ao homem e a partir do homem.

maternidade inadequada, em que a mãe não está inserida em uma sociedade conjugal. Como dizia Beauvoir:

A mulher casada é autorizada a viver a expensas do marido; demais, adquire uma dignidade social muito superior à da celibatária. Os costumes estão longe de outorgar a esta possibilidades sexuais idênticas às do homem celibatário; a maternidade, em particular, é-lhe, por assim dizer, proibida, sendo a mãe solteira objeto de escândalo. (BEAUVOIR, p. 175-176, 1980).

É importante lembrar que o Código Civil de 1916, que saiu do mundo jurídico somente no ano de 2002, entre outras limitações aos direitos das mulheres, compreendia as mulheres casadas como relativamente incapazes, dependendo da autorização do marido para vários atos da vida civil, tendo seus direitos civis, sexuais e reprodutivos limitados. O casamento era a única forma de se constituir família, então, para a maternidade ser aceita, a mulher deveria estar inserida em uma relação conjugal.

Contudo, a relação entre maternidade e conjugalidade não se sustenta, uma vez que o estado civil em nada influencia nessa conjuntura. Ademais, a Constituição Federal de 1988 reconhece como família a entidade composta por qualquer um dos pais e seus descendentes, independentemente da existência de relação conjugal.

No acórdão 52, a prática do tráfico no espaço doméstico foi considerada como um contexto de especial gravidade a justificar o enquadramento como “situação excepcionalíssima” e indicar que a concessão de prisão domiciliar acarretaria prejuízo à boa formação dos filhos.

(52) “Na espécie, não há prova alguma de que a paciente tenha filho, menos ainda sua idade. E o fato do tráfico ser praticado dentro de casa transforma o lar, que deveria ser saudável a infantes, em local de comprometimento de sua criação.

Em síntese, depreende-se do coligido que no específico caso em apreço a ré se revelou incapaz de zelar pelas crianças. Pior, o quadro dos autos demonstra que na atual conjuntura o convívio da presa (se colocada em prisão domiciliar) com sua prole acarretará prejuízo à boa formação desta última”. (Habeas Corpus 2235429-83.2018.8.26.0000/52, 6ª Câmara Criminal, j. em 29.11.2018)

Sobre o fato de a mulher praticar o tráfico em casa, conforme mencionado no Capítulo 1, a participação feminina no tráfico de drogas acaba por refletir padrões naturalizados da divisão sexual do trabalho na sociedade patriarcal, ocupando posições subalternas na cadeia do crime, como embalagem, armazenamento e transporte de drogas. Portanto, não é excepcional que ela pratique o tráfico em casa, lugar que lhe é historicamente reservado. Além do mais, no imaginário social essa prática pode ser compreendida como uma violação do espaço doméstico, do “lar” idealizado, do local histórico e socialmente ocupado pelas mulheres e onde criam seus

filhos. E o retorno da “mãe criminosa” ao lar é considerado como fator de comprometimento da boa formação deles.

O julgado seguinte merece destaque. Além de repleto de preconceitos e estereótipos, a mesma decisão, com pequenas alterações, foi utilizada em dez processos diferentes para situações que apresentam níveis de gravidade diversos: um caso de homicídio, um de roubo e os outros de tráfico, estes operados em cenários diferentes, como em casa, em penitenciária ou como transporte de drogas.

(47) “No caso em tela a paciente está sendo processada por tráfico de drogas. Ao que tudo indica, há indícios de que a paciente viva em ambiente não saudável, já que, mesmo com seu companheiro preso, continua praticando crimes, e, por óbvio, referido ambiente influenciará a formação da criança, podendo prejudicar de maneira irreversível, se é que já não prejudicou, sua construção de valores éticos e sociais.

De fato, não se nega que há um direito de a criança viver em sua família natural, contudo, tal se mitiga a partir do momento em que o ambiente familiar prejudica o desenvolvimento integral do menor, o que se extrai do artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No caso, a convivência da paciente com seus filhos pode não proteger o menor, pelo contrário, é capaz de corrompê-lo, até porque, de início, a mãe demonstrou estar longe de um modelo a ser seguido, pois mesmo tendo filho se enveredou pela senda criminosa, sem pensar nas consequências de tal conduta em relação à educação de seu descendente.

Portanto, levando-se em conta o aspecto humanitário, não se verifica hipótese de imprescindibilidade da presença da mãe para cuidar do filho e zelar por ele, de modo que para o melhor interesse da criança, mostra-se adequada a manutenção da prisão cautelar de sua genitora.

[...]

Convém observar nesses casos que se o meio onde a criança for criada não lhe é favorável, ela será guiada à prática de atitudes dissociadas no convívio social, podendo tornar-se um sociopata. Nesses casos em que os mais próximos à criança não lhe fornecem um ambiente socialmente favorável, mas sim tóxico e desfavorável, torna-se até imperativo da sociedade a separação para que a criança não fique exposta a situações destrutivas de sua personalidade em formação.

No caso em análise verifica-se que a mãe transportava grande quantidade de droga, juntamente com os filhos menores, fato não salutar para crianças em tenra idade, expondo a criança a ambiente e situação destrutivas, carregando-a durante a prática do crime, acarretando uma corrupção da personalidade da criança contrária ao que a lei e a sociedade visam proteger.

Portanto, é contrário ao interesse da própria criança a presença da mãe ao seu lado, visto que a mãe não se encontra preservando e construindo de maneira favorável a personalidade da mesma.

[...]

Portanto, evidente que a ré coloca em risco o futuro de seus filhos ao ambientá-los, mesmo que indiretamente, ao mundo espúrio do comércio de drogas.

No caso dos autos, a paciente cometeu crime de tráfico de drogas, transportando drogas consigo juntamente com seus filhos, todos menores de idade, o que denota que a manutenção da prisão preventiva é situação excepcional para preservar as crianças, não preenchendo ela os requisitos para concessão do benefício. (Habeas Corpus 2253679-67.2018.8.26.0000/47, 6ª Câmara Criminal, j. em 06.12.2018)⁶²

⁶² E também: Habeas Corpus 2163930-39.2018.8.26.0000/224, 6ª Câmara Criminal, j. em 16.08.2018; Habeas Corpus 2154059-82.2018.8.26.0000/248, 6ª Câmara Criminal, j. em 09.08.2018; Habeas Corpus 2147255-98.2018.8.26.0000/299, 6ª Câmara Criminal, j. em 26.07.2018; Habeas Corpus 2145196-40.2018.8.26.0000/300, 6ª Câmara Criminal, j. em 26.07.2018; Habeas Corpus 2129470-26.2018.8.26.0000/328, 6ª Câmara Criminal, j. em 05.07.2018; Habeas Corpus 2124449-69.2018.8.26.0000/340, 6ª Câmara Criminal, j. em 28.06.2018; Habeas

O julgador presume, pela prática de um fato tido como crime, que a paciente viva em ambiente “não saudável”, que influenciará a formação da criança e prejudicará sua construção de valores éticos e sociais. Ainda segundo o desembargador, a convivência da mãe com o filho, além de não protegê-lo, é capaz de corrompê-lo, até porque a mãe está longe de um modelo a ser seguido, pois mesmo tendo filho se enveredou na senda criminosa. Afirma, ainda, que “nesses casos que se o meio onde a criança for criada não lhe é favorável, ela será guiada à prática de atitudes dissociadas no convívio social, podendo tornar-se um sociopata”.

3.4. Considerações finais sobre a pesquisa

“Continua difícil questionar o amor materno, e a mãe permanece, em nosso inconsciente coletivo, identificada a Maria, símbolo do indefectível amor oblatoivo”
(BADINTER, 1985, p. 9)

De início, é importante esclarecer que ao falar sobre o discurso do TJSP não estou me referindo a todos e a cada um dos desembargadores do Tribunal paulista, mas ao conjunto de posicionamentos extraídos dos acórdãos analisados na presente pesquisa. Ademais, seria leviano desconsiderar a quantidade de ordens concedidas no mesmo período e a fundamentação utilizada naquelas decisões, que, contudo, não foram objeto de análise nesse trabalho.

A presente pesquisa teve como marco temporal o período de 1º de janeiro de 2018 a 31 de dezembro de 2018, ano do julgamento do HC 143.641/SP. As determinações contidas na ordem coletiva do STF, entretanto, só tiveram lugar a partir de 20.02.2018, data do julgamento.

Todavia, alguns dos fundamentos utilizados pelo TJSP no início do ano para negar o pedido de substituição da prisão preventiva por domiciliar continuaram a ser utilizados nos meses subsequentes ao julgamento da impetração coletiva, a indicar a pouca influência daquele julgado na apreciação dos processos em questão. Nesse sentido, os argumentos de que a concessão da prisão domiciliar é faculdade de juiz e não direito subjetivo da presa, ou da ausência de provas da imprescindibilidade da mãe no cuidado com os filhos foram os fundamentos mais utilizados para negar os pedidos de prisão domiciliar, geralmente agregados a outros.

Corpus 2107374-17.2018.8.26.0000/341, 6ª Câmara Criminal, j. em 28.06.2018; Habeas Corpus 2088295-52.2018.8.26.0000/465, 6ª Câmara Criminal, j. em 10.05.2018; Habeas Corpus 2058799-75.2018.8.26.0000/537, 6ª Câmara Criminal, j. em 26.04.2018; e Habeas Corpus 0012659-17.2018.8.26.0000/539, 6ª Câmara Criminal, j. em 26.04.2018.

Da leitura dos acórdãos analisados pode-se inferir que, além de desconsiderar as balizadas estabelecidas na ordem coletiva concedida pelo STF, os julgadores acabaram por criar novos requisitos para justificar a manutenção da prisão, que parece dever ser mantida a qualquer custo. Um exemplo disso é a necessidade de comprovação da situação estrutural de violação de direitos, mencionada no voto do ministro Ricardo Lewandowski. Em outros casos, a decisão do Supremo sequer é mencionada.

Para justificar a manutenção das mulheres no cárcere, utilizou-se, não se sabe se por desconhecimento ou por indiferença, dispositivos em desuso ou declarados inconstitucionais pelo STF, como a Súmula 9 do STJ, a vedação à liberdade provisória contida no art. 44 da Lei de Drogas e a necessidade de comprovação de gestação de risco para a concessão da prisão domiciliar.

Salo de Carvalho denuncia que “o Poder Judiciário, nas últimas duas décadas, tem abdicado de ser um filtro constitucional à demanda criminalizadora e, em vários momentos, tem aderido ao populismo punitivo”. Portanto, para o enfrentar as tendências de um “decisionismo populista” entende como fundamental uma política institucional de afirmação da Constituição (CARVALHO, 2015, p. 648).

Contudo, é preciso reconhecer que o direito é um discurso de poder, e o exercício do poder muitas vezes acaba por prescindir da própria legalidade, possibilitando a manutenção de preconceitos, concepções idealizadas, desconexão com os elementos empíricos da realidade do sistema penal e falta de vontade. Nas palavras de Zaffaroni:

Uma construção realista sempre apresenta uma quota de incerteza inerente à sua conexão com o mundo, onde tudo é inacabado e em evolução.

A construção idealista tem a vantagem de possuir maior capacidade de resposta segura; no entanto, este nível de segurança varia na razão direta do grau de delírio bem sistematizado que consiga desenvolver. (ZAFFARONI, 1991, p.187).

Como afirma Alda Facio, é preciso estudar a linguagem do direito para compreender o poder da lei. A premissa é de que o poder não é uma abstração, mas sim uma realidade cotidiana que pode estar tanto nas decisões da Suprema Corte de Justiça quanto nas mil transações e minidramas legais que ocorrem diariamente. O elemento dominante em cada uma dessas transações é a linguagem, através da qual o poder é abusado, exercido ou questionado (FACIO, 2002).

O discurso punitivista nos acórdãos pesquisados fica ainda mais evidente nas questões ligadas ao tráfico de drogas. Para negar a substituição da prisão preventiva por domiciliar utilizou-se de fundamentos como: grande quantidade de drogas, o tráfico foi praticado na residência, o tráfico foi praticado em estabelecimento prisional, a Lei de Drogas veda a

concessão de liberdade condicional aos acusados de tráfico de drogas ou até mesmo de que o tráfico de drogas é um crime grave, equiparado ao hediondo.

Como dito, o tráfico de drogas é considerado pelo TJSP como crime grave, violador da ordem e da saúde públicas, “de alto poder ofensivo à sociedade”, comumente associado como “fonte de desestabilização das relações familiares e sociais”, “geradores de muitos outros crimes” e de “desassossego e intranquilidade popular”, cuja prática vem “atemorizando a sociedade a qual se vê refém da criminalidade fomentada pelo nefasto comércio de drogas”.

Ademais, as expressões utilizadas para se referir ao tráfico ou à figura do traficante costumam vir carregadas de um cunho depreciativo: “personalidade distorcida”, “natureza hedionda”, “nefasto vício”, “vil comércio”, “conduta indicativa de periculosidade”, “pessoas potencialmente perigosas”, “nefasta ação de traficantes inescrupulosos”, “o tráfico pressupõe um sério desvio de caráter”.

Nesses casos, há uma substituição da ausência de fundamentação por um discurso moralizador, baseado no senso comum, carregado de estereótipos que, como símbolos, acabam por identificar o “inimigo” de forma generalizada e simplificada. Esse discurso insiste em colocar a pessoa que praticou o tráfico de drogas como um não-sujeito, destituído, portanto, de direitos. Nesse sentido, o exercício de poder pelos julgadores é racionalizado “através de um discurso justificador do direito penal que cumpre uma função legitimante, não da agência judicial, mas de todo o sistema penal” (ZAFFARONI, 1991, p. 182).

O utilização do poder de dizer o direito para a manutenção de uma cultura punivista, descolada da legalidade e da jurisprudência dos tribunais superiores pode ser verificada no Acórdão 762, por meio do qual foi mantida a prisão preventiva de uma mulher, gestante, mãe de uma criança de quatro anos, condenada apenas em primeira instância a uma pena de um ano e oito meses de reclusão com a contraditória imposição do regime fechado, situação em que provavelmente foi reconhecido o chamado tráfico privilegiado:

(762) “No caso dos autos, embora não se discuta a alegada condição de mãe e de gestante, a impetração não trouxe situação diversa daquela que também foi analisada no julgamento do habeas corpus nº 2158589-66.2017.8.26.0000, ou seja, não indicou que a filha da paciente esteja em situação de risco, tampouco, agora, que a segregação traria algum risco à gestação ou a própria gestante, situação que não se vislumbra documentada.

Portanto, tratando-se de ré já condenada em primeira instância por crime de tráfico, as circunstâncias do caso concreto recomendam a manutenção da prisão da paciente; e como, repita-se, a decisão que manteve a prisão veio devidamente fundamentada, impossível falar em constrangimento ilegal, de sorte que a denegação da ordem quanto à revogação da custódia preventiva ou sua substituição por outra medida cautelar é medida que se impõe”. (Habeas Corpus 2218156-28.2017.8.26.0000/762)

Os argumentos utilizados (ou a falta deles) derivam apenas de um jogo de palavras, à míngua de qualquer justificativa plausível, fundados em jurisprudências aleatórias, para justificar o injustificável. Assim, o discurso pronto sobre os males associados à droga acaba sendo um argumento simplista legitimante da manutenção da prisão, sem demandar um mínimo de esforço argumentativo sobre o caso concreto. Nesse sentido, busca-se as palavras de Zaffaroni:

“A intervenção – nos poucos casos em que a agência judicial é chamada a decidir em função do processo de seleção pelas agências não judiciais – pauta-se, portanto, em categorias abstratas que impedem contatos com a realidade conflitiva social dentro da qual a agência deve decidir. O conflito social – e cada delito é um conflito social – perde-se [...] em uma pauta decisória, apta apenas a trabalhar com abstrações dedutivamente encadeadas às necessidades da função legitimante (ou justificante) do sistema penal (ZAFFARONI, 1991, 183).

Uma questão importante diz respeito à expressão “situações excepcionalíssimas”, que abriu margem para uma ampla discricionariedade na fundamentação dos acórdãos. Essa “lacuna” foi preenchida com situações das mais corriqueiras, especialmente nos casos de tráfico de drogas. Percebe-se que a argumentação construída pelos julgadores caminha para a retirada da relevância jurídica da decisão proferida pelo STF no HC 143.641/SP ou das normativas internacionais para o desencarceramento de mulheres.

Situação semelhante foi observada por Carolina Costa Ferreira (2022), ao analisar a recepção do HC 143.641/SP no Distrito Federal. Além da inovação, pelos juízes, nas hipóteses enquadradas como “situações excepcionalíssimas”, a autora também verificou a exigência da documentação comprobatória do vínculo entre mãe e filho, bem como a existência de outra mulher – avó, tia, prima – que pudesse ser responsável pelos cuidados da criança, tornando a presença da mãe dispensável.

De volta à pesquisa, alguns acórdãos utilizaram fundamentos reconhecidos em favor das mulheres, como as regras de Bangkok e as especificidades da prisão de mães e gestantes no cárcere, para negar o pedido pois “não servem de panaceia para curar todas as mazelas do sistema processual penal, especialmente aquelas relativas ao alto índice de encarceramento feminino”⁶³. Outro argumento aponta uma suposta quebra de isonomia com relação às demais mulheres presas, ou a proteção dos filhos de “mulheres infratoras” em detrimento daqueles oriundos de famílias sem nenhum envolvimento com atividades ilícitas e que são alvos da criminalidade. Sugeriu-se, ainda, a impossibilidade de aplicação das regras internacionais à realidade brasileira.

⁶³ Habeas Corpus 2002717-24.2018.8.26.0000/769, 3ª Câmara Criminal, j. em 23.01.2018.

Além disso, percebe-se uma evidente invisibilidade das questões de gênero por parte dos atores da Justiça, aqui considerados não só os desembargadores do TJSP, mas também juízes e juízas e membros do Ministério Público, que tiveram suas manifestações transcritas em alguns dos acórdãos. Em alguns casos, o discurso judicial se desenvolveu à margem de qualquer consideração sobre a vulnerabilidade social e econômica de muitas dessas mulheres ou sobre o quanto a prisão de mulheres afeta a vida de seus filhos e de outras mulheres, especialmente suas mães.

Nos acórdãos pesquisados, é recorrente a exigência de prova da imprescindibilidade da mãe no cuidado com os filhos, ou de que não havia outros familiares que pudessem cuidar das crianças, ou de que a criança estivesse em situação de risco. Tais condições, além de não serem requisitos legais, revelam uma indiferença oficial (COOK; CUSACK, 2010) sobre a real situação daquelas crianças ou acerca das estratégias que a família vai ter que adotar para lidar com a ausência da pessoa que era responsável pelo cuidado.

Ademais, a imediata conclusão de que a paciente concordou em deixar a criança sob a guarda de terceiros ou declarou que o filho estava sob os cuidados de outra pessoa, sem explicitar se esse cuidado era provisório ou permanente e sem ouvir a pessoa a quem se estava atribuindo a tarefa, normalmente a avó, demonstra como a responsabilidade pelo cuidado com os outros é automaticamente depositada sobre outras mulheres, inclusive pelo Poder Judiciário.

A análise desenvolvida na presente pesquisa demonstra que, mesmo após as alterações legislativas implementadas com o Marco Legal da Primeira Infância e o julgamento do HC 143.641/SP, as mulheres seguem sendo penalizadas por terem rompido com um ideal de maternidade ao cometerem crimes, especialmente o tráfico de drogas, trocando o estereótipo de “mulher mãe” pelo de “mulher criminosa”.

Ao longo da pesquisa surgiram algumas questões relevantes ou que despertaram interesse para uma posterior reflexão. Ficaram registradas, embora não tenham sido quantificadas ou mais detidamente analisadas. Uma dessas percepções refere-se ao fato de que, em vários casos, mulheres e seus companheiros foram denunciados por tráfico de drogas e associação, embora somente os dois estivessem envolvidos na prática delitiva ou a droga tenha sido encontrada na residência em que moravam ou no carro em estavam. Há elementos sugestivos de uma atribuição indiscriminada do crime de associação para o tráfico em conjunto com o tráfico de drogas, contudo, essa hipótese não pôde ser confirmada.

Um outro dado recorrente na pesquisa, nos casos em que houve condenação, foi a imposição majoritária do regime fechado para o tráfico de drogas, independentemente da

quantidade de pena aplicada. Ainda com relação ao tráfico, em grande parte dos casos as condutas configuradoras do crime eram guardar, ter em depósito e transportar, a indicar a prática de atividades de menor importância pelas mulheres no tráfico, porém avaliadas com o mesmo rigor de outras condutas mais expressivas.

Também chamou a atenção os casos de manutenção das prisões preventivas por furto, compreendidos como mais graves em função da valoração da reincidência. A prisão preventiva foi mantida mesmo em uma situação de furto de alimento por gestante em uma grande rede de supermercados.

No caso da atribuição de estereótipos de gênero no discurso judicial, é fundamental voltar à metodologia de Cook e Cusack, que propõem a nomeação do estereótipo e a identificação dos danos causados por sua atribuição.

A busca pelo sentido dos componentes da mensagem embutidos nos textos dos acórdãos pesquisados, a partir de uma perspectiva de gênero, revelou que, em alguns julgados, a análise dos pedidos formulados nos *habeas corpus* foi atravessada por juízos de valor e considerações morais dos julgadores sobre os comportamentos e os papéis sociais atribuídos às mulheres requerentes.

De fato, em alguns casos, gestantes e mães de crianças ou de pessoas com deficiência tiveram negados seus pedidos de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar com fundamento em prejulgamentos e considerações morais sobre seus papéis sexuais, mesmo estando abarcadas pela concessão da ordem coletiva no HC 143.641/SP do Supremo Tribunal Federal, pelo artigo 318 do CPP e pelas Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras (Regras de Bangkok).

Nos acórdãos pesquisados, verificou-se que os desembargadores atribuíram juízo de valor sobre inconformidades do papel social da mulher, especialmente do papel de mãe, por não se comportarem como exemplo para os filhos, como boas mães ou mães “zelosas”, “cuidadoras”, “esmeradas”, “provedoras”; fizeram associações sobre o cometimento do crime (a maioria de tráfico de drogas) com negligência materna ou com prejuízo ou perigo para os filhos; reputaram inadequados os fatos de as mulheres estarem de “madrugada na rua” para cometer crimes e não em casa cuidando dos filhos; ou consideraram que as mães “abandonaram” os filhos para ir trabalhar.

Nos casos identificados, a maternidade das mulheres que se afastaram do papel idealizado de mãe foi diminuída, desprezada ou desconsiderada em razão da atribuição de

estereótipos de gênero. Mulheres que cometeram crimes, especialmente nos casos de tráfico de drogas, foram consideradas apenas como “genitoras biológicas”, não merecedoras da atribuição do termo “mãe”, e avaliadas como ameaça a seus filhos.

No ponto, retomando a metodologia de Cook e Cusack (2010), é possível traçar algum paralelo com o caso *González e outras (campo do algodoeiro) v. México*, no que diz respeito à atribuição de estereótipos sexuais degradantes dos papéis, dos atributos e das características das mulheres, por parte de servidores do Estado. Naquele caso, a Corte Interamericana concluiu que os comentários feitos pelos servidores, perpetrados no contexto do sistema de justiça criminal e, portanto, do Estado, constituem estereótipos hostis e desdenhosos sobre a subordinação das mulheres, o que configura uma das causas de violência contra mulheres baseada em gênero.

A partir das narrativas analisadas na presente pesquisa, é possível notar a influência do sistema patriarcal operando no sistema de justiça para controlar as mulheres, especialmente no que diz respeito a sua sexualidade, sujeitando-as a uma forma determinada de exercer a maternidade e limitando suas características como ser humano ao seu papel idealizado no núcleo familiar.

Observa-se, em grande medida, que as mães só têm seus direitos atendidos quando estão exercendo os papéis “naturais” de amorosas e cuidadoras. Por outro lado, as mães “desnaturadas”, destoantes do padrão da mãe zelosa e cuidadosa não são dignas de proteção e enfrentam maiores obstáculos para exercer sua maternidade. Como na leitura de Badinter (1985), a mãe admirável é santificada, porém, a mãe que fracassa em sua missão sagrada deve ser fustigada.

A sociedade impõe um ideal de maternidade às mulheres, especialmente a partir de uma visão cristã e etnocentrada de mãe, filtrando as que são dignas de exercê-la. Em contrapartida, não permite que a mulher decida não ser mãe quando se propõe a exercer a autonomia sobre seu corpo, ou deixa de oferecer condições para que a mulher exerça sua maternidade de forma digna e saudável.

O sistema de justiça tem uma importante função na reprodução dos papéis de gênero. Em *Calibã e a bruxa*, Silvia Federeci aponta a responsabilidade histórica do que ela chama de operadores do direito na caça às bruxas, por contribuírem com a perseguição, sistematizando os argumentos e a maquinaria legal que deu um formato padronizado aos julgamentos, contribuindo para “a perpetuação da subjugação da mulher perante o homem, de forma

costumeira através de modos ativos ou passivos, seja reforçando estereótipos de gênero ou permitindo que tais alegações sejam feitas em juízo” (FEDERICI, 2017, p. 299).

A tarefa de eliminação dos estereótipos de gênero é difícil porque eles contribuem com e resultam de múltiplas manifestações do patriarcado, das estruturas de poder e das injustiças de gêneros imersas na sociedade (COOK; CUSACK, 2010). Daí a importância de se falar em um julgamento com perspectiva de gênero, que implica questionar a neutralidade do direito, sem, contudo, comprometer a imparcialidade ou a independência dos juízes.

Por outro lado, conforme a pesquisa demonstrou, a não adoção de uma perspectiva de gênero pode levar à manutenção dos estereótipos que restringem os direitos das mulheres, bem como à perpetuação da estrutura conservadora e patriarcal que permeia o sistema de justiça.

CONCLUSÃO

Nesta pesquisa busquei identificar quais foram os principais fundamentos utilizados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para excepcionar os marcos legais e jurisprudenciais na concessão de prisão domiciliar para gestantes e mães de crianças ou de pessoas com deficiência após o julgamento do HC 143.641/SP pelo STF, em 20.02.2018.

A opção pelo tema de pesquisa foi guiada por uma pergunta interna, uma curiosidade persistente: por que razões, após uma decisão audaciosa do Supremo Tribunal Federal, que acolheu pedido de *habeas corpus* coletivo para conferir maior efetividade ao art. 318 do CPP, as mulheres continuam sendo presas quando não deveriam, apesar de haver diversos dispositivos normativos, nacionais e internacionais, específicos sobre os direitos das mulheres e uma legislação que impõe a excepcionalidade da prisão preventiva, especialmente nos casos de encarceramento de mães de crianças e gestantes? A presente pesquisa, embora não tenha sido capaz de responder diretamente a essa pergunta incômoda, trouxe alguns dados, levantou algumas hipóteses e fez certas constatações.

A análise dos dados quantitativos indicou que a maior parte das impetrações referia-se a crimes cometidos sem violência ou grave ameaça. No caso, tráfico (75%), furto (4%), estelionato e crimes contra a fé pública (2%) somaram 81% dos pedidos de substituição da prisão preventiva por domiciliar, enquanto os crimes cometidos com violência ou grave ameaça (latrocínio, extorsão, homicídio e roubo) somaram 17%. Também foi possível verificar que a maior parte dos *habeas corpus* foi julgada entre os meses de março e agosto, ou seja, logo depois da concessão da ordem coletiva pelo STF. A respeito da atuação dos impetrantes, verificou-se que 461 *habeas corpus* foram impetrados por Advogados, 202 pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo e 22 pela própria paciente.

Também foi possível identificar que, em números absolutos, as Câmaras Criminais que mais concederam ordens de *habeas corpus*, foram, respectivamente: 2ª (29), 16ª (24), 11ª (19), 12ª (11), 13ª (11) e as que mais denegaram foram: 6ª (48), 8ª (44), 9ª (43), 13ª (36), 11ª (31) e 14ª (31). Em números relativos, considerando o total de processos julgados pelas Câmaras Criminais, aquelas que mais concederam foram: 2ª (55,77%), 16ª (50%), 12ª (47,83%), 11ª (29,23%) e 13ª (18,64%). Já as que menos concederam foram: 9ª (1,89%), 6ª (1,92%), 8ª (4,92%), 4ª (5,26%) e 14ª (9,3%). Um outro dado quanto à atuação das câmaras referia-se aos processos nos quais foi identificada a atribuição de estereótipos de gênero. A maioria dos acórdãos selecionados nessa parte da pesquisa era oriunda da 6ª, 8ª e 9ª Câmaras Criminais, que

também figuraram entre as que mais denegaram ordens de *habeas corpus*. Tal constatação pode indicar uma tendência mais conservadora dos membros desses colegiados sobre o assunto pautado.

Por fim, os dados quantitativos revelaram que, dos 94 desembargadores relatores, apenas 7 eram mulheres, o que indica uma baixa representatividade das mulheres entre os membros em atuação na segunda instância no TJSP, ainda que esses dados digam respeito apenas às Câmaras Criminais relacionadas na pesquisa. Por outro lado, não foi possível verificar um viés de gênero na atuação das desembargadoras a partir dos resultados obtidos.

Os dados qualitativos, em seu universo, estão delimitados pelos resultados de julgamento dos *habeas corpus*, pois a análise de conteúdo se deu apenas com relação aos acórdãos denegatórios. As informações obtidas confirmaram a expectativa gerada a partir do exame do teor da decisão monocrática proferida pelo ministro Ricardo Lewandowski no HC 143.641/SP, em outubro de 2018, sobre os fundamentos possivelmente utilizados para negar a substituição da prisão preventiva por domiciliar.

De fato, os principais fundamentos identificados foram: a) a substituição da prisão não é direito subjetivo da presa e sim faculdade do juiz; b) não há comprovação da imprescindibilidade da mãe no cuidado com os filhos; c) reincidência; d) o tráfico foi praticado na residência; e) o tráfico foi praticado em estabelecimento prisional; f) era grande quantidade de droga apreendida; g) o crime de tráfico de drogas é grave; h) a Lei de Drogas veda a concessão de liberdade provisória aos acusados da prática de tráfico de drogas; i) não estão configuradas as hipóteses de situação estrutural de violação aos direitos da mulher, mencionados na decisão do STF; j) a prisão decorre de execução provisória, de condenação confirmada em segundo grau ou de condenação em primeira instância.

No que diz respeito à atribuição de estereótipos de gênero no discurso judicial, foi possível confirmar a hipótese formulada na pesquisa, uma vez que alguns dos textos analisados continham considerações morais ou juízos de valor sobre o papel sexual da mulher como fundamento para negar o pedido de prisão domiciliar.

Concluiu-se que houve uma resistência na adoção, como regra, da prisão domiciliar de gestantes e mães de crianças ou de pessoas com deficiência. Isso se deu, em grande parte, em razão da amplitude da expressão “situações excepcionalíssimas” empregada pelo STF, o que abriu margem à utilização indiscriminada de fundamentos alheios à racionalidade do artigo 318 do CPP e às premissas assentadas no julgamento do HC 143.641/SP, bem como à atribuição de juízos morais e estereótipos de gênero nas razões de decidir.

De outra parte, foi possível perceber uma certa indiferença à jurisprudência do STF, especialmente no que diz respeito ao tráfico de drogas. No ponto, nota-se a severidade com que os julgadores enfrentaram a questão, carregando nas tintas ao discorrerem sobre o tráfico e a figura do traficante.

As estatísticas sobre o encarceramento feminino assentam que a mulher presa é negra, jovem, pobre, mãe e acusada de tráfico de drogas. Contudo, o aspecto racial não pôde ser observado na presente pesquisa. É o não dito. É o não visto no papel. Mas sabe-se que ele está lá. Por outro lado, o aspecto socioeconômico aparece nas narrativas apresentadas, ainda que sob os filtros do discurso judiciário: mães que vivem em habitações coletivas com seus filhos, que têm que deixá-los com terceiros para poder trabalhar e, por isso, são vistas como “não imprescindíveis”; mulheres que se arriscam a entrar em estabelecimentos prisionais com pequenas quantidade de droga escondidas em seu corpo; mulheres que se dispõem a fazer transporte de drogas mesmo em condições altamente suscetíveis de flagrante; mães que furtam comida, roupa ou itens de higiene infantil; mulheres em situação de rua.

Sob o aspecto de gênero, percebe-se a seletividade do sistema judicial, que nega os direitos das mulheres destoantes dos padrões estabelecidos pela sociedade, especialmente quanto à posição de mães e cuidadoras. Prevalece uma concepção de maternidade ideal, cujos parâmetros são inalcançáveis para muitas mulheres, principalmente as mulheres pobres, negras e encarceradas.

Dessa forma, é possível afirmar que o sistema de justiça criminal, como resultado das relações construídas historicamente, expressa sua face patriarcal ao voltar seu olhar para mulheres consideradas desviantes, favorecendo a reprodução de desigualdades e afetando a concretização dos direitos das mulheres.

É preciso pensar em estratégias para a efetivação desses direitos. Por isso, a importância do feminismo como ruptura epistemológica ao introduzir uma perspectiva de gênero como instrumento para observar as mulheres em face do sistema punitivo. Nomear os estereótipos de gênero e identificar o dano que causam é um bom caminho para sua erradicação.

Importante ressaltar que as decisões proferidas pelo STF no HC 143.641/SP e no HC 165.704/DF representaram um avanço ao tensionar o quadro institucional, caminhando no sentido de uma maior igualdade de gênero ao promover mais atenção aos direitos das mulheres presas e ampliar o reconhecimento de outras pessoas, além da mãe, como cuidadoras principais.

O presente trabalho, que reconhece a importância do gênero como categoria de análise para o direito, buscou contribuir para o desenvolvimento de pesquisas sobre a interface direito

e gênero, e abrir a possibilidade de trazer as discussões de gênero para o discurso judicial, ampliando a crítica quanto aos direitos humanos das mulheres.

Voltando ao questionamento inicial, sobre o porquê de as coisas não mudarem apesar de tanta mudança, talvez a chave seja mudar as perguntas, como vêm propondo as autoras feministas, ou direcioná-las para outros lugares. Dependendo da ótica sob a qual se vê o sistema de justiça, talvez o direito não seja somente o que a constituição diz, ou o que os tratados recomendam ou o que o Supremo Tribunal Federal determina. Talvez o direito também esteja em quem prende, em quem discrimina, em quem mantém ilegalidades, em quem fecha os olhos, em quem silencia. E a mudança deve estar nesses lugares, nesses atores.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Thiago Bottino do. **Habeas Corpus nos Tribunais Superiores: uma análise e proposta de reflexão.** Rio de Janeiro: FGV, 2016. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17508/Habeas%20corpus%20nos%20tribunais%20superiores.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 jul. 2022.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A Soberania Patriarcal: o Sistema de Justiça Criminal no Tratamento da Violência Sexual Contra a Mulher. **Direito Público** n. 17 – Jul-Ago-Set/2007 – Doutrina Brasileira.

ANGOTTI, Bruna. **Entre as leis da ciência, do estado e de Deus: o surgimento dos presídios femininos no Brasil.** São Paulo: IBCCRIM, 2011.

BADINTER, Elizabeth. **Um amor conquistado: o mito do amor materno.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

BARATTA, Alessandro. **O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana.** In: HEIN, Carmen. *Criminologia e Feminismo.* Porto Alegre: Editora Sulina, 1999.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo.** São Paulo: Edições 70. 2016.

BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. **Flagrante e prisão provisória em casos de furto: da presunção da inocência à antecipação da pena.** São Paulo: IBCCRIM, 2007.

BARRIOS, Natalia Cereceda; FARÍAS, Antonia Cofré, AMUNÁTEGUI, Melissa Joo; ROMERO, Cindy Lorca; TRINCADO, Kaely Labraña. *Estereotipos de género en el proceso judicial: análisis crítico y derecho comparado latino-americano.* **Latin American Legal Studies.** *Volumen* 6 (2020), p. 97-118. Disponível em: <https://semillero derecho procesal.udp.cl/wp-content/uploads/2020/09/U.-Alberto-Hurtado-Analisis-critico-y-de-derecho-comparado-latinoamericano.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2022.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e Das Penas**. 1738-1794. Tradução de Paulo M. Oliveria. 1.ed. Bauru: EDIPRO, 2003.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1980.

BIROLI, Flávia. O público e o privado. **In**: MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. **Feminismo e Política**: uma introdução. 1. Ed. São Paulo: Boitempo, 2014.

BRAGA, Ana Gabriela; FRANKLIN, Naila Ingrid Chaves Franklin. Quando a casa é a prisão: uma análise de decisões de prisão de prisão domiciliar de grávidas e mães após a Lei 12.403/2011. **Quaestio Iuris** vol. 09, nº. 01, Rio de Janeiro, 2016. p. 349-375.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados — Enfam, 2021. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br> e <http://www.enfam.jus.br> Acesso em: 9 ago. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok**: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/cd8bc11ffdc397c32eecd40afbb74.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016.** Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.** INFOPEN. Junho de 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017.pdf> Acesso em: 6 ago. 2022.

BRASIL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.** INFOPEN Mulheres. Julho de 2014. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt->

br/servicos/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-sinteticos/infopenmulheres-junho2014.pdf Acesso em: 6 ago. 2022.

BRASIL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. INFOPEN Mulheres. Julho de 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-sinteticos/infopenmulheres-junho2016.pdf> Acesso em: 6 ago. 2022.

BRASIL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. INFOPEN Mulheres. Junho de 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-sinteticos/infopenmulheres-junho2017.pdf> Acesso em: 6 ago. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL); Ipea. **Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão – Brasília: Ministério da Justiça, 2015.** Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_51_Ana-Gabriela_web-1.pdf Acesso em 6 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus Coletivo 143.641/SP**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgamento 20 fev. 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus Coletivo 165.704/DF**. Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgamento 20 de out. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755132401>. Acesso em: 19 ago. 2022.

CAMPOS, Carmen Hein de. **Criminologia feminista: teoria feminista e crítica às criminologias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

CARVALHO, Salo de. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do Poder Judiciário. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 67, p. 623 - 652, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1721>. Acesso em: 18 ago. 2022.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

CASTILHO, Ela Wiecko Wolkmer de. Estereótipos sexuais na justiça brasileira. *In: Rebecca Cook*: entrevistada por Débora Diniz. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2012.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; CAMPOS, Carmen Hein de. **Sistema de justiça criminal e perspectiva de gênero**. Revista Brasileira de Ciências Criminas. São Paulo, v. 146, 2018.

CHERNICHARO, Luciana Peluzio. **Sobre mulheres e prisões**: seletividade de gênero e crime de tráfico de drogas no Brasil. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2014.

COACCI, Thiago. **A pesquisa com acórdãos nas ciências sociais**: algumas reflexões metodológicas. Mediações Revista de Ciências Sociais. 2013.

COOK, Rebecca J. **Rebecca Cook**: entrevistada por Débora Diniz. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2012.

COOK, Rebecca J.; Cusack, Simone. *Estereótipos de Gênero: Perspectivas Legales Transnacionales*. Bogotá: Profamilia, 2010 (Título Original: *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, University of Pennsylvania Press, 2009).

DINIZ, Debora. **Estereótipos de gênero nas cortes internacionais – um desafio à igualdade**: entrevista com Rebecca Cook. Estudos Feministas, Florianópolis, 19(2): 336, maio-agosto/2011.

DUARTE, Evandro Piza. **Diálogos com o “realismo marginal” e a crítica à branquidade:** por que a dogmática processual penal “não vê” o racismo institucional da gestão policial nas cidades brasileiras? *Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 8, n. 2, p. 95-119, ago. 2020. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/41538/1/ARTIGO_DialogosRealismoMarginal.pdf. Acesso em: 16 ago. 2022.

DUARTE, Evandro C. Piza; MURARO, Mariel; LACERDA, Marina; GARCIA, Rafael de Deus. **Quem é o suspeito do crime de tráfico de drogas?** Anotações sobre a dinâmica dos preconceitos raciais e sociais na definição das condutas de usuário e traficante pelos policiais militares nas cidades de Brasília, Curitiba e Salvador. *Pensando a Segurança Pública e Direitos Humanos: Temas Transversais*. 1ed. Brasília: Ministério da Justiça (SENASP). 2014. Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/estudos/pspvolume5/quem_suspeito_crime_traficos_droga.pdf. Acesso em: 31 jul. 2022.

ESPINOZA, Olga. **A Mulher Encarcerada em Face do Poder Punitivo**. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

FACIO, Alda. *Con los lentes del género se ve otra justicia*. **El otro derecho**, número 28, jul. 2002. ILSA, Bogotá D.C., Colombia. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/77998842/Facio-Alda-Con-los-lentes-del-genero-se-ve-otra-justicia>. Acesso em: 28 jul. 2022.

FARIA, Thaís Dumê. **História de um silêncio eloquente:** construção do estereótipo feminino e criminalização das mulheres no Brasil. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018.

FEDERICI, Silvia. **Calibã e a bruxa:** mulheres, corpo e acumulação primitiva. São Paulo: Editora Elefante, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA, Carolina Costa. **Discursos do Sistema Penal:** a seletividade no julgamento dos crimes de furto, roubo e peculato nos Tribunais Regionais Federais no Brasil. 2010. 244 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília. 2010.

FERREIRA, Carolina Costa. **Crianças e(m) cárcere:** o papel da prisão domiciliar na proteção à primeira infância no Distrito Federal. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 24, n. 133, p. 417-445, maio/ago. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2022v24e133-2295> Acesso em: 31 ago. 2022.

FONSECA, Claudia. Ser mulher, mãe e pobre. *In:* Priore MD (org). **História das Mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto. 1997. Disponível em: https://www.academia.edu/1617583/Ser_mulher_mãe_e_pobre. Acesso em: 30 de jul. 2022.

GIACOMELLO, Corina. *Mujeres, delitos de drogas y sistemas penitenciarios en América Latina*. 2013. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/congress/background-information/NGO/IDPC/IDPC-Briefing-Paper_Women-in-Latin-America_SPANISH.pdf. Acesso em: 19 ago. 2022.

GOMES, William Akerman. Fundamentos da prisão cautelar. *In:* PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda; NUNES, Mariana Madera; SOUZA, Rafael Ferreira de; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de (org.). **Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

GROSNER, Marina Quezado. **A seletividade do sistema penal na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:** o trancamento da criminalização secundária por decisões em *habeas corpus*. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

IGREJA, Rebecca Lemos. O Direito como objeto de estudo empírico: o uso de métodos qualitativos no âmbito da pesquisa empírica em Direito. *In:* MACHADO, Maíra Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA. **MulhereSemPrisão:** enfrentando a (in)visibilidade das mulheres submetidas à justiça criminal. São Paulo: ITTC, 2019. Disponível em: www.ittc.org.br/wp-content/uploads/2019/05/mulheresemprisao-enfrentando-invisibilidade-mulheres-submetidas-a-justica-criminal.pdf. Acesso em: 13 jul. 2022.

INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA. **MulhereSemPrisão:** desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória de mulheres. São Paulo: ITTC, 2017. Disponível em: <https://ittc.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relat%C3%B3rio-mulheres-sem-prisao.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2022.

INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA. **Mulheres e tráfico de drogas:** uma sentença tripla – parte I. São Paulo: ITTC, 2015. Disponível em: <http://ittc.org.br/mulheres-e-traffic-de-drogas-uma-sentenca-tripla-parte-i/>. Acesso em: 21 mar. 2022.

JOHNSON, Allan G. **Dicionário de sociologia:** guia prático da linguagem sociológica. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

KILOMBA, Grada. Prefácio. In: FANON, Frantz. **Pele negra, máscaras brancas.** São Paulo: Ubu Editora, 2020.

LAGARDE, Marcela. *Los cautiveiros de las mujeres: Madresposas, monjas, putas, presas y locas.* Coyacán: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2005.

LEAL, Maria do Carmo; AYRES, Barbara Vasques da Silva; ESTEVES-PEREIRA, Ana Paula; SÁNCHEZ, Alexandra Roma; LAROUZÉ, Bernard. **Nascer na prisão, gestação e parto atrás das grades no Brasil.** 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/PpqmzBJWf5KMTfzT37nt5Bk/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 5 jul. 2022.

LEMGRUBER, Julita. **Cemitério dos vivos:** análise sociológica de uma prisão de mulheres. Rio de Janeiro: Achiamé, 1983.

LIMA, Roberto Kant de Lima; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Como a Antropologia pode contribuir para a pesquisa jurídica?** Um desafio metodológico. Anuário Antropológico [Online], I | 2014. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/handle/1/5332>. Acesso em: 29 jul. 2022.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 2.

MATTAR, Laura Davis; DINIZ Carmen Simone Grilo. **Hierarquias reprodutivas: maternidade e desigualdades no exercício de direitos humanos pelas mulheres**. Interface – Comunicação, Saúde e Educação, v. 16, n. 40, p. 107-19, jan./mar. 2012.

MEDEIROS, Marcelo; COSTA, Joana. **O que Entendemos por “Feminização da Pobreza”?** Centro Internacional de Pobreza. One Pager. Outubro, 2008. n. 58. Disponível em: <https://ipcig.org/pub/port/IPCOnePager58.pdf> Acesso em: 6 ago. 2022.

NISHNING, Claudia Regina. Uma Perspectiva de gênero e feminista frente ao sistema de justiça é possível? *In: Perspectivas de gênero e o sistema de justiça brasileiro*. CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; OMOTO, João Akira; VIEGAS E SILVA, Marisa; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo (org.). Brasília : ESMPU, 2019.

NOVELLINO, Maria Salet Ferreira. **Os estudos sobre feminização da pobreza e políticas públicas para mulheres**. In: XXVIII Encontro Anual da ANPOCS, Caxambu/MG, de 26 a 30 de outubro de 2004. Disponível em: <https://www.anpocs.com/index.php/papers-28-encontro/st-5/st23-2/4076-mnovellino-os-estudos/file>. Acesso em: 28 jul. 2022.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de; SILVA, Virgínia Ferreira. **Processos judiciais como fonte de dados: poder e interpretação**. Sociologias, Porto Alegre, ano 7, n. 13, jan/jun 2005, p. 244-259.

OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Curso de Penologia e Execução Penal**. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore; PANDJIARJIAN, Valéria. **Estupro: crime ou cortesia? Abordagem sociojurídica de gênero**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

REFOSCO, Helena Campos; WURSTER, Tani Maria. Prisão domiciliar para gestantes e mães com filhos menores de 12 anos: *habeas corpus* coletivo e individuais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *In*: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda; NUNES, Mariana Madera; SOUZA, Rafael Ferreira de; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de (org.). **Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

REZENDE, Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de. **A ilusão do proibicionismo: estudo sobre a criminalização secundária do tráfico de drogas no Distrito Federal**. 2011. 148 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília. 2011.

ROJAS, Fernando. Prefácio. *In*: OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

SÁ-SILVA, Jackson Ronie; ALMEIDA, Cristóvão Domingos de; GUINDANI, Joel Felipe. **Pesquisa documental: pistas teóricas e metodológicas**. Revista Brasileira de História & Ciências Sociais. Ano I - Número I. 2009. Disponível em: <https://siposg.furg.br>. Acesso em: 19 ago. 2022.

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

SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

SEVERI, Fabiana Cristina. Transversalidade de gênero no sistema de justiça. **Revista de Estudos Jurídicos**, a. 15, n. 22, 2011.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 3. ed. São Paulo: D'Plácido, 2020.

VÁRIOS AUTORES. **Pela liberdade**: a história do *habeas corpus* coletivo para mães & crianças. São Paulo: Instituto Alana, 2019.

WURSTER, Tani Maria. **O outro encarcerado**: ser mulher importa para o sistema de justiça? Curitiba, 2019. 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2019.

ZAFFARONI, Raúl Eugênio. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Raúl E.; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.