

A APLICAÇÃO DO HABEAS CORPUS 143.641 DO STF SOB UMA PERSPECTIVA DE GÊNERO: UMA ANÁLISE QUALITATIVA A PARTIR DE DECISÕES DO TJ/SP

THE APPLICATION OF HABEAS CORPUS 143.641 OF THE SUPREME FEDERAL COURT FROM A GENDER PERSPECTIVE: A QUALITATIVE ANALYSIS FROM TJ/SP DECISIONS

Carolina Trevisan de Azevedo ¹

Fabiana Cristina Severi ²

Camilo Zufelato ³

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar a presença de estereótipos de gênero em decisões que aplicaram o Habeas Corpus Coletivo nº 143.641, julgado pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF). O writ trata da substituição da prisão preventiva por domiciliar para mulheres grávidas e/ou mães de filhos(as) menores de 12 anos/deficientes, desde que não sejam acusadas de crimes envolvendo violência ou grave ameaça/voltados aos descendentes e salvo situações de excepcionalidade. A pesquisa é empírica, de cunho qualitativo e baseada em dados obtidos por análise de processos judiciais, mais especificamente, acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP) que tratam do tema. A partir dos resultados encontrados, foi possível identificar a

¹ Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP), sendo bolsista pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo - FAPESP; Pós-graduada em Prática Penal Avançada (Damásio Educacional); graduada em 2º lugar pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP). Email: carolina.azevedo@usp.br – ORCID <https://orcid.org/0000-0002-1545-4676>

² Professora do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (USP) e do Programa de Mestrado da mesma instituição. Livre Docente em Direitos Humanos pela FDRP-USP (2017). É responsável pelas disciplinas de Direito e relações de gênero, Teoria Geral do Estado, Direitos Humanos e Direito Constitucional. Realiza atividades de pesquisa e de extensão ligadas aos temas: Crítica jurídica feminista, acesso à justiça para mulheres e Teorias Democráticas. Líder do Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos, Democracia e Desigualdades da USP. Participante do Consórcio Lei Maria da Penha pelo fim da violência contra as mulheres baseada em gênero. Participou do Programa Sabático 2021-2022 do Instituto de Estudos Avançados da USP. Atualmente coordena o Projeto Reescrita de Decisões Judiciais em Perspectiva Feminista - Brasil, formado por uma rede de pesquisadoras e acadêmicas brasileiras de diversas regiões do país. Email: fabianaseveri@usp.br – ORCID <https://orcid.org/0000-0002-8399-7808>

³ Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2002), mestrado em Master Universitario II Livello - Università degli Studi di Roma "Tor Vergata" (2006) e doutorado em Direito Processual pela Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (2008). Atualmente é professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Email: camilo@usp.br - ORCID - <https://orcid.org/0000-0003-0816-3464>

reprodução de estereótipos de gênero nas decisões judiciais, os quais afetaram negativamente a eficácia do direito concedido, a despeito do preenchimento dos requisitos previamente estipulados pelo STF. A pesquisa colabora, portanto, com a construção de evidências empíricas relativas aos entraves no acesso à justiça para as mulheres decorrentes do uso de estereótipos de gênero em decisões judiciais.

PALAVRAS-CHAVE: Estereótipo de Gênero. Maternidade. Prisão Domiciliar. Decisão Judicial. Habeas Corpus Coletivo nº 143.641

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the presence of gender stereotypes in decisions that applied the Collective Habeas Corpus nº 143.641, judged by the 2nd Panel of the Supreme Federal Court (SFC). The writ deals with the substitution of preventive prison for home prison for pregnant women and/or mothers of children under 12 / deficient, as long as they are not accused of crimes involving violence or serious threats/against their offspring and except in exceptional situations. The research is empirical, of a qualitative nature and based on data obtained by analysis of judicial processes, more specifically, of judgments of the Court of Justice of São Paulo that deal with the theme. From the results found, it was possible to identify the reproduction of gender stereotypes in court decisions, which negatively affected the effectiveness of the right granted, despite the fulfillment of the requirements previously stipulated by the SFC. The research collaborates, therefore, with the construction of empirical evidence related to barriers to access to justice for women resulting from the use of gender stereotypes in judicial decisions.

KEY-WORDS: Gender Stereotype. Maternity. Home prison. Judicial Decision. Collective Habeas Corpus nº 143.641

1. INTRODUÇÃO

Dentre os estudos relacionados às condições de vida e dificuldades enfrentadas pelas mulheres privadas de liberdade, destaca-se o tema da maternidade encarcerada, em razão da pouca atenção dada aos impactos que a prisão de mulheres traz para familiares, especialmente filhos(as) e dependentes, além da indiferença com que o assunto tem sido manejado pelo Judiciário brasileiro. Um dos aspectos mais sensíveis envolvendo a temática é o (falso) paradoxo entre a separação da mãe e dos filhos(as), ou a institucionalização das crianças (ou seja, sua permanência junto à mãe na prisão), com prejuízos tanto para a mãe quanto para os filhos(as) em ambas as possibilidades (BRAGA, 2015). A literatura acadêmica relativa a direitos humanos e acesso à justiça para as mulheres aponta como potencial solução para este conflito a adoção da prisão domiciliar, pois permite o convívio materno em ambiente diverso do prisional, considerado insalubre⁴.

Nesse sentido, o Habeas Corpus (HC) nº 143.641, de caráter coletivo, possui grande importância para a temática, uma vez que foi requisitada e concedida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em fevereiro de 2018, a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar para mulheres e adolescentes grávidas ou com filhos(as) menores de 12 anos/deficientes, salvo excepcionalidades, e desde que não sejam acusadas de crimes violentos ou voltados a filhos(as) ou dependentes. Essas diretrizes foram, em dezembro do mesmo ano, incorporadas ao artigo 318 do Código de Processo Penal (CPP) (STF, 2018a).

A partir da referida decisão do STF, buscamos acompanhar a aplicação, na prática, dos preceitos do HC nº 143.641, a fim de compreender a relação entre estereótipos de gênero e a concessão (ou não) da prisão domiciliar a mulheres encarceradas. Para tanto, partimos de referências na literatura acadêmica que têm abordado o tema da maternidade encarcerada e a relação entre a efetivação de direitos para as mulheres e seus filhos(as) e a utilização, por parte do Poder Judiciário, de estereótipos de gênero em decisões judiciais. Também consideramos o amplo campo de estudos sobre gênero e acesso à justiça para as mulheres, que tem favorecido a

⁴ Fazem parte dessa literatura Braga, 2015; Braga; Angotti, 2014 e Franklin; Braga, 2016.

compreensão acerca dos múltiplos tipos de barreiras que as mulheres enfrentam na busca pelo acesso à justiça⁵.

De acordo com dados do INFOPEN Mulheres (2018), em junho de 2016, 45% das mulheres estavam presas sem condenação e, dentro da amostra de dados disponíveis, 74% possuíam filhos(as). Os mesmos dados apontam para uma predominância, no sistema carcerário, de mulheres negras, jovens, de baixa renda, baixo grau de escolaridade e presas, em sua maior parte, pelo crime de tráfico de drogas. Esse cenário aponta que a prisão domiciliar, nos moldes definidos pelo STF, possui potencial de atingir uma parte considerável de mulheres em situação de cárcere, assim como seus filhos(as) e demais familiares. A efetivação da substituição da prisão preventiva pela medida cautelar em questão garante uma condição de vida mais digna aos envolvidos, fazendo com que qualquer obstáculo à concretização desse direito deva ser estudado, de modo a instigar novos avanços (DEPEN, 2018).

Para o desenvolvimento da pesquisa, optamos por uma abordagem metodológica empírica, de cunho qualitativo, voltada à análise de decisões judiciais do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP) que mencionam o HC nº 143.641, proferidas entre fevereiro de 2018 e junho de 2019. Voltamo-nos à observação da presença de estereótipos de gênero aplicados nas decisões, de modo a obstar o direito das mulheres privadas de liberdade que fazem jus à prisão domiciliar, evidenciando um prejuízo concreto para o grupo.

2. MULHERES, CÁRCERE, ESTEREÓTIPOS DE GÊNERO, MATERNIDADE E PRISÃO DOMICILIAR

2.1 REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

O presente artigo se insere no campo de estudos do Direito sob uma perspectiva de gênero, tendo por contexto a aplicação do Habeas Corpus (HC) nº 143.641, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em 20 de fevereiro de 2018. No referido *writ*, ficou estabelecida a

⁵ Nesse campo de estudos destacamos como referência para a presente pesquisa os estudos de Alda Facio (1999) e Rebecca Cook e Simone Cusack (2010).

substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar para mulheres e adolescentes gestantes, com filhos(as) menores de 12 anos ou deficientes, salvo excepcionalidades não delimitadas pelo relator, e desde que a acusação sofrida por elas não esteja pautada em crimes que envolvam violência ou sejam cometidos contra seus filhos(as) ou dependentes (STF, 2018a).

Para a análise do fenômeno aqui estudado, adotamos a concepção de Direito de Alda Facio (1999), a qual abarca três componentes: o componente formal normativo, o componente estrutural e o componente político-cultural. O primeiro está relacionado ao conteúdo formal de determinada norma, sua escrita; o segundo à interpretação conferida à norma por aqueles que exercem a aplicação da lei; e o terceiro ao conteúdo que as pessoas em geral conferem à norma, o que inclui os costumes e a doutrina. A autora ressalta a importância dessa concepção de Direito para as mulheres, uma vez que a análise da esfera privada é incluída como parte do fenômeno jurídico, afinal, as crenças e valores da população e dos aplicadores de justiça também compõem a análise desse fenômeno. Nesse sentido, afirma que os três componentes exercem influência entre si, com destaque para a relação entre o componente político-cultural e o estrutural, uma vez que julgadores(as) reproduzem preconceitos e estereótipos vigentes em nossa sociedade. Deste modo, a interpretação das normas e, conseqüentemente, a sua aplicação, é suscetível a tais estereótipos, determinando os resultados materiais na vida dos indivíduos.

Entendemos que estereótipos são ideias pré-concebidas que promovem generalizações acerca dos grupos sobre os quais recaem, sendo os efeitos, em geral, nocivos. O Direito pode atuar tanto na institucionalização quanto no combate aos estereótipos, razão pela qual é importante nomeá-los e apreender os prejuízos resultantes de seu uso nas interpretações judiciais que os legitimam. Para a descoberta dos prejuízos provocados devido a um estereótipo de gênero específico, uma possibilidade é questionar se, em consequência do gênero, o estereótipo ocasiona a negativa de algum benefício, ou ainda se lhe impõe uma carga excessiva/desvalorização/marginalização (COOK; CUSACK, 2010).

Os prejuízos decorrentes da aplicação de estereótipos de gênero em decisões judiciais consubstanciam-se em uma série de discriminações contra as mulheres, as quais já foram

identificadas em diversos estudos científicos⁶, além de reconhecidas pela Organização das Nações Unidas (ONU). A discriminação compreende, de acordo com Facio (1999), qualquer ato/omissão cujo objetivo ou resultado leve a um descumprimento dos Direitos Humanos das mulheres, independentemente da esfera da vida atingida, sendo que, diante da suficiência do resultado, a ação desencadeadora do mesmo não precisa ser intencional.

Dentre as pesquisadoras que se dedicaram ao aprofundamento da reprodução, por parte do judiciário e do sistema prisional, de estereótipos relacionados à condição de mulher e de mãe estão Ana Gabriela Mendes Braga, Bruna Angotti e Naila Ingrid Chaves Franklin, cujas reflexões serão exploradas a seguir. As autoras, isoladamente e em parceria, utilizaram pesquisas de campo que incluíram observações, levantamento de dados e entrevistas e, no caso da pesquisa em parceria entre Braga e Franklin, um estudo de decisões judiciais que julgaram pedidos de prisão domiciliar com base na lei 12.403 então em vigor.

Em sua pesquisa, Braga e Angotti (2014) dedicaram um tópico aos “Breves retratos do cenário pesquisado”, expondo que, quando reunidos os retratos dos estabelecimentos prisionais por elas visitados, chegaram a um cenário de grande semelhança com o encontrado por outras pesquisadoras que estudam o sistema prisional. Esse cenário é importante para entender quem são e quais as condições de vida das mulheres que são alvo dos estereótipos em estudo: são locais disciplinares, com predominância de mulheres pretas e pardas, a maioria jovens entre 18 e 30 anos, com baixa renda e baixa escolaridade, e histórias de vulnerabilidade social de grande semelhança. O cárcere foi apontado como local de exclusão de indivíduos já excluídos socialmente, perpetuando vulnerabilidades e seletividades praticadas extramuros.

As autoras destacaram que, nas unidades femininas, a violação do exercício de direitos é maior, com destaque para os direitos sexuais e reprodutivos, assim como o direito de acesso à saúde especializada, principalmente na área de ginecologia. Apesar da existência de dissonâncias entre as instituições penitenciárias, com diferentes graus de garantia de direitos e de estrutura, as

⁶ Alguns exemplos são os estudos de Patrícia Hill Collins, 1989 e Kimberlé Crenshaw, 1991, que abordam a discriminação contra a mulher em uma perspectiva interseccional, ou seja, a partir do reconhecimento de que a variável gênero é atravessada por outras como raça.

pesquisadoras afirmaram que nenhuma delas apresenta funcionamento que respeite, plenamente, os parâmetros legais em vigência, colocando em evidência, principalmente, o descumprimento das regras de Bangkok e da Lei de Execução Penal Brasileira (LEP – lei nº 7.210) (BRAGA; ANGOTTI, 2014)

Braga e Angotti (2014) apontaram, ainda, a existência de um suposto paradoxo entre a separação da mãe e da criança ou a institucionalização da mesma (isto é, mantê-la com a mãe no ambiente prisional). A discussão envolve as atuais condições de exercício da maternidade de mães presas, majoritariamente precárias, considerando a excepcionalidade dos espaços específicos para exercício da maternidade, normalmente encontrados apenas em algumas capitais, entre outros aspectos como a extensão da pena imposta para a mãe à criança. Nesse aspecto, a prisão domiciliar é vista como uma possível solução para esse (falso) paradoxo, mas enfrenta óbices como a cultura do encarceramento e a prioridade conferida ao “combate ao crime”, encontradas nas falas e ações dos agentes do sistema de justiça.

Em igual sentido, Braga (2015) indica os padrões de gênero implantados nas instituições do sistema de justiça, assim como em seus agentes, como um obstáculo aos avanços legais nos direitos das mulheres, descrevendo o modo como as figuras de mãe e de criminosa se mostram irreconciliáveis, considerando as representações de gênero existentes. A maternidade é vista como vocação natural e sacralizada da mulher, enquanto a conduta criminosa significa o rompimento com o papel social esperado, que engloba a passividade, gentileza, cuidado, etc. A autora discute o modo como a mulher privada de liberdade possui sua subjetividade reduzida ao seu crime, sendo que sua inclusão na categoria criminosa é suficiente para desacreditá-la enquanto boa mãe.

Se, por um lado, a autora identificou a irreconciliabilidade entre as figuras de mãe e criminosa, por outro, também mencionou a percepção da maternidade como caminho para a salvação feminina. Através do discurso jurídico, busca-se a normalização das mulheres encarceradas, o que inclui representações do papel de mãe atreladas ao sacrifício e à abdicação. No ambiente prisional, a autora aponta que há uma tentativa de domesticação da mulher e de seu suposto desvio, partindo-se de parâmetros restritos de normalidade de gênero e família (biparental,

heterossexual), o que, no caso da maternidade, faz com que seja exercida na prisão permeada pela disciplina. Com relação ao reconhecimento das peculiaridades femininas por parte do Direito, a autora problematiza que, quando ocorre, costuma reafirmar o lugar social estabelecido para a mulher (BRAGA, 2015).

Braga e Franklin (2016), a partir da análise de decisões judiciais, também discutem as representações existentes em torno da mulher criminosa. Ao destacar a conexão entre o tema da maternidade e o debate de gênero, indicam que o sistema de justiça pune duplamente a mulher acusada: de um lado, pela violação de uma regra penal e, de outro, pelo rompimento com as expectativas sociais. As autoras exploram a percepção de que a sociedade constrói um ideal de mulher apto ao exercício da maternidade de forma legítima, resultando em maternidades mais e menos valorizadas. Mencionam, nesse sentido, a existência do conceito de hierarquias reprodutivas de Mattar, que se refere ao modo como a soma e a interação de aspectos variados da mulher determinam o nível de aceitação social de uma maternidade específica. Entre esses aspectos, as autoras exemplificam raça, classe, sexualidade e idade, os quais resultam na produção de “maternidades ilegítimas, subalternas e marginais frente a outras” (MATTAR, 2011 apud FRANKLIN; BRAGA, 2016, p.352).

Ainda, destacam, no contexto do encarceramento feminino, o tráfico de drogas, uma vez que é o crime pelo qual a maior parte das mulheres se encontra presa. Uma das reflexões apontadas é a de que a incidência desse crime é vista pelos julgadores(as) como suficiente para atestar a irresponsabilidade materna, sendo que, todavia, o que direciona majoritariamente as mulheres a tal conduta é a necessidade de manter suas casas e família. Devido à importância, trata-se de um crime abordado com particular destaque na presente pesquisa (FRANKLIN; BRAGA, 2016).

Franklin e Braga (2016) denunciaram, diante do cenário exposto, a invisibilidade dos direitos da mulher, a partir de um raciocínio binário que a coloca como culpada em oposição à pureza da criança, caracterizada como o sujeito de direitos, enquanto os interesses e direitos da mulher são anulados. Há, aqui, a negação do direito da mulher-mãe a uma maternidade digna

devido à condição de criminosa, sendo a conquista de direitos relacionada, frequentemente, apenas à criança.

A partir do pressuposto discutido de que as decisões judiciais são influenciadas pelas concepções de mundo das pessoas julgadoras, a qual engloba preconceitos e estereótipos sociais como os identificados pelas autoras, nos propomos a analisar esse fenômeno em decisões que discutiram a aplicação do HC 143.641 e a concessão de prisão domiciliar para mulheres com o perfil descrito no início deste tópico. Para a análise proposta, nos direcionamos, a partir dos estudos citados, à identificação dos estereótipos de gênero descritos, como a visão de incompatibilidade entre as condições de mãe e criminosa, a busca por um determinado perfil de mulher apta ao exercício da maternidade e a periculosidade automaticamente atribuída às mulheres supostamente envolvidas com o tráfico de drogas, além de eventuais novos estereótipos encontrados.

2.2 O HC 143.641 DO STF

O HC nº 143.641 possui como pacientes mulheres grávidas e/ou com filhos(as) menores de 12 anos/deficientes, sendo que o voto do Ministro Relator Ricardo Lewandowski definiu as diretrizes para a concessão da prisão domiciliar a essas mulheres, nos moldes já explorados (STF, 2018a). Essas diretrizes, cabe destacar, foram incorporadas ao artigo 318 do CPP, em dezembro de 2018, por meio da Lei 13.769 que, a partir de então, passou a fortalecer o disposto no *writ*, sendo que a nova redação do artigo também foi encontrada na análise das decisões selecionadas para a presente pesquisa (BRASIL, 2018).

Antes da decisão do STF, existiam bases pré-existentes a serem aplicadas pelos julgadores(as) para beneficiar gestantes e mulheres com filhos(as) de até 12 anos, a exemplo das Regras de Bangkok, o Estatuto da Primeira Infância, o Pacto de São José da Costa Rica, a antiga redação do artigo 318 do CPP, além da Constituição Federal, na qual é destacada a defesa da dignidade humana. Contudo, a impetração de um recurso coletivo foi necessária diante da inefetividade/inaplicabilidade dessas normas, conforme ressaltou o Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (CADHu), que destacou, na petição inicial do HC em análise, o dado de que aproximadamente metade dos pedidos de prisão domiciliar era negado até então (STF, 2018a).

Em 24 de outubro de 2018, o STF proferiu nova decisão referente ao acompanhamento da ordem concedida, cujo objeto foi seu descumprimento, denunciado por meio de informações prestadas pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, pelo CADHu, entre outros colaboradores. A decisão abordou alguns entraves detectados nas decisões proferidas pelos julgadores(as) nos primeiros meses após a concessão da ordem, sendo realizados esclarecimentos acerca das diretrizes estabelecidas pelo relator (STF, 2018b). Os temas abordados na nova decisão foram também utilizados para a análise da presente pesquisa, colaborando para a interpretação dos dados obtidos.

3. METODOLOGIA

A pesquisa realizada seguiu a abordagem metodológica empírica, de cunho qualitativo, e se ocupou da análise de decisões judiciais, mais especificamente acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP) que mencionam o HC nº 143.641, proferidas entre fevereiro de 2018 e junho de 2019. A definição das categorias para a coleta, organização e análise dos dados foi realizada com apoio na leitura exploratória das decisões e na revisão bibliográfica de estudos sobre maternidade e cárcere, estereótipos de gênero em decisões judiciais, além de teóricas do campo da crítica jurídica feminista, como Alda Facio, Rebecca Cook e Simone Cusack.

Para a coleta dos dados, utilizamos a ferramenta de busca por jurisprudência do site do TJ/SP, com a expressão hc 143641. Devido ao recorte temporal ser superior a um ano, foi necessário dividir a busca em dois períodos. A primeira busca, segundo a data de julgamento, considerou o período de fevereiro de 2018 a janeiro de 2019, sendo encontrados 98 processos, e a segunda o período de fevereiro de 2019 a junho de 2019, sendo encontrados 47 processos, totalizando 145 decisões. Desse total, excluímos 4 decisões por apresentarem acusados do gênero masculino, 1 por estar sinalizado ao lado do número do acórdão que se tratava de segredo de justiça e outras 14 porque não houve análise acerca do cabimento da concessão da prisão domiciliar, pelos seguintes motivos: a) O pedido foi prejudicado pela revogação da prisão preventiva; b) Concessão da prisão domiciliar ou sentença com regime aberto anterior ao julgamento da decisão; c) Tratar-

se de HC com os mesmos pedidos de outro, havendo apenas sua reiteração/junção. Deste modo, restaram 126 decisões com análise de mérito⁷.

Desse total de decisões, 66 são anteriores à decisão de acompanhamento do cumprimento da ordem concedida, com 41 negativas do pedido de prisão domiciliar (62,12%), e 60 foram julgados após tal decisão e seus esclarecimentos, com 40 pedidos negados (66,6%). Os dados dessas 126 decisões foram organizados em planilha no formato Excel, considerando as seguintes categorias ou índices para cada processo analisado: a) Concessão ou negativa do pedido; b) Crime supostamente cometido; c) Principais argumentos da decisão; d) Existência de filhos(as) menores e/ou estado gestacional da mulher; e) Identificação da pessoa relatora e de sua câmara; f) Existência ou não de voto divergente ao da pessoa relatora. Nas colunas das planilhas referentes a cada uma das categorias, inserimos informações extraídas das decisões. Nos casos em que identificamos possíveis estereótipos de gênero, buscamos extrair trechos completos da decisão.

Após essa organização, fizemos uma pré-análise, produzindo dados de frequência e conjugando informações relativas a dois ou mais índices da tabela, como: a) A frequência com que houve a concessão da prisão domiciliar para cada tipo penal; b) As principais argumentações presentes para a concessão e para a negativa do pedido, com subdivisões e uma análise separada para o crime de tráfico de drogas, devido à sua importância; c) A frequência com que cada câmara votou para a concessão ou negativa do pedido de prisão domiciliar. A partir do conteúdo encontrado nas decisões analisadas, construímos as categorias expostas nos resultados. Concomitantemente à exposição de dados, serão apresentadas algumas bibliografias que exploram a construção dos estereótipos encontrados, de modo a guiar a análise dos dados levantados.

4. RESULTADOS E DISCUSSÃO

⁷ Link para acesso à tabela de processos, gerada pelo software Studio R: https://drive.google.com/file/d/1yM0ATEIu6j9L_Hqmo8X0bqCEQKwoFBqC/view?usp=sharing. Em atenção à nova Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei 13.709/2018, o nome dos(as) pacientes/ré(u)s foram substituídos por “...” no dispositivo da decisão.

4.1 DADOS GERAIS ACERCA DAS DECISÕES

Dos 126 processos nos quais foi julgado o pedido de concessão da prisão domiciliar para mulher submetida à prisão provisória, em 93 a acusação foi de crime relacionado ao tráfico de drogas, com 58 negativas e 35 concessões. Das 33 decisões restantes, em 8 delas a mulher estava sendo acusada de roubo, com 2 concessões; em outras 6 decisões, a acusação foi de homicídio, inexistindo concessões; e, em outras 3, o crime era de furto, havendo apenas 1 concessão. Houve 7 decisões nas quais a acusação sofrida pela mulher foi a de integrar organização criminosa, sendo 5 delas favoráveis; 2 julgados em que a acusação foi de latrocínio, inexistindo concessões; e 2 em que a acusada respondia por extorsão, não havendo concessão em nenhuma delas.

Por fim, a acusação de determinados ilícitos foi encontrada uma única vez, consistindo em: ameaça e lesão corporal, com negativa de prisão domiciliar à acusada; uma decisão envolvendo peculato, cujo pedido foi negado; uma acusação relacionada ao trânsito, por violação ao artigo 310 do Código de Trânsito Brasileiro, também negada; e uma relativa à posse irregular de arma de fogo, na qual houve concessão da prisão domiciliar. Por fim, em uma das decisões com concessão da medida cautelar em questão, não houve menção à acusação.

4.2 CONCESSÃO DA PRISÃO DOMICILIAR E TRÁFICO DE DROGAS

Optamos por dedicar um tópico especialmente à análise de decisões judiciais nas quais a ré foi acusada por crimes envolvendo o tráfico de drogas, considerando o número de vezes em que a acusação apareceu nos acórdãos analisados, o que já era esperado considerando dados oficiais, que indicam uma predominância de mulheres privadas de liberdade por esses crimes⁸. Em nossa análise, identificamos a premissa de diversos julgadores de que, ao traficar, a mãe coloca em risco seus filhos(as), sendo sua presença prejudicial e ela indigna da concessão de prisão domiciliar, o que pode ser observado no seguinte trecho:

[...] a simples alegação de possuir filho menor, necessitando de seus cuidados, não permite, por si só, a concessão da benesse, mas o contrário, mostra, a princípio, seu

⁸ 57,76% segundo os dados mais recentes do Sistema Nacional de Informações Penitenciárias do DEPEN, referentes ao período de janeiro a junho de 2020.

despreparo como mãe, justificando que não fique a criança à mercê de pessoa talhada para o crime (TJ/SP, 2019b, p. 9, grifo nosso).

Nesse sentido, destacamos a decisão de acompanhamento da ordem concedida pelo STF, na qual foram realizados esclarecimentos relevantes acerca do tema, como a prisão em flagrante por crime de tráfico de drogas não obstar a concessão da medida, uma vez que não se enquadra como excepcionalidade, nem mesmo quando a droga é supostamente encontrada na casa da ré. Trata-se de esclarecimento importante, pois o ministro identificou que a prisão domiciliar estava sendo, por muitas vezes, negada nesses casos (STF, 2018b).

A despeito dos esclarecimentos, encontramos, em diversas decisões, a fundamentação de que a gravidade do crime de tráfico de drogas, inclusive por sua equiparação a hediondo e por seu impacto social, caracteriza situação excepcional, não devendo ser concedida a prisão domiciliar. Ainda que entre as decisões julgadas após o esclarecimento algumas tenham passado a segui-lo e até mesmo citá-lo, em várias outras a argumentação acerca da gravidade do crime ainda apareceu, associada ou não a demais fatores, tornando-se um entrave à efetivação do direito de diversas mulheres. Da mesma forma foi observado, de modo frequente, o discurso de que a suposta identificação da droga na casa da acusada inviabiliza a concessão do pedido, tanto antes quanto depois do esclarecimento realizado pelo STF, como é possível observar no trecho de decisão abaixo:

Portanto, 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. 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 criminoso 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. **Assim, no caso concreto, existem peculiaridades “excepcionalíssimas”**, pois além do processo de origem já haver sido sentenciado, com prolação de decisão condenatória na qual não foi concedida a possibilidade de recorrer em liberdade, tem-se o filho menor mencionado era, na verdade, exposto pela paciente a consequências deletérias da própria conduta que gerou tal condenação. **De manifesta incoerência, portanto, seria soltá-la, pura e simplesmente, a pretexto de que continuasse “cuidando” deste filho** (TJ/SP, 2019d, p. 9, grifo nosso).

No trecho acima, é possível identificar dois argumentos para a negativa do pedido de prisão domiciliar, encontrados em várias decisões selecionadas: os entorpecentes serem supostamente encontrados na residência da mulher (o que favorece a visão dos julgadores(as) de

que a condição de mãe e criminosa é irreconciliável), e a existência de uma condenação, ainda que de primeiro grau, tornando mais difícil a concessão da medida, apesar de a acusada ainda ser presa preventiva. Vejamos outro excerto:

Ademais, 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.** [...] Logo, a decisão impugnada, não está indo de encontro com a Lei 13.257/16, que estabelece proteção à primeira infância (TJSP, 2018g, p. 5, grifo nosso).

Trata-se de decisão na qual o juiz deslegitima a maternidade da acusada ao afirmar sua indiferença com relação à educação e segurança dos filhos de forma abstrata, baseando-se apenas no crime cometido, sem levar em conta seu contexto e sua realidade. A concepção apresentada contradiz as pesquisas que indicam o fator financeiro, que engloba a responsabilidade das mães de, muitas vezes unilateralmente, sustentar e cuidar dos filhos(as), como fator central para seu ingresso na atividade⁹. Nesse sentido, Franklin e Braga (2016) ressaltam a relação entre a economia da droga e a economia doméstica, visto que o papel majoritariamente destinado às mulheres (no caso, de fazer o depósito da droga) permite conciliar os cuidados com sua prole e a garantia de seu sustento.

Bastante sensível entendemos ser também a situação das mulheres que são presas em flagrante na tentativa de entrar com drogas no presídio durante visitas, sendo identificado por Braga (2015) um perfil predominante de mulheres que buscam levar drogas para os familiares (pais, companheiros, irmãos, entre outros). A mesma perspectiva é apresentada por Nucci (2014) ao afirmar que, para além dos laços afetivos, muitas mulheres são ameaçadas a ingressar com a droga, pelo próprio familiar ou por traficantes para os quais ele deva dinheiro dentro da prisão, tratando-se de uma situação social expressiva. Ressalta ainda que, em alguns casos, a quantidade da substância levada é tão pequena que poderia configurar insignificância.

O mesmo perfil foi identificado no presente trabalho. Sobre esse aspecto, o relator do HC, na decisão de acompanhamento, afirmou que a prisão em flagrante por transporte de drogas para estabelecimento prisional não deve ser empecilho à concessão da prisão domiciliar,

⁹ O fator mencionado pode ser observado nas pesquisas apresentadas na revisão bibliográfica e também em pesquisas como a de Moura (2012) e Helpes (2014).

ressaltando não se tratar de excepcionalidade que possa justificar a manutenção da custódia cautelar (STF, 2018b). Nos deparamos, contudo, com decisões em sentido contrário, como no exemplo a seguir, no qual a relatora destacou parte da denúncia, que inclui o seguinte fragmento:

Segundo o apurado, **a denunciada objetivava visitar seu genitor** que se encontra custodiado na aludida penitenciária. Na ocasião, durante a revista nos alimentos e eventuais objetos que a ré levava, agentes penitenciários localizaram a droga supra descrita que estava no interior dos dez pacotes de cigarros pertencentes a ré. **A localização da droga foi de fácil constatação**, pois era visível a alteração em cada cigarro, os quais estavam mal armazenados, além do forte odor que exalava, característico da substância entorpecente 'maconha' (TJ/SP, 2018i, p. 4, grifo nosso).

A partir dessa exposição dos fatos, assim concluiu a desembargadora:

De acordo com os autos, **as circunstâncias concretas do fato delituoso indicam o grau de periculosidade e de insensibilidade moral da paciente que ousou ingressar em estabelecimento prisional estadual**, cercado de significativo aparato de segurança, com substância entorpecente escondida, justificador da imprescindibilidade da prisão cautelar[...] (TJ/SP, 2018i, p. 6, grifo nosso).

A fácil constatação da droga, como afirma a denúncia, em razão da nítida alteração dos cigarros, mal armazenados e exalando forte odor característico, evidencia despreparo e falta de experiência por parte da acusada, podendo-se pensar até mesmo em crime impossível, uma vez que não havia como sua tentativa ser bem-sucedida. Além disso, a paciente não estava levando drogas a um desconhecido com o objetivo de lucro, mas sim ao seu genitor, o que não sugere uma atividade habitual de traficância como meio de vida. Ressaltamos que a acusada era primária, possuía residência fixa e ocupação lícita, tornando ainda mais distantes as afirmações de sua insensibilidade moral e periculosidade, utilizadas de forma genérica para denegar o pedido. A motivação diversa do lucro também pode ser observada no seguinte caso, no qual a ré afirmou ter tentado levar a droga para quitar dívida de seu marido, que é usuário:

Ao ser interrogada, em juízo, a apelante afirma que a droga não era destinada a seu marido, mas à terceira pessoa, que pegaria o produto após passar pela revista. **Aceitou a incumbência para quitar dívida do marido, que é usuário. Foi a única vez que fez o transporte**. Pegou a droga, em Marabá Paulista, com Angélica, que era a credora de seu marido. A dívida era de R\$ 400,00 (cd) (TJ/SP, 2018a, p. 3, grifo nosso).

Nesse tipo de flagrante, identificamos ser comum a substância estar supostamente armazenada na genitália das acusadas, tornando sua identificação um momento de grande exposição. Outro aspecto a ser ressaltado é a maior rigidez da lei penal nesses casos, uma vez que

é previsto um aumento de pena de um sexto a dois terços no artigo 40, III, da Lei 11.343, devido à infração ser cometida nas dependências de estabelecimentos prisionais (BRASIL, 2006).

4.3 PRINCIPAIS FUNDAMENTAÇÕES PARA A DENEGAÇÃO DA PRISÃO DOMICILIAR

4.3.1 A Imprescindibilidade Do Cuidado Materno E Outras Provas Requisitadas

Em grande parte das decisões nas quais houve denegação do pedido de prisão domiciliar, os desembargadores(as), na condição de relatores(as) da decisão, argumentaram, em conjunto com outros fatores ou isoladamente, a ausência de comprovação da imprescindibilidade da mãe para o cuidado dos filhos(as), contrariando a premissa estabelecida pelo HC nº 143.641, como na decisão a seguir:

[...] sequer restou comprovada que a paciente seja imprescindível nos cuidados de sua prole, de forma a ensejar a pleiteada substituição de sua prisão preventiva por prisão domiciliar. Frise-se, **nada há de seguro nos autos da impetração que denote a necessidade da presença física da paciente na criação de seus filhos [...]** (TJ/SP, 2019a, p. 5, grifo nosso).

Foi frequente também a afirmação de que a mãe não comprovou ser a única responsável pelos descendentes, ou que estes estivessem em risco, além de decisões que argumentaram a criança estar sobre os cuidados de outro parente, que poderia ampará-la, a exemplo do excerto abaixo:

Como firmado pela origem, a maternidade não pode ser lançada, “in casu”, para justificar a concessão de prisão domiciliar à paciente, pois **não restou demonstrada a existência de qualquer risco ou prejuízo às crianças** em decorrência da situação prisional da ré, encontrando-se aquelas aos **cuidados regulares de seus respectivos pais e avós paternas** (TJ/SP, 2018e, p. 12, grifo nosso).

Outras provas requeridas em várias decisões que analisamos foram a de que a mulher realmente estava grávida ou possuía filhos(as), além da exigência de comprovar sua guarda/que moravam com ela antes da prisão. Foi apontada, por exemplo, para negar o pedido, a ausência da apresentação de certidões de nascimento, ou sua insuficiência. Destacamos, quanto às exigências indicadas, que contrariam as diretrizes previstas na ordem concedida pelo STF, na qual o relator estabeleceu, com relação à necessidade de o juiz verificar se a mulher presa é guardiã dos filhos(as),

o dever de dar credibilidade à sua palavra, podendo, em caso de dúvida, requerer a elaboração de laudo social, mas devendo conceder desde logo a prisão domiciliar (STF, 2018a).

Ainda, foi requisitada diversas vezes pelos desembargadores(as) a prova da existência em concreto de uma deficiência estrutural na penitenciária em que a acusava cumpria prisão preventiva, mesmo diante das discussões trazidas pelo HC em estudo, no qual foi explorado o Estado de Coisas Inconstitucional do Cárcere brasileiro, fato notório reconhecido na ADPF 347. Para ilustrar o que está sendo dito, selecionamos o seguinte excerto:

Ademais, tal como também ressaltado na própria suprema decisão aqui mencionada, **a concessão da benesse reclama, dentre outros requisitos, “...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 artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) **estão, de fato, cumprindo prisão preventiva em situação degradante**, privadas de cuidados médicos prénatais e pós-parto, inexistindo, outrossim berçários e creches para seus filhos...”, circunstâncias até aqui inocorrentes, pois **não há qualquer notícia, como ressaltado na respeitável decisão impugnada, de que a paciente esteja sendo submetida a tratamento indigno ou deletério ou que sua prole esteja em situação de perigo, a depender, exclusivamente, de seus cuidados maternos** (TJ/SP, 2018f, p. 7, grifo nosso).

4.3.2 Outras Fundamentações

Em pesquisa desenvolvida por Braga e Franklin (2016) com base em uma lei mais antiga (lei 12.403/2011), as autoras identificaram que os julgadores entendiam frequentemente que a concessão da prisão domiciliar configurava faculdade judicial, devendo ser analisado o caso concreto, ainda que a mulher se enquadrasse nas hipóteses que, na época, autorizavam a concessão da medida.

Apesar da nova redação do artigo 318 do CPP e das diretrizes fixadas pelo HC nº 143.641, nas decisões que analisamos, foi frequente a mesma argumentação dos desembargadores(as) de que a prisão domiciliar não é direito subjetivo da mulher, e sim uma faculdade judicial, a ser analisada de acordo com o caso concreto. Foi afirmado também, algumas vezes, que o artigo 318-A ou a decisão do STF não poderiam ser considerados incontornáveis. Exemplo disso é a decisão a seguir:

Portanto, **a prisão domiciliar não é direito subjetivo da acusada**, pois não basta a simples comprovação da condição de maternidade verdadeiro salvo conduto - a todas as mães que

possuem filhos de até 12 anos de idade à praticarem crimes. Assim, **tal benesse caracteriza-se como mera faculdade judicial**, impondo-se, no mínimo em razão da prudência, o exame favorável da conduta e da personalidade da agente pelo Poder Judiciário, o que, não se verifica no presente caso (TJ/SP, 2018k, p. 9, grifo nosso).

Outra questão que nos chamou atenção foi o peso conferido à reincidência. Em diversos acórdãos, a mulher já possuía condenação anterior, ou, nas palavras dos desembargadores(as) “maus antecedentes”. Na maioria dessas decisões houve a denegação do pedido, sendo esse o único argumento, ou um dos argumentos centrais para a negativa do pedido. Tem-se a seguir um exemplo:

Portanto, embora a paciente tenha comprovado ser mãe de três crianças menores de 12 anos de idade (fls. 26/28), também **está demonstrado que é reincidente específica** (fls. 131 processo nº 0002146- 98.2013.8.26.0441), o que denota personalidade voltada à prática de crimes **e configura situação excepcionalíssima que impede a conversão de sua prisão preventiva em domiciliar** (TJ/SP, 2018h, p. 4-5, grifo nosso).

Além de ser mencionada por várias vezes como excepcionalidade, a exemplo da decisão acima, em outros casos a reincidência foi indicada como hipótese de exclusão da concessão do pedido, como são os crimes com uso de violência. Retomando o HC nº 143.641, no entanto, é possível observar que o relator não estabeleceu a reincidência como causa impeditiva da concessão de prisão domiciliar, além de reforçar o caráter excepcional da manutenção da prisão:

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 da excepcionalidade da prisão (STF, 2018a, pág 33).

No presente trabalho, exploramos alguns temas relacionados ao tráfico de drogas, entre eles a visão dos julgadores de que a mãe que trafica não é boa influência para sua prole. Ressaltamos que essa concepção não se restringiu aos casos envolvendo essa acusação, apesar de o crime em questão ser apontado pelos julgadores(as) como de especial gravidade. A visão de que a mulher acusada de um crime não é boa mãe foi encontrada em diversos contextos, como é possível observar na seguinte decisão:

Ademais, quando praticou o crime em comento, a acusada já tinha três filhos menores de idade. Evidente, portanto, **que a maternidade não impediu a ré de se envolver com a vida do crime e de se tornar furtadora contumaz**; portanto, não pode, agora, servir de argumento para livrá-la do cárcere e impedir que pague seu débito para com a sociedade.

A despeito dos três filhos pequenos, a acusada saiu de casa para voltar a furtar, evidenciando, assim, completa ausência de preocupação com as crianças [...] (TJ/SP, 2019c, p. 4, grifo nosso).

No fragmento, é possível perceber, novamente, a concepção de irreconciliabilidade entre as figuras de mãe e criminosa. A afirmação de que a mãe que sai de casa para furtar apresenta completa ausência de preocupação com os filhos(as) trás à tona o estereótipo de anormalidade e deslegitimação da maternidade das mulheres que ingressam no sistema penal, que pouco dialoga com sua realidade, rasamente abordada.

Até o presente momento, apresentamos as principais fundamentações encontradas nas decisões analisadas para negar a prisão domiciliar. Certo é, porém, que outros argumentos também apareceram, de forma isolada ou pouco frequente, como a decisão condenatória já ter transitado em julgado. Dentre essas decisões, nos chamou atenção o seguinte argumento:

[...] De outro lado, **o filho da ré possui mais de dez anos e meio**, ou seja, embora seja vulnerável e mereça toda a tutela da sua condição de pessoa em desenvolvimento, **não se trata mais de um bebê lactente, indefeso. Aliás, a sua idade está bem próxima do limite estabelecido pelo habeas corpus** coletivo. Assim, a combinação destas circunstâncias gravidade do delito e idade do filho deve ser mantida a prisão preventiva.” (TJ/SP, 2019j, p. 4, grifo nosso).

No excerto acima, a idade do filho da ré foi levada em consideração para a denegação do pedido de prisão domiciliar. Em outra decisão, a idade dos filhos também foi decisiva, por ser pontuado que já haviam completado doze anos. No trecho transcrito, entretanto, foi considerada a idade do menor, ainda que inferior ao limite estabelecido pelo HC 143.641 e pelo artigo 318 do CPP, em argumentação contrária à proteção integral da criança, que foi um dos principais alicerces do voto que concedeu a ordem de substituição da prisão preventiva.

4.4 PRINCIPAIS FUNDAMENTAÇÕES RESPONSÁVEIS PELA CONCESSÃO DA PRISÃO DOMICILIAR

Conforme já exposto, das 145 decisões selecionadas, houve análise do mérito em apenas 126, sendo que, dentre essas, houve a concessão da substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar em 45 decisões. Uma vez que já exploramos as principais fundamentações

presentes nas decisões em que houve a denegação da substituição, cabe agora tratar das argumentações dos desembargadores(as) em prol da concessão do pedido.

Em algumas decisões, nos deparamos com a afirmação genérica de que a mulher se encaixava nas hipóteses de concessão. Já nos acórdãos que se valeram de fundamentação mais específica, foi frequente a justificativa de não haver violência ou grave ameaça no crime supostamente cometido, assim como o fato de a acusada ser primária. O interesse dos menores, assim como a presunção de imprescindibilidade dos cuidados maternos, também foram pontuados em várias decisões:

Com efeito, passou-se a presumir a necessidade de a mãe cuidar do filho (e, também, a imprescindibilidade de serem tomados os cuidados necessários para o melhor desenvolvimento da gestação, em proteção do feto), exigindo-se a comprovação da indispensabilidade da presença junto à criança apenas por parte do pai (TJ/SP, 2018d, p. 6, grifo nosso).

A decisão de acompanhamento do cumprimento da ordem concedida também foi citada algumas vezes como fundamentação, assim como a ausência de excepcionalidade no caso concreto. Com relação às decisões que abordaram o crime de tráfico de drogas em específico, além das justificativas mencionadas, em algumas delas a pessoa relatora mencionou que a gravidade do crime não preocupou o STF, além de, mais raramente, ser apontada a baixa quantidade de entorpecente encontrada com a acusada.

Por fim, em algumas decisões foi levada em conta a situação particular da mulher. Exemplo disso é o Habeas Corpus 2207117 - 97.2018.8.26.0000. Nele, a relatora sopesou a primariedade da paciente, assim como o fato de possuir residência fixa e estar grávida, além de possuir três filhos menores de 12 anos, entendendo cabível a concessão da prisão domiciliar, mesmo diante da acusação de roubo (TJ/SP, 2018l). Em nossa análise, entretanto, pudemos observar que, enquanto a interpretação restritiva das diretrizes do HC em estudo foi encontrada em diversos acórdãos, que negaram a substituição da prisão preventiva apesar de a mulher preencher os requisitos objetivos, a ampliação das hipóteses de concessão do pedido foi fato isolado. Quando a mulher em prisão provisória estava sendo acusada de crimes que envolvem violência por

exemplo, a negativa do pedido de prisão domiciliar foi praticamente unânime, sendo o acórdão supracitado uma exceção.

4.5 O PAPEL DA PRISÃO DOMICILIAR PARA GESTANTES E MÃES NA VISÃO DO JUDICIÁRIO

No decorrer da análise das decisões do TJ/SP, observamos que, quando houve concessão da prisão domiciliar, em geral, considerou-se como “sujeito de direitos” apenas a criança, e não a mulher em situação de cárcere, cujos interesses e o direito a uma maternidade digna também deveriam ser atendidos pela justiça. Os desembargadores(as) responsáveis pelo relatório das decisões raramente mencionaram os direitos das mulheres, até mesmo nas decisões favoráveis à concessão do pedido, como exemplifica o seguinte trecho de decisão:

Não demanda muito esforço concluir que **o que se está colocando à frente é o interesse dos nascituros e das crianças**, o qual, em regra, atende-se melhor com o maior conforto e proximidade da mãe. [...] Posto isso, e considerada a proximidade do parto, que acentua, não só a inevitabilidade de cuidados com a mulher presa, mas também (e **principalmente**), de forma inafastável, **a responsabilidade com relação à vida da criança**, que carece de especial atenção em tão tenra idade [...] (TJ/SP, 2018d, p. 6, grifo nosso).

Os próprios requisitos discutidos em item anterior da pesquisa evidenciam que a mulher fica em segundo plano na discussão acerca da prisão domiciliar, afinal, se fala em prova da imprescindibilidade da mãe para os filhos(as), sem ser mencionada a importância desse contato para a vivência da maternidade pela mulher, ou o impacto em seu estado psicológico de uma maternidade encarcerada/de um afastamento abrupto de sua prole (temas abordados nas pesquisas que apresentamos no primeiro tópico do artigo). Em algumas decisões encontramos uma postura ainda mais radical, no sentido de excluir de forma expressa a relevância dos direitos da mulher, como se pode evidenciar no seguinte trecho: “**O objetivo da norma é a tutela dos direitos da criança e não os da mãe**, que em liberdade pode até representar risco para a própria prole” (TJ/SP, 2018j, p. 5, grifo nosso).

Destacamos, no entanto, que, em contraste com a preocupação centralizada nos filhos(as), em algumas decisões (9) não foi mencionado o estado gestacional da mulher ou a condição de mãe de filhos(as) menores de 12 anos, sendo a decisão centralizada apenas em outros

aspectos, como a reincidência da mulher ou o fato de estar sendo acusada de um crime que envolva violência. Dentre essas decisões houve concessão do pedido em apenas uma. O fato de o relator não mencionar os filhos(as) ou o estado gestacional da mulher faz com que não seja possível saber se para o seu voto foi levada em conta a situação específica da gravidez ou da prole envolvida, tornando-se limitado o acesso, por meio da decisão, à condição da mulher para a qual se pleiteia a prisão domiciliar, assim como à condição de sua família, sendo mais difícil compreender o voto proferido.

4.6 OBSERVAÇÕES FINAIS

Além do conteúdo já explorado, outros aspectos foram analisados na leitura dos acórdãos selecionados. Um dos pontos que observamos foi a desproporcionalidade entre as decisões cujos relatores sorteados foram desembargadores, correspondendo a 104 decisões, e as que contaram com desembargadoras para a função, sendo 22 decisões¹⁰. Deste modo, o número de acórdãos com relatoras mulheres representa 17,74%. A desproporção no número de homens e mulheres que compõem o TJ/SP foi apontada por Severi (2016), que indica a participação de apenas 7% de mulheres como desembargadoras no referido Tribunal. Já o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) disponibilizou dados gerais, referentes ao segundo semestre de 2013, segundo os quais, nos Tribunais de Justiça do Brasil, as mulheres correspondem a 21,5 % dos integrantes (CNJ, 2014).

Apesar de ressaltarmos a limitação da amostra, apresentamos o dado de que, dentre as decisões analisadas, houve voto favorável à concessão do pedido de prisão domiciliar em 31,8% das decisões de desembargadoras relatoras (7 decisões), enquanto nos votos cujos relatores foram homens, a porcentagem foi de 36,19% (38 decisões). Assim, é possível observar que, no grupo de decisões selecionado, não houve discrepância em relação ao número de concessões de acordo com o gênero dos desembargadores(as)¹¹. Outra observação realizada diz respeito à prevalência quase unânime do voto da pessoa relatora, sendo raros os casos de discordância.

¹⁰ Em alguns raros casos o voto do(a) relator(a) não prevaleceu, ainda assim, consideramos como a pessoa relatora sorteada votou, e não a decisão final, na qual prevaleceu o voto do relator(a) designado(a).

¹¹ Para aprofundar a temática a respeito de um possível julgamento diferente de acordo com o gênero da pessoa julgadora, ler “Por que ter mais mulheres? O argumento da “voz diferente” nas trajetórias profissionais das desembargadoras do TJPA” (KAHWAGE; SEVERI, 2020).

Nossa última consideração se refere ao objetivo de igualdade no tratamento destinado às mulheres elegíveis para a concessão da prisão domiciliar mencionado pelo HC nº 143.641. A partir da análise dos acórdãos selecionados, identificamos um tratamento bastante desigual com relação às mulheres que buscaram a concessão da medida, havendo, inclusive, grande disparidade entre o tratamento destinado a mulheres em situações bastante semelhantes. Pudemos identificar também uma tendência de entendimento diferente de acordo com a câmara julgadora.

Para ilustrar a nossa percepção, vamos utilizar dados referentes às câmaras que apareceram um número maior de vezes nos acórdãos selecionados (pelo menos 10). Analisamos: 11 acórdãos da 4ª câmara, com 3 concessões e 8 negativas; 13 acórdãos da 5ª câmara, com 2 concessões e 11 negativas; 10 acórdãos da 9ª câmara com 1 concessão e 9 negativas; 16 acórdãos da 11ª câmara, com 15 concessões e 1 negativa; 15 acórdãos da 13ª câmara, com 3 concessões e 12 negativas; 14 acórdãos da 15ª câmara, com 8 concessões e 6 negativas. Os dados permitem observar, por exemplo, que a 11ª câmara, sozinha, foi responsável por um terço das concessões que encontramos na presente pesquisa.

Nesse sentido, consideramos que a desigualdade e a polarização encontradas acabam por gerar grande insegurança jurídica para as mulheres que fazem jus à prisão domiciliar, uma vez que a efetivação de seu direito parece estar nas mãos da sorte da distribuição processual para uma pessoa relatora/câmara que aplique as diretrizes definidas no HC nº 143.641 e na lei 13.769. Além da pessoa relatora/câmara para a qual o processo é distribuído, podemos questionar a influência de fatores como a raça ou classe social da mulher acusada para a decisão acerca da concessão do pedido. Trata-se de questionamento que reflete os dados gerais da população carcerária brasileira feminina, que, conforme já abordado, indicam uma maior porcentagem de mulheres negras e pardas privadas de liberdade, assim como jovens, de baixa renda e baixo grau de escolaridade. Entretanto, tais informações não são trazidas pelos acórdãos, impossibilitando o cruzamento desses dados.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos dados obtidos na análise dos acórdãos selecionados, foi possível confirmar a hipótese de que os responsáveis pela decisão de concessão da prisão domiciliar reproduziram

estereótipos de gênero na aplicação do HC 143.641 do STF. As categorias de pesquisa apresentadas e os trechos de acórdãos destacados evidenciaram um discurso generalizante por parte dos desembargadores(as), pautado em ideias pré-concebidas acerca das mulheres privadas de liberdade.

Um ponto central para a discussão do tema é a visão de muitos julgadores de que as figuras de mãe e criminosa são irreconciliáveis, com a construção pelo judiciário de maternidades legítimas e ilegítimas, visão estereotipada da mulher que encontramos em diversos votos. Trata-se de estereótipo que coloca a maternidade como mais uma esfera da vida das mulheres privadas de liberdade sob controle, uma vez que se espera um determinado perfil de mãe.

Como reflexo dessa visão, observamos, dentre as principais fundamentações contra a substituição da prisão preventiva, a alegação de não ter sido demonstrada a imprescindibilidade materna para os cuidados da prole. Entre as demais fundamentações estão a alegação de que a mulher não comprovou a violação de direitos sofrida na prisão no caso concreto, seu estado gestacional ou a guarda/convívio prévio com os filhos(as). Ademais, o estereótipo de maternidade como sacrifício e abnegação pôde ser identificado até mesmo em parte dos acórdãos nos quais foi concedida a prisão domiciliar, sendo atribuído um papel instrumental à mulher, uma vez que a substituição se baseou apenas nos direitos da criança, que aparece então como único sujeito de direitos.

Outro ponto de destaque é a alegação dos desembargadores(as) acerca da gravidade do crime de tráfico de drogas, pelo qual a maior parte das mulheres em prisão cautelar responde. Nesses casos, observamos como mais delicadas as acusações envolvendo a localização de entorpecentes na casa da mulher, assim como a prisão em flagrante ter ocorrido durante tentativa de visita a estabelecimento prisional, estando presente o estereótipo de periculosidade da mulher nessa condição. Ambas as situações foram frequentemente indicadas como mais graves nos acórdãos estudados, aparecendo de forma generalizada, sem aprofundar o caso concreto.

A análise dos acórdãos filtrados, por fim, permitiu identificar um tratamento desigual para as mulheres em prisão cautelar, sendo que mulheres em situações parecidas tiveram a prisão domiciliar concedida em alguns casos e negada em outros com argumentações diferentes e até

mesmo opostas. Cabe ressaltar acerca do levantamento de dados, por fim, a dificuldade em explorar a influência das interseccionalidades encontradas no perfil das mulheres privadas de liberdade na decisão dos acórdãos analisados, uma vez que nestes não há informações relacionadas a dados como raça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Entre a soberania da lei e o chão da prisão: a maternidade encarcerada. **Revista Direito GV**, v. 11, n. 2, p. 523-546, 2015. Disponível em: <https://unesp.academia.edu/AnaGabrielaBraga>. Acesso em: 17 de maio de 2019.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes; ANGOTTI, Bruna. Encarceramento de mulheres e exercício da maternidade no Brasil atual: algumas reflexões e propostas. **38º Encontro Anual da ANPOCS**. 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/32983294/Encarceramento_de_mulheres_e_exerc%C3%ADcio_da_maternidade_no_Brasil_atual_alguas_reflex%C3%B5es_e_propostas. Acesso em: 19 maio 2019.

BRASIL. **Lei n. 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 07 maio 2019.

BRASIL. **Lei n. 13.769**, de 19 de dezembro de 2018. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13769.htm. Acesso em: 07 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Hábeas-Corpus n. 143.641**. Impetrante: Eloísa Machado de Almeida, Bruna Soares Angotti, André Ferreira, Nathalie Fragoso e Hilem Oliveira, membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF. Data de julgamento: 20 fev. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em: 07 de jan. 2019. “2018a”.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Hábeas-Corpus n. 143.641**. Impetrante: Eloísa Machado de Almeida, Bruna Soares Angotti, André Ferreira, Nathalie Fragoso e Hilem Oliveira, membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF. Data de julgamento: 24 out. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lewandowski-concede-hc-coletivo.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2019. “2018b”.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Censo do Poder Judiciário. Brasília: CNJ, 2014. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/CensoJudiciario.final.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2021.

COOK, Rebecca J.; CUSACK, Simone. **Estereótipos de Género. Perspectivas Legales Transnacionales**. Profamilia, 2010.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN MULHERES, 2ª edição**. Brasília, 2018. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres>.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>. Acesso em: 03 jun. 2021.

FACIO, Alda. **Cuando el género sueña cambios trae**. Uma metodología para el análisis de género del fenómeno legal. Costa Rica: ILANUD, 1999.

FRANKLIN, Naila Ingrid Chaves; BRAGA, Ana Gabriela. Quando a casa é a prisão: uma análise de decisões de prisão domiciliar de grávidas e mães após a lei 12.403/2011/When home is the prison: an analysis of decisions of prison household of pregnant and mothers after the law 12.403/2011. **Revista Quaestio Iuris**, v. 9, n. 1, p. 349-375, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/18579/15789>. Acesso em: 23 maio 2019.

HELPE, Sinta Soares. **Vidas em jogo: um estudo sobre mulheres envolvidas com o tráfico de drogas**. São Paulo: IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2014.

KAHWAGE, Tharuell Lima; SEVERI, Fabiana Cristina. Por que ter mais mulheres? O argumento da “voz diferente” nas trajetórias profissionais das desembargadoras do TJPA. **Revista Direito e Práxis**, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2020.

MOURA, Maria Jurema. **Mulher, tráfico de drogas e prisão**. Fortaleza: Eduece; Edmeta, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. Quem leva entorpecentes para presidiários pratica tráfico de drogas? Sim!. **Jornal Carta Forense**, 2014. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/quem-leva-entorpecentes-para-presidiarios-pratica-traffic-de-drogas-sim/13167>. Acesso em: 25 de jul. de 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação nº 0000078- 92.2017.8.26.0585**. 12ª Câmara de Direito Criminal, Presidente Venceslau, SP. Relatora: Angélica de Almeida Data de Julgamento: 29 ago. 2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11765805&cdForo=0>. Acesso em: 15 ago. 2019. “2018a”

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Habeas Corpus nº 2011208-20.2018.8.26.0000**. 4ª Câmara de Direito Criminal; Hortolândia, SP. Relator: Luis Soares de Mello. Data de Julgamento: 08 maio 2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11436722&cdForo=0>. Acesso: 09 ago. 2019. “2018e”

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Habeas Corpus nº 2038359-58.2018.8.26.0000**. 5ª Câmara de Direito Criminal; Atibaia, SP. Relatora: Cláudia Fonseca Fanucchi. Data de

Julgamento: 07 jun. 2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11524462&cdForo=0>. Acesso em: 21 ago. 2019. “2018f”

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Habeas Corpus nº 2041381-27.2018.8.26.0000**. 6ª Câmara de Direito Criminal; São Bernardo do Campo, SP. Relator: Marcos Correa. Data de Julgamento: 10 maio 2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11448872&cdForo=0>. Acesso em: 05 ago. 2019. “2018g”

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Habeas Corpus nº 2052895-74.2018.8.26.0000**. 15ª Câmara de Direito Criminal. São Paulo, SP. Relator: Gilberto Ferreira da Cruz. 17 maio 2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11467102&cdForo=03>. Acesso em: 21 jul. 2019. “2018h”

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Habeas Corpus nº 2067834-25.2019.8.26.0000**. 7ª Câmara de Direito Criminal; Limeira, SP. Relator: Reinaldo Cintra. Data de Julgamento: 08 maio 2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12482936&cdForo=0>. Acesso em: 08 ago. 2019. “2019a”

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Habeas Corpus nº 2075968-75.2018.8.26.0000**. 5ª Câmara de Direito Criminal; Presidente Venceslau, SP. Relatora: Cláudia Fonseca Fanucchi. Data de Julgamento: 28 jun. 2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11585609&cdForo=0>. Acesso em: 10 ago. 2019. “2018i”

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Habeas Corpus nº 2088950-87.2019.8.26.0000**. 6ª Câmara de Direito Criminal. São Paulo, SP. Relator: Zorzi Rocha. Data de Julgamento: 30 maio 2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12547973&cdForo=0>. Acesso em: 17 jul. 2019. “2019b”

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Habeas Corpus nº 2094692-93.2019.8.26.0000**. 5ª Câmara de Direito Criminal, São Paulo, SP. Relatora: Cláudia Fonseca Fanucchi. Data de Julgamento: 30 maio 2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12550034&cdForo=0>. Acesso em: 22 ago. 2019. “2019c”

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Habeas Corpus nº 2096194-04.2018.8.26.0000**. 6ª Câmara de Direito Criminal; Bananal, SP. Relator: Marcos Correa. Data de Julgamento: 21 de junho de 2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11573870&cdForo=0>. Acesso em: 21 ago. 2019. “2018j”

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Habeas Corpus nº 2102963-28.2018.8.26.0000**. 13ª Câmara de Direito Criminal. Itapira, SP. Relator: De Paula Santos. Data de Julgamento: 19 jul.

2019. Disponível em:
<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11630482&cdForo=0>. Acesso em: 10 ago.
 2019. “2019d”

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Habeas Corpus nº 2196481-72.2018.8.26.0000**. 4ª Câmara de Direito Criminal; Mococa, SP. Relator: Ivana David. Data de Julgamento: 27 nov. 2018. Disponível em:
<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12054017&cdForo=0>. Acesso em: 29 jul. 2019. “2018k”

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Habeas Corpus nº 2207117-97.2018.8.26.0000**. 12ª Câmara de Direito Criminal, Serra Negra, SP. Relatora: Angélica de Almeida. Data de Julgamento: 07 nov. 2018. Disponível em:
<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11986501&cdForo=0>. Acesso em: 15 ago. 2019. “2018l”

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Habeas Corpus nº 2264910-91.2018.8.26.0000**. 10ª Câmara de Direito Criminal, São José dos Campos, SP. Relator: Francisco Bruno. Data de Julgamento: 28 mar. 2019. Disponível em:
<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12371762&cdForo=0>. Acesso em: 29 jul. 2019. “2019f”

SEVERI, Fabiana Cristina. O gênero da justiça e a problemática da efetivação dos direitos humanos das mulheres. **Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 13, p. 80-115, 2016.

Submetido em 05.06.2021

Aceito em 04.12.2022