

maternidade e prisão

Diagnóstico da
aplicação do
Marco Legal
da Primeira
Infância para o
desencarceramento
de mulheres

**Aplicação do Marco Legal da
Primeira Infância para o
desencarceramento de mulheres**

Realização

Instituto Terra, Trabalho e Cidadania – ITTC

Diretoria 2018–2019

Michael Mary Nolan

Guilherme Madi Rezende

Denise Neri Blanes

Heidi Ann Cerneka

Equipe de pesquisa

Amanda Caroline Alves Pereira Rodrigues

Ana Casarin

Irene Maestro Guimarães

Mariana Celano de Souza Amaral

Autoria

Amanda Caroline Alves Pereira Rodrigues

Irene Maestro Guimarães

Mariana Celano de Souza Amaral

Consultoria estatística

Rafael Cinoto

Revisão textual

Letizia Patriarca

Projeto Gráfico e Diagramação

Homem de Melo & Troia Design

Ano

2019

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC).

MaternidadeSemPrisão: diagnóstico da aplicação do Marco Legal da Primeira Infância para o desencarceramento de mulheres [recurso eletrônico] / Instituto Terra, Trabalho e Cidadania. – São Paulo : ITTC, 2019.

134 p. ; 19,5x26 cm.

ISBN: 978-85-99948-10-1

1. Direito penal. 2. Entrevistas. 3. Liberdade provisória.
4. Mulheres — Aspectos sociais. 5. Mulheres prisioneiras.
I. Rodrigues, Amanda Caroline Alves Pereira. II. Guimarães,
Irene Maestro. III. Amaral, Mariana Celano de Souza. IV. Título.

CDD 343.126

Bibliotecário responsável: Artur Felipe de Carvalho e Silva. CRB-8/010326/0

Índice para catálogo sistemático:

1. Medidas cautelares : Direito processual penal 343.126

SUMÁRIO

PREFÁCIO 5

INTRODUÇÃO 7

1. ENCARCERAMENTO FEMININO E A NECESSIDADE DE FORTALECER MEDIDAS NÃO PRIVATIVAS DE LIBERDADE 12
 - 1.1. Encarceramento em massa no Brasil: quem são as mulheres presas e quais são os impactos do cárcere? 12
 - 1.2. O Marco Legal da Primeira Infância como potencial instrumento desencarcerador de mulheres 16
2. AS ENGRENAGENS DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL 24
 - 2.1. Em que consiste a audiência de custódia 24
 - 2.2. O processo de instrução: conhecimento entre juízes/juízas e as réis 27
 - 2.3. Tribunais Superiores: STJ e STF 28
3. PERCURSOS DE INVESTIGAÇÃO 30
 - 3.1. Pesquisa de campo nas audiências de custódia do Tribunal de Justiça de São Paulo 30
 - 3.2. Análise dos processos de instrução das mulheres presas provisoriamente no Centro de Detenção Provisória de Franco da Rocha 32
 - 3.3. Análise das decisões do STF e do STJ sobre prisão domiciliar 34
 - 3.4. Registro dos argumentos das decisões 35

PARTE I

4. ENTRAVES NA APLICAÇÃO DO MARCO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA: REJEIÇÃO DA PRISÃO DOMICILIAR 38
 - 4.1. Crime cometido com violência ou grave ameaça 41
 - 4.2. Crime contra descendentes 43
 - 4.3. Situações excepcionalíssimas 44
 - 4.3.1. Crimes relacionados ao tráfico de drogas considerados como “excepcionalíssimos” 47
 - 4.4. Gravidade do crime, antecedentes criminais e preservação da ordem pública 50
 - 4.5. Questionamentos acerca da existência ou do exercício da maternidade 53
 - 4.5.1. Dúvidas sobre a imprescindibilidade da mulher para o cuidado dos filhos e filhas 54
 - 4.5.2. Filhos e filhas tornam-se responsabilidade de outras mulheres, enquanto a genitora está presa 56
 - 4.5.3. Necessidade de comprovação da maternidade ou gestação 59
 - 4.5.4. Conduta da mãe coloca em risco a integridade dos filhos e filhas 61
 - 4.5.5. Argumentos residuais 64

- 4.6. A prisão domiciliar não é automática, nem um direito subjetivo 66
- 4.7. Mulheres migrantes e sem moradia fixa 68
- 4.8. Casos em que não foi apreciado o mérito ou não houve fundamentação 70
- 4.9. Mães que permaneceram com filhos e/ou filhas na unidade prisional e gestantes 70
- 4.10. O que os argumentos negativos apontam 71

5. INCORPORAÇÃO DO MARCO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA: LIBERDADE PROVISÓRIA E PRISÃO DOMICILIAR 72

- 5.1. Decisões de liberdade provisória 72
- 5.2. Decisões de prisão domiciliar 76
- 5.3. Limites da prisão domiciliar 81

PARTE II

6. O QUE MAIS AS DIFERENTES AMOSTRAS DA PESQUISA MOSTRAM? 86

- 6.1 O perfil das mulheres analisadas 86
- 6.2. As audiências de custódia 96
 - 6.2.1 Algumas práticas do cotidiano nas audiências de custódia do fórum criminal da barra funda 96
 - 6.2.2 Crime patrimonial é o que mais “chega” nas audiências de custódia, mas crime relacionado ao tráfico é o que “mais prende” 98
 - 6.2.3 Atuação da polícia, ministério público e defesa 101
- 6.3 Processos de conhecimento 106
 - 6.3.1. Relatos de violência generificada 106
 - 6.3.2. Atuação da defesa: baixa incidência de pedidos após a audiência de custódia 108
 - 6.3.3. Atuação da defesa: a questão da maternidade é pouco explorada nos pedidos feitos durante a instrução do processo 110
 - 6.3.4. Resultados gerais: quem permaneceu presa e por quanto tempo? 112
- 6.5 Tribunais superiores 115
 - 6.5.1 A descaracterização da mulher e sua aproximação do ideal abstrato de “mãe” 116
 - 6.5.2. Desigualdades no acesso à justiça: estado de origem e assessoria jurídica 119

CONSIDERAÇÕES FINAIS 123

QUESTÕES QUE FICAM ABERTAS... 127

Lista de Gráficos 133

Lista de Tabelas 133

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 134

PREFÁCIO

O Marco Legal da Primeira Infância se destina, em sua estrutura normativa e discursiva, às crianças de até seis anos de idade¹. Elas são o sujeito de direito para o qual são pensadas as políticas públicas a respeito das quais dispõe a referida Lei.

Ocorre que não há como falar em infância sem observar a maternidade. Nesse sentido, um dos principais méritos deste Diagnóstico é a capacidade de captar a questão a partir de seus fundamentos empíricos. O ponto de partida não são as palavras da lei, em sentido denotativo, mas sim o que elas evocam na realidade concreta.

Ora, não há criança sem mãe. Em razão disso, compreender a problemática da primeira infância implica deslocar o foco investigativo: trata-se de perceber que toda criança é também *filha*, e, assim, a investigação jurídica e social deve ter em vista sua dimensão *relacional*. Nessa perspectiva, a criança evocada pelo Legislador carrega, simbólica e visceralmente, o parto e a amamentação, o regaço e a separação, o corpo de criança e o corpo de mãe. Note-se que, se observada por si só, essa criança desenhada na Lei carrega um vazio de sentido. Falta-lhe menção à presença sem a qual não se poderia realizar. Com efeito, na medida em que a primeira infância acontece no âmbito da relação entre a criança e a mãe, não há como atingir o sujeito criança sem perscrutar as condições mediante as quais se atualiza a maternidade.

Do ponto de visto analítico, a proteção política e a tutela jurídica da mãe implicam, nesse momento da vida humana, proteção e tutela da própria criança. E essa implicação nos permite verificar a relevância da contribuição deste diagnóstico para a cognição dos impactos do Marco Legal da Primeira Infância: observam-se, não as crianças em si mesmas, mas as consequências dos novos dispositivos sobre suas mães.

E o recorte da pesquisa foi ainda mais certo. Para além da maternidade, como categoria heurística, os efeitos da promulgação foram verificados tendo em vista as *mães encarceradas*. Esse recorte permite desenvolver aspectos do projeto MulheresSemPrisão. Sua conformação acompanha, todavia, a própria *ratio legis* do Marco Legal da Primeira Infância. Afinal, há nele alterações legislativas que incluem garantias para mães e gestantes privadas de liberdade. Vale citar, a título de exemplo, a nova redação dada ao artigo 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente². A partir do Marco Legal de 2016, o acesso a políticas públicas de maternidade é ampliado a *todas as mulheres* — nos termos do *caput* —, e o direito a assistência psicológica (incluído no § 4º do referido artigo pela Lei 12.010, de 2009) estende-se (conforme a nova redação do § 5º) a gestantes e mães que se encontrem em situação de privação de liberdade.

A partir desses aparentes avanços, o Diagnóstico busca identificar e compreender os desafios à efetivação dessas garantias às mães e — por consequência — às crianças. Desse modo, o que segue é um relatório de fôlego que reúne dados relativos a (des)entendimentos cotidianos e jurisprudenciais do Marco Legal, tento em conta seu potencial desencarcerador.

1. Cf. artigo 2º da Lei nº 13.257, de 8 de Março de 2016.

2. Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990.

Vale destacar, juntamente com as cuidadosas explicações destinadas a quem porventura não tenha familiaridade com o léxico do direito — material ou processual —, o esforço para produzir orientações aos diferentes atores institucionais envolvidos. A linguagem é simples e direta. E a exposição conta com gráficos e sistematizações. Dessa forma, o presente relatório enfrenta a missão de orientar tanto mães e gestantes, quanto agentes do sistema de justiça criminal.

Trata-se, em suma, de um trabalho extenso, cuidadoso e original. Em razão de sua força investigativa, constitui leitura incontornável à cognição dos impactos do Marco Legal da Primeira Infância.

São Paulo, Agosto de 2019.

Danilo Arnaut

PhD em Sociologia – Universidade de Campinas

Pesquisador do Núcleo de Estudos em Políticas Públicas (NEPPs) da UNESP

INTRODUÇÃO

Capital de São Paulo. Fórum Criminal da Barra Funda. Ana³, uma das mulheres que passará por uma audiência de custódia naquele dia, é trazida da carceragem até o corredor onde se localizam as salas de juízas e juizes de plantão. Ela chega na sala algemada e acompanhada de um Policial Militar e é colocada com a frente do corpo virada para a parede. Cabisbaixa, recebe uma ordem para não se movimentar ou pronunciar qualquer palavra até que uma advogada ou um advogado (público ou particular) chegue para acompanhá-la.

Ana passou por audiência de custódia no mês de julho de 2018. Foi presa em seu domicílio, acusada de cometer os crimes de tráfico de drogas, associação para o tráfico, porte ilegal de arma de fogo e disparo de arma de fogo. Ana é negra, tem 29 anos, está grávida e já é mãe de dois filhos, sendo que um deles tem menos de 12 anos. Declarou que, antes de ser presa, trabalhava como consultora de vendas e declarou que recebia cerca de mil e duzentos reais por mês, renda que utilizava para manter sua família.

Durante a audiência, disse que os policiais militares que realizaram sua prisão a ameaçaram, dizendo que iriam tirar os filhos de seus cuidados. Contou que enquanto a polícia averiguava seus pertences, encontraram fotos das crianças em seu celular e passaram a mostrar as imagens para ela, exigindo que ela delatasse os nomes de pessoas envolvidas no crime de tráfico. De acordo com Ana, os agentes completaram a ameaça dizendo que, se ela não indicasse ninguém, forjariam provas contra ela.

Após seu relato, é a vez do representante do Ministério Público falar. O homem, vestido com um terno alinhado, se dirige à Ana:

- Seus filhos estudam?
- Sim — a mulher responde, com a voz baixa e olhando para o chão.
- Qual escola frequentam?
- Na Maria Aparecida Ferrão⁴.

O homem não aparenta estar satisfeito com as respostas, então emenda:

- Qual foi a última reunião de pais e mestres que a senhora foi?

Depois de finalizada a rodada de perguntas, ele solicita à juíza que Ana permaneça presa preventivamente. Nesse cenário, ela seria separada de seus filhos e levada a um estabelecimento prisional para aguardar por seu julgamento completo, mesmo que suas condições permitam a prisão domiciliar. A motivação de seu requerimento se embasou no argumento segundo o qual:

3. Nome fictício utilizado para preservar a identidade da mulher.

4. Nome fictício.

— A prisão domiciliar não subtrai do magistrado a análise da especificidade do caso, sua aplicação não é automática. Qual a preocupação da acusada com os filhos? Fez da casa onde mora com os filhos um verdadeiro centro de distribuição de drogas. Trata-se de mero vínculo biológico e deixa a prole aos cuidados da avó materna. Sua liberdade não é necessária à proteção da maternidade que alega, nem de sua prole.

Com a manifestação do Ministério Público concluída, a juíza passa a palavra para o advogado, que, antes de requerer a aplicação da prisão domiciliar, faz algumas perguntas a Ana:

- Seus filhos ficam constantemente com você?
- Sim.
- O dinheiro do sustento vai para as crianças?
- Sim — ela novamente responde, dessa vez já olhando na direção do advogado.
- Os pais das crianças te ajudam?
- O do de 6 anos não. O de 15 tem pensão de 150 reais.

Por fim, é a vez do posicionamento da juíza, que primeiro se direciona a Ana perguntando-a sobre sua gravidez.

- Você está com os exames que comprovam sua gestação?
- Não.

Diante da negativa da mulher, a juíza, sempre atrás de duas telas de computador, questiona:

- Com quem estão seus filhos neste momento?
- Com a minha mãe desde ontem, quando fui presa — responde Ana, novamente cabisbaixa.

A juíza pede algumas outras explicações. Ana diz que é solteira, que sai para trabalhar ou passear e que, embora possa contar com o apoio da avó materna, os filhos ficam principalmente com ela.

A juíza então anuncia sua decisão, de maneira muito objetiva, sem comunicar, ali no momento da audiência, quais as exatas razões de sua escolha: Ana será mantida presa preventivamente.

O advogado troca algumas breves palavras com a mulher na frente dos demais, mas ela logo é retirada da sala de audiência do mesmo modo que entrou, algemada e sendo conduzida por um Policial Militar. O promotor e a juíza se preparam para a próxima audiência, que começa em instantes. O advogado agradece e sai da sala.

Momentos depois, já é possível ler a decisão da juíza no processo de Ana. No documento, ficou registrado:

Como bem ressaltado pelo representante do MP, embora haja comprovação de um filho menor de 12 anos, é certo que a substituição da prisão preventiva pela domiciliar não é automática. Por outro lado, à luz do HC Coletivo 143.614 do STF, saliento que a situação é excepcional, eis que a atuada é reincidente e com ela, em decorrência de mandado de busca e apreensão decorrente de prévia investigação, foram encontradas drogas

em vultosa quantidade, [...] exercendo relevante papel na associação [...]. No mais, a toda evidência, a atuada mantinha em depósito a imensa quantidade de entorpecentes na presença de seus próprios filhos, de modo que a prisão domiciliar não se revela adequada. Dessa forma, entendo que não é o caso de substituir a prisão preventiva por prisão domiciliar, sendo certo que, segundo declarado pela atuada, seu filho menor de 12 anos está neste momento sob os cuidados da avó materna. Por fim, quanto à alegada gravidez, a atuada declarou que tem mera suspeita, de modo que inexistente comprovação nos autos neste momento dos requisitos legais para a prisão domiciliar.

Não foi dado nenhum encaminhamento para apurar a denúncia de Ana sobre a ameaça sofrida durante a abordagem policial que deu origem à prisão em flagrante.

A história da passagem de Ana por uma audiência de custódia é ilustrativa dos diversos casos e situações acompanhadas ao longo da investigação acerca do funcionamento de parte do sistema de justiça criminal brasileiro. O relato traz alguns aspectos das dinâmicas que atravessaram as audiências de custódia de mulheres, tais como a tendência de regulação do exercício da maternidade e, ao mesmo tempo, a moralização da punição principalmente quando da suposta prática de crimes relacionados ao tráfico de drogas, algo que poderá ser observado nos próximos capítulos ao nos debruçarmos sobre outros casos.

O relato da audiência de Ana também evidencia parte do processo de invisibilização e o reforço das violências a que as mulheres estão sujeitas. Apesar de um dos principais objetivos da audiência de custódia ser a identificação, averiguação e investigação de relatos de agressão, tortura, ameaça, etc., no momento da prisão em flagrante, as denúncias narradas costumam não ser levadas adiante. Os atores do sistema de justiça criminal acabam por naturalizar e legitimar a violência, sinalada pela estratificação de classe, raça/cor e gênero do processo de criminalização.

O presente relatório tem como principal foco compreender melhor o que fundamenta as práticas, abordagens e decisões daqueles que movem o sistema de justiça criminal, a partir de uma perspectiva de gênero. Diante disso, é fundamental ressaltar que, apesar da engrenagem punitiva atribuir a cada mulher um número de processo, e que esses casos serão aqui também avaliados do ponto de vista estatístico, trata-se de situações relacionadas à vida de pessoas — e, nesta pesquisa, particularmente de mulheres — “de carne e osso”, marcadas por realidades múltiplas e concretamente determinadas por trajetórias específicas. Assim, embora cada história individual carregue consigo traços comuns às outras, demonstrando seu condicionamento pela estrutura do sistema — o que será, inclusive, representado quantitativamente — cada decisão, cada processo, cada sentença, gera impactos qualitativos particulares sobre cada uma das mulheres e de seu núcleo familiar e comunitário. Esta dimensão, embora não tenha sido desenvolvida e aprofundada neste relatório, deve ser levada em conta durante a leitura.

A pesquisa é fruto de uma demanda que surge com a promulgação do Marco Legal da Primeira Infância [Lei nº. 13.257/2016, de 08 de março de 2016], que, dentre outras modificações, alterou o Código de Processo Penal, ampliando as hipóteses de prisão domiciliar cautelar durante a instrução processual e possibilitando a garantia de alternativa à prisão preventiva para mulheres gestantes, mães de crianças com até 12 anos, como é o caso de Ana, ou cujas crianças possuam deficiência.

Sua aplicação foi reforçada por determinação do Supremo Tribunal Federal (STF) na ordem de *habeas corpus* coletivo (HC nº 143.641) concedida em 20 de fevereiro de 2018. E, mais recentemente, a Lei 13.769 de 19 de dezembro de 2018, visando harmonizar as decisões judiciais, incorporou alguns pontos da decisão do STF, estabelecendo critérios objetivos ao Código de Processo Penal para a substituição da prisão preventiva por prisão albergue domiciliar.

O Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC), que há mais de 15 anos desenvolve um trabalho junto às mulheres em conflito com a lei, comemorou a promulgação da normativa por conta de seu potencial desencarcerador. Com efeito, a instituição participou ativamente da mobilização para garantir sua concretização. Assim, acreditando que a incidência política deve estar sempre combinada com o estudo das dinâmicas da realidade social, buscamos, neste relatório, compreender de que maneira os atores do sistema de justiça criminal têm operado essa nova regulamentação.

Nesse sentido, a presente pesquisa é um dos desdobramentos do projeto MulheresSemPrisão, iniciativa que busca contribuir com uma maior visibilização do encarceramento feminino e as problemáticas que o cercam, além de fortalecer o entendimento e a defesa de medidas que revertam esse processo. Insere-se, portanto, em uma agenda mais ampla de desencarceramento.

Foram fixados como objetivos específicos: 1) identificar se e de que modo as instituições do sistema de justiça (Magistratura, Ministério Público, Defensoria e Polícia) aplicam o Marco Legal da Primeira Infância nas audiências de custódia; 2) avaliar as práticas dos atores judiciais no manejo do Marco Legal da Primeira Infância no curso do processo judicial; 3) identificar os padrões decisórios de aplicação do Marco Legal da Primeira Infância nos Tribunais Superiores antes e depois da decisão do *habeas corpus* coletivo.

Para tanto, foram acompanhadas 201 mulheres em audiência de custódia no Fórum Criminal da Barra Funda; examinaram-se os processos de instrução de 200 mulheres atendidas pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo que se encontravam presas preventivamente no Centro de Detenção Provisória de Franco da Rocha; e, ainda, foram analisadas 200 decisões proferidas pelo STF ou STJ respondendo especificamente a pedidos de determinação da prisão domiciliar. Trata-se, portanto, de três amostras, que representam distintas etapas processuais, referentes a diferentes processos.

As informações obtidas foram compiladas em três bancos de dados distintos e posteriormente analisadas pelas pesquisadoras⁵. Buscou-se, com especial atenção, identificar os principais argumentos utilizados para negar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, a fim de verificar, de maneira aprofundada, quais os principais obstáculos para a aplicação da lei.

A análise dos dados quantitativos e qualitativos teve como pontos de partida as reflexões elaboradas em trabalhos anteriores do ITTC⁶, que se debruçaram sobre a situação das

5 Os formulários de registro de dados das três amostras podem ser encontrados como Anexos do presente relatório.

6 Especialmente: *Tecer Justiça: presas e presos provisórios na cidade de São Paulo* (ITTC, 2012); *MulheresSemPrisão: desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória de mulheres* (ITTC, 2017). *MulheresSemPrisão: enfrentando a (in)visibilidade das mulheres submetidas à justiça criminal* (ITTC, 2017).

mulheres em conflito com a lei no Brasil, bem como diagnósticos feitos por outras pesquisas⁷ sobre as condições de vida das mulheres mães e gestantes em estabelecimentos prisionais. A leitura atenta dos diversos documentos e da bibliografia selecionada permitiu, conforme veremos adiante, visualizar que a maternidade e as circunstâncias do crime se articulam e se constituem mutuamente como forma de dupla penalização das mulheres.

Em termos de estrutura do texto, temos seis capítulos. O primeiro capítulo contextualiza o encarceramento em massa em nosso país e as especificidades do encarceramento feminino; em seguida, apresenta brevemente o histórico de elaboração do Marco Legal e a importância do fortalecimento de medidas alternativas ao cárcere. O segundo capítulo busca apresentar o modo de funcionamento do sistema de justiça criminal, com o intuito de localizar o autor menos afeito ao direito penal nos processos que serão analisados nos capítulos seguintes. Posteriormente, o terceiro capítulo tece considerações metodológicas sobre os caminhos e os limites adotados pela investigação.

Em seguida, o relatório se divide em duas partes. Na primeira parte encontram-se o quarto e o quinto capítulos que recuperam, respectivamente, os argumentos utilizados para negar as prisões domiciliares, abordando como o tipo de crime e a maternidade constituem-se reciprocamente para reforçar a criminalização das mulheres. Trazem, ainda, os argumentos utilizados nas decisões que concederam a prisão domiciliar ou a liberdade provisória, apontando que quando a maternidade e especificidades de gênero são efetivamente levadas em conta pelo Judiciário, deve-se privilegiar outras medidas diversas da prisão.

Adiante, encontra-se a segunda parte, com o sexto capítulo, na qual são descritas questões particulares verificadas em cada um dos bancos de dados analisados e ressaltam-se os principais “achados” específicos de cada etapa da investigação, bem como o modo pelo qual se articulam com a parte anterior. Por fim, apresentam-se perguntas suscitadas pela pesquisa, de modo a fomentar reflexões que contribuam com a abertura de caminhos na atuação daqueles/as envolvidos/as no sistema de justiça criminal.

Nas considerações finais, são apontadas questões com o intuito de fomentar a reflexão sobre as práticas desempenhadas pelos atores institucionais e aqueles/as que estão implicados/as na constituição das relações que informam o fenômeno estudado. Tais perguntas, assim como todo o material aqui apresentado, visam auxiliar no fortalecimento, na estruturação e no fomento de práticas que corroborem com a aplicação de dispositivos desencarceradores e que observem as especificidades de gênero.

⁷ Especialmente os dados do Departamento Penitenciários Nacional Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias [Infopen Mulheres, 2018]. “Dar a luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão” [BRAGA&ANGOTTI, 2015].

1.

ENCARCERAMENTO FEMININO E A NECESSIDADE DE FORTALECER MEDIDAS NÃO PRIVATIVAS DE LIBERDADE

Depois de traçado um breve panorama sobre a dinâmica de um julgamento, importante estabelecer o contexto da nossa investigação. Neste capítulo buscaremos apresentar o contexto de encarceramento massivo de nosso país, lançando o olhar sobre a situação das mulheres em conflito com a lei e os impactos que o aprisionamento impõe sobre elas. Posteriormente, relataremos o processo que ensejou a necessidade de se fortalecerem medidas alternativas à prisão, bem como as modificações trazidas pelo Marco Legal da Primeira Infância.

1.1.

Encarceramento em massa no Brasil: quem são as mulheres presas e quais são os impactos do cárcere?

Segundo relatório do Infopen de 2016, a população carcerária do país é composta de mais de 725 mil pessoas, sendo o Estado de São Paulo responsável por cerca de 33,1% dos presos desse total, o que corresponde a uma população de 240.061 pessoas. E esse número vem crescendo vertiginosamente pelo menos ao longo dos últimos 10 anos⁸.

Ao mesmo tempo, prender cada vez mais não tem contribuído para reverter os indicadores de violência⁹. Ao contrário, a política de encarceramento — que se associa com a denominada “guerra às drogas” (MARTINS, 2018), o uso excessivo das prisões provisórias¹⁰ e a ação seletiva e, tantas vezes, violenta da polícia (CARVALHO, 2013) — tem sido um marcante instrumento de marginalização e de inegável expressão das injustiças étnico-raciais e sociais no Brasil. Como demonstram os relatórios produzidos pelo Infopen e por outras organizações da sociedade civil, pessoas jovens, pobres, negras e moradoras das periferias são o perfil predominante da população prisional, bem como o alvo privilegiado da atuação violenta da polícia. A prisão frequentemente também as submete a uma série de violências como a superlotação, tortura, precariedade e violação de direitos, além do estigma da passagem pelo sistema.

8 Ainda de acordo com o Infopen, houve um aumento de 707% na população prisional total entre os anos de 1990 e 2016. Departamento Penitenciários Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen, 2016: 9).

9 A despeito do crescimento exponencial do encarceramento nos últimos anos, entre 2007 e 2012 a taxa de homicídio no Brasil cresceu 15% por 100 mil habitantes. Ver: “*Alternativas para a justiça criminal no Brasil: Agenda de Propostas*” (REDE JUSTIÇA CRIMINAL, 2016).

10 Em junho de 2016, 40% das pessoas presas no Brasil estavam presas provisoriamente. Ver: Infopen, 2016: 13

Os dados sobre população prisional também mostram que os índices de encarceramento feminino no Brasil cresceram mais que os índices de encarceramento masculino: entre os anos 2000 e 2016, houve um aumento de 656% da taxa de aprisionamento da população carcerária feminina, enquanto a masculina aumentou 293% (Infopen Mulheres, 2018). De acordo com o último levantamento realizado em 2016, e publicado em 2018, das cerca de 42 mil mulheres presas no Brasil, por volta de 15 mil se encontravam no Estado de São Paulo. Considere-se também que cerca de 41% da população de mulheres privadas de liberdade em São Paulo está presa provisoriamente, ou seja, ainda não foi julgada e não possui contra si sentença condenatória (Infopen Mulheres 2018).

Importante indicar também que a maioria das mulheres em estabelecimentos prisionais atualmente respondem por crimes praticados sem violência, sendo o tráfico de drogas o mais recorrente, responsável pela prisão de 62% dessas mulheres. O furto, um tipo de crime patrimonial também praticado sem violência, é responsável por 9% das prisões (Infopen Mulheres, 2018). Outro crime patrimonial relevante é o roubo, cuja incidência é de 11% na população prisional feminina. Conforme o próprio relatório do Infopen Mulheres indica,

A seletividade penal pode ser compreendida a partir da baixa participação de outros tipos penais na distribuição total de incidências, o que **indica que o aparato punitivo do Estado encontra-se voltado para a repressão a determinados tipos de crimes (a saber: crimes patrimoniais e crimes ligados ao tráfico de drogas) e ao encarceramento de determinados grupos sociais** (...) (Infopen Mulheres, 2018, p. 53) (grifos nossos)

Ainda segundo o Infopen Mulheres (2018), além do tipo de crime, há um perfil em comum entre as mulheres selecionadas pelo sistema penal: 50% têm entre 18 e 29 anos, 62% são negras, 45% não chegaram nem a completar o ensino fundamental e, em sua maioria, possuem grande dificuldade de acesso a ocupações profissionais formais. Além disso, 74% possuem filhos e/ou filhas. Assim, fica claro que essas mulheres pertencem a grupos sociais marcados por uma vulnerabilidade socioeconômica, sofrendo uma série de privações, dificuldades e violências em seu cotidiano, que se intensificam com sua prisão. Os dados indicam o forte caráter seletivo do sistema penal, que parece buscar “disciplinar” somente os corpos de uma parcela específica da população.

O perfil delimitado acima refletiu e se confirmou em pesquisas anteriores do ITTC, que inclusive se dedicaram a coletar e detalhar esses dados antes mesmo da publicação do último relatório do Infopen Mulheres. É o caso do relatório Tecer Justiça: Presas e Presos Provisórios da Cidade de São Paulo, que, em 2012, apontou para algumas circunstâncias de vulnerabilidade das mulheres presas provisoriamente que compunham a amostra. O referido relatório indicou, por exemplo, que 81% delas estavam presas por delitos não violentos e mais de 64% declararam não ter outras pessoas para dividir o sustento da família (ITTC, 2012). Além disso, a maioria delas, ao ser perguntada sobre profissão ou ocupação desempenhada, indicou atividades que exigem pouca ou nenhuma qualificação profissional, como diarista, doméstica, faxineira e ajudante geral (ITTC, 2012: 33).

A pesquisa *MulheresSemPrisão: desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória de mulheres* (ITTC, 2017b) também realizou, mais recentemente, um levantamento aprofundado sobre o perfil específico da população carcerária feminina de São Paulo. Argumenta que o sistema de justiça criminal se apresenta como a única resposta estatal dada a essas mulheres, que estão inseridas em complexas teias de vulnerabilidade social.

Assim, percebe-se que **há um perfil específico de mulheres selecionadas pelo sistema penal**, o que explicita que há uma seletividade na justiça criminal, que parece servir apenas para uma parcela da população. Para esta, o Estado não está disponível por meio de serviços públicos assistenciais, uma vez que há dificuldades no acesso à saúde, à escola, ao trabalho e até mesmo as áreas de circulação pela cidade são restritas — sendo as regiões distantes do centro as disponíveis para suas moradias. A resposta do Estado para estas mulheres, reforçando estigmas e mantendo uma hierarquia social que as coloca em posições vulneráveis, dentre as que “não tem oportunidade”, é o sistema penal. (ITTC, 2017: 71) (grifos nossos)

Nas unidades prisionais, são inúmeros os relatos de maus tratos por parte dos agentes do Estado. As condições desumanas em que se encontram as prisões brasileiras são internacionalmente conhecidas, conforme relatado preliminarmente pela Comissão Internacional de Direitos Humanos após visita feita ao país em 2018 (CIDH, 2018: 19-21). Por este motivo, o próprio STF, ao julgar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, reconheceu o “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro¹¹, o que significa dizer que as condições atuais em que este se encontra são contrárias a diversas garantias e direitos determinados pela Constituição Federal.

No contexto desse julgamento, o Ministro Edson Fachin chamou a atenção para o caráter seletivo do sistema criminal, ao afirmar que

(...) os estabelecimentos prisionais funcionam como **instituições segregacionistas de grupos em situação de vulnerabilidade social**. Encontram-se separados da sociedade os negros, as pessoas com deficiência, os não alfabetizados. E não há mostras de que essa segregação objetiva — um dia — reintegrá-los à sociedade, mas sim, mantê-los indefinidamente apartados, a partir da contribuição que a precariedade dos estabelecimentos oferece à reincidência (grifos nossos).

A privação de liberdade agrava as dificuldades desses grupos, uma vez que se entrelaçam com as especificidades da violência de classe, de gênero e étnico-raciais. Contudo, ao tratarem-se de mulheres, os problemas do encarceramento incidem sobre elas de maneira diversa da que incide sobre os homens¹². Conforme explicado pela pesquisa *MulheresSemPrisão: desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória de mulheres* (ITTC, 2017: 108):

11 O acórdão completo da ADPF 347 está disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso 26 abr. 2019.

12 Cumpre destacar que aspectos relativos ao gênero, como os casos de homens e mulheres transgênero não foram aprofundadas na presente pesquisa. Este tema pôde ser mais detalhadamente tratado na pesquisa *MulheresSemPrisão: enfrentando a (in)visibilidade das mulheres submetidas à justiça criminal* (ITTC, 2019).

Dada a histórica construção hierárquica dos papéis sociais de gênero, as mulheres, de modo geral, carregam sozinhas a pesada carga da sobrevalorização da maternidade em relação à paternidade, a realização de tarefas de cuidado, o trabalho doméstico, o menor acesso ao mercado formal de trabalho e as remunerações mais baixas.

São estes papéis de gênero que fazem com que a maternidade venha à tona como elemento central da experiência de muitas mulheres com o sistema prisional, uma vez que existe uma sobrevalorização daquela face à paternidade (ITTC, 2017, p. 28). Ademais, o cárcere também institui uma normatização sobre seu exercício (BUMACHAR, 2016)¹³. Sendo socialmente atribuída às mulheres a responsabilidade prioritária pelos cuidados domésticos e familiares, sua privação de liberdade gera efeitos sobre toda a estrutura familiar e comunitária na qual estão inseridas. De acordo com o identificado durante a pesquisa *MulheresSemPrisão*,

As consequências do aprisionamento das mulheres, portanto, se tornam ainda mais danosas tendo em vista esse contexto: **ele incide sobre mulheres que já vêm de experiências de vulnerabilidade e condições de vida precárias**, e conseqüentemente **amplia a esfera de influência do cárcere até a família**, que sofre consequências de diversos tipos em sua estrutura. [...] Adicionalmente, o encarceramento gera **conseqüências extramuros** a partir do momento em que a família precisa repensar funções, papéis e atividades de trabalho para cuidar do sustento e das responsabilidades domésticas ou maternas que anteriormente repousavam sobre a mulher que se encontra presa. (ITTC, 2017: 130) (grifos nossos)

É a partir desse ponto de vista que o ITTC compreende o nocivo efeito do encarceramento sobre a vida das mulheres pobres e negras, seus familiares, sua autonomia no cuidado de si e de seus filhos. Assim, a presente pesquisa se dedica a apontar para a necessidade de se reforçar a aplicação de medidas desencarceradoras.

1.2.

O Marco Legal da Primeira Infância como potencial instrumento desencarcerador de mulheres

Nesse contexto de aumento do encarceramento feminino — que não está restrito ao cenário brasileiro —, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou, em 2010, as “Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras”, conhecida também como Regras de Bangkok (CERNEKA, 2012). Por não se tratar de uma Convenção, as regras têm como finalidade fixar certos parâmetros de boas prá-

13 Sobre o tema, a pesquisa de Bruna Bumachar, que estudou durante anos a situação das mulheres presas estrangeiras no Brasil, indica que: “Estudos sobre o surgimento dos presídios femininos no Brasil mostram que as prisões femininas foram planejadas e implantadas no país como um espaço de docilização dos corpos e das almas de mulheres desviantes. Muito embora o contexto prisional contemporâneo divirja significativamente desse período de sua fundação, observamos certos ideais femininos e maternos se atualizarem ainda hoje no jogo das políticas prisionais.” (BUMACHAR, 2016: 54).

ticas relativas ao tratamento das mulheres em conflito com a lei. Assim, apesar do Brasil ser membro da ONU, e, portanto, ter o dever de se adequar a tais práticas, seu descumprimento não enseja qualquer tipo de sanção. O ITTC participou da elaboração do documento e teve um papel ativo para que as Regras de Bangkok fossem traduzidas para o português e publicadas no país em 2016.

No âmbito internacional, o documento surge como desdobramento e complemento das Regras Mínimas para o Tratamento do Preso (Regras de Tóquio), aprovadas em 1957, que não abordam as particularidades da realidade das mulheres em conflito com a lei. Sendo assim, as Regras de Bangkok buscam evidenciar tais especificidades, em geral invisibilizadas pelo sistema de justiça criminal. Se debruçam sobre diversas questões, mas ganham especial relevância os temas da maternidade, da saúde e do acesso à justiça.

Em relação à maternidade, as Regras ressaltam a necessidade das autoridades registrarem, sempre que possível, informações sobre a existência de filhos e filhas, onde se encontram e se há outras pessoas responsáveis por eles. Também destacam a importância do processo de amamentação e da criação de um vínculo entre mãe e bebê nos primeiros meses de vida, apontando que o Estado deve levar em consideração o melhor interesse da criança. Por fim, a diretriz incentiva os países signatários a adotarem medidas alternativas à prisão para mulheres¹⁴, partindo da perspectiva de que a privação de liberdade pode prejudicar excessivamente os vínculos que as mulheres estabelecem com seus filhos e filhas, outros familiares e sua comunidade.

A publicação das Regras faz parte da conjuntura de crescente atenção às questões mencionadas, juntamente com a publicação da lei nº 13.257/16, conhecida também como Marco Legal de Atenção à Primeira Infância. Essa normativa, sobre a qual a Frente Parlamentar Mista da Primeira Infância se debruçou durante cerca de três anos, altera uma série de dispositivos de outras legislações, como, por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Consolidação das Leis do Trabalho e o Código de Processo Penal. As previsões se voltam em especial para a manutenção do cuidado integral de crianças até os seis anos de idade¹⁵.

Dentro de tal quadro, ganham importância as políticas públicas voltadas para a manutenção da convivência familiar e comunitária da criança, bem como as de assistência social

14 A Regra 58, por exemplo, estabelece que, “Considerando as provisões da regra 2.3 das Regras de Tóquio, mulheres infratoras não deverão ser separadas de suas famílias e comunidades sem que se considere devidamente a sua história e laços familiares. Formas alternativas de lidar com mulheres infratoras, tais como medidas despenalizadoras e alternativas à prisão, inclusive à prisão cautelar, deverão ser empregadas sempre que apropriado e possível”.

15 Mais informações sobre a formulação do PL podem ser lidas em: “Primeira Infância – Avanços do Marco Legal da Primeira Infância” (Centro de Estudos e Debates Estratégicos, 2016). Primeira Infância (Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, sem ano). Disponível em: <<https://www.mdh.gov.br/navegue-por-temas/crianca-e-adolescente/primeira-infancia>>. Acessado em: 30/05/2019

à sua família¹⁶. Os legisladores também expressaram preocupação com o monitoramento da efetividade de tais políticas, indicando, no art. 11, que deve haver coleta e avaliação sistemática de dados sobre os serviços oferecidos, bem como divulgação de tais resultados.

Partindo desses princípios, a lei alterou o Código de Processo Penal e positivou a obrigação das autoridades policiais e judiciais registrarem informações sobre a existência de filhos e filhas, suas respectivas idades, se possuem alguma deficiência e o nome e contato de eventual responsável por seus cuidados¹⁷. Ainda, ampliou as possibilidades de substituição da prisão preventiva pela prisão albergue domiciliar¹⁸, que passou a incluir mulheres gestantes em qualquer mês de gravidez, mulheres que possuem criança(s) de até 12 anos de idade incompletos, e homens, se forem os únicos responsáveis pelos cuidados das crianças com até 12 anos de idade incompletos.

Antes, a substituição só era possível para pessoas imprescindíveis aos cuidados de menores de seis anos ou com deficiência e para gestantes a partir do 7º mês ou em estado de alto risco. Restaram mantidas também as possibilidades de substituição para maiores de 80 anos e pessoas extremamente debilitadas por motivo de doenças graves.

A mudança normativa não se converteu em uma imediata aplicação da nova regulamentação, mas, antes, enfrentou grande resistência por parte de juízes e juízas. Frente a tal quadro, chamou a atenção da mídia e das organizações da sociedade civil, o fato de que, cerca de um ano após a promulgação do Marco, a justiça concedeu à Adriana Ancelmo, esposa do ex-governador do Rio de Janeiro Sérgio Cabral, a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar (AMORIM, 2017). O casal, preso por conta de acusações de formação de quadrilha e lavagem de dinheiro, possui dois filhos, à época com 14 e 11 anos. Por entender que Adriana se encaixava nas diretrizes legais introduzidas pelo Marco Legal, sua defesa requereu a referida substituição, que foi concedida no dia 17 de março de 2017 pela Justiça Federal, em decisão posteriormente confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Compreendendo a postura seletiva do Judiciário, o Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos (CADHu) e a Defensoria Pública da União (DPU) apresentaram ao Supremo Tribunal Federal (STF), em 2017, um *habeas corpus* coletivo (nº 143.641), em nome de *todas* as mulheres presas provisoriamente que se encaixam nos critérios de aplicação da prisão domiciliar instituídos pelo Marco Legal.

16 De acordo com o art. 5º da Lei 13.257/16, “Constituem áreas prioritárias para as políticas públicas para a primeira infância a saúde, a alimentação e a nutrição, a educação infantil, a convivência familiar e comunitária, a assistência social à família da criança, a cultura, o brincar e o lazer, o espaço e o meio ambiente, bem como a proteção contra toda forma de violência e de pressão consumista, a prevenção de acidentes e a adoção de medidas que evitem a exposição precoce à comunicação mercadológica”.

17 Houve alterações nesse sentido nos artigos 6º, 185 e 304 do Código de Processo Penal.

18 A alteração modificou o art. 318 do Código de Processo Penal.

Diversas outras entidades¹⁹ especializadas no tema, entre elas o ITTC, também se habilitaram como *amici curiae* no processo. Pautando-se nas normativas nacionais e internacionais já existentes, bem como dados e relatos sobre a situação enfrentada pelas mulheres presas no Brasil, as organizações pressionaram o STF a manifestar-se sobre as contradições entre as determinações da lei e a sua (in)aplicação na prática.

Em fevereiro de 2018, o relator do caso, Ministro Ricardo Lewandowski, em voto acompanhado por seus colegas, concedeu parcialmente os pedidos do *habeas corpus*, determinando a substituição da prisão preventiva pela domiciliar (sem prejuízo da aplicação das outras medidas cautelares previstas no art. 319) para todas as mulheres presas grávidas, puérperas ou mães de crianças com até 12 anos e pessoas com deficiência. A ordem também foi estendida às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas que se encaixam nos mesmos parâmetros. Além de tal concessão, outro ponto da decisão que merece destaque é o indicativo do relator para que as magistradas e magistrados, no momento de apurar se a mulher se encontra ou não nessas condições, deem credibilidade à sua palavra.

Contudo, a decisão do Ministro não foi universal, sendo, mais restritiva que a lei. Nos termos propostos por Lewandowski, determinou-se que a aplicação da prisão domiciliar poderia excetuar-se nos casos em que o crime seja cometido com violência ou grave ameaça, ou, ainda, em “situações excepcionálíssimas”. O relator não especificou o que seriam as referidas situações, deixando-as absolutamente indeterminadas e limitando-se a pontuar que, nesses casos, os juízes devem fundamentar devidamente as decisões contrárias à aplicação da prisão domiciliar, abrindo espaço para discricionariedades.

Em relação à efetivação de sua decisão, fixou-se o prazo de 60 dias para que os Presidentes dos Tribunais Estaduais e Federais implementassem as determinações estabelecidas. Também foi decidido que os próprios estabelecimentos prisionais deveriam informar os respectivos juízos ao se depararem com mulheres custodiadas provisoriamente que se encaixassem nos já mencionados critérios.

Note-se que o voto do Ministro Lewandowski termina com uma indicação expressa para que **o Judiciário assumira uma postura ativa** a fim de dar pleno cumprimento à ordem judicial. Entretanto, apesar da fixação de diretrizes para agilizar a aplicação de uma lei já existente, diversas entidades seguiram peticionando ao STF após fevereiro, buscando evidenciar a forte resistência do Judiciário em aplicar a decisão, fazendo com que se mantenha inefetiva para a maioria das mulheres aprisionadas.

Sendo assim, em outubro de 2018, o Min. Lewandowski manifestou-se novamente. De acordo com dados citados nessa nova decisão, baseados em levantamento feito pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), **somente 426 mulheres, das 10.693 potenciais elegíveis**, tiveram a prisão domiciliar concedida entre fevereiro e outubro daquele ano. Esse número re-

19 Entre elas o IBCCRIM, a Pastoral Carcerária (em *amici curiae* conjunto com o ITTC), o IDDD, o Instituto Alana, diversas Defensorias Públicas Estaduais, entre outras.

apresenta apenas 1% do total de mulheres encarceradas no Brasil e cerca de 2,2% do total de presas provisórias.

A decisão proferida em outubro também aborda relatos sobre não aplicação da medida em casos relacionados ao tráfico de drogas. Frisou-se, por exemplo, que o fato de uma mulher ter sido presa em flagrante levando substâncias entorpecentes para dentro de estabelecimento prisional não é situação que impede a aplicação da prisão domiciliar, pois não configura “situação excepcionalíssima”. Também o fato de uma mulher ter sido flagrada na posse de drogas em seu domicílio não pode ser considerado como impeditivo para a aplicação da prisão domiciliar. Ainda, indica que eventual passagem pela Vara da Infância ou a falta de comprovação de trabalho formal tampouco são argumentos que obstam a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar. Ao final, o Ministro requisitou mais informações sobre o monitoramento da aplicação da decisão pelas entidades participantes da ação.

O Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC), o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e a Pastoral Carcerária Nacional, apresentaram uma dessas manifestações. O documento teve como finalidade reforçar a necessidade de estabelecimento de critérios objetivos para aplicação da prisão domiciliar, a fim de reduzir possíveis arbitrariedades justificadas nas “situações excepcionalíssimas” ou a utilização de negativas fundadas em critérios que não estão previstos no Marco Legal ou na decisão do Ministro Lewandowski.

O trabalho dessas entidades, que será aprofundado no presente relatório, identificou a sustentação de argumentos de cunho moral quanto à comprovação de imprescindibilidade da mãe no cuidado de filhos ou filhas, que questionavam o exercício da maternidade por parte das acusadas e suposta nocividade das mães para as crianças. Também foram temas abordados, a fim de garantir integral efetividade à concessão da ordem de *habeas corpus*, a precariedade na divulgação de dados e a falta de parâmetros nacionais para aplicação da prisão domiciliar, que permitam às mulheres cuidarem plenamente de seus filhos, suas filhas e dependentes.

A ausência de dados oficiais e consistentes referentes ao sistema penitenciário impedem uma estimativa precisa acerca do número de mulheres privadas de liberdade que teriam direito à prisão domiciliar. As próprias unidades prisionais não possuem informação sobre a existência de filhos ou filhas, os órgãos de justiça responsáveis pela execução penal e pelas medidas de internação não possuem registros nem monitoram tais circunstâncias, e os dados fornecidos por diferentes órgãos dos mesmos Estados muitas vezes divergem²⁰.

Esse silenciamento — além de constituir mecanismo de controle e punição — implica a violação sistemática dos direitos das mulheres, mães, gestantes, lactantes e de suas crianças e adolescentes, bem como daqueles que dela dependem.

Apesar das problemáticas acima, nos dados mais atualizados disponíveis a esse respeito fornecidos pelo Depen, em resposta a novo pedido de informações feito pelo Ministro

20 Sobre isso, por exemplo, veja-se o levantamento realizado na “Pesquisa sobre o impacto concreto do indulto do dia das mães de 2017”, produzida pela Pastoral Carcerária (CYTRYNOWICZ, 2018).

Lewandowski em outubro de 2018, indica-se que **9.245 mulheres** em todo o território brasileiro atenderiam aos critérios do *habeas corpus*. Dessas, aproximadamente **3.103 estariam custodiadas no Estado de São Paulo**. Os números deixam claro a dimensão do universo de mulheres que ainda não foram atingidas pelas novas regulamentações.

Por fim, em dezembro de 2018, foi sancionada a Lei 13.769/18, que incluiu no Código de Processo Penal alguns pontos fixados na decisão do *habeas corpus*, buscando estabelecer critérios mais objetivos para a substituição da prisão provisória pela prisão domiciliar.

Foram incluídos os dispositivos 318-A e 318-B, que positivam o já disposto pela decisão do Min. Lewandowski, determinando a obrigatoriedade da substituição desde que preenchidos os requisitos objetivos: “mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência”. A lei também determina que se o crime for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, ou contra filho, filha ou dependente, pode não haver conversão da prisão cautelar em prisão domiciliar, a depender da análise dos fatos de cada caso por parte do magistrado ou magistrada. Normatizou-se também que tal substituição pode ser aplicada concomitantemente com outras medidas alternativas já previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

Já para mulheres em cumprimento de pena, as alterações incluíram, no art. 72 da Lei de Execução Penal (LEP), atribuir ao DEPEN a responsabilidade de acompanhar a execução da pena daquelas que se encaixam nos parâmetros fixados pelo Marco Legal. Ainda, modificação dos requisitos de progressão de regime para o caso dessas mesmas mulheres, que agora incluem: já ter cumprido $\frac{1}{3}$ da pena; não ter cometido o crime com violência ou grave ameaça; não estar sendo acusada por crime contra seu filho, sua filha ou dependente; serem primárias; terem bom comportamento carcerário (comprovado pelo diretor do estabelecimento); não integrar organização criminosa²¹.

21 Mais elementos de análise sobre a nova lei em: . “Aprovado Projeto de Lei que garante prisão domiciliar para mães e gestantes (ITTC)” [D’ÁVILA, 2018]. Disponível em: <<http://ittc.org.br/aprovado-lei-13769-prisao-domiciliar/>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

TABELA 1
QUADRO DA CRONOLOGIA DOS PRINCIPAIS ACONTECIMENTOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O QUE?	QUANDO?	COMO?
Lei nº 13.257/2016 Marco Legal da Primeira Infância	08/03/2016	<p>Altera o Código de Processo Penal, inserindo os seguintes incisos:</p> <p>Art. 6º. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:</p> <p>X — colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.</p> <p>Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.</p> <p>§ 10. Do interrogatório deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.</p> <p>Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto.</p> <p>§ 4º Da lavratura do auto de prisão em flagrante deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.</p> <p>Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:</p> <p>IV - gestante;</p> <p>V — mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;</p> <p>VI — homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.</p>
Habeas corpus coletivo 143.641 impetrado no STF	09/05/2017	<p>Pedido de medida liminar, em favor de todas as mulheres presas preventivamente que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade, bem como em nome das próprias crianças.</p>

Primeira decisão do STF	20/02/2018	A 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal concede o habeas corpus coletivo em nome de todas as mulheres presas grávidas e mães de crianças com até 12 anos de idade, exceto em casos de crime cometido com violência ou grave ameaça, crime contra descendentes e “situações excepcionálíssimas.
Manifestação Entidades	Ao longo dos meses	Diversas entidades se manifestaram demonstrando o não cumprimento da decisão do STF.
Nova decisão STF	24/02/2018	O ministro Ricardo Lewandowski explicou a concessão do <i>habeas corpus</i> coletivo e esclareceu fundamentações que não podem ser utilizadas pelos magistrados e magistradas como óbice à sua aplicação, e solicitou o envio de novas manifestações pelas entidades
Nova lei nº 13.769/2018, que altera o Código de Processo Penal	19/12/2018	Inserir os seguintes novos artigos: Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: I — não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II — não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. Art. 318-B. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código.

Elaborado pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania

A lei potencializa a possibilidade de analisar como as questões de gênero, especialmente as decorrentes da maternidade, se consubstanciam no âmbito do sistema de justiça criminal com outros aspectos diferenciais como raça/cor, etnia, classe social, nacionalidade, orientação sexual, capacidade física, idade, entre outros. Ademais, determina que as mulheres mães ou gestantes, independentemente de quaisquer outras características, não sejam privadas de sua liberdade em estabelecimentos prisionais.

Contudo, é necessário avançar para que essas questões de gênero não sejam simplesmente visibilizadas, mas mobilizadas em favor das mulheres, com o objetivo de conter o encarceramento. Essa preocupação é significativamente relevante se levarmos em conta exemplos de inovações legislativas, que trouxeram institutos que originalmente visam descriminalizar condutas ou propor alternativas ao encarceramento em unidades prisionais, mas que passaram a ser operados de forma a reforçar a punição e o controle. Ou seja, o Marco Legal

não deve servir para ampliar a malha penal e vulnerabilização dos setores historicamente alvo da seletividade penal²².

As referidas contradições serão abordadas nos próximos capítulos, nos quais serão destrinchados os obstáculos atualmente colocados para que tal direito seja garantido. Ademais, serão analisadas práticas que estiveram de acordo com o objetivo do Marco Legal e da decisão do STF e que podem servir como referências de atuação.

Consideramos que a investigação das complexidades que envolvem o tema ora pesquisado pode fomentar reflexões importantes no âmbito da sociedade civil e das instituições estatais, de modo a contribuir com o avanço das disposições inicialmente previstas pelo Marco Legal da Primeira Infância.

A seguir, será apresentada a dinâmica de funcionamento das audiências de custódia, dos processos de instrução e julgamento e dos recursos aos Tribunais Superiores, permitindo, assim, localizar a leitora e o leitor sobre os momentos e as formas de aplicação do Marco Legal da Primeira Infância ao longo da persecução penal.

22 Podemos citar: a Lei de Drogas, (Lei nº 11.343/2006) que descriminalizou o uso de drogas, mas foi responsável pelo crescimento exponencial do encarceramento ao considerar o tráfico de drogas como crime hediondo; as alternativas penais, que são formas de prosseguir um processo sem que a condenação seja uma medida restritiva de liberdade e direito, e deveriam ser parte do movimento de redução do controle penal, mas cujo uso excessivo e indevido acaba por reforçá-lo, como apontou a pesquisa *Fora de Foco: caminhos e descaminhos de uma política de alternativas a prisão* (ITTC, 2017); as medidas cautelares, que deveriam seguir o princípio de adequação à realidade das pessoas que devem cumpri-las, mas que são impostas sem respaldo da lei que as instituem, e assim, “elevam as chances de novas prisões, agravando a situação processual, o rompimento de vínculos familiares e gerando novos antecedentes penais”, como aponta a pesquisa *Mulheres Sem Prisão: enfrentando a [in]visibilidade das mulheres submetidas à justiça criminal* (ITTC, 2019); ou a própria simples “visibilização” das especificidades da condição de mãe que leva muitas vezes à compreensão de que é necessário adaptar e aprimorar as unidades prisionais para efetivar o exercício da maternidade, em vez de compreender que sua realização dentro do cárcere é inadequada, e que as mulheres devem ter o direito de estar em casa.

2. AS ENGRENAGENS DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

O relato da audiência de custódia pela qual Ana passou, e que foi apresentado no começo deste relatório, se insere dentro de um complexo sistema jurídico-processual, construído a partir de diversas normas e que se organiza a partir das atividades de atores incumbidos de distintas funções em seu interior. Por esse motivo, é importante contextualizar e explicar o funcionamento dos momentos processuais analisados neste relatório, quais sejam: 1) a audiência de custódia; 2) o processo de conhecimento; 3) as decisões dos Tribunais Superiores. A partir disso, será possível esclarecer as implicações da introdução de novos dispositivos a partir da promulgação do Marco Legal da Primeira Infância e em que momentos e de que forma a prisão domiciliar é pleiteada e analisada no procedimento criminal. Com isso, acreditamos que as análises e dados apresentados poderão ser melhor compreendidos pelas leitoras e leitores.

Antes de tudo, importante estabelecer que, atualmente, nosso sistema processual penal é composto, prioritariamente, por três partes:

- No polo da defesa: a custodiada ou a ré (acusada de supostamente cometer um crime), sempre assistido por advogada/o constituída/o ou defensor/a pública/o;
- No polo da acusação: a/o representante do Ministério Público (instituição que atua enquanto protetor/a das normas sociais estabelecidas pelo Estado e, portanto, tem a prerrogativa constitucional de promover as ações penais públicas);
- E, por fim, juíza ou juiz: que não deve atuar enquanto investigador ou acusador, mas sim como um terceiro imparcial. Nosso sistema, que se baseia nessa divisão de competências denomina-se de “acusatório”, em contraposição ao sistema “inquisitório”, em que a figura do julgador e do acusador são concentradas em uma só pessoa (LOPES, 2017: 41-49).

Essa forma de organização do sistema está estabelecida no Código de Processo Penal e na Constituição Federal. Ambas as leis também determinam que as decisões judiciais podem ser revistas e reformuladas. Sendo assim, quando uma dada situação é levada ao sistema de justiça, é analisada e julgada por um/a único/a magistrado/a — trata-se da chamada “1ª instância” do Judiciário. Se for do interesse das partes (acusação ou defesa), o caso pode ser levado à “2ª instância”, onde será reanalisado por três ou mais juízes do mesmo Tribunal, que estabelecerão uma decisão em conjunto. Se ainda houver discordâncias, a Constituição Federal permite que a questão seja levada à algum dos dois Tribunais Superiores: o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal. Portanto, o caso pode ser reanalisado por outras instâncias, caso uma dar partes assim o pleitear.

Também importante mencionar que o sistema processual penal, da maneira em que está estruturado hoje, estabelece diversas garantias às acusadas, que deveriam ser respeitadas ao

longo de todo o desenrolar do processo. Por exemplo, o direito ao contraditório e à ampla defesa estão constitucionalmente protegidos, assim como a presunção de inocência, que representa um dos princípios mais importantes do sistema acusatório, pois garante que ninguém seja considerado culpado sem que antes haja uma correta apuração dos fatos.

Com esta breve síntese, podemos nos aprofundar um pouco mais nas situações analisadas pela presente pesquisa.

2.1.

Em que consiste a audiência de custódia

A audiência de custódia é o instrumento processual que permite a toda pessoa presa em flagrante, independentemente da motivação ou da natureza de seu ato, ser obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, a uma juíza ou juiz competente, para ser ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão. Essa determinação foi estabelecida pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e pelo Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos e posteriormente incorporada pela legislação brasileira, por meio da Resolução nº 213 de 15/12/2015 do Conselho Nacional de Justiça.

Na audiência, a juíza ou o juiz deve avaliar a legalidade e necessidade de manutenção da prisão até o término do julgamento, com o objetivo de conter o uso excessivo da prisão provisória. Além disso, deve verificar a ocorrência de alguma prática de tortura, tratamento cruel, desumano ou degradante durante a abordagem policial que deva ser apurada pelo Poder Público. Para tanto, realizam perguntas para analisar o contexto da prisão e as condições pessoais da pessoa acusada.

A audiência de custódia é realizada na presença do Ministério Público²³ e da defesa da pessoa custodiada (seja através da Defensoria Pública ou de advogada/o constituída/o. A normativa prevê que, antes da apresentação da pessoa presa à juíza ou juiz, seja garantida à mulher a realização de atendimento prévio com sua defesa, sem a presença de agentes policiais. Diz ainda que “Será reservado local apropriado visando a garantia da confidencialidade do atendimento prévio com advogado ou defensor público”.

Ao final, a juíza ou o juiz poderá determinar: o relaxamento da prisão, quando esta é considerada ilegal; a liberdade provisória com ou sem a fixação de medidas cautelares, pre-

23 De acordo com a pesquisa *MulhereSemPrisão: enfrentado a (in)visibilidade das mulheres submetidas à justiça criminal*, “O Ministério Público ocupa múltiplas funções nas audiências de custódia. Além de atribuir ao órgão a exclusividade na promoção da ação penal pública, a Constituição Federal de 1988 lhe conferiu – também exclusivamente – a tarefa de controle externo das polícias, com autoridade para ‘requisitar diligências investigatórias e determinar a instauração de inquérito policial’. A tríplice função da audiência de custódia — averiguar a legalidade da prisão em flagrante, a ocorrência de abusos policiais, tortura e maus-tratos, e a necessidade de decretação de prisão preventiva — é, portanto, de fundamental importância para a concretização do papel do Ministério Público no momento seguinte à prisão em flagrante.” (ITTC, 2019: 145).

vistas no art. 319 do Código de Processo Penal, e que restringem os direitos da pessoa investigada; ou a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva — estritamente para os casos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal²⁴. Nesta última hipótese, a mulher deverá aguardar o andamento do processo presa. Esta prisão preventiva pode ser convertida em domiciliar, desde que estejam presentes os requisitos do Marco Legal da Primeira Infância.

Segundo a resolução nº 213 do CNJ, cabe à autoridade judicial:

averiguar, por perguntas e visualmente, hipóteses de gravidez, existência de filhos ou dependentes sob cuidados da pessoa presa em flagrante delito, histórico de doença grave, incluídos os transtornos mentais e a dependência química, **para analisar o cabimento de encaminhamento assistencial e da concessão da liberdade provisória**, sem ou com a imposição de medida cautelar (grifos nossos)

Portanto, a audiência de custódia é o primeiro momento processual em que as condições pessoais da mulher presa em flagrante devem ser levadas em consideração para aplicar a liberdade provisória ou a prisão domiciliar. Sendo o primeiro contato da mulher presa com a juíza ou juiz, a audiência de custódia representa um importante momento em potencial para que suas especificidades de gênero e suas vulnerabilidades sociais sejam observadas²⁵. Com base nessas informações, a juíza ou o juiz podem verificar se as mulheres atendem aos critérios estabelecidos pelo Marco Legal da Primeira Infância, e podem determinar a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar, de modo que possam exercer a maternidade fora do cárcere, bem como determinar encaminhamentos de natureza assistencial, no intuito de minimizar vulnerabilidades sociais e econômicas.

O interesse da pesquisa em observar presencialmente e analisar as audiências se justifica pela possibilidade de verificar de que maneira questões decorrentes do gênero e da maternidade, que incidem de maneira específica na vida dessas mulheres — em sua maioria negras e pobres —, se articulam com as questões relativas ao crime desde o início do contato dessas mulheres com a justiça criminal.

24 Art. 312 do Código de Processo Penal. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

25 A pesquisa *Mulheres Sem Prisão: enfrentando a (in)visibilidade das mulheres submetidas à justiça criminal*, justamente como foco principal a análise das dinâmicas de gênero nas audiências de custódia.

2.2.

O processo de instrução: conhecimento entre juízas/juízes e as rés

Após a audiência de custódia, onde é tomada a decisão inicial sobre a conversão da prisão em flagrante em liberdade provisória ou em prisão preventiva, e sobre a substituição desta última pela prisão domiciliar, cabe à Polícia e ao Ministério Público investigar o fato criminoso supostamente praticado²⁶. Com este novo momento processual, tem início a segunda etapa da pesquisa.

A partir do momento em que o inquérito policial é finalizado, o Ministério Público tem 5 dias, nos casos em que a ré estiver presa, e 15 dias se a ré estiver solta ou tiver pago fiança²⁷, para apresentar a denúncia. Mas, para que tenha início efetivamente o processo penal, a denúncia deve ser recebida por uma juíza ou um juiz, que avalia se todos os requisitos para tanto foram preenchidos²⁸. Contudo, antes de tal recebimento, a ré deve apresentar sua resposta à acusação²⁹, refutando os termos da denúncia.

Por configurar o primeiro contato com ou a magistrada ou o magistrado que determinará a sentença (e que é diferente do da audiência de custódia, que não analisa o caso em si, mas apenas a legalidade da prisão e a necessidade de sua manutenção), a defesa pode, por exemplo, deixá-lo ciente de eventuais informações de maternidade/gravidez da acusada que devam ser levadas em conta nessa decisão sobre a abertura ou não de um processo penal.

Uma vez que houve o recebimento da denúncia, a pessoa, antes investigada, torna-se efetivamente ré em um processo criminal. É a partir dessa etapa do procedimento, chamado de **processo de conhecimento** ou de **instrução**, que se desenrola a produção de provas em juízo, com a finalidade de formar o convencimento da juíza ou juiz acerca da existência ou não do crime. Para tanto, diversos tipos de prova podem ser produzidos, como, por exemplo, provas documentais ou periciais, além de provas orais por meio da oitiva de testemunhas, eventuais vítimas e também do depoimento da ré. Sendo assim, trata-se de etapa processual crucial para o desfecho dos casos.

Contudo, normalmente é a narrativa dos policiais que prevalece. Algumas pesquisas buscaram se debruçar sobre essa fase processual e identificaram, nesse sentido, as limitações atualmente existentes para a efetivação dos direitos fundamentais das pessoas acusadas e processadas. Destacamos a pesquisa de Maria Gorete Marques de Jesus (2016), também realizada no Fórum Criminal da Barra Funda, que aponta a importância das narrativas policiais nos processos de tráfico de drogas, que são recorrentemente recepcionadas pelos operadores de justiça (promotores/as e juízes/as) como verdadeiras, independente do que seja dito ou trazido como prova para o processo pelo réu ou ré.

26 Algumas pesquisas se debruçam especificamente sobre o papel desempenhado pelas autoridades policiais nesse momento embrionário do processo penal. Sobre tal questão nos processos de tráfico de drogas, ver, por exemplo, (CAMPOS, 2013).

27 Conforme determina o art. 46 do Código de Processo Penal (CPP).

28 Artigos. 397 e 399 do CPP.

29 Art. 396 do CPP.

Apesar dos obstáculos apresentados nesta etapa, é possível que as partes, a qualquer momento do procedimento, façam um pedido de revogação da prisão preventiva, que deve ser concedido ou fundamentadamente negado pelo magistrado ou magistrada. A juíza ou o juiz também pode, sem nenhuma provocação das partes, entender que essa prisão não é mais necessária. Da mesma forma, a eventual adequação da ré às regras da prisão domiciliar pode ser rediscutida ao longo de todo esse trâmite.

Havendo discordância, por parte da defesa, em relação ao posicionamento da juíza ou juiz sobre questões que implicam na liberdade da acusada, é possível questionar a decisão tomada através de um *habeas corpus* para as instâncias superiores — Tribunal de Justiça, depois Superior Tribunal de Justiça e, por fim, Supremo Tribunal Federal. Como veremos mais adiante no relatório, a atuação dentro dos Tribunais Superiores não se apresenta como realidade para boa parte das mulheres em conflito com a lei.

Após a produção de todas as provas que as partes consideram importantes, passa-se à fase decisória, em que a magistrada ou o magistrado decidirá se a ré será absolvida ou condenada e sob quais condições se dará o cumprimento de uma eventual pena. Recorde-se, conforme exposto no início deste capítulo, que essa primeira sentença não necessariamente é definitiva e, portanto, pode ser modificada por outras instâncias (Tribunal de Justiça e Tribunais Superiores) se a defesa ou o Ministério Público pleitearem tal revisão.

É nesta etapa do processo judicial — entre a decisão tomada em audiência de custódia e a sentença — que se concentram parte dos dados e análises desta investigação.

2.3.

Tribunais Superiores: STJ e STF

Ao longo de todo o trâmite processual descrito no tópico anterior, é possível que a defesa de mulheres que tiveram seus pedidos de prisão domiciliar negados entrem com recursos para modificar tais decisões junto aos Tribunais Superiores — Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF). A terceira etapa da nossa pesquisa consiste em analisar as decisões proferidas por tais tribunais, que são chamadas de “acórdãos”.

Segundo determina a Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal compõe-se de 11 Ministros (art. 101), e lhe compete, precipuamente, a guarda da Constituição, podendo, portanto, processar e julgar violações aos princípios e dispositivos constitucionais (art. 102), o que inclui também a interpretação constitucional dos tratados internacionais de que o Brasil é signatário. Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, 30 ministros (art. 104), cabendo-lhe processar e julgar (art. 105) infrações às normas infralegais.

Assim, para embasar seu pedido de aplicação da prisão domiciliar ao STF e STJ, pode a defesa da mulher alegar que a decisão que lhe negou esse direito violou tanto o Marco Legal da Primeira Infância ou a nova Lei nº 13.769/18, quanto os princípios constitucionais da proteção integral da criança, dignidade da pessoa humana, da proteção da família, igualdade de gênero,

etc., garantidos pela Constituição. Esse pedido de reversão de decisões das instâncias inferiores pode ser feito por meio das seguintes ações: recurso ordinário constitucional, agravo regimental, embargos de declaração, ação cautelar ou reclamação constitucional.

Ainda, esses tribunais podem ser acionados através de pedido de *habeas corpus*. Trata-se de ação que visa proteger a liberdade de locomoção dos indivíduos, colocada em risco por conta de ilegalidade ou abuso de poder. É a própria Constituição Federal que estabelece sua existência, em seu art. 5º, inciso LXVIII. Trata-se de procedimento simplificado, visando o reconhecimento da ilegalidade e uma rápida solução da controvérsia para fazer cessar a coação ilegal à liberdade o mais rápido possível. São diversas as hipóteses de cabimento da ação nos Tribunais Superiores, mas, em geral, ocorrem quando o pedido foi negado tanto por juiz ou juíza de primeira instância do tribunal de origem, quanto por juízes e juízas de segunda instância. Após essa dupla verificação, é possível pleitear a revisão da decisão para os Tribunais Superiores, desde que fique demonstrada a violação às normas protegidas por cada um dos tribunais.

3.

PERCURSOS DE INVESTIGAÇÃO

A presente pesquisa foi realizada a partir da observação de três diferentes momentos processuais. Considerando as particularidades de cada um dos momentos, optamos por analisá-los de maneira específica. Isso, contudo, não nos impediu de manter o olhar atento às especificidades de gênero e de buscar responder ao objetivo geral da pesquisa, que consiste em diagnosticar os obstáculos e potencialidades dos dispositivos desencarceradores do Marco Legal da Primeira Infância. Antes, procuramos verificar se e de que modo as instituições do sistema de justiça (Magistratura, Ministério Público, Defensoria e Polícia) aplicam o Marco Legal da Primeira Infância nas audiências de custódia; avaliar as práticas dos atores judiciais no manejo do Marco Legal da Primeira Infância no curso do processo judicial; e identificar os padrões decisórios de aplicação do Marco Legal da Primeira Infância nos Tribunais Superiores antes e depois da decisão do *habeas corpus* coletivo nº 143.641.

Vale frisar que não analisamos os mesmos casos em seu percurso ao longo de seu trâmite, mas sim processos totalmente distintos e que foram coletados em etapas diferentes de seu andamento. Assim, conforme será apresentado abaixo, foram elaborados três bancos de dados que compilaram as informações obtidas em uma plataforma online para facilitar sua posterior análise.

Importante mencionar também que esta pesquisa tem como foco central a atuação dos sujeitos institucionais envolvidos no tema, ou seja, juízes e juízas, promotores/as e defesa, e não a percepção das próprias mulheres. Uma vez que, voltamos nosso olhar principalmente às manifestações e posicionamentos desses atores institucionais, suas interpretações e decisões de forma que isso refletiu também o desenvolvimento das nossas análises e na elaboração do nosso texto, que colocou esses fatores em evidência.

Cumpramos esclarecer que boa parte dos dados coletados partiu de documentos produzidos pelos processos penais analisados. Contudo, sabemos que os discursos oficiais muitas vezes não esclarecem todas as contradições latentes na realidade concreta e deixam de fora parte importante das interações entre as mulheres e os agentes responsáveis, por mover os procedimentos de investigação e julgamento dos crimes pelos quais elas estão sendo processadas.

Por fim, o presente trabalho não pretende esgotar a temática, mas sim fomentar o debate e servir como ponto de partida para outras investigações que podem se aprofundar sobre diversas vias abertas para a investigação. A fim de situar os “pontos fortes” encontrados nesse percurso, apresentaremos brevemente, neste capítulo, as escolhas metodológicas feitas ao longo do trabalho.

3.1.

Pesquisa de campo nas audiências de custódia do Tribunal de Justiça de São Paulo

Como já indicado, foram acompanhadas presencialmente 201 mulheres em audiências de custódia realizadas no Fórum Criminal Ministro Mário Guimarães, no bairro da Barra Funda, em São

Paulo. A decisão por centrar a pesquisa nesse fórum se justifica pela sua relevância no sistema Judiciário: trata-se do maior fórum criminal da América Latina (TJSP, 2012), que conta com significativo volume de processos, o que permitiu a construção de uma amostra expressiva e diversa para a pesquisa.

Três pesquisadoras do projeto foram a campo a fim de coletar informações associadas aos acontecimentos e andamentos decorrentes do contexto em que os atores institucionais estão inseridos. Foram assistidas 174 audiências de custódia com 201 mulheres durante três meses consecutivos, entre junho e agosto do ano de 2018 — período posterior à promulgação do *habeas corpus* coletivo já citado. Isto citado significa que, além da prévia existência do Marco Legal, no momento da pesquisa a decisão do Min. Lewandowski sobre a determinação da concessão da prisão domiciliar às mulheres mães de criança com até 12 anos e/ou com deficiência e gestantes já estava vigente.

Depois das audiências, as pesquisadoras dirigiam-se ao cartório do Departamento de Inquéritos Policiais (DIPO) e coletavam também os dados contidos nos processos judiciais correspondentes a cada uma das mulheres acompanhadas, como, por exemplo, algumas informações do boletim de ocorrência e do documento que formaliza a decisão da audiência.

O número de mulheres a serem acompanhadas (e que assim conformam a amostra da pesquisa) foi estabelecido junto a Rafael Cinoto, especialista em estatística, a fim de que os dados contassem com representatividade, confiabilidade e significância, dentro do universo total de análise proposta pela investigação, qual seja, o de mulheres em audiência de custódia em São Paulo no período estabelecido.

Uma vez no Fórum, as pesquisadoras verificavam a lista de audiências do dia em que figuravam como custodiadas quaisquer mulheres, independente de idade, faixa etária ou crime, e íamos assistindo as audiências conforme sua ordem de realização. Assim, a escolha de quem seriam as 201 mulheres da amostra se deu de forma aleatória.

Antes da audiência, as pesquisadoras se colocavam enquanto tal para juízes e juízas responsáveis e perguntavam se podiam acompanhar a audiência. Importante registrar que sua presença na audiência em nenhum momento foi negada. Uma vez na sala, sentavam-se em cadeiras específicas para terceiros (diferentes, portanto, das cadeiras destinadas às partes envolvidas no processo). Durante a audiência, realizavam-se as anotações e as pesquisadoras permaneciam na sala somente como observadoras.

O formulário de registro das informações, centrado nas diretrizes propostas pelo Marco Legal da Primeira Infância, dividiu-se em três partes: 1- informações pessoais e de atendimento; 2- informações jurídicas; 3- dados da audiência de custódia e informações dos autos do processo judicial. Inicialmente coletados em papel, os dados foram posteriormente inseridos na plataforma online desenvolvida para ser utilizada como nosso banco de dados. Não fez parte da coleta de dados, portanto, a realização de conversas ou entrevistas diretas com os atores institucionais, nem com as réis participantes na audiência.

Para alcançar os objetivos desta etapa da pesquisa, e considerando que esta faz parte do Projeto Justiça Sem Muros, optou-se por seguir a mesma metodologia utilizada na pesquisa *MulheresSemPrisão: enfrentando a (in)visibilidade das mulheres submetidas à justiça*

criminal publicada pelo ITTC em março de 2019, também na cidade de São Paulo. Foi realizada a coleta de dados quantitativos associados ao registro de dados qualitativos relevantes para os nossos objetivos, conforme a escuta e observação da situação³⁰, e posterior análise crítica e valorativa dos resultados obtidos.

3.2.

Análise dos processos de instrução das mulheres presas provisoriamente no Centro de Detenção Provisória de Franco da Rocha

A amostra desta segunda etapa da pesquisa baseou-se no mesmo parâmetro indicado acima: foram examinados os processos de 200 mulheres. Neste caso, trata-se de mulheres que estavam privadas de liberdade provisoriamente no Centros de Detenção Provisória (CDP) de Franco da Rocha, onde é realizado o atendimento da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPE-SP) às pessoas que não possuem advogado ou advogada particular constituído/a. Vale frisar que, dentre os estabelecimentos prisionais femininos, o de Franco da Rocha é o único no Estado de São Paulo unicamente voltado para detenções provisórias, sendo, portanto, uma das grandes “portas de entrada” das mulheres presas preventivamente no sistema penitenciário do Estado.

O registro das informações coletadas durante o atendimento é realizado através de formulário próprio aplicado pela Divisão de Apoio ao Atendimento do Preso Provisório (DAP), que concordou em estabelecer uma parceria com o ITTC para realização da presente pesquisa e dividir uma parcela das informações coletadas. Nem todas as informações constantes do material que foi compartilhado pela Defensoria foram utilizadas na pesquisa, uma vez que, alguns dos campos diziam respeito a questões processuais muito específicas ou a informações pessoais e, portanto, sigilosas³¹.

As informações fornecidas pela Defensoria referem-se aos dados coletados no atendimento de 376 mulheres presas realizado entre março e novembro de 2018. Ou seja, todos os atendimentos foram realizados após a promulgação do *habeas corpus* coletivo nº 143.641 (em fevereiro daquele ano), contudo, é importante registrar que em alguns casos a mulher já estava respondendo ao processo desde antes desta data.

Para delimitar o espaço amostral de 200 mulheres, foram excluídos, inicialmente, todos os casos que não possuíam um número de processo correspondente. Depois, excluíram-se os casos que tramitam em segredo de justiça e tornavam inacessíveis nossas consultas aos autos eletrônicos dos respectivos processos judiciais.

Com esses parâmetros delimitados, selecionaram-se 200 casos dentre os processos que permaneceram na amostra, seguindo a sequência dos primeiros para os últimos atendimentos realizados no ano passado. As informações escolhidas do formulário da Defensoria foram transferidas para a plataforma online desenvolvida para organizar o banco de dados da pesquisa.

30 O que será melhor detalhado no tópico: “Práticas do cotidiano nas audiências de custódia do Fórum Criminal da Barra Funda” do Capítulo: APLICAÇÃO DO MARCO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA NAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA, do presente relatório.

31 Não utilizamos, por exemplo, os registros sobre número da matrícula no sistema da Secretaria de Administração Penitenciária (SAP), sobre fixação de fiança e possibilidade de pagamento desta e também sobre eventuais testemunhas da situação e seus contatos.

Ainda, todos esses 200 processos foram acessados na íntegra através da página de consulta online do Tribunal de Justiça. O objetivo desta coleta foi analisar, principalmente, 1) a atuação da defesa, verificando se foram feitos, ou não, pedidos requerendo a aplicação da prisão domiciliar; e 2) a resposta dos magistrados e magistradas a tais pedidos. Assim, optamos por focar nossos registros nas seguintes questões:

- A.** Resultado da audiência de custódia (decisão do juiz ou da juíza do Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária da Capital — DIPO);
- B.** Se houve, pedido específico de prisão domiciliar feito antes do oferecimento da denúncia (geralmente dirigido ao juiz ou à juíza do DIPO);
- C.** Se houve, habeas corpus posterior à decisão desfavorável da audiência de custódia;
- D.** Se houve, pedido específico de prisão domiciliar feito ao juiz ou à juíza da instrução;
- E.** Se houve, resultado do pedido (decisão de juiz ou juíza da instrução);
- F.** Se houve, *habeas corpus* posterior a decisão desfavorável de juiz ou juíza de instrução sobre a prisão domiciliar.

Os itens A, B e C dizem respeito a interações junto à juíza ou ao juiz da audiência de custódia que, como regra, nos casos analisados nessa segunda amostra da pesquisa, decidiu manter a prisão preventiva da mulher (por esta razão elas foram atendidas pela Defensoria no CDP de Franco da Rocha). É possível que a defesa entre com um pedido específico de prisão domiciliar logo após a decisão da custódia, geralmente dirigido a esse juízo, se entender que a questão não foi devidamente abordada durante tal primeira audiência. Em alguns casos, o pedido já é encaminhado e solucionado pela juíza ou pelo juiz de uma vara ordinária, mas, para efeitos do nosso relatório, contabilizamos aqui todos os pedidos específicos de prisão domiciliar realizados antes do oferecimento da denúncia pelo Ministério Público.

Em segundo lugar, pode-se também pleitear a liberdade da acusada através de um *habeas corpus* para o Tribunal de Justiça, revertendo, desta maneira, a decisão fixada na custódia. Aqui, frise-se, registramos todos os casos em que a defesa entendeu que houve restrição da liberdade da mulher por conta de ato de juiz/juíza do DIPO, tendo ou não como fundamento de tal pedido a questão da maternidade e da possibilidade de prisão domiciliar.

Ainda, registramos também se, ao longo do processo, a defesa realizou pedido específico de substituição da prisão preventiva pela domiciliar para a juíza ou juiz encarregada/o de conduzir a produção de provas de seu caso — o juiz da instrução, que também irá sentenciá-la. Esse pedido pode ser feito na defesa prévia da acusada, primeira peça processual da defesa apresentada ao juiz ou à juíza da instrução, mas também pode ser apresentado a qualquer tempo. Isso porque a defesa e a acusação podem manifestar-se através de uma simples petição, fundamentando o pedido no fato de que a acusada é mãe de criança menor de 12 anos ou com deficiência, ou é gestante.

Monitoramos também os casos em que, depois que tal pedido foi feito e negado, houve impetração de *habeas corpus* nas instâncias superiores especificamente indicando tal deci-

são negativa como ato coator da liberdade da mulher. Por fim, também incluímos em nossos registros o resultado final da sentença para aquelas que foram sentenciadas até janeiro de 2019, bem como o tempo (em meses e dias) que cada uma das mulheres permaneceu presa preventivamente.

Assim, foi possível extrair as informações relevantes dos diversos documentos processuais, como pedidos da defesa, manifestações do Ministério Público e também decisões dos magistrados e magistradas. O registro de tais dados foi combinado com as informações constantes do formulário da Defensoria, na já mencionada plataforma online.

3.3.

Análise das decisões do STF e do STJ sobre prisão domiciliar

Por fim, a última etapa da pesquisa acessou, através das plataformas de consulta online de jurisprudência, 200 decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) que respondem a pedidos especificamente feitos com base nas normas que regulam a aplicação da prisão domiciliar. O processo de seleção de tais decisões contou com algumas etapas e foi realizado através do mecanismo de pesquisa e filtragem de decisões, disponibilizados pelos sítios eletrônicos dos dois tribunais.

O primeiro filtro aplicado foi o do recorte temporal, através do qual selecionamos somente as decisões que tinham registradas datas de julgamento entre o dia 09/08/2016 — dia seguinte à promulgação do Marco Legal da Primeira Infância — e o dia 30/06/2018, data de início desta etapa da pesquisa.

Utilizamos também o campo da “pesquisa livre” nos sites de cada Tribunal, que permite ao usuário inserir qualquer palavra de seu interesse. Após a realização de uma série de testes com palavras-chave³² definiram-se as que se referem ao assunto pesquisado (aplicação do Marco Legal, especificamente a prisão domiciliar).

Para o STJ³³, as palavras-chave válidas utilizadas na pesquisa foram:

- “lei e 13.257”: 5 acórdãos. Acesso em: 17/07/2018
- “marco e legal e primeira e infância”: 26 acórdãos. Acesso em: 17/07/2018
- “estatuto adj da adj primeira adj infância”: 190 acórdãos. Acesso em: 17/07/2018
- “318 e código de processo penal e gestante”: 56 acórdãos. Acesso em 19/07/2018
- “318 e código de processo penal e mãe”: 140 acórdãos. Acesso em: 19/07/2018

32 Os mecanismos de pesquisa utilizam “e” para a busca de mais de uma palavra e “adj” para se buscar palavras que estejam adjuntas, ou seja, apareçam uma ao lado da outra nos resultados de busca.

33 A pesquisa foi feita no site do Tribunal (<http://www.stj.jus.br/>), no campo “JURISPRUDÊNCIA”, redigindo-se no campo “Pesquisa Livre” as referidas palavras-chave.

Para o STF³⁴, as palavras-chave válidas utilizadas na pesquisa foram:

- “Marco adj Legal adj da adj Primeira adj Infância”: 27 decisões monocráticas. Acesso em: 18/07/2018
- “Estatuto adj da adj Primeira adj Infância”: 16 decisões monocráticas. Acesso em: 18/07/2018
- “Artigo adj 318 e código adj de adj processo adj penal e gestante”: 43 decisões monocráticas. Acesso em: 18/07/2018
- “Artigo adj 318 e código adj de adj processo adj penal e mãe»: 62 decisões: 1 acórdão, 61 decisões monocráticas. Acesso em: 18/07/2018
- “Lei nº 13.257”: 49 decisões: 1 acórdão, 48 decisões monocráticas. Acesso em: 18/07/2018

A partir de tais parâmetros, o universo final alcançado foi de 614 decisões (417 do STJ e 197 do STF). Respeitando a proporção por tribunal e por data, a pesquisa debruçou-se sobre **135 decisões do STJ e 65 do STF**. As informações coletadas, também registradas no banco de dados online, tiveram como enfoque principal os pedidos realizados pela defesa registrados no acórdão e os argumentos utilizados por ministros e ministras nas decisões.

3.4.

Registro dos argumentos das decisões

Tendo em vista que a pesquisa visa compreender a maneira pela qual os atores institucionais têm interpretado as novas regras sobre aplicação da prisão domiciliar uma das principais preocupações foi mapear os argumentos utilizados nas decisões que negaram esse direito. Como todas as etapas da pesquisa contém análises sobre o tipo de decisão judicial que corresponde ao respectivo momento processual estudado, o uso dessas justificativas perpassou todo o trabalho, ou seja, esses argumentos permitem estabelecer um diálogo entre dados coletados em diferentes processos em distintos momentos processuais.

Pensando em estabelecer a maior coerência possível entre os dados das três etapas de pesquisa no que diz respeito aos argumentos, construímos algumas categorias de fundamentos mais recorrentes para negar a prisão domiciliar, e utilizá-las nos formulários de coleta de dados dos três bancos a fim de organizar este relevante dado. Elas foram desenvolvidas no decorrer da investigação, surgindo principalmente a partir dos testes realizados *in loco* nas audiências de custódia, e sendo posteriormente modificadas e ajustadas a partir da leitura das decisões oficialmente registradas. São esses procedimentos metodológicos que permitiram estruturar as informações dos capítulos 4 e 5 do presente relatório, que se referem aos argumentos utilizados para fundamentar as decisões judiciais.

34 A pesquisa foi feita no site do Tribunal (<http://www.stf.jus.br/>), no campo “Jurisprudência” > “Pesquisa”, redigindo-se no campo “Pesquisa Livre” as referidas palavras-chave.

Assim, encerrando este capítulo que tece considerações metodológicas sobre o presente trabalho de pesquisa, elencamos a seguir as referidas categorias construídas:

- Crime cometido com violência ou grave ameaça
- Crime contra descendente
- Situação excepcionalíssima. Qual?
- Filho/a(s) não reside(m) ou não está(ão) sob a guarda da mulher
- Filho/a(s) está(ão) sob os cuidados do genitor ou outros parentes, no próprio domicílio da mulher
- Filho(s) está(ão) temporariamente sob os cuidados de outro adulto, em local diferente do domicílio da mulher
- Não há prova idônea da existência do(s) filho/a(s) ou da gravidez
- Não há prova de que o(s) filho/a(s) esteja(m) sob os exclusivos cuidados da mulher
- Não há provas de que terceiros não podem cuidar da(s) criança(s)
- Mulher não cuida adequadamente do/a(s) filho/a(s). Motivo?
- Usa drogas ou ingere bebida alcoólica
- Tráfico de drogas é incompatível com a maternidade
- Conduta(s) da mãe coloca(m) em risco a integridade do/a(s) filho/a(s). Motivo?
- Falta de moradia fixa (pessoa em situação de rua/albergue/outra situação de vulnerabilidade relativa à moradia)
- Ser a mulher estrangeira
- Preservação da ordem pública
- Gravidade do crime
- Presença de antecedentes criminais
- Sem fundamentação
- Outros

PARTE I

Esta Parte I do presente relatório debruça-se sobre aquilo que existe em comum entre as três amostras analisadas pela pesquisa: os argumentos e fundamentos mobilizados por magistrados e magistradas tanto para negar os pedidos de prisão domiciliar, quanto para concedê-los ou determinar a liberdade provisória das mulheres.

4.

ENTRAVES NA APLICAÇÃO DO MARCO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA: REJEIÇÃO DA PRISÃO DOMICILIAR

A fim de compreender de que maneira o Marco Legal da Primeira Infância tem sido interpretado por magistrados e magistradas e quais os principais obstáculos para sua aplicação, o presente capítulo busca desenvolver uma análise qualitativa das decisões verificadas nas três etapas da pesquisa.

Com a publicação do Marco Legal, o art. 318 do Código de Processo Penal passou a prever *critérios objetivos* que impõem a aplicação da prisão domiciliar para mães de crianças com até 12 anos, ou com deficiência, ou ser gestante. Os critérios objetivos são definidos em contraposição aos critérios subjetivos. Os primeiros são traçados a partir da existência de fatos concretos, sem qualquer outro tipo de apreciação ou valoração dos fatos. Sendo assim, basta que estejam presentes esses requisitos para que a mulher tenha direito à substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Já os segundos são estabelecidos a partir de uma valoração particular feita pelo avaliador.

As únicas previsões quanto às possibilidades de negar a prisão domiciliar encontram-se estipuladas pela decisão do *habeas corpus* coletivo do STF para os seguintes casos: crime cometido com violência ou grave ameaça, ou contra descendentes (reservas posteriormente inseridas na legislação através da lei n. 13.769/18), ou em “situações excepcionalíssimas”, quando poderá o magistrado ou a magistrada excetuar sua aplicação, devendo, contudo, fundamentar os motivos para tanto. Aqui, os primeiros critérios também são objetivos, enquanto o segundo é subjetivo, pois depende do entendimento de cada magistrado ou magistrada.

Neste capítulo buscaremos analisar o modo como os critérios objetivos e subjetivos são mobilizados nas argumentações que negam a prisão domiciliar àquelas mulheres que teriam direito a sua aplicação, ou seja, que se encaixam nos critérios inseridos no Código de Processo Penal através do Marco Legal.

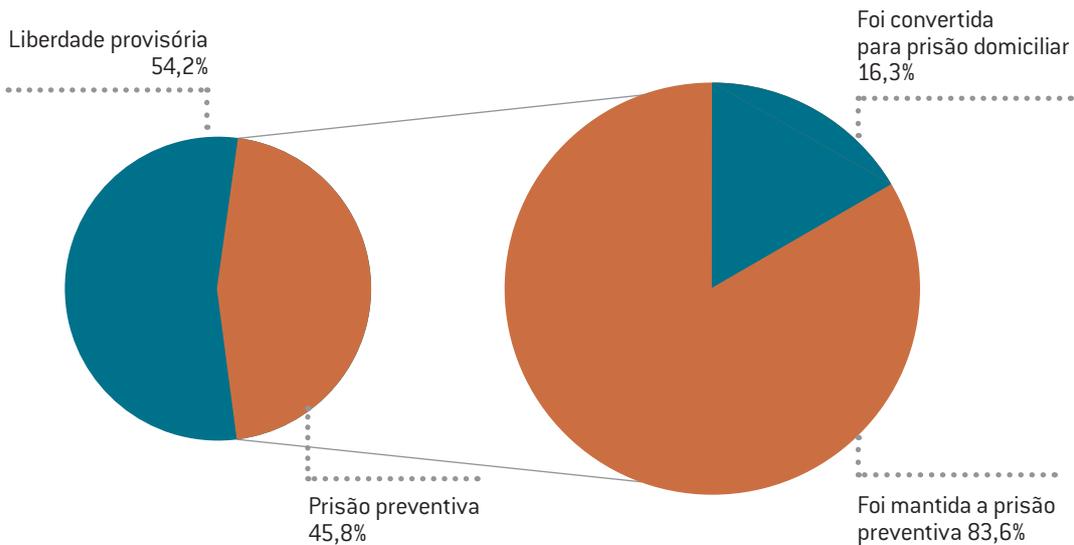
Com base nos dados que serão expostos no decorrer da leitura, objetivamos, sobretudo, explorar as informações que apontam como a criminalização de determinadas condutas se conjugam com as questões de gênero, especialmente a maternidade, buscando identificar de que modo se constitui um imbricamento indissociável entre a condição de “mulher criminosa” e “mulher mãe”. Também serão apresentados dados quantitativos acerca da incidência dos diversos argumentos mobilizados nas decisões, organizando o texto a partir das categorias de argumentos apresentadas no capítulo anterior. A fim de orientar nossa análise, optamos por apresentar os argumentos em tópicos distintos, mas sempre buscando evidenciar especialmente a articulação indissociável entre as condições do crime e as especificidades de gênero.

Para tanto, é importante apresentar brevemente algumas informações, que serão melhor detalhadas nos capítulos posteriores. Na primeira etapa da pesquisa foram acompanhadas 201 mulheres em audiências de custódia no Fórum Criminal da Barra Funda, sendo 120 delas identificadas como possíveis casos em que caberia o direito à prisão domiciliar.

Os desfechos das audiências de custódia dessas mulheres potencialmente beneficiárias nos permitem aferir quanto o Marco Legal foi efetivamente aplicado. Houve determinação da liberdade provisória em 65 desses 120 casos, o que representa 54,2%. Das 55 mulheres restantes, 45,8% de 120 tiveram decretada a sua prisão preventiva. Contudo, destas, somente 9 tiveram a prisão preventiva convertida em prisão domiciliar, sendo que em 46 casos, a conversão foi negada.

Isso significa que, das 55 mães de crianças menores de 12 anos ou com deficiência, gestantes e/ou imprescindíveis aos cuidados de outros que tiveram a prisão decretada e poderiam tê-la substituída pela prisão domiciliar, 83,6% não tiveram a medida aplicada³⁵. O gráfico abaixo ilustra esses números.

GRÁFICO 1
MULHERES QUE FICARAM EM PRISÃO DOMICILIAR DURANTE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA
Potenciais beneficiárias do Marco Legal



Elaborado pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania

Os números, por si só, já indicam que o direito, mesmo positivado em lei e reforçado em decisão do STF, é pouco aplicado. Ainda assim, é necessário observar, também, os motivos dessa grande quantidade de negativas, como faremos mais adiante.

Já na segunda etapa da pesquisa, analisamos os processos de instrução de 200 mulheres e identificamos 107 delas que teriam direito às previsões do Marco Legal: 92 mães de crianças com até 12 anos com deficiência; 4 mulheres gestantes; 8 que são mães e gestantes; 3 mulheres que declararam ser imprescindíveis aos cuidados de outros.

Dessas 107 mulheres, 67,3% permaneceram presas. Dentre as restantes, 18 tiveram con-

³⁵ Note-se que do total de 201 mulheres que passaram pela audiência de custódia, 78 tiveram a prisão preventiva decretada. Dentre essas mulheres, 55, ou 63,22% delas, são essas potenciais beneficiárias da prisão domiciliar. Ou seja, a maioria das mulheres que teve a prisão decretada nas audiências de custódia era de mulheres que tiveram negado o pedido de prisão domiciliar.

cedida a prisão domiciliar; 16 a liberdade provisória; e 1 obteve a revogação da prisão temporária. Isto é, excluindo-se as 17 mulheres que tiveram concedida a liberdade (ou tiveram a prisão temporária revogada), restam 90 potenciais beneficiárias. Portanto se dessas 90, só 18 mulheres tiveram a prisão domiciliar concedida em algum momento de seu processo judicial (até o momento da consulta eletrônica aos autos), podemos dizer que, 80% não tiveram o benefício aplicado.

Já na última etapa da pesquisa observamos 200 decisões do STF ou STJ, todas relativas a mulheres que teriam direito à prisão domiciliar, e que por isso entraram com ações especificamente para fazer esse pedido perante esses tribunais.

Aqui, os números foram distintos, uma vez que, a maioria das decisões (total de 116) concedeu a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, correspondendo a 58% das decisões concedidas pelos Tribunais Superiores. Em contrapartida, 71 das mulheres teve mantida a sua prisão preventiva, o que representa 35,5% das 200 decisões analisadas. Dessa porcentagem foram excluídos 9 casos em que as mulheres tiveram concedida a liberdade provisória (com ou sem cautelares) e 4 que tiveram outros tipos de decisões que as mantiveram em liberdade (semi-aberto e aguardar julgamento em liberdade).

Assim, considerando-se os 116 casos que tiveram concedida a prisão domiciliar e os 73 que tiveram o pedido negado, apuramos que nos Tribunais Superiores a taxa de concessões de prisão domiciliar é de 64,1% e a de negativas é de 38,6%.

Em linhas gerais, as reflexões elaboradas neste capítulo se ancoram na “argumentação de gênero” proposta na pesquisa *MulheresSemPrisão*. Em suas palavras,

[p]or argumentação de gênero entendemos **toda e qualquer formulação registrada no documento analisado que se baseie nos papéis construídos socialmente sobre as mulheres em relação assimétrica aos significados concretos e simbólicos fabricados como masculinidade**. Dessa forma, trata-se de identificar em que medida as funções e valores próprios a aspectos tidos como femininos são abordados na justiça criminal (ITTC, 2017: 107). (grifos nossos)

Esse ancoramento deve-se ao fato de nossa investigação ter demonstrado a força do julgamento moral acerca de uma maternidade atravessada pela seletividade étnico-racial e classista na entrada de determinadas mulheres no sistema de justiça criminal. Isso não é uma novidade propriamente dita. Na pesquisa *Dar à Luz na Sombra*, por exemplo, as autoras demonstram que a representação de um certo grupo de mulheres enquanto criminosas deslegitima-as como mães (BRAGA; ANGOTTI, 2015) e as leva a uma dupla punição: por infringir a lei e por não cumprir papel social expresso em um “ideal” de mãe único (homogêneo, hermético, universal), que desconsidera, portanto, os contextos sociais, econômicos, culturais, etc. específico das mulheres.

As reflexões introduzidas acima serão cotejadas a seguir com os dados aferidos pela presente pesquisa. Optamos por começar com as fundamentações que guardam relação com a decisão do Min. Lewandowski no *habeas corpus* coletivo nº 143.641 e, depois, outros tipos de fundamentações verificadas.

4.1.

Crime cometido com violência ou grave ameaça

A grave ameaça se configura quando alguém impõe a outra pessoa a realização de alguma determinação através do constrangimento ou intimidação sob pena de que esta sofra algum tipo de dano considerável, seja ao seu próprio corpo ou à um bem patrimonial. A violência, por sua vez, é a concretização do constrangimento através da força bruta ou do dano moral como a violência psicológica. Assim, os crimes cometidos com violência ou grave ameaça são aqueles que se realizam com as características acima descritas.

A partir disso, importante lembrar que a exceção da aplicação da prisão domiciliar quando se tratar de crimes cometidos com violência ou grave ameaça não estava prevista originalmente no texto do Marco Legal da Primeira Infância e foi incorporada ao Código de Processo Penal cerca de dez meses depois da determinação feita pelo STF.

Na primeira amostra da pesquisa (audiências de custódia de 201 mulheres, sendo 120 delas potenciais beneficiárias do Marco Legal), verificamos que o argumento de crime cometido com violência ou grave ameaça foi utilizado apenas 8 vezes por juízes e juízas para decidir pela negativa da prisão domiciliar. Esses casos referiam-se aos seguintes crimes: 1) tráfico de drogas, tentativa de homicídio e corrupção de menores, 2) roubo, 3) roubo e corrupção de menores, 4) roubo e associação criminosa. Note-se que em 76 dos 120 casos (63,33%), não houve manifestação explícita de representante do Ministério Público sobre a aplicação da domiciliar.

Com relação a atuação do Ministério Público, em apenas 4 do total de 120 casos de potenciais beneficiárias, a negativa da substituição da prisão preventiva pela domiciliar teve como o fundamento o crime ter sido cometido com violência ou grave ameaça. Esses casos referiam-se aos seguintes crimes: 1) tráfico de drogas, tentativa de homicídio e corrupção de menores, 2) roubo, 3) roubo e corrupção de menores, 4) roubo e associação criminosa. Note-se que em 76 dos 120 casos (63,3%), não houve manifestação explícita do representante do Ministério Público sobre a aplicação da domiciliar.

Em que pese a indicação, nesses 4 casos, de crimes que poderiam ensejar fundamentação negativa à prisão domiciliar, pudemos observar que outros fatores preponderaram nas manifestações do Ministério Público durante as audiências de custódia, como pode ser verificado nos excertos abaixo, extraídos dos casos:

“Apesar de não possuir antecedentes criminais, a custodiada cometeu crime com violência e grave ameaça. Além disso, a mesma alegou em audiência que **usa drogas, colocando em risco a vida das crianças** pondo-as em contato direto com a droga, o que fica claro e demonstra que **ela não cuida adequadamente das suas filhas** [...]” (grifos nossos)

“Não é o caso de prisão domiciliar, inclusive pela gravidade dos fatos narrados, seria o caso de acolhimento das crianças em outro lar, tendo em vista a **incompatibilidade do exercício das atribuições de mãe com a prática criminosa**”. (grifos nossos)

Pergunta se a custodiada usa drogas, qual droga e quando interrompeu o uso, ao que a mulher respondeu que usa lança perfume e que parou de usar com 2 meses de gestação. “Foi presa em flagrante em plena gestação e **fez uso de drogas durante a gestação**. Em casos similares, é comum as mulheres deixarem os bebês aos cuidados de terceiros. Conduta denota despreocupação com a prole e não é um bom exemplo para seu futuro filho. Usou drogas até o segundo mês de gestação. **Há indícios de que irá abandonar o filho quando nascer**”. (grifos nossos)

“Apesar de não possuir antecedentes criminais, a custodiada cometeu crime com violência e grave ameaça. Além disso, a mesma alegou em audiência que **usa drogas, colocando em risco a vida das crianças** pondo-as em contato direto com a droga, o que fica claro e demonstra que **ela não cuida adequadamente das suas filhas**. No mais, também **não há prova idônea da existência de seus filhos e da gestação** que a custodiada afirma estar e mesmo que assim fosse comprovada, a própria nos alegou que quem cuida das crianças é a sua mãe, avó das mesmas”. (grifos nossos)

No início da audiência o Juiz perguntou onde estavam as crianças naquele momento, ao que a custodiada respondeu que os havia deixado com sua mãe para sair. “A indiciada informou em sede policial que os filhos estavam com a avó, pelo que **não se pode afirmar que a indiciada seja a única responsável pelas crianças**” (grifos nossos).

Como podemos verificar nos excertos de decisão acima destacados, a motivação maior para buscar impedir a prisão domiciliar se baseia em argumentos de cunho subjetivo, ou seja, as fundamentações desses atores judiciais apresentam um entendimento valorativo e individual de que a maternidade é incompatível com o crime e/ou como uso de drogas, além de também alegarem que há ausência de comprovação da maternidade ou de suporem que outros podem cuidar dos filhos e/ou das filhas dessas mulheres presas. Uma vez que estamos tratando de casos de mulheres em audiência de custódia, não cabe a esses atores definir neste momento processual, nem na seara criminal, qual a relação do crime ou das drogas com a competência familiar da mulher privada de liberdade, muito menos exigir provas sobre a maternidade ou ainda, vincular a responsabilidade materna a terceiras pessoas..

Na segunda amostra da pesquisa, que trata da análise dos processos de instrução de 200 mulheres presas no CDP de Franco da Rocha, o argumento de crime cometido com violência ou grave ameaça, foi mencionado 13 vezes (o que representa 12,75% dos casos) nas 102 audiências de custódia das potenciais beneficiárias dessa amostra.

Quando passamos ao processo de instrução dessas mulheres propriamente, verificamos que 45% dos 47 pedidos específicos de prisão domiciliar realizados foram negados. Dentre eles, a alegação de que o crime foi cometido com violência ou grave ameaça surgiu como argumento 5 vezes, ou seja, em 23,8% dos casos.

Frise-se que, das mulheres que realizaram o pedido de prisão domiciliar durante a instrução, 11 (que representam cerca de 23,4% do total de 47) eram acusadas de roubo ou tentativa/consumação de homicídio (ou seja, crimes cujo cometimento implica em violência ou grave

ameaça]. Ainda, interessante notar que, no caso das mulheres que tiveram seu pedido concedido, 4 delas (que representam cerca de 16,7% do total de 24 mulheres) estavam sendo processadas por roubo e duas (8,3%) por homicídio, o que demonstra que a consideração da violência ou grave ameaça implicada no crime é bastante variável, a depender do juízo ou juiz da causa.

Por fim, ao analisarmos as decisões dos Tribunais Superiores, verificamos que antes da decisão do *habeas corpus* coletivo nº 143.641 (em fevereiro de 2018), apenas 1 caso de negativa da prisão domiciliar havia se fundamentado no fato de o crime ter sido cometido com violência ou grave ameaça. Após essa data, esse número sobe para 12 casos, mostrando que a inserção dessas exceções para a concessão da prisão domiciliar ampliou as possibilidades de negativa, anteriormente não previstas no Marco Legal da Primeira Infância. Do total de vezes que este argumento foi mobilizado, 6 vezes correspondem ao STF, sendo 1 antes de fevereiro de 2018 e 5 após e essa data, e 7 vezes ao STJ, sendo todas elas após a decisão³⁶.

Sabendo quais os aspectos que caracterizam um crime como cometido por meio de violência ou grave ameaça, segundo observação feita no começo deste tópico, importante registrar que, de acordo com suas características legais discriminadas, o tráfico de drogas e a associação para o tráfico não são crimes cometidos com violência ou grave ameaça. Portanto, as mulheres que cometeram tais crimes não poderiam ter o direito à prisão domiciliar negado com base nessa excludente prevista pela decisão do STF.

4.2.

Crime contra descendentes

Nas análises das audiências de custódia dos processos de instrução não verificamos nenhum caso de incidência de negativas de prisão domiciliar motivadas pelo argumento de o crime ter sido cometido contra os descendentes da mulher. Apenas na terceira amostra da pesquisa, composta por decisões dos Tribunais Superiores, esse argumento foi utilizado 2 vezes pelo STJ e somente após a decisão do *habeas corpus* coletivo nº 143.641.

Sendo assim, constatamos que ambas as hipóteses objetivas expressamente determinadas como exceções à regra de aplicação da prisão domiciliar pela decisão de *habeas corpus* do STF — crime cometido com violência ou grave ameaça ou crime praticado contra os descendentes — tiveram uma baixíssima incidência³⁷ nos casos analisados, diferentemente da “situação excepcionalíssima” trazida pela mesma decisão, notadamente carregada de arbitrariedades subjetivas em sua caracterização, como será exposto a seguir.

36 Ao analisarmos os 12 casos, verificamos que 6 deles tratavam-se de homicídios (um deles supostamente cometido contra vítima que ocupa posição equivalente a descendente, a enteada), 1 caso de extorsão mediante sequestro, 3 casos de roubo (um deles com corrupção de menores), 1 caso de tráfico com associação para o tráfico (crime cujo cometimento não envolve violência ou grave ameaça) e 1 caso de estupro de vulnerável.

37 E, conforme exposto no tópico anterior, nos casos de crimes cometidos com violência ou grave ameaça, a exceção tem sido aplicada inapropriadamente para casos de crimes relacionados ao tráfico de drogas, que não poderiam assim ser caracterizados.

4.3.

Situações excepcionalíssimas

Ao tratarmos dos casos em que foram mobilizadas supostas “situações excepcionalíssimas”, adentramos uma seara de profundas discricionariedades, que se dá também pela própria natureza deste critério, que não teve seus parâmetros claramente fixados na decisão do Ministro Lewandowski. Contudo, em função da excessiva arbitrariedade com que vinha sendo usado este argumento, posteriormente, em outubro de 2018, o Ministro proferiu nova decisão esclarecendo ocorrências que não poderiam ser configuradas como “situações excepcionalíssimas”.

Trata-se do segundo argumento mais utilizado pelos magistrados e pelas magistradas para negar a prisão domiciliar durante as 201 audiências de custódia acompanhadas na primeira etapa da pesquisa, que — registre-se — foram realizadas antes desse esclarecimento dado pelo Ministro. Registramos abaixo os 11 casos em que as decisões consideram existir uma situação excepcionalíssima que justificaria a não concessão:

1. Expressiva quantidade e diversidade de **drogas**
2. Forneceu **entorpecentes** a menores e guardava **drogas** em casa
3. Grande quantidade de **drogas** em posse da custodiada
4. A autuada armazenava **drogas** em sua residência
5. Comete reiteradamente o crime de **tráfico**
6. Foi presa há um mês atrás transportando **drogas** e agora está novamente presa
7. **Drogas** em casa na presença dos filhos
8. Mantinha cartas recebidas da penitenciária para entregá-las aos criminosos que estão no ambiente externo
9. Crime praticado mediante simulação de arma de fogo
10. Reincidência (em **tráfico e/ou associação para o tráfico**)
11. Apreensão de material relacionado ao **tráfico de drogas**, arma de fogo e estrito relacionamento da autuada com organização criminosa relacionada ao **tráfico de drogas**

Podemos verificar que a gritante maioria das situações consideradas “excepcionalíssimas” por juízes e juízas referem-se à alegação de gravidade dos crimes relacionados ao tráfico de drogas e à exposição dos filhos ou das filhas à traficância de drogas. Se somarmos estes aos argumentos de que o “tráfico de drogas é incompatível com a maternidade” (3 casos), ou que a “mulher não cuida adequadamente dos filhos porque possuía drogas em casa na presença dos filhos” (1 caso), veremos que a quantidade de casos respaldados por argumentações análogas — baseadas unicamente na presença de drogas durante o flagrante — é maior. Adicione-se a esses números o fato de que o argumento “gravidade do crime”, nas 2 vezes em que foi utilizado nas audiências de custódia, referia-se à imputação do crime de tráfico de drogas, o que demonstra que o aprofundamento punitivo que recai sobre a suposta prática deste delito é alto.

Com relação aos pedidos feitos pelo Ministério Público, a alegação de “situação excepcionalíssima”, ocorreu somente 5 vezes (4,2%). Também se trata de casos em que o promotor

ou a promotora indicou a elevada quantidade de drogas e a suposta participação da mulher em organizações criminosas como fatores que caracterizariam a “situação excepcionalíssima”. Ademais, surgiu uma alegação de que o cometimento de crime seria “incompatível com o exercício da maternidade”, o que justificaria a excepcionalidade da situação.

Por sua vez, ao analisarmos os processos das mulheres que compõem a amostra do segundo banco de dados da pesquisa, que se encontram presas no CDP de Franco da Rocha, pudemos observar a incidência desse argumento entre aquelas que passaram anteriormente por audiência de custódia. Relembramos que foram 102 as mulheres que tiveram a prisão domiciliar negada na audiência de custódia, tendo sido determinada sua prisão preventiva.

Desse total, foram 9 as vezes (8,8%) em que juízes e juízas mencionaram que a situação da ré era “excepcionalíssima” e, portanto, não caberia conceder a prisão domiciliar. Assim como observado nas audiências de custódia, as situações consideradas “excepcionalíssimas” são diversas e uma mesma circunstância pode ser considerada como “excepcionalíssima” por um juiz ou uma juíza, mas por outro/a não, o que mostra a fragilidade da expressão.

Em uma das decisões, por exemplo, foi considerado excepcionalíssimo o fato de que a mulher “mantinha um neto (criança de tenra idade) no colo enquanto praticava a traficância”. Outra indicou que o problema seria o prejuízo à integridade física dos menores, por estes serem cuidados por uma mãe usuária de drogas. Ainda com relação à maternidade, uma das decisões, bastante contundente, indica que

Em que pese a agente não seja reincidente, está a cometer reiteradamente tráfico, sem qualquer preocupação com seu filho e a tudo indicar que sua presença é maléfica, não benéfica. [...] **Evidente a situação excepcional: a maternidade não pode garantir salvo conduto à criminalidade.** [grifos nossos]

A ideia de que a maternidade quando relacionada à conduta da mulher passa a ser ilegítima é baseada em entendimento pessoal, conjectural, e, portanto, subjetivo, acerca de como a maternidade deve ser exercida. A representação das mulheres como criminosa entrelaça-se com aspectos como “raça/cor”, classe social, faixa etária, que juntos determinam “o grau de aceitação social a determinada maternidade” (BRAGA & ANGOTTI, 2015: 21), por parte de quem julga.

Mulheres negras e pobres, que representam a maioria das mulheres presas, têm sua maternidade deslegitimada e seu exercício controlado a partir da lógica do aprisionamento. Nesse sentido, a tomada de decisão desconsidera inclusive como a inserção das mulheres na realização de delitos se dá de forma diferente da dos homens. Por exemplo, as mulheres muitas vezes desempenham papéis secundários, funções precarizadas, estando expostas a maior risco. O papel de gênero traz,

[o]utra conotação a práticas delituosas, como casos de furto de alimentos, itens para bebês, e até mesmo a venda de drogas, que permite sustentar os filhos e conciliar a geração de renda com as tarefas domésticas que recaem historicamente sobre elas (ITTC, 2017: 32).

Outras 2 decisões indicaram que a excepcionalidade surge do fato de que a mulher “já

havia passado por uma audiência de custódia” e, nesta, houve concessão da prisão domiciliar, medida que não fora cumprida.

Mais 2 decisões apontam que tal caráter excepcional viria da gravidade do delito. E, ainda com relação às circunstâncias do crime, um dos juízes indica que o problema reside no fato da mulher ter sido presa há pouco mais de um mês transportando drogas para dentro de um presídio, argumento interditado pela segunda decisão do Min. Lewandowsky³⁸.

Para finalizar o rol de circunstâncias “excepcionalíssimas” deste momento processual do segundo banco de dados, vale ressaltar que surgiram outros 2 argumentos, a saber: o fato da mulher não ter moradia fixa; e o fato dos filhos ou filhas não residirem ou não estarem sob a guarda da mulher, fundamentos que, frise-se, tampouco guardam qualquer amparo legal.

Ainda dentro da segunda amostra da pesquisa, ao passarmos propriamente ao processo de instrução, vemos que o uso das supostas “situações excepcionalíssimas” foram, em 1 caso, a quantidade e a variedade da droga³⁹ e, em 1 outro, o fato do crime de tráfico de drogas ter sido cometido dentro de estabelecimento prisional. Ou seja, em dois casos, que representam 9,5% do total, houve alegação de excepcionalidade.

Por fim, ao analisarmos o terceiro banco de dados referente às decisões dos Tribunais Superiores, verificamos a incidência de tal excepcionalidade em 7 decisões. Note-se que antes da decisão do *habeas corpus* coletivo nº 143.641, não houve nenhum caso em que os Ministros e Ministras negaram a prisão domiciliar por se tratar de uma “situação excepcionalíssima”. Contudo, após a inclusão dessa hipótese de exceção à aplicação da prisão domiciliar trazida pelo *habeas corpus* coletivo, essa fundamentação apareceu em 7 casos, 2 vezes para o STF e 5 para o STJ.

Colacionamos abaixo o núcleo da argumentação de desembargadores e desembargadoras, extraídos de seus acórdãos, ao justificar porque cada caso configura situação excepcionalíssima. Novamente, trata-se de situações discricionárias, sem amparo legal e mal fundamentadas, vide o exemplo a seguir:.

[...] ao cometer o delito de tráfico com adolescente demonstrou insensibilidade e descaso com os seus filhos (STF).

Referida circunstância que não é mensurável e não pode servir como critério de endurecimento da punição, pois não há base que sustente uma afirmação que supõe uma “insensibilidade e descaso”.

Em outros casos, novamente salta aos olhos o fato da prática de tráfico de drogas ser impeditiva da aplicação da prisão domiciliar, uma vez que não há amparo legal ou jurispruden-

38 Este tema também foi especificamente abordado na decisão de outubro de 2018 do Min. Lewandowski, na qual foi afirmado que: “[...] esclareço que o fato de a presa ser flagrada levando substâncias entorpecentes para estabelecimento prisional não é óbice à concessão da prisão domiciliar e, em hipótese nenhuma, configura a situação de excepcionalidade a justificar a manutenção da custódia cautelar.” (HC 143.641, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, STF, decisão de 24/10/2018, pp. 7-8).

39 No caso, foram apreendidas 160g de cocaína, 885g de maconha e 142,3g de crack na residência da mulher.

cial para tal limitação, independente de qual seja a posição ou papel que ela exerça dentro da atividade ou de onde foram encontradas as substâncias entorpecentes. Nesses casos, basta apenas que a mulher cumpra com os requisitos objetivos da lei para ter seu direito garantido, uma vez que não se trata de crime praticado com violência ou grave ameaça.

[...] tráfico praticado na residência na qual pretende recolhimento (STJ).

[...] mulher teria herdado do companheiro a liderança do tráfico (STJ).

[...] o fato de a acusada realizar a contabilidade do grupo criminoso e transmitir as ordens de seu companheiro – líder da associação (STJ).

[...] crime cometido na presença de uma criança; fuga posterior ao crime; ameaça a terceiros (STF).

Por fim, em dois casos de crimes supostamente cometidos com violência ou grave ameaça, indicou-se que tal circunstância configuraria situação “excepcionalíssima”, o que foi utilizado para não aplicar a substituição pela prisão domiciliar.

Assim, pudemos verificar que em todos os casos em que magistrados e magistradas negaram a prisão domiciliar utilizando o argumento de tratar-se de “situação excepcionalíssima” verificam-se flagrantes arbitrariedades e ilegalidades. Ou seja, não houve nenhum caso em que o uso dessa expressão fosse pautado por qualquer aspecto de razoabilidade e proporcionalidade. Sendo assim, entendemos que essa constatação deve servir de subsídio ao STF para que suprima definitivamente essa excludente, em decorrência da imprecisão de seu significado e das violações de direito que decorrem de seu uso.

O critério das “situações excepcionalíssimas” é utilizado de forma subjetiva, variando a depender da valoração particular de cada magistrado/a e que, na maioria dos casos, sua utilização está atrelada à uma repreensão exacerbada dos crimes relacionados ao tráfico de drogas. Ao conjugar-se com o fato de ter sido supostamente cometido por uma mãe, o tráfico e a maternidade constituem um imbricamento que reforça o encarceramento das mulheres, baseando-se em uma moralização da punição, conforme detalharemos a seguir.

4.3.1. Crimes relacionados ao tráfico de drogas considerados como “excepcionalíssimos”

Antes de apresentar os outros argumentos que surgiram como maneira de negar a prisão domiciliar, cabe tratar brevemente da utilização do argumento das “situações excepcionalíssimas” nos casos de tráfico de drogas. Já foi mencionado que este delito é o maior responsável pela prisão de mulheres atualmente, o que mostra que a imputação por tal crime não é excepcional: trata-se do crime preferencialmente selecionado pelo sistema de justiça criminal dentre as mulheres que se encontram em conflito com a lei no Brasil.

Ademais, é crime cometido sem violência ou grave ameaça, cuja repressão recai sobre os setores mais vulneráveis e pauperizados da população — em especial jovens, negro(a)s, moradore(a)s da periferia. No caso das mulheres, importante mencionar que essas, em sua maioria, exercem funções inferiores e secundárias, hierarquicamente em relação a dos homens na cadeia do tráfico. Segundo o Infopen Mulheres.

A maioria dessas mulheres ocupa uma posição coadjuvante no crime, realizando serviços de transporte de drogas e pequeno comércio; muitas são usuárias, sendo poucas as que exercem atividades de gerência do tráfico (Infopen Mulheres, 2014: 5).

O que pudemos perceber a partir da leitura de diversas decisões é que se opera um julgamento moral da conduta das mulheres com base na gravidade em abstrato dos crimes relacionados ao tráfico de drogas e seu vínculo com a maternidade. Trata-se de argumento que não encontra qualquer respaldo legal. Não há dispositivo no Marco Legal da Primeira Infância, Código de Processo Penal, Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06) ou mesmo determinação do *habeas corpus* coletivo que impeça a aplicação da prisão domiciliar nesses casos.

O trecho abaixo é ilustrativo dessa mobilização dupla, que usa o tráfico de drogas tanto quanto fator que enseja uma resposta punitiva por parte do Estado, quanto como argumento para reprovar o exercício da maternidade e, assim, endurecer a punição da mulher ao não aplicar a prisão domiciliar.

Deixo de substituir a prisão preventiva por prisão domiciliar porque a autuada é reincidente em tráfico. Tais fatos — reincidência em tráfico e nova autuação em flagrante por tráfico de drogas — evidenciam a necessidade da custódia cautelar, pois se trata de caso excepcional. **A autuada desafia a justiça e mantém envolvimento com nefasto comércio**, com a crença na impunidade. No que se refere a alegada prole, convém acentuar que inexistem documentos que a comprovem. **Ainda que assim não fosse, é incompatível o exercício da maternidade, visando os cuidados de filhos, com o exercício da traficância.** (grifos nossos)

Mostrando-se mais sensível à realidade das mulheres que configuram o “alvo” do sistema de justiça criminal, o Ministro Lewandowski já se pronunciou, em decisão de outubro de 2018, colocando-se contra tal raciocínio:

Ademais, a concepção de que a mãe que trafica põe sua prole em risco e, por este motivo, não é digna da prisão domiciliar, não encontra amparo legal e é dissonante do ideal encampado quando da concessão do *habeas corpus* coletivo. Outrossim, **não há razões para suspeitar que a mãe que trafica é indiferente ou irresponsável para o exercício da guarda dos filhos**, nem para, por meio desta presunção, deixar de efetivar direitos garantidos na legislação nacional e supranacional. (HC 143.641, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2a Turma, STF, decisão de 24/10/2018, p. 8) (grifos nossos).

Notamos que, em muitos desses casos, argumenta-se que a prisão da mãe seria melhor medida para proteger o interesse das crianças, alegando que o contato com suas mães poderia representar um verdadeiro risco para elas, conforme ilustra o seguinte excerto:

[t]ais circunstâncias evidenciam que **a educação e o desenvolvimento moral da criança**, e sua própria vida, **encontram-se em risco com a presença da autuada**. Assim, **a excepcionalidade do caso é patente.** (Juiz/a durante a audiência de custódia) (grifos nossos)

Vale notar que muitas vezes a própria traficância é o meio de garantir o sustento dos filhos e filhas, diante de uma realidade de profundas limitações de acesso ao mercado de trabalho formal, e de um aumento exponencial do desemprego — problemas sociais complexos que não serão solucionados pelo encarceramento.

Observamos reiteradamente que o fato de que a prisão gerará profundos impactos na vida daqueles que dependem das mulheres é sistematicamente desprezada, juntamente com a observância da construção social do papel de gênero feminino, da seleção étnico-racial e de classe na atuação da polícia, e as trajetórias de violência, inclusive institucionais, vivenciadas.

Ainda, em que pese o uso reiterado do argumento da proteção das crianças, conforme será apresentado mais à frente, verificamos que em pouquíssimos casos foi solicitado algum tipo de encaminhamento para os filhos e as filhas da mulher. Nas decisões das 201 audiências de custódia acompanhadas, por exemplo, houve apenas um caso de encaminhamento assistencial.

Ou seja, a competência estabelecida pela Res. N. 213/15 do CNJ para juízes e juízas das audiências de custódia “determinar [em] o encaminhamento assistencial que repute [m] devido”, como, por exemplo, tratamento de drogadição, suporte profissional, contato com familiares, ou tantas outras possibilidades que não envolvem a manutenção da mulher em um estabelecimento prisional, sistematicamente deixou de ser exercida.

A pesquisa de campo realizada durante as 201 audiências permitiu observar também que o uso de tais substâncias, muitas vezes vinculado a uma suposta prática de traficância, é elemento utilizado, ao menos discursivamente, para questionar a maternidade exercida pelas mulheres. Por exemplo, em uma das audiências o juiz ou a juíza perguntou à mulher “você usa drogas na frente dos seus filhos?”. Em outro caso, representante do Ministério Público se dirigiu à custodiada dizendo que ela “Devia ter pensado na filha antes de pegar essa mala de drogas”.

Nessa toada, a relação da mãe com filhos e/ou filhas ou com outros que compõem seu universo familiar, não só é afetada pela criminalização sofrida, mas é incorporada — como bem aponta Bruna Louzada Bumachar — como parte do dispositivo de controle das prisões. Segundo a autora:

[...] se o aprisionamento é considerado uma experiência produtora de obstáculos que afetam as dimensões subjetiva e prática da maternidade [Farrell, 1998], ele só o é porque **a prisão é uma instituição que opera por meio de “tecnologias de gênero”** [Lauretis, 1994] — isto é, tecnologias **que produzem regimes de verdade acerca do que é ser “mulher”** através da fixação de identidades assimétricas fundadas sobre o sexo. (BUMACHAR, 2016: 54) [grifos nossos]

Isso faz com que a justiça coaja e controle as mulheres a partir da relação afetiva de maternidade por elas exercida. Consequentemente, as especificidades que marcam a vida da mulher a partir do papel de gênero a ela socialmente conferido, em vez de corroborarem com um julgamento mais adequado à proteção do pleno exercício da maternidade, acabam por reforçar sua criminalização.

Em dois dos casos acompanhados houve menção explícita ao fato de que a mulher usa drogas ou ingere bebida alcoólica, na manifestação do Ministério Público, como elemento de

fundamentação do pedido de prisão preventiva. Em outros seis dos 120 casos de mulheres que poderiam ter o direito à prisão domiciliar aplicado, o/a membro/a do Ministério Público argumentou que “o tráfico de drogas é incompatível com a maternidade”.

Note-se que em 159 do total de audiências de custódia acompanhadas a juíza ou juiz perguntou à mulher especificamente sobre uso de drogas, o que representa 79,1% dos casos. Trata-se de pergunta importante para aferir questões ligadas à condição de saúde da mulher. Contudo observou-se que a resposta foi mobilizada por juízes e juízas para reforçar o julgamento sobre as custodiadas, e as perguntas feitas relacionaram-se apenas à uma apreciação acerca do tipo do crime supostamente cometido. A pesquisa *Mulheres Sem Prisão: Desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória de mulheres*, apontou para a mesma constatação:

Os autos processuais criam uma narrativa em que o olhar para a saúde da mulher é sempre voltado a estigmatizar o uso de drogas e supostas dependências químicas, da mesma forma como aparece em muitas manifestações do Poder Judiciário, que coloca as drogas como grande vilão da sociedade, responsável pelas atividades delituosas. (ITTC, 2017: 63)

Assim, além de não possuir amparo legal, relacionar o tráfico de drogas à “situações excepcionalíssimas” mostra a forte moralidade que baliza as decisões judiciais, impondo profundas violações ao exercício da maternidade. Também indica o grave problema de impor enquanto condição de aplicação da prisão domiciliar uma circunstância completamente abstrata, o que faz com que qualquer situação, mesmo as mais corriqueiras (como o tráfico ou uso de drogas), possam ser enquadradas enquanto excepcionais por juízes e juízas que consideram que a resposta estatal ao tráfico de drogas deve ser a restrição de liberdade.

4.4.

Gravidade do crime, antecedentes criminais e preservação da ordem pública

Outros fundamentos bastante recorrentes referem-se às circunstâncias do crime, ao seu impacto na segurança pública, e aos antecedentes criminais, que serão melhor detalhados neste tópico.

Assim como a justificativa da gravidade em abstrato do delito, por si só, não permite a decretação ou manutenção da prisão cautelar, a mera existência de antecedentes criminais, sem qualquer contextualização ou fundamento, também não justifica a privação de liberdade. Para tanto, seria necessário apresentar argumentos concretos para cada caso em específico que demonstrem a adequação da medida segundo os parâmetros do Código de Processo Penal, conforme entendimento já consolidado no STF⁴⁰, caso contrário, tratar-se-ia de punir novamente a pessoa pelo mesmo crime.

40 Nesse sentido: “[...] 2. Inobstante a gravidade dos delitos imputados ao paciente, o decreto prisional foi motivado de forma genérica e abstrata, sem elementos concretos, amparados em base empírica idônea, quanto aos fundamentos da prisão preventiva. 3. A jurisprudência desta Corte Suprema reputa inidônea a fundamentação de prisão preventiva lastreada em circunstâncias

Quanto ao argumento de “preservação da ordem pública”, cumpre esclarecer que se trata de conceito que, apesar de constar no art. 312 do CPP, carece de exatidão tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Supõe-se que a decretação de prisão com base neste fundamento busca evitar que a agente volte a cometer crimes no decorrer da persecução criminal. Ou seja, supostamente, em havendo risco comprovado de que a infratora, se solta, voltará a cometer crimes, justificar-se-ia a prisão cautelar. Contudo, seria necessário comprovar esse risco.

Pelo que pudemos observar, da análise das audiências de custódia, do processo de instrução e das decisões dos Tribunais Superiores, não foram expressivos os casos em que a sustentação desse tipo de argumento estivesse devidamente articulada com elementos concretos do caso. Limitam-se a afirmar genericamente que as provas dos autos e os fatos narrados comprovam o cabimento da medida, sem, contudo, fundamentar devidamente o porquê e como disso. Ao contrário, apenas fazem-se afirmações evasivas e vagas, como no exemplo a seguir:

Nesse panorama, no caso dos autos não há constrangimento ilegal a ser sanado, uma vez que, embora a recorrente não tenha respondido custodiada a todo o processo, porquanto teve revogada a sua prisão preventiva por decisão do Juízo singular, verifica-se que a negativa do direito de recorrer em liberdade, na situação específica, encontra-se justificada, mostrando-se necessária especialmente para a garantia da ordem pública, fragilizada em razão da gravidade diferenciada dos delitos perpetrados, bem demonstrada nos elementos probatórios colhidos no curso do processo, evidenciando as circunstâncias em que ocorreram os fatos criminosos narrados e, também, para o fim fazer cessar as práticas criminosas atribuídas à agente. (trecho de decisão do STJ)

Tais argumentos — quando mobilizados para negar o pedido de prisão domiciliar feito por mulher potencialmente beneficiária — deveriam ser devidamente fundamentados, com provas concretas que demonstrem a necessidade da decretação/manutenção da prisão cautelar. O próprio relator do *habeas corpus* Coletivo, Ministro Lewandowski esclareceu em sua decisão que

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 enunciadas⁴¹, observando, ademais, a diretriz de excepcionalidade da prisão.

Ressalte-se que, se o juiz ou a juíza entender que a prisão domiciliar se mostra inviável ou inadequada para o caso específico, ele pode substituí-la por medidas cautelares alternativas à prisão, elencadas no art. 319 do CPP.

genéricas e impessoais. Precedentes. [...]” (HC nº122.241/BA, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 2/10/14) e também inúmeros outros precedentes: HC nº 103.536/MG, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 23/03/2011; HC nº 93.296/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJe de 18/6/10; e HC nº 98.217/MS, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 16/04/2010.

41 Refere-se ao art. 317 do Código de Processo Penal e às exceções previstas pela decisão do *habeas corpus* coletivo: 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.

Ao analisarmos o primeiro banco de dados, referente às audiências de custódia acompanhadas, vemos que a “gravidade do crime” foi utilizada 2 vezes para negar o pedido de prisão domiciliar, enquanto a “presença de antecedentes criminais” foi utilizada 4 vezes e a “preservação da ordem pública” 1 vez. Isso dentre os casos das 120 mulheres que poderiam ter o direito à prisão domiciliar aplicado.

Nesta etapa da pesquisa, o Ministério Público usou a suposta gravidade do crime em 6 casos para fundamentar seu pedido de negativa da prisão domiciliar; enquanto a presença de antecedentes criminais foi elencada como impeditiva para a realização do pedido em 3 casos. Já a preservação da ordem pública apareceu em 1 dos casos.

Quando passamos para o segundo banco de dados, referente a mulheres presas no Centro de Detenção Provisória de Franco da Rocha, verificamos que, entre aquelas 102 que tiveram a prisão decretada em audiência de custódia, a presença de antecedentes criminais foi mencionada 7 vezes como negativa para o pedido de prisão domiciliar, enquanto a simples gravidade do crime surgiu como argumento em 3 casos.

As circunstâncias do crime também surgem como negativas em alguns casos: em um deles, o problema é a quantidade e a diversidade da droga apreendida. Em outros dois, o fato de que tais circunstâncias indicam que a mulher faria parte de uma organização criminosa. Ainda, há uma decisão em que o fundamento para não aplicar a substituição se baseia no fato de que o tráfico de drogas seria incompatível com a maternidade. Como em alguns dos trechos indicados no tópico acima, há uma outra decisão que fundamenta a manutenção da prisão preventiva também no fato da ré ser usuária de drogas. Ainda, em um caso, menciona-se a passagem anterior da ré pela Fundação Casa para negar a substituição pela prisão domiciliar⁴².

No curso de seus processos, os antecedentes da mulher foram apontados como negativa aos pedidos de prisão domiciliar realizados (o que ocorreu em 47 casos) 4 vezes, o que representa 19% deste total. Por fim, uma única vez a impossibilidade de substituição da prisão domiciliar foi baseada na gravidade do crime, que, no caso, era tráfico de drogas. Novamente aqui, temos exemplos de como tráfico de drogas é tratado como um crime abstratamente grave e passível de duras punições independente das circunstâncias de cada caso, o que contraria a lei penal, que preserva a individualização das penas⁴³.

Por fim, nos Tribunais Superiores, vimos uma maior presença desse tipo de argumentação. E, ainda que, conforme exposto anteriormente, a gravidade abstrata do delito não deve servir de argumento à manutenção da prisão preventiva, esse argumento foi utilizado 17 vezes, 3 vezes pelo STF (1 antes e 2 depois de 20/02/2018) e 14 vezes pelo STJ, sendo que 11 vezes antes do HC coletivo e 3 vezes após essa data.

42 A questão da passagem anterior pela Fundação Casa foi especificamente mencionada pelo Min. Lewandowski na decisão de outubro de 2018: *circunstâncias tais como as de a acusada: (i) ter sido presa em flagrante sob acusação da prática do crime de tráfico; (ii) ter passagem pela vara da infância; e/ou (iii) não ter trabalho formal, não obstam a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, conforme constou da decisão concessiva da ordem.* (HC 143.641, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, STF, decisão de 24/10/2018, p. 7).

43 O princípio está determinado constitucionalmente no art. 5º, XLVI.

A reincidência ou mesmo a simples presença de antecedentes criminais, que não consta como critério para afastar a concessão da prisão domiciliar, também foi um argumento presente nas decisões dos Tribunais Superiores. Tal argumento foi utilizado em 5 casos antes do HC coletivo do STF e em 3 casos posteriores a essa data, ambas as vezes pelo STJ.

A “preservação da ordem pública” — hipótese genérica de fundamentação para a decretação de prisão cautelar — foi utilizada em 13 casos antes da decisão do HC coletivo nº 143.641 (1 vez pelo STF e 12 vezes pelo STJ) e apenas 2 vezes após esta data (ambas as vezes pelo STJ), o que demonstra que houve uma restrição da margem de arbitrariedade promovida pelo estabelecimento dos critérios fixados pela decisão do STF. Proporcionalmente, os 13 casos do primeiro período correspondem a 28% do total de decisões até aquele ponto, enquanto os 2 do segundo são apenas 7% das decisões restantes.

Em um primeiro momento, estes argumentos não parecem estar imbricados com questões de gênero, uma vez que também são utilizados para manter homens presos provisoriamente. Ou seja, os argumentos deste tópico, se analisados fora de contexto, não estão imbricados com questões de gênero. Entretanto, quando confrontados com a realidade das mulheres julgadas, essa falta de imbricamento é apenas uma maneira de facilitar sua destinação à prisão. Considerando que a massiva maioria das mulheres em julgo são responsáveis pelos cuidados domésticos e da prole, ao ignorar a questão de gênero, os juízes invisibilizam tal realidade, interditando assim o acesso delas ao direito de permanecerem em seus domicílios com seus filhos, suas filhas e dependentes.

o fato de a mulher transgredir, além das normas penais (através do suposto cometimento de um crime), o papel socialmente construído e imposto de “mãe”, acaba resultando na interdição de um direito legalmente garantido — o de mulheres mães permanecerem em seus domicílios com seus filhos e dependentes.

Assim, os fundamentos pouco objetivos, amplos e que vão de encontro com diversos princípios constitucionais, recaem de forma específica sobre as mulheres, na medida em que o Judiciário passa a se colocar como agente “protetor” da sociedade ao combater a criminalidade, mas também ao regular o exercício da maternidade desviante do padrão “esperado”, conforme será aprofundado no próximo tópico.

4.5.

Questionamentos acerca da existência ou do exercício da maternidade

Após a apresentação destes primeiros argumentos, que giram em torno do cometimento de um crime, importante abordar com maior profundidade os discursos que se debruçam especificamente sobre o próprio exercício da maternidade. Conforme afirmado anteriormente, nas decisões analisadas, a criminalidade e a maternidade estão totalmente conectadas. Adiante, iremos detalhar melhor como se dá essa articulação.

Buscaremos apresentar e analisar os vários argumentos baseados no questionamento da própria natureza do vínculo entre mãe e filhos/as, a fim de entender de que forma foram utilizados para negar a prisão domiciliar nas amostras analisadas pela presente pesquisa. Mui-

tas vezes, sua utilização supõe que tal relação — cuja proteção é consagrada na Constituição Federal⁴⁴ - não é imprescindível.

Analisaremos fundamentos bastante recorrentes, como “inexistência de prova da existência de filhos e filhas ou gravidez”; “filhos/as não residem com a mãe ou estão sob os cuidados ou guarda de outros”; “mãe não cuida adequadamente dos filhos”; “conduta da mãe coloca em risco os/as filhos/as”; ou ainda “não há prova de que terceiros podem cuidar das crianças”.

4.5.1. Dúvidas sobre a imprescindibilidade da mulher para o cuidado de filhos e filhas

O Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), em manifestação no *habeas corpus* coletivo do STF, desenvolveu relevante argumentação acerca da presumibilidade da mãe no cuidado de seus filhos ou filhas. Afirmam, em síntese, que é dever, e não mera faculdade de pais e mães manter seus filhos e suas filhas em sua presença, garantindo-lhes a proteção especial necessária à sua condição de fragilidade e vulnerabilidade. Trata-se da responsabilidade parental. Nossa forma de organização social da reprodução da vida, e os cuidados inerentes a tanto, presumem que a guarda das crianças é de seus pais. A própria legislação brasileira pressupõe a dependência dos menores com suas genitoras e a necessidade de garantir sua presença física, psicológica e afetiva na vida das crianças⁴⁵.

Não há que se falar em exigência de prova acerca da importância dos cuidados da mãe para com seus filhos e suas filhas, pois, para o Marco Legal da Primeira Infância, a simples existência dessa relação implica na proteção da sua manutenção para o desenvolvimento integral da criança.

O direito à convivência familiar é direito fundamental, e seu afastamento só pode acontecer em situações excepcionais, devidamente fundamentadas por profissional competente para tanto (o que não pode ser aferido por magistrados e magistradas de competência criminal). A interferência de atores judiciais sem competência para determinar questões referentes ao poder e à competência familiar faz com que o Judiciário passe a colaborar com a constituição de fatores geradores de vulnerabilidade para a criança e para a mãe. E, ainda que filhos e filhas não residam com a mãe ou não esteja/m sob sua guarda, é direito da/s criança/s poder/em ter contato e convivência com sua genitora, e que não tenham tolhida a possibilidade de manter laços afetivos e emocionais com a mesma. Como afirma o IDDD na referida manifestação,

44 “Dos Direitos Sociais”, artigo 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, **a proteção à maternidade e à infância**, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

45 O art. 229 da Constituição Federal determina que “Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

Mesmo que a mãe tenha em algum momento negligenciado o cuidado com o filho, não pode o Estado impedi-la de reatar esse laço familiar, que, em última análise, beneficia o infante, destinatário direto das normas protetivas do Marco Legal da Primeira Infância.

Ainda, não cabe ao atores que aplicam a justiça criminal exercer juízo de valor sobre a forma como cada mulher estabelece essa relação com sua prole — seara referente à esfera cível, do direito de família e do Estatuto da Criança e do Adolescente. A pesquisa nos permitiu observar que muitas vezes o ideal de “mãe”, que juízes e juízas mostram esperar das mulheres em conflito com a lei desconsideram as características específicas no exercício materno resultantes do perfil socioeconômico delas e que implica na criação de seus filhos e/ou suas filhas.

Ou seja, o modelo de maternidade que se “cobra” dessas mulheres corresponde a um ideal que se refere a uma determinada classe, gênero e raça/cor — da qual os juízes e as juízas oriundos/as (CNJ, 2014) —, cuja condição social e econômica possivelmente permita a determinadas mães cuidarem de sua prole sem ter que trabalhar e amparadas por toda uma estrutura familiar, financeira e de apoio. Ao longo da investigação, nos pareceu que os valores e visão de mundo daqueles e daquelas que decidem os litígios levados à audiência de custódia muitas vezes não consideram como legítima a dinâmica de vida daquelas que são julgadas. O trecho abaixo, retirado de decisão de uma das audiências de custódia acompanhadas, ilustra esse raciocínio, já apresentado no presente texto:

Quanto a autuada Heloisa, pontua [...] que não estava com a guarda dos seus filhos (cometia crime no período da noite, friso), já que disse que desde sexta-feira passada eles estavam com a avó **(a evidenciar que a autuada não se dedica de forma ininterrupta à criação das crianças e que estas não estão desamparadas)** (grifos nossos)⁴⁶.

Frise-se que após as manifestações de entidades como o IDDD, o Min. Lewandowski, na última decisão do *habeas corpus* já mencionada, proferida em outubro de 2018, aborda a temática acima, indicando que, à primeira vista, tal argumentação contraria o entendimento vigente no Supremo Tribunal Federal⁴⁷. Apesar de não haver decisão final sobre a questão, a sinalização feita pelo Ministro é importante para que se percebam as problemáticas de tal fundamento.

Durante as audiências de custódia, o argumento da falta de prova sobre a imprescindibilidade da mulher para os cuidados de filhos e filhas apareceu em 24 dos 120 casos (ou seja, 20%) de mulheres potenciais beneficiárias — um número bastante elevado. Nas manifestações do Ministério Público durante tais audiências, registramos um caso em que o fundamento do pedido era “a mulher não é indispensável aos cuidados do filho pois trabalha o dia inteiro”.

46 Nome fictício para preservar os dados pessoais das mulheres.

47 “Diz que a maioria dos indeferimentos baseia-se na suposta ausência de comprovação de sua indispensabilidade para os cuidados maternos, ou, eventualmente, de que a gestação é de alto risco. Pede a execução compulsória do HC coletivo, reclamando a adoção de medidas que garantam efetividade à decisão. Verifico que a requerente junta ementas dos julgados que, ao menos à primeira vista, realmente parecem contrariar ordem cogente deste Supremo Tribunal Federal” [HC 143.641, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, STF, decisão de 24/10/2018, pp. 7-8].

Em outro caso, cita-se o fato de que a mulher foi presa às 15:41, demarcando que naquele horário ela deveria estar com a criança, mas não estava.

Já nas decisões das audiências de custódia dos processos de instrução analisados, que compõem a segunda etapa da pesquisa, o mesmo fundamento surgiu 8 vezes (dentre as 102 audiências de custódia realizadas). Também em um caso em que a custodiada declarou que sua genitora, idosa, estava sob seus cuidados, lhe foi negado o direito de substituição pela prisão domiciliar por não haver comprovação de tal fato.

Quando passamos ao curso do processo de instrução, em que a mulher fez novo pedido de prisão domiciliar, observamos que em 4 situações (dos 47 pedidos específicos realizados) o magistrado alegou ausência de prova da imprescindibilidade da mulher para os cuidados dos filhos ou filhas. Novamente no caso mencionado acima, a negativa do magistrado se limitou às seguintes palavras: “presume-se que a genitora não depende exclusivamente dos cuidados da ré”.

Por fim, dentre as 200 decisões tomadas nos Tribunais Superiores, verificamos que, antes da decisão do *habeas corpus* coletivo (em fevereiro de 2018), 16 decisões apontavam como fundamentação para negar a prisão domiciliar a “Ausência de provas da imprescindibilidade da mulher para os cuidados do(a)(s) filho(a)(s)”. Após a decisão este número caiu para 2 casos, nos levando a supor que referido entendimento passou a ser melhor incorporado pelos Tribunais Superiores. Proporcionalmente, os 16 casos representam 34% das decisões antes do dia 20 de fevereiro de 2018, enquanto os 2 casos representam 7% das decisões após essa data.

Note-se que o argumento foi mobilizado pelo STF apenas uma vez (antes do julgamento do *habeas corpus*), ou seja, o STJ foi o responsável por utilizá-lo 17 vezes (15 antes de 20/02/2018 e 2 vezes após essa data).

4.5.2. Filhos e filhas tornam-se responsabilidade de outras mulheres, enquanto a genitora está presa

Como consequência do tipo de julgamento tratado no item anterior, boa parte de magistrados e magistradas entende que a existência de outros familiares é elemento apto a substituir os cuidados maternos, o que suprimiria, portanto, a necessidade da prisão domiciliar. Não é raro que o argumento para dispensar a aplicação deste direito seja o fato de que “os filhos ou filhas estejam sob os cuidados temporários de outros parentes” (na maioria das vezes a avó ou uma irmã ou tia da custodiada) ou que “os/as filhos/as estão sob os cuidados do genitor ou outro parente no próprio domicílio da mulher”, ou, ainda, que “não haja provas de que os/as filhos/as estejam sob os exclusivos cuidados da mulher” (por supostamente haver indícios de que a criança convive com outros adultos que auxiliam nos seus cuidados). Por exemplo, foram diversas as audiências de custódia acompanhadas em que juízes/as e promotores/as perguntavam às custodiadas se seus pais, outros parentes ou o próprio genitor moravam próximos dela e poderiam cuidar das crianças.

Destaque-se que se trata de pergunta extremamente perversa. Se ao ser questionada sobre com quem estavam as crianças no momento do flagrante ou com quem estão enquanto estão presas, a mulher responde que eles estavam ou estão com terceiros, deduz-se que os

filhos e filhas estão ou podem ficar sob os cuidados de outras pessoas (mesmo quando na fala da mulher tenha ficado claro que se tratava de um cuidado temporário). Por outro lado, se a mulher responde que os filhos estavam com ela no momento do flagrante ou que estavam sozinhos em casa, esse argumento é utilizado também para negar a prisão domiciliar, alegando que se trata de mãe negligente que deveria ser afastada de seus filhos e suas filhas.

Ademais, ao reproduzir referido discurso, os atores judiciais desconsideram absolutamente a relevância da relação da criança com sua mãe, nos termos anteriormente desenvolvidos, ainda que outros adultos venham a participar e contribuir com seus cuidados e desenvolvimento. A relação da criança com o pai, avós, tio, tias, irmãos, vizinhos ou amigos é fundamental e espera-se que seja parte do processo de compartilhamento da criação das crianças. Contudo, a simples presença de outros não substitui a relação com a mãe, pois tratam-se de relações complementares e não excludentes. A existência de uma delas não torna imprescindível a outra, sendo certo que, ainda que haja outros que tenham capacidade e condições de criar os/as filhos/as da mulher presa, isso não exclui a importância fundamental da mãe ao longo do crescimento.

Também, negar a possibilidade da prisão domiciliar apenas com base no fato de que a criança não reside com a mãe reflete uma ideia muito limitada de maternidade, e é pouco poroso às diversas dinâmicas familiares atualmente existentes. A importância do vínculo entre mãe e crianças não pode ser medida somente pelo fato de residirem juntos e é problemático fundamentar nesse critério a negativa de um direito que tem como objetivo primordial proteger os laços entre mães e filhos ou filhas, independentemente de se estes moram com ela ou não estão sob sua guarda exclusiva.

Ainda, o Judiciário desconsidera os custos que a prisão da mãe pode ter para outras mulheres da família e para toda a organização e dinâmica familiar, na medida em que os cuidados com crianças, pessoas com deficiência ou mesmo pessoas idosas recaem essencialmente sobre outras mulheres, que não sequer estão sendo julgadas e ouvidas, e podem se tornar, de maneira involuntária, responsáveis pelos cuidados daqueles que dependiam da custodiada cuja prisão preventiva foi decretada.

Assim, o Judiciário determina a outras mulheres, que se localizam fora de seu âmbito jurisdicional criminal, a responsabilidade do exercício dos cuidados maternos antes prestados pela custodiada, desrespeitando-se profundamente tanto a relação da mulher com sua prole, quanto as vidas privadas de terceiros, sobre quem a decisão judicial recai. Não à toa parte dos estudos prisionais demonstram que familiares de presos/as afirmam cumprirem pena de prisão fora da prisão junto com o/a parente preso/a⁴⁸.

Nos próximos capítulos, serão apresentadas, de maneira detalhada, as informações levantadas sobre quem permaneceu cuidando das crianças durante o período que as mulheres estiveram presas ou custodiadas. Contudo, para auxiliar na elaboração da nossa análise, já

48 Podemos citar o diagnóstico realizado pelo ITTC juntamente com instituições parceiras, em estudo elaborado através da Rede de Justiça Criminal, sistematizado em “Boletim Temático” (2014)

vale mencionar, por exemplo, que, nos casos de mulheres presas provisoriamente no CDP de Franco da Rocha, 54,2% delas indicaram outras mulheres como responsáveis pelas crianças naquele momento — ao mesmo tempo, somente 19,61% delas indicou que um homem estaria com tal responsabilidade.

A perversidade desse mecanismo também foi identificada e apontada pela pesquisa *Mulheres Sem Prisão: desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória de mulheres*:

A prisão de mulheres afeta a vida de seus filhos e de outras mulheres — suas mães. O abandono afetivo e material de companheiros e pais, principalmente depois da prisão, acarreta uma sobrecarga do cuidado com os filhos para as mães das mulheres presas. As lacunas materiais são significativas para o sustento dos filhos, pois muitas mulheres presas eram arrimo de família ou contribuía(m) consideravelmente com a renda da casa. **Para os filhos, a participação da mãe nas diferentes fases da vida é interrompida, deixando marcas dolorosas, principalmente para crianças e adolescentes.** (ITTC, 2017b: 225) [grifos nossos]

Durante as audiências de custódia acompanhadas, os fundamentos que têm relação com a possibilidade de dividir os cuidados das crianças apareceram na seguinte proporção:

- Filho/a(s) não reside(m) ou não está(ão) sob a guarda da mulher: utilizado em 10 casos
- Filho/a(s) está(ão) temporariamente sob os cuidados de outro adulto, em local diferente do domicílio da mulher: utilizado em 7 casos
- Filho/a(s) está(ão) sob os cuidados do genitor ou outro parente no próprio domicílio da mulher: utilizado em 4 casos
- Não há prova de que o/a(s) filho/a(s) esteja(m) sob os exclusivos cuidados da mulher: utilizado em 3 casos

Nas manifestações do Ministério Público nesses casos, o fato de filhos e filhas não residirem ou não estarem sob a guarda da mulher surgiu como argumento para não requerer a prisão domiciliar em 7 dos 120 casos. Ainda tangenciando a questão do cuidado com a prole, o argumento “filho/a(s) está(ão) sob cuidado do outro genitor ou outros parentes, no próprio domicílio da mulher” surgiu 8 vezes, mesmo número de vezes que apareceu a hipótese “filh(o) (s) está(ão) temporariamente sob cuidados de outro adulto, em local diverso do domicílio da mulher”. Já a falta de provas de que filhos e filhas estariam sob cuidado exclusivo das custodiadas surgiu em 4 dos 120 casos.

Nos processos das mulheres presas preventivamente no CDP, a questão apareceu 14 vezes, dentre os casos das 102 mulheres que passaram por audiência de custódia. Já a ideia de que as crianças da custodiada podem ficar sob cuidados do genitor ou de terceiro surgiu 12 vezes.

Durante os processos de instrução dessas mulheres, somente em 1 único caso o magistrado fundamentou sua negativa ao pedido de prisão domiciliar no fato de que não havia prova que a criança vivesse com a mãe. Trata-se de argumento bastante problemático, pois não há maneira simples ou documental de comprovar tal situação. Já o fato dos “filhos ou

filhas não residir(em) ou não estar(em) sob a guarda da mulher” surgiu 3 vezes dentre os 47 pedidos feitos, mesmo número de vezes em que apareceu o argumento de que estes podem ficar sob os cuidados do genitor ou de terceiros surgiram.

No STF e STJ, a presunção de que o filho ou filha podem ficar sob os cuidados de outros familiares apareceu em 20 das 200 decisões, sendo que foi utilizado em 16 casos antes da decisão do *habeas corpus* coletivo (1 vez pelo STF e 15 vezes pelo STJ), reduzindo-se para 4 casos após esta data (todos do STJ), o que nos leva a supor que a fixação de critérios objetivos pelo STF pode ter contribuído para uma pequena diminuição da margem de discricionariedade empregada anteriormente pelos magistrados e magistradas ao decidir sobre a prisão domiciliar.

Os 16 casos anteriores ao *habeas corpus* representam 34% das decisões analisadas deste período, enquanto os 4 casos posteriores são apenas 14% das decisões do segundo momento. Já a fundamentação “Filho/a(s) não reside(m) ou não está(ão) sobre a guarda da mulher” apareceu apenas 2 vezes (uma antes e uma depois da decisão do *habeas corpus* do STF, ambas as vezes mobilizado para fundamentar decisão do STJ).

4.5.3. Necessidade de comprovação da maternidade ou gestação

Poderíamos elencar inúmeras decisões que exigem “comprovação” da maternidade como condição para a concessão da prisão domiciliar⁴⁹. A questão é especialmente delicada ao analisarmos o momento das audiências de custódia. Isso porque tais encontros devem ocorrer, em regra, 24h após a prisão em flagrante, e é comum a mulher nem sempre conseguir munir a defesa — que muitas vezes se apresenta a ela no momento da audiência — de documentos probatórios (certidão de nascimento de filhos/as, documento médico que ateste a existência da gravidez, etc.). Não é habitual as pessoas portarem consigo esse tipo de documentação em seu dia-a-dia, e, portanto, não estão de posse dessas “provas” no momento da prisão em flagrante. O prazo exíguo também dificulta os familiares, mesmo cientes da prisão, de conseguir se informar da necessidade de tais documentos, e quando o sabem, de ter condições financeiras ou temporais para se deslocarem até os locais da audiência com as documentações necessárias.

A decisão concedida pelo Min. Lewandowski no *habeas corpus* coletivo abordou este

⁴⁹ Como exemplo, podemos citar os seguintes trechos, retirados do banco de dados da primeira etapa da pesquisa: “Não há nos autos comprovação de que a autuada está gestante, sendo certo que tal condição não é aparente. Anota que, vindo aos autos comprovação idônea do requisito previsto no art. 318 do CPP, a decisão poderá ser reavaliada, inclusive à luz do julgado recente do Supremo Tribunal Federal”; “A questão relativa a possível gravidez poderá ensejar reanálise desse ponto, desde que mediante prova cabal do fato”; “Apresentar certidão de nascimento dos filhos em até 5 dias, sob pena de decretação da prisão preventiva”; “Apesar da alegação de que possui um filho com 11 anos de idade, nenhum elemento de prova acostado ao autos”; “Deixo de substituir a prisão preventiva por prisão domiciliar porque ausentes os requisitos legais. Anoto que apesar de as autuadas terem declarado possuir filhos, não há comprovação nesse sentido, o que impossibilita a aplicação da medida almejada”; “Já no tocante a autuada C., em que pese ter dito que estaria grávida de 4 meses e que ainda tem mais 2 filhos que moram juntos com ela e sua mãe, não há provas de que realmente seja mãe das crianças ou ainda que esteja grávida de outro feto”.

tema e determinou que, nestes casos, o elemento mais importante a ser considerado é a própria palavra da mulher.

Para apurar a situação de guardião dos seus filhos da mulher presa, dever-se-á **dar credibilidade à palavra da mãe**, podendo o juiz, na dúvida, requisitar a elaboração de laudo social, devendo, no entanto, cumprir desde logo a presente determinação. (HC 143.641, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2a Turma, STF, julgado em 20/02/2018, pp. 33-34) [grifos nossos].

Ademais, caso necessário, pode a juíza ou o juiz requisitar a juntada posterior de documentos que comprovem a maternidade — o que já será feito de praxe pela defesa, no curso do processo, especialmente no momento da instrução probatória. Não pode, assim, admitir-se que a informação acerca da existência da maternidade seja relegada à informação a ser desconsiderada na decisão da audiência. A palavra da mãe é a única prova exigida para a aplicação do direito, de acordo com a decisão do STF.

Durante as audiências de custódia, o argumento da “inexistência de provas acerca da existência de filhos ou filhas ou da gravidez” apareceu em 13 casos — um número representativo. Já nas manifestações do MP, houve alegação de tal argumento em 9 do total de 120 casos de mulheres que poderiam ter a prisão domiciliar aplicada.

Importante destacar que, além de configurar ilegalidade, referida exigência representou elemento de forte constrangimento no curso da audiência. Em um desses casos, a juíza solicitou à custodiada (que estava sentada, algemada e de casaco moletom, e havia afirmado gravidez avançada) levantar da cadeira e subir o casaco para que ela pudesse ver sua barriga. Em outro caso similar, em que a gravidez se encontrava em estágio inicial, a juíza questionou “Sua gravidez é visível?”. Depois da resposta afirmativa da custodiada, solicitou à ela se levantar e ficar de perfil para aferir a sua aparência.

No segundo banco de dados, a negativa da falta de prova idônea da maternidade ou gravidez foi a que mais surgiu dentre os casos de mulheres que passaram por audiência de custódia: 39 vezes. Aponte-se que 85% das 200 mulheres do nosso universo foram presas em datas posteriores à decisão do Min. Lewandowski referente ao *habeas corpus* coletivo e já citada anteriormente neste tópico. Ou seja, as decisões tomadas durante a maioria das audiências de custódia da amostra já deveriam estar de acordo com o precedente estabelecido pelo STF.

Quando passamos ao processo de instrução, somente em 2 dos 47 casos utilizou-se essa mesma fundamentação. A diferença de incidência de tal argumento entre os dois momentos pode ser explicada pelo fato de que, em geral, no momento de fazerem tais pedidos, a defesa já teve acesso a documentos como a certidão de nascimento dos filhos ou filhas. Isso permite uma reflexão sobre o poder simbólico dos documentos que, quando presente, inibem os demais argumentos (crianças não vivem com a mãe, mãe não cuida adequadamente dos filhos, etc.).

Note-se que em um único caso ao longo de um processo de instrução, o magistrado fundamentou sua negativa ao pedido de prisão domiciliar realizado no fato de que não havia prova que a criança vivesse com a mãe, argumento que não surgiu nenhuma vez durante as

audiências de custódia. Trata-se de argumento bastante problemático, pois não há maneira simples ou documental de comprovar tal situação, além do fato de que não morar junto não retira a importância do vínculo com a mãe.

Por fim, no STF e STJ a negativa apareceu somente 4 vezes [2 vezes em cada um dos tribunais] e todas antes da decisão do *habeas corpus* coletivo.

4.5.4. Conduta da mãe coloca em risco a integridade dos filhos

Estereótipos em relação a certo tipo “ideal” de maternidade estão no eixo central das argumentações do presente tópico. Muitas vezes registramos a utilização de argumentos que se baseiam em um suposto “bem estar da criança”, apontando-se os supostos malefícios que a conduta da mulher gera aos filhos e às filhas. Em linhas gerais, trata-se de julgamentos morais acerca do exercício da maternidade por parte das acusadas, o que resulta em sua “dupla penalização”. As decisões demonstram que as mulheres mães ou grávidas em conflito com a lei são julgadas tanto por sua suposta conduta ilegal, quanto por romperem com o ideal de maternidade socialmente imposto a elas.

A problematização da conduta da mãe é ainda mais acentuada se a mulher está sendo acusada por crimes relacionados ao tráfico de drogas, conforme desenvolvido em tópico próprio. Observamos, por exemplo, o uso da fundamentação específica que afirma que “o tráfico de drogas é incompatível com a maternidade”. O raciocínio automaticamente retira qualquer proteção que a lei garante ao vínculo materno simplesmente por tratar-se de pessoa supostamente envolvida em tais crimes, contrariando a segunda decisão proferida pelo Ministro Lewandowski.

Relembramos, ainda, que, caso haja dúvidas sobre as condições em que se dá o exercício da maternidade pela custodiada para com seus filhos e suas filhas — o que deve configurar situação excepcional — pode ser requerido laudo psicossocial e produção de provas, conforme esclarece a decisão do STF do *habeas corpus* coletivo. Tal avaliação não pode ser aferida de forma superficial por um juízo ou juiz não especializado no tema, fora da esfera criminal. Somente a partir deste laudo, o juízo pode, se entender devido, requerer outro tipo de encaminhamento às crianças.

Este não foi o procedimento adotado no único caso, dentre os 120 acompanhados durante a primeira etapa da pesquisa, em que o Ministério Público pediu encaminhamentos para a criança. Solicitou-se ao juízo que oficiasse a Vara da Infância e Juventude para a perda do poder familiar de mulheres, com base na “exposição da criança à traficância”. Tratava-se de caso de mulher, com filho menor de 12 anos, que trabalhava como auxiliar de imobiliária (declarou ter renda de um salário mínimo), presa em flagrante acusada de tráfico de drogas.

Na ocasião, a Promotoria posicionou-se favorável à prisão preventiva da custodiada e foi contra o pedido da Defesa de prisão domiciliar utilizando os seguintes fundamentos: “filho/a(s) está(ão) sob os cuidados do genitor ou outros parentes, no próprio domicílio da mulher”; “não há prova idônea da existência do filho/a(s) ou da gravidez”; “tráfico de drogas é incompatível com a maternidade”; “preservação da ordem pública”; e “gravidade do crime”. Em que pese tenhamos verificado apenas um caso deste tipo, trata-se de situação grave, que viola o direito à presunção de inocência desta mulher.

Note-se que em apenas uma das audiências de custódia analisadas o juiz requereu algum tipo de encaminhamento assistencial à criança (o requerimento de perda de poder familiar, como do caso exposto logo acima, não se enquadra como encaminhamento assistencial). Ou seja, apesar da retórica de preocupação com os infantes, não há uma prática consistente de sugerir medidas que proporcionem a eles uma melhor condição de vida. No STF e no STJ, por outro lado, registramos 16 casos (entre as 200 decisões lidas) de requerimento de tais encaminhamentos.

Nas audiências de custódia acompanhadas (120 de mulheres que teriam direito a prisão domiciliar), os argumentos que dizem respeito a um suposto risco que as crianças correm foram:

Conduta(s) da mãe coloca(colocaram) em risco a integridade do/a(s) filho/a(s): utilizado em 6 casos

1. Crianças estavam presentes no flagrante e própria prática do crime
2. A própria prática do crime (2 vezes)
3. A autuada trafica com frequência e utiliza da filha para praticar crime
4. Traficância
5. Relação com o tráfico

Tráfico de drogas é incompatível com a maternidade: utilizado em 3 casos

Mulher não cuida adequadamente do/a(s) filho/a(s): utilizado em 3 casos

1. Filhos/as estavam presentes no momento do flagrante
2. Ligação direta com o crime
3. Drogas em casa na presença dos filhos/as

Já nas manifestações do Ministério Público, a expressa alegação de que essas mulheres não cuidam adequadamente das crianças — cuja matéria, ressalte-se, não pode ser objeto de análise na audiência de custódia — surgiu como argumento impeditivo da concessão da prisão domiciliar em 5 casos. Em 4 destes cinco casos a falta de cuidado com filhos ou filhas foi apontada por conta de motivos relacionados ao uso ou tráfico de drogas. No outro, apontou-se “negligência” por parte da mulher, acusada de roubo simples.

Ainda, em 8 casos, o MP alegou que as condutas da mãe colocam em risco a integridade das crianças como argumento para afastar a possibilidade de aplicação da prisão domiciliar. Novamente aqui, na maioria dos casos o risco de integridade se relaciona com questões vinculadas à questão das drogas, por exemplo a simples referência à “*traficância*” ou mesmo a prática de guardar em casa substâncias ilícitas. Nos outros casos, há menções vagas ao simples fato da prática delitiva ser um mau exemplo para filhos e filhas.

Os argumentos deixam bastante claro que os membros e as membras do Ministério Público reproduzem uma visão distorcida da relação das mulheres com substâncias entorpecentes e até mesmo com o cometimento de delitos, assim como impõem exigências acerca do cumprimento de um ideal de maternidade que desconsidera as dificuldades na reprodução da vida dessas mulheres e suas necessidades de sobrevivência.

Já na segunda etapa da pesquisa, onde foram analisados os processos das mulheres presas preventivamente no CDP de Franco da Rocha, o fato da conduta da mãe colocar em risco a integridade de suas crianças surgiu 1 vez, em decisão extremamente questionável. Conforme o trecho abaixo deixa claro, o juiz considerou que “*o contato de criança com usuária de drogas envolvida com o tráfico*” violaria a integridade da criança. Ainda apontou que, mesmo que a mulher fosse a principal responsável pelo sustento familiar, os malefícios de seu afastamento por conta da prisão eram menores do que aqueles causados pela convivência das crianças com uma usuária de drogas.

No tocante à alegação de que a autuada é a única responsável pela criação de seus filhos, tem-se que não a beneficia. Primeiro porque tal alegação não restou comprovada. Nada obstante, a própria autuada afirmou ser pessoa que trabalha duas vezes por semana, obtendo rendimentos da ordem de R\$ 1.000,00, **com os quais sustenta seus filhos e sua neta**. Contudo, logo em seguida, admitiu ser consumidora de 03 ou 04 porções diárias de cocaína. Tal circunstância acarreta em duas consequências distintas: a) se consome tal quantidade de cocaína por dia, evidente que não tem condições financeiras de sustentar os filhos e a neta; b) consumindo tal quantidade de droga tão nociva diariamente, não tem a mínima condição psicológica e moral de cuidar de cinco filhos e uma neta. **Aliás, evidente o prejuízo de crianças sendo cuidadas por usuária frequente de cocaína e envolvida com a criminalidade perigosa relacionada ao comércio de drogas, pois estaria expostas a sérios riscos à sua integridade física e psicológica.** Sobre os efeitos prejudiciais da distância da mãe com relação ao filho, importante mencionar que à evidência são muito menos piores do que o contato de criança com usuária de cocaína envolvida com o tráfico de drogas. **Vale ressaltar, ainda, ser imenso referido prejuízo aos menores, notadamente porque as drogas foram encontradas no interior da residência da própria autuada**, onde vive com os filhos, sendo evidente o risco a que os expõe diariamente nessas condições. (grifos nossos)

Em 2 dentre os 47 casos em que houve pedido específico de prisão domiciliar feito ao longo do processo de instrução, magistrados e magistradas alegaram que a conduta da mulher colocaria a integridade das crianças em risco. Em um deles, tal risco foi pontuado pelo fato das substâncias ilícitas apreendidas no flagrante estarem guardadas na casa da mulher. No outro, o juíza ou juiz fez questão de pontuar que “*mãe que é mãe não deixa uma criança de madrugada para ir ao encontro de drogas*”, além de afirmar que a criança pode estar em situação irregular, abandono ou risco, tendo em vista o fato de a mãe ser usuária de drogas.

A decisão é bastante ilustrativa de diversos argumentos aqui mencionados, uma vez que o magistrado ou a magistrada indicou que a mulher “*abandonou sua prole*” e também mencionou que as deliberações do *habeas corpus* coletivo seriam privilégios excessivos, que aumentam a impunidade. Chega inclusive a externar sua preocupação com a presença de facções criminosas, sem, contudo, relacionar nem remotamente tal preocupação com as circunstâncias concretas do caso.

Em que pese o teor do *habeas corpus* nº 143.641/SP, não restou demonstrado pela Defesa que a menor vivia de fato sob os cuidados da acusada, até porque ela foi **presa em flagrante em local conhecido por ser ponto de tráfico e vivência de usuários de drogas (cracolândia)** e durante a madrugada, período no qual, em tese, uma criança precisaria estar sob os cuidados da mãe, caso a mãe efetivamente conviva com a menor e cuide dela. **Infelizmente, o que se assiste em muitos casos, é que a prole é abandonada pela genitora que se lança no mundo do ilícito, ficando aos cuidados de outros parentes, mormente em casos como o de tráfico e uso de drogas.** Respeitosamente a opiniões em contrário, o **excesso de privilégios**, muitos dos quais fundados em uma visão purista da sociedade e dentro de um “jus naturalismo”, com equívoco porque o nosso sistema penal é positivista, acaba por **gerar impunidade e até a reação da sociedade.** Importante mencionar que o Juízo fica preocupado com o crescimento dos chamados “Tribunais do Crimes”, patrocinados pela facção criminosa do PCC, diante da pouca efetividade do Estado e da própria Justiça. Infelizmente, não é incomum ouvir-se que os “Tribunais do Crime” resolvem aquilo que a Justiça não faz. No presente caso, **conceder a prisão domiciliar apenas porque a acusada é mãe, em última análise, poderá representar apenas a continuidade da eventual ação dentro do tráfico ilícito de entorpecentes.** Inclusive, mãe que é mãe não deixa uma criança de madrugada para ir ao encontro de drogas. Além disso, eventualmente, a criança pode estar em situação irregular e de risco (...). (grifos nossos)

Ainda, em um outro caso, o juiz argumentou que o fato da criança ter menos de um ano não foi “*circunstância suficiente para impedi-la de se envolver em delito*”. Tais excertos evidenciam como o Judiciário compreende o exercício da maternidade de uma maneira única, hermética e monolítica, considerando que circunstâncias relacionadas ao uso ou tráfico de drogas “anulam” o exercício da maternidade. Além de tal lógica estigmatizar a própria figura da mulher mãe, fica patente que também há uma grande recriminação em torno do tema do uso de drogas.

Por fim, nas 200 decisões do STF ou STJ, a ideia de que a conduta da mãe coloca em risco a integridade do/a(s) filho/a(s) apareceu em 9 casos. Foi utilizada como fundamentação antes da decisão do *habeas corpus* coletivo (4 casos) e seguiu existindo após essa data (5 casos). Foi utilizada 1 vez pelo STF após fevereiro de 8 vezes pelo STJ (4 vezes da decisão do *habeas corpus* e 4 vezes após essa data).

Em tais decisões, os motivos apontados para exposição das crianças a risco são: crime na presença do/a(s) filho/a(s) (5 casos), tráfico incompatível com a maternidade (1 caso), usuária de drogas e/ou álcool (1 caso) e também “estar constantemente envolvida em delito” (2 casos).

4.5.5. Argumentos residuais

Por fim, importante registrar alguns outros argumentos registrados, que, em sua grande maioria, giram em torno do questionamento do vínculo materno ou da gestação, como em um caso em que o fundamento para negar o direito foi, dentre outros, o fato da mulher “*ser um mau exemplo para os filhos*”. Também vale registrar a formulação que surgiu em um dos casos das

audiências de custódia acompanhadas, em que o fato da mulher supostamente ter sido presa em flagrante cometendo um crime patrimonial indicaria que sua gestação não é de risco:

Não foi comprovado o risco da gravidez, motivo pelo qual deveria permanecer em repouso. Ao perpetuar crimes patrimoniais, ao menos por duas vezes **denota que a manutenção da sua gestação prescinde de recolhimento e descanso.** (grifos nossos).

Outros dois casos que surgiram na custódia, afirmam que a mulher não podia ter direito à prisão domiciliar por não se encaixar nos critérios objetivos da lei. Em um deles, indicou-se que “a atuada afirmou que não exerce o poder familiar sob seus filhos, sendo um entregue ao conselho tutelar e outro encontra-se com uma tia” e, em outro, a decisão foi fundamentada no fato da mulher ter uma filha com mais de doze anos. A confusão sobre a idade da criança se explica na medida em que há uma imprecisão no registro das informações sobre maternidade quando a mulher adentra no sistema de justiça criminal brasileiro.

Por fim, em 2 casos das audiências de custódia, a possibilidade de prisão domiciliar foi negada por terem as mulheres descumprido uma anterior determinação de recolhimento domiciliar.

Nos Tribunais Superiores também surgiram argumentos residuais relativos à maternidade ou ao crime cometido:

“Periculosidade da agente” (6 casos, sendo um concomitante com **“Propensão dos agentes à prática delitiva”**)

“Tráfico praticado na própria residência onde pretende o recolhimento” (2 casos)

“Sem ocupação lícita” (1 caso)

“O fato de a paciente ser mãe não é apto a se sobrepor às especificidades do caso concreto que impõem a segregação cautelar” (1 caso)

“A mãe entregou o próprio filho à sua genitora para fugir” (1 caso)

“Crime cometido por motivo banal” (1 caso)

Ainda, nas decisões da terceira etapa da pesquisa, registramos diversos argumentos que guardam relação estreita com questões formais do processo. Isto é, são casos em que algum tipo de formalidade impediu a análise do conteúdo do pedido — que foi o requerimento de prisão domiciliar.

“O pedido não foi aventado perante o tribunal de origem; Não pode ser apreciado sob pena de supressão de instância” (1 caso)

Não cabimento de reclamação” (1 caso)

“O pedido não foi analisado pelo STJ” (1 caso)

“Não cabe HC por implicar supressão de instância; Não há flagrante ilegalidade que autorize a superação da Súmula 691/STF” (3 casos)

“Reclamação não é via idônea para requerer aplicação do HC 143.641/SP do STF” (1 caso)

Pontue-se que, apesar de não nos debruçarmos detalhadamente sobre tais casos, é interessante refletir sobre o papel que tais impedimentos “formais” cumprem dentro do processo e em que medida eles poder ser utilizados como maneira de afastar o julgador de uma análise mais aprofundada da situação.

Trata-se de decisões que, em sua maioria, se restringem à análise de aspectos formais do recurso e não sobre pedido em si, constituindo-se em mecanismos para negar à mulher o direito à prisão domiciliar. Isso porque, verificando-se flagrante ilegalidade, podem os Ministros e as Ministras concederem de ofício a prisão domiciliar ou a liberdade provisória ainda que a mulher não tenha expressamente feito o pedido, mas com base nos argumentos por ela apresentados. Ou seja, ao tratar o processo como eivado de problemas formais, desconsidera-se a existência de flagrante negação de direito fundamental que poderia ser concedido de ofício, “escondendo-se” o mérito da causa atrás de “problemas formais”. Deixam, assim, esses magistrados e magistradas de encarar o problema central do direito ao pleno exercício da maternidade e do direito ao pleno desenvolvimento da criança (fora do ambiente prisional).

4.6.

A prisão domiciliar não é automática, nem um direito subjetivo

Importante colocar em evidência outro argumento marcante, referente à compreensão do magistrado ou magistrada de que a prisão domiciliar não seria “automática” ou não configuraria direito subjetivo da mulher. De acordo com tal visão, caberia, em cada caso em que a mulher preenche os requisitos da lei, uma análise adicional sobre a pertinência ou não da permanência da criança com sua mãe ou do desenvolvimento da gestação fora da unidade prisional.

Relembre-se que o art. 318 do Código de Processo Penal (alterado pela Lei do Marco Legal da Primeira Infância) diz que:

Art. 318. **Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar** quando o agente for: (...) (grifos nossos)

Apesar da redação do atual do artigo acima indicar que o juiz “poderá” conceder a prisão domiciliar, o *habeas corpus* coletivo já deixou claro que se trata de direito da mulher que deve ser sempre aplicado caso presentes os requisitos (ser mãe de crianças com até 12 anos ou com deficiência ou ela estar gestante, passível apenas de análise em casos específicos (crime cometido com violência ou grave ameaça ou contra os descendentes), com a devida fundamentação.

Apesar da indicação jurisprudencial feita pelo STF, a dúvida acerca da expressão “poderá” ficou resolvida de vez com a promulgação da Lei nº 13.769/2018, que incluiu no CPP os artigos 318-A e 318-B com a seguinte redação:

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

- I — não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;
- II — não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.”

Art. 318-B. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código. (grifos nossos)

Neste novo artigo, a palavra “poderá” foi substituída por “será”. Assim, resta claro que a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar nos casos previstos acima não se trata de mera faculdade do magistrado ou magistrada, mas de imposição legal, com vistas a proteger o direito social à maternidade e à primeira infância e deve ocorrer em todos os casos que preencham os critérios estabelecidos.

A ideia se coaduna também com a visão de que a prisão domiciliar seria um “prêmio”, um “benefício”, aplicado somente nos casos que magistrados/as entenderam merecedores de tanto. Outras vezes, a maternidade, em vez de ser considerada uma especificidade que deveria conferir tratamento diferenciado às mulheres, de modo a garantir-lhes direitos, é considerada um “álibi” para a prática delitiva, e, portanto, passível de julgamento rigoroso, como ilustra o trecho abaixo.

A autuada pretendia continuar atentando contra o patrimônio alheio, **se valendo de sua condição de mãe como espécie de salvo-conduto geral.** (grifos nossos)

A decisão acima indica que alguns julgadores e algumas julgadoras entendem a prisão domiciliar não como uma efetiva restrição da liberdade da mulher, que onera de diversas maneiras sua rotina e sua família, mas sim como uma forma de “impunidade”. Tal visão se coaduna com o corrente raciocínio de que a prisão é a única forma possível de punição ou responsabilização⁵⁰.

Durante as audiências de custódia, que compõem a amostra do primeiro banco de dados da pesquisa, vimos que o argumento “é certo que a substituição da preventiva em prisão domiciliar não é automática”, repetiu-se em significativa quantidade de decisões. Foi comum observar que as negativas (organizadas a partir das categorias construídas pelas pesquisadoras) vinham, em sua redação formal na decisão da audiência de custódia, acompanhadas da referida ressalva.

Já no banco de dados dos processos de mulheres presas no CDP de Franco da Rocha, o fundamento “a prisão domiciliar não configura um direito subjetivo da mulher, mas sim uma faculdade do juiz”, surgiu 5 vezes durante as audiências de custódia (de 102 mulheres). Ao longo do processo de instrução, verificamos apenas um único caso em que tal argumento foi utilizado (dentre os 47 casos em que houve pedido por parte da defesa).

Por fim, no banco de dados das decisões dos Tribunais Superiores, pudemos observar uma mudança significativa antes e depois da decisão do *habeas corpus* coletivo no que se refere à noção sustentada por Ministros e Ministras sobre a prisão domiciliar não constituir um direito subjetivo da mulher, mas uma discricionariedade do juiz. Antes de tal decisão, o argumento surgiu em 7 das 200 decisões analisadas, nos termos dos trechos a seguir:

50 Para uma análise mais aprofundada sobre a aplicação da pena de prisão e algumas teorias que fundamentam sua aplicação atualmente, ver: “O Direito Penal é Capaz de Conter a Violência?” (MACHADO&MACHADO, 2013); “A superpopulação prisional como obstáculo ao desenvolvimento sustentável” (MACHADO, 2012).

Esta Corte Superior firmou entendimento segundo o qual **a benesse não possui caráter absoluto ou automático**, podendo o Magistrado conceder ou não o benefício, após a análise, no caso concreto, da sua adequação [...] (grifos nossos)

A previsão insculpida na lei reformadora do art. 318 do Código de Processo Penal, **não é de caráter puramente objetivo e automático**, cabendo ao magistrado avaliar os diagnósticos produzidos por equipe multidisciplinar com relação à situação da criança e ainda da adequação da medida à clausulada. [...] (grifos nossos)

Contudo, após a decisão do *habeas corpus* coletivo, verificamos que este argumento deixou de aparecer, mostrando a importância da decisão para esclarecer que a substituição da prisão preventiva pela domiciliar não se trata de uma escolha dos magistrados e magistradas, mas sim de critério objetivo a ser observado.

4.7.

Mulheres migrantes e sem moradia fixa

Outros argumentos para negar o direito à prisão domiciliar se vinculam a outras especificidades em que as mulheres estão inseridas. Ainda que se trate de casos com menor incidência, é importante olhar a pluralidade de aspectos sociais, econômicos, culturais e de origem de algumas mulheres, a fim de compreender melhor a complexa teia de violências de distintos caracteres que perpassam suas vidas.

Nesse sentido, uma primeira fundamentação que pode ser citada é o fato da mulher não possuir residência fixa — dados quantitativos a esse respeito serão melhor expostos a partir do capítulo VI -, o que impediria o monitoramento do cumprimento da medida. Contudo, a falta de residência fixa evidencia a extrema vulnerabilidade e pobreza dessas mulheres, condições que não poderiam ser utilizadas para endurecer sua punição. Conforme já mencionado, juízes e juízas poderiam, por exemplo, solucionar a questão a partir de um encaminhamento assistencial para a mulher.

Como bem sustentou o ITTC em recente manifestação no *habeas corpus* coletivo do STF:

[...] **negar àqueles que não possuem moradia fixa o direito de acessar medidas cautelares alternativas à prisão por maior risco de fuga configura verdadeira violação do princípio constitucional da isonomia**, privando uma classe de indivíduos de acessarem um direito em função de uma condição decorrente de sua situação de vulnerabilidade socioeconômica, inclusive agravada pela situação de privação de liberdade. (grifos nossos)

No decorrer da pesquisa, verificamos que a falta de moradia fixa (situação encontrada em 26 casos) foi utilizada uma vez como causa impeditiva para aplicação do direito durante as audiências de custódia das 120 mulheres que teriam direito à prisão domiciliar. Também em um caso o Ministério Público fundamentou com tal alegação sua manifestação, contrária à aplicação da medida.

No segundo banco de dados, por sua vez, vimos o argumento da falta de moradia fixa ter sido tratado 1 vez nas audiências de custódia analisadas a partir dos processos das mulheres

presas no CDP Franco da Rocha. Nessa ocasião, tal condição foi considerada como “situação excepcionalíssima”. Já no momento da instrução, quando o pedido foi feito ao magistrado responsável por prolatar a sentença, a falta de moradia fixa surgiu 1 vez como argumento.

Isso se torna especialmente grave quando tratamos de outra especificidade, que é a condição de mulher migrante [situação encontrada em 9 casos]. A falta de políticas públicas de acolhimento faz com que essas mulheres muitas vezes fiquem desamparadas, do ponto de vista da moradia, ou dependam de uma rede de apoio local para viver em condições dignas. A questão também foi abordada pelo ITTC na manifestação mencionada acima:

Cabe destacar, ainda, que as condições sob as quais as mulheres migrantes são presas no país condizem com o fato de não possuírem endereço fixo, afinal muitas são presas em trânsito, seja em aeroportos ou terminais de ônibus. Assim, **a própria ausência de endereço é intrínseca à condição enquanto migrantes, de modo que fundamentar a não concessão do direito à prisão domiciliar sob esse argumento configura uma discriminação institucionalizada.** [grifos nossos]

As mulheres migrantes encarceradas enfrentam uma série de obstáculos e dificuldades. Dentre eles, a desterritorialização ocasionada pelos fluxos migratórios, somado ao encarceramento, faz com que elas não possam manter os vínculos imprescindíveis para com seu núcleo familiar, o qual fica ainda mais desestabilizado com sua ausência física⁵¹.

Nesse sentido, a possibilidade de permanecerem em prisão domiciliar permite que as mulheres nessas condições se utilizem das tecnologias disponíveis para realizar telefonemas, comunicar-se através de redes sociais, enviar os frutos de seu trabalho para o sustento de seus filhos e suas filhas, etc. O cumprimento de penas fora de estabelecimentos prisionais, portanto, garante uma maior possibilidade para que essas mulheres assegurem os cuidados emocionais e materiais pelos quais são responsáveis e sobre os quais desempenha um protagonismo fundamental.

O fato da mulher ser migrante foi utilizado como fundamento de uma decisão judicial e de um pedido do Ministério Público, ambos contrários à aplicação da prisão domiciliar em casos de mulheres que teriam direito, segundo o Marco Legal, à tal instrumento.

51 Além disso, durante as audiências de custódia acompanhadas presencialmente, verificamos que a língua é também uma relevante dificuldade para essas mulheres. A linguagem complexa, formal e jurídica – que já representa uma dificuldade para quem entende o português – dificulta ainda mais que as mulheres estrangeiras compreendam o processo judicial ao qual estão envolvidas. Observou-se que dentre os 9 casos de mulheres estrangeiras em audiência de custódia, nenhuma foi acompanhada por tradutor linguístico, sendo que 7 delas, apesar de não possuírem domínio total da língua portuguesa, alegaram compreender parcialmente os os juízes e as juízas, mas as duas restantes pareciam não compreender quase nada do que era falado, o que inviabiliza substancialmente seu acesso à justiça. Para entender melhor sobre isso ver: “Fala português?”. *Mulheres Sem Prisão: enfrentando a (in)visibilidade das mulheres submetidas à justiça criminal*. (ITTC, 2017: 71 - 77).

4.8.

Casos em que não foi apreciado o mérito ou não houve fundamentação

É importante registrarmos também a quantidade de casos em que o pedido de prisão domiciliar não foi analisado ou foi negado sem qualquer fundamentação concreta. Uma vez que se trata de direito das mulheres que preenchem os requisitos para tanto, a negativa à concessão do direito deve ser devidamente fundamentada pelo juiz. A falta de motivação em tais decisões fere o direito à ampla defesa, garantia constitucional, e também viola o estabelecido no art. 315 do Código de Processo Penal (“*A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada*”).

Contudo, registramos casos em que não houve nenhum tipo de fundamentação: no banco de dados das audiências de custódia, por exemplo, não houve qualquer fundamentação em 5 casos de negativa do direito à prisão domiciliar (dentre os 120 casos de mulheres que teriam tal direito).

No banco de dados dos processos de mulheres presas no CDP Franco da Rocha, ao analisarmos as decisões das audiências de custódia por que passaram anteriormente essas mulheres, cerca de 17 das 102 nem tiveram mencionada a possibilidade de aplicação da prisão domiciliar. Outras 9 vezes, o juiz limitou-se a fundamentar genericamente a negativa, indicando que “não estão presentes os requisitos do art. 318”, mas sem apontar quais seriam os requisitos faltantes.

Já durante o processo de instrução das mesmas, em 3 casos, dentre os 47 em que houve pedido específico de substituição da preventiva pela prisão domiciliar, a juíza ou juiz responsável não abordou a questão da maternidade na sua negativa, ou seja, não apreciou o mérito. Ainda, em 1 outro caso, a negativa foi genérica, apontando apenas que a mulher não preenchia os requisitos do art. 318, sem especificar quais.

Por fim, no banco de dados das decisões dos Tribunais Superiores, foram identificados 3 casos julgados pelo STF e datados de antes da decisão do *habeas corpus* coletivo, em que a negativa não foi acompanhada de qualquer fundamentação. Por sua vez, o STJ adotou a mesma postura em 2 casos (ambos após 20/02/2018).

4.9.

Mães que permaneceram com filhos e/ou filhas na unidade prisional e gestantes

Por fim, destacamos um argumento específico, que implica na direta anuência do desenvolvimento da gestação ou permanência da mulher com a criança dentro da unidade prisional. O argumento de que “*não há prova da inadequação/há adequação da unidade prisional para a condição de gestante ou lactante*” apareceu em 4 decisões dos STJ, sendo 2 vezes antes do HC e 2 vezes após essa data. Embora trate-se de fundamento com baixa incidência, merece destaque por sua gravidade.

Tal fundamentação desconsidera o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário, conforme decisão proferida ADPF 347 julgada pelo STF. Sequer é preciso reconhecer referida decisão para compreender que a manutenção de criança em estabelecimento penal é

absolutamente inadequada para seu desenvolvimento infantil, bem como para uma saudável gestação. A pena estabelecida para a mãe não pode ser estendida à seus filhos ou filhas.

Como bem esclarece a pesquisa *Mulheres Sem Prisão: desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória de mulheres*:

Estar grávida dentro da prisão, significa inevitavelmente estar exposta a uma gravidez de risco. Seja pela estrutura prisional, seja pela precariedade do atendimento médico, a realidade violadora do cárcere se mantém. (ITTC, 2017, p.151) (grifos nossos)

Assim como toda gestação no cárcere é uma gestação de risco em virtude das condições constitutivas da prisão, **o exercício da maternidade e o desenvolvimento de uma criança** não podem ser realizados plenamente dentro de uma instituição prisional. (ITTC, 2017: 154) (grifos nossos)

Note-se que, dentre os casos de mulheres que tiveram suas audiências de custódia acompanhadas, 16 delas alegaram estar grávidas. Dentre estas, 7 tiveram a prisão preventiva decretada. São mulheres que foram mantidas presas e talvez tenham desenvolvido sua gestação dentro de uma unidade prisional. A mesma situação ocorreu com uma mulher que já estava presa no CDP de Franco da Rocha. À época do atendimento feito a ela pela Defensoria Pública, a mulher estava gestante de 8 meses.

Ou seja, não foi tão incomum que mulheres grávidas, mesmo em estágios avançados da gestação, fossem mantidas em estabelecimentos prisionais sob precárias condições de saúde.

4.10.

O que os argumentos negativos apontam

A exposição de todos os argumentos utilizados como fundamento para negar a prisão domiciliar permite visualizar que, mesmo com o surgimento do Marco Legal e do *habeas corpus* coletivo nº143.641, as mulheres seguem sendo duramente penalizadas por serem mães e terem, ao mesmo tempo, cometido crimes — ainda mais se tais crimes forem relacionados ao tráfico de drogas.

A percepção é a de que há grande anseio, por parte de magistrados e magistradas, de impor punições severas como forma de “combater a criminalidade”, bem como de regular o exercício da maternidade por parte das mulheres — muitas vezes apontando que sua maternidade não é passível de proteção (seja por sua origem de classe, de sua raça/cor, seja por supostamente terem cometido um crime e, portanto, não seriam “merecedoras” da manutenção do vínculo com os filhos e filhas).

Apesar dos obstáculos apresentados, foram encontradas também, dentro de todas as amostras, decisões que efetivamente cumpriram com o determinado pelo Marco Legal. Importante analisá-las também para compreender em que medida essas podem representar avanços no debate proposto e em que medida elas se distanciam dos argumentos apresentados acima. Assim, o próximo capítulo se dedica somente à essas decisões.

5.

INCORPORAÇÃO DO MARCO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA: LIBERDADE PROVISÓRIA E PRISÃO DOMICILIAR

Além de analisar as decisões que impediram a aplicação da prisão domiciliar, também é importante traçar um panorama sobre as decisões que incorporaram as previsões do Marco Legal da Primeira Infância. A observação de seus fundamentos contribui com a reflexão sobre os fatores que levam os magistrados e as magistradas a optarem por decisões favoráveis para as mulheres. Permite, ainda, verificar dissonâncias entre os entendimentos do Judiciário sobre as mulheres e sobre maternidade, bem como comparar as decisões que determinam a liberdade provisória (que devem ser priorizadas) e aquelas que fixam a substituição pela prisão domiciliar, a fim de identificar se ambas partem de fundamentos atentos às especificidades de gênero, sociais e legais das mulheres envolvidas.

5.1.

Decisões de liberdade provisória

A partir do acompanhamento das audiências de custódia e da análise dos autos e decisões processuais, observou-se que, muitas vezes, as decisões que determinaram a liberdade provisória das mulheres não se fundamentam em argumentos moralistas. Ao contrário, algumas delas inclusive compreendem que tal medida é a que mais possibilita o exercício pleno da maternidade e, conseqüentemente, a proteção integral da criança.

Importante ressaltar que a liberdade provisória, ao longo da investigação criminal, deve ser, segundo o Código de Processo Penal, a regra. Isso significa que a prisão preventiva só pode ser decretada em casos específicos, quais sejam: nos crimes dolosos cuja pena privativa de liberdade seja superior a 4 anos; se houver condenação por crime doloso, em sentença transitado em julgado; e se o crime envolver violência ou grave ameaça. Na grande maioria dos casos das mulheres analisados em nossa amostra não estão presentes tais critérios e elas deveriam, portanto, aguardar seu processamento e julgamento em liberdade.

Muitas das decisões de liberdade provisória encontradas na pesquisa partiram de uma provocação da defesa baseada no fato das mulheres serem mães ou gestantes, mas, ao analisá-las, juízes e juízas reconheceram que não estão presentes os pressupostos para a decretação da prisão preventiva. Vão nesse sentido, por exemplo, algumas falas de juízes e juízas proferidas durante as audiências de custódia⁵²:

Irei conceder a liberdade provisória por ser réu primária, por não ter cometido crime de grave ameaça e por ter uma filha de 2 meses ainda em fase de amamentação que está sob seus cuidados, logo, **não há necessidade de conversão da prisão em flagrante para a preventiva para que seja convertida em domiciliar.** (grifos nossos)

52 Conforme já mencionado no segundo capítulo deste relatório, na amostra referente às audiências de custódia, registraram-se 65 decretações de liberdade provisória no universo de potenciais beneficiárias (120).

A senhora indica que tem uma filha, que está trabalhando, que possui endereço fixo, portanto irei conceder liberdade mesmo sendo reincidente.

Algumas conversas presenciadas pelas pesquisadoras durante a pesquisa de campo realizada nessas mesmas audiências também são ilustrativas desse posicionamento. Em um dos casos acompanhados, antes do início da audiência, enquanto o defensor conversava com a custodiada no corredor, a juíza e o promotor conversavam sobre a melhor decisão para o caso, considerando existência de crianças menores de 12 anos. A juíza chegou a perguntar para o promotor qual das duas (liberdade provisória ou prisão domiciliar) ele achava que ela deveria conceder e “qual valeria a pena”. Ao que o promotor respondeu que “tanto fazia”, que “qualquer uma” caberia, mas que na opinião dele seria mais cabível a liberdade provisória pois era provável que em seu julgamento a custodiada fosse condenada ao cumprimento de medidas socioeducativas que seriam mais benéficas do ponto de vista do cuidado com as crianças e, ainda, que a juíza não precisava ficar “quebrando a cabeça” para decidir entre essas duas alternativas. A juíza então decidiu-se e comentou: “Ah! *Vou conceder a liberdade, vai!*”.

Em outro caso, a juíza perguntou à indiciada se somente ela trabalha em casa, ao que ela respondeu que um filho de 28 anos também trabalha. A juíza então falou para o promotor “*Se eu der a domiciliar, acabo com a família. Ela não pode mais trabalhar*”, e concedeu a liberdade provisória para a mulher.

Ainda, uma das juízas concedeu liberdade para caso em que a custodiada disse que mora com seis netos de 9, 8, 6, 4 anos e um bebê de seis meses, todos filhos de uma filha que está em situação de rua. Ao determinar a liberdade, a juíza indicou que a mulher procurasse ajuda na assistente social porque “roubar” no mercado não era uma “boa opção”, uma vez que no futuro podia ficar presa e as crianças desamparadas.

As situações acima descritas indicam que, quando há uma preocupação com a preservação do vínculo entre mãe e crianças, juízes e juízas optam pela liberdade provisória. Também a análise dos processos de conhecimento, segunda etapa da nossa pesquisa, confirmou esta hipótese.

Os trechos abaixo, retirados de decisões dos processos já em curso⁵³, de mulheres presas no Centro de Detenção Provisória de Franco da Rocha, indicam que circula entre parte de magistrados e magistradas o entendimento de que a liberdade provisória é uma medida mais efetiva para proteger os interesses das mulheres e suas crianças, conforme busca o Marco Legal e a decisão do *habeas corpus* coletivo nº 143.641 — mesmo nos casos em que a mulher está sendo acusada de tráfico de drogas, como indica o terceiro trecho colacionado.

No caso vertente, **o presente benefício [a liberdade provisória] se mostra mais adequado**, justamente com a imposição das medidas cautelares, que certamente conduzirão a acusada ao **comportamento mais condizente com a gestação**. (grifos nossos)

53 Conforme já mencionado no terceiro capítulo deste relatório, na amostra referente aos processos de conhecimento em curso, registraram-se 22 decretações de liberdade provisória no universo de potenciais beneficiárias (107).

No caso dos autos, verifica-se que a presa de fato pode ser beneficiada pela decisão proferida no HC 143.641-SP já que está sendo acusada de crime cometido sem violência ou grave ameaça, possui filhos de até 12 anos de idade e não é reincidente específica. Não obstante, considerando a primariedade da ré e, tratando-se de crime praticado sem violência ou grave ameaça, **entendo possível a concessão de liberdade provisória à ré o que lhe será salutar até mesmo para que possa oferecer os cuidados necessários a seu filho.** [grifos nossos]

No caso concreto, a acusada é primária e ostenta bons antecedentes e foi detida com pouco mais de duas gramas de cocaína, o que indica que ainda que venha a ser reconhecida a traficância (sem olvidar que tal quantidade pode revelar em instrução uma condição de usuária) **sua conduta não revela necessidade de decretação de prisão preventiva, tendo em vista as outras cautelares existentes no sistema que devem prevalecer, quando cabíveis na hipótese, o que parece ser o caso.** Assim, revogo a prisão preventiva da acusada. [grifos nossos]

Note-se que, nos acórdãos dos Tribunais Superiores, foram registrados somente 9 decisões de liberdade provisória. Isso se deve, possivelmente, por conta da escolha de recorte do espaço amostral, focado em mulheres que requereram perante os Tribunais Superiores especificamente a prisão domiciliar. Assim, em que pese existirem pedidos diversos, a maioria deles está centrado na concessão da prisão domiciliar (em 194 dos casos a defesa faz esse pedido, cumulado ou não com o pedido de liberdade provisória e/ou outras medidas cautelares) e um reduzido número de pedidos apenas de liberdade.

Nesses poucos casos de liberdade provisória, verificou-se que a maioria das decisões se fundamenta no fato de que a prisão cautelar não estaria devidamente justificada. Centram-se, portanto, em argumentos mais formais do processo, o que se dá, principalmente, pela própria natureza do *habeas corpus*. Trata-se de um procedimento simplificado, visando o reconhecimento da ilegalidade e uma rápida solução da controvérsia para fazer cessar a coação ilegal à liberdade o mais rápido possível. De modo geral, as decisões não se debruçam sobre os aspectos fáticos do caso, restringindo-se, na maioria das vezes, a apenas verificar se estão presentes os requisitos para a prisão cautelar ser ou não convertida em domiciliar.

Ao mesmo tempo, nessas instâncias superiores, verificou-se também uma preocupação com o cumprimento das Regras de Bangkok⁵⁴, que ressaltam a importância da aplicação de mecanismos desencarceradores para as mulheres. O trecho abaixo vai nesse sentido:

De acordo com as Regras de Bangkok, **deve ser priorizada solução judicial que facilite a utilização de alternativas penais ao encarceramento**, principalmente para as hipóteses em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado, como se verifica no presente caso. [grifos nossos]

54 Regras de Bangkok foram mais usadas pelo STF do que pelo STJ, o que faz sentido, na medida em que cabe a ele a guarda precípua da Constituição, bem como a observância e/ou interpretação constitucional dos tratados internacionais de que o Brasil é signatário.

Vale ressaltar que houve uma concentração de tais decisões nas mãos de certos Ministros, o que indica que este pode ser um entendimento mais individual do que do conjunto das Côrtes. Das 9 liberdades provisórias, 3 foram concedidas pelo Ministro Marco Aurélio e 2 pelo Ministro Ricardo Lewandowski, ambos do STF; enquanto, no STJ, outras 3 foram concedidas pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca e 1 pela Ministra Maria Thereza.

Simultaneamente às decisões em que a liberdade provisória foi mobilizada para proteção dos interesses das mulheres, foram registrados casos em que a determinação parece ser feita “a contragosto” do magistrado/a. Em alguns processos de conhecimento, por exemplo, verificamos situações em que estes profissionais não veem a prisão domiciliar como uma opção simplesmente por acreditarem que é impossível verificar seu correto cumprimento. Portanto, acabam, mesmo contra sua vontade, determinando a liberdade provisória, conforme os trechos abaixo extraídos de referidas decisões, que expressam essa perspectiva:

A prisão domiciliar é impossível de ser fiscalizada, inexecutável, por absoluta falta de aparato estatal.

Observo que não se mostra adequada a substituição da prisão preventiva anteriormente decretada por prisão domiciliar, em razão da **ausência de mecanismos capazes de garantir a efetiva fiscalização da medida** [...] (grifos nossos)

Apesar do resultado positivo, o raciocínio pode ser questionado, visto que abre margem para que medidas invasivas e problemáticas, como, por exemplo, o monitoramento eletrônico⁵⁵, sejam incentivadas como maneiras de fazer com que a prisão domiciliar “seja cumprida”.

Por fim, interessante atentar para um caso em que houve a determinação da liberdade provisória pois, no entendimento do magistrado/a, a prisão domiciliar seria um “prêmio” para a mulher. Por se tratar de medida privativa da liberdade, é computada como tempo de pena já cumprido, e o tempo de sua duração é descontado do tempo de pena determinado na sentença (procedimento denominado tecnicamente de “detração”).

O raciocínio é perigoso e ilustra novamente a ideia já apresentada de que a prisão domiciliar funciona como um “presente” indevido para as mulheres, porque estas seriam potencialmente “criminosas”, más mães, e não mereceriam qualquer tipo de “vantagem”.

Tratar-se-ia [conceder a prisão domiciliar] de ensejo a futura detração (**concessão de verdadeiro prêmio**). Por isso, é o caso de liberdade provisória. (grifos nossos)

55 Segundo relatório do ITTC, Fora de Foco, “Apesar da imensa repercussão do monitoramento eletrônico, é preciso refletir sobre seus efeitos na vida da pessoa monitorada. Este pode acabar por intensificar as vulnerabilidades das pessoas em cumprimento de alternativas penais, atuando como um obstáculo ao acesso a direitos, em razão da imposição de restrições a locomoção, bem como de deixar uma marca no corpo: o contato com a justiça criminal.” (ITTC, 2017: 36 - 38).”

Assim, em que pesem os exemplos residuais acima citados, em que os magistrado/as concedem a liberdade para contraporem-se ao instituto da prisão domiciliar, podemos concluir que, quando questões de gênero como a maternidade são visibilizadas, a tendência é de que sejam concedidas decisões mais benéficas às mulheres.

Considerar as especificidades concretas que informam a vida de cada uma das mulheres pode levar à evidenciação de que o ambiente prisional imporá sobre elas e sua família uma série de limitações na garantia de direitos, especialmente em seus direitos reprodutivos (quando a gravidez e o nascimento se dão num contexto de prisão) e na autonomia sobre o cuidado com filhos e filhas. Assim reforçamos que “o pleno exercício da maternidade está estritamente vinculado à liberdade” (ITTC, 2017: 189).

5.2.

Decisões de prisão domiciliar

Com exceção da amostra coletada a partir de acórdãos dos Tribunais Superiores, em que foram registradas 116 decisões de prisão domiciliar, chama a atenção o baixo número de decisões que efetivamente concederam a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar.

Dentre as 120 potenciais beneficiárias acompanhadas durante as audiências de custódia que compõem o primeiro banco de dados, somente 9 obtiveram a aplicação de tal direito. Além disso, essas decisões foram concentradas nas mãos de 4 de 14 juízes/as que realizaram as audiências. Já dentre os processos de instrução das 107 mulheres potenciais beneficiárias atendidas pela Defensoria Pública no CDP de Franco da Rocha, apenas 12 tiveram a prisão substituída.

Os dados demonstram que ainda não há uma ampla efetivação desse direito legalmente reservado a essas mulheres. Conjugados com as negativas apresentadas no capítulo anterior, os números expressam a dificuldade dos atores do Poder Judiciário de atender-se às especificidades de gênero e incorporá-las nas soluções aplicadas. Como já apontado pelo relatório *MulhereSemPrisão: desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória de mulheres*,

(...) as narrativas processuais desprezam as questões relacionadas à construção social do papel de gênero feminino, sobretudo em relação à seletividade de raça e classe da atuação policial, o que se manifesta na resistência do Poder Judiciário em aplicar dispositivos desencarceradores, como as medidas cautelares e a prisão albergue domiciliar. (ITTC, 2017: 17) (grifos nossos)

Esse entendimento também é reforçado por algumas decisões que efetivamente aplicam a prisão domiciliar, mas que estão imbuídas de um forte julgamento moral sobre a maternidade da mulher. Em uma das audiências de custódia acompanhadas, por exemplo, o juiz fez questão de registrar sua contrariedade à decisão do STF:

Com a devida vênia, a própria independência funcional enseja que, sempre no caso concreto, o juiz avalie se estão presentes os motivos que autorizam a prisão preventiva (CPP, art. 312) e se é possível a conversão em domiciliar (CPP, art. 318). Não há “cultura do encarceramento”, mas cumprimento da lei pelos juízes, de maneira fun-

damentada, dentro de seu convencimento motivado. [...] Outrossim, importaria em assegurar a praticamente toda pessoa com prole na idade indicada no texto legal o direito a permanecer sob a cautela alternativa, mesmo se identificada a incontornável urgência da medida extrema. [...] **De toda sorte, ressalvado de forma enérgica o posicionamento deste magistrado, curvo-me à ordem *habeas corpus* coletivo concedida pelo Pretório, substituindo o cumprimento da prisão preventiva em estabelecimento prisional (CDP) pela prisão domiciliar.** (grifos nossos)

Ao proferir a decisão, advertiu à mulher, “*se [você] for presa novamente, não vai ter filho que impeça de ir para o CDP*”. Como este existem outros casos em que a decisão da prisão domiciliar conjuga-se com uma fala que busca “moralizar” a conduta da mulher e ameaçá-la com a possibilidade de afastá-la de seus filhos ou ter de ficar com eles dentro de um estabelecimento prisional. O trecho abaixo ilustra referido tom ameaçador por vezes adotado:

É como se estivesse presa só que em casa. Caso vá ao hospital para o pré-natal, precisa comprovar em juízo posteriormente. **Se for presa pela terceira vez em flagrante, vai ficar presa em CDP e vai ter seu filho lá no sistema prisional.** (grifos nossos)

Em outra audiência acompanhada, ao proferir a decisão que concedeu a prisão domiciliar à mulher, o juiz “alertou-a” da seguinte maneira “*É bom a senhora tomar cuidado com seus atos, ainda mais considerando que tem filho pequeno. Se for pega novamente cometendo crime, irá ficar presa em presídio.*”

O caráter de disciplinamento moralizante das decisões também é marcante, mesmo quando são positivas para as mulheres. Nesta outra situação, o/a juiz/a perguntou à custodiada, durante a audiência, “[o] que está acontecendo que você registra várias passagens por furto e inclusive uma condenação?”, ao que a mulher respondeu que agiu “no desespero” porque tem 4 filhos e não têm o que comer. Nisso, o/a juiz/a fez questão de advertir que ela precisa “arranjar outro jeito” porque, “*se continuar assim, irá presa e irá se prejudicar e prejudicar os filhos*”.

Nos Tribunais Superiores as decisões que aplicam a prisão domiciliar são mais numerosas. As 116 decisões que concederam a prisão domiciliar representam cerca de 58% das 200 decisões. O número difere muito da quantidade de concessões nas outras duas etapas de pesquisa: 9 dentre as 120 mulheres que teriam direito à tal aplicação e tiveram sua audiência de custódia acompanhada e 12 dentre as 107 mulheres presas provisoriamente no CDP de Franco da Rocha.

Interessante apontar qual a incidência das principais normativas nesses 116 processos, pois essa indicação ajuda a compreender quais as regulamentações mais levadas em conta por Ministros e Ministras no momento de reverter decisões de instâncias inferiores e concederem a substituição pela prisão domiciliar. A tabela abaixo indica a quantidade de vezes que algumas dessas leis e/ou tratados e/ou jurisprudência foram citadas. Pontue-se que, no geral, cada decisão conta com mais de um fundamento e que a tabela não esgota as legislações ou normas utilizadas nos Tribunais.

TABELA 2
LEGISLAÇÃO CITADA PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES

NORMATIVA/JURISPRUDÊNCIA	QUANTIDADE DE VEZES
Art. 318, V, CPP (mãe de filho até 12 anos)	111
Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)	55
Marco Legal da Primeira Infância (L. 13.257/16)	50
Regras de Bangkok	47
HC coletivo nº 143.641	28
Art. 318, IV, CPP (gestante)	16
Art. 318, III, CPP (imprescindível aos cuidados de pessoa com deficiência)	13
Art. 318, II, CPP (doença grave)	1

Elaborado pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania

Interessante notar, por exemplo, a grande incidência de referências a internacionais, como as Regras de Bangkok⁵⁶. Uma vez que tal documento foi construído a partir de um enfoque de gênero, sua mobilização, por parte do Judiciário, é importante para que se compreenda quais são os objetivos que o Marco Legal visa proteger. No mesmo sentido, a utilização do ECA, legislação bastante presente nas decisões, demonstra forte presença da compreensão de que a prisão domiciliar está amparada pelos princípios e “espírito” do Estatuto, que protege os direitos fundamentais da criança e do adolescente e sua proteção integral.

Ao mesmo tempo, note-se que a própria decisão do STF no *habeas corpus* coletivo n. 143.641 não foi tão utilizada, indicando que, ao menos para os Ministros e as Ministras dos Tribunais Superiores, o maior amparo legal para aplicação da prisão domiciliar está nas próprias alterações realizadas pelo Marco Legal no Código de Processo Penal.

Por fim, vale mencionar também que os Tribunais Superiores mobilizaram diversos princípios mais amplos em suas decisões, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana (citado em 25 dos 116 acórdãos) e a excepcionalidade da prisão cautelar (citado em 14 dos 116 acórdãos), ambos previstos na Constituição. Ao mesmo tempo, foram utilizados princípios não previstos na Constituição, como a fraternidade (13 casos), a solidariedade (5 casos) e a humanização do direito penal (13 casos).

⁵⁶ Outras normativas internacionais também foram mencionadas, mas em menor quantidade. São elas: a Declaração Universal dos Direitos do Homem; a Convenção da ONU sobre Direitos da Criança; e as Regras Mínimas de Beijing.

Sobre essas mobilizações, chama a atenção o fato de que o princípio da proteção da infância foi mencionado em 99 das 116 decisões, que representam 85,3% destas. Já a proteção da maternidade foi mencionada apenas em 34 acórdãos (29,3%). O dado é interessante para compreender que o Marco Legal é prioritariamente assimilado, nestes Tribunais, a partir da ótica da proteção da infância, sem que haja, necessariamente, uma articulação dessa importante faceta com a discussão sobre sua interface com os direitos da mulher e as questões relativas à proteção da maternidade. Essa separação e a falta de compreensão sobre o caráter de gênero da medida pode contribuir para que sua aplicação não se reflita, necessariamente, em uma introdução da discussão sobre violência de gênero nos processos — como restou apresentado neste capítulo.

Todavia, é fundamental, destacarmos as decisões dissonantes positivas, que se coadunam com a perspectiva traçada pelas Regras de Bangkok e pelo Marco Legal, concedendo a liberdade provisória ou, subsidiariamente, determinando a conversão da prisão em domiciliar, a partir da mobilização das questões de gênero para minorar as diferenças socialmente impostas às mulheres.

Nesse sentido, uma interessante decisão foi proferida durante a instrução processual, depois de pedido específico da defesa e ofício por parte do CDP de Franco da Rocha, indicando que se tratava de mulher potencial beneficiária das regras do Marco Legal. Ela foi apreendida, junto com um corréu, com 21,3g de crack e 2,6g de maconha. Apesar da baixíssima quantidade e de não possuir antecedentes criminais, houve denúncia pelo art. 33 (tráfico) da Lei de Drogas cumulado com o art. 35 (associação para o tráfico) da mesma lei. Também foi realizado pedido de aplicação da prisão domiciliar ao DIPÓ, que negou o direito da mulher, mantendo-a presa preventivamente. Contudo, o juiz da instrução, após os novos pedidos, reverteu a decisão da custódia, indicando que não havia motivos para entender que a ré “*fosse uma genitora alheia e despreocupada com sua prole*”, como se lê no trecho abaixo.

Crime cometido sem violência ou grave ameaça. Ré primária e que **comprovou documentalmente duas situações**, prole com idade inferior a 12 anos e que se encontra grávida. Se bem verdade que o juiz pode conceder a prisão domiciliar, diante do cumprimento de alguns requisitos, como bem fixado na r decisão de fls., **não verifico notas hábeis no feito que a ré fosse uma genitora alheia e despreocupada com sua prole. A conduta criminosa apreciada, por vezes, passa ao largo de um cotidiano de intimidade familiar que se desconhece e bem por isso deve ser prestigiada a manutenção do vínculo familiar.** Nessas condições, nos termos do art.317 e 318, IV e V do Código de Processo Penal, concedo à ré (...) a **prisão domiciliar** (...) (grifos nossos)

Há outras decisões, também encontradas na amostra composta pelos processos de instrução, que inclusive se contrapõem frontalmente aos argumentos apresentados no capítulo anterior, indicando, por exemplo, que a imprescindibilidade da mãe para os cuidados de seus filhos e suas filhas é presumida e deve ser protegida, conforme ilustram os trechos abaixo.

Nesse sentido, a acusada comprovou possuir um filho, atualmente com 2 anos de idade, e que está sob os cuidados da avó. **Ademais, é inegável a “imprescindibilidade” da presença da mãe para uma criança de apenas 2 anos de idade, o qual não pos-**

sui nenhuma culpa quanto aos atos e condutas reprováveis praticados por sua genitora. Tal fato, somado a doutrina da proteção integral e o princípio da prioridade absoluta, previstos no art. 227, da Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e ainda na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, **autorizam a concessão desta medida substitutiva.** (grifos nossos)

No caso concreto, há, assim, como bem ponderou a Defensoria Pública, **presunção relativa de que a mãe é imprescindível aos cuidados da criança** – presunção esta que não foi afastada pelo exame dos autos ou por prova produzida a cargo do Ministério Público. (grifos nossos)

Outra decisão indicou, conforme determinado pela decisão do STF, que não é necessário que haja comprovação documental para que a prisão domiciliar seja aplicada.

Em que pese o descumprimento anterior do benefício da liberdade provisória e a **não apresentação de documentos comprobatórios da existência de filhos menores**, este Juízo não pode desprezar a natureza do crime perpetrado pela acusada e as circunstâncias que lhe conferem o direito de responder o processo fora do cárcere. A ré é primária e era menor de 21 anos à época da prática do crime, sendo certo que a quantidade de droga que foi com ela encontrada era muito pequena (um papelote de maconha). (grifos nossos)

Vale chamar a atenção também para decisão que considera que a substituição da prisão preventiva pela domiciliar é automática e não deve ser a exceção, entendimento oposto àquele que não considera a prisão domiciliar como um direito subjetivo da mulher, mas sim como uma faculdade do magistrado ou da magistrada.

Em virtude da recente decisão proferida pelo STF no o HC coletivo 143.641. há, em favor da mulher gestante, puérpera, mãe de criança e deficiente, **direito à substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar**, salvo nos casos: a) de crime cometido mediante violência ou grave ameaça; b) de crime praticado contra descendentes e c) outras situações excepcionalíssimas, devidamente fundamentadas quando da denegação do benefício. No caso dos autos, **a situação da acusada não se enquadra nas restritas exceções, de modo que deve ser beneficiada com a ordem coletiva concedida.** Assim, priorizando os interesses da primeira infância, conforme a Lei nº 13.257/2016, em cumprimento à ordem emanada da Suprema Corte, converto a prisão preventiva da acusada [...], em prisão domiciliar. (grifos nossos)

Pode-se concluir, portanto, que a simples introdução de novas regulamentações no ordenamento jurídico não é capaz de, por si só, transformar a postura encarceradora e alterar os mecanismos de controle e criminalização das condutas “desviantes” dos padrões de gênero construídos. Contudo, tais normativas são importantes para que se suscite o debate público e também para melhor instrumentalizar a defesa e qualificar juridicamente a busca por penas que não a prisão em unidade penitenciária. Por fim, fundamental visibilizar e valorizar decisões que incorporam o espírito do Marco Legal e efetivamente analisam os casos sob a ótica da proteção do direito à maternidade e à infância. Tais exemplos demonstram que existem boas e qualificadas práticas desenvolvidas no Poder Judiciário, que podem servir de referência para magistrados e magistradas que ainda resistem em efetivar e proteger referidos direitos.

5.3.

Limites da prisão domiciliar

Após a exposição do conteúdo principal mobilizado tanto das decisões de liberdade provisória, quanto naquelas que determinaram a prisão domiciliar, é importante suscitar uma reflexão acerca das limitações intrínsecas à prisão domiciliar. Trata-se de mecanismo que também impõe a restrição da liberdade da mulher. Sendo assim, importante questionar em que medida ele é capaz de efetivamente cumprir os objetivos do Marco Legal de proteção ao exercício da maternidade e ao desenvolvimento integral da criança.

A fim de investigar se há, ou não, uma preocupação da magistratura que decreta a prisão domiciliar em garantir as condições necessárias para que essas mulheres se locomovam e realizem as atividades necessárias para cuidar de si e de suas crianças, buscou-se registrar também se há ou não a fixação de parâmetros neste tipo de decisão.

Identificou-se que, na grande maioria dos casos, não há nenhuma preocupação de juízes e juízas em delimitar e explicar para a mulher o que ela poderia fazer estando em prisão domiciliar. Dentre os casos acompanhados em audiência de custódia, quatro decisões (de um total de 9 identificadas nas audiências de custódia) não fazem menção nenhuma a questões básicas como, por exemplo, se ela poderia ou não levar seus/suas filhos/filhas ao médico e à escola, ir ao mercado para prover a casa dos itens necessários para alimentação e limpeza, ou trabalhar para poder sustentar sua prole, sair para pagamento de contas no banco, etc. Em uma delas, foi indicado que a custodiada deveria permanecer em sua residência 24h por dia, mas foi autorizado que ela se ausentasse para trabalhar ou para outros fins, desde que mediante autorização judicial. Vale ressaltar que, de todas as decisões da audiência custódia, esta foi a que mais buscou adequar a medida às necessidades das mulheres enquanto sujeitas e mães.

As outras decisões limitaram-se a determinar regras para os casos de saúde, ou seja, indicaram que a mulher poderia ausentar-se de casa somente para realizar o acompanhamento pré-natal e o parto. Em outra, foi estipulado que, se houver necessidade de levar filhos/filhas ao médico, deve haver aviso prévio ao juízo e, caso se trate de uma urgência, posteriormente levar justificativa para tanto perante o/a juiz/a. Fica patente que se trata de decisão de cumprimento complexo e pouco maleável dentro das situações imprevisíveis enfrentadas no dia-a-dia.

Já dentre os processos de instrução analisados na segunda etapa da pesquisa, somente 3 decisões, de um total de 12, que substituíram a prisão preventiva pela domiciliar mencionam expressamente possibilidades de locomoção, ambas vinculadas a questões médicas e de saúde:

Assim, a ré deverá permanecer recolhida em sua residência, somente dela podendo sair para tratamento de saúde do filho com autorização do juízo.

Nessas condições, nos termos do art.317 e 318, IV e V do Código de Processo Penal, concedo à ré [...] a **prisão domiciliar**, dela apenas podendo se ausentar com **autorização judicial e quando necessitar se dirigir ao médico**, ocasião em que sempre deverá **obter o devido comprovante**. [grifos nossos].

Outrossim, a acusada será cientificada de que não poderá se ausentar de seu domicílio, salvo quando houver necessidade de caráter emergencial, ou seja, comparecer a Pronto Socorro ou consultas médicas e se apresentar em juízo toda vez que for solicitada, inclusive a todos os atos e termos do processo.

Apesar de tratar-se de decisões diferenciadas, que ao menos preveem as necessidades médicas das mulheres e de suas crianças, o direito à saúde não é o único afetado pela privação da liberdade. Sendo assim, outros afazeres das mulheres, inclusive aqueles intimamente relacionados à maternidade, e anteriormente comentados, ficam obstados se não há parâmetros de cumprimento para tanto. Tais decisões são mais elaboradas do que aquelas que simplesmente substituem a prisão preventiva pela domiciliar sem nenhum tipo de abordagem das condições específicas da mulher. Contudo, apresentam grandes limitações.

Ainda como alternativa às decisões que não se atentam à vida prática das mulheres, é possível citar o único caso, dentre os 200 processos de instrução acompanhados, em que houve substituição da prisão preventiva pela domiciliar e, ao mesmo tempo, *aplicação de medidas alternativas* para o cumprimento de tal decisão de prisão domiciliar, conforme ilustra o excerto abaixo.

Assim, considerando o teor do V. Acórdão proferido em sede de Habeas Corpus coletivo n. 143.641, do Supremo Tribunal Federal, **substituo a prisão preventiva pela domiciliar, aplicando-lhe as medidas alternativas**, quais sejam: 1. Comparecimento mensal em Juízo para informar e justificar suas atividades, bem como comparecimento mensal em posto de saúde para acompanhamento do pré-natal, comprovando-se em todos os comparecimentos em Juízo a presença em posto de saúde para acompanhamento do pré-natal; 2. Não se ausentar da Comarca sem autorização judicial; 3. Recolhimento domiciliar das 22h às 06h, **excetuando-se a hipótese de atividade laborativa comprovada**; [...] (grifos nossos)

A decisão acima destoa do conjunto das decisões, na medida em que determina a conversão da prisão preventiva em domiciliar (dando início, portanto, ao cômputo da pena), mas estabelece medidas cautelares que autorizam a mulher exercer atividade laborativa, a deslocar-se pela cidade, a ir ao médico, etc.

Cumprir pontuar que as medidas cautelares não necessariamente são exequíveis por todas as mulheres. Por exemplo, nem sempre é possível, por questões de renda ou de horário de trabalho, comparecer mensalmente à juízo. Contudo, evidente que opção do juízo de não privar a mulher de sua liberdade, confinando-a ao estabelecimento prisional, favorece em muito o exercício de sua maternidade e, portanto, pode proporcionar uma melhor qualidade de vida para si e para seus/suas filhos/filhas.

Vale também mencionar uma decisão proferida em 2ª instância que determinou a prisão domiciliar da mulher, após pedido realizado pela defesa para reverter uma decisão de 1ª instância. A decisão requereu que o juízo competente monitorasse a assistência dada para as crianças. Apesar de não detalhar esse monitoramento, é positivo que haja algum interesse em verificar as condições de vida concreta desta mulher e prestar-lhe assistência social, desde

que, é claro, isso não represente algo que se volte contra a manutenção do vínculo entre ela e seus filhos e suas filhas, ou seja, que não se constitua enquanto elemento de controle:

[...] procedendo o juízo, com isso e desde logo, **a estudo social para posituação da assistência materna que essas crianças estejam recebendo**, independente do que deverá ainda o juízo prestar as informações a este tribunal com a devida urgência.
[grifos nossos]

Ou seja, na maioria dos casos não há nenhum tipo de preocupação em estabelecer qualquer tipo de parâmetro de cumprimento da prisão domiciliar ou de tornar explícitos tais limites para a mulher que terá de cumprir a medida, permitindo que ela não fique reticente e/ou em dúvida de estar descumprindo a medida, ao passo em que tenha liberdade para desenvolver atividades inerentes à reprodução de sua vida e cuidado com a prole.

Para aquelas determinações em que se estipula algum tipo de regra, em geral estas são altamente restritivas e não abrangem as necessidades cotidianas das mulheres, o que, ao fim, impede que os objetivos do Marco Legal se concretizem. Para avançar nessa situação seria necessário, por exemplo, que magistrados e magistradas incorporassem, em suas decisões, algumas orientações básicas de cumprimento da prisão domiciliar, que permitam a garantia do exercício da maternidade.

Portanto, pudemos verificar que existem decisões bastante positivas, mas que, ainda sim, existe muito a ser debatido em torno do tema da prisão domiciliar para que as decisões favoráveis às mulheres além de ampliadas à todas aquelas que se encaixem nas condições do Marco Legal possam ser aprimoradas levando em conta as condições de reprodução da vida de suas beneficiárias, tornando, assim, esse instituto mais eficaz na garantia dos direitos que visa proteger.



PARTE II

6.

O QUE MAIS AS DIFERENTES AMOSTRAS DA PESQUISA MOSTRAM?

Após apresentar os elementos em comum encontrados nos três bancos de dados, quais sejam as fundamentações das decisões sobre aplicação do Marco Legal, os próximos capítulos irão adentrar nas especificidades encontradas em cada etapa da pesquisa, bem como outros aspectos gerais relevantes.

6.1

O PERFIL DAS MULHERES ANALISADAS

Reforçar a compreensão sobre quem são as mulheres em conflito com a lei, cujas informações foram analisadas pela presente pesquisa, é fundamental para elaborar e aplicar medidas que contribuam com a diminuição do aprisionamento excessivo que tem aumentado e selecionado cada vez mais como alvo um determinado grupo de mulheres.

Em nossas amostragens, pudemos verificar que as mulheres que passaram por audiências de custódia, que se encontravam presas cautelarmente no CDP de Franco da Rocha e que recorreram aos Tribunais Superiores para pleitear a prisão domiciliar são mulheres negras, jovens, pobres (com trabalhos precários e informais, em situação de vulnerabilidade socioeconômica), mães responsáveis pelos cuidados de seus/suas filhos/filhas e, principalmente, por crimes relacionados ao comércio de drogas e crimes contra o patrimônio.

Reconhecer marcadores de raça/cor, idade, renda, ocupação profissional, escolaridade, etc. permite demonstrar que a abordagem policial incide sobre um grupo específico de mulheres, e que o Judiciário reforça e reproduz a perspectiva punitiva sobre essa mesma parcela da população.

Raça/Cor

Nas audiências de custódia, a variável raça/cor fica registrada no Boletim de Ocorrência e foi consultada nos autos do processo disponíveis na audiência de custódia. Note-se que a única declaração de raça/cor registrada oficialmente é, portanto, atribuída por terceiros (autoridades policiais) e não necessariamente corresponde à autodeclaração da própria mulher. Assim, foi apurado que 56,2% das mulheres eram negras⁵⁷ (44,2% pardas e outras 11,9% pretas) e 43,7% restantes eram brancas.

Nos processos das mulheres presas no CDP de Franco da Rocha, consultamos os registros constantes no campo “cor ou raça (autodeclaração)” do formulário utilizado por profissio-

⁵⁷ Consideramos como “negras” a soma das mulheres pretas e pardas, ressaltando a possibilidade de que existam mulheres indígenas que tenham sido registradas como pretas, pardas ou brancas.

nais da Defensoria. Verificamos que 62% das mulheres da nossa amostra são negras (pretas e pardas), enquanto 38% delas são brancas. Note-se que tal número corresponde exatamente à proporção apontada pelo Infopen Mulheres 2ª Edição (2018), que identificou que 62% das mulheres presas no Brasil são negras.

Nos Tribunais Superiores não pudemos identificar a raça/cor das mulheres, visto que apenas as decisões foram objeto de análise e nelas não consta esse tipo de dado.

Idade

Nas audiências de custódia, a partir dos dados disponíveis nos autos processuais, foi possível observar que 53,2% das mulheres possuem entre 18 e 29 anos. Por sua vez, os dados extraídos do formulário da Defensoria Pública para as mulheres presas cautelarmente em Franco da Rocha apontam números bastante similares. A maioria delas, 54%, possuem de 18 a 29 anos.

Nos Tribunais Superiores não pudemos identificar a idade das mulheres, visto que, como já mencionado, apenas as decisões foram objeto de análise e nelas não consta esse tipo de dado.

Renda e vulnerabilidade socioeconômica

A partir das perguntas feitas na audiência de custódia, foi possível descobrir que 51 das 69 (73,9%) mulheres que declararam renda mensal disseram ganhar até R\$ 1.000,00. Notou-se que algumas mulheres tiveram dificuldades de mensurar a renda obtida no período de um mês, e em alguns casos alegaram que a remuneração era obtida diariamente, semanalmente ou esporadicamente (sem regularidade). A ausência de renda demonstra a instabilidade dos círculos da denominada economia informal. Também é necessário levar em consideração que se trata de pergunta bastante embaraçosa e difícil para as mulheres, uma vez que a construção de classe que permeia a questão da renda é bastante desigual e violenta⁵⁸. Em diversas ocasiões essa questão tornou-se elemento de desconfiança por parte das autoridades judiciais, mostrando como o fator renda é observado desde uma perspectiva elitista por parte dos atores do sistema de justiça – perspectiva fundada na profunda (e violenta) desigualdade de renda.

Ao mesmo tempo que as mulheres apresentaram dificuldades em precisar sua renda mensal, cerca de 65,6% (132) delas alegou exercer algum tipo de atividade remunerada antes de ser presa. Dentre estas, a ocupação mais mencionada foi a de vendedora ambulante, informal ou autônoma (21,2%). Outras 12,8% disseram trabalhar com serviços domésticos e de limpeza em geral. Outras ocupações autônomas também foram mencionadas, como por

58 Há pesquisas que afirmam que se trata de variável que “pode apresentar problemas de fidedignidade da resposta, pois é comum encontrar resistência por parte dos entrevistados a declarar a sua renda” (LIMA, 2016: 26). As pessoas muitas vezes não se sentem à vontade para dizer sua renda real, seja porque isso denotaria sua profunda pobreza ou por receio de que a existência de uma renda um pouco mais elevada lhes retiraria o direito a uma defesa gratuita, por exemplo. Ou seja, a renda declarada não necessariamente corresponde à renda efetivamente auferida pelas mulheres, que pode ser inferior à declarada.

exemplo aquelas relacionadas à alimentação, à cozinha e também à prostituição, profissão declarada por 3 das mulheres. Os dados indicam a vulnerabilidade e o grau de informalidade de tais atividades, cujas remunerações são baixas, variáveis e instáveis.

Além disso, somente 3 das mulheres acompanhadas declararam que, antes do flagrante, trabalhavam em cargos com nível superior (no caso arquiteta, publicitária e enfermeira). A informação condiz com os dados registrados sobre escolaridade, que ilustram a realidade socioeconômica na qual as mulheres estão inseridas. Dentre as 95 mulheres que declararam ter estudado, 34,7% delas indicaram ter ensino fundamental incompleto e outras 30,5% ensino fundamental completo. Somente 6,3% delas indicaram ter ensino superior completo.

Por fim, outro indicativo relevante sobre a situação de vida dessas mulheres é o fato de que 13 delas declararam estar em situação de rua. Outras 13 mulheres viviam em situações consideradas pelas pesquisadoras como de moradia vulnerável, em razão de residirem em hotel, pensão, albergue ou prédio/terreno ocupado. Trata-se de habitações temporárias, que não permitem o estabelecimento de vínculos, ou que contam com precárias condições de infraestrutura. Isto é, são espaços que impõem diversas limitações ao exercício pleno dos direitos dessas mulheres vitimadas pela ausência de políticas públicas habitacionais.

Importante apontar, por fim, que nossa amostra também contou com 7 mulheres transgênero, situação que carrega em si especificidades que geram a reprodução de violências institucionais diversas das violências sofridas por mulheres cisgênero. Por exemplo, em um dos casos acompanhados, o policial militar que escoltava uma das mulheres transgênero em direção à sala de audiência de custódia chegou a se dirigir a uma das pesquisadoras e afirmar que não seria necessário acompanhar aquela audiência porque a custodiada não seria uma mulher “original”, desrespeitando completamente sua identidade de gênero. Por conta dos limites estabelecidos pelo objeto da presente pesquisa, não foi possível realizar uma análise mais detalhada das distintas variáveis indicadas acima.

Nos processos acompanhados pela Defensoria para as presas no CDP de Franco da Rocha, 60,5% das mulheres (ou 121 delas) declararam possuir algum tipo de ocupação remunerada. Dentre elas, a maioria (26,4%) expôs à Defensoria que sua ocupação profissional se relacionava a serviços domésticos e de limpeza em geral. Outras 18,1% ocupavam postos como vendedoras ambulantes, informais ou autônomas. As demais ocupações predominantes são: serviços de estética e beleza (9,1%); trabalhos em lojas e comércios (8,2%); cozinheiras e ocupações autônomas relacionadas à alimentação (7,4%); profissões de cuidado de pessoas (5,7%); reciclagem (3,3%); serviços administrativos (3,3%); costura, confecção e vendas de roupa (0,8%). Ademais, 9,09% das mulheres alegou trabalhar em outras ocupações, como: trabalho rural; serralheria; bicos; embaladeira; operária; ajudante; panfletagem; e trabalhos gráficos em casa. Destaque-se que somente 2 mulheres ocupavam cargos de nível técnico ou superior (0,82%).

Ainda, os dados apontam uma parcela de 6,6% das mulheres que ocupam mais de um tipo de profissão. Por exemplo, além de trabalhar como enfermeira, também é motorista autô-

noma; é babá e auxiliar de cozinha; faz faxina (limpeza) e trabalha como vendedora; faz bico de doméstica e é manicure; ou ainda, é cuidadora de crianças, trabalha em buffet e também faz outros tipos de bicos. Essas informações mostram o nível de informalidade e de sobrecarga das ocupações exercidas por essas mulheres.

Apurou-se também que 5% das mulheres alegaram não possuir endereço residencial e que 9% delas se encontrava em condições de alta vulnerabilidade social, pois antes de serem presas, estavam em situação de rua.

Maternidade e responsabilidade pelos cuidados de outros

Nas audiências de custódia, 133 mulheres declararam ser mães. Isso corresponde a exatamente 66,1% do total do universo de 201 mulheres.

Registramos também que, em 7,4% dos casos, a questão da maternidade não foi levantada por nenhuma das pessoas presentes nas audiências de custódia. O número, mesmo baixo, é problemático, pois conforme já mencionado, tal informação pode trazer mudanças substanciais para essas mulheres durante o desenrolar de seu processo. As mulheres restantes (26,3%) alegaram não ter filhos ou filhas.

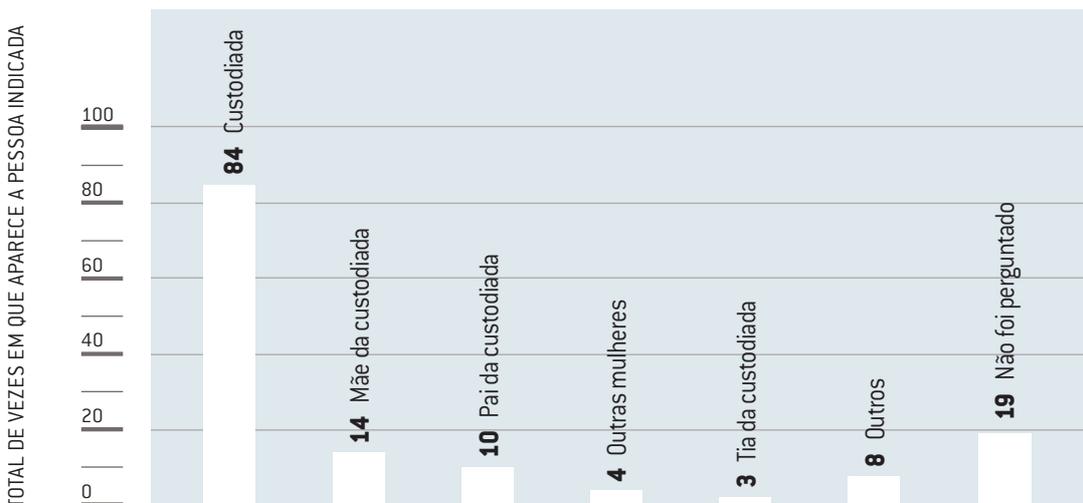
Dentre as 133 mulheres mães, o maior índice é o de mulheres que possuem apenas um filho ou filha, representando 31,5% do total. Outras 24,1% são mães de duas crianças e 18,80% informaram ter três filhos/as. Nos outros 25,5% casos, as mulheres possuem 4 ou mais filhos/as. Houve 1 mulher que declarou possuir 9 filhos/as.

Para estas mulheres, perguntou-se também quem eram os responsáveis pelas crianças antes de sua prisão (cada mulher pode ter apontado mais de um/a responsável). Em 84 desses casos, a responsável era a própria custodiada. Em 14 casos, a responsável era a mãe da custodiada (avó da criança), e em 10 casos o responsável era o pai da custodiada (avô da criança). Note-se que a responsabilidade dos ascendentes é sempre da mãe e não do pai da criança.

Em seguida, observou-se que em 4 casos e em 3 casos, as responsáveis eram, respectivamente, outras mulheres e a tia da custodiada. Em apenas 8 dos casos as mulheres relataram que os responsáveis pelas crianças eram outros, como, por exemplo, 'irmão da custodiada', 'abrigo', 'filho não reside no Brasil', ou então 'o filho já é adulto'. Por fim, em 19 casos essa pergunta não foi levantada. O gráfico abaixo ilustra tais informações, evidenciando que o cuidado recai muito fortemente sobre as mulheres.

GRÁFICO 2

QUEM ERAM O/A/S RESPONSÁVEL/IS PELA/S CRIANÇA/S DAS MÃES EM AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA ANTES DO MOMENTO DA PRISÃO



Elaborado pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania

Uma vez que o enfoque do presente relatório é o Marco Legal da Primeira Infância, também registramos quantas, dentre as mulheres mães, tinham crianças com até 12 anos incompletos. Das 133 mulheres, 107 (80,4%) relataram ter crianças menores de 12 anos de idade. Ainda, para as 7,5% de quem declararam ser mães, a pergunta sobre a idade dos filhos e filhas não foi realizada, o que indica que há ainda uma parcela de juízes e juízas que não cumprem o quanto estabelecido pelo do Marco Legal, referente à obrigatoriedade de verificar a existência destes.

Com relação à gestação, situação também protegida pelo Marco Legal, para 77,6% das 201 mulheres não houve pergunta sobre a existência de gravidez durante a audiência de custódia. Fica evidente a partir desse dado que ainda não há grande preocupação em verificar se a mulher se enquadra, ou não, nas hipóteses da lei mencionada, a despeito de normalmente tal informação ser prestada, de maneira voluntária, pela própria defesa da custodiada.

Sendo assim, somente 16 mulheres, correspondentes a 7,9% do total, alegaram estar grávidas. Dentre estas, 6 não tinham completado um mês de gravidez ou não souberam informar o período de gestação ou, ainda, não foram questionadas sobre o período gestacional. Três mulheres tinham, à época, até 4 meses de gestação, enquanto outras 7 alegaram estar entre os 5 e os 8 meses de gestação.

Outro dado que chama muita atenção é o fato de que em 96,9% das audiências de custódia das 133 mulheres mães, não foi perguntado nada sobre seus filhos e suas filhas possuírem ou não alguma deficiência. Nos casos em que tal informação surgiu, ela foi levantada pela defesa ou espontaneamente pela custodiada e somente 3 delas (2,26% do total) declararam se encontrar em tal situação. Novamente, a informação indica que ainda não é uma prática corrente, por parte dos atores que conduzem as audiências, fazer o controle regular de todas as possibilidades apresentadas pelo Marco Legal.

Por fim, a questão sobre serem as mulheres imprescindíveis aos cuidados de outros e ou-

tras (que não sejam seus filhos ou filhas) que delas dependem, veio à tona somente em 22,9% dos casos acompanhados. Dentre as que responderam a essa pergunta, 17,9% afirmaram que não e outras 4,9% alegaram que sim. Dessas que alegaram ser indispensáveis para outras pessoas que necessitam de cuidados, relataram cuidar de: netos ou netas; avó; filhos ou filhas de parentes; enteada; mãe com Alzheimer; mãe idosa e alcoólatra; pais idosos; e tio.

Quanto às mulheres atendidas pela Defensoria Pública no CDP Franco da Rocha, registramos que 128 das 200 mulheres são mães, o que representa 64% do total. As outras 36% declararam não possuir filhos ou filhas. Os filhos de 78,1% das mulheres que declararam ser mães são menores de 12 anos de idade. Portanto, apenas 12,5% delas possuem somente filhos ou filhas maiores de 12 anos. Em 9,4% dos casos não havia informações sobre esse dado nem na planilha enviada pela Defensoria, nem no Boletim de Ocorrência juntado ao processo, o que indica uma deficiência de registro por parte das autoridades policiais e judiciais sobre uma questão fundamental para a defesa das mulheres.

Buscamos também verificar informações a respeito dos cuidados com a criança na ausência da mulher. Observamos que em 66,4% dos casos foi informado pelas mães que havia quem pudesse cuidar de seus filhos e filhas em sua ausência. Mas em 30,4% das respostas a este campo do formulário utilizado pela Defensoria Pública não há registros de tal resposta, o que é problemático, uma vez que se trata de questão de fundamental importância para o exercício da defesa da mulher e proteção da primeira infância. Note-se, ainda, que 2,3% delas relataram que a criança não tinha com quem ficar após sua prisão.

O questionário aplicado pela Defensoria também inclui um campo para que a própria mulher indique quem seriam os/as responsáveis por seus filhos e filhas enquanto ela se encontra presa. As respostas obtidas foram compiladas no quadro abaixo. Pontue-se que em alguns casos a mulher indicou mais de uma pessoa responsável pelas crianças e em 26 formulários não há nenhum relato nesse sentido.

TABELA 3
COM QUEM A/S CRIANÇA/S DAS MULHERES PRESAS NO CDP ESTÁ/ÃO DURANTE A SUA AUSÊNCIA?

CATEGORIAS	DESCRIÇÕES RELATADAS									TOTAL	%	
Sob responsabilidade do Estado	Abrigo [3]	Fundação Casa [1]	Acolhimento Institucional [1]	Conselho Tutelar [1]							6	3,92
Sujeitos Femininos	Avó(s) [54]	Madrinha [7]	Irmã [10]	Tia [6]	Cunhada [1]	Irmã adulta da criança [1]	Nome da mulher que está com a criança [2]	Prima [1]	Sogra [1]		83	54,25
Sujeitos Masculinos	Pai [23]	Irmão [2]	Tio [7]	Avô [3]							30	19,61
Outros	Exclusiva responsabilidade [1]	Filha adulta [1]	Possui deficiência [1]	Conhecidos [1]	Não sabe [4]						8	5,23
Sem informação											26	16,99
TOTAL DE RELATOS											153	100

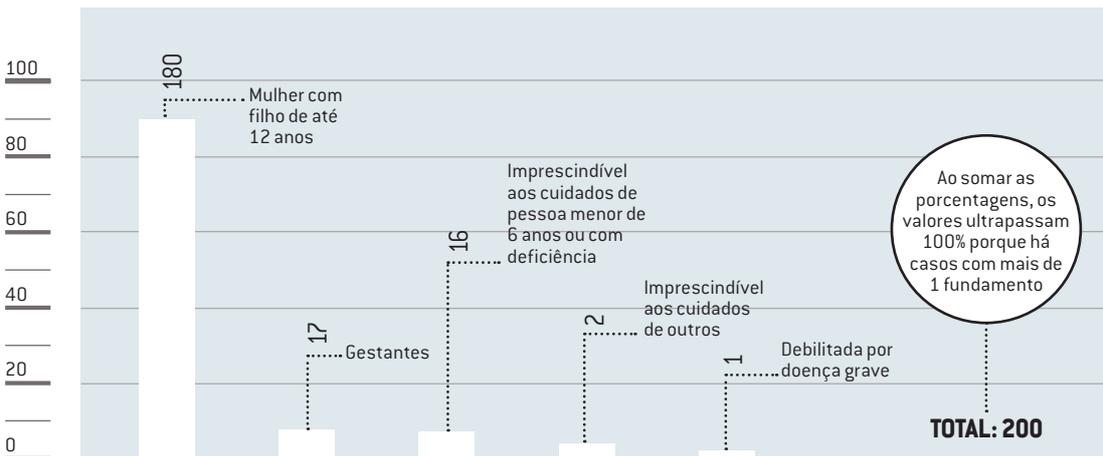
Observou-se que 54,2% das pessoas responsáveis pelas crianças durante a ausência da mãe são sujeitos femininos — em sua maioria, avós maternas ou paternas —, enquanto apenas 19,6% das mulheres indicaram que um sujeito masculino, como por exemplo, o próprio pai da criança, seria o responsável por ela.

Esses números corroboram a compreensão de que os cuidados com pessoas dependentes são socialmente atribuídos a mulheres. Ainda, em 3,9% dos casos foi apontado que os filhos e as filhas estão sob a responsabilidade do Estado, com registros como: abrigo; acolhimento institucional; conselho tutelar; e ainda, privado/a de liberdade na Fundação Casa.

Uma pequena, mas relevante parcela das mulheres estavam gestantes durante o período em que estiveram no cárcere, totalizando 6% dos 200 casos analisados nos quais foi respondido esse quesito do questionário. A elas também foi perguntado se estavam recebendo atendimento do pré-natal mesmo privadas de sua liberdade: 9 das mulheres alegaram estar realizando os exames necessários para acompanhamento da própria saúde e a do bebê, 1 relatou não estar fazendo nenhum pré-natal e em 2 dos casos, essa resposta encontrava-se sem informação no formulário.

Para apurar os dados sobre a maternidade e o cuidado com dependentes nos Tribunais Superiores apuramos os fundamentos especificamente utilizados nos pedidos de prisão domiciliar feitos pela defesa, conforme ilustra o gráfico abaixo:

GRÁFICO 3
FUNDAMENTOS UTILIZADOS PARA PEDIDOS DE PRISÃO DOMICILIAR NOS TRIBUNAIS SUPERIORES



Elaborado pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania

Entre o total dos pedidos, tivemos 90% baseados no fundamento de que a mulher possuía crianças com até 12 anos, seguido de 8,5% de mulheres gestantes, 8% de mulheres imprescindíveis aos cuidados de pessoa menor de 6 anos ou com deficiência e uma pequena porcentagem de 1% e 0,5% está associado, respectivamente, a mulheres imprescindíveis aos cuidados de outros (que não se referem à própria prole, como pais, neto(a)s, sobrinho(a), pessoas doentes) e mulheres debilitadas por alguma doença grave.

Tipo de crime

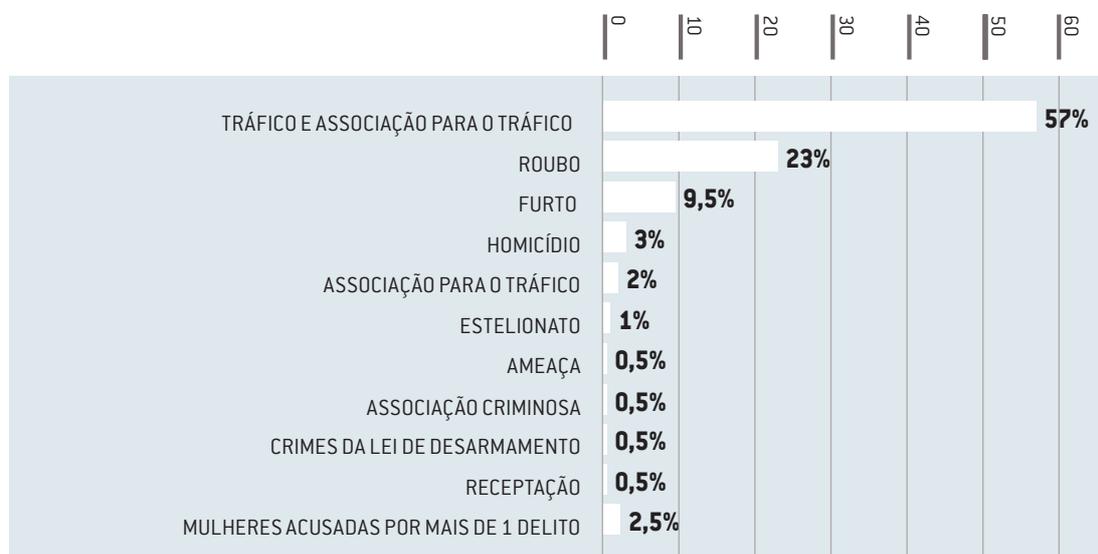
A maioria dos crimes que ensejaram a prisão em flagrante das mulheres levadas à audiência de custódia foi de crimes denominados patrimoniais (como furto e roubo), contudo, a maioria das determinações de conversão da prisão em flagrante em preventiva se deu nos casos de crimes relacionados ao comércio de drogas. Essa questão será melhor explorada no próximo tópico.

O que nos interessa para a presente ilustração do perfil das mulheres analisadas nesta pesquisa é demonstrar que a maioria das mulheres presas cautelarmente o estão, em primeiro lugar, pelo crime de tráfico de drogas, e em segundo lugar por crimes patrimoniais.

Das mulheres da segunda amostra, que estão presas preventivamente no CDP de Franco da Rocha, a maioria está sendo acusada de tráfico de drogas. O seguinte gráfico mostra os tipos de delitos⁵⁹ supostamente cometido por elas:

GRÁFICO 4

TIPOS DE CRIMES PELOS QUAIS AS MULHERES PRESAS NO CDP ESTÃO SENDO ACUSADAS



Elaborado pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania

Por fim, os dados levantados em relação aos crimes supostamente cometidos pelas mulheres que alcançam os Tribunais Superiores corroboram a compreensão de que a maioria das mulheres está respondendo a processos criminais por conta de crimes relacionados ao comércio de drogas. Dentro da nossa amostra de 200 casos no STF e STJ, mais da metade das mulheres estava sendo acusada de crimes relacionados ao tráfico de drogas. Ao mesmo tempo, há

⁵⁹ Registraram-se nove casos (4,50%) em que as mulheres foram acusadas por mais de um tipo de delito.

uma menor quantidade de mulheres sendo processadas por crimes patrimoniais. Por exemplo, há somente um caso de furto simples.

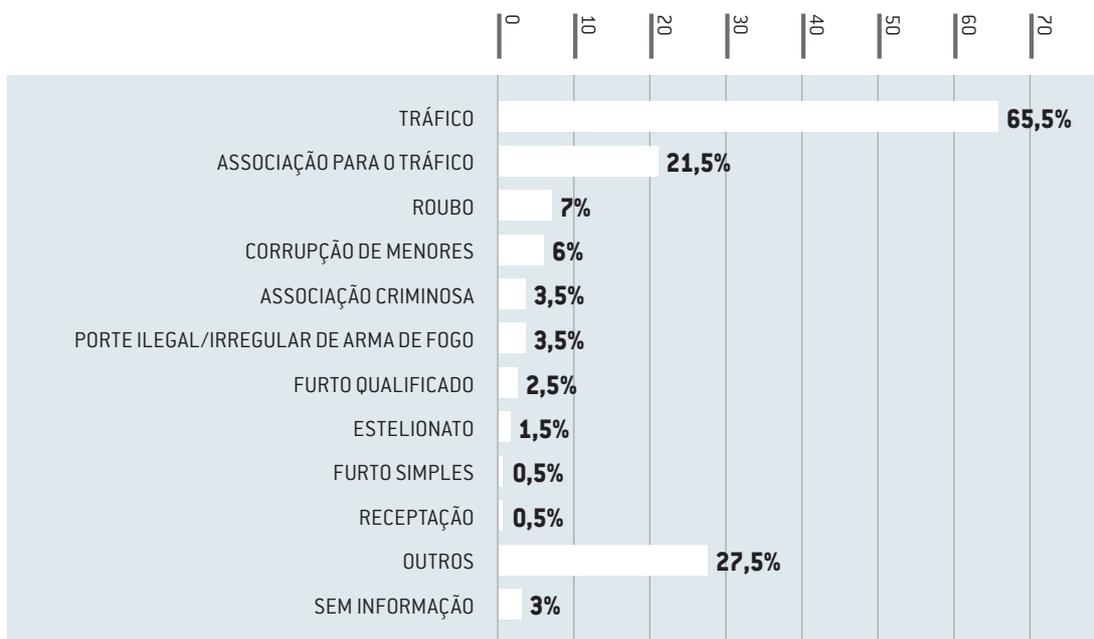
A lista abaixo descreve a incidência dos crimes verificados conjugadamente (ou seja, levando os crimes conforme eles aparecem em cada caso):

- Tráfico: 73
- Tráfico; Outro (dos quais 43 são associação para o tráfico): 44
- Roubo: 9
- Tráfico; Corrupção de menor; Outros: 6
- Furto qualificado: 3
- Associação criminosa; Outros: 3
- Tráfico; Porte ilegal ou irregular de arma de fogo; Outros: 3
- Associação criminosa; Roubo: 2
- Corrupção de menor; Roubo: 2
- Tráfico; Porte ilegal ou irregular de arma de fogo: 2
- Estelionato; Outros: 2
- Corrupção de menor; Outros: 1
- Furto qualificado; Corrupção de menor: 1
- Furto qualificado; Outros (resistência): 1
- Estelionato: 1
- Furto simples: 1
- Porte ilegal ou irregular de arma de fogo; Outros: 1
- Receptação; Associação criminosa; Roubo: 1
- Tráfico; Associação criminosa; Outros: 1
- Tráfico; Corrupção de menor: 1
- Tráfico; Porte ilegal ou irregular de arma de fogo; Corrupção de menor; Outros: 1
- Sem informação: 6
- Outros: 35 (homicídio, tentativa de homicídio, lavagem de dinheiro, tráfico internacional de drogas, associação para o tráfico, formação de quadrilha, corrupção, falsidade ideológica, extorsão mediante sequestro, estupro de vulnerável)

Por sua vez, o gráfico abaixo mostra a incidência de cada crime isoladamente.

GRÁFICO 5

TIPOS DE CRIMES QUE DERAM ORIGEM AOS PROCESSOS JURÍDICOS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES



Elaborado pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania

Sobre essa diminuição da presença de crimes patrimoniais e um predomínio ainda mais hegemônico dos crimes relacionados ao tráfico de drogas nas instâncias superiores, levantamos a possibilidade de que, para as acusadas de crimes patrimoniais, medidas desencarceradoras são aplicadas antes de se alcançar os Tribunais Superiores, por magistrados de instâncias inferiores. Já para os casos de tráfico de drogas, os pedidos vão sendo negados e torna-se necessário alcançar ministros e ministras do STJ ou STF para que a substituição pela prisão domiciliar seja efetivada.

A seletividade do sistema penal

Os resultados sobre o perfil das mulheres encontrado nos três bancos de dados que compõem a presente pesquisa ratificam as análises, já apontadas nesta pesquisa, sobre o sistema prisional brasileiro, na medida em que são encarceradas preferencialmente mulheres que compõem um determinado segmento da população e que são acusadas por tipos específicos de crimes.

As informações aqui apresentadas estão de acordo com a 2ª edição do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias — Infopen Mulheres (2016), que demonstra que o perfil geral das mulheres encarceradas é de mulheres principalmente negras (62%), jovens (50% têm entre 18 e 29 anos) e de baixa escolaridade (apenas 15% concluiu o ensino médio). Além

disso, o estudo aponta que a maioria das mulheres presas está sendo julgada ou foi condenada por crimes relacionados ao tráfico de drogas, seguidos de crimes patrimoniais.

Do mesmo modo, a pesquisa *MulheresSemPrisão: desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória de mulheres*, cuja fonte de dados socioeconômicos foram autos de prisão em flagrante, também identificou que “há um perfil claramente demarcado entre as mulheres selecionadas pelo sistema penal: a nítida vulnerabilidade socioeconômica” (ITTC, 2017: 40). Segundo o relatório publicado, das mulheres analisadas, 53% eram negras; 59,2% tinham até 29 anos (sendo a maioria de 20 anos de idade); 55,2% tinham ensino fundamental completo, 12,2% ensino fundamental incompleto, e apenas 1,4% ensino superior completo.

Importante reforçar o fato de que, da mesma maneira que os dados das mulheres presas a nível nacional, os dados sobre as mulheres estudadas também apontam lacunas e precariedades em seu registro. Muitas informações relevantes estão ausentes nos processos judiciais, dificultando a proteção de seus direitos. Contudo, nos tópicos abaixo buscaremos visibilizar algumas dessas lacunas, bem como dar luz ao ineditismo de informações relevantes obtidas através da pesquisa.

6.2.

AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

6.2.1 Algumas práticas do cotidiano nas audiências de custódia do Fórum Criminal da Barra Funda

Para visualizar e entender como algumas questões ligadas a gênero, e mais especificamente à maternidade, atravessam o momento das audiências de custódia, descrevemos a seguir alguns dos aspectos e práticas do cotidiano observados durante a pesquisa de campo. Apesar de corriqueiras, tais situações são muitas vezes violentas e ilegais e sua figuração ajuda a compreender o contexto em que se dão as interações entre os atores do sistema de justiça criminal e a mulher custodiada.

A introdução da presente pesquisa, que narra a história de Ana, é ilustrativa dessas dinâmicas. Evidenciamos como as mulheres são trazidas algemadas desde a carceragem do fórum até a sala onde se encontram os respectivos juízes e juízas. Acorrentadas com as mãos para trás, quando presas em flagrante sozinhas, ou algemadas conjuntamente, quando a prisão deteve mais de uma pessoa.

O uso de algemas é prática absolutamente consolidada nas audiências de custódia da Barra Funda e se baseia na ideia da “periculosidade” em abstrato das custodiadas, sem qualquer fundamentação concreta sobre o eventual risco que a retirada de algemas poderia representar em cada caso. Registre-se que a Súmula Vinculante 11 do Supremo Tribunal Federal determina que “*só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros*”.

Ao chegar à porta da sala, o contato com a defesa é feito pela primeira vez instantes antes da audiência, de forma rápida, sem privacidade, e audível por qualquer pessoa que esteja no corredor, especialmente para os policiais militares. Quase a totalidade das 201 mulheres acompanhadas (99%) tiveram seu primeiro contato com a defesa na porta da sala de audiência, apenas minutos antes dos juízes e juízas darem início ao procedimento.

Somente duas mulheres foram trazidas e colocadas diante do juiz sem passar pela defesa, o que indica que tal contato pode ter acontecido ainda dentro da carceragem ou mesmo que não houve nenhum tipo de comunicação entre a custodiada e sua defesa. Isto é, nenhuma das 201 mulheres acompanhadas teve sua entrevista com a defesa realizada em um espaço reservado, pois tanto na carceragem, quanto na porta da sala de audiência há presença de policiais e outras pessoas circulando, o que contraria o estabelecido na Res. 213/15 do CNJ:

Art. 6º Antes da apresentação da pessoa presa ao juiz, será assegurado seu atendimento prévio e reservado por advogado por ela constituído ou defensor público, sem a presença de agentes policiais, sendo esclarecidos por funcionário credenciado os motivos, fundamentos e ritos que versam a audiência de custódia.

Contudo, a falta de um encontro adequado com a defesa é prejudicial para o exercício da ampla defesa de qualquer pessoa presa. Para as mulheres mães e grávidas essa deficiência é ainda mais danosa, já que este seria o momento para a defesa coletar adequadamente as informações sobre maternidade e gestação e, assim, poder pleitear de maneira qualificada a aplicação do Marco Legal.

Por fim, ao final da audiência, a mulher é retirada dali pelos policiais para ser levada de volta à carceragem, onde aguardará o término de todas as audiências que ocorrerão no mesmo dia para então ser liberada ou, a depender da decisão que tenha sido estabelecida, ser encaminhada a alguma unidade prisional.

Antes da mulher sair da sala, interessante notar que em 35,3% do total de casos (201), os juízes e juízas não apresentaram, ao fim da audiência, os fundamentos de sua decisão às mulheres. O percentual é alto, considerando que tais informações são essenciais para o pleno exercício do direito de acesso à justiça. Ainda, em 43,8% dos casos, observou-se que a defesa não deu explicações ou esclarecimentos sobre o desfecho da audiência para as mulheres. Dessa porcentagem apresentada, 25% eram advogados/as constituídos/as e 75% eram defensores/as públicos/as (o que se aproxima da proporção da amostra quanto ao tipo de defesa do total das 201 mulheres, que é de 33,3% de advogados/as constituídos/as e 66,7% de defensores/as públicos/as).

Pontue-se que nos casos em que se tratava de assistência jurídica gratuita fornecida pela Defensoria Pública, foi possível observar que muitas vezes isso ocorreu porque o defensor ou a defensora rapidamente já se retirava da sala para entrevistar a próxima pessoa assistida, ou para coletar e ler dados do próximo caso.

De modo geral podemos observar que a maneira como se estrutura a audiência, suas formalidades burocráticas, bem como sua linguagem jurídica, fazem com que as mulheres fiquem nitidamente desorientadas (ITTC, 2019: 31). Ademais, a questão chama a atenção se pensarmos que parte dessas mulheres, conforme foi exposto nos capítulos anteriores, eram mães ou gestantes e tiveram sua prisão preventiva substituída pela domiciliar. Outra parcela representativa teve a liberdade provisória decretada com imposição de medidas cautelares. Assim, a falta de orientação sobre quais as reais limitações e imposições dessas decisões pode ser problemática, já que muitas mulheres podem ficar sem saber em quais situações podem sair de casa ou não, quais seus impedimentos, ou não ter clareza do significado e impacto das medidas cautelares, etc.

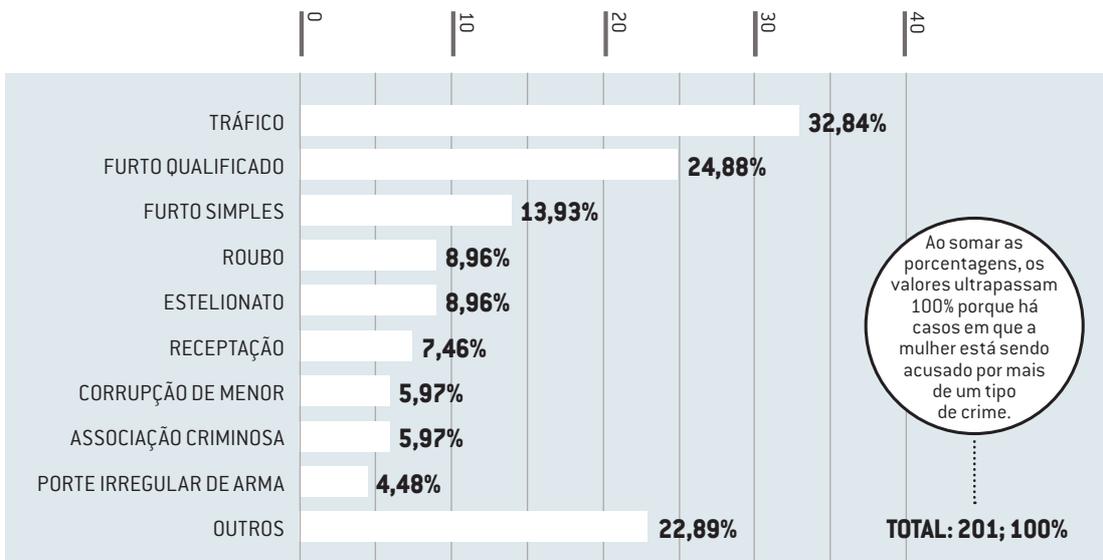
O relatório *MulheresSemPrisão: enfrentando a (in)visibilidade das mulheres submetidas à justiça criminal*, encontrou uma realidade bastante semelhante e pôde detalhar a análise sobre a compreensão das mulheres sobre os objetivos e procedimentos da audiência de custódia, a deslegitimação das violências relatadas, entre outros aspectos.

6.2.2 Crime Patrimonial é o que mais “chega” nas audiências de custódia, mas crime relacionado ao tráfico é o que “mais prende”

Com relação ao tipo de crime supostamente cometido pelas 201 mulheres, grande parte das custodiadas respondiam por tráfico de drogas (33%). Em seguida, 25% delas foram autuadas por furto qualificado e, ainda, 14% por furto simples. O gráfico abaixo aponta os principais tipos de crimes que surgiram na amostra:

GRÁFICO 6

CRIMES QUE EMBASARAM AS PRISÕES DAS MULHERES EM AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA



Elaborado pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania

Observe-se que, somando-se os casos de furto simples com os de furto qualificado e de roubo, verificamos que estes tipos de crimes patrimoniais⁶⁰ caracterizados pela subtração de coisa móvel alheia, configuram os crimes de maior incidência, totalizando 47,8% dos casos, seguido do crime de tráfico de drogas, que representam 32,8% do total. Ainda, o crime de estelionato foi responsável pela autuação de 8,9% do total. Já receptação representa 7,4% do total.

Corrupção de menores e associação criminosa foram crimes imputados, cada um, a 6% das mulheres. Por fim, em 22,9% dos casos houve imputação de outros tipos de crime. Frise-se que, em 63 casos, as mulheres estavam sendo indiciadas por mais de um crime.

60 Conforme classificação do Código Penal (Título II — Dos Crimes Contra o Patrimônio), aqueles relacionados com a apropriação ilegal ou com o fato de se causar dano de valor econômico à vítima (furto, receptação, roubo, estelionato).

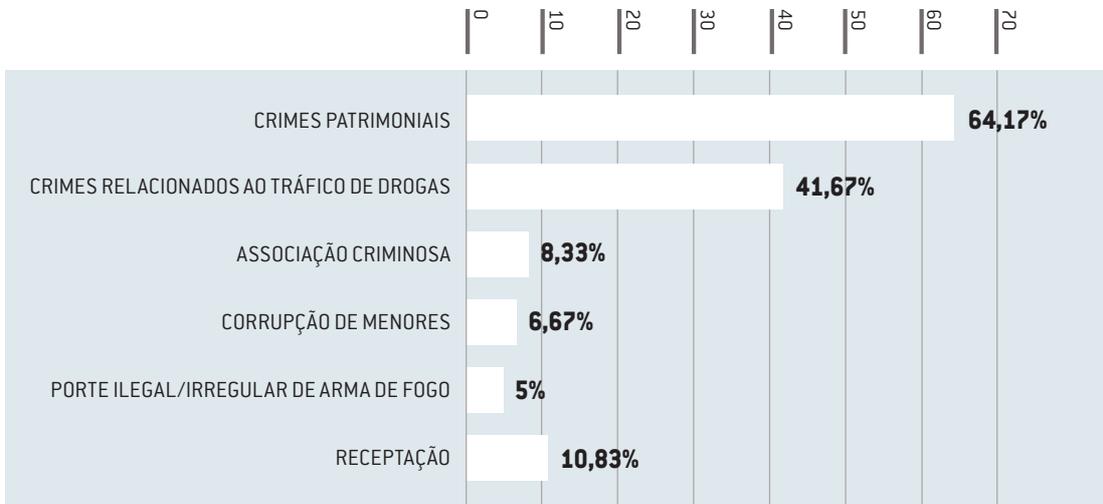
Os dados mostram que a maioria das mulheres de nossa amostragem (de 201 no total) estava na audiência de custódia por conta da suposta prática de um crime patrimonial — furto, roubo, estelionato e receptação — crimes imputados a 60,7% (122 delas).

Se restringirmos a análise para as 120 potenciais beneficiárias do Marco Legal, observamos que os crimes denominados de “patrimoniais” também são crimes com maior expressão, totalizando 77 incidências (21 de furto simples, 28 de furto qualificado, 5 de receptação, 11 de roubos, 12 de estelionato).

Em seguida encontram-se os crimes relacionados ao tráfico de drogas, que totalizam 50 incidências (37 de tráfico de drogas e 13 associações para o tráfico). Os demais crimes de que são acusadas correspondem a: associação criminosa (10 casos), corrupção de menores (8 casos), porte ilegal/irregular de arma de fogo (6 casos), e outros crimes (13 casos), como ameaça, disparo de arma de fogo, tentativa de homicídio, organização criminosa, uso de documento falso, lesão corporal, desacato, resistência, etc.

GRÁFICO 7

CRIMES SUPOSTAMENTE COMETIDOS PELAS POTENCIAIS BENEFICIÁRIAS EM AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA



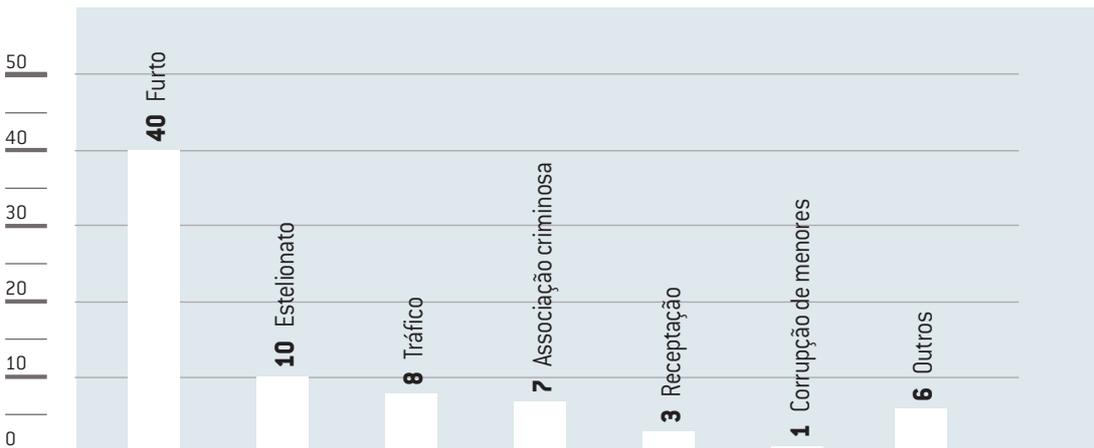
Elaborado pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania

Todavia, observa-se que a punição costuma ser mais rigorosa para casos de crimes relacionados ao tráfico de drogas. Buscou-se comparar a tendência à concessão de liberdade provisória para crimes “patrimoniais” e para os casos de crimes relacionados ao tráfico de drogas. Através da análise de tais indicadores, foi possível perceber que dentre as decisões menos encarceradoras encontram-se sobretudo os crimes patrimoniais, enquanto que dentre as decisões de prisão preventiva (substituída ou não pela prisão domiciliar), verificamos maior incidência de crimes relacionados ao comércio de drogas.

Para os 65 casos (dentre as 120 potenciais beneficiárias) em que a decisão da audiência de custódia foi a concessão da liberdade provisória (64 casos com cautelares e 1 caso sem cautelares), os crimes com maior incidência foram crimes comumente denominados “patrimoniais”, furto (40 incidências) e estelionato (10 incidências), totalizando 50 desses casos.

GRÁFICO 8

MULHERES QUE FICARAM EM LIBERDADE PROVISÓRIA

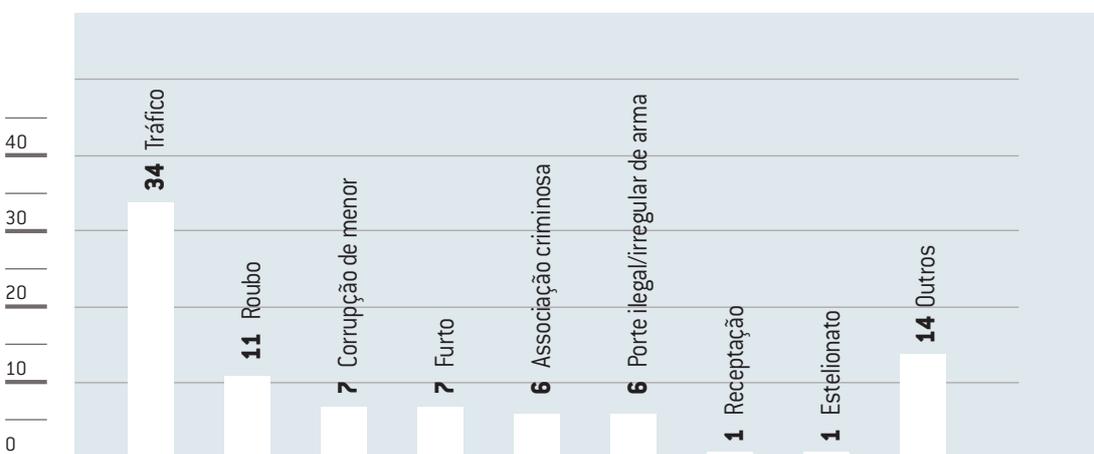


Elaborado pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania

Já para os 46 casos (dentre as 120 potenciais beneficiárias) em que a decisão da audiência de custódia foi a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, os crimes com maior incidência foram crimes relacionados ao tráfico de drogas (23 casos de tráfico de drogas e 11 casos de associação para o tráfico — 9 dos quais há acusação cumulada de tráfico de drogas com associação para o tráfico), totalizando 34 do total dos crimes de que estavam sendo acusadas 25 dessas mulheres mantidas presas. Os demais crimes foram roubo (11 incidências), corrupção de menor (7 incidências), furto (1 incidência de furto simples e 6 incidências de furto qualificado) e porte ilegal/irregular de arma de fogo (6 incidências).

GRÁFICO 9

MULHERES QUE FICARAM PRESAS PREVENTIVAMENTE EM AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA



Elaborado pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania

Trata-se de conclusão similar à alcançada pela pesquisa *MulheresSemPrisão: enfrentando a (in)visibilidade das mulheres submetidas à justiça criminal (2019)*, de que no momento da decisão da audiência ganha peso a perspectiva da criminalização dos crimes relacionados ao comércio de drogas, o que pode ser verificado pelo maior índice de conversão em prisão preventiva para esses casos.

Essa constatação também é ilustrada pelos dados da 2ª edição do Infopen Mulheres (2018), que apontam que o tráfico de drogas corresponde a 62% das incidências penais pelas quais mulheres privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento. Já os crimes patrimoniais totalizam 21% das incidências, demonstrando que o “tráfico prende mais”.

Importante ressaltar também outra observação. A partir do levantamento dos desfechos das decisões da custódia das 120 potenciais beneficiárias da prisão domiciliar, foi possível identificar que a questão racial expressa-se no resultado das decisões.

Se a ação da polícia demonstra que determinadas mulheres são mais suscetíveis de serem abordadas e presas em flagrante (visto que a maioria das mulheres em audiência de custódia é negra), ao chegar na audiência de custódia o racismo segue estruturando as relações que se constituem e se reproduzem entre atores do Poder Judiciário.

Verificamos que, dentre as 120 mulheres potenciais beneficiárias do Marco Legal, 47 delas são registradas em seus respectivos boletins de ocorrência como brancas e 73 pretas ou pardas. Desse total, 15 mulheres brancas deixaram de receber a prisão domiciliar (ou seja, 31,9% das brancas tiveram o pedido negado), enquanto para as pretas/pardas esse número aumenta, já que 31 delas tiveram o mesmo pedido negado (ou seja, 42,5% dentre pretas e pardas tiveram o pedido negado).

Se fizermos um recorte para as mulheres que foram presas por tráfico de drogas, de 37 mulheres (dentre as 120 potenciais beneficiárias) verificaremos que 27 são pretas e pardas e 10 são brancas. Dentre elas, apenas 4 mulheres pretas e pardas tiveram concedida a liberdade (o que corresponde a 14,8%), enquanto para as brancas, as 4 que também tiveram concedida a liberdade, corresponde a 40%.

Assim, em que pese se tratar de um recorte dentro da amostra, podemos afirmar que existe uma tendência de menor concessão de liberdade provisória para mulheres negras do que para mulheres brancas.

Esse dado corrobora a leitura acerca da influência do racismo institucional na perspectiva encarceradora do sistema de justiça criminal, o qual se conjuga com a questão da criminalização dos crimes relacionados ao tráfico de drogas.

Segundo Dina Alves, determinados grupos raciais são mais vulneráveis à punição estatal, sendo certo que o fator raça/cor reforça a aplicação da lei penal de forma mais favorável às mulheres brancas, face às negras e pobres, gerando impactos na racialização e no encarceramento em massa feminino, conforme já apontado por diversas outras pesquisas (ALVES, 2017).

6.2.3 Atuação da polícia, ministério público e defesa

Um dos principais objetivos da presente pesquisa é analisar a maneira como os diversos atores institucionais envolvidos no sistema de justiça criminal incorporaram e mobilizam as determinações introduzidas pelo Marco Legal. O acompanhamento das audiências de cus-

tódia permitiu a observação das posturas adotadas pelo Ministério Público e pela defesa nesse primeiro momento do trâmite processual. Além disso, o registro das informações contidas nos boletins de ocorrência possibilitou uma aproximação com algumas das práticas da Polícia Civil.

Iniciaremos pela Polícia Civil, que é responsável pela coleta das primeiras informações a respeito das pessoas presas em flagrante, bem como das investigações iniciais sobre a existência de um possível crime. O Marco Legal da Primeira Infância, em seu artigo 41, determinou a alteração do Código de Processo Penal para incluir a determinação de que:

Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.

No interrogatório e na lavratura do auto de prisão também devem constar essas informações. Trata-se de informações fundamentais para verificar as especificidades da condição pessoal da mulher no que tange à questão da maternidade. Contudo, foi bastante comum verificarmos divergências entre aquilo que constava nos autos de prisão em flagrante e aquilo que era alegado pela mulher na audiência de custódia, mostrando que muitas vezes essas informações não eram colhidas adequadamente pelas autoridades policiais.

Do total de 201 autos de prisão em flagrante analisados, em 42 casos, que representam 20,9% do total, não havia informação nenhuma sobre a existência ou não de filhos ou filhas. Dessas 42 mulheres, 22 tinham descendentes (dos quais apenas 3 maiores de 12 anos), 4 tinham filhos/as e estavam grávidas e 1 estava grávida. Ou seja, é relevante que referida quantidade de dados sobre existência de filhos e/ou maternidade tenha deixado de ser registrada pela polícia.

Dentre os casos das 120 beneficiárias, não havia informação sobre a idade dos filhos ou das filhas em 36 casos, ou seja, em 30%. Ainda, em 41 destes 120 casos (34,2%) não há informações sobre a existência de descendentes com deficiência ou não. Ademais, nos interrogatórios e/ou dados sobre a vida pessoal constantes dos autos de prisão em flagrante, em apenas 25 dos 120 casos de potenciais beneficiárias havia o contato de alguém responsável pela criança quando da prisão da mãe, correspondente a 20,8% dos casos.

Tais números denotam que, embora informações acerca da existência de descendentes, de crianças menores de 12 anos ou filhos/as com deficiência informados pelas mulheres tenham sido incorporadas nos procedimentos de coleta de informações nos casos de prisão em flagrante por parte da Polícia Civil, existem ainda expressivas lacunas, equívocos e invisibilidades sobre esses dados, prejudicando a proteção do direito existente.

Por esse motivo, para fins de nossos registros, combinamos as informações do boletim de ocorrência com as da audiência de custódia para tentar descobrir se tais mulheres preenchiam ou não os requisitos para a concessão de eventual prisão domiciliar. Esta metodologia

de coleta de informações mostra, por si só, que não é possível contar exclusivamente com as informações colhidas pela Polícia Civil, tornando-se necessário conjugá-las com outros dados disponíveis na audiência de custódia para, então, aferir quando se trata de casos que envolvem mulheres potenciais beneficiárias dos dispositivos do Marco Legal.

Passemos à atuação do Ministério Público, no que tange aos pedidos e encaminhamentos realizados no curso das audiências de custódia.

Com relação ao trabalho realizado por promotores e promotoras, importante notar que pedidos para decretação da liberdade provisória foram feitos em 55 casos (45,8% do total), todos eles acompanhados de medidas cautelares. As principais medidas cautelares requeridas pela acusação foram o comparecimento periódico, que surgiu em 43 (35,8% do total de 120) e também o recolhimento domiciliar noturno, apresentado em 22 dos 121 casos (18,3%). E houve somente 1 caso (ou seja, 0,8% da amostra de 120) em que o MP pediu o relaxamento do flagrante.

Apesar do número total de casos de potenciais beneficiárias com pedidos alternativos à prisão não ser pequeno, o MP pleiteou a decretação da prisão preventiva em 50% dos casos (60), e somente em 5 requereu a substituição desta pela prisão domiciliar. O fundamento do pedido, em 2 destes casos, foi o fato da mulher ser gestante, enquanto que em 3 deles o fundamento apresentado pelo MP à juíza ou juiz foi o fato da mulher ter crianças menores de 12 anos.

Essa baixa incidência de pedidos da Promotoria requerendo a substituição pela prisão domiciliar denota que o Ministério Público não tem se utilizado deste instituto alternativo à prisão cautelar, insistindo, assim, numa perspectiva encarceradora para uma grande proporção de mulheres que poderiam receber o benefício.

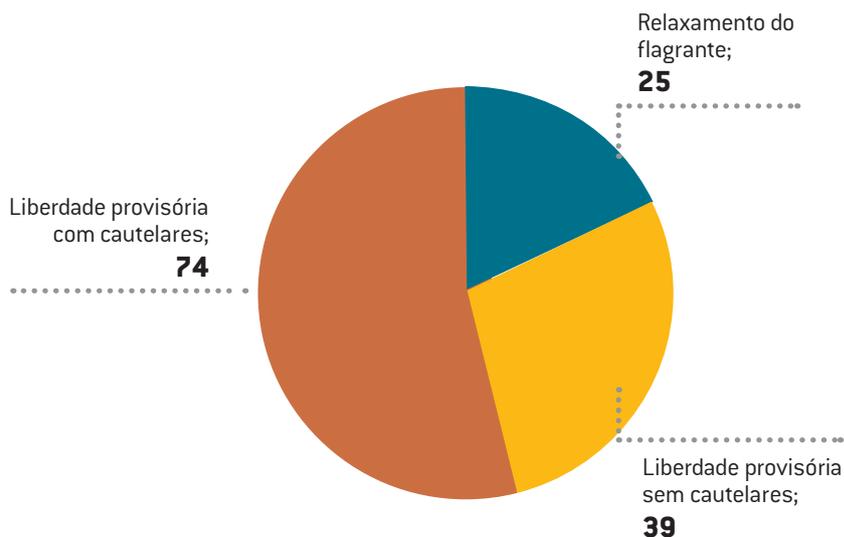
Interessante salientar, outrossim, que em dois desses casos as custodiadas estavam em livramento condicional ou cumprindo pena por outro processo em regime aberto ou semiaberto, e isso não impediu promotores/as de requererem a domiciliar, já que não há restrição legal quanto a isso no Marco Legal, nem na decisão tomada pelo STF no *habeas corpus* coletivo nº 143.641.

Por outro lado, é positivo que o pedido de liberdade provisória seja muito mais comum do que os pedidos de prisão domiciliar, uma vez que a liberdade favorece mais o exercício da maternidade, na medida em que permite o desempenho de atividades como trabalhar, ir ao médico, levar as crianças à escola etc., de forma mais potente do que a prisão domiciliar, que por ser uma espécie de privação de liberdade, restringe tais possibilidades.

Quando passamos à análise sobre a atuação da defesa, verificamos a inexistência de casos em que esta requereu a decretação da prisão preventiva. Sendo assim, registramos 25 ocorrências de pedido de relaxamento do flagrante (20,8% dos 121 casos); 39 requisições da liberdade provisória da custodiada, sem cautelares (32,5% dos 121 casos); e 74 pedidos de concessão da liberdade provisória, com cautelares (especificando-as, ou não), significando que o pedido apareceu em 61,7% do total de 121 casos. Frise-se que é possível que a defesa tenha realizado mais de um pedido por caso, o que explica o alto número de pedidos mencionados.

GRÁFICO 10

TIPOS DE PEDIDOS FEITOS PELA DEFESA EM AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA



Elaborado pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania

Especificamente com relação à prisão domiciliar, houve requerimento expresso da defesa para sua aplicação em 60 dos 120 casos, ou seja, em exatos 50% deles. O número não é expressivo considerando que todas essas 120 mulheres deveriam ter tal possibilidade de substituição no mínimo anunciada, ainda que subsidiariamente ao pedido principal, uma vez que todas são potenciais beneficiárias. Assim, considerando que a Defensoria é a principal instituição capaz de mobilizar as questões de gênero que possam levar à aplicação de medidas desencarceradoras (ITTC, 2019), o número de pedidos poderia ser maior.

De modo geral, quando o pedido é feito, observou-se que a defesa apresenta argumentos pautados no cumprimento da lei (Marco Legal da Primeira Infância e do art. 318 do Código de Processo Penal) e na decisão do *habeas corpus* coletivo, alegando que, para os casos de decretação da prisão preventiva, a presença dos critérios objetivos (ser mãe de criança com até 12 anos ou com deficiência, ou ser gestante) deve ensejar a garantia de aguardar o processo em prisão domiciliar. Busca-se também sempre questionar a legalidade, a adequação e a necessidade da prisão cautelar, aportando — quando possível — especificidades acerca das condições da mulher, bem como das circunstâncias da prisão, para munir a decisão de todas as informações possíveis.

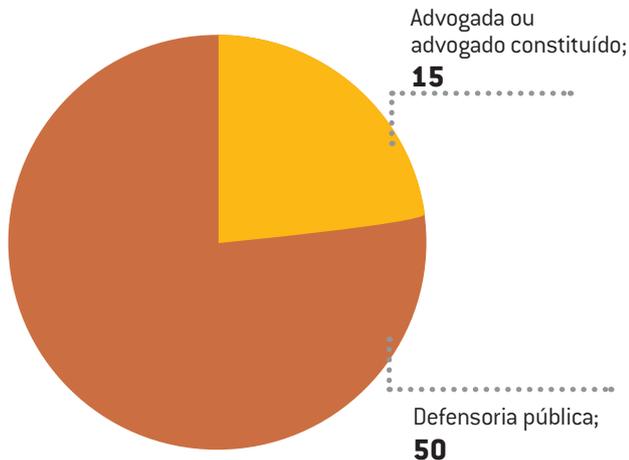
Além disso, costuma a defesa sustentar que não cabe a decretação da prisão preventiva nos casos em que o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça, ou sendo a mulher primária, possuindo residência fixa ou emprego lícito, reforçando a razão de ser das audiências de custódia: reduzir o uso excessivo de prisões preventivas.

Para os casos em que a Defensoria Pública atuou, a quantidade de concessões de liberdade provisória se mostrou maior. Considerando-se que, das 120 potenciais beneficiárias, 80 foram aten-

tidas pela Defensoria Pública e 40 possuíam advogado ou advogadas constituídos. Verificamos que das 65 mulheres que tiveram concedida a liberdade provisória (com ou sem cautelares), 50 eram atendidas pela Defensoria Pública e 15 possuíam advogado ou advogada constituídos. Por sua vez, das que tiveram a prisão preventiva decretada, 26 eram atendidas pela Defensoria Pública e 20 possuíam advogado ou advogada constituídos. Os gráficos abaixo ilustram tais divisões:

GRÁFICO 11

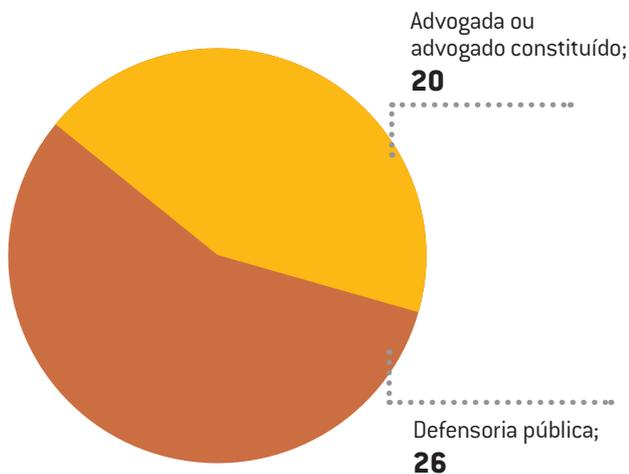
TIPO DE ADVOCACIA RELACIONADO ÀS MULHERES QUE FICARAM EM LIBERDADE PROVISÓRIA NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA



Elaborado pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania

GRÁFICO 12

TIPO DE ADVOCACIA RELACIONADO ÀS MULHERES QUE FICARAM PRESAS PREVENTIVAMENTE



Elaborado pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania

Assim, quanto ao fato de se tratar de defesa constituída ou defesa realizada pela Defensoria Pública do Estado, observou-se não haver significativas diferenças nos impactos para a produção dos resultados das decisões dos juizes e juizas entre ambas atuações; havendo, contudo, uma leve diferença no que tange às decisões de liberdade, em sua maioria concedidas em casos assistidos pela Defensoria.

6.3

PROCESSOS DE CONHECIMENTO

A segunda etapa da nossa pesquisa debruçou-se sobre os processos de 200 mulheres que estiveram presas preventivamente no Centro de Detenção Provisória (CDP) de Franco da Rocha. Como na etapa anterior, a análise buscou identificar, no curso do processo de instrução (que se desenrola até a sentença determinada em primeira instância), na Justiça estadual de São Paulo, como tem sido mobilizado o Marco Legal da Primeira Infância e seu impacto para o desencarceramento feminino.

Para tanto, foram utilizados como fonte de coleta de informações: 1) a planilha de atendimentos preenchida pelos profissionais da Defensoria Pública do Estado de São Paulo em suas visitas ao CDP de Franco da Rocha; 2) os documentos diversos que compõem os autos processuais (decisões, pedidos da defesa ou da acusação, folhas de antecedentes, etc).

6.3.1. Relatos de violência generificada

Uma parte do questionário aplicado pelos profissionais da Defensoria Pública dentro do CDP Franco da Rocha se refere a relatos de violências e abusos que a mulher encarcerada sofreu durante a abordagem policial no flagrante, ou estaria sofrendo em sua permanência na prisão. Os dados interessam não apenas como forma de visibilizar práticas que muitas vezes permanecem ocultas, mas também como fonte de reflexão sobre a complexa situação de violência a que essas mulheres — em sua maioria negras, pobres e, além disso, enxergadas como “criminosas” — estão inseridas.

É importante ressaltar que nem todas as mulheres que passam por essas situações efetivamente as denunciam. Isso pode acontecer por diversos motivos, como o medo, constrangimento, desconforto, ameaça etc., que as impedem de verbalizar o relato, mesmo para um defensor ou uma defensora dispostos a coletar tais informações e atuar em sua defesa judicial. Logo, os dados obtidos são daquelas mulheres que passaram por algum tipo de violência e abuso e conseguiram expor tais fatos.

Mais da metade das mulheres encarceradas (65,5%) relataram que não sofreram nenhum tipo de violência. Em contrapartida, 27% (quase $\frac{1}{3}$ delas) afirmaram ter sofrido alguma violência: boa parte dessas (11%) classificada como agressão física. Em 7,5% dos casos apareceram relatos de mais de uma forma de violência perpetrada concomitantemente (ou seja: agressão verbal e agressão física; ameaça, agressão verbal e agressão física; ameaça e agressão física; e por fim, ameaça e agressão verbal). Para 7,5% dos casos, não houve nenhum registro que relatasse como se deu a violência.

Os registros transcritos pela defensoria para o formulário são diversos. Alguns contêm apenas o lugar e o momento em que ocorreram tais situações, alguns expõem motivos pelos quais as mulheres consideram que foram violentadas, enquanto em outros registros há relatos do ocorrido em apenas uma frase, como:

Foi constrangida ao retirarem as drogas de sua vagina, na rua [Descrição de Defensor ou Defensora em atendimento sobre relato da violência]

Também houve relatos carregados de detalhes sobre a violência sofrida, como por exemplo:

No Distrito, um dos investigadores cujo nome não sabe, passou a lhe tratar bem, dando suco, biscoito e etc.. Em dado momento, referido policial a levou até um quatinho isolado e pediu para que tirasse a roupa sob o pretexto de revistá-la. Achou estranho porque já havia sido revistada, mas obedeceu pois ele disse que sua sogra contou que ela escondia uma chave. Tirou a roupa e foi “apalpada” por esse policial. Sentiu-se constrangida. Esse policial disse a ré “só eu te ajudo, vc tem que me ajudar também”. Ficou com medo. Ele ainda perguntou a ré se ela “ficaria” com ele caso o tivesse conhecido antes. [Descrição do Defensor ou Defensora em atendimento sobre relato da violência]

Ou ainda:

O policial Matraca colocou o fuzil em sua boca e a machucou. Bateram em sua cabeça, onde tinha um machucado. Falaram que se ela estivesse grávida, ia abortar. [Descrição do Defensor ou Defensora em atendimento sobre relato da violência]

Os trechos descritos acima mostram que essas agressões podem assumir complexidades relacionadas ao gênero, na medida em que a maioria das violências se relaciona à violação dos corpos das mulheres, contatos e coações físicas de cunho sexual, sem consentimento, “piadas” ou “convites” inapropriados de caráter sexual, e o correspondente constrangimento que isso significa. Tais violências generificadas se mesclam com a seletividade racial — conforme revelam os trechos indicados logo abaixo — do sistema de justiça, por se tratar em sua maioria de mulheres negras, reforçando a violação e a punição de seus corpos (ITTC, 2019: 106-107).

Conforme apontam os relatos da nossa amostra, diversas vezes tais violências ocorrem através da polícia (polícia militar; guardas militarizada, como as guardas civis municipais; ou polícia civil, como delegados e escrivães) e/ou na presença de policiais, como nos casos apurados sobre agressões e ameaças por parte de seguranças de estabelecimentos privados e por agentes penitenciários.

Quando não são violentadas fisicamente, muitas vezes essas mulheres são agredidas verbalmente (com xingamentos, violência psicológica, falas racistas e machistas, discriminação religiosa etc.) ou ameaçadas (quando policiais insinuam forjar alguma situação prejudicial ou quando são forçadas a pactuar com corrupção por parte de tais agentes, por exemplo). Vejam-se mais dois relatos que ilustram esses diferentes tipos de situações:

Levou tapa na cara quando foi presa e foi xingada de vagabunda, puta e noia. Um dos policiais tentou atear fogo em seu cabelo. [Descrição do Defensor ou Defensora em atendimento sobre relato da violência]

Policiais militares que a abordaram foram racistas com a ré pois disseram ‘tinha que ser negra’. (Descrição do Defensor ou Defensora em atendimento sobre relato da violência)

Conforme alertou a pesquisa *MulheresSemPrisão: enfrentado a (in)visibilidade das mulheres submetidas à justiça criminal*:

Importante lembrar que a tortura não precisa deixar marcas para ser tida como tal, já que pode ser imposta de formas diversas, inclusive com imputação exclusiva de sofrimento psíquico (IDDD, 2017) (...) Há, assim, orientação explícita para que se proceda à investigação nos casos em que houver manifestação sobre a prática de qualquer tipo de violência, devendo a narrativa de violência psicológica e/ou verbal ser levada adiante sempre que apresentada pela pessoa custodiada (ITTC, 2019: 114-115).

As informações acima apresentadas, combinadas com pesquisas mais amplas, demonstram que nossas forças de segurança muitas vezes atuam de maneira violenta, seletiva e discriminatória. Por exemplo, o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2018, elaborado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2018: 6-7), indicou que, em 2017, 5.159 pessoas foram mortas em intervenções policiais, o que representou um crescimento de 21% na taxa.

Apenas cinco casos de violência descritos nos formulários não continham relato de como a situação aconteceu, porém os dados e as informações obtidas são suficientes para ilustrar que essas mulheres estão inseridas em um contexto de violências, e o lugar que ocupam na desigual estrutura social vigente se perpetua e se aprofunda reiteradamente através da aplicação sistemática de violência sobre seus corpos. As condições de vulnerabilidades sociais e raciais são aprofundadas pela questão de gênero e por sua entrada no sistema prisional, cujas reconhecidas condições desumanas reforçam essas circunstâncias.

6.3.2. Atuação da defesa: baixa incidência de pedidos após a audiência de custódia

Como a análise desta etapa da pesquisa baseou-se exclusivamente em autos processuais, pudemos mapear os andamentos de cada caso ao longo do tempo, ao invés de nos restringirmos a uma única decisão pontual. Sendo assim, foi possível visualizar os primeiros desdobramentos do processo judicial logo após a audiência de custódia, o que nos permitiu identificar quais foram as principais atitudes tomadas pela defesa depois dessa primeira decisão sobre a pertinência de aplicar a prisão domiciliar.

Como primeiro dado interessante, temos que o número de mulheres potenciais beneficiárias que elaborou um outro pedido de conversão da prisão preventiva em domiciliar logo após a realização da audiência de custódia é muito baixo. Ou seja, a defesa de pouquíssimas mulheres entrou com pedido contra a decisão da audiência de custódia: somente 5 delas, ou seja, 4,90% do total, realizaram esse novo pedido. Em apenas 1 único caso dentre os 5 houve concessão da liberdade provisória e nos demais casos a decisão foi mantida.

Trata-se de caso em que a ré, de apenas 22 anos, foi denunciada por *adentrar em estabelecimento prisional* cerca de 23g de maconha e 33g de cocaína. Aos profissionais da Defensoria Pública, relatou que foi agredida pela agente penitenciária, que a empurrou. A ré é negra (declarada como de cor parda) e trabalhava como vendedora ambulante autônoma antes de

ser presa. Ao pedido de substituição da domiciliar foi juntado também a certidão de nascimento de seu filho, que tinha cinco anos incompletos à época e vivia com a mãe e a avó materna. O Ministério Público opinou pelo indeferimento do pedido, alegando que não havia prova de que ambos residiam juntos. Contudo, o magistrado optou por conceder a liberdade provisória, admitindo que os fatos imputados a ela não eram tão graves e que a mulher não possuía antecedentes criminais.

Já a via do *habeas corpus* ao Tribunal de Justiça foi utilizada por defensores ou defensoras nos casos de 22 mulheres, ou seja, somente 21,6% das 102 mulheres que passaram por audiência de custódia. Em 14 desses 22 casos o pedido foi negado, o que representa 54,5% de negativas até o momento. Somente em 1 deles o pedido de substituição pela prisão domiciliar foi concedido pelo TJ-SP. Dois outros casos foram levados ao STJ e houve concessão em um deles (o outro foi julgado “prejudicado”, pois o julgamento no STJ foi posterior à sentença). Os outros, ao menos até o momento da coleta de dados, ainda não foram julgados (1 caso) ou encontram-se em segredo de justiça (5 casos), mas não houve nenhuma determinação para que a mulher fosse solta. Isso significa que os casos em que houve um resultado desencarcerador para a mulher representam apenas 9,5% do total dos 21 casos iniciados e já julgados.

No caso em que houve concessão do pedido pelo TJ-SP, trata-se de uma mulher negra (declarada como de cor parda), de 18 anos, que possui um(a) filho(a). Não há informações sobre trabalho anterior. Ela foi processada por transportar 10 tijolos de maconha, que totalizavam aproximadamente 7kg da substância. A decisão do/a Desembargador/a que concedeu a prisão domiciliar indica que a mulher se encaixa nos critérios previstos no *habeas corpus* coletivo e que, “apesar da situação ser grave”, não revela “especial gravidade” para ser considerada como “excepcionalíssima”.

A disparidade entre as circunstâncias que envolvem os dois casos brevemente apresentados acima, tanto em relação ao local de apreensão, quanto à quantidade de substâncias apreendidas, deixa claro que o instituto da prisão domiciliar pode e deve ser aplicado para casos distintos. Além disso, o crime de tráfico de drogas não envolve violência ou grave ameaça. Apesar das diferenças dos casos concretos, ambas as mulheres são as responsáveis pelos cuidados de seus filhos e suas filhas e pertencem a grupos sociais vulneráveis (mulheres não brancas, sem registro de trabalho formal).

Conforme já mencionado, em 2 outros casos o TJ-SP negou o pedido e a defesa impetrou novo *habeas corpus* contra tal decisão no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Em um deles, o pedido foi julgado prejudicado, pois até lá a mulher já havia sido sentenciada a cumprir sua pena em regime aberto. Contudo, em outro, houve concessão do pedido de substituição pela prisão domiciliar por tal Tribunal Superior. Trata-se de um caso de mulher acusada de tráfico de drogas por conta de apreensão de baixíssimas quantidades de substâncias entorpecentes: 4,4g de cocaína e 14,3g de crack. Por conta dessa apreensão, ela permaneceu por cerca de cinco meses presa preventivamente. A mulher, de 35 anos, negra (declarada como de cor parda), trabalhava como diarista antes de ser presa e tem um filho/a. Ela ainda relatou ter sofrido agressões físicas e verbais do policial que realizou seu flagrante.

A argumentação do/a Ministro/a para conceder a prisão domiciliar para a mulher afasta a ideia de utilizar a reincidência como fundamento para a negativa, pontuando que tal argumentação é insuficiente para justificar tal rejeição. Além disso, se debruça sobre a discussão de exigir prova da imprescindibilidade da mulher para filhos ou filhas, mencionando que a jurisprudência do STJ, como a do STF, também é contrária a tal raciocínio.

No caso, apesar da argumentação lançada pela instância de origem, não se observa a indicação de elemento específico a evidenciar situação excepcionalíssima capaz de afastar o benefício pretendido, de acordo com as balizas fixadas pelo Supremo Tribunal Federal no HC n.143.641/SP. Na decisão de primeiro há menção a fundamentos que evidenciam o risco concreto de reiteração delitiva, ante a existência de anterior condenação (fl. 87), porém a argumentação é insuficiente para justificar a negativa do benefício em questão. Assim, aplicável, na espécie, o entendimento desta Corte Superior de que é descabida a discussão quanto necessidade dos cuidados maternos à criança, pois tal condição é legalmente presumida, e, no caso, não está devidamente justificada a insuficiência da cautelar de prisão domiciliar. (HC n. 362.922/PR, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 20/4/2017). Além disso, o crime não foi praticado com violência tampouco com grave ameaça contra seus descendentes. (HC n. 471.187/SP, Supremo Tribunal de Justiça, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 26.09.2018, p. 2) [grifos nossos].

A análise da atuação posterior à audiência de custódia deixa claro que, nos casos em que tais decisões são desfavoráveis ao pedido da defesa, como é o caso de quase a totalidade da nossa amostra, não houve muita movimentação da defesa para reverter tal situação.

6.3.3. Atuação da defesa: a questão da maternidade é pouco explorada nos pedidos feitos durante a instrução do processo

Inicialmente, importante ressaltar que somente 42 mulheres realizaram pedidos nesta etapa processual, representando 39,2% do total de potenciais beneficiárias. Em 1 desses 42 casos, também o diretor da penitenciária oficiou o juízo. Em outros 5 casos (4,7%), houve apenas comunicação por parte do diretor técnico do CDP sobre o fato de que a mulher se encaixava nos critérios propostos pelo Marco Legal e pelo *habeas corpus* coletivo n. 143.641.

Ou seja, menos da metade (somente 43,9%) das 107 potenciais beneficiárias tiveram especificamente a questão da maternidade e da domiciliar discutidas no decorrer do processo. Tais números demonstram como o Marco Legal ainda não tem sido efetivamente incorporado na análise dos casos concretos, de modo a trazer à luz informações sobre a condição da mãe e de sua prole para proteger sua condição específica.

Considerando-se que essas mulheres poderiam ser potenciais beneficiárias das novas regulamentações sobre prisão domiciliar, o percentual de pedidos é muito baixo, ainda mais se pensarmos que diversas vezes é por meio destes pedidos que as juízas e os juízes se informam em relação à existência da maternidade ou da gestação da mulher. Se não há pedido, essa informação não é levada em consideração e permanece somente registrada no boletim de ocorrência, cuja confiabilidade das informações, como já apresentado anteriormente, é precária.

Interessante nos debruçarmos brevemente sobre os casos em que houve manifesta-

ção direta por parte do diretor técnico do estabelecimento prisional. Trata-se de ofício que tem como referência o *habeas corpus* coletivo n. 143.641 e conta com uma declaração padrão, preenchida pela mulher com o nome de seus/suas filhos/filhas, sua idade destes e sua data de nascimento. Também há um campo para que ela indique o nome da pessoa atualmente responsável pelas crianças. Quatro delas declararam ser a avó materna das crianças (suas mães), uma outra registrou o nome de outra mulher, sem indicar a relação de parentesco e em um caso apontou-se como responsável o pai das crianças. Ao assinar o documento, a mulher ainda declara não ter cometido crimes mediante violência ou grave ameaça ou contra seus descendentes, nem ter tido o poder familiar destituído por outros motivos que não a prisão. Dos 6 casos em que há tal documento nos autos, 3 mulheres permaneceram presas provisoriamente.

Importante notar que há um elemento comum entre boa parte das declarações: 5 delas estão datadas no dia 07 de março de 2018, enquanto 1 é do dia 13 de abril do mesmo ano, o que demonstra — além da baixa quantidade de manifestações oriundas do próprio diretor da unidade prisional — que se trata de prática não recorrente e/ou contínua e/ou sistemática. Em que pese a decisão do *habeas corpus* coletivo do STF e a existência de uma orientação proferida pela Corregedoria do Tribunal de Justiça de São Paulo, “*para que sejam encaminhados aos juízos dos feitos informações das presas que se enquadram nas hipóteses de concessão do benefício, para apreciação*”⁶¹, estes casos concentraram-se em apenas um dia e abarcaram pouquíssimas mulheres. Tal fato resta evidenciado sobretudo se olharmos os dados do projeto “Mães em Cárcere” da Defensoria Pública de São Paulo — que, dentre outras atribuições, mapeia a condição das mulheres gestantes e com filhos e filhas nas cadeias. Em cinco meses de visitas ao Presídio Feminino de Franco da Rocha, as profissionais do projeto constataram a existência de 1.627 mulheres, das quais 899 são mães e 141 são gestantes (DPE, 2012).

Dentre os 47 casos em que houve manifestação da defesa sobre maternidade ou ofícios enviados pelo CDP, os pedidos feitos foram negados em 21 deles, o que representa 44,7% desse total. Há 24 concessões de liberdade provisória ou prisão domiciliar (51%) e 2 outras decisões diversas⁶². Sendo assim, o percentual de concessões sobe, pela primeira vez nas etapas até aqui descritas, para mais de 50% do total.

As respostas positivas dividiram-se em: concessão da liberdade provisória, cumulada com cautelares do art. 319 (16 casos); substituição da prisão preventiva pela domiciliar, cumulada com cautelares do art. 319 (2); e substituição da prisão preventiva pela domiciliar sem cautelares (6).

Já dentre as 21 mulheres que tiveram a possibilidade de domiciliar analisada e negada, so-

61 No dia 7 de março de 2018, a Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo e a Corregedoria deste mesmo órgão publicaram o comunicado conjunto n. 393/18, que versa sobre o cumprimento da decisão proferida pelo STF no HC 143.641 e estabelece, dentre outras coisas, que no prazo de 15 dias os estabelecimentos prisionais providenciem comunicações sobre as matérias aos juízos. O comunicado completo pode ser acessado em: <<https://www.dje.tjsp.jus.br/cdje/consultaSimples.do?cdVolume=12&nuDiario=2530&cdCaderno=10&nuSeqpagina=2>>. Acesso em 26 abr. 2019.

62 Uma das outras decisões requereu ao Centro de Detenção Provisório exame para comprovar a gestação da mulher. Posteriormente, houve concessão da liberdade provisória com cautelares para a mulher, fundamentada em outros motivos que não tal gestação. O outro pedido feito foi analisado já no momento da sentença, onde a ré foi condenada a cumprir sua pena em regime aberto. Portanto, para fins dos nossos registros, ela permaneceu presa durante toda a instrução processual, sendo liberada somente após a determinação da sentença.

mente 6 impetraram *habeas corpus* ao Tribunal de Justiça posteriormente a tal decisão. No TJ-SP, 2 *habeas corpus* foram concedidos. Dos 4 restantes, 1 deles foi levado até o Superior Tribunal de Justiça, onde houve determinação da substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Sendo assim, metade dos seis *habeas corpus* impetrados tiveram resultado positivo para a acusada.

6.3.4. Resultados gerais: quem permaneceu presa e por quanto tempo?

Dentre os 107 casos de potenciais beneficiárias analisados, tivemos 35 em que houve expedição de alvará de soltura antes da determinação da sentença. Ou seja, nesses 35 casos houve uma decisão judicial para conceder a liberdade ou a prisão domiciliar para tais mulheres, seja proferida por juiz/a do DIPO, por juiz/a da instrução processual, ou por instâncias superiores através de *habeas corpus*. Pontue-se que nem todos os alvarás surgiram a partir de pedidos da defesa — em 4 casos residuais, houve determinação de ofício por parte do juízo para que houvesse relaxamento do flagrante ou liberdade provisória da mulher, motivo pelo qual eles não constam nos números descritos anteriormente, que tiveram como foco somente os pedidos feitos. Nenhum desses casos, contudo, determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

Desses 35 casos, 8 mulheres permaneceram presas preventivamente — até o momento em que concluímos a coleta de dados da pesquisa — por até dois meses. Outras 16 ficaram no estabelecimento prisional entre dois e quatro meses. Foram 7 as que permaneceram presas de 4 até 6 meses. Por fim, em 4 casos a prisão foi mantida por mais de 6 meses, sendo que o tempo máximo registrado na nossa amostra foi de uma detenção provisória de oito meses e 24 dias. Interessante notar que 7 das 12 mulheres que alegaram estar gestantes permaneceram no máximo 3 meses presas. Contudo, 2 mulheres grávidas permaneceram entre 7 e 8 meses em prisão preventiva, tempo que provavelmente representou um alto risco para sua gravidez.

Nos outros 72 casos, as mulheres permaneceram presas preventivamente desde o momento em que houve a decretação de tal prisão — o que se deu, na maioria dos casos, durante a audiência de custódia, mas pode ter ocorrido ao longo da instrução nos casos em que a prisão não foi em flagrante.

Isso significa que somente 32,7% das potenciais beneficiárias tiveram revertidas ou substituídas sua prisão preventiva ao longo da instrução processual. Sendo assim, 67,3% dessas mulheres permaneceram presas, ao menos até o fim de janeiro de 2019, quando finalizamos nossa coleta de dados.

Relembre-se que não houve nenhum caso de crime cometido contra descendente e que somente 29,9% das 107 mulheres respondiam processos por crimes violentos ou com grave ameaça. Essas são as duas únicas restrições previstas na decisão do *habeas corpus* coletivo do STF e consolidadas pela redação do art. 318-A, que entrou em vigor somente em dezembro de 2018.

A partir desses dados podemos afirmar que o número de mulheres que deveriam ter sido contempladas com as possibilidades legais desencarceradoras deveria ser substancialmente maior. Percebe-se, portanto, que ainda há muito a avançar para que efetivamente o dispositivo da prisão domiciliar seja conhecido e instrumentalizado por todos os atores do sistema de justiça ao longo do processo judicial.

Ainda, pontue-se que, dentre as mulheres que tiveram alvará de soltura decretado, em 12 casos houve a substituição da prisão preventiva pela domiciliar (34,3%) e, em outros 22, a determinação da liberdade provisória cumulada com outras cautelares (62,8%). Em um único caso (2,86%), a decisão foi simplesmente pelo relaxamento do flagrante, uma vez que se tratava de prisão temporária durante a investigação policial (a ré ficou presa durante 14 dias). Apesar da importância do tema, não foi possível, para o presente relatório, identificar e listar quais as cautelares determinadas nos casos de liberdade provisória. Contudo, outros trabalhos produzidos pelo ITTC (2019) já se debruçaram sobre a questão.

Conforme apresentado na Parte I deste relatório, das 107 potenciais beneficiárias, excluindo-se as 23 que tiveram concedida a liberdade (ou tiveram a prisão temporária revogada), restam 84. Destas, somente 12 tiveram a substituição pela domiciliar concedida em algum momento do processo (mesmo que mantida a prisão). Ou seja, 85,7% das mulheres mantidas em prisão não tiveram o benefício aplicado.

Interessante também observar se há diferenças de perfil entre as mulheres contempladas pela revogação da prisão preventiva ou pela substituição desta pela prisão albergue domiciliar. A tabela abaixo⁶³ apresenta os quatro indicadores de perfil principais para o universo total de potenciais beneficiárias (107); para o grupo que teve alvará de soltura durante o processo (35); e também para aquelas que não tiveram o alvará e, até o fim da coleta de dados, permaneciam presas (72).

63 Foram excluídos da tabela, para fins de visualização, a categoria “Prejudicado”, dentro das informações sobre antecedentes, bem como a categoria “sem informação”, dentro da categoria registro de trabalho anterior, uma vez que seus percentuais eram muito pequenos e suas informações não tão diferenciais para a análise.

TABELA 4

PARTICULARIDADES DAS MULHERES PRESAS NO CDP (POTENCIAIS BENEFICIÁRIAS) RELACIONADAS À SOLTURA

		Universo total (107)	Tem alvará de soltura (35)	Não tem alvará de soltura (72)
Raça	Branças	35,51% (38)	25,71% (9)	40,28% (29)
	Pretas	13,08% (14)	11,43% (4)	13,89% (10)
	Pardas	51,40% (55)	62,86% (22)	45,83% (33)
Antecedentes	Com registros anteriores	35,51% (38)	20,00% (7)	43,06% (31)
	Sem registros anteriores	64,49% (69)	80,00% (28)	56,94% (41)
Crime	Tráfico	56,07% (60)	57,14% (20)	55,56% (40)
	Roubo	26,17% (28)	14,29% (5)	31,94% (23)
	Furto	10,28% (11)	17,14% (6)	6,94% (5)
	Homicídio	3,74% (4)	5,71% (2)	2,78% (2)
	Outros	3,74% (4)	5,72% (2)	2,78% (2)
Registro de trabalho anterior	Não trabalhava antes de ser presa	35,51% (38)	31,43% (11)	37,50% (27)
	Sim	25,23% (27)	34,29% (12)	20,83% (15)
	Não	35,51% (38)	28,57% (10)	38,89% (28)

Elaborado pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania

A comparação nos permite verificar que a maior parte das mulheres que não teve alvará de soltura é negra (preta ou parda), tem registro de antecedentes criminais, está sendo acusada de crimes relacionados ao comércio de drogas ou roubo e não possui registro de trabalho anterior.

Quanto ao tipo de crime, cumpre salientar que, dentro da nossa amostra, houve uma tendência de manter presa quem está sendo processada por roubo, ao passo que, para o crime de furto, a tendência é inversa.

Outra diferença que chama a atenção diz respeito ao registro de trabalho anterior. A quantidade de mulheres que tinha documentos para comprovar tal trabalho é consideravelmente diferente entre aquelas que foram soltas (34,3%) e as que permaneceram presas (20,8%). Ainda, chama a atenção o fato de que mais mulheres que não trabalhavam antes de serem presas permaneceram na prisão — 37,5% para o grupo de 72, em contraste com os 31,4% de mulheres que foram soltas.

Por fim, vale notar qual o resultado da sentença para as mulheres que tiveram o alvará de soltura decretado no curso do processo de instrução e, portanto antes do julgamento.

Dentre as 35 mulheres que foram soltas, cerca de 42,8% (15) ainda não tinham sido sentenciadas até o momento em que acabamos a coleta de dados (janeiro de 2019). Das 20 restantes,

3 foram absolvidas (15%), 5 (25%) foram sentenciadas a cumprimento da pena em regime fechado, 1 sentenciada ao cumprimento em regime semiaberto (5%). Já as outras 11 mulheres (55%) não tiveram que cumprir pena restritiva de liberdade, ou por que lhes foi concedido o direito de apelar em liberdade (4, que representam 20%), ou por que lhes foi imposta uma pena restritiva de direitos (4, também representando 20%) ou em regime aberto (2, que significa 10%) ou, por fim, por que a prisão foi substituída pela prisão albergue domiciliar, o que só aconteceu em um caso (5%).

Isso significa que, para 30% das mulheres já sentenciadas, houve determinação de retornar à prisão, mesmo já havendo soltura decretada ao longo do procedimento instrutório.

Já em relação às 72 mulheres que permaneceram presas preventivamente, 17 delas (23,6%) não haviam sido sentenciadas até o final de janeiro de 2019. Dentre as 55 restantes, a grande maioria teve uma pena privativa de liberdade determinada: 30 delas (54,5%) ao cumprimento desta em regime fechado e 13 (23,6%) em regime semiaberto. No total, são cerca de 78,2% das mulheres sentenciadas condenadas à prisão, o que reforça a perspectiva já reconhecida inclusive pelo Conselho Nacional de Justiça (STF, 2018) quanto à cultura encarceradora do Judiciário, mesmo quando estão presentes requisitos para conceder outros tipos de pena que não a privativa de liberdade.

Há, porém, 4 casos de absolvição (7,3%), 2 casos de fixação de penas restritivas de direitos (3,6%), 2 casos de prisão domiciliar (3,6%) e 4 casos de fixação do cumprimento da pena em regime aberto (7,3%). Todas essas são mulheres que permaneceram presas durante meses ao longo de sua investigação criminal e, ao final, determinou-se sua soltura. O fato só reforça a ideia de que elas poderiam ter sido soltas antes, se tivessem sido observadas as regulamentações do Marco Legal da Primeira Infância.

6.5

TRIBUNAIS SUPERIORES

A terceira amostra deste Diagnóstico consiste na atuação dos Tribunais Superiores em relação ao Marco Legal e à maternidade. Todas as mulheres envolvidas nestas 200 decisões têm direito à aplicação das regras do Marco Legal, uma vez que, conforme o recorte utilizado, trata-se de mulheres que estão pleiteando a aplicação de tal lei por cumprirem seus requisitos.

Quanto aos tipos de ações judiciais utilizados pelas mulheres para proteger o exercício de sua maternidade, verificamos que 164 dos 200 acórdãos analisados tratavam-se de *habeas corpus*⁶⁴, configurando esta a via predominante para tal requerimento judicial.

A adoção desse tipo de ação, por sua natureza, evidencia a compreensão das defesas de que manter a mulher presa sendo mãe de filhos até 12 anos e/ou com deficiência ou sendo gestantes configura violação do direito de liberdade de locomoção e configura ato abusivo de autoridade do órgão que determinou a prisão da mulher.

64 As demais ações judiciais para realizar o pedido foram: 34 casos de Recurso Ordinário Constitucional, 2 casos de Reclamações Constitucionais, 1 caso de um Agravo Regimental, 1 caso de Embargos de Declaração e 1 caso de Ação Cautelar.

6.5.1 A descaracterização da mulher e sua aproximação do ideal abstrato de “mãe”

Inicialmente, o aspecto mais relevante desta amostragem consiste no fato de que nestas instâncias o número de concessões de domiciliares aumenta substancialmente. Observamos que o STF concedeu 33 prisões domiciliares, ou seja, 50,8% do total de suas decisões, enquanto o STJ concedeu 83, o que corresponde a 61,5% de suas decisões.

A soma das concessões de domiciliares totalizam 116 do total de 200 acórdãos, o que corresponde a 58% das decisões concedidas pelos Tribunais Superiores. Sendo assim, diferentemente dos números encontrados nas outras instâncias, a quantidade de mulheres que teve seu pedido de domiciliar negado reduz-se substancialmente, totalizando 42% dos casos.

Com relação à liberdade provisória, conforme apresentado no capítulo 5 deste relatório, foram contabilizadas 9 decisões de concessão ou manutenção da liberdade provisória, totalizando apenas 4,5% do total dos 200 acórdãos dos Tribunais Superiores analisados. Dentre elas, 5 foram proferidas pelo STF (4 antes do *habeas corpus* coletivo e 1 após essa data), e 4 foram proferidas pelo STJ (todas elas antes do *habeas corpus* coletivo). O fato de essas decisões estarem concentradas em poucos ministros, especificamente em 4 deles, reforça o fato de que as chances de liberdade nessa amostragem são bastante reduzidas e não expressarem um entendimento generalizado nas Cortes Superiores.

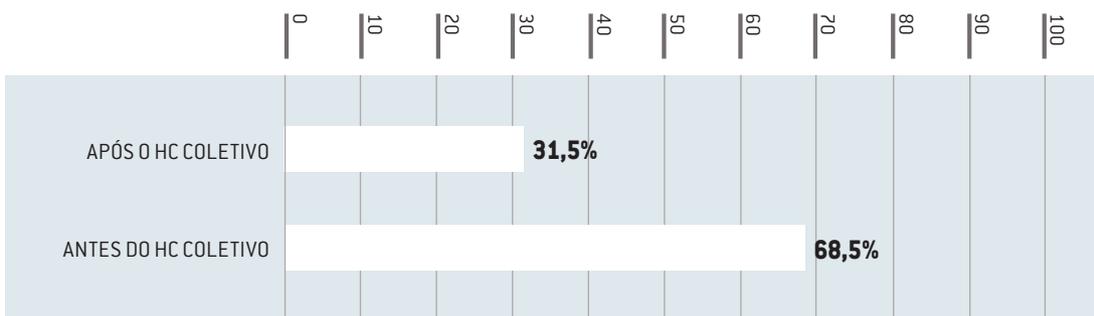
Já as decisões que mantêm ou decretam a prisão cautelar da mulher totalizam 71, ou seja, representam 35,5% dos 200 acórdãos dos Tribunais Superiores analisados. Verificamos que 25 foram proferidas pelo STF (12 antes do HC Coletivo e 13 após essa data), totalizando 38,4% de suas decisões, e 46 foram proferidas pelo STJ (32 antes do HC Coletivo e 14 após essa data), totalizando 34% de suas decisões. Assim, embora a proporção de manutenção ou decretação de prisão cautelar seja menor do que a das amostras das etapas anteriores, seu número permanece elevado, representando mais de um terço das decisões de ambos os Tribunais. Isso leva à constatação de que a perspectiva do encarceramento continua a ser muito expressiva nas instâncias superiores.

Portanto, dentro das amostras da presente pesquisa, **verificamos que as chances de que uma potencial beneficiária dos dispositivos desencarceradores do Marco Legal da Primeira Infância obtenha êxito em seu pedido nos Tribunais Superiores é muito maior do que na audiência de custódia e no curso do processo de conhecimento.** Contudo, conforme veremos no próximo tópico, o acesso à análise desse direito sofre desigualdades.

Entre as 200 decisões que foram analisadas, 67,5% se referem a decisões do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) e 32,5% correspondem ao Supremo Tribunal Federal (STF). A maior parte delas (68,5%) data de antes do dia 20 de fevereiro de 2018, quando o cumprimento do Marco Legal da Primeira Infância foi determinado através da decisão do *habeas corpus* coletivo nº 143.641, emitida pelo Relator Ministro Lewandowski. As decisões restantes (31,5%) foram proferidas após essa data.

GRÁFICO 13

RECORTE TEMPORAL DOS CASOS ANALISADOS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES



Elaborado pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania

Ao retomarmos o recorte das decisões que concederam a prisão domiciliar temos que, das 33 decisões do STF, 22 ocorreram antes da concessão do *habeas corpus* coletivo e 11 ocorreram após essa data. Por sua vez, das 83 decisões do STJ que concederam a prisão domiciliar, 60 ocorreram antes da decisão do *habeas corpus* coletivo e 23 ocorreram após essa data.

TABELA 5

PRISÃO DOMICILIAR ANTES DO HABEAS CORPUS COLETIVO E APÓS O HABEAS CORPUS COLETIVO

Tipo de tribunal superior	Prisão domiciliar promulgada até 20/fev	Prisão domiciliar promulgada após 20/fev	Total
STF	22	11	33
STJ	60	23	83
TOTAL	82	34	116

Elaborado pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania

Isso não necessariamente significaria que a quantidade de prisões domiciliares concedidas pelos Tribunais Superiores diminuiu após a decisão do *habeas corpus* coletivo, já que o marco temporal anterior à decisão (de 09/03/2016, dia após a promulgação do Marco Legal da Primeira Infância a fevereiro de 2018, data da decisão do *habeas corpus* coletivo nº 143.641) é maior; havendo, portanto, a impetração de uma maior quantidade de ações no período anterior. Ao analisarmos esses números através de testes estatísticos⁶⁵, verificamos que não houve alteração significativa antes e depois do dia 20/02/2018, tanto para o STJ quanto para o STF.

Dos dados acima podemos depreender que os Tribunais Superiores já observavam mais sistematicamente que as instâncias inferiores as determinações do Marco Legal da Primeira Infância, bem como a proteção da maternidade, da infância e do vínculo familiar, antes de o STF reforçar a necessidade de sua aplicação.

65 Denominado teste qui-quadrado.

Essa hipótese pode ser reforçada por outro aspecto interessante das decisões analisadas, que é o fato de que, em 16 casos, Ministros e Ministras determinaram encaminhamentos para filhos ou filhas das mulheres sendo processadas. O número é bastante expressivo face às audiências de custódia e aos processos de instrução, nos quais os casos de encaminhamentos praticamente inexistem.

Foi determinado, por exemplo, que o magistrado de primeiro grau oficiasse ao conselho tutelar para avaliar a situação concreta em que a criança se encontra, se corre algum risco e se os seus direitos estão sendo respeitados. Ademais, indicou-se em um caso que, para melhor apurar a situação da criança, esta e sua família deveriam submeter-se a avaliações psicossociais periódicas. Em ambos os exemplos o fundamento do encaminhamento se deu no sentido de garantir apoio psicossocial e assistencial às crianças e suas famílias.

Ao refletirmos sobre o porquê de os Tribunais Superiores concederem mais prisões domiciliares, existem aspectos jurídico-processuais que podem ter influenciado essa tendência.

O primeiro deles refere-se ao fato de tratar-se de processos em andamento, a maioria deles já passou pela etapa de instrução probatória e alguns deles já tiveram sentença proferida nas instâncias inferiores. A maioria das ações judiciais impetrada aos Tribunais Superiores são *habeas corpus* (161 dos casos) que, por sua própria natureza constitucional (que visa proteger o indivíduo que foi ilegalmente constrangido ou ameaçado de coação em sua liberdade de locomoção) demanda a adoção de medida processual pronta e rápida. Trata-se, assim, de procedimento simplificado, visando o reconhecimento da ilegalidade e uma rápida solução da controvérsia para fazer cessar o cerceamento ilegal da liberdade o mais rápido possível.

Em sua maioria, as decisões restringem-se a apenas verificar se estão presentes os requisitos objetivos para a prisão cautelar ser ou não convertida em domiciliar. Ou seja, apenas analisam se tratar de mãe com filho de até 12 anos e/ou com deficiência e de ser gestante, não abrindo margem para debater outros aspectos como tipo de crime, antecedentes, vida pregressa da mulher etc.

O segundo deles refere-se à possibilidade de que Ministros e Ministras estejam mais atentos aos princípios processuais penais, constitucionais e internacionais que devem ser seguidos, uma vez que lhes compete justamente zelar por sua observância. Também podem ser mais permeáveis a debates que expõem as especificidades de gênero e as violências decorrentes dessas, por decidirem em instâncias colegiadas responsáveis por orientar e referendar a correta interpretação e aplicação de leis. Isso implica em que sejam levados a analisar de modo mais estrutural a razão de ser das leis, os princípios que devem balizar sua aplicação, bem como em verificar como tem sido sua aplicação em território nacional e seus problemas e/ou limites, o que os coloca em contato com debates mais conceituais.

Contudo, na medida em que a quantidade de determinações de prisão preventiva, a despeito de menor do que a encontrada nas outras etapas da pesquisa, é também bastante expressiva no STJ e no STF, acreditamos que exista outra hipótese que se conjuga com as possibilidades acima expostas. Ademais, também se coaduna com a perspectiva discriminatória de raça e gênero reproduzida pelo Poder Judiciário, conforme apresentado na introdução deste relatório. Vejamos.

Chama a atenção que haja menos decisões negativas ao pedido de prisão domiciliar para as mulheres nas instâncias superiores, ao passo que, nessas mesmas instâncias, haja uma crescente descaracterização da pessoa ré, que passa a ter seu perfil socioeconômico e

racial muito menos especificado. Nas instâncias inferiores, há mais registros e mais possibilidades de juízes e juízas compreenderem a situação de vida dessas mulheres, uma vez que as encontram presencialmente durante as audiências, devem fazer perguntas sobre suas condições específicas e coletar informações para elaborar o conjunto probatório dos processos. No entanto, o número de decisões que dão preferência à privação de liberdade é enorme.

Nesse sentido, a hipótese que levantamos é a de que, por estarem física e concretamente em frente aos juízes e juízas — como é o caso nas audiências de custódia —, os elementos tangíveis de classe, raça/cor e vulnerabilidade social fazem com que os juízes e juízas deslegitimem a maternidade dessas mulheres, verificando sua não correspondência a um “ideal de maternidade” (ou mesmo de “vida”), cuja concepção é fundada nas próprias condições de classe, raça/cor e de gênero de quem julga. Ressalte-se que esses elementos específicos que caracterizam as mulheres podem e devem ser levados em conta, mas nunca como forma de penalizar mais duramente as mulheres.

Outrossim, o afastamento gradual das características concretas, conforme “sobem” as instâncias judiciais, e o fato de que, quanto mais alta a instância, mais a mulher se torna “abstrata”, faz com que as mulheres se aproximem da “abstração” formal que é própria da igualdade jurídica que marca os textos legais. Assim, quanto mais “abstratas” essas mulheres, mais fácil para Ministros e Ministras reconhecerem-nas enquanto mães (dentro de um ideal abstrato) a serem protegidas por suas decisões.

Com isso, as fundamentações registradas nas decisões que concedem a substituição pela domiciliar não se baseiam tanto nas circunstâncias fáticas de cada um dos casos, uma vez que, como mencionado, as características da mulher vão sendo cada vez mais “diluídas” e se perdem ao longo do processo criminal. Essa limitação guarda relação com a competência dos Tribunais Superiores, que, em geral, faz uma análise rápida para cessar uma violação de direitos patente. Assim, nas fundamentações indicam-se mais normativas e princípios gerais do direito, mas que — quando mencionados — são compreendidos como predominantes e universais face às especificidades da situação fática.

6.5.2. Desigualdades no acesso à justiça: estado de origem e assessoria jurídica

Um dos aspectos mais relevantes desta etapa da pesquisa se refere ao fato de que, ao alcançar os Tribunais Superiores, foram constatadas significativas desigualdades no que tange ao acesso à justiça. Isso porque, ainda que exista uma maior aplicação dos dispositivos desencarceradores do Marco Legal da Primeira Infância no STF e STJ, a universalização dessa possibilidade é limitada por aspectos regionais e de assistência jurídica.

Inicialmente, frise-se que esta amostragem guarda diferenças se comparada com as analisadas nas duas primeiras etapas da pesquisa, na medida em que se trata de amostragem de âmbito nacional e não só referente ao Estado de São Paulo.

Quanto às comarcas de origem desses processos, verificamos que mais de 50% deles originam-se em São Paulo, com uma diferença robusta face aos demais Estados. Embora São Paulo seja o Estado com o maior número de processos criminais pendentes e em andamento do país, a proporção dos casos de pedidos de liberdade ou prisão domiciliar para mulheres que se encaixam nos critérios do Marco Legal destoa da proporção nacional de processos de natureza penal.

O gráfico abaixo ilustra os dados do relatório *Justiça em Números* elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça sobre a proporção de processos criminais entre os Estados federativos:

ESTADUAL			
NOVOS			PENDENTES
455.588		TJSP	1.919.043
246.121		TJMG	506.193
225.156		TJRJ	467.488
133.390		TJRS	290.779
186.884		TJPR	280.362
140.315		TJSC	304.922
88.120		TJBA	301.242
57.583		TJGO	202.469
49.613		TJPE	193.431
22.507		TJPA	190.421
59.509		TJCE	180.253
43.133		TJES	162.960
55.742		TJMT	125.496
43.348		TJMA	117.126
84.819		TJDFT	69.853
48.846		TJMS	127.806
30.284		TJAM	108.135
23.913		TJPI	78.458
21.521		TJPB	62.439
17.314		TJAL	60.994
25.476		TJRN	59.539
29.814		TJRO	40.987
17.443		TJSE	40.575
20.241		TJTO	36.510
12.442		TJAC	22.199
9.159		TJAP	14.339
6.063		TJRR	12.243

Figura 127 do Relatório Justiça em Números [CNJ, 2018].

Por sua vez, o gráfico abaixo mostra a origem dos processos das mulheres analisadas pela pesquisa:

TABELA 6	
COMARCA DE ORIGEM DOS PROCESSOS JURÍDICOS ANALISADOS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES	
Comarca de origem	Porcentagem
São Paulo	52%
Minas Gerais	8%
Rio Grande do Sul	7%
Rio de Janeiro	6%
Santa Catarina	5%
Distrito Federal	1%
Mato Grosso do Sul	3%
Paraná	3%
Ceará	3%
Pernambuco	3%
Goiás	2%
Mato Grosso	2%
Bahia	1%
Pará	1%
Acre	1%
Amazônia	1%
Paraíba	1%
Piauí	1%
Roraima	1%
Tocantins	1%
TOTAL	100%

Elaborado pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania

Se pegarmos, por exemplo, a diferença entre São Paulo e Minas Gerais, veremos que, no número nacional de processos criminais, Minas Gerais possui 31,7% da quantidade de processos de São Paulo. Quando passamos para os processos objeto desta etapa da pesquisa, veremos que Minas Gerais possui apenas 15,4% da quantidade de pedidos ao STF e STJ de São Paulo. A disparidade de acesso aos Tribunais Superiores entre mulheres cuja comarca de origem é São Paulo e aquelas oriundas de outras comarcas denota que o **acesso à prisão domici-**

liar é um direito pleiteado de forma concentrada entre mulheres paulistas, sendo marcado, portanto, por flagrante desigualdade regional em seu acesso.

Importante reiterar que, para a construção desta amostra, foram analisadas decisões do STF e STF, sem que tenham sido acessados outros tipos de documento, como o boletim de ocorrência ou as manifestações da defesa. Por esse motivo, e por conta da especificidade da competência dos Tribunais Superiores, há poucos registros sobre as informações de perfil daquelas que recorreram a essas instâncias.

Contudo, a partir da observação e análise desta amostra, mostrou-se de suma importância a identificação da existência ou não de assessoria jurídica gratuita à parte. Foi constatado que apenas 26% das mulheres (52 casos) foram assistidas pela Defensoria Pública de seus respectivos Estados, enquanto que 74% (148 casos) das mulheres possuíam advogado ou advogada particular constituído.

Os números indicam que, diferentemente do quanto observado durante as audiências de custódia, a maioria das mulheres que alcançam os Tribunais Superiores provavelmente teve condições financeiras para tanto, ou então realizou um esforço financeiro para contratar advogado ou advogada que realizasse sua defesa em uma das Cortes Superiores. Pode-se inferir, portanto, que esses Tribunais não são tão acessíveis, uma vez que é mais custoso (em termos financeiros, de tempo ou de conhecimento/informação acerca da possibilidade de recorrer) alcançar tais ministros/as que, muitas vezes, encontram-se longe das cidades onde o processo efetivamente foi iniciado.

A mudança no perfil de quem acessa essas etapas procedimentais também foi notada ao encontrarmos casos de mulheres que, por exemplo, são esposas de políticos, ou funcionárias públicas ou advogadas. Há inclusive uma delas sendo acusada pela prática do crime de lavagem de dinheiro. Aparecem, portanto, mulheres que ocupam uma posição econômico-social muito distinta daquelas que auferem sua renda através de atividades informais e instáveis, como pôde ser observado nos tópicos sobre o perfil socioeconômico das mulheres selecionadas na amostra dos bancos de dados anteriores.

Se nos Tribunais Superiores existem decisões mais favoráveis à aplicação do Marco Legal, mas o custo das ações judiciais no STF e STF é mais elevado, podemos afirmar que o direito à prisão domiciliar adquire conotação elitista, uma vez que passa a ser mais concedido para mulheres com melhores condições financeiras e sofre restrições no que tange ao acesso à justiça das mulheres mais pobres.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O extenso trabalho de análise de 601 processos de mulheres — em sua maioria mães — desenvolvido nas diferentes etapas percorridas, permitiu que observássemos especificidades que marcam a dinâmica de funcionamento do sistema de justiça criminal e os grandes desafios de superação das desigualdades que essa dinâmica constitui e reproduz.

Os dados apresentados mostram que a maior parte dos crimes supostamente cometidos por essas mulheres dizem respeito a delitos que servem como complemento de renda, como os relacionados ao comércio de drogas e os chamados crimes patrimoniais. Nesse sentido, o Infopen Mulheres é assertivo:

A seletividade penal pode ser compreendida a partir da baixa participação de outros tipos penais na distribuição total de incidências, o que indica que o aparato punitivo do Estado encontra-se voltado para a repressão a determinados tipos de crimes (a saber: crimes patrimoniais e crimes ligados ao tráfico de drogas) e ao encarceramento de determinados grupos sociais, como foi demonstrado ao longo de toda a seção dedicada ao perfil da população prisional neste relatório, em detrimento de outros tipos penais e grupos sociais envolvidos em delitos (Infopen Mulheres, 2018: 53).

Muitas vezes é a própria presença de filhos e filhas, em condições econômicas de profundas restrições, sem apoio do genitor, perante uma série de precariedades e dificuldades materiais e subjetivas para a reprodução de suas vidas, bem como a ausência de políticas que lhes permitam acessar redes de apoio, que constituem os fatores que levam as mulheres a cometerem violações à lei para garantir sua sobrevivência e o sustento de sua prole.

Ao fazerem isso, as mulheres afrontam as normas de condutas juridicamente estabelecidas pelo *status quo* de que são sistematicamente excluídas (ou melhor, incluídas enquanto corpos a serem violentados e controlados), mas também afrontam o papel socialmente construído por um ideal de “mãe”.

Essa maternidade que lhes é imposta e, ao mesmo tempo, negada, visto que não podem criar seus filhos e suas filhas em condições dignas (sem acesso à educação, transporte, saúde e lazer públicos, gratuitos e de qualidade, bem como emprego e renda), e ainda correm o risco de ter a vida de seus filhos ceifada pela letalidade policial. Como bem anuncia a apresentação das Regras de Bangkok,

As mulheres em situação de prisão têm demandas e necessidades muito específicas, o que não raro é agravado por históricos de violência familiar e condições como a maternidade, a nacionalidade estrangeira, a perda financeira ou o uso de drogas.

As Regras seguem afirmando assertivamente que,

Não é possível desprezar, nesse cenário, a distinção dos vínculos e relações familiares estabelecidos pelas mulheres, bem como sua forma de envolvimento com o crime, quando comparados com a população masculina, o que repercute de forma direta as condições de encarceramento a que estão submetidas.

Ou seja, se a mulher pobre e negra tem crianças, ela, por um lado, deve adequar-se ao “padrão” de mãe que a sociedade espera de todas as mulheres. Por outro, ao tentar fazê-lo, sua própria condição de classe, raça/cor e gênero torna-se proibitiva para o exercício da maternidade nas plenas condições exigidas. Ademais, suas especificidades lhe impõem uma série de determinações difíceis de romper, que só podem ser revertidas a partir do enfrentamento dessa realidade a partir de políticas específicas e efetivamente voltadas à sua realidade.

Assim, para a mulher que comete um crime, a pena é redobrada: por ferir a lei, por “desobedecer” a conduta social do que se concebe como maternidade e, ainda, por ser penalizada com a inobservância de suas necessidades e o agravamento de suas fragilidades econômico-sociais com a consumação de sua prisão. Sua maternidade é deslegitimada, menos valorada e, portanto, também menos protegida.

Ao adentrar no sistema de justiça, essa passa por uma série de violações de direitos. O juízo moral marcado pelo machismo e do racismo estruturantes das relações sociais se conjuga com o processo de “disciplinamento” a que é submetida a partir da criminalização de suas condutas. Com a prisão, a precarização das condições de reprodução da sua vida reforça a pena e se estende a seu círculo familiar. A passagem pelo sistema reforça o ciclo de vulnerabilidades em que a mulher está inserida, dificultando ainda mais a superação dos obstáculos que sua origem de classe, raça e gênero lhe impuseram. E é também por esta origem que o cárcere é a ela destinado.

Seus filhos e suas filhas também terão agravadas as limitações para seu pleno desenvolvimento físico, emocional, social e psicológico ao serem afetados pela privação de liberdade de suas mães. O crescimento da população carcerária, portanto, tem impacto negativo nas políticas de segurança pública e administração penitenciária, bem como nas políticas específicas de combate à desigualdade de gênero e de atenção integral a crianças e adolescentes, dentre as quais se insere o Marco Legal da Primeira Infância.

Compreendendo aspectos importantes dessa complexa realidade é que surgem marcos jurídicos que visam garantir medidas que corroboram com o desencarceramento de mulheres que, não tendo cometido crime com violência ou grave ameaça ou contra seus descendentes, possam cumprir penas fora dos insalubres estabelecimentos prisionais (já em reconhecido “estado de coisas inconstitucional”).

A prisão domiciliar, nesse sentido, é um instrumento que abre possibilidades para que as mulheres e seus filhos e filhas o direito ao convívio, face às penas que as confinam ao cárcere, aproximando-as mais das garantias fundamentais à dignidade, ao desempenho da maternidade e ao desenvolvimento integral da criança. Ao mesmo tempo, abre possibilidades para a redução do processo de encarceramento que tem sido reconhecidamente ineficaz para “ressocializar” as pessoas e diminuir os índices de violência. Tudo isso permite a criação de circunstâncias mais favoráveis para atingir as causas — e não apenas enfrentar as consequências — que estão no cerne da tão necessária transformação das desigualdades e violências que marcam nosso país.

Nesse sentido, um dos principais sentidos da legislação e jurisprudência mobilizados no presente relatório (Regras de Bangkok, Marco Legal da Primeira Infância, decisões do *habeas corpus* coletivo nº 143.641 do STF e a nova Lei nº 13.769/2018) é evitar a entrada de mulheres no sistema carcerário. Por isso, um dos focos da pesquisa foi observar a conversão da prisão

cautelar determinada a mulheres mães de filhos até 12 anos com deficiência e gestantes em prisão domiciliar.

Cumpre destacar que inúmeras variáveis de análise não puderam ser aprofundadas à exaustão, já que nenhuma investigação pode estar definitivamente terminada. Ainda, elaboramos um extenso banco de dados e os limites impostos pelos objetivos da pesquisa (citados no capítulo 3) acabaram determinando as opções adotadas para o estabelecimento de prioridades em seu uso. Isso não impede que as questões identificadas e os dados registrados sejam explorados e desenvolvidos em pesquisas posteriores. Pelo contrário, é interessante que o conhecimento sobre tão relevante tema seja apropriado e reelaborado de forma ampla.

Pudemos observar que, apesar das especificidades dos momentos processuais analisados, os argumentos utilizados por magistrados e magistradas — seja na audiência de custódia, seja no curso da instrução processual até a sentença, seja nos recursos aos Tribunais Superiores — guardam entre si similitudes. Estas nos revelam que ainda existem concepções, por parte do Poder Judiciário, que vão na contramão da compreensão já acumulada sobre a importância do instituto da prisão domiciliar enquanto mecanismo desencarcerador, que visa minorar o ciclo de vulnerabilidades sociais de mulheres pobres, negras, jovens, mães e gestantes e de seus filhos e filhas.

Conforme expusemos no capítulo 4, as decisões demonstraram que a maternidade e o crime (especialmente os relacionados ao tráfico de drogas) têm sido operados para afastar a proteção de direitos e deslegitimar o acesso à prisão domiciliar para essa parcela de mulheres em conflito com a lei. Para tanto, quem julga — e que pertence a uma parcela da elite da população — lançam mão de critérios subjetivos e arbitrários, sem previsão legal e desrespeitando o espírito da decisão do *habeas corpus* coletivo do STF, para “combater a criminalidade” através de uma perspectiva encarceradora, além de julgar o próprio exercício da maternidade daquelas que são consideradas “violadoras” de um determinado ideal de “mãe”.

É bastante significativo que justamente nas instâncias superiores, onde há menos informações sobre as características concretas da mulher, seja significativamente maior o número de concessões de prisão domiciliar, demonstrando que quanto mais retiram-se das determinações de raça/cor e classe e mais a mulher se aproxima da abstração do sujeito jurídico, mais o Poder Judiciário reconhece a legitimidade da maternidade. Infelizmente, o recurso ao STF e STJ é majoritariamente promovido por mulheres com advogado/a particular constituído, tornando a proteção desse direito menos acessível para as mulheres com assessoria jurídica gratuita.

Outrossim, é preocupante que quando os argumentos relacionados ao gênero — normalmente desconsiderados — são mobilizados, muitas vezes acabam por agravar a situação da mulher e imputar-lhe maior punição. Isso faz 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 dos motivos que o ensejaram.

Observamos também que informações sobre a existência de filhos e filhas, presença de deficiência, existência de pessoas que dependam dos cuidados da mulher, contato de quem esteja (ou possa ficar) com as crianças quando ocorre a prisão, ainda não são sistemática e

precisamente colhidas pelas autoridades policiais. E no curso do processo, é muito significativo que quase metade das mulheres não tenham a questão da maternidade e dos filhos e filhas discutidas e analisadas em seu processo. Isso demonstra que ainda há muito que avançar na incorporação das determinações do Marco Legal.

Importante, contudo, frisarmos novamente, conforme já mencionado no capítulo 5, que o Judiciário não é composto por um corpo homogêneo de atores. Apesar de menos presentes, existem bons exemplos que incorporam a perspectiva consolidada nas Regras de Bangkok e no Marco Legal e que devem servir como referência. Também por isso serão apresentadas, após este capítulo, algumas perguntas elaboradas a partir do quanto observado no presente trabalho de pesquisa, que podem fomentar reflexões para o fortalecimento do Marco Legal da Primeira Infância.

Ainda, constatamos também que, como nem o artigo 318 do Código de Processo Penal nem a Lei de Execuções Penais detalham os critérios para o cumprimento de seu regime, a falta de previsão legal faz com que fique a cargo dos magistrados e magistradas seu estabelecimento. Em geral, tais limites são bastante restritivos e as necessidades básicas das mulheres para a reprodução de suas vidas e a criação de seus filhos e suas filhas deixam de poder ser atendidas lesando o próprio direito que se visava proteger. Sendo as mulheres em sua maioria pobres, que criam seus filhos sem apoio do genitor, com grandes dificuldades econômicas, negar-lhes o direito a trabalhar para sustentar a prole e a locomover-se para ir ao médico, levá-la na escola e atividades afins, faz com que, na prática, ela seja impedida de exercer a maternidade, configurando situação violadora de sua dignidade e das crianças.

Nesse sentido, deve ser garantida, no momento de determinação da prisão domiciliar, ou durante o seu cumprimento, que a mulher tenha condições de movimentações sem as quais a própria razão de ser do direito protegido torna-se inviável.

Defendemos que a prisão domiciliar deva ser cumprida e colocamos nossa pesquisa à serviço do fortalecimento desse debate, enquanto uma contribuição para uma melhor compreensão do instituto como ferramenta de disputa para que seja cada vez mais efetivado. Contudo, entendemos que a prisão domiciliar segue sendo uma prisão, e a liberdade segue sendo a melhor opção, devendo, portanto, ser a regra para que se garanta o pleno exercício da maternidade e se preservem os vínculos tão fundamentais para o desenvolvimento de crianças e jovens.

QUESTÕES QUE FICAM ABERTAS...

A partir da identificação dos obstáculos à aplicação dos dispositivos desencarceradores previstos no Marco Legal da Primeira Infância, abrem-se algumas perguntas voltadas para diversos atores e suas respectivas instituições envolvidos na dinâmica de aplicação das normas do sistema de justiça criminal. O desafio conjunto de respondê-las pode contribuir com a iluminação de caminhos para o fortalecimento de práticas benéficas à proteção da infância de crianças cujas mães encontram-se presas e à proteção da maternidade de mulheres em conflito com a lei.

Destinatárias: mulheres gestantes ou mães de filhos e filhas menores

As mulheres selecionadas pelo sistema de justiça criminal muitas vezes desconhecem a existência do direito à prisão domiciliar, e muitas vezes o acesso à defesa é bastante limitado. Algumas perguntas podem contribuir para criar melhores condições para a efetivação desse direito.

■ ■ ■ ■ ■

Você mantém sempre à mão o contato de pessoas próximas que saibam onde estão localizados documentos relativos à certidão de seus filhos e suas filhas ou da existência da gravidez? Esses documentos encontram-se em de fácil acesso e localização? Caso necessário, você consegue solicitar a alguém que esses documentos sejam levados à uma eventual audiência de custódia?

Destinatárias: familiares e amigos/as de mulheres presas

■ ■ ■ ■ ■

Você já procurou fortalecer relações com entidades que organizam familiares e amigos/as de pessoas presas para atuar em torno à problemática do encarceramento, para constituir redes de apoio, acessar informações, realizar denúncias e obter apoio jurídico, político e social para seu caso?

Destinatários: Defensorias Públicas, advogadas e advogados constituídos e Ordem dos Advogados do Brasil

A atuação da defesa é fundamental para a garantia dos direitos das mulheres durante a persecução penal. As seguintes perguntas podem ser determinantes para a mobilização das questões de gênero de modo a fortalecer os pedidos de aplicação de medidas desencarceradoras.

Está sendo garantida uma efetiva comunicação entre defensor ou defensora e a custodiada antes, durante e ao final da audiência de custódia?

■ ■ ■ ■ ■

Está sendo garantido o esclarecimento de eventuais dúvidas sobre o procedimento e quais os próximos passos que serão tomados ao final das audiências (de custódia e de debates, instrução e julgamento)?

Foi procurado ativamente o contato de familiares que possam auxiliar fornecendo informações e documentos sobre a ré e seus filhos ou filhas para a preparação da defesa?

■ ■ ■ ■ ■

A entidade ou instituição que representa sua categoria investe na formação e capacitação dos profissionais a fim de que estejam plenamente familiarizados com as novas regras e possibilidades de aplicação da prisão domiciliar (tanto em seus aspectos legais, quanto jurisprudenciais), apoiando sua atuação, desde as primeiras fases do trâmite processual, para garantir a efetivação deste direito nos casos em que não haja possibilidade de determinação da liberdade provisória?

Destinatária: Defensoria Pública do Estado de São Paulo

A Defensoria Pública é uma instituição fundamental para a manutenção do regime democrático brasileiro, tendo, entre suas funções, orientar juridicamente pessoas que necessitam de atendimento integral e gratuito. A presente pesquisa pôde acessar os formulários de coleta de dados sobre as mulheres atendidas pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo no CDP de Franco da Rocha e, nesse sentido, as seguintes perguntas têm como objetivo fomentar reflexões para o aprimoramento desta ferramenta de atendimento.

Seria possível consolidar instrumento de coleta de dados sobre as mulheres atendidas dentro dos estabelecimentos prisionais, a fim de que este garanta o registro de informações relevantes para a garantia de direitos no processo jurídico, e que possa servir de base para análises sobre as mulheres em conflito com a lei e demais questões relativas aos seus direitos, à justiça criminal e à segurança pública?

■ ■ ■ ■ ■

Seria possível colaborar com estratégias de capacitação de profissionais, de maneira a contribuir com a coleta de dados e o aperfeiçoamento de metodologias, com intuito de reter informações precisas e uniformes obtidas pela Defensoria Pública de São Paulo?

Destinatárias: autoridades policiais, judiciais e penitenciárias

Agentes responsáveis pela segurança pública, pela garantia de direitos individuais e coletivos, e pela promoção da justiça com vistas a uma sociedade democrática, são fundamentais para implementar os direitos específicos das mulheres encarceradas, inclusive os relativos às questões de gênero, em especial a maternidade e a gestação. A comunicação entre as autoridades policiais, judiciais e penitenciárias, é essencial para o compartilhamento de informações sobre maternidade e gestação, destacando-se a coleta de informações sobre existência de filhos e filhas de mulheres em conflito com a lei, suas respectivas idades, a presença de algum tipo de deficiência, o contato com familiares, além dos demais direitos previstos à pessoa presa. As perguntas abaixo podem estimular estes atores na superação de limites e/ou dificuldades à execução das determinações implementadas pelo Marco Legal da Primeira Infância.

A custodiada e/ou mulher presa sempre é perguntada sobre questões relativas à maternidade e gestação? Essas informações são registradas da maneira mais completa e detalhada possível?

■ ■ ■ ■ ■

Como é possível aprimorar a forma de registro dos dados relativos à maternidade e gravidez?

■ ■ ■ ■ ■

No caso de mães, elas são perguntadas sobre com quem suas crianças estão e qual o contato dessa pessoa?

■ ■ ■ ■ ■

No caso de mães e gestantes, elas são perguntadas sobre se seus filhos e suas filhas possuem algum tipo de deficiência e/ou doença grave?

■ ■ ■ ■ ■

Como é possível aprimorar a comunicação entre as instituições para que todas e todas envolvidas no eventual processamento e custódia dessas mulheres saibam quais delas são mães ou estão grávidas?

Destinatário: Ministérios Públicos

Tendo em vista que os Ministérios Públicos objetivam defender interesses e garantias tanto individuais quanto coletivas e sociais, averiguar a legalidade das prisões e também cumprir papel acusatório no processo criminal, algumas perguntas podem estimular os atores desta instituição na superação de limites e/ou dificuldades à execução das determinações implementadas pelo Marco Legal da Primeira Infância.

É possível investir na formação e capacitação dos/as profissionais para que estejam plenamente familiarizados com as novas regras e possibilidades de aplicação da prisão domiciliar (tanto em seus aspectos legais, quanto jurisprudenciais), apoiando sua atuação, desde as primeiras fases do trâmite processual, para garantir a efetivação deste direito?

■ ■ ■ ■ ■

Como pode ocorrer uma maior aproximação de profissionais dos Ministérios Públicos com as condições particulares das mulheres, permitindo uma melhor observação sobre a situação de maternidade e/ou gestação, bem como das especificidades de gênero, para que se priorizem alternativas à prisão provisória efetivamente passíveis de serem cumpridas, articulando sua aplicação ao encaminhamento aos serviços públicos disponíveis?

Destinatários: Magistrados e Magistradas

A promoção da justiça, o respeito às normas constitucionais, o asseguramento de direitos e a interpretação institutos legais, são atribuições de grande significância para assegurar o cuidado e preservação do vínculo materno e da proteção da primeira infância. Aqueles atores cha-

mados pela sociedade para solucionar determinados conflitos possuem papel fundamental na aplicação dos institutos do Marco Legal da Primeira Infância. Assim, algumas perguntas podem contribuir com o fortalecimento dos efeitos práticos das decisões judiciais nesse sentido.

Nas audiências de custódia, é possível perguntar para as mulheres que são mães se há outras pessoas cuidando das crianças, quem seriam elas e quais seus contatos, e registrar tais informações?

■ ■ ■ ■ ■

Quando da concessão da liberdade, como seria possível adequar eventual imposição de medidas cautelares à realidade e às vivências específicas das mulheres, levando em conta os impactos em sua vida de modo a não gerar ou agravar suas condições de vulnerabilidade?

■ ■ ■ ■ ■

Considerando que a liberdade provisória deve ser aplicada como regra geral, nos casos em que se entenda que aquela deve ser excetuada, mas que seja possível substituir a prisão cautelar pela domiciliar, como é possível atentar para as condições de vida específicas da mulher? Como é possível determinar a prisão domiciliar levando em consideração a necessidade dessa mulher enquanto mãe, de levar suas crianças à escola ou ao médico, ter de sustentá-las, etc.?

■ ■ ■ ■ ■

Está sendo garantido o pleno cumprimento das determinações legais sobre prisão domiciliar, universalizando-se sua aplicação para todas aquelas que preenchem os requisitos determinados no Código de Processo Penal?

■ ■ ■ ■ ■

Tendo em vista que a decisão do Ministro Lewandowski estabelece que os pedidos de concessão de prisão domiciliar devem ser analisados com base na palavra da mulher; que a os casos relacionados a tráfico de drogas, incluindo aqueles em que a apreensão de drogas se der ao adentrar o estabelecimento prisional ou ocorram no próprio domicílio da mulher, não impedem a aplicação desse instituto nem configura situação excepcional; e que a existência de antecedentes criminais ou reincidência não podem ser fatores impeditivos para a garantia desse direito; como garantir a observância desta determinação judicial pelo conjunto de magistradas e magistrados?

■ ■ ■ ■ ■

Como seria possível aprimorar o entendimento de magistrados e magistradas sobre o uso de drogas, para que as mulheres que se declarem usuárias não sejam penalizadas por isso com o afastamento de suas crianças, mas possam receber atendimento de natureza assistencial, médica, psicológica, etc.?

■ ■ ■ ■ ■

Como seria possível aprimorar o entendimento sobre a indispensabilidade do vínculo materno e também sobre as diversas dinâmicas e composições familiares existentes na realidade social brasileira, a fim de que todas as mulheres mães e

gestantes, mesmo aquelas que não residem com filhos e filhas ou têm auxílio de outras pessoas para criá-los, possam ter seu direito à prisão domiciliar garantido?

■ ■ ■ ■ ■

Permitir que familiares possam aguardar a realização das audiências de custódia e de instrução e julgamento nas dependências onde estão localizadas as salas, fortalecer a proteção de direitos das mulheres em conflito com a lei?

■ ■ ■ ■ ■

De que maneira poderia ser facilitado o acesso de familiares às audiências para que possam levar documentos e informações aos advogados/as e defensores/as para instruir a defesa?

Destinatários: Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e Conselho Nacional de Justiça

A fiscalização das atividades dos órgãos e serviços Judiciários de primeira instância, assim como das atividades de registro de dados e informações e de fiscalização dos estabelecimentos prisionais, realizada pela Corregedoria do Tribunal de Justiça de São Paulo, apresenta-se como parte indispensável no cumprimento do Marco Legal da Primeira Infância. Além disso, a normatização de procedimentos adotados pelos órgãos do Poder Judiciário, bem como a sistematização de dados e informações, por parte do Conselho Nacional de Justiça, é fundamental para a garantia dos direitos de mulheres mães e gestantes e da proteção integral de sua prole. Assim, as perguntas abaixo podem estimular a construção de condições mais eficazes ao desempenho dos papéis dos atores destas instituições, de modo a fortalecer o direito à prisão domiciliar.

Como é possível contribuir para que o Poder Judiciário esteja mais atento à aplicação das novas regulamentações sobre prisão domiciliar? Como a coleta de dados periódica sobre as mulheres potenciais beneficiárias e sobre aquelas efetivamente beneficiadas pode ser aprimorada? Como garantir uma maior transparência e publicidade destes dados?

■ ■ ■ ■ ■

Seria possível garantir — através de comunicados, formações, eventos, materiais de leitura, etc. — a capacitação dos magistrados e magistradas em relação a essas novas regulamentações?

■ ■ ■ ■ ■

Como subsidiar uma efetiva aplicação das regras trazidas pela Lei 13.769, aprovada em dezembro de 2018?

■ ■ ■ ■ ■

Seria possível expedir comunicados periódicos aos estabelecimentos prisionais requerendo que haja efetiva comunicação entre tais locais e os juízos respectivos sobre as condições de maternidade e gestação das mulheres privadas de liberdade?

■ ■ ■ ■ ■

Como criar as condições necessárias para que familiares possam aguardar as audiên-

cias de custódia, bem como audiências de instrução e julgamento, nas dependências onde estão localizadas as salas, inclusive para que estes também possam levar documentos e informações a advogados/as e defensores/as para instruir a defesa?

■ ■ ■ ■ ■

Seria possível divulgar nos meios de comunicação próprios da instituição exemplos de jurisprudência — sobretudo de Tribunais Superiores que reformam decisões anteriores — que expressam um correto entendimento sobre os critérios objetivos a serem analisados quando da tomada de decisão pelos juízes, fomentando, assim, boas práticas?

Destinatário: Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça é o guardião precípua do respeito às determinações do Marco Legal da Primeira Infância, e tem o papel primordial de interpretar sua aplicação.

Como seria possível desenvolver e fomentar debate acerca de parâmetros mínimos no estabelecimento da prisão domiciliar, permitindo à mulher desenvolver atividades essenciais ao exercício pleno da maternidade e do cuidado com as filhas e filhos para seu desenvolvimento integral?

Destinatário: Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal é o guardião precípua do respeito às normas constitucionais, aos direitos e garantias fundamentais, e, portanto, da proteção integral da infância e do direito à maternidade, e tem o papel primordial de interpretar a aplicação de referidos direitos.

Como seguir monitorando o cumprimento das determinações do *habeas corpus* coletivo nº 143.641 para garantir sua eficácia?

Seria possível estender e consolidar jurisprudencialmente o entendimento da obrigatoriedade da concessão da prisão domiciliar aos casos em que estiverem presentes os critérios objetivos (retirando as “situações excepcionalíssimas” das exceções à aplicação da prisão domiciliar) estipulados para as mães e gestantes com sentença em definitivo?

Como seria possível desenvolver e fomentar debate acerca de parâmetros mínimos no estabelecimento da prisão domiciliar, permitindo à mulher desenvolver atividades essenciais ao exercício pleno da maternidade e do cuidado com suas crianças para seu desenvolvimento integral?

Destinatários: Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo e Diretores de Estabelecimentos Prisionais

Por ser competência desta secretaria estadual e dos estabelecimentos prisionais fazer cumprir a lei de execuções penais, assim como a manutenção da instituição que guarda a pessoa presa, o papel dos atores destas instituições é de fundamental importância para a aplicação do Marco Legal da Primeira Infância.

Como seria possível tornar universal e cotidiana a prática de oficiar os juízos com as informações relevantes sobre as mulheres que se encaixam nos requisitos da lei para substituição da prisão preventiva pela domiciliar, a fim de que tal direito seja aplicado nesses casos?

Seria possível estabelecer um mecanismo de coleta, publicação e divulgação periódica dos dados sobre a população prisional no Estado de São Paulo que se encaixa nos requisitos de aplicação da prisão domiciliar?

Destinatários: organizações e entidades que atuam na defesa dos direitos humanos e movimentos sociais

A atuação em rede, constituindo-se articulações conjuntas para a construção de iniciativas de denúncia a violações de direitos é fundamental em uma sociedade democrática. A intervenção política contra medidas de recrudescimento penal, a construção de diálogo público para sensibilização e engajamento da sociedade em torno da pauta do encarceramento em massa e seus impactos específicos na vida das mulheres, bem como a elaboração de propostas para a transformação da política de segurança pública, constitui elemento de suma importância para a efetivação dos dispositivos previstos pelo Marco Legal da Primeira Infância e o avanço de uma agenda mais ampla pelo desencarceramento.

Lista de Gráficos

Gráfico 1	Mulheres que ficaram em prisão domiciliar durante audiência de custódia
Gráfico 2	Quem eram o/a(s) responsável(is) pela(s) criança(s) das mães em audiência de custódia antes do momento da prisão
Gráfico 3	Fundamentos utilizados para pedidos de prisão domiciliar nos Tribunais Superiores
Gráfico 4	Tipos de crimes pelos quais as mulheres presas no CDP estão sendo acusadas
Gráfico 5	Tipos de crimes que deram origem aos processos jurídicos nos Tribunais Superiores
Gráfico 6	Crimes que embasaram as prisões das mulheres em audiência de custódia
Gráfico 7	Crimes supostamente cometidos pelas potenciais beneficiárias em audiência de custódia
Gráfico 8	Mulheres que ficaram em liberdade provisória na audiência de custódia
Gráfico 9	Mulheres que ficaram presas preventivamente em audiência de custódia
Gráfico 10	Tipos de pedidos feitos pela defesa em audiência de custódia
Gráfico 11	Tipo de advocacia relacionado às mulheres que ficaram em liberdade provisória na audiência de custódia
Gráfico 12	Tipo de advocacia relacionado às mulheres que ficaram presas preventivamente em audiência de custódia
Gráfico 13	Recorte temporal dos casos analisados nos Tribunais Superiores

Lista de Tabelas

Tabela 1	Quadro da cronologia dos principais acontecimentos na legislação brasileira
Tabela 2	Legislação citada pelos Tribunais Superiores
Tabela 3	Com quem a(s) criança(s) das mulheres presas no CDP está/ão durante a sua ausência?
Tabela 4	Particularidades das mulheres presas no CDP (potenciais beneficiárias) relacionadas à soltura
Tabela 6	Comarca de origem dos processos jurídicos analisados nos Tribunais Superiores
Tabela 5	Prisão domiciliar antes do habeas corpus coletivo e após o <i>habeas corpus</i> coletivo

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, Dina (2017). *Rés negras, juízes brancos: Uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana*. CS, n. 21. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2011-03242017000100097&lng=en&nrm=iso>.
- AMORIM, Silvia (2017). *Adriana Ancelmo: Prisão domiciliar para mulheres grávidas ou com filhos pequenos é rara*. O Globo. Rio de Janeiro, 20 mar. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/adriana-ancelmo-prisao-domiciliar-para-mulheres-gravidas-ou-com-filhos-pequenos-rara-21085093>>.
- BRAGA, Ana Gabriela M., ANGOTTI, Bruna (2015). *Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão*. Série Pensando o Direito 51. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA.
- BRASIL (2016). Câmara dos Deputados. Centro de Estudos e Debates Estratégicos. *Primeira Infância - Avanços do Marco Legal da Primeira Infância*. Brasília,. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/altosestudios/pdf/obra-avancos-do-marco-legal-da-primeira-infancia>>.
- ____ (2014). Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente. *A Fundação Casa*. São Paulo,. Disponível em: <<http://www.fundacaocasa.sp.gov.br/View.aspx?title=a-funda%C3%A7%C3%A3o&d=10/>>.
- ____ (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.
- ____ (1941). Decreto-lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>.
- ____ (2018). Departamento Penitenciários Nacional Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – *Infopen Mulheres, 2ª edição*. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/Infopen-mulheres/Infopen-mulheres_arte_07-03-18.pdf>.
- ____ (2014). Departamento Penitenciários Nacional Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – *Infopen Mulheres*, Junho. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/Infopen-mulheres/relatorio-Infopen-mulheres.pdf>>.
- ____ (2016). Departamento Penitenciários Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias — *Infopen*. Junho 2016. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>.
- ____ (2016). Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016. *Marco Legal da Primeira Infância*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm>.
- ____ (2018). *Lei nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13769.htm>.
- ____ (2018). Supremo Tribunal Federal. Agência de Notícias. *Ministro Dias Toffoli assina termo que capacita CNJ a estimular adoção de penas alternativas*. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=393619>>.
- ____ (2015). Supremo Tribunal Federal. Agência de Notícias. *STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600/>>.
- BUMACHAR, Bruna (2016). *Nem dentro, nem fora: a experiência prisional de estrangeiras em São Paulo*. Tese Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, SP. Disponível em: <<http://repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/321344?mode=full>>.
- CAMPOS, Marcelo da Silveira (2013). *Drogas e justiça criminal em São Paulo: Conversações*. Sistema Penal & Violência: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito. Programa de Pós Graduação em Ciências Criminais (PUC-RS), Porto Alegre, v. 5, n. 1, p.120-132.

- CARVALHO, Igor [2013]. *Sociólogo crítica 'seletividade da atuação policial' na aplicação da Lei de Drogas*. Revista Forum. Disponível em: <<https://www.revistaforum.com.br/sociologo-critica-seletividade-da-atuacao-policial-na-aplicacao-da-lei-drogas/>>.
- CERNEKA, Heidi Ann [2012]. *Regras de Bangkok — Está na hora de fazê-las valer!* Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), São Paulo, v. 232. Disponível em: <<https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/As-Regras-de-Bangkok-ibccrim.pdf>>.
- CIDH [2018]. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Observações preliminares da visita in loco da CIDH ao Brasil*. Disponível em: <<https://www.conectas.org/wp/wp-content/uploads/2018/11/CIDH-Observa%C3%A7%C3%B5es-preliminares.pdf>>.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) [2015]. *Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015*. Brasília, Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_213_15122015_23112018141721.pdf>.
- ____ [2014]. *Censo do Poder Judiciário*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/vidео-censo-final.pdf>>.
- CYTRYNOWICZ, Luisa M [2018]. *Em defesa do desencarceramento de mulheres: Pesquisa sobre o impacto concreto do indulto do dia das mães de 2017. Pastoral Carcerária*, São Paulo. Disponível em: <https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/08/relatorio_indulto_dia_das_maes_2017.pdf>.
- D'ÁVILA, Maria Clara [2018]. *Aprovado Projeto de Lei que garante prisão domiciliar para mães e gestantes (ITTC)*. Disponível em: <<http://ittc.org.br/aprovado-lei-13769-prisao-domiciliar/>>.
- DPE [2012]. *"Mães do Cárcere" — Projeto da Defensoria Pública de SP leva assistência jurídica a mães e gestantes que estão presas no Estado*. Defensoria Pública de São Paulo. Disponível em: <<https://dp-sp.jusbrasil.com.br/noticias/100139245/maes-do-carcere-projeto-da-defensoria-publica-de-sp-leva-assistencia-juridica-a-maes-e-gestantes-que-estao-presas-no-estado>>.
- DIEESE [2017]. *Pesquisa nacional da Cesta Básica de Alimentos. Salário Mínimo Nominal e Necessário*. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>>.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA [2018]. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública: 2018*. São Paulo. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Anuario-Brasileiro-de-Seguran%C3%A7a-P%C3%BAblica-2018.pdf>>.
- IBGE, Agência Notícias [2018]. Síntese de Indicadores Sociais: indicadores apontam aumento da pobreza entre 2016 e 2017. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23298-sintese-de-indicadores-sociais-indicadores-apontam-aumento-da-pobreza-entre-2016-e-2017>>.
- ____ [2019]. *Indicadores IBGE: Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua*. Brasília. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/3086/pnacm_2019_jan.pdf>.
- IPEA [2011]. *Retrato das desigualdades de gênero e raça/Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada [et al.]*. - 4ª ed. — Brasília: Ipea. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_retradosdesigualdade_ed4.pdf>.
- ITTC [2012]. *Tecer Justiça: presas e presos provisórios na cidade de São Paulo*. São Paulo. Disponível em: <<http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2014/03/Tecer-Justica.pdf>>.
- ____ [2017a]. *Fora de foco: caminhos e descaminhos de uma política de alternativas à prisão*. São Paulo. Disponível em: <<http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2017/06/relatorio-fora-de-foco1.pdf>>.
- ____ [2017b]. *MulheresSemPrisão: desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória de mulheres*. São Paulo. Disponível em: <<http://ittc.org.br/mulheresemprisao/>>.
- ____ [2019]. *MulheresSemPrisão: enfrentando a (in)visibilidade das mulheres submetidas à justiça criminal*. São Paulo. Disponível em: <<http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2019/05/mulheresemprisao-enfrentando-invisibilidade-mulheres-submetidas-a-justica-criminal.pdf>>.
- JESUS, Maria Gorete Marques de [2016]. *'O que está no mundo não está nos autos': a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas*. Tese — Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo.

- LIMA, Márcia (2016). "O questionário". In: *Métodos de pesquisa em Ciências Sociais: Bloco Qualitativo*. São Paulo: Sesc São Paulo/CEBRAP. Disponível em: < <https://centrodepesquisaformacao.sescsp.org.br/uploads/Biblioteca-Table/9c7154528b820891e2a3c20a3a49bca9/321/15076680921259269851.pdf>>.
- MACHADO, Maíra (2012). "A superpopulação prisional como obstáculo ao desenvolvimento sustentável". In: Oliveira, Carina e Sampaio, Romulo (orgs.). *Instrumentos jurídicos para a implementação do desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: FGV. pp. 135-154.
- MACHADO, Marta Rodriguez de Assis & MACHADO, Maira Rocha (2013). "O Direito Penal é Capaz de Conter a Violência?". In: SILVA, Felipe Gonçalves e; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *Manual de Sociologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva. Pp. 327-349.
- MARTINS, Helena (2018). *Lei de drogas tem impulsionado encarceramento no Brasil*. EBC. Agência Brasil, Brasília, 24 de junho de 2018. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-06/lei-de-drogas-tem-impulsionado-encarceramento-no-brasil/>>.
- NAÇÕES UNIDAS (ONU) (2016). *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 (CNJ). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>>.
- PETRUCCELLI, José Luis & SABOIA, Ana Lucia (2013). *Características étnico-raciais da população — IBGE*. Rio de Janeiro: IBGE. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv63405.pdf>>.
- PNAD, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (2016). *Brasil ainda tem 11,8 milhões de analfabetos, segundo IBGE*. O Globo, 03, de outubro de 2018. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/sociedade/educacao/brasil-ainda-tem-11-8-milhoes-de-analfabetos-segundo-ibge-22211755>>.
- PRADO, Geraldo (2005). *Sistema Acusatório — A Conformidade Constitucional das Leis Processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- REDE DE JUSTIÇA CRIMINAL (RJC) (2014). *Boletim Temático: Revista Vexatória*. Disponível em: <[https://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Informativo_JusticaCriminal_6_2014%20\(1\).pdf](https://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Informativo_JusticaCriminal_6_2014%20(1).pdf)>
- ____ (2016). *Alternativas para a justiça criminal no Brasil: Agenda de Propostas*. Disponível em: <<https://redejustica.criminal.org/wp-content/uploads/2016/08/Agenda-de-propostas.pdf>>
- RENAUX, Pedro (2018). *Mulheres continuam a cuidar mais de pessoas e afazeres domésticos que homens*. Elaborada por Agência de Notícias IBGE. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20912-mulheres-continuam-a-cuidar-mais-de-pessoas-e-afazeres-domesticos-que-homens>>.
- SINHORETTO, Jacqueline (2014), et al. "A filtragem racial na seleção policial de suspeitos: segurança pública e relações raciais." Figueiredo I. Segurança pública e direitos humanos: temas transversais. Brasil: Ministério da Justiça. Pp: 121-159. Disponível em: <<http://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2018/03/Filtragem-Racial-na-Sele%C3%A7%C3%A3o-de-Suspeitos.pdf>>.
- SOUTO, Luiza (2018). *Assassinatos de LGBT crescem 30% entre 2016 e 2017, segundo relatório*. O Globo. Rio de Janeiro, 17 jan. 2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/assassinatos-de-lgbt-crescem-30-entre-2016-2017-segundo-relatorio-22295785>>.