

A MATERNIDADE E A LEI DE DROGAS: UMA ANÁLISE SOB A APLICAÇÃO DA PRISÃO DOMICILIAR NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

MATERNITY AND DRUG OF LAW: AN ANALYSIS UNDER THE APPLICATION OF HOUSEHOLD PRISON AT ESPIRITO SANTO'S STATE

Homero Oliveira de Miranda¹
Erika da Silva Ferrão²
Marco Aurélio B. da Costa³

RESUMO: O presente estudo objetivou analisar a atual aplicabilidade da tese fixada quando do julgamento do habeas corpus coletivo n.º 143.641 pelo Supremo Tribunal Federal. Propõem-se um recorte mais específico no que tange ao exame de decisões proferidas em sede de segundo grau de jurisdição, tendo por alvo mulheres gestantes ou com filho de até 12 anos de idade incompletos segregadas cautelarmente no Estado do Espírito Santo pela suposta prática de delitos relacionados à Lei n.º 11.343/06 (Lei de Drogas). Por via de consequência, estas se amoldariam ao benefício da prisão domiciliar, nos termos do art. 318, incisos IV e V do Código de Processo Penal. Empregou-se a metodologia empírica de abordagem qualitativa, em decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, que versaram sobre o tema. O exame do total de 223 acórdãos permitiu concluir que, malgrado a Suprema Corte tenha fixado como regra o emprego da prisão domiciliar frente ao público-alvo analisado, tal benefício encontra grande resistência ainda pelos aplicadores do direito que, baseando-se na vontade do intérprete, põem em segundo plano os limites semânticos do texto.

Palavras-chave: Espírito Santo; gestantes; Lei de Drogas; mães; prisão domiciliar.

ABSTRACT: The present study aims to analyze the current applicability of the thesis established when the collective habeas corpus n.º 143.641 was judged by the Supreme Federal Court. A more specific approach is proposed with regard to the examination of decisions handed down in the context of the second degree of jurisdiction, targeting pregnant women or children with up to 12 years of age incomplete segregated cautiously in the State of Espírito Santo due to the alleged practice of crimes related to Law No. 11,343 / 06 (Drug Law). As a consequence, these would conform to the benefit of house arrest, under the terms of art. 318, items IV and V of the Code of Criminal Procedure. The empirical methodology of a qualitative approach was used in decisions of the Court of Justice of the State of Espírito Santo, which dealt with the theme. The examination of the total of 223 judgments allowed us to conclude that, despite the Supreme Court having established as a rule the use of house arrest in front of the target audience analyzed, this benefit is still strongly resisted by the enforcers of the law, who, based on the will of the interpreter, put the semantic limits of the text in the background.

Keywords: Espírito Santo; pregnancy; Drug Law; mothers; house arrest.

¹ Mestre em Segurança Pública pela Universidade Vila Velha. Assessor de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo e professor da Faculdade do Espírito Santo (FACES) e do Instituto de Ensino Superior e Formação Avançada de Vitória (IESFAVI).

² Doutora em Psicologia (UFES; LAPREDES/FMRP-USP). Docente e pesquisadora do Mestrado Profissional em Segurança Pública, da pós-graduação *latu sensu* em Neuropsicologia e Reabilitação Cognitiva e do curso de Psicologia da Universidade Vila Velha.

³ Doutor em Ciências Humanas/Sociologia pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Antropologia da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor do Programa de Pós Graduação em Segurança Pública da Universidade Vila Velha (UVV).



1 INTRODUÇÃO⁴

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do *habeas corpus* coletivo n.º 143.641, determinou, em 20 de fevereiro de 2018, a garantia como regra em todo território nacional do implemento da prisão domiciliar às mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência.

Previu o julgado, todavia, 03 (três) hipóteses excepcionais em que o benefício não seria conferido, podendo ser enumerados da seguinte forma: (i) quando o crime praticado fosse cometido mediante violência ou grave ameaça a pessoa; (ii) quando a infração penal fosse voltada aos próprios descendentes; e, por fim, (iii) em situações excepcionalíssimas, desde que devidamente fundamentadas.

Reside justamente neste ponto a necessidade de se implementar um estudo, a fim de verificar a aplicabilidade da determinação contida no julgamento do *habeas corpus* coletivo n.º 143.641, procedendo-se, conjuntamente a uma pesquisa bibliográfica sobre o tema. Foi feita uma análise documental por meio de uma metodologia empírica de abordagem qualitativa das decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Propôs-se, portanto, com o presente estudo, proceder a um recorte mais específico no que tange as decisões proferidas em sede de segundo grau de jurisdição, tendo como público-alvo mulheres segregadas cautelarmente no Estado do Espírito Santo pela suposta prática de delitos relacionados à Lei n.º 11.343/06 (Lei de Drogas), que se encontram gestantes ou detém filho de até 12 anos de idade incompletos. Assim, por via de consequência, estas se amoldariam ao benefício da prisão domiciliar, nos termos do art. 318, incisos IV e V do Código de Processo Penal.

Dentro desse recorte jurisprudencial, em caso de preponderância das decisões denegatórias, pretendeu-se analisar ainda, sob um viés sociológico, os motivos que levaram os magistrados capixabas – mesmo com a determinação expressa da necessidade de emprego do benefício – obstarem a aplicação da prisão domiciliar.

⁴ Pesquisa financiada pela Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Espírito Santo – FAPES (auxílio financeiro, Processo 188/2017 -Edital Universal 03/2017)

A partir desse quadro, estruturou-se o trabalho para demonstrar, em sua primeira parte, a relevância do “Marco Legal da Primeira Infância” para a subversão do crescente processo de encarceramento cautelar feminino no Brasil, principalmente frente aos crimes previstos na Lei de Drogas. Ressaltou-se a importância da concretização de políticas que visem o público objeto do presente estudo para a construção de estruturas afetivas, sociais e cognitivas na primeira infância. Em seguida, passou-se ao exame do cumprimento pelo Poder Judiciário capixaba da determinação fixada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do *habeas corpus* coletivo n.º 143.641. Analisou-se, para tanto, 223 acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo entre 20 de fevereiro de 2018 a 24 de abril de 2020. Ao final, procedeu-se uma análise, sob um viés sociológico, da perpetuação ao tolhimento da maternidade nos crimes relacionados à Lei n.º 11.343/06 pelos aplicadores do direito.

2 DA PRISÃO DOMICILIAR COMO GARANTIA DE PROTEÇÃO AO DESENVOLVIMENTO SADIO INFANTIL, A PARTIR DA MATERNIDADE E DA LEI DE DROGAS

Ao se analisar os dados do relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, percebeu-se que o número de custodiados no país ultrapassou o importe de 700.000 pessoas (INFOPEN, 2019). A população privada de liberdade no ano de 2000 representava algo em torno de 232.755 pessoas, número este que alcançou a marca expressiva de 755.274 presos em 2019, chegando-se ao patamar de déficit nas unidades prisionais, que suplanta o importe de 300.000 vagas (INFOPEN, 2019).

É perceptível, portanto, que há muito tempo no Brasil, estimula-se uma política de privação de liberdade, orientada por um paradigma punitivista (ANDRADE, 2013), que, numa tentativa de resolução simplista da problemática, culminou no reconhecimento de um “estado de coisa inconstitucional”.

Trata-se de expressão a qual o Supremo Tribunal Federal se utilizou no julgamento da ADPF 347, para reconhecer a inércia persistente do Estado no implemento de políticas públicas no combate à falência do sistema penitenciário nacional. Por sua vez, esta desagua na violação generalizada dos direitos fundamentais dos presos ante o crescente número da população carcerária no país.

Por ser tal política embasada em meros símbolos de rigor, tais respostas carecem de real efetividade, por não atacarem o cerne do problema, provocando, de forma dissociada da realidade, uma falsa percepção de segurança. Dá-se primazia a função retributiva da pena, esquecendo-se que esta também é composta por elementos de caráter preventivo e ressocializador (KARAN, 2011).

É justamente diante deste cenário que a Lei nº 13.257/16, conhecida como “Marco Legal da Primeira Infância”, subverte, de certo modo, a premissa do encarceramento em massa ao prever a necessidade de ser garantido, dentre outras hipóteses, a substituição da prisão preventiva pela domiciliar quando se está diante de pessoa gestante ou mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos (art. 318, incisos IV e V, do CPP). A referida lei tem um diferencial importante de outras, pois está baseada em evidências científicas sobre o desenvolvimento humano, que ressaltam a proteção ao desenvolvimento sadio do infante da gestação até os 06 (seis) anos de idade, ou seja, a Primeira Infância. Há destaque para os 1000 primeiros dias de vida do ser humano, período mais determinante para sua constituição e base da aprendizagem cognitiva, socioemocional e física (BRASIL, 2016; COMITÊ CIENTÍFICO NÚCLEO CIÊNCIA PELA INFÂNCIA, 2016; VENANCIO, 2020). Para esta garantia, a lei inclui incentivos à amamentação, dentre outros, que reconhecem a importância e o destaque do papel da mãe (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2016), tal como já apontam as principais teorias do desenvolvimento infantil, a exemplo de Ainsworth *et al.* (1978); Bowlby (1979), Winnicott (1975); Feldman e Masalha (2010), Feldman, Gordon, Inlus, Gotbir e Ebstein (2013), Sameroff (2006), dentre outros.

Diversos estudos ressaltam as consequências da ausência da figura materna durante a infância, como um dos principais elementos ensejadores de problemas de ordem psicológica e psiquiátrica (TINOCO, 2011), propiciando-se, muitas das vezes, adultos inseguros e com alta probabilidade de dificuldade na criação e manutenção de vínculos afetivos (VASCONCELOS, 2018).

Um deles, com uma vertente mais ligada à neurociência, citados no Projeto de Lei nº 6.998/2013, destaca que os hormônios de estresse ativados por períodos prolongados nos primeiros anos de vida geram perdas significativas de conexões neuronais em áreas

relacionadas à aprendizagem e raciocínio, por exemplo (PROJETO DE LEI DO MARCO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA, 2013).

Nesse sentido, percebe-se que a Lei do Marco Legal da Primeira Infância busca proteger o desenvolvimento sadio e harmonioso, como um direito absoluto da criança, mantendo, assim, a infância em segurança (MANCINI; FERRÃO; LIMA; RIBEIRO, 2017). A relevância dos pais na construção de estruturas afetivas, sociais e cognitivas na primeira infância, reside, basicamente, nas alterações procedidas na legislação processual penal, mesmo em caso de mães lactantes presas (CHAVES; ARAÚJO, 2020; COMITÊ CIENTÍFICO NÚCLEO CIÊNCIA PELA INFÂNCIA, 2016; ALVES; FERRÃO, 2021), com excessão das genitoras que cometeram crimes violentos com as crianças (SONEGHETI; FERRÃO; RIBEIRO, 2020).

Por este motivo, a grande maioria dos países do mundo tem investido cada vez mais em políticas para primeira infância (FUJIMOTO, 2016), assentando ser esta a maneira mais eficaz de se remediar problemas advindos de ambientes familiares adversos. Nesse contexto, são os pais os principais responsáveis pela educação e estimulação do potencial cerebral das crianças, sendo a fortificação dos vínculos com eles um dos elementos indissociáveis ao desenvolvimento infantil (COMITÊ CIENTÍFICO NÚCLEO CIÊNCIA PELA INFÂNCIA, 2016).

Assim, numa ruptura de um pensamento paradigmático histórico, a referida Lei passa a dar enfoque, não apenas à punição, mas também aos reflexos constantes de tal medida no seio familiar daquele agente, sopesando os efeitos deletérios ao desenvolvimento infantil, que a supressão abrupta da convivência desde gestação proporciona ao referido público-alvo.

Não obstante a clareza das alterações promovidas pela Lei n.º 13.257/16 no Código de Processo Penal, tem-se que grande parte dos aplicadores do direito relutavam na implementação do instituto. Esses valem-se, sobretudo, do fato de que o art. 318, do referido regramento legal, ao prever a substituição por segregação domiciliar, utiliza-se de verbo condicional, “poderá”, inculcando interpretação no sentido de que a concessão, ou não, de tal benefício restaria circunscrita dentro de um juízo de discricionariedade do magistrado, desde que motivada a decisão.

Diante de tal cenário interpretativo, a concessão do benefício aos respectivos sujeitos ora estudados se tornou exceção, esvaziando, em grande parte, a alteração procedida pelo Marco Legal da Primeira Infância no Código de Processo Penal.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento do *habeas corpus* n.º 143.641, ocorrido em 20 de fevereiro de 2018, ciente do esvaziamento da norma e como último órgão jurisdicional responsável pela tutela da Constituição Federal, determinou que as hipóteses de conversão da prisão preventiva em domiciliar no caso dessas mães deveriam ser, em regra, obrigatórias. Percebe-se uma clara tentativa de reavivar o direito assegurado pela norma que, cada vez mais, caminhava em segundo plano, amoldando, desta forma, a interpretação do aplicador do direito.

Previu o julgado, contudo, apenas 03 (três) hipóteses excepcionais em que o benefício não seria garantido, sendo elas: (i) no caso de a mulher ter praticado crime com violência ou grave ameaça; (ii) no caso de a mulher ter praticado crime contra seus descendentes (filhos/netos); e, (iii) em outras situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.

Diante deste cenário jurídico, o Congresso Nacional, numa reação legislativa, positivou no Código de Processo Penal o entendimento esposado, dando ensejo a Lei nº 13.769, datada de 19 de dezembro de 2018, com o seguinte teor:

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

Depreende-se do dispositivo acima, das 03 (três) exceções previstas pela Corte Superior, apenas 02 (duas) foram positivadas, sendo suprimida a última hipótese de indeferimento do benefício em situação excepcionalíssima devidamente fundamentada.

Abriu-se, desse modo, uma janela de discussão quanto à viabilidade, ou não, de ser aplicada esta terceira hipótese de denegação do benefício que, embora previsto jurisprudencialmente, não foi abarcado pela referida legislação.

Julgados recentes do Superior Tribunal de Justiça, contudo, indicam continuar válida a referida terceira hipótese jurisprudencial, ainda que não positivada expressamente na norma, a exemplo do decidido no *habeas corpus* nº 470.549.

Reside, justamente neste último ponto, a necessidade de se implementar um estudo quanto à aplicabilidade do benefício no Espírito Santo, num recorte jurisprudencial frente às decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça deste Estado. Considerou-se importante analisar em caso de preponderância das decisões denegatórias, os fundamentos que a embasam, sobretudo na vertente quanto à janela deixada pela jurisprudência frente a situações excepcionalíssimas devidamente fundamentadas pelos juízes.

Elegeu-se, especificamente, para o estudo dos delitos relacionados à Lei n.º 11.343/06 (Lei de Drogas), infrações penais que não guardavam em sua essência traços de violência ou grave ameaça, bem como excluiu-se crimes que não foram praticados diretamente contra os descendentes deste público-alvo. Tal critérios de inclusão e exclusão foram baseados nas condições necessárias para a substituição da segregação preventiva pela domiciliar.

Ressalta-se, neste ponto, que, conforme dados produzidos e divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, as infrações relacionadas à Lei de Drogas refletem a grande maioria dos casos de custódia cautelar tanto no Brasil, como também no Estado do Espírito Santo (INFOPEN MULHERES, 2020).

Ao se proceder um corte epistemológico no tocante ao quantitativo de mulheres privadas de liberdade no Brasil, no primeiro semestre de 2017, atingiu-se o importe de 37.828 custodiadas, conforme relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade de 2017. Especificamente, o Espírito Santo era o sétimo estado com a maior taxa prisional no referido quesito entre as unidades da federação, com 52,9 custodiadas para cada grupo de cem mil mulheres em todo o estado (INFOPEN MULHERES, 2020). Ainda, 37,67% das mulheres segregadas no Brasil eram presas provisórias, ou seja, sem condenação transitada em julgado, detendo a particularidade no Estado do Espírito Santo de tal montante atingir o quantitativo de 40,93% (INFOPEN MULHERES, 2020).

Entre os registros das mulheres custodiadas no País, observa-se que o delito de tráfico de drogas é o principal responsável pelas segregações, perfazendo 59,9% dos casos.

Por sua vez, o Estado do Espírito Santo reflete os índices a nível Brasil, numa proporção de segregação de mulheres pela prática do crime de tráfico de drogas, atingindo o montante de 55% (INFOPEN MULHERES, 2020). Dessa população feminina segregada, depreende-se que 28,9% das mulheres possuíam um filho, 28,7% dois filhos e, por fim, 21,7% três filhos. As mulheres com mais de quatro filhos representavam 11,01% das custodiadas provisórias (INFOPEN MULHERES, 2020).

Extraí-se, dessa forma, dos dados acima lançados, que o crime de tráfico de drogas, ou atrelados – ao menos – à Lei de Combate à disseminação dos narcóticos (Lei 11.343/06), representam um grande quantitativo dos índices de segregação provisória.

Buscou-se, assim, investigar se com a determinação do Supremo Tribunal Federal, que culminou numa reação legislativa pelo Congresso Nacional, de fato, quebrou-se o paradigma de uma visão eminentemente punitivista pelos aplicadores do direito, tornando, portanto, regra o emprego da prisão domiciliar às mães que podiam ser alcançadas por este benefício. De forma específica, o presente estudo objetivou analisar como o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo tem se posicionado no tocante à conversão da prisão preventiva pela domiciliar nos crimes relacionados à Lei n.º 11.343/06 a gestantes e mulheres responsáveis por crianças de até 12 (doze) anos, conforme disciplinado no Código de Processo Penal em seu art. 318, incisos IV e V.

3 DA ATUAL EFETIVIDADE DA DETERMINAÇÃO CONTIDA NO HABEAS CORPUS COLETIVO N.º 143.641 PELA MAGISTRATURA CAPIXABA

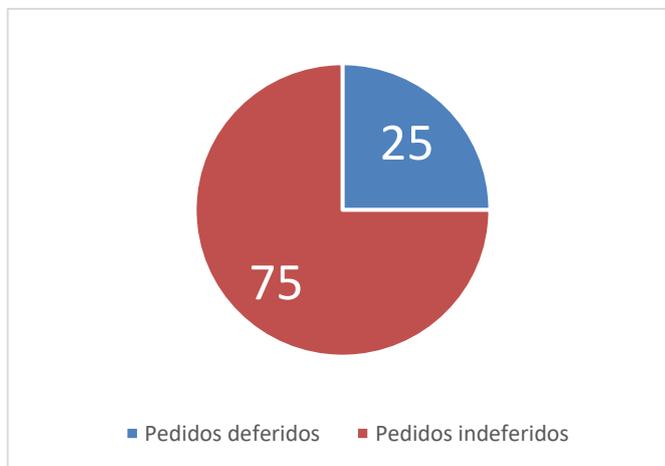
Ao pesquisar sobre o tema no site do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, procedeu-se com o indexador “*prisão domiciliar e habeas corpus*”, delimitando o espaço temporal entre 20 fevereiro de 2018 (data do julgamento pelo Supremo do HC 143.641) a 24 de abril de 2020, obtendo como resultado 223 acórdãos.

Do total dos acórdãos, apenas 92 julgados tratavam do tema “*prisão domiciliar*”, abordando as vertentes previstas no art. 318, incisos IV e V, do CPP.

Do recorte exposto, obteve-se 69 julgados, ou seja, 75% dos casos, a segregação cautelar mantida, destacando-se o fato de que 41 desses julgados tinham por origem

segregações atreladas à prática de infrações relacionadas à Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas), como se infere da figura 1.

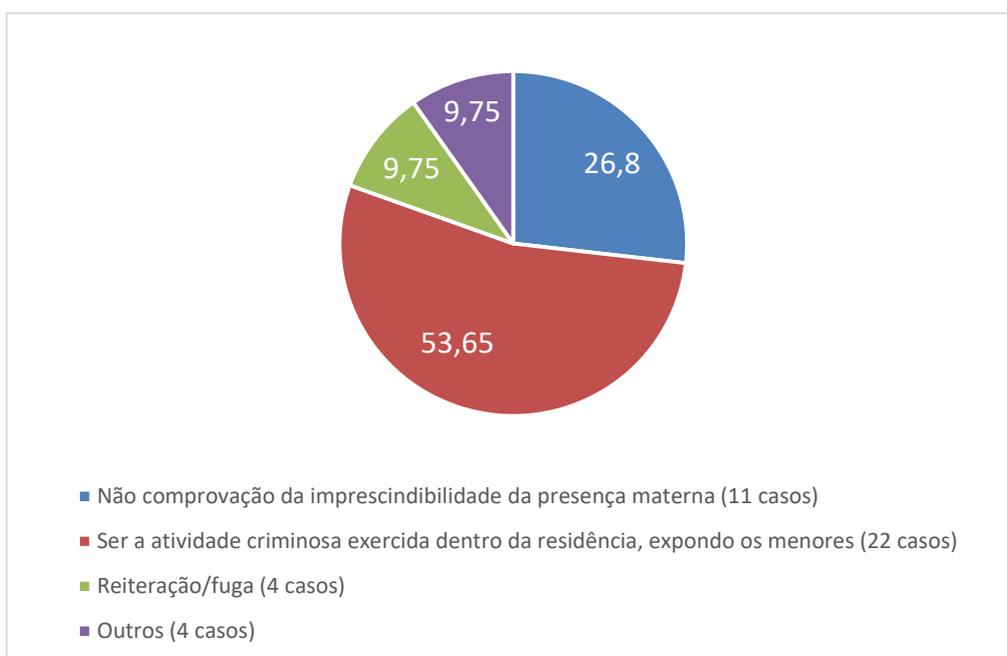
Figura 1 – Percentual de *habeas corpus* de 20 de fevereiro de 2018 a 24 de abril de 2020 do TJES, tendo como objeto o HC nº 143.641 do STF



Fonte: autoria própria

Ao analisar os 41 casos em que foram mantidas as segregações cautelares frente à prática de delitos correlacionados à Lei de Drogas, percebeu-se que o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo se vale, na maioria dos casos, de elementos eminentemente genéricos, tal como é observado através da Figura 2.

Figura 2 - Principais fundamentos utilizados pelo TJES para o indeferimento do pedido quanto aos crimes previstos na Lei nº 11.343/06



Fonte: autoria própria

A não comprovação da imprescindibilidade da presença materna como elemento obstaculizador da prisão domiciliar aparece em 27% dos casos, como se percebe a partir dos dados do gráfico exposto na Figura 2. Não se considerou a presença materna como essencial e imprescindível ao desenvolvimento infantil para fins de construção de estruturas afetivas, sociais e cognitivas (TINOCO, 2011; VASCONCELOS, 2018).

Verifica-se, portanto, que a premissa basilar que embasa todo raciocínio normativo é no sentido de que ao se impor uma segregação desnecessária que importe numa imersão de uma gestação num ambiente insalubre como o da prisão, carente de atendimento médico e tratamento humano, ou mesmo com rompimento abrupto de uma unidade familiar, está-se a transferir uma responsabilização criminal que vai muito além do imputado, atingindo diretamente o infante, em clara violação ao art. 5º, inciso XLV, da Carta Constitucional.

Ainda, a subjetividade da expressão “imprescindibilidade”, todavia, permite ao julgador uma cláusula em aberto para julgar com que lhe parece correto, desconsiderando o direito à convivência familiar previsto na Constituição Federal (art. 227, da C.F), no Estatuto da Criança e Adolescente (Lei n.º 8.069/90, art. 4º, 19 e outros) e no Marco Legal da Primeira Infância (Lei n.º 13.257/16).

Não se pode deixar de pontuar, ainda, que sendo a “imprescindibilidade” um critério subjetivo qual seria a prova necessária para a concessão do benefício? Os próprios acórdões não fixam, fortificando tratar-se de mera retórica argumentativa (BRAGA, 2016).

O quadro de reiteração delitiva, por sua vez, representado pela coloração cinza do gráfico da Figura 2, atinge o importe de 04 (quatro) casos, em patente juízo antecipado de culpa.

O argumento pautado em ser a residência o local de prática da infração, fator que expõe o menor a um ambiente insalubre, representada pela coloração laranja escuro no gráfico, atinge o importe de 22 casos, em fundamentação extremamente abstrata e que esvazia por completo um dos eixos centrais das garantias fundamentais do indivíduo, qual seja, o direito à liberdade. É importante ressaltar que praticamente 53% dos casos se utilizam deste fundamento, elemento que, ao ver do julgador, caracterizaria uma maior gravidade em concreto da infração praticada, inviabilizando, portanto, a concessão da benesse.

Verifica-se, dessa forma, uma replicação de argumentos vazios que nada somam, desconsiderando, na grande maioria das vezes, o contexto de que o tráfico de drogas se apresenta – naquele momento – como o único meio para se garantir a sobrevivência daquela família. Ou seja, ainda que em desacerto, o único instrumento ao seu alcance para garantir a sobrevivência sua e de sua prole, fator que enfraquece sobremaneira o argumento de que o delito, por tal razão, ostentaria maior gravidade e, conseqüentemente, impediria a segregação domiciliar.

Desconsideram, assim, além dos já comentados efeitos enfatizados pela neurociência da retirada abrupta da mãe, impossibilitando a amamentação, entre outros fatores que minimizam a exposição desse bebê ao estresse tóxico pós-gestação, o fato de que num momento de fragilidade, como forma de suprir as necessidades básicas de subsistência, muitas mulheres visualizam no trabalho ilícito a possibilidade de alterar sua realidade (CHERNICHARO, 2014). As mesmas encontram no tráfico de drogas perpetrado em sua própria residência uma forma de conciliar suas múltiplas obrigações, já que precisam compatibilizar a necessidade de ganho de capital, à criação dos filhos e aos afazeres domésticos (CHERNICHARO, 2014). Elemento este que não deveria subverter a premissa de que a regra é a garantia da prisão domiciliar a gestantes e mães de crianças de até 12 (doze) anos.

Por fim, embasam a denominação “outros” os mais diversos argumentos, tais como a “violência do grupo criminoso”, “ser o agente o líder daquela associação delitativa” ou, até mesmo, “ter a agente escondido em suas partes íntimas as substâncias ilícitas”.

Assim, em decisões ao estilo fordista, pré-formatadas e despidas de exploração efetiva do caso concreto, os aplicadores do direito têm ratificado a necessidade de obstacularizar a prisão domiciliar, perpetuando o ciclo da violência que é uma constante na vida deste público (PANCIERI, 2017).

4 UMA ANÁLISE, SOB O VIÉS SOCIOLÓGICO, DA PERPETUAÇÃO AO TOLHIMENTO DA MATERNIDADE NOS CRIMES RELACIONADOS À LEI DE TRÁFICO DE DROGAS

Dentro do recorte jurisprudencial acima analisado, portanto, verifica-se que, não obstante a determinação do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do *habeas*

corpus n.º 143.641, perpetua-se uma tendência da magistratura capixaba em obstaculizar a aplicação da prisão domiciliar ao público-alvo estudado.

Surge daí a inquietação em se buscar os possíveis motivos que levam a vedação do benefício, investigando-se, numa perspectiva sociológica, o porquê de um dos agentes, que compõe o campo do controle do crime, qual seja o Judiciário, ter interiorizado dentro de sua estrutura social, soluções punitivistas de cunho simbólico, que acabam por culminar numa política de encarceramento em massa.

Numa tentativa de explicação dessas inclinações interiorizadas pelo indivíduo e naturalizadas por ações inconscientes, destaca-se a definição de *habitus* de Pierre Bourdieu, a qual pode ser sinteticamente destacada como um sistema de disposições duráveis. Ou seja, “como princípio gerador e estruturador das práticas e das representações que podem ser objetivamente ‘regulamentadas’ e ‘reguladas’ sem ser o produto de obediência a regras” (BOURDIEU, 1994, p. 61).

Partiu-se de um exame sob um viés sociológico embasado na teoria do *habitus*⁵. Portanto, o exame do campo do controle do crime se utilizou do conceito de campo social do autor, em que o “campo penal aparece como um campo de forças e de lutas, onde os subcampos – judicial, policial e penitenciário – se relacionam” (FREIRE, 2012, p. 2).

Do espaço social de relacionamento supra-alinhavado, advém *habitus* desses agentes caracterizados pela incorporação da estrutura social. Esta, por sua vez, é exteriorizada por meio do campo, formando símbolos compartilhados numa espécie de leis gerais que os pautam. Azevedo (2010, p. 121) ressalta ser a “doxa”, ao tratar dessas propriedades universais do campo, ou seja, o que configura a chamada opinião consensual ou senso comum, que rege e regula a luta pela dominação no interior do campo.

Assim, mesmo sabedor da diferença que permeia indivíduos de um mesmo grupo social, tem-se que eles se aproximam no que diz respeito à estrutura básica de sua experiência social comum (WAGNER, 2011, p. 139). No que tange às políticas de segurança

⁵ Habitus que na definição de Maria da Graça Jacintho Setton (2002, p. 61) pode ser entendido como “um instrumento conceptual que me auxilia pensar a relação, a mediação entre os condicionamentos sociais exteriores e a subjetividade do sujeito [...]. Habitus é uma noção que me auxilia a pensar as características de uma identidade social, de uma experiência biográfica, um sistema de orientação ora consciente ora inconsciente. Habitus como uma matriz cultural que predis põem os indivíduos as fazerem escolhas”.

pública, estas são indiscutivelmente marcadas por um vies punitivista. Este reflete no agir desses agentes e, como consequência, no aumento das taxas de encarceramento.

Permanece, como destaca SALLA (2006, p. 346), “uma ‘criminologia do outro’, de matriz lombrosiana, que considera o criminoso uma espécie de monstro, totalmente diferente do indivíduo não criminoso”. Da mesma forma, Misse enfatiza em seu conceito de sujeição criminal, fazendo nascer um processo de “rotulação, estigmatização e tipificação numa identidade social, especificamente ligada ao processo de incriminação e não como um caso particular de desvio” (MISSE, 2010, p. 23).

Dessa forma, ao se conceber as políticas de combate e controle do crime no Brasil, tem o juiz o papel de subsumir a norma ao fato, cuja atuação é embasada na falsa premissa de uma neutralidade, abrindo justamente o questionamento a respeito das reais motivações das decisões judiciais.

Ao tratar sobre o tema, Freire destaca (2012, p. 21) que as investigações empíricas sobre o “perfil da magistratura e da atividade judicial são influenciadas por uma série de variáveis, entre as quais são relevantes a situação e a ideologia política, a formação e a posição na hierarquia social e profissional dos magistrados”, cujas conclusões apontam para uma seletividade embasada em 02 (dois) eixos, quais sejam: a seletividade na aplicação e na interpretação da lei.

Para o presente estudo, vale o enfoque principalmente nesse segundo ponto, ou seja, na seletividade da interpretação da norma, embasada – sobremaneira – na utilização do poder discricionário para atingir eventuais opções políticas e ideológicas.

Isso tem resultado no que Salo de Carvalho (CARVALHO, 2010, p. 235) destaca ser uma “postura judicial condescendente com o punitivismo, mormente nos momentos processuais decisivos, fenômeno que se materializa na jurisprudência através do desvirtuamento da prática”, que tem consagrado, por exemplo, uma massificação de prisões cautelares; uma distribuição não paritária da prova; e, principalmente no recorte da presente pesquisa, uma resistência na aplicação de medidas alternativas à prisão.

Ao corroborar o dito, destaca-se que em pesquisa institucional realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, no ano de 2015, constatou-se que 67% dos juízes eram a favor da proibição da liberdade provisória, com ou sem fiança, nos crimes de

tráfico de drogas (SEMER, 2020, p. 456), indicando uma conduta já incorporada, interiorizada ou quase postural do agente julgador em ação que, por sua vez, reforça a teoria do *habitus* de Pierre Boudieu (BOUDIEU, 1989).

Constata-se, assim, que o intérprete impõe sua vontade, não considerando da mesma forma os limites semânticos do texto (STRECK, 2008), em que, aquilo que meramente se inicia como uma subjetividade criadora de sentido, culmina no que Lenio Luiz Streck classifica como “decisionismos” e “arbitrariedade interpretativas”, em que cada julgador interpreta como melhor lhe convém.

Tal como adverte Marcelo Semer, o “decisionismo não é um exercício de poder, mas, sobretudo, um esvaziamento dele”, de modo que “o prestígio dos vetores constitucionais é a única garantia de relevância aos juízes” (SEMER, 2020, p. 455).

Cria-se, assim, uma fundamentação sem fundamento, uma decisão baseada na opinião pessoal do julgador, no que Lenio Luiz Streck, inspirado no conceito de *habitus* de Boudieu, denominou de “*habitus dogmaticus*”, pelo qual se entende o “conjunto de crenças e práticas que compõe os pré-juízos do juristas, que tornam a sua atividade refém da cotidianidade e do imaginário solipsista, que dispensa fundamentações intersubjetivas” (STRECK, 2020).

Ao se desnaturar as inovações legislativas, que ampliam a liberdade por meio de interpretações punitivistas, tal como ocorre na inobservância do benefício da prisão domiciliar a gestantes e a mães de crianças até 12 (doze) anos, conforme Marco Legal da Primeira Infância, tais atores processuais inviabilizam qualquer mudança legislativa. Conforme adverte Boaventura de Souza Santos, não há reforma que resolva os problemas se não houver uma cultura judiciária que a sustente (CARVALHO, 2010).

5 CONCLUSÃO

Mostrou-se que, não obstante as alterações advindas pela Lei n.º 13.257/2016, conhecida como Marco Legal da Primeira Infância, foi necessária a impetração de *habeas corpus* coletivo perante o Supremo Tribunal Federal para que houvesse uma determinação, em todo território nacional, do implemento da prisão domiciliar para gestante ou mulher com filho de até 12 (doze) anos incompletos. Com a finalidade de

averiguar o cumprimento da ordem emanada pelo Supremo Tribunal Federal, foi realizado estudo empírico no Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, a partir da análise documental das decisões proferidas quanto ao tema, tendo-se constatado que a magistratura capixaba, numa visão punitivista, detém resistência em garantir o benefício da prisão domiciliar ao público alvo estudado frente aos crimes atrelados à Lei n.º 11.343/06. Ressalta-se, ainda, sendo estes despidos de violência direta, bem como não tem como público alvo os próprios descendentes (art. 318-A do CPP).

Verificou-se uma preponderância de decisões denegatórias, sobretudo, pautadas na vertente quanto à janela deixada pela jurisprudência frente às hipóteses de situações excepcionalíssimas devidamente fundamentadas. Diante do alto grau de abstração e subjetivismo, constitui-se verdadeira cláusula em aberto ao aplicador do direito, permitindo decisões simplesmente embasadas na opinião pessoal do julgador.

Constatou-se, ainda, que os fundamentos jurídicos utilizados para embasar a negativa no implemento da prisão domiciliar foram pautados em argumentos de cunho absolutamente abstrato e retórico.

Partindo-se de um exame sob um viés sociológico embasado na teoria do *habitus*, observou-se que a magistratura capixaba inviabiliza a mudança legislativa diante de uma cultura indiscutivelmente marcadas por um viés punitivista. Esta é revelada no agir desses agentes ao inobservarem o benefício da prisão domiciliar a gestantes e a mães de crianças até 12 (doze) anos, conforme busca garantir o Marco Legal da Primeira Infância, que se baseia em evidências científicas sobre como a mãe pode contribuir para manter a infância em segurança, a partir da proteção ao desenvolvimento sadio e harmonioso infantil.



REFERÊNCIAS

AINSWORTH, M. D.; BLEHAR, M. C.; WATERS, E.; WALL, S. **Patterns of attachment: a psychological study of the strange situation**. Nova Jersey: Lawrence Erlbaum Associates Publishers Hillsdale, 1978.

ALVES, T. C.; FERRÃO, E. S. **Manual de Introdução à Maternagem**. Vila Velha: Universidade Vila Velha, 2021.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. A mudança do paradigma repressivo em segurança pública: reflexões criminológicas críticas em torno da 1ª Conferência Nacional Brasileira de Segurança Pública. **Sequência (Florianópolis)**, Florianópolis, n. 67, p. 335-356, 2013. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552013000200013&lng=en&nrm=iso&tlng=pt.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. A Força do Direito e a Violência das Formas Jurídicas - Contribuição à Análise Sociocriminológica do Direito. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). **Criminologia e Sistemas Penais Contemporâneos II**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

BOURDIEU, P. A gênese dos conceitos de *habitus* e de campo. In: O poder simbólico. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: **Bertrand Brasil**, 1989.

BOURDIEU, P. Esboço da teoria da prática. In: ORTIZ, Renato (org.). **Pierre Bourdieu/Sociologia**. 2. ed. São Paulo: Ática, 1994.

BOWLBY, J. **The making and breaking of affectional bonds**. London: Tavistock, 1979.

BRAGA, Ana Gabriela; FRANKLIN, Naila Ingrid Chaves. Quando a casa é a prisão: uma análise de decisões de prisão domiciliar de grávidas e mães após a lei 12.403/2011. **Rev. Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 09, n. 01, p. 349-375, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/18579>.

BRASIL. [Código de Processo Penal]. **Decreto Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm.

BRASIL. **Lei n.º 13.257, de 8 de março de 2016**. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância. Marco Legal da primeira infância. Brasília: Presidência da República/Casa Civil, 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** – dezembro de 2019. Brasília, 2019. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiZTlkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFlMDktNzRlNmFkNTMOMWwzIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade** – junho de 2017. Brasília, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. **Habeas Corpus - HC 143.641**. Acórdão publicado no DJ de 09.10.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 347**. Acórdão publicado no DJ de 19.2.2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. **Habeas Corpus - HC 470.549**. Acórdão publicado no DJ de 20.10.2019.

BRASIL. **Projeto de Lei do Marco Legal da Primeira Infância**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=92DC071DB6776DD91A12C8A32CFA4BFD.proposicoesWebExterno2?codteor=1214724&filename=PL+6998/2013.

CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CHAVES, Luana Hordones; ARAUJO, Isabela Cristina Alves de. Gestação e maternidade em cárcere: cuidados de saúde a partir do olhar das mulheres presas em uma unidade materno-infantil. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 30, n. 1, e300112, 2020. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312020000100608&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 12 abr. 2021. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/s0103-73312020300112>.

CHERNICHARO, Luciana Peluzio. **Sobre mulheres e prisões: seletividade de gênero e o crime de tráfico de drogas no Brasil**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: http://www.neip.info/upd_blob/0001/1565.pdf.

COMITÊ CIENTÍFICO NÚCLEO CIÊNCIA PELA INFÂNCIA (org). **Importância dos vínculos familiares na primeira infância: estudo II** (Redação: Beatriz de Oliveira Abuchaim *et al.*). 1. ed. São Paulo: FMCSV, 2016. Disponível em: <http://www.ee.usp.br/pesq/apostilas/WP-Vinculos%20Familiares.pdf>. Acesso em: 28 out. 2020.

MISSE, Micahel. **Crime, sujeito e sujeição criminal: aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria "bandido"**. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452010000100003&lng=en&nrm=iso&tlng=pt.

FELDMAN, R.; MASALHA, S. Parent-child and triadic antecedents of children's social competence: cultural specificity, shared process. **Dev Psychol**, v. 46, n. 2, p. 455-467, 2010.

FELDMAN, R. The relational basis of adolescent adjustment: trajectories of motherchild interactive behaviors from infancy to adolescence shape adolescents' adaptation. **Attach Hum Dev**, v. 12, n.1-2, p. 173-192, 2010.

FELDMAN, R.; GORDON, I.; INFLUS, M.; GUTBIR, T.; EBSTEIN, R. P. Parental oxytocin and early caregiving jointly shape children's oxytocin response and social reciprocity. **Neuropsychopharmacology**, v. 38, n. 7, p. 1154-1162, 2013.

FUJIMOTO, Gaby. Cenário mundial das políticas de primeira infância. *In: Avanços do marco legal da primeira infância*. Brasília: SEGRAF, 2016. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/altosestudios/pdf/obra-avancos-do-marco-legal-da-primeira-infancia>.

FREIRE, Christiane Russomano; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. As representações sociais sobre o castigo – Magistrados, policiais e administradores penitenciários no RS. *In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS*, 36., Caxambu, 2012. **Anais [...]**. [S. l.]: [s.n.], 2012.

KARAN, Maria Lucia. Psicologia e sistema prisional. **Revista EPOS**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 1-17, jul./dez. 2011. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/epos/v2n2/06.pdf>.

MANCINI, C. N.; FERRÃO, E. S.; LIMA, M. T. P. A.; RIBEIRO, D. G. Consequências da exposição a contextos de risco ao desenvolvimento sadio e harmonioso na primeira infância: a importância da prevenção na segurança pública. *In: Perspectivas em Segurança Pública vol. 4* (Coleção Segurança Pública). 1. ed. Florianópolis, SC: Insular, 2017. v. 4, p. 113-132.

PANCIERI, Aline; BOITEUX, Luciana. **Traficantes Grávidas no Banco dos Réus: uma Análise Crítica do Controle Penal Sobre Mulheres Em Situação de Maternidade no Rio de Janeiro.** Disponível em: http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499216169_ARQUIVO_TraficantesGravidasnoBancodosReus.AlinePancieri.pdf.

SALLA, F.; GAUTO, M.; ALVAREZ, M. C. A contribuição de David Garland a sociologia da punição. **Tempo Social** - Revista de Sociologia da USP, v. 18, n. 1, p. 329-350, 2006.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento.** 2 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

STRECK, Leonio Luiz. **O desembargador, “os astronautas” e o “habitus dogmaticus”.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-09/senso-incomum-desembargador-astronautas-habitus-dogmaticus>.

STRECK, Leonio Luiz. Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: Ensaio sobre a cegueira positivista. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 52, p. 127-162, 2008.

SETTON, Maria da Graça Jacintho. A teoria do habitus em Pierre Bourdieu: uma leitura contemporânea. **Revista Brasileira de Educação**, São Paulo, p. 60-70, 2002.

RIBEIRO JUNIOR, H. **As políticas prisionais capixabas, a criminalização seletiva e as violações aos Direitos Humanos.** 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3eebaed369eb3ae3>.

SAMEROFF, A. Identifying Risk and Protective Factors for Healthy Child Development. *In: CLARKE-STEWART, A.; DUNN, J. (ed.). The Jacobs Foundation series on adolescence. Families count: Effects on child and adolescent development.* Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 53-76. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511616259.004>.

SONEGHETI, G.; FERRÃO, E. S.; RIBEIRO JUNIOR, H. Mulheres presas por cometerem violência contra crianças. *In: Estudos em Segurança Pública. Volume 2: Ciências Humanas na Segurança Pública.* 1. ed. Curitiba: CRV, 2020. v.2, p. 123-136.

TINOCO, Valéria. **O luto em instituições de abrigo de crianças.** Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-166X2011000400003.

VASCONCELOS, Karina Nogueira; LINS, Valéria Maria Cavalcanti (org). **Mães encarceradas e filhos abandonados: realidade prisional feminina e estratégia de redução do dano da separação.** Curitiba: Editora Juruá, 2018.

VENANCIO, Sonia Ioyama. Por que investir na primeira infância?. **Rev. Latino-Am. Enfermagem**, Ribeirão Preto, v. 28, e3253, 2020. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-

11692020000100200&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 12 abr. 2021. DOI: <https://doi.org/10.1590/1518-8345.0000-3253>.

WAGNER, Wolfgang. Descrição, explicação e método na pesquisa das Representações Sociais. *In*: GUARESCHI, Pedrinho; JOVCHELOVITCH, Sandra (org.). **Textos em Representações Sociais**. 12. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

WINNICOTT, D. O papel de espelho da mãe e da família no desenvolvimento infantil. *In*: WINNICOTT, D. **O Brincar e a Realidade**. Rio de Janeiro: Imago, 1975. p. 175-186.

MIRANDA, Homero Oliveira de; FERRÃO, Erika da Silva; COSTA, Marco Aurélio Borges da. A maternidade e a Lei de Drogas: uma análise sob a aplicação da prisão domiciliar no Estado do Espírito Santo. **RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 9, n. 1, p. 78-96, jan./abr. 2022.

Recebido em: 22/11/2020

Aprovado em: 02/12/2021