



ANÁLISE DO HABEAS CORPUS COLETIVO NÚMERO 143.641: A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DAS MÃES ENCARCERADAS E AS LIMITAÇÕES PARA A EFETIVAÇÃO DA DECISÃO

*Jamile Pinheiro Santos¹
Keilly Karolina Santo Souza²*

RESUMO

O Brasil atualmente vive a cultura do encarceramento. Aqui está um Estado que se preocupa em punir, ainda que isso signifique o desrespeito a determinadas garantias individuais. É nesse contexto que surge a necessidade de discussão sobre a situação de uma parcela específica da população, que vem sendo olhada de forma mais atenta nos últimos anos: as gestantes, mães e seus filhos que vivem sob os efeitos do cárcere. Foi assim que o Supremo Tribunal Federal acabou por ser provocado com a impetração do Habeas Corpus 143.641 e decidiu pela concessão do benefício da substituição das prisões preventivas pela domiciliar dessas presas. Contudo, cabe uma análise mais aprofundada acerca dos motivos, consequências e efetividade de tal medida que, a princípio, parece humanizada, mas percebe-se como um meio de demonstração de que o judiciário brasileiro não está apto para se desprender do conservadorismo que a cultura do encarceramento aqui vivenciada traduz.

Palavras-chave: Direitos. Encarceramento. Gestantes.

¹ Discente do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia – UESB

² Discente do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia – UESB

1 INTRODUÇÃO

A temática do encarceramento de mulheres tem se acentuado no Brasil, tendo em vista o crescimento do número de detentas no sistema carcerário brasileiro. Todavia, tal enfoque revela grandes violações aos direitos das mulheres presas e de seus filhos, que ferem direitos primordiais, como a dignidade da pessoa humana.

Por outro ponto, não se pode olvidar os avanços na legislação pátria que buscam assegurar melhorias à condição das mulheres presas, bem como avanços na jurisprudência que demonstram o olhar atento dos julgadores às necessidades da população carcerária feminina e, por extensão, de seus filhos que convivem com o ambiente prisional.

Nessa perspectiva, o presente artigo visa analisar a realidade carcerária em que as mulheres estão inseridas. Assim, buscar-se-á discorrer a respeito dos direitos pertencentes às mulheres presas e aos seus filhos que nascem no ambiente carcerário ou passam a conviver com este, bem como considerará a ausência de efetividade de tais normas nos estabelecimentos penais brasileiros.

Feito isso, discorrer-se-á a respeito da importância de aplicação de medidas alternativas à privação de liberdade das mulheres e sobre os direitos das presas provisoriamente.

Por fim, será analisada a decisão do STF no HC 143.641, que determina a revogação da prisão temporária de gestantes, puérperas e mães de crianças, substituindo-a pela prisão domiciliar. Ademais, averiguar-se-á os impactos da referida decisão no sistema prisional do Brasil e a dificuldade de implementação da decisão pelos tribunais.

2 MATERNIDADE NA PRISÃO

2.1 O encarceramento feminino

O encarceramento das mulheres não pode ser dissociado das particularidades que envolvem o gênero feminino, uma vez que se faz necessária a adequação do contexto jurídico à questões como a maternidade, a saúde sexual e reprodutiva da mulher e a assistência às gestantes e às crianças. Nesse sentido, é imprescindível haver a promoção da igualdade material das mulheres no âmbito da prisão, de modo que normas possam promover dignidade durante a permanência da mulher no sistema carcerário brasileiro.

Nesse contexto, a Lei de Execução Penal estabelece que “a mulher e o maior de sessenta anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua



condição pessoal”. O referido dispositivo reforça a ideia presente na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLVIII que dispõe que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”. Sendo assim, é notório que as particularidades do gênero feminino devem ser respeitadas por meio de instalações condizentes com a condição pessoal das mulheres.

Ocorre que, no contexto brasileiro, é cediço dizer que as instituições penitenciárias não são compatíveis às necessidades das mulheres. Dessa forma, a saúde feminina é negligenciada pelo Estado, ante a ausência de políticas públicas voltadas à assistência da mulher no ambiente carcerário, que se revela com condições degradantes.

Por outro lado, regulamentação de direitos que tutelam a proteção às mulheres no sistema carcerário brasileiro demonstra sua importância, revelando o escopo de promover a adaptação da sanção penal às especificidades do gênero feminino e representando avanços normativos a respeito do tema.

2.2 Breve análise dos direitos das mulheres presas e de seus filhos

Em âmbito internacional, as Nações Unidas dispõem de diversas regras para o tratamento de mulheres presas, que compõem, juntamente com as medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras, as regras de Bangkok. O conjunto de regras proposto pelas Nações Unidas visa a aplicação de normas que efetivem a adequação da execução penal às particularidades do gênero feminino, bem como preconizam alternativas penais ao encarceramento.

A Constituição Federal prevê expressamente a proteção à maternidade (art. 6º). Além disso, estabelece direitos que tutelam a proteção da população carcerária feminina, tais como o de amamentar seus filhos e ter sua integridade física e moral respeitada (art. 5º, incisos L, XLIX), a assistência gratuita à criança até seis anos de idade em creches e pré-escolas (art. 7º, inciso XXV), a proteção da maternidade no contexto do direito previdenciário e de assistência social (art. 201, inciso III, e art. 203, inciso I) e o amplo direito à saúde (art. 196).

Além dos direitos previstos para as mulheres encarceradas não se pode olvidar a imprescindibilidade de direitos que protejam os seus filhos. A garantia de assistência à gestante, ao nascituro e à criança após o seu nascimento é responsabilidade do Estado. Ademais, a promoção de um ambiente que permita o convívio familiar é um desafio a ser enfrentado, visto que as penitenciárias brasileiras não foram construídas visando essa convivência.

.....



No âmbito constitucional, à criança são resguardados os direitos à vida, à saúde, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, a salvo de qualquer negligência, violência, crueldade ou opressão (art. 227, CF).

O estatuto da criança e do adolescente dispõe que ao Estado, por meio do Sistema Único de Saúde, cabe assegurar a gestante o atendimento pré e perinatal, além de fornecer alimentação adequada e assistência psicológica. Sendo assim, o atendimento à mulher gestante, tanto fisicamente como psicologicamente, revela-se altamente importante para o nascimento saudável da criança. O acompanhamento médico pré-natal possibilita, ainda, a descoberta precoce de possíveis complicações na gravidez e de possíveis patologias que acometam o nascituro, viabilizando, assim, um tratamento adequado para cada mulher e criança de acordo com suas necessidades.

A Lei de Execução Penal, em seu artigo 10, prevê em linhas gerais, o direito do preso à assistência, que deve ser fornecida pelo Estado. Tal assistência engloba a questão material, prevista nos artigos 12 e 13, que se consubstancia no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas, bem como de instalações e serviços no estabelecimento penal que atendam aos presos nas suas necessidades pessoais. O artigo 14, por sua vez, prevê a assistência à saúde, que consiste no atendimento médico, farmacêutico e odontológico do preso, sendo assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.

É forçoso afirmar que o ambiente dos estabelecimentos penais é cercado de violência física e psicológica, bem como, muitas vezes, de circulação de substâncias nocivas à saúde dos indivíduos. Diante disso, o acompanhamento da gestante demonstra especial relevância quando esta encontra-se presa.

Ademais, cumpre destacar a necessidade da permissão da permanência dos filhos com as mães durante o período de amamentação. A amamentação durante os primeiros meses de vida da criança é fundamental para o desenvolvimento saudável da criança, tendo em vista que o leite materno possui os nutrientes necessários ao crescimento do recém-nascido. Além disso, a amamentação natural permite a criação do vínculo afetivo entre a mãe e a criança, relação vital para a saúde psicológica da mulher.

Isto posto, o art. 5º, inciso L da Constituição Federal, assegura às presas, a permissão de poderem ficar com seus filhos no presídio durante o período de amamentação. O direito ao aleitamento materno está disposto também no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 9º, que prevê “o poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas à medida



privativa de liberdade”. As regras de Bangkok, no que tange as mulheres gestantes, com filhos e as lactantes na prisão, estabelece que:

1. Mulheres gestantes ou lactantes deverão receber orientação sobre dieta e saúde dentro de um programa a ser elaborado e supervisionado por um profissional da saúde qualificado. Deverão ser oferecidos gratuitamente alimentação adequada e pontual, um ambiente saudável e oportunidades regulares de exercícios físicos para gestantes, lactantes, bebês e crianças.
2. Mulheres presas não deverão ser desestimuladas a amamentar seus filhos/as, salvo se houver razões de saúde específicas para tal. (2016, p. 32).

Além disso, a Resolução CNPCP nº 04/2009, confere o direito à convivência até um ano e seis meses e, após este período, um processo gradual de separação de até seis meses. Já a LEP salvaguarda o período de amamentação no cárcere, assegurando a permanência da criança no mínimo em seus primeiros 06 meses de vida. No entanto, o convívio familiar entre a mãe e a criança deve permanecer após a separação, sendo garantido o direito a visitação.

Assim, tem-se que o direito ao aleitamento materno, além de ser uma prerrogativa das mulheres lactantes, é um direito da criança, o qual deve ser garantido pelo Estado, que deve assegurar, ainda, um ambiente adequado para permanência das crianças no sistema carcerário. Nessa esteira, a Lei de execução Penal, em seu art. 83, §2º, prevê que os estabelecimentos penais destinados às mulheres, sejam dotados de berçário, para que as presas possam amamentar seus filhos, no mínimo, até seis meses de idade. Além disso, a referida lei estabelece a necessidade de haver seção específica para gestante e creche para crianças entre 06 meses e 07 anos de idade:

Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa

Parágrafo único. São requisitos básicos da seção e da creche referidas neste artigo:

- I – atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e
- II – horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável.

Todavia, é forçoso admitir que tal realidade não é contemplada pelas penitenciárias brasileiras. O cenário vivenciado pelo Brasil é de crianças que tem a sua dignidade ferida ao serem mantidas em celas em condições ausentes de qualquer adequação a sua condição de menor em desenvolvimento. Esse contexto destaca, por um lado, a necessidade de manutenção da amamentação e do convívio com a mãe para o crescimento sadio da criança e, ao mesmo tempo, as dificuldades enfrentadas pela ausência de um espaço adequado para tal desenvolvimento.



Outrossim, a Lei nº 13.769/18 inseriu, no § 3º do art. 112 da LEP, trazendo importante inovação ao prever progressão de regime mais benéfica às mulheres gestantes, mães ou responsáveis por crianças ou deficientes, estabelecendo para estas requisitos mais brandos.

Art. 112.

§3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente:

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

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

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

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

V - não ter integrado organização criminosa.

2.3 A ausência de efetivação dos direitos das mulheres encarceradas e os riscos à saúde das crianças

Ao se falar em encarceramento de mães não se pode olvidar o reflexo da prisão na vida de seus filhos, principalmente daqueles que nascem no ambiente prisional ou permanecem neste âmbito. Nessa esteira, é importante ressaltar que a pena cumprida pela mulher não pode ser estendida ao seu filho, tendo como fulcro o princípio da intranscendência da pena.

O princípio da intranscendência ou da personalização da pena está entre os princípios que regem a Execução Penal. Tal princípio é conceituado por Nestor Tavora e Rosmar Alencar (2016, p. 2375) como sendo norteado pela ideia de a pena não pode passar da pessoa do apenado, devendo a obrigação de reparar o dano e de perdimento de bens ser estendida aos seus sucessores, nos limites do patrimônio transferido.

Diante disso, tem-se que os efeitos da pena imputada às mulheres não pode alcançar seus filhos com sua permanência no sistema prisional. Todavia, o que ocorre na realidade brasileira são crianças crescendo em um ambiente inadequado, ante a ausência de espaços que comportem as necessidades inerentes ao desenvolvimento infantil.

Nessa perspectiva, o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN Mulheres, em sua 2ª edição, revela por meio dos dados obtidos que apesar de haver normas que tutelam os direitos das mulheres encarceradas, a realidade das penitenciárias brasileiras demonstra a ausência de políticas públicas que possibilitem a efetivação dos direitos postulados pela legislação vigente.



Em análise aos dados trazidos pela referida pesquisa, tem-se que apenas 14% das unidades das unidades femininas ou mistas contam com berçário e/ou centro de referência materno-infantil, que consistem em locais destinados a crianças de até 2 anos de idade, tendo tais unidades a capacidade total de receber até 467 bebês.

Além disso, observa-se que apenas 3% das unidades prisionais femininas ou mistas de todo país possuem espaços de creche para receber crianças acima de 02 anos, totalizando a capacidade de comportar 72 crianças.

Ademais, pode-se inferir que 74% das mulheres presas possuem filhos, sendo a quantidade referente aos homens presos para o mesmo período de apenas 47%. Dentro deste contexto, tem-se que a vultosa desigualdade na quantidade de filhos para homens e mulheres no âmbito prisional deve refletir em medidas compatíveis com esta demanda:

Em que pesem as desigualdades persistentes na sociedade (...), é preciso aprofundar a análise sugerida pelos dados do Infopen, que apontam para uma importante desigualdade na distribuição de filhos entre homens e mulheres no sistema prisional e demandam, assim, a formulação de serviços e estruturas penais capazes de responder, por um lado, à possibilidade de institucionalização da criança e, por outro, aos efeitos da separação da mãe na vida das crianças e comunidades (INFOPEN, 2017).

Com efeito, torna-se notório os efeitos da manutenção de crianças no sistema prisional, frente à ausência de espaços adequados a seu crescimento e à convivência familiar, refletindo em riscos à sua saúde física e psicológica ao conviver com um ambiente criado com o intuito de punir.

3 DIREITOS DOS PRESOS PROVISÓRIOS

O discurso de proteção aos direitos das mães encarceradas perpassa pela discussão da implantação de medidas alternativas à pena privativa de liberdade, principalmente no que tange às mulheres presas provisoriamente. A aplicação de sanções penais alternativas revela-se mais adequada que a privação da liberdade, tendo em vista os riscos à saúde das crianças encarceradas juntamente com as mães, a ausência de políticas públicas que adequem os estabelecimentos penais às especificidades das mulheres e das crianças e o posterior afastamento das mulheres de seus filhos.

A prisão provisória consiste na prisão anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória e é medida excepcional. Nesse sentido, aduz Noberto Avena:

A prisão provisória é aquela que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Não tem por objetivo a punição do indivíduo, mas sim impedir que



venha ele a praticar novos delitos (relacionados ou não com aquele pelo qual está segregado) ou que sua conduta interfira na apuração dos fatos e na própria aplicação da sanção correspondente ao crime praticado. (AVENA, Norberto, 2017, p. 629).

Nessa esteira, vale destacar os direitos dos presos cautelarmente. Aos presos provisórios são aplicadas as mesmas regras dispostas na Lei de Execução Penal, no que couber, como leciona Guilherme de Souza Nucci,

Se o réu é cautelarmente detido (prisão preventiva, prisão em flagrante, prisão para recorrer etc.), antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, ficando recolhido em estabelecimento penitenciário – ainda que separado dos demais presos condenados – deve submeter-se às mesmas regras que regem a execução penal, quando compatíveis com a natureza de sua prisão (art. 2.º, parágrafo único, LEP). (2016, p. 942).

O preso cautelarmente deve ter garantido, ainda, os mesmos direitos e igual assistência material, à saúde, religiosa, jurídica, etc. Para além disso, Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 942) elucida que aos presos provisórios deve ser assegurando, ainda, direitos como a remição, isto é, desconto de dias em que o preso dedicou-se ao trabalho ou estudo a ser aplicado na eventual pena a ele imputada, e direito a progressão de regime. Ademais, o réu preso provisoriamente tem direito a detração, isto é, desconto na pena privativa de liberdade a ele aplicada do tempo em que esteve em prisão cautelar.

Ademais, a Lei de Execução Penal em seu artigo 84 prevê ao preso provisório o direito de ficar separado do preso condenado por sentença transitada em julgado. A referida lei regulamenta, ainda, em seus artigos 101 a 103, o local destinado à privação da liberdade do preso provisório:

Art. 102. A cadeia pública destina-se ao recolhimento de presos provisórios.

Art. 103. Cada comarca terá, pelo menos 1 (uma) cadeia pública a fim de resguardar o interesse da Administração da Justiça Criminal e a permanência do preso em local próximo ao seu meio social e familiar.

Art. 104. O estabelecimento de que trata este Capítulo será instalado próximo de centro urbano, observando-se na construção as exigências mínimas referidas no artigo 88 e seu parágrafo único desta Lei.

Ocorre que, apesar de haver previsão legal para manutenção dos presos provisórios em cadeias públicas e separados daqueles condenados por sentença transitada em julgado, os réus presos cautelarmente muitas vezes são mantidos em estabelecimentos penitenciários destinados a condenados no regime fechado. Além disso, sendo a prisão provisória aplicada anteriormente à sentença condenatória transitada em julgado, muitas vezes os presos cautelarmente são posteriormente absolvidos.

Partindo desta perspectiva, pode-se inferir que, tendo em vista ser a prisão provisória medida excepcional que não tem como objetivo a punição do indivíduo recolhido, a



implementação de medidas penais alternativas tais como a prisão domiciliar revela-se como solução aos problemas enfrentados pelas mulheres gestantes e mães de crianças presas provisoriamente.

4 A DECISÃO DO STF NO HC 143.641 E OS IMPACTOS NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

No ano de 2018 foi julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal o Habeas Corpus 143.641, provocado inicialmente por membros do Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos (sendo mais tarde reconhecida a legitimidade da Defensoria Pública da União para a impetração e admitindo os demais impetrantes como *amicus curiae*), mediante o qual foi postulada a revogação das prisões preventivas decretadas contra as gestantes, puérperas e mães de crianças, ou a substituição por prisão domiciliar.

Frisa-se que o HC 143.641 teve como Paciente “Todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças”.

Quando da referida postulação, foi suscitado o tratamento desumano, cruel e degradante a que estariam expostas as mulheres grávidas encarceradas por meio da prisão preventiva, vez que a precariedade, dificuldade (ou impossibilidade) de acesso aos programas de saúde pré-natal, assistência regular na gestação e pós-parto, bem como a privação de condições adequadas para o desenvolvimento das crianças (como a falta de berçários e centro materno-infantis) violam as disposições presentes na Carta Magna relacionadas a individualização da pena, vedação de penas cruéis, além do respeito à integridade física e moral da presa.

Ainda, foi ressaltado que muitas das pessoas presas preventivamente são posteriormente absolvidas, e que, nesse sentido, as violações aos direitos dessas gestantes e de suas crianças poderiam ser evitadas. Ademais, não se olvidou da “cortina” de seletividade e discriminação às quais estão submetidas as mulheres pobres e seus familiares pela política criminal brasileira.

Nesse sentido, o *habeas corpus* consubstanciou-se como meio de enfatizar, principalmente no que concerne ao suporte às mulheres grávidas e às mães, a precariedade do sistema carcerário brasileiro, desprovido de condições mínimas de assistência às pessoas nessas condições.



Como exemplo dos obstáculos enfrentados no acesso ao pré-natal em âmbito nacional, foi utilizado o caso de Alyne da Silva Pimentel, mulher pobre, moradora da Baixada Fluminense (RJ), que em 2002 morreu no seu sexto mês de gestação, pela má- prestação (para não dizer descaso) do serviço público de saúde. O caso foi submetido à Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (Cedaw), órgão ligado à Organização das Nações Unidas (ONU), que veio a responsabilizar o Estado brasileiro pelo não cumprimento de seu papel de prestação de atendimento médico adequado, considerando ainda que a ausência de assistência nesses casos configura discriminação (BRASIL, 2013).

Se a assistência às gestantes no âmbito nacional apresenta-se nesta situação, em se tratando do sistema carcerário toma proporções ainda maiores no que concerne à precariedade.

Por oportuno, restou enfatizado no referido *habeas corpus* que, embora seja previsto legalmente a necessidade de instalações para atendimento às gestantes e suas crianças nos estabelecimentos penais, na prática essa determinação vem sendo violada.

Ante o exposto, vislumbra-se que as garantias individuais dessas mulheres, como o direito à vida, integridade e liberdade individual, não podem ser mitigados pelo direito estatal de punir.

Assim, o voto do ministro relator Ricardo Lewandowski foi no sentido de concessão da ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar a todas as gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, enquanto subsistir tal condição, excetuando-se os casos de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça, contra os descendentes ou situações excepcionalíssimas (que deverão ser fundamentadas pelos magistrados que negarem o benefício). Ainda, permitiu-se que, ao entender pela inviabilidade da prisão domiciliar no caso concreto, o juiz pudesse realizar a substituição pelas medidas alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal. Observe-se parte da ementa da decisão:

HABEAS CORPUS COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DOUTRINA BRASILEIRA DO HABEAS CORPUS. MÁXIMA EFETIVIDADE DO WRIT. MÃES E GESTANTES PRESAS. (...) APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016. MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA. PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INADMISSIBILIDADE. PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉ- NATAL E PÓS-PARTO. FALTA DE BERÇARIOS E CRECHES. ADPF 347 MC/DF. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO. DETENÇÕES CAUTELARES DECRETADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL. INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS ENCARCERADAS. OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E



DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. REGRAS DE BANGKOK. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. APLICAÇÃO À ESPÉCIE. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO (...)³.

Em uma primeira análise, tal decisão teria vindo com o objetivo de trazer efeitos significativos para o sistema prisional brasileiro, tanto no que tange aos impactos na diminuição de superlotações no âmbito do cárcere, quanto à garantia do acesso à justiça a essas mulheres que, com a determinação do STF não teriam a necessidade de postular mediante advogados a substituição da pena, ou mesmo no tocante à garantia dos direitos das mulheres grávidas e/ou mães e de seus filhos, submetidos ao descaso que o encarceramento oferece.

O *habeas corpus* tratou de discutir e pontuar questões relacionadas à dignidade da pessoa humana, a necessidade de superação da cultura do encarceramento no Brasil, das injustiças às quais as crianças filhas das presas são submetidas, sofrendo as consequências dos erros das mães e sendo penalizadas juntamente a elas, em detrimento do princípio da intranscendência da pena.

De pronto, tal decisão foi acertada e vista como um avanço, contudo, em uma análise mais aprofundada veremos que a determinação do STF não teve a abrangência que deveria, deixando aberturas para interpretações diferenciadas e, conseqüentemente, não aplicação da medida em muitos casos.

5 A DIFICULDADE DE EFETIVIDADE DO HABEAS CORPUS NO PAÍS E A RESISTÊNCIA DOS TRIBUNAIS EM IMPLANTAR

O *habeas corpus* enfatizou a alteração dada pela Lei nº 13.257, que já havia em 2016 incrementado ao Código de Processo Penal a possibilidade de substituição de prisão preventiva pela domiciliar também para as mulheres gestantes e com filhos de até 12 (doze) anos incompletos.

Mesmo com a referida alteração, grande parte dos pedidos estariam sendo indeferidos com fulcro na gravidade do delito praticado pelas mulheres, o que foi criticado pelos impetrantes, que alegaram serem tais justificativas carentes de consistência, vez que a gravidade do delito não poderia ser motivo para a manutenção da prisão.

Apesar de apresentar concordância com os dados presentes na exordial, bem como

³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus** 143641. T2. Min. Ricardo Lewandowski, j. 20/02/2018. DJ 09-10-2018.



com as questões relacionadas à precariedade do sistema prisional e acesso à justiça dessas mulheres encarceradas, o voto do ministro relator veio como um disfarce, concedendo direitos ao mesmo tempo em que impunha limitações à conquista do benefício.

O STF não se furtou de concordar com as estatísticas espantosas trazidas no *habeas corpus*, nem de sustentar a necessidade de aplicação dos direitos das presas gestantes e mães, mas deixou de considerar o princípio da isonomia.

A verdade é que a decisão deixou brechas para a sua não aplicação quando excetua as situações de violência e grave ameaça (que, ressalta-se, é de boa parte dos casos) e situações “excepcionalíssimas” a serem fundamentadas pelos magistrados.

Cumprir destacar que o HC teve como base justamente a necessidade de efetivação da alteração promovida pela Lei nº 13.257/16, que vinha tendo aplicação muito restrita nos Tribunais, contudo, ao que parece, mesmo com a posição favorável do STF à mudança de regime, os resultados continuam insatisfatórios.

Nesse sentido, entende-se que a decisão da Segunda Turma não foi tão abrangente quanto deveria e pecou ao abrir margem para a discricionariedade dos magistrados de forma “fundamentada”.

Com efeito, na decisão foram apresentados dados estatísticos que demonstram que mais da metade das mulheres estão presas por crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes, os quais, no geral, não envolvem violência nem grave ameaça, e acometem a parcela mais vulnerável da população, a maioria sendo mulheres, chamadas comumente de “mulas de tráfico”. Ainda, não deixa de ser mencionado que nestes casos a prisão preventiva se mostra desnecessária, haja vista a prisão domiciliar pode obstar a reiteração criminosa se houver devida fiscalização.

Contudo, não é de surpreender que após a publicação da decisão do HC e a abertura do prazo de 60 dias para a aplicação das concessões das substituições de prisão preventiva para domiciliar, grande parte dos Tribunais têm negado a concessão sob “fundamentos” variados, enquadrando tudo aquilo que não se encaixa como crime praticado com violência ou grave ameaça ou contra descendentes em situações excepcionalíssimas.

Mesmo com o pronunciamento expresso da Suprema Corte sobre essas situações, a acusação de crimes referentes a drogas tem sido um dos motivos para a não aplicação da prisão domiciliar, utilizando-se como fundamento a gravidade do delito e a suposta incompatibilidade com a maternidade (até em casos em que os atos praticados estão relacionados a meios de adquirir a subsistência da família). Além do mais, o fato de haver reincidência, não existência de endereço fixo e até mesmo o desemprego têm sido utilizados



como justificativas para impedir que essas mulheres consigam a obtenção do benefício.

Os magistrados parecem não estar levando em consideração a vulnerabilidade social em que se encontram essas mulheres e o motivo ensejador dessa decisão, qual seja, o acesso à justiça a determinado grupo social selecionado pela política criminal brasileira que adota o encarceramento como primazia em detrimento dos direitos individuais.

Outro ponto a ser destacado é que a decisão do STF determinou a análise pelos magistrados de ofício quanto à possibilidade de concessão da substituição, contudo, tem-se havido uma resistência muito grande dos juízes tanto para proceder com a concessão de ofício quanto para um posicionamento positivo acerca dessa concessão, pois o conjunto de fatores presentes na decisão, como a condição do estabelecimento penal de assistência a essas mulheres e seus filhos não estão sendo examinadas. O fator que tem sido precípua e, de logo, caracterizador das decisões, é a gravidade do delito.

Nesse sentido, muitas das mulheres que têm conquistado o benefício o fizeram por meio de advogados, o que se percebe contraditório com o objetivo da decisão do Supremo. Após o prazo estipulado para o exame dos casos, vê-se que pouquíssimas presas conquistaram a substituição de pena, a quantidade de presas que conquistaram a substituição é ínfimo em relação às que estão encarceradas nas condições que o HC menciona.

O Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) realizou levantamentos acerca dessa situação e, conforme informado, mais de 10.500 mulheres presas à época estariam aptas a atender aos critérios do habeas corpus para a concessão da prisão domiciliar. Contudo, muitas foram as fontes que informaram que a quantidade de mulheres que conseguiram o benefício estaria muito inferior ao que era esperado. Quando do vencimento do prazo de 60 dias estabelecido para a implementação da medida pelos tribunais, o DEPEN enviou ofício ao STF informando o escasso número de presas que conquistaram a prisão domiciliar: 426 dentre 10.500 mulheres que estariam nas condições delineados pelo *habeas corpus*.

O Ministro Ricardo Lewandowski já se manifestou cobrando a aplicação da decisão e aclarando questões que estariam sendo utilizadas como meio de justificar a negativa do benefício, como, por exemplo, deixando claro que o fato de a gestante ou mãe ter sido presa por conta do envolvimento no tráfico de drogas não configura motivo para esta negativa.

O fato é que, mesmo com o avanço que a decisão da Segunda Turma nos mostra em favor da tentativa de superação da cultura do encarceramento no Brasil, ainda há muito que se buscar, a começar pela diminuição da resistência dos magistrados para a efetivação das medidas.



6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, conclui-se que o Brasil vive a cultura do encarceramento, mediante a qual o poder punitivo do Estado encontra-se acima de prerrogativas essenciais à dignidade da pessoa humana. Tal afirmativa encontra-se evidentemente ratificada pelas inúmeras violações de direitos sofridas pelas mulheres gestantes, puérperas e mães de crianças encarceradas no Brasil. Consoante dados elencados no presente artigo, tem-se que a legislação pátria tutela direitos que, em tese, permitiriam condições dignas às mulheres encarceradas e, como consequência, aos seus filhos. Todavia, a realidade dos estabelecimentos penais brasileiros evidencia a ausência de medidas que efetivem os direitos estabelecidos.

O encarceramento das mulheres, nesse contexto, reflete riscos à saúde de seus filhos que, por um lado, possuem o direito de permanência com suas mães no ambiente prisional e, por outro, crescem em um espaço sem qualquer adaptação às suas necessidades enquanto seres em desenvolvimento.

Nesse sentido, ficou comprovado que a aplicação de sanções penais alternativas como a prisão domiciliar para presas provisórias gestantes e mães de crianças consiste na medida mais adequada às necessidades das mães e crianças, evitando as dificuldades enfrentadas no sistema prisional.

Diante disso, observou-se que a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, que decidiu no HC nº 143.641 pela revogação da prisão preventiva das mulheres gestantes, puérperas e mães de filhos menores de 12 anos ou substituição por prisão domiciliar demonstrou avanço na jurisprudência a respeito da temática. Por outro ponto, constatou-se a resistência dos julgadores em aplicar a decisão, o que revela a dificuldade em sua efetivação.

Destarte, pode-se dilucidar que o referido Habeas Corpus coletivo e a acertada decisão do STF são reflexos da maior evidência concedida ao encarceramento feminino e aos problemas vivenciados pelas gestantes, mães e crianças que convivem com o cárcere. Nesse sentido, tornou-se claro que a manutenção de mulheres e crianças em um ambiente que perpetua violações de direitos imprescindíveis não consiste na melhor solução para as mulheres presas provisoriamente. Contudo, é importante frisar que ainda resta um extenso caminho a percorrer na garantia dos direitos de tais mulheres, por meio da implementação da decisão através dos tribunais, bem como de políticas públicas e medidas que garantam a efetividade dos direitos estabelecidos na lei.

REFERÊNCIAS

.....



APESAR de decisão do Supremo, DF ainda tem 106 mães encarceradas. **Brasil de Fato**. Brasília, 2018. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2018/05/11/apesar-de-decisao-do-supremo-df-ainda-tem-106-maes-encarceradas/>>. Acesso em 18 jun. 2019.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro **Processo penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2017.

BRASIL. **Senado Federal**. Entenda o caso Alyne. Brasília, 2013. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/11/14/entenda-o-caso-alyne>>. Acesso em 18 jun. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Regras de Bangkok**. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>>. Acesso em: 18 jun.2019.

CUNHA, Isabela. **SELETIVIDADE PENAL: Por que, mesmo depois de um Habeas Corpus coletivo, ainda há mulheres presas com seus filhos no Brasil?**. [S.l], 2019. Disponível em <<https://diplomatie.org.br/79830-2/>>. Acesso em 18 jun. 2019.

INFOPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN Mulheres**. 2. ed. Brasília, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em 18 jun. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.



ANALYSIS OF THE COLABTIVE HABEAS CORPUS NUMBER 143.641: THE VIOLATION OF THE RIGHTS OF THE JAILED MOTHERS AND LIMITATIONS FOUND FOR THE EFFECTIVENESS OF THE DECISION

ABSTRACT

There is in Brazil, currently, the culture of incarceration. The Government is concerned with punishing, even if it means disregarding certain individual guarantees. In this context there is a need to discuss the situation of a specific part of the population, which has been more closely watched in recent years: pregnant women, mothers and their children who live under the effects of prison. Due to this fact, the Supreme Federal Court was eventually provoked with the impetration of Habeas Corpus 143.641 and decided to grant the benefit of replacement of preventive prisons by the domicile one of these people. However, a more in-depth analysis of the motives, consequences, and effectiveness of such a measure seems to be humanized at first, but it is perceived as a means of demonstrating that Brazilian Court is not capable of detaching itself from the conservatism that culture of incarceration lived here demonstrates.

Keywords: Rigths. Incarceration. Pregnant women.

