



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O IMPACTO DO *HABEAS CORPUS* COLETIVO Nº 143.641/SP NO APRISIONAMENTO
FEMININO

Lilian Carvalho Ferreira Fonseca

Rio de Janeiro
2019

LILIAN CARVALHO FERREIRA FONSECA

O IMPACTO DO *HABEAS CORPUS* COLETIVO Nº 143.641/SP NO APRISIONAMENTO
FEMININO

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

O IMPACTO DO *HABEAS CORPUS* COLETIVO Nº 143.641/SP NO APRISIONAMENTO FEMININO

Lilian Carvalho Ferreira Fonseca

Graduada pela Universidade do Grande Rio – UNIGRANRIO.

Resumo – Neste artigo é proposta uma análise sobre o impacto do Habeas Corpus coletivo nº 143.641/SP do STF, que trata da substituição da prisão preventiva pela domiciliar para todas as mulheres presas grávidas e mães de crianças de até doze anos de idade. Busca-se apresentar um panorama sobre os direitos fundamentais das mulheres grávidas e mães com bebês que estão presas e são violados pelo próprio Poder Público. Apesar da vasta legislação nacional e internacional acerca do tema, as regras previstas carecem de efetividade prática. O Habeas Corpus nº 143.641/SP julgado pelo Supremo Tribunal Federal reconheceu que a Proteção Integral deve ser o norte do magistrado ao analisar casos relacionados ao melhor interesse da criança, no entanto, através de decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, verifica-se uma divisão na aplicação do referido precedente, alguns concedendo a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, outros não. Conclui-se que a efetivação dos direitos fundamentais das mulheres presas ainda tem um longo caminho a ser percorrido.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direitos Processual Penal. Direitos fundamentais. Prisão. Habeas Corpus. Gestante. Mãe. Criança. Proteção integral.

Sumário – Introdução. 1. Aprisionamento feminino face as leis existentes. 2. Interesses preponderantes para a concessão da liberdade às mães presas. 3. Impacto no aprisionamento feminino após o julgamento do Habeas Corpus coletivo nº 143.641/SP. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Objetiva-se discutir neste artigo o impacto da concessão do Habeas Corpus Coletivo nº 143.641 no aprisionamento feminino, tendo em vista que o referido remédio constitucional visa garantir a escorreita aplicação da Constituição da República, do Marco Legal da Primeira Infância e das Regras de Bangkok, com a imediata efetivação dos direitos das detentas e da preservação do melhor interesse dos menores, revertendo o cenário atual dos milhares de mulheres presas preventivamente nos cárceres brasileiros.

Apesar da existência de direitos já consagrados em âmbito constitucional, infraconstitucional e internacional, há pouca efetividade prática sobre a questão da maternidade na prisão e seus desdobramentos em relação aos direitos da criança.

O trabalho enfoca a decisão do STF no Habeas Corpus Coletivo nº 143.641 e seu impacto no aprisionamento feminino em razão de um reiterado descumprimento de regras constitucionais e legais referentes aos direitos das mulheres presas gestantes/mães e de seus

filhos. A referida decisão agiu como um reforço para o cumprimento derradeiro do mandamento constitucional da excepcionalidade da prisão, que tem sido tão negligenciado, da dignidade da pessoa humana e do importantíssimo princípio do melhor interesse da criança.

Inicia-se o primeiro capítulo analisando o cenário do encarceramento feminino, examinando as normas existentes no ordenamento jurídico brasileiro e internacional sobre os direitos da mulher, grávida ou mãe, que se encontra encarcerada e abordando os motivos que levaram a impetração do Habeas Corpus Coletivo nº 143.641.

No segundo capítulo será analisado como deve ser feita a ponderação dos interesses para a efetivação da decisão proferida pelo STF no Habeas Corpus Coletivo nº 143.641 para que não seja negligenciada a máxima da excepcionalidade da prisão em cumprimento ao mandamento constitucional.

O terceiro capítulo discorre a respeito do impacto do Habeas Corpus Coletivo nº 143.641 do STF na situação das mulheres presas, grávidas ou mães, visando demonstrar o (in)efetivo cumprimento pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Diante da abordagem apresentada, é inegável a importância do Habeas Corpus Coletivo nº 143.641 julgado pelo STF, pois, a ordem emanada pelo Supremo produz um verdadeiro impacto na situação das mulheres, gestantes e mães, que se encontram no sistema penitenciário nacional cumprindo prisão cautelar. Os Tribunais do país bem como o Sistema Penitenciário Nacional deverão tomar as providências necessárias para o efetivo cumprimento da referida decisão.

Dessa forma, a decisão do Supremo Tribunal Federal vem de uma forma concreta atribuir efetividade aos direitos fundamentais das mulheres presas, gestante ou mães, e aos seus filhos.

A pesquisa que se pretende apresentar seguirá a metodologia qualitativa, através de bibliografia sobre o tema, tais como legislação, doutrina, artigos científicos e jurisprudência, e a metodologia quantitativa, devido aos números apresentados.

1. NORMAS EXISTENTES SOBRE OS DIREITOS DA MULHER PRESA (GRÁVIDA/MÃE) E OS MOTIVOS QUE LEVARAM A IMPETRAÇÃO DO *HABEAS CORPUS* COLETIVO Nº 143.641

A realidade da maternidade e da infância atrás dos muros de uma cadeia no Brasil em nada se parece com a realidade das mulheres que estão livres na sociedade ou, ainda, com a

realidade que as leis tentam impor. Milhares de mulheres e crianças vivenciam a maternidade e a infância atrás das grades, tendo diferentes consequências na saúde mental e física diante da extrema vulnerabilidade, sem o devido respeito aos seus direitos fundamentais.

A Constituição da República Federativa do Brasil¹ promulgada em 1988 trouxe uma excelente inovação ao elevar o patamar das crianças e mulheres à condição de sujeitos de direitos, que eram discriminadas inclusive na forma jurídica.

A Carta Magna dispõe que a mulher que esteja sofrendo privação de sua liberdade não poderá cumprir sua pena juntos com os homens, e sim em estabelecimento distinto (art. 5º, inciso XLVIII); trata sobre o direito a amamentação (art. 5º, inciso L); dá proteção à infância como um direito social (art. 6º) e, ainda, prevê que é dever da família, da sociedade e do Estado a garantia dos direitos da criança (art. 227).²

Além das disposições constantes na lei máxima do ordenamento jurídico brasileiro, há também a norma supralegal conhecida como Regras Mínimas da ONU para o Tratamento de Mulheres Presas de 2010 ou “Regras de Bangkok”³, que traz grande impacto sobre o direito das presas. Essa norma considera as necessidades específicas de cada mulher, trazendo regra específica para a mulher grávida ou com filho dependente, determinando que devem ser priorizadas as penas não privativas de liberdade nesses casos, se o crime não foi cometido com violência ou se a mulher não apresentar algum tipo de ameaça.

Na legislação brasileira infraconstitucional há também a Lei de Execuções Penais⁴, que prevê direitos e garantias para as presas gestantes, e o Estatuto da Criança e do Adolescente⁵ que prega o princípio do melhor interesse da criança, reforçando a necessidade do aleitamento materno.

Deve-se destacar também a Lei nº 13.257/2016, denominada “Novo Marco Legal da Primeira Infância”⁶, que trouxe nova redação ao art. 318 do Código de Processo Penal⁷, quando o juiz poderá substituir a prisão preventiva por domiciliar quando a mulher for gestante ou mãe

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 jun. 2019.

²Ibidem.

³ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. *Regras de Bangkok*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

⁴BRASIL. *Lei de Execuções Penais*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 06 jun. 2019.

⁵BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 06 jun. 2019.

⁶BRASIL. *Lei nº 13257 de 08 de março de 2016*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm>. Acesso em: 06 jun. 2019.

⁷BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 06 jun. 2019.

de criança com até 12 anos de idade. No entanto, essa lei não teve a repercussão desejada, pois a maioria dos pedidos de conversão feitos por essas mulheres são indeferidos, utilizando-se como fundamento para tal negativa a gravidade do crime e a não comprovação de que o estabelecimento prisional não tem as condições necessárias para atender as suas necessidades.

A fundamentação dos magistrados para a negativa desses pedidos é sempre objeto de recurso, tendo em vista que a gravidade do crime, por si só, não pode ser motivo para a manutenção da prisão, e, ainda, a necessidade de comprovação da precariedade do sistema penitenciário brasileiro chega a ser esdrúxula, tendo em vista a sua notoriedade.

Apesar da existência de uma variedade de leis que visam a proteção da mulher presa (gestante/mãe) e de seus filhos, o sistema penitenciário brasileiro depende de políticas públicas para que essas leis sejam efetivamente cumpridas, para que suas disposições não sejam aplicadas somente a casos pontuais ou apenas as mulheres que dispõe de condições financeiras para buscar seus direitos.

As instalações penitenciárias foram historicamente construídas somente para atender ao sexo masculino. Essa inadequação estrutural ainda persiste nos dias de hoje, pois o desenvolvimento de políticas públicas não acompanhou e ainda não acompanha o crescimento do país.

A despeito de existirem algumas unidades penitenciárias exclusivamente para mulheres, o Poder Público ainda não foi capaz de adequar, com perspectiva às necessidades femininas, uma política prisional que priorize o convívio das mães que se encontram presas e seus filhos menores de 18 anos.

A vulnerabilidade da mulher aumenta quando além de ser colocada no cárcere, está grávida. Nessa situação, seus direitos fundamentais e básicos previstos na CRFB/88⁸ são ignorados, não possuindo o devido amparo para a chegada de seu filho ao mundo, o qual também tem seus direitos cerceados.

A falta de acesso à justiça, consubstanciada pela falta de informações, é um entrave para a garantia dos direitos previstos para as mulheres grávidas/lactantes/mães de filhos menores de 12 anos. De acordo com a legislação vigente sobre o tema, a liberdade provisória deve ser a exceção e não a regra, no entanto, as medidas cautelares de prisão domiciliar dificilmente são aplicadas, dando azo a cultura do encarceramento.

Como ressaltou o Marco da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016)⁹ ao estabelecer a prisão domiciliar nos casos de presas gestantes/mães, as políticas criminal e prisional devem

⁸BRASIL. op. cit., nota 1.

⁹BRASIL. op. cit., nota 9.

ser entendidas de forma ampla de maneira a levar em conta as particularidades de cada mulher que passe a integrar o sistema de justiça criminal do país, mormente quando há uma criança envolvida.

No entanto, não só o Marco da Primeira Infância, mas também todas as outras normas de proteção à mulher presa que é gestante ou mãe não são respeitadas pela maioria dos estados brasileiros. A maioria das regras são descumpridas, negadas ou estipuladas conforme a arbitrariedade das autoridades.

Diante desse cenário, percebe-se que embora existam normas favoráveis às mães encarceradas, estas carecem de efetividade, pois, na prática, apesar de muitas terem a possibilidade de aguardar o julgamento em regime domiciliar, a justiça brasileira tem sérias dificuldades em assegurar esse direito, tendo como um dos motivos a cultura do encarceramento cuja regra é a prisão, como já mencionado.

A falsa ideia que se as pessoas forem mantidas encarceradas a sociedade estará mais segura, leva ao esquecimento o custo social que terá esse encarceramento face as relações familiares, com crianças crescendo distantes da mãe, em condições que talvez as levem para a criminalidade, como um círculo vicioso, um ciclo de violência. As decisões judiciais negligenciam as especificidades das mulheres ao deixar de analisar o contexto familiar e cultural.¹⁰

Diante do reiterado descumprimento das leis existentes em favor das mulheres presas (gestantes/mães), em maio do ano de 2017 o Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos (CADHu) impetrou no Supremo Tribunal Federal o Habeas Corpus coletivo nº 143.641¹¹, objeto do presente artigo.

O referido Habeas Corpus impetrado pelo CADHu sucedeu o Habeas Corpus nº 151.057¹², que foi concedido no mês de março do mesmo ano a ex-primeira-dama do estado do Rio de Janeiro, Adriana Ancelmo. A decisão de concessão teve como justificativa a existência de dois filhos menores de 12 anos e que estavam sem o cuidado tanto da mãe quanto do pai, já que o ex-governador, Sérgio Cabral, também estava preso.

¹⁰CUNHA, Fernanda. *Além das grades uma leitura do sistema prisional feminino*. Disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/2017/07/15/alem-das-grades-uma-leitura-do-sistema-prisional-feminino-no-br_a_23030605/>. Acesso em: 06 jun. 2019.

¹¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus Coletivo nº 143.641*. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

¹²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 151.057*. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc151057.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

O Habeas Corpus que converteu a prisão preventiva de Adriana Ancelmo em prisão domiciliar levantou a discussão sobre a impunidade e a situação das mulheres encarceradas, levando-se em consideração que a maioria delas é negra, pobre e sem acesso aos mesmos direitos alcançados pela ex-primeira-dama.

De acordo com relatório divulgado pelo IBCCrim, baseado em dados levantados em 22 estados do país, 4.560 mulheres grávidas ou com filhos de até 12 anos de idade estão presas provisoriamente e, dentre essas, pelo menos 622 mulheres estão grávidas ou amamentando¹³.

Assim, diante do quadro apresentado e com o objetivo de dar verdadeira efetividade às leis que tratavam sobre a proteção das mulheres presas gestantes ou mães de crianças ou filhos com deficiência sob sua guarda, o Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus coletivo nº 143.641/SP¹⁴ concedeu a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar dessas mulheres.

Apesar de a referida determinação ter algumas ressalvas (crime praticado mediante violência ou grave ameaça contra os filhos), serviu como reforço para que sejam respeitados o princípio do melhor interesse da criança, a dignidade da pessoa humana e o mandamento constitucional da excepcionalidade da prisão.

Verifica-se, portanto, que considerando o Habeas Corpus coletivo nº 143.641/SP¹⁵ como marco temporal, antes já eram previstos diversos direitos para as mulheres presas, os quais eram escancaradamente descumpridos e, com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal buscou-se efetivar concretamente esses direitos outrora desrespeitados.

2. INTERESSES PREPONDERANTES PARA A CONCESSÃO DA LIBERDADE ÀS MÃES PRESAS

A decisão proferida no Habeas Corpus coletivo nº 143.641/SP¹⁶, conforme visto no capítulo anterior, determina a aplicação da liberdade provisória às mulheres que possuem filhos de até 12 anos, bem como às gestantes, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações

¹³MONTEIRO, Isaías. *Número de mulheres presas multiplica por oito em 16 anos*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85563-numero-de-mulheres-presas-multiplica-por-oito-em-16-anos>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

¹⁴BRASIL. op. cit., nota 16.

¹⁵Ibidem.

¹⁶Ibidem.

excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.

O habeas corpus em questão visa principalmente a proteção das crianças e adolescentes, para que não corra a separação precoce de mãe e filho, evitando, assim, consequências físicas e psicológicas consideradas nocivas. Percebe-se de forma cristalina que todo o arcabouço discutido não visa diretamente as mães infratoras, apesar de se beneficiarem de forma direta, mas sim as crianças.

Diante da exceção determinada no Habeas Corpus coletivo nº 143.641/SP¹⁷, verifica-se que os casos que se utilizarão de forma mais efetiva do pedido de liberdade provisória serão os das mulheres que respondem pelo crime de tráfico de drogas. Pois, as mulheres que respondem por pequenos furtos ou outros crimes em que é possível a aplicação do princípio da bagatela, não costumam ficar presas, a menos que sejam reincidentes. E, ainda, está fora de questão, a aplicação da liberdade provisória em razão de ser mãe de criança de até 12 anos ou gestante, caso o crime tenha sido praticado mediante violência ou grave ameaça.

Note-se que ainda temos as “situações excepcionalíssimas” que não será concedida a liberdade provisória e que deverá ser fundamentada pelo juiz que a denegar.

Há casos de mulheres com pouco recursos financeiros, quiçá miseráveis, que se envolvem com o tráfico buscando uma forma de sustento para a família, outras que se envolvem para sustentar o vício ou, ainda, numa situação mais elaborada, envolvendo a traficância de uma forma mais profissional.

Diante de variadas formas de envolvimento da mulher com o crime, bem como dos interesses envolvidos, quais sejam, o melhor interesse da criança e o interesse da sociedade, surge o seguinte questionamento: “Qual será a melhor forma de aplicação da determinação proferida pelo STF, tendo em vista a abertura de certa discricionariedade aos magistrados quando os ministros não determinaram especificamente quais seriam as situações excepcionalíssimas? ”

Quando ocorrem situações dentro da normalidade do tipo, é mais simples cumprir as determinações do STF. Exemplificando situações típicas para concessão da liberdade provisória: 1) se uma gestante for presa em flagrante por furto de uma banana na feira, por óbvio responderá ao processo em liberdade; 2) se uma mulher for presa em flagrante portando 500 gramas de cocaína para fins de traficância, caso não seja reincidente, também “poderá” responder ao processo em liberdade; caso esta mulher tenha um filho de 05 anos de idade, o

¹⁷Ibidem.

verbo “poderá” deve ser substituído por “deverá”, respeitando as determinações oriundas da decisão do STF.

Entretanto, quando há uma situação fora da normalidade para o tipo, a discricionariedade deve ser pautada pela razoabilidade e proporcionalidade. Como exemplo, pode ser citado o caso que uma gestante participou de um roubo ou, ainda, de um homicídio. Nos crimes praticados mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, a princípio não pode ser aplicada a liberdade provisória, devendo ser devidamente fundamentada pelo magistrado em caso de concessão.

Quando o julgador expressou em sua decisão “situações excepcionalíssimas” não especificou o que seria, trazendo um grande problema para a efetivação dos direitos femininos das encarceradas. Não é uma norma de aplicação objetiva e determinada, dependendo do juízo de valor do magistrado e, assim, voltamos a cultura do encarceramento.

O art. 227, caput, da CRFB/88¹⁸, visando a proteção da criança, elencou múltiplos direitos que devem ser proporcionados pela família, sociedade e estado, tendo adotado o Princípio da Primazia do Interesse da Criança, conforme se pode observar:

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O Habeas Corpus coletivo nº 143.641/SP¹⁹ alinhado ao art. 227, caput, da CRFB/88²⁰, evidencia que deve ser resguardado pelo estado e pela sociedade a primazia do melhor interesse da criança, atendendo, também, o princípio da intranscendência da pena, pois, a prisão alcança não somente aquela mulher que está sendo acusada pela prática de determinado crime, mas também a todos aqueles que a cercam, principalmente seus filhos.

No entanto, surge ainda um sério problema para efetivar a ordem do STF quando o magistrado se depara com situações excepcionais em casos que o princípio do melhor interesse da criança é confrontado com o interesse da sociedade.

O interesse da sociedade pode ser determinado como a manutenção da ordem pública. Entende-se por ordem pública a paz e a tranquilidade no meio social, trata-se de um conceito jurídico indeterminado, mas que, basicamente, significa que há indícios de que o imputado voltará a delinquir se permanecer em liberdade. Desse modo, a mulher envolta pela vida do

¹⁸BRASIL. op. cit., nota 1.

¹⁹BRASIL. op. cit., nota 16.

²⁰BRASIL. op. cit., nota 1.

crime acaba por abalar essa paz social, o que justifica a restrição da sua liberdade de maneira cautelar.

Quando há um embate entre o melhor interesse da criança e a sociedade, deve-se prevalecer o bom senso para a resolução da questão, utilizando da velha máxima da proporcionalidade e razoabilidade, já citada.

O magistrado deve analisar, de acordo com o caso concreto, se o bom senso exige que se aplique a liberdade provisória ou que se mantenha a prisão cautelar. As peculiaridades do caso são essenciais para uma decisão razoável.

Não se trata de uma medida de aplicação objetiva, deve-se buscar uma averiguação sobre a situação das crianças envolvidas, como por exemplo, se a presença da mãe será negativa ou não para os filhos, tendo em vista a possibilidade de continuar a se dedicar a prática de atividades criminosas, sendo importante a análise sobre a gravidade do crime cometido.

Em suma, excetuadas as condições objetivas já mencionadas para a não concessão, o deferimento da prisão domiciliar às mães/gestantes presas provisoriamente é positivo, a princípio, pois nos casos que envolvem situações excepcionais devem ser ponderados os princípios do melhor interesse da criança e da sociedade, onde o juiz, quando negar, deverá expor todas as peculiaridades do caso.

3. IMPACTO NO APRISIONAMENTO FEMININO APÓS O JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS Nº 143.641/SP

Na decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida no Habeas Corpus coletivo nº 143.641/SP²¹ pela 2ª Turma, foi fixado o prazo de 60 dias para que os tribunais estaduais e federais, analisem e implementem de modo integral as determinações fixadas na decisão, cumpre dessa forma analisar se após o prazo os tribunais passaram a aplicar o entendimento firmado pelo Supremo, bem como de que forma está ocorrendo a ponderação dos interesses pelos magistrados nos casos excepcionais, conforme debatido no 2º capítulo deste artigo. Cabe a ressalva de que a análise se pautará na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

²¹BRASIL. op. cit., nota 16.

Um dos julgados mais recentes do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema foi publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 15/03/2019. No Habeas Corpus nº 106.377/RS²², foi denegada ordem de substituição da prisão preventiva pela domiciliar de uma ré que possuía dois enteados menores de 12 (doze) anos, e um filho adolescente; e que o pai das crianças (seu companheiro) também foi preso no mesmo ato, estando elas sem assistência familiar.

Nos termos do voto do Min. Reynaldo Soares da Fonseca, “embora relevante a argumentação da defesa da paciente, a interpretação do inciso II do art. 318-A, do CPP²³ comporta uma análise sistemática e protetiva das crianças envolvidas (proteção integral e prioritária). No caso, como a traficância ocorre na residência da recorrente, local onde afirmam que enteado menor também reside, e há reiteração da conduta delitativa, não é adequada a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, pois a hipótese viola direito que atinge diretamente os filhos/enteados menores ou dependentes (prejudicados diretos).”

De outro norte, em situação semelhante, o Habeas Corpus nº 486.804/RJ²⁴ trata da decretação da prisão preventiva de uma mãe de uma criança menor de 12 anos em 21/07/2018, pela suposta prática do delito previsto no artigo 33, caput, da Lei de Drogas²⁵. A defesa da acusada impetrou Habeas Corpus perante o tribunal estadual que denegou a ordem fundamentando que estava evidenciado o periculum libertatis, devendo ser mantida a prisão da paciente em razão das suas condições pessoais negativas, evitando-se, assim, que volte a delinquir. Foi interposto recurso ao STJ, e o Habeas Corpus foi concedido não pelo exame do mérito, pois era manifestamente incabível, mas por ordem de ofício, nos termos do art. 654, §2º, do CPP²⁶.

A turma julgadora entendeu que as razões invocadas pelo Juízo de origem foram suficientes para embasar a prisão da acusada, não se verificando o constrangimento apontado pela impetrante, pois a custódia da paciente encontra-se bem fundamentada no art. 312 do Código de Processo Penal²⁷, diante da necessidade de acautelamento, especialmente, da ordem pública, haja vista as circunstâncias em que ocorridos os fatos criminosos.

²²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 106.377/RS*. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/686889772/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-106377-rs-2018-0329899-9/inteiro-teor-686889782>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

²³BRASIL. op. cit., nota 10.

²⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 486804 RJ*. Relator Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/687395685/habeas-corpus-hc-486804-rj-2018-0346321-8/inteiro-teor-687395685>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

²⁵BRASIL. *Lei de Drogas*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20042006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 06 jun. 2019.

²⁶BRASIL. op. cit., nota 10.

²⁷Ibidem.

No entanto, com relação à Lei da Primeira e Infância e o art. 318 do CPP²⁸, foi falado que cumpre averiguar, à luz das condicionantes fixadas pelo STF no Habeas Corpus coletivo nº 143.641/SP²⁹, se está presente qualquer das exceções que impeçam a concessão da prisão domiciliar ou, subsidiariamente, a substituição da cautelar de prisão por outras medidas cautelares diversas da prisão. Após verificado que as circunstâncias do caso recomendam o deferimento do benefício, com o temperamento daquelas exceções à medida, elencadas na ordem mandamental coletiva, foi concedido o habeas corpus.

No presente caso foi verificado que a paciente é guardiã de uma criança menor de 12 anos, bem como os crimes imputados à paciente não foram cometidos mediante violência ou grave ameaça ou contra seus descendentes, concedendo, assim, o deferimento do benefício. Apesar de evidentes os motivos aptos para justificar a prisão preventiva, não se encaixaria em situação excepcionalíssima que justificasse a não aplicação do decidido pelo STF no julgamento do Habeas Corpus coletivo nº 143.641/SP³⁰.

Conforme alguns julgados do STJ, como por exemplo os Habeas Corpus: nº 484287/MT³¹ e nº 441903/SP³², pode-se extrair que, infelizmente, os Tribunais de Justiça Estaduais não observam a posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal. Ainda relutam em conceder a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, prova disto que ainda são inúmeros os casos que sobem ao Superior Tribunal de Justiça.

Posteriormente ao julgamento do precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus coletivo nº 143.641/SP³³, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro analisou diversos pedidos de substituição da prisão preventiva pela domiciliar. No Habeas Corpus nº 002039-38.2018.8.19.0000³⁴, o Desembargador José Roberto Lagranha Távora, denegou o pedido de substituição da prisão preventiva pela domiciliar de uma acusada, presa em flagrante, mãe de uma criança de 2 anos e 11 meses. O magistrado referiu-se ao precedente firmado pelo

²⁸Ibidem.

²⁹BRASIL. op. cit., nota 16.

³⁰Ibidem.

³¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 484287/MT RS*. Relator Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/686383627/habeas-corpus-hc-484287-mt-201803348/inteiro-teor-686383637?ref=topic_feed>. Acesso em: 06 jun. 2019.

³²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 441903/SP*. Relator Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/684609820/habeas-corpus-hc-441903-sp-2018-0065176-4/inteiro-teor-684609893?ref=amp>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

³³BRASIL. op. cit., nota 16.

³⁴BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Habeas Corpus nº 0009629-66.2018.8.19.0000*. Relator Desembargador José Roberto Lagranha Távora. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201805901868>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

Supremo Tribunal, mas ao fundamentar a decisão denegatória afirmou que a réu não trouxe aos autos comprovação suficiente de sua imprescindibilidade aos cuidados da filha.

No entanto, a decisão do STF estabeleceu claros critérios e restrições para a aplicação da prisão domiciliar a presas grávidas ou mães de crianças e nada informou acerca da imprescindibilidade, conclui-se, então, que ou não há tal critério ou este já se presume pelo fato de ser mãe. Em vista disso, não se poderia mais denegar o benefício por considerar que a mãe não se faz necessária para os cuidados do filho.

No Habeas Corpus nº 0009629-66.2018.8.19.0000³⁵, tendo como Relator o Desembargador Carlos Eduardo Roboredo, foi aplicada a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar a despeito da aguda gravidade do fato criminoso, impõe observância das diretrizes estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus coletivo nº 143.641/SP³⁶, levando em consideração a advertência do STJ no sentido de ser “descabida a discussão acerca de necessidade dos cuidados maternos à criança, pois a condição é legalmente presumida, de acordo com precedentes”.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro tem aplicado o entendimento da substituição da prisão preventiva pela domiciliar com base no interesse superior da criança, porém, o número de não concessões é maior.

A problemática nesta questão é que a concessão da prisão domiciliar para as mães/gestantes, mesmo passando a ser regra, não pode se dar de forma automática somente pelo fato de ser gestante ou mãe de criança por não se tratar de um direito absoluto e irrestrito, devendo ser analisado o caso concreto e a possível existência de outros motivos que possam justificar a manutenção da prisão preventiva, como, por exemplo, a periculosidade real e extrema da indiciada ou ré, devendo tais circunstâncias pessoais que impeçam a concessão do benefício serem devidamente fundamentadas.

No entanto, conforme os julgados colacionados têm-se verificado que os magistrados mesmo em casos específicos em que o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, ainda fundamentam a manutenção da cautelar com base na periculosidade do agente ou na não existência de que é imprescindível para a criança os cuidados maternos. O que vai contra as recomendações do STF feitas no julgamento do habeas corpus que diz “se o juiz entender que a prisão domiciliar se mostra inviável ou inadequada em determinadas situações,

³⁵BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Habeas Corpus nº 002039-38.2018.8.19.0000*. Relator Desembargador Carlos Eduardo Roboredo. Disponível em: < <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201805904784> >. Acesso em: 06 jun. 2019.

³⁶BRASIL. op.cit., nota 16.

poderá substituí-la por medidas alternativas arroladas no já mencionado art. 319 do CPP³⁷”. E nos casos em que a acusada for reincidente ou a depender do caso concreto deve o juiz ao decidir se pautar sempre nos princípios constitucionais e da primazia do interesse da criança.

Fundamentar a decisão como excepcionalíssima para não aplicação da substituição ignorando os direitos da criança que também é atingida por aquela decisão é inconstitucional e ilegal.

Foram noticiados nos autos do Habeas Corpus coletivo nº 143.641/SP³⁸ depois da decisão de concessão, diversos casos individuais relatando o não cumprimento da referida decisão em diversos tribunais do país. O ministro do STF, Ricardo Lewandowski, ao analisar os mencionados fatos, considerou que muitos traziam questões interessantes e que poderiam alcançar a coletividade, pois poderiam dar maior concretude ao acórdão em questão.

A determinados casos dentro dos fatos noticiados e analisados pelo ministro Lewandowski, foram concedidos habeas corpus de ofício, sendo firmado o posicionamento adotado pelo STF.

Dentre eles, é possível citar o caso em que a mulher (mãe) foi presa em flagrante entrando com substâncias entorpecentes no estabelecimento prisional, entendendo o STF que a referida situação não pode ser considerada como óbice à concessão da prisão domiciliar, não configurando excepcionalidade a justificar a manutenção da prisão. De acordo com o ministro, não encontra amparo legal a negativa em conceder a prisão domiciliar a essa mãe sob a justificativa de que essa conduta colocaria a sua prole em risco, se distanciando das razões utilizadas como fundamento para a concessão do habeas corpus coletivo.

No caso supracitado, não haveria razões para suspeitar que a mãe envolvida no tráfico seria irresponsável no exercício da guarda de seus filhos, também não sendo suficiente para não efetivar os direitos garantidos a ela pela legislação. Com isso, nota-se que o STJ adotou um posicionamento contrário, conforme mostrado acima.

Outro caso analisado foi a negativa da aplicação da prisão domiciliar em razão de a mulher ser presa em flagrante traficando dentro de casa. Para o STF também não é justo que a presa e aqueles que dela dependem sejam penalizados por eventual deficiência no dever de fiscalização do estado através de suas forças de segurança e ainda utilizar como argumento para negativa o fato de não ter trabalho formal ou a suspeita de que a presa poderia voltar a praticar o crime de tráfico ao retornar para sua residência.

³⁷BRASIL. op. cit., nota 10.

³⁸BRASIL. op. cit., nota 16.

O Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos relata que a decisão da Segunda Turma do STF vem sendo, de forma alarmante, descumprida pelos magistrados que ao proferir a deixam de reconhecer a excepcionalidade da prisão. O Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) emitiu um relatório informando que no Brasil existem 14.750 mulheres que poderiam ter sua medida cautelar alterada para a prisão domiciliar em razão do habeas corpus coletivo. No Rio de Janeiro, 217 mulheres poderiam ser colocadas em prisão domiciliar, mas apenas 56 receberam o benefício³⁹.

CONCLUSÃO

O presente artigo apresentou as normas previstas no ordenamento pátrio que visam a proteção da mulher presa, especialmente as que estão gestantes e as que são mães, tais como a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Marco Legal da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016), a Lei de Execuções Penais, bem como as normas supralegais, como, por exemplo, as “Regras de Bangkok” e as Regras Mínimas de tratamento de presos.

Toda a normativa apresentada não deve ser considerada apenas como um regramento, mas sim como uma verdadeira ordem de “dever-ser”, pois sua efetividade compromete toda a estrutura do Estado, das famílias, da sociedade como um todo. Ao se buscar recursos necessários para uma maternidade digna alcança-se melhores condições para que as crianças tenham pleno desenvolvimento físico e emocional.

No entanto, embora exista todo um arcabouço legislativo acerca do tema, na prática o que se observa é que as normas garantidoras dos direitos das gestantes/mães presas não são implementadas como deveria pelo Estado. Os direitos dessas mulheres são desrespeitados, sendo encarceradas estando com o filho no ventre ou o Estado o arranca de seu convívio, sem resguardar nem mesmo os direitos da criança.

A população carcerária feminina tem seus direitos humanos violados constantemente mediante as decisões judiciais preferidas pelo Poder Judiciário de forma indiscriminada, avaliando a situação da mulher como mãe e por muitas vezes não respeitando o tempo que a presa deve permanecer acautelada e, assim, tanto mãe quanto filho permanecem desnecessariamente em ambiente insalubre e depois tem a ruptura drástica de seu convívio.

Ao submeter as gestantes/mães e seus filhos de forma indistinta a um cárcere

³⁹BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública - Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/noticias1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016>>. Acesso em: 06 jun.2019.

desequipado, mesmo tendo direito à prisão domiciliar, verifica-se uma violação direta não só à Constituição Federal, mas a toda normativa referente aos Direitos Humanos.

O art. 318 traz de forma expressa a possibilidade de o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando a presa está gestante ou é mãe de criança com até 12 anos ou de pessoa com deficiência. No entanto, o Judiciário mesmo estando abarrotado de processos não aplica as normas de proteção à gestante/mãe presa de forma devida, aplicando penas cautelares que são desproporcionais a gravidade do delito e ignorando o Direito da Criança e do Adolescente.

Em regra, a vítima dessas decisões judiciais indiscriminadas, ignorando as questões de gênero e a situação familiar, são mulheres jovens, negras e pobres que se envolvem com o tráfico de drogas por questões financeiras. O poder público não propicia condições adequadas para um cumprimento de pena mais humanizado, não cumprindo com o seu papel de Estado Democrático de Direito, qual seja, assegurar os direitos individuais, a igualdade, o bem-estar, a saúde, a justiça, etc.

Outrossim, mesmo após anos da promulgação da Constituição Federal, do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como da ratificação das Regras de Bangkok, ainda há muito a ser efetivado em busca da proteção integral da criança e do cumprimento dos direitos da mulher presa.

O julgamento do Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP pelo Supremo Tribunal Federal firmou como precedente a aplicação de ofício pelo magistrado da substituição da prisão preventiva pela domiciliar de presa gestante ou mãe de filho menor de 12 anos ou que possua deficiência, caso o crime não tenha sido cometido com violência.

Entretanto, mesmo após o precedente firmado, ainda são proferidas decisões pelos tribunais do país que denegam a concessão do benefício à gestante/mãe utilizando-se de fundamentos inconstitucionais e estigmatizantes que ignoram os direitos da criança e da mulher, rendendo-se a cultura do encarceramento.

A decisão do Supremo Tribunal Federal atribuiu maior efetividade à tutela dos direitos fundamentais das mães e gestantes e concedeu maior concretude às garantias constitucionalmente asseguradas a seus filhos. No entanto, a empreitada para que os sistemas prisionais femininos sejam adequados para o cumprimento da garantia desses direitos individuais é árdua e é necessário que seja desempenhada pelo poder público com comprometimento e em conformidade com as normas constitucionais, infraconstitucionais e supralegais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del 3689.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del%203689.htm)>. Acesso em: 06 jun. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br /ccivil_03/ Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 06 jun. 2019.

_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS /L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)>. Acesso em: 06 jun. 2019.

_____. *Lei de Drogas*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato 20042006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20042006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 06 jun. 2019.

_____. *Lei de Execuções Penais*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 06 jun. 2019.

_____. *Lei nº 13257 de 08 de março de 2016*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato 2015-2018/2016/Lei/L13257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm)>. Acesso em: 06 jun. 2019.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública - Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 106.377/RS*. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca. Disponível em: <[https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia /686889772/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-106377-rs-2018-0329899-9/inteiro-teor-686889782](https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/686889772/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-106377-rs-2018-0329899-9/inteiro-teor-686889782)>. Acesso em: 06 jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 441903/SP*. Relator Ministro Jorge Mussi. Disponível em: < [https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/684609820/ habeas-corpus-hc-441903-sp-2018-0065176-4/inteiro-teor-684609893?ref=amp](https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/684609820/habeas-corpus-hc-441903-sp-2018-0065176-4/inteiro-teor-684609893?ref=amp)>. Acesso em: 06 jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 484287/MT RS*. Relator Ministro Jorge Mussi. Disponível em: < [https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/686383627/ habeas-corpus-hc-484287-mt-2018-0334813-0/inteiro-teor-686383637?ref=topic_feed](https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/686383627/habeas-corpus-hc-484287-mt-2018-0334813-0/inteiro-teor-686383637?ref=topic_feed)>. Acesso em: 06 jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 486804 RJ*. Relator Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <[https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/687395685 /habeas-corpus-hc-486804-rj-2018-0346321-8/inteiro-teor-687395685](https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/687395685/habeas-corpus-hc-486804-rj-2018-0346321-8/inteiro-teor-687395685)>. Acesso em: 06 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus Coletivo nº 143.641*. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/ noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final 3pdfVoto.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf)>. Acesso em: 06 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 151.057*. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc151057.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Habeas Corpus nº 0009629-66.2018.8.19.0000*. Relator Desembargador José Roberto Lagranha Távora. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201805901868>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Habeas Corpus nº 002039-38.2018.8.19.0000*. Relator Desembargador Carlos Eduardo Roboredo. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201805904784>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

CUNHA, Fernanda. *Além das grades uma leitura do sistema prisional feminino*. Disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/2017/07/15/alem-das-grades-uma-leitura-do-sistema-prisional-feminino-no-br_a_23030605/>. Acesso em: 06 jun. 2019.

LIMA, Elça Mendonça. *Origens da Prisão Feminina no Rio de Janeiro - O Período das Freiras (1942-1955)*. Rio de Janeiro: Ordem dos Advogados do Brasil, 1983.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MONTEIRO, Isaías. *Número de mulheres presas multiplica por oito em 16 anos*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85563-numero-de-mulheres-presas-multiplica-por-oito-em-16-anos>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. *Regras de Bangkok*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2019.