



**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA**

LARISSA GOMES DA SILVA

**MATERNIDADE NO CÁRCERE: UMA ANÁLISE ACERCA DO HABEAS CORPUS
143.641/STF**

CARATINGA - MG

2019



**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA**

LARISSA GOMES DA SILVA

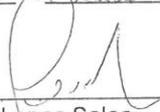
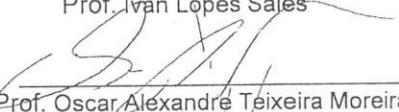
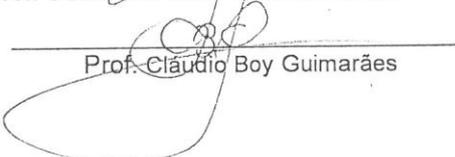
**MATERNIDADE NO CÁRCERE: UMA ANÁLISE ACERCA DO HABEAS CORPUS
143.641/STF.**

Trabalho de Conclusão de Curso desenvolvida pelo 10º período de Direito das Faculdades Doctum de Caratinga, como exigência parcial para aprovação na disciplina Trabalho de Conclusão de Curso II. Sob orientação do professor Ivan Lopes Sales.

Área de Concentração: Direito Penal e Direito Processual Penal.

CARATINGA - MG

2019

	FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA	FORMULÁRIO 9
	TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO	
TERMO DE APROVAÇÃO		
TERMO DE APROVAÇÃO		
<p>O Trabalho de Conclusão de Maternidade no cárcere: Uma análise acerca do Habeas Corpus 143.641/STF elaborado Larissa Gomes da Silva foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de <u>Direito</u> da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de</p>		
<p style="text-align: center;">BACHAREL EM DIREITO.</p>		
<p style="text-align: center;">_____ Caratinga <u>05 de Dezembro</u> 2019</p>		
<p style="text-align: center;"> _____ Prof. Ivan Lopes Sales</p>		
<p style="text-align: center;"> _____ Prof. Oscar Alexandre Teixeira Moreira</p>		
<p style="text-align: center;"> _____ Prof. Cláudio Boy Guimarães</p>		

Dedico o presente trabalho a minha filha Ana Clara, a minha mãe Aparecida, e a todos os meus familiares e amigos que acreditaram e me apoiaram durante esta caminhada.

*“Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrares
o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça.”*

Eduardo Juan Couture

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente a Deus por guiar e iluminar meu caminho com muita força e sabedoria. Agradeço a minha mãe, Aparecida, por ser uma mãe exemplar que sempre me incentivou a estudar. A minha filha Ana Clara, por dar um novo sentido a esta caminhada e ser minha fonte de renovação, de amor e inspiração. A minha querida irmã Marcella, por todo apoio e por me dar a certeza que nunca estarei só. Ao André, pelo companheirismo e cumplicidade nos momentos de incertezas. A minha sogra Ilma, pela assistência nos momentos em que precisei me ausentar devido aos estudos. Minhas avós Paulina e Mariquinha, e minha madrinha Glória, por serem exemplo de fé e pelas orações que me foram dedicadas. Aos meus familiares que acompanharam toda minha trajetória e torceram pelo meu sucesso. As minhas amigas do BDCL, meu querido GRULES e todos os amigos que fiz durante esta caminhada. Agradeço também a todas as pessoas que trabalhei no Juizado Especial de Caratinga e na Primeira Vara Cível, pela paciência e por me permitirem praticar a teoria. E por fim, a todos os professores pelos ensinamentos. Sem vocês eu não teria chegado até aqui. Muito obrigada!

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo abordar a temática relacionada ao sistema carcerário feminino no que se refere às situações a que presas gestantes e mães de filhos menores de 12 (doze) anos são submetidas nos estabelecimentos prisionais, e suas situações peculiares de saúde. Tem como foco a análise do *habeas corpus* coletivo concedido pelo Supremo Tribunal Federal que visa a substituição do cumprimento da pena em prisão preventiva destas mulheres para prisão domiciliar, apontando criticamente os benefícios de tal concessão assim como os riscos que a mesma poderá oferecer ao Estado, se o mesmo não aplicar a lei e tal substituição com observância dos casos concretos, conforme suas particularidades. Será apresentado dados penitenciários onde consta que a participação de mulheres nos crimes tem se tornado frequente, principalmente o tráfico de drogas, o que pode tornar o julgado em questão um salvo conduto para tal prática.

Palavras-chaves: Sistema carcerário feminino. Prisão domiciliar. Habeas Corpus Coletivo. STF.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO I - O ENCARCERAMENTO FEMININO	11
1.1 - O CÁRCERE FEMININO SOB UM PONTO DE VISTA HISTÓRICO NO BRASIL	12
1.2 - AS REGRAS DE BANGKOK	13
CAPÍTULO II – A PRISÃO DOMICILIAR	15
2.1 - DADOS SOBRE O ATUAL CENÁRIO DO ENCARCERAMENTO FEMININO NO BRASIL	16
2.2 - A PROBLEMÁTICA ENVOLVENDO A PRISÃO DOMICILIAR	17
CAPÍTULO III – O HABEAS CORPUS CONCEDIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	21
3.1 - DO CABIMENTO DO HABEAS CORPUS COLETIVO	22
CONSIDERAÇÕES FINAIS	24
BIBLIOGRAFIA	26
LISTA DE ANEXOS	28

INTRODUÇÃO

O presente trabalho será uma extensão do projeto de pesquisa realizado no período anterior, com o mesmo título, no qual será realizada uma análise acerca do *habeas corpus* coletivo concedido pelo Supremo Tribunal Federal à todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentam a condição de gestantes, de puerperas ou de mães com crianças até 12(doze) anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças.

O objeto de estudo será uma análise acerca dos benefícios e malefícios de tal concessão, à luz do entendimento do STF, bem como será analisado se o julgado do STF não será um salvo conduto para a prática de crimes por essas mulheres.

Tem como hipótese, analisar se o *habeas corpus* concedido poderá pôr em risco o Estado, frente a elevada disparidade das situações em concreto e possíveis estratégias vantajosas em face das mulheres, bem como poderá se tornar um privilégio para a prática de crimes.

Como meio de desenvolver-se a pesquisa, tem como objetivo geral analisar o *habeas corpus* 143.641 concedido pelo STF, avaliando seu impacto na legislação brasileira, bem como apontar criticamente o julgado.

No referencial teórico, será utilizado o voto vencido, qual seja do ministro Edson Fachin, que divergiu quanto à concessão do *habeas corpus*. Para ele, o estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro, reconhecido no julgamento da ADPF 347, não implica automático encarceramento domiciliar. Apenas à luz dos casos concretos se pode avaliar todas as alternativas aplicáveis.

Diante de toda complexidade que envolve o presente trabalho, a metodologia aplicada será científica, com o uso da legislação e de doutrinas relevantes para os ramos estudados. Sendo abordados estudos do Direito Constitucional, Direito Penal e Direito Processual Penal.

O presente estudo será dividido em três capítulos. No primeiro capítulo será abordado em relação ao Direito Constitucional, dando ênfase ao princípio da dignidade, será realizada uma abordagem histórica da prisão domiciliar e as Regras de Bangkok. Em um segundo capítulo será abordado especificamente as hipóteses da prisão domiciliar, bem como será realizado um levantamento de dados acerca do encarceramento feminino e a problemática envolvendo a prisão domiciliar. Por fim no

terceiro capítulo será abordado o habeas corpus coletivo concedido pelo STF e a possibilidade da concessão ser um instrumento de despenalização.

CAPÍTULO I - O ENCARCERAMENTO FEMININO

Problematizar o aprisionamento feminino é necessário. Para tanto, duas dimensões são importantes: a macro, que consiste em entender o aprisionamento feminino dentro de uma lógica mais ampla de encarceramento, abarcando elementos comuns a toda prisão; e a micro, que leva em conta as particularidades de prender mulheres, considerando-se as características tanto do corpo biológico assinalado com o sexo feminino quanto da identidade de gênero, que carrega as expectativas de comportamento voltadas ao papel social atribuído às mulheres.

Da perspectiva macro, um ponto de partida principal é o de que a lógica da prisão enquanto espaço de confinamento de corpos para aplicar uma pena e retirá-los do convívio social é válida para o sistema como um todo. Trata-se de um local de privação de liberdade e autonomia, no qual, junto com estas, outros inúmeros direitos são igualmente violados, como a convivência familiar, o direito à educação e ao trabalho e a dignidade humana, quando se considera a precariedade do aprisionamento no país e o não cumprimento da Lei de Execução Penal (LEP), da Constituição Federal de 1988 (CF) e de tratados e normativas internacionais assinados pelo Brasil, como as regras mínimas para o tratamento dos prisioneiros e as Regras de Bangkok(ONU), específicas para o aprisionamento feminino. Isso sem contar as inúmeras violações processuais, como o excesso de prisão provisória e o tempo de aprisionamento maior que a pena culminada. A macrológica do aprisionamento masculino e feminino é a mesma.

No entanto, não há como negar que existe particularidades no aprisionamento de homens e mulheres, seja em razão da estrutura binária que separa os sexos em duas categorias distintas, atribuindo-lhes papéis sociais próprios, dos efeitos sociais dessa divisão ou mesmo das características físicas do corpo feminino. É justamente nessa interface entre sexo e gênero que residem os principais elementos que tecem a micrológica do aprisionamento de mulheres.

1.1 - O cárcere feminino sob um ponto de vista histórico no brasil

Para a melhor análise acerca do cárcere feminino e suas primeiras experiências, faz-se necessário um breve estudo histórico acerca da sanção penal denominada pena e dos primeiros projetos de cárcere femininos. Primeiramente, destaca-se que na antiguidade a prisão não era a pena predominante. O encarceramento era apenas uma medida assecuratória, mas não possuía a natureza de pena. Segundo Bittencourt:

“A prisão servia somente com a finalidade de custódia, ou seja, contenção do acusado até a sentença e execução da pena, nessa época não existia uma verdadeira execução da pena, pois as sanções se esgotavam com a morte e as penas corporais e infamantes”.¹

No período feudal (século V a XV), a punição era predominantemente aplicada ao corpo do indivíduo, sendo que as penas normalmente consistiam em morte, confissão pública, banimento, açoite². Ademais, a estrutura dos locais onde eram cumpridas as penas era precária, como em ruínas e torres³. A partir do Iluminismo (século XV) há mudança quanto à execução da pena dos indivíduos, passando a ser baseada em parâmetros racionais e maior respeito à condição humana. Com a ascensão do capitalismo, no século XVII, juntamente com a revolução industrial, a burguesia entendeu que a pena privativa de liberdade seria uma maneira de controle social das massas e, desse modo, o estabelecimento carcerário, conforme vigente atualmente, é constituído⁴. Analisando o território brasileiro, as primeiras prisões femininas foram criadas em meados da década de 1940. Destaca-se que em 1937 foi criado o primeiro estabelecimento prisional para mulheres, chamado de Reformatório de Mulheres Criminosas e depois, intitulado de Instituto Feminino de Readaptação Social, na cidade de Porto Alegre- RS. Os trabalhos dentro dos cárceres nessa época também se assemelhavam, os principais eram afazeres manuais, como a costura, bordado e o artesanato, mas eram vistos como trabalhos de lazer.

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 13.

² FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. Petrópolis: Vozes, 1998, p.30.

³ BITENCOURT, op. cit., p. 26.

⁴ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Máximo. Cárcere e Fábrica: as origens do Sistema Penitenciário (XVI-XIX). Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 20.

As outras tarefas desenvolvidas pelas presas seriam para que elas exercessem na vida livre que teriam, esses eram os trabalhos domésticos, como lavar, passar, cozinhar, trabalhos vistos como tarefas femininas por excelência. Com o decorrer dos anos, novas prisões destinadas exclusivamente às mulheres foram criadas por todo o Brasil. Faz-se necessário apenas evidenciar que, atualmente, segundo o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)⁵, apenas 7%, entre todos os presídios no território brasileiro, que são destinados apenas à detenção de mulheres. Segundo tal pesquisa, a maioria dos estabelecimentos penais femininos é mista, sendo que neles são adaptados alas e celas para mulheres, entretanto, não há qualquer tipo de tratamento voltado para a ressocialização das presas, como creches ou berçários para seus filhos, evidenciando assim, mais uma maneira de degradação da mulher.

1.2 . As Regras de Bangkok

No mês de outubro de 2010, fora aprovada na 65ª Seção da Assembleia Geral das Nações Unidas, as chamadas “Regras de Bangkok” que se tratam de regras mínimas da ONU para o tratamento de mulheres presas, tornando-se um grande marco normativo internacional de proteção às mulheres encarceradas.

Sob a perspectiva da temática das mães no cárcere, destaque-se inicialmente a Regra nº 2, que afirma o direito da mulher, no momento da prisão de poder definir como dispor sobre seus filhos e de ter acesso e reunir-se com seus familiares, possibilitando-se, inclusive, a suspensão da reclusão por um período razoável em razão do melhor interesse da criança.

Tratando-se de garantia inicial fundamental para evitar que crianças fiquem desamparadas após a prisão da mãe e sejam inseridas de forma desnecessária em programa de assistência e acolhimento institucional. Para tanto, dispõe a Regra nº 3 que: “ A autoridade policial deve questionar a mulher sobre a existência de filhos e os possíveis familiares que possam assumir os cuidados da criança.” Porém, nos casos onde não houverem familiares que possam assumir o cuidado da criança ou os mesmos residirem em outras localidades, deve-se colocar a mãe em liberdade por um

⁵ Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em 19/09/2019.

tempo razoável para que a mesma possa providenciar os meios que achar necessários aos cuidados do filho.

Além do fato das Regras de Bangkok preocuparem-se com a manutenção do vínculo familiar entre os filhos e a mãe presa, prevendo na Regra nº 4 que o local de detenção deve ser sempre aquele mais próximo à sua residência e versando sobre as visitas nas Regras 26 e 28, um dos principais objetivos das Regras de Bangkok é de sempre priorizar medidas não privativas de liberdade e que não gerem o rompimento dos vínculos familiares. Nessa acepção, a Regra nº 61 estabelece as responsabilidades maternas como circunstância atenuante da pena e, a Regra nº 64, que na condenação de mulheres grávidas que tenham filhos sobre seus cuidados deve ser considerado o chamado interesse superior da criança e se dá preferência para medidas não privativas de liberdade.

Dado o exposto, é possível afirmar que, sob esse aspecto, as Regras de Bangkok estão em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, ao passo que, neste parte da necessidade de não estender os efeitos da condenação aos filhos e familiares, necessidade positivada na Constituição Federal Brasileira de 1988, como direito fundamental (artigo 5º XLV), e, aquele que possibilita a condição de mãe seja considerada como atenuante, sob uma interpretação conformista a partir do disposto no art. 66 do Código Penal onde a pena poderá ainda ser atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

No anexo I, ressalta-se alguns pontos trazidos pelas Regras de Bangkok sobre o tratamento de mulheres presas e aplicação de medidas despenalizadoras, e alternativas de prisão, que já possuíam apreciação do atual ordenamento jurídico penal brasileiro, mais precisamente, do Código Penal e do Código de Processo Penal Brasileiro.

CAPÍTULO II – A PRISÃO DOMICILIAR

O dispositivo processual penal brasileiro tratava a prisão domiciliar e sua concessão de acordo com a Lei 12.403/2011, que alterou o Decreto- Lei nº 3.689/1941, nos seguintes termos:

“Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.”

“Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.⁶

Com o advento da Lei 13.257/2016, o artigo 318 do Código de Processo Penal foi alterado em seu inciso IV, retirando as exigências da gestação a partir do 7º (sétimo) mês ou do alto risco da mesma, além de incluir os incisos V e VI, como exposto a seguir:

“Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (“Caput” do artigo com redação dada pela Lei nº 12.403, de 4/5/2011, em vigor a partir de 4/7/2011)

I - maior de 80 (oitenta) anos; (Inciso acrescido pela Lei nº 12.403, de 4/5/2011, em vigor a partir de 4/7/2011)

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; (Inciso acrescido pela Lei nº 12.403, de 4/5/2011, em vigor a partir de 4/7/2011)

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; (Inciso acrescido pela Lei nº 12.403, de 4/5/2011, em vigor a partir de 4/7/2011)

~~IV - gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.~~

IV - gestante; (Inciso acrescido pela Lei nº 12.403, de 4/5/2011, com redação dada pela Lei nº 13.257, de 8/3/2016)

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (Inciso acrescido pela Lei nº 13.257, de 8/3/2016)

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. (Inciso acrescido pela Lei nº 13.257, de 8/3/2016)

⁶ DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-normaatualizada-pe.html>>. Acesso em 23/09/2019.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo. (Parágrafo único acrescido pela Lei nº 12.403, de 4/5/2011, em vigor a partir de 4/7/2011)".⁷

Percebe-se que o referido artigo se configura como uma alternativa de cumprimento de pena, a qual as presas que estejam grávidas ou sejam mães de filhos menores de 12(doze) anos são beneficiadas ao deixarem de cumprir suas penas em prisões preventiva e passam a cumpri-las em seus domicílios, o que melhora o relacionamento mãe-filho e proporciona uma melhor qualidade de vida entre os mesmos. Mas será que todas essas mães possuem condições próprias e sociais iguais umas as outras? Será que essa alternativa realmente será eficaz ao oferecer melhores condições de cuidado para as mães em relação aos seus filhos?

2.1- Dados sobre o atual cenário do encarceramento feminino no Brasil

Conforme últimos dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, divulgado em 2017 com referências ao período do mês de dezembro de 2015 ao mês de junho de 2016, existe uma estimativa de que 42.355 mulheres são privadas de liberdade no Brasil, número tende a crescer devido ao atual cenário brasileiro.

Dessas mulheres privadas de sua liberdade, seja em carceragens de delegacia ou demais estabelecimentos prisionais, segundo os gráficos acostados nos anexos II, III e IV, é possível concluir que 24% dos estabelecimentos penais, sendo apenas 7% destinados exclusivamente as mesmas."

Dessas, 74% possuem pelo menos 1 filho, conforme anexo III.

21.022 Mulheres são presas por crimes relacionados a Drogas (Lei 6.368-76 e Lei 11.343-06), sendo o crime de Tráfico Ilícito de Drogas o maior responsável por isso, aprisionando 17.106 mulheres, traduzindo uma porcentagem de 62%, como exposto no anexo IV.

⁷ LEI Nº 12.403, DE 4 DE MAIO DE 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm>. Acesso em 23/09/2019.

A partir da análise dos gráficos anexados, há de se observar que além das mulheres estarem em esmagadora minoria aos estabelecimentos prisionais, como comprovado historicamente, a grande maioria das mulheres que são privadas de liberdade, preventiva ou definitivamente, possuem filhos e são responsabilizadas por crimes relacionados as drogas, especialmente pelo Tráfico de Drogas. Tais números vêm crescendo com o passar dos anos e as mulheres que já não possuem estabelecimentos destinados exclusivamente as mesmas, acabam passando por diversas dificuldades de saúde, adaptação e sobrevivência como as já citadas anteriormente, além das dificuldades de desempenharem seus papéis de mães, cuidado de seus filhos e participando do sadio desenvolvimento dos mesmos.

2.2- A problemática envolvida na concessão da prisão domiciliar

O habeas corpus concedido pelo Supremo Tribunal Federal ao mesmo tempo que se faz um instrumento de defesa a violência e a violação de princípios constitucionais, pode também se tornar um instrumento de má-fé e despenalização, se não analisados os casos concretamente, observando as particularidades como o crime cometido pela mulher, o risco a que a mãe expõe a criança , as condições familiares de cuidado com a criança, e demais itens que possam indiciar a incapacidade da mulher criminosa em zelar seu filho.

Seguindo tal entendimento, há de se ressaltar que em divergência a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal pela concessão do HC, o ministro Edsona Fachin frisa que:

“O estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro, reconhecido no julgamento da ADPF 347, não implica automático encarceramento domiciliar. Apenas à luz dos casos concretos se pode avaliar todas as alternativas aplicáveis”.⁸

Dado o exposto, interessante seria para a análise concreta dos casos, que a cada vez mais aplicasse o principio da individualização da pena no contexto da execução penal, tratando a cada mulher segundo suas particularidades.

No mesmo sentido, Sidnei Benetti explica:

“o título executório penal fixa a qualidade e quantidade da consequência penal do fato, a título de pena ou medida de segurança, em virtude da coisa

⁸ HABEAS CORPUS 143.641. São Paulo.2018.

ulgada penal- com a peculiaridade de, afinal, submeter-se às finalidades do direito penal não punitivo, como a da futura reinserção do sentenciado na vida social".⁹

O princípio da individualização da pena é irrenunciável. Os princípios e garantias refletem as intenções e as metas em que o Estado de direito se propõe a atingir. A extensão do princípio da individualização na execução penal impõe aos magistrados a vinculação do princípio da individualização da pena e não se pode ir de encontro a esta, é necessário que tenha a verdadeira operabilidade e que cumpram a função de tutela da dignidade da pessoa humana.

Torna-se necessário, reconhecer o fato de que as mulheres presas preventivamente que encontram-se grávidas necessitam da substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, para que as mesmas possam ter acesso a um atendimento pré-natal e não tenham seus partos dentro de uma cela em condições insalubres, mesmo que a função da pena tenha caráter retributivo, onde a pena é um fim em si mesmo, o injusto e a culpabilidade são retribuídos de uma forma justa, equitativa e proporcionalmente ao delito do delinquente, e a aplicação da pena retributiva visa à realização da justiça.

Um risco, porém, que o Estado poderá correr, será a proliferação de atitudes de má-fé das detentas em geral, que possivelmente, ao desejarem a saída do ambiente prisional, como estratégia poderão se utilizar de visitas íntimas na Unidade por exemplo, com o intuito de engravidarem e assim ajuizaram pedido de substituição de suas penas preventivas por domiciliares, se beneficiando do *habeas corpus* coletivo concedido pelo STF e assim, eximindo-se de retribuir ao Estado, em cárcere, o crime anteriormente praticado.

Observando também que o *habeas corpus* em análise e o disposto no inciso V do artigo 318 do CPP concedem a substituição da prisão preventiva para a domiciliar quando o agente for mulher com filho de idade até 12(doze) anos incompletos, se torna importante trazer à apreciação dos aplicadores do direito a necessidade de análise da relação de dependência mãe-filho, de modo individual, cada caso concreto, sendo fundamental descobrir se a criança ainda possui dependência integral de sua mãe para ser cuidada, alimentada e se desenvolver de forma saudável e, se a criança possui outro familiar que possa cuidar da mesma e tenha condições para

⁹ Execução Penal, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 51-94.

tal, visto que a criança não pode ser exposta a risco em sua sobrevivência e desenvolvimento, e em muitos casos, o convívio com a própria mãe, pode gerar sérios riscos para a segurança da mesma. Caso a família tenha boas condições de cuidado com a criança em desenvolvimento, deve ela ser priorizada pelo próprio bem da criança.

De acordo com pesquisas, tem-se no Brasil um tempo médio de amamentação das crianças de aproximadamente 12(doze) meses, sendo notório que durante este período o recém nascido é extremamente ligado à sua mãe, sendo o leite materno fundamental para saúde do mesmo assim como os cuidados de sua mãe, portanto durante este período mostra-se importante a relação mãe-filho e o vínculo entre os mesmos.

O fator da guarda da criança também deve encontrar seu lugar em tal apreciação do juízo, visto que em muitas vezes os avós têm adquirido papéis de pais e cuidado de seus netos, possuindo em alguns casos a guarda de fato da criança, muita vezes devido ao fato dos pais, em especial a mãe, serem jovens e não possuírem responsabilidades para tal cuidados, além de oferecerem riscos à própria criança com a prática de crimes, muitos deles ligados à drogas. Verificado o risco na relação mãe-filho e a oportunidade de se conceder a tutela aos familiares mais próximos que tenham condições de assistência à criança, a prisão domiciliar para as mães presas pode não ser a melhor solução.

Tendo em vista que grande parte das mulheres encarceradas atualmente são responsabilizadas por crimes relacionadas à Drogas, em destaque o crime de Tráfico de Drogas, mas como coadjuvantes, sendo usadas no transporte de substâncias entorpecentes ou sendo partícipes por ação ou omissão dos crimes dos conjuges ou demais companheiros, assim como a figura da melhor criminosa “vítima”, ingênua e leal ao seu marido, citada anteriormente, a partir da concessão do habeas coletivo, as mães que se enquadram nessa situação e possuam filhos menores de 12(doze) anos, passarão a figurar o papel principal da trama do crime simplesmente para conseguirem livrar seus companheiros do cárcere, assumindo a propriedade das drogas, por exemplo e podendo substituir sua prisão preventiva por domiciliar logo após. A pena perderá seu efeito punitivo e caráter retributivo.

Então a partir desse exemplo, pode-se notar que se utilizado de má-fé em estratégias vantajosas de “descaracterização”, o provimento de habeas corpus e

concessão de prisão domiciliar acaba se tornando um salvo conduto para a prática de crimes na medida em que restará a impressão de impunidade e não retribuição, ampliando assim a frequência no cometimento de crimes por essas mães.

CAPÍTULO III - O HABEAS CORPUS CONCEDIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Após diversas discussões acerca da concessão da prisão domiciliar nos casos de mães presas preventivamente, A Segunda Turma do Supremo Tribunal

Federal(STF), trouxe o caso a sua apreciação e por ficou decidido, em sessão no dia 20 de fevereiro de 2018, por maioria dos votos conceder habeas corpus(HC 143.641) coletivo para determinar a substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas, em todo o território nacional, que sejam gestantes ou mães de crianças até 12(doze) anos ou de pessoas com deficiência, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

O argumento utilizado pelo Coletivo de Advogados em Direitos Humanos, impetrante do habeas corpus, foi o de que “a prisão preventiva, ao manter mulheres grávidas em estabelecimentos prisionais totalmente precários, tira delas o acesso a programas de saúde pré-natal, assistência regular na gestação e no pós-parto, e ainda priva as crianças de condições adequadas ao seu desenvolvimento, constituindo-se em tratamento desumano, cruel e degradante que atinge os princípios constitucionais relacionados à individualização da pena, à vedação de penas cruéis e, ainda, ao respeito à integridade física e moral da presa,” defendendo também o cabimento do habeas corpus coletivo, afirmando também, quanto ao HC , “que apenas um instrumento com esta natureza pode fazer frente a violências que se tornaram coletivadas”. E ainda, sustentando tal defesa , o defensor público-geral federal também citou precedentes do STF e do STJ para defender, da tribuna, o cabimento de habeas corpus coletivo. Quanto ao mérito, destacou que “não é preciso muita imaginação” para perceber os impactos do cárcere em recém nascidos e em suas mães: a criança nascida ou criada em presídios fica afastada da vida regulat.

O relator do julgamento, Ministro Ricardo Lewandowski, sob o argumento de ser o habeas corpus , como apresentado, cabível na dimensão coletiva e, tratar-se da única solução viável para garantir acesso à Justiça de grupos sociais mais vulneráveis, além de dever ser aceito, principalmente, por ter o objetivo de resguardar a liberdade que é um dos mais preciosos bens do ser humano, votou no sentido de conceder ordem para determinar a “substituição da prisão preventiva pela domiciliar(sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas prevista no artigo 319 do CPP)de todas as mulheres presas , gestantes, puérperas ou mães de crianças com até 12(doze) anos de idade sob sua guarda ou pessoa com deficiência, listadas no processo pelo Departamento Penitenciário Nacional(DEPEN) e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus

descendentes, ou , ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.”

O ministro estendeu ainda a ordem, de ofício, às demais mulheres presas gestantes, puerperas ou mães de crianças, bem assim às adolescentes sujeitas as medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional.

Os ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello acompanharam integralmente o voto do relator quanto ao mérito, pois o mesmo ressaltou situação degradante dos presídios brasileiros, onde é possível observar que a grande deficiência estrutural no sistema prisional brasileiro acaba fazendo com que mães e crianças experimentem diversas situações degradantes. O relator ainda frisou que tal questão já foi discutida pelo STF no julgamento da medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, onde o referido reconheceu o “estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro”¹⁰.

3.1. Do cabimento do habeas corpus coletivo

Quanto ao cabimento do habeas corpus coletivo, não existe previsão legal e constitucional para tanto. Trata-se de mais uma criação da Suprema Corte para atender “razões de política judiciária”, conforme o Relator dispõe em seu voto. Não é possível considerar idênticos todos os casos de prisão preventiva que se vise abranger pela ordem coletiva. É extremamente necessária uma análise causística, à luz da situação concreta, na forma demandada pelos requisitos da prisão preventiva para se conceder (ou não) a liberdade.

Através do *habeas corpus* coletivo “houve verdadeira alteração do artigo 318, do Código de Processo Penal, para especificar casos em que o magistrado resta obrigado a conceder a liberdade provisória.

Espera-se que tal julgado não estimule inconsequentes gestações indesejadas, no que diz respeito ao planejamento familiar, mas planejadas para um contexto de habitualidade criminal.

¹⁰ Conceito segundo o Ministro Marco aurelio “no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia”(...).

Nesse sentido, entende-se que o STF legislou indevidamente, invadindo competência constitucional do Poder Legislativo e violando a separação de Poderes (CF, art. 2º), a decisão chegou ao ponto de instituir uma espécie de "vacatio", determinando-se que os Presidentes dos Tribunais apliquem as determinações (ou "os princípios e regras", como destacado no voto do eminente Relator) no prazo de sessenta dias.

De acordo com João Conrado Blum:

“Cada vez que nos deparamos com decisões claramente criadoras do Direito pela Suprema Corte ficamos preocupados com a já combatida força normativa da Constituição Federal, tão aviltada e esquecida quanto uma criança perdida na selva cheia de predadores.¹¹

Diante de tal análise, poderá o Estado reafirmar a individualização da pena na execução e se resguardar de atos de má-fé como os supracitados no item anterior que visam a liberdade e a não retribuição devida ao estado em relação ao injusto praticado anteriormente. O ideal seria que tal julgado não estimulasse inconsequentes gestações, indesejadas, no que diz respeito ao planejamento familiar, mas planejadas para um contexto de habitualidade criminal. O que na prática acaba por acontecer.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do presente estudo, verifica-se que de fato há necessidade de se conferir condições especiais de tratamento às mulheres no sistema prisional brasileiro, tendo em vista que as mesmas possuem particularidades quanto à saúde e demais

¹¹ **João Conrado Blum Júnior** é promotor de Justiça titular da 8ª Promotoria de Justiça da Comarca de Ponta Grossa e mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa.

necessidades, e ao serem submetidas ao cárcere em um sistema construído sob a ótica masculina, vários princípios constitucionais são violados, fato este que pode ser verificado no caso da prisão preventiva, que ao manter gestantes em estabelecimentos prisionais totalmente precários, retira o acesso destas mulheres a um devido acompanhamento durante a gestação e no pós parto, e ainda priva os infantes de condições favoráveis para um desenvolvimento sadio e tranquilo. Há de se reconhecer também o cabimento da hipótese acima mencionada, de mulheres que são submetidas à prisão preventiva, da prisão domiciliar como meio de substituição, medida alternativa de cárcere no âmbito do cumprimento da pena, conforme disposto no artigo 318 do Código de Processo Penal Brasileiro e conforme entendimento internacional discutido nas Regras de Bangkok, dando visibilidade a proteção ao desenvolvimento ideal a criança e a garantia de seus direitos, assim como da gestante. O que se deve analisar na substituição das prisões preventivas das detentas grávidas ou as que possuam filhos até 12(doze) anos incompletos, pela prisão domiciliar, são as particularidades de cada caso em concreto, como por exemplo: as condições da mãe em cuidar do seu filho, a dependência do filho em relação a mãe, quem é a pessoa titular da guarda do infante; os riscos que a mãe possa expor a criança; e demais fatores que tornem diferentes cada situação vivenciada em cada caso.

Através da concessão do habeas corpus o Supremo Tribunal Federal foi feliz em relação a garantia do acesso a Justiça de grupos sociais mais vulneráveis e resguardar a liberdade que é um dos mais preciosos bens de uma pessoa, mas em contrapartida, acabou por decretar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, purpéras ou mães de crianças com até 12(doze) anos sob sua guarda ou pessoa com deficiência, sem a observância das particularidades dos casos concretos, equiparando as situações de todas as presas afetadas pela decisão. O caráter coletivo do julgado em questão, pode se tornar um problema à luz de outras interpretações.

A aplicação de tal substituição sem a devida análise em concreto, ao generalizar diversas situações, poderá se tornar um salvo conduto na prática de crimes por parte de determinadas mulheres que estejam grávidas ou possuam filhos menores de 12(doze) anos, e mesmo assim, atual na prática de crimes, desempenhando funções importantes ou simplesmente coadjuvantes, concedendo a essas mulheres, a oportunidade de mesmo assumindo a autoria em crimes relacionados ao Tráfico de

Drogas, a furtos, e demais crimes que não sejam cometidos mediante violência ou grave ameaça, não sejam levadas a cárcere, ou se levadas, saiam de tal situação e cumpram suas respectivas penas em domicílio.

O que o presente trabalho demonstra a respeito da prisão domiciliar frente ao entendimento do STF, é a ideia de que o Estado em sua jurisdição, deve sim aplicar todas as medidas cabíveis no que tange à substituição das prisões preventivas pela domiciliar nos casos colocados no art. 318 do Código de Processo Penal, mas desde que se resguarde de possíveis estratégias movidas de má-fé e não retribuição devida ao estado ao injusto praticado anteriormente e, reafirme a individualização da pena na execução criminal, além de impedir que tal julgado se torne um salvo conduto para a prática de crimes, e conseqüentemente surgir um sentimento de impunidade, tudo através da análise concreta de cada caso, em suas respectivas peculiaridades. Em síntese, a aplicação do habeas corpus concedido pelo Supremo Tribunal Federal deverá ocorrer de forma restritiva e não com efeito erga omnes, conforme foi decidido, com a observância do caso concreto, para que a substituição da prisão preventiva pela domiciliar não seja banalizada em possíveis “estratégias” e sim beneficie as mães que realmente precisam por não disporem de meios e condições apropriadas e necessárias para criarem seus filhos no cárcere, caso não possuam familiares que possam assumir a responsabilidade de cuidar da criança, o que por inúmeras vezes acontece no cenário atual brasileiro.

BIBLIOGRAFIA

BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. 4.

ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 13

BITENCOURT, op. cit., p. 26

DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Disponível em:

<<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-norma-actualizada-pe.html>>. Acesso em 23/09/2019.

Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em 19/09/2019.

Disponível em: <http://mulheresemprisao.org.br/alternativas/>. Acesso em 23/09/2019.

Execução Penal, São Paulo: Saraiva, 1996. p.51.94.

HABEAS CORPUS 143.641. São Paulo. 2018.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. Petrópolis: Vozes, 1998, p.30

João Conrado Blum Júnior é promotor de Justiça titular da 8ª Promotoria de Justiça da Comarca de Ponta Grossa e mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa.

LEI Nº 12.403, DE 4 DE MAIO DE 2011. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm>. Acesso em 23/09/2019.

Levantamento Nacional de informações penitenciárias: INFOPEN Atual- Junho 2016/organ. SANTOS, T; colab, DA ROSA, M, I... (Et al) - Brasília, 2017, 65p..il. color.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Máximo. Cárcere e Fábrica: as origens do Sistema Penitenciário (XVI-XIX). Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 20.

LISTA DE ANEXOS

ANEXO I

Regras de Bangkok

Sobre o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras, o documento:

- recorda as regras e normas da ONU sobre a prevenção de delitos e justiça criminal, relacionadas principalmente com as medidas alternativas ao encarceramento;
- considera as alternativas ao encarceramento previstas nas Regras de Tóquio e as especificidades de gênero;
- alerta que mulheres presas são um grupo vulnerável com necessidades e exigências específicas.

Lei Brasileira

Estabelece possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar, determinando quatro situações especialmente pertinentes às mulheres:

- gravidez;
- responsabilidade primária por cuidado especial de criança de até seis anos;
- responsabilidade primária por cuidado especial de menor de idade com deficiência;
- mãe de filhos de até 12 anos.

Regra 57 - O que aborda?

As provisões das Regras de Tóquio deverão orientar o desenvolvimento e a implementação de respostas adequadas às mulheres infratoras. Deverão ser desenvolvidas, dentro do sistema jurídico do Estado membro, opções específicas para mulheres de medidas despenalizadoras e alternativas à prisão e à prisão cautelar, considerando o histórico de vitimização de diversas mulheres infratoras e suas responsabilidades de cuidado.

Artigo 318 do Código de Processo Penal – O que define?

Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

- maior de 80 (oitenta) anos;
- extremamente debilitado por motivo de doença grave;
- imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;
- gestante;
- mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;
- homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Regra 58 - O que aborda?

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

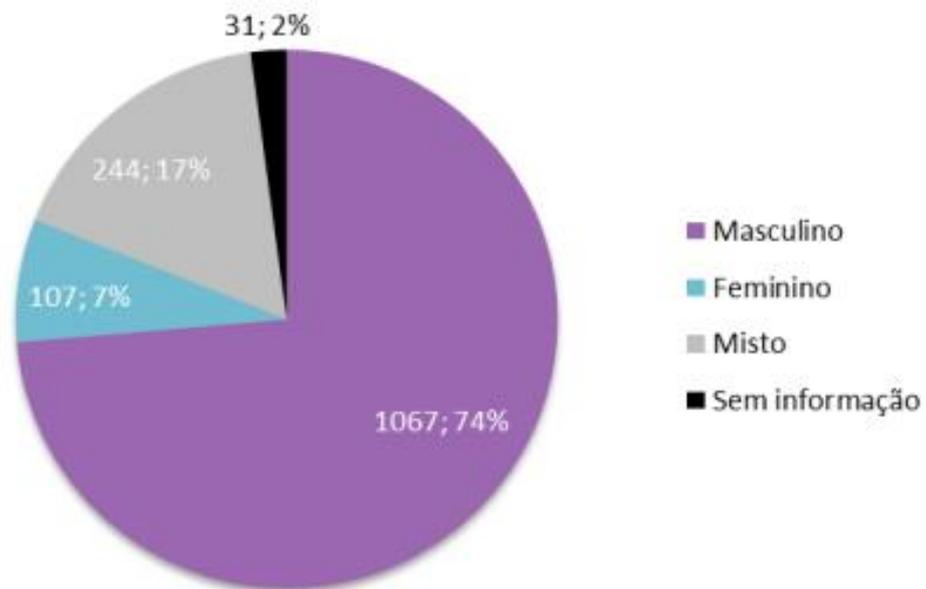
Artigo 44 do Código Penal – O que define? As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

- aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;
- o réu não for reincidente em crime doloso;
- a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Disponível em: <http://mulheresemprisao.org.br/alternativas/>. Acesso em 23/09/2019.

ANEXO II

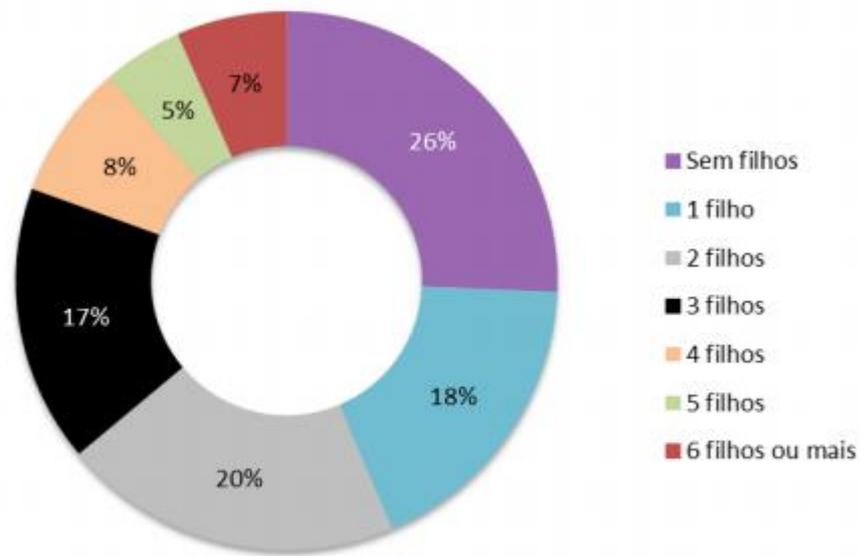
Gráfico 8. Destinação dos estabelecimentos penais de acordo com o gênero



Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias - INFOPEN, Junho/2016.

Levantamento Nacional de informações penitenciárias: INFOPEN Atual- Junho 2016/organ. SANTOS,T; colab, DA ROSA,M,I..(et al)- Brasília,2017,65p..il.color

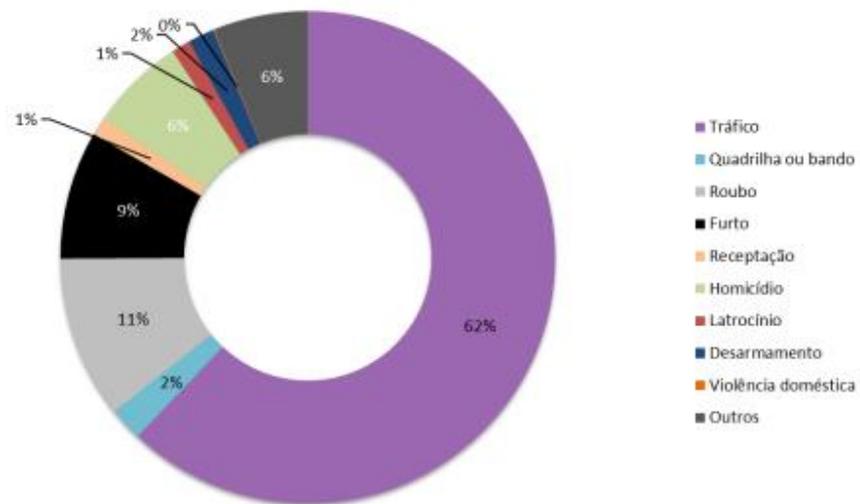
Gráfico 18. Número de filhos das mulheres privadas de liberdade no Brasil



Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias - INFOPEN, Junho/2016.

Levantamento Nacional de informações penitenciárias: INFOPEN Atual- Junho 2016/organ. SANTOS,T; colab, DA ROSA,M,I..(et al)- Brasília,2017,65p..il.color

Gráfico 19. Distribuição dos crimes tentados/consumados entre os registros das mulheres privadas de liberdade, por tipo penal



Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias - INFOPEN, Junho/2016.

Levantamento Nacional de informações penitenciárias: INFOPEN Atual- Junho 2016/organ. SANTOS,T; colab, DA ROSA,M,I..(et al)- Brasília,2017,65p..il.color