

MATERNIDADE E CRIMINALIDADE SOB ANÁLISE DO JUDICIÁRIO: A CONCESSÃO DA PRISÃO DOMICILIAR PARA MÃES EM CONFLITO COM A JUSTIÇA APÓS A DECISÃO DO STF

LETÍCIA CARDOSO FERREIRA*

RESUMO

A decisão do Supremo Tribunal Federal no âmbito do HC coletivo n. 143.641 SP foi passo importante nas presentes discussões acerca do encarceramento feminino e do exercício da maternidade nas prisões. Fruto de mudanças legislativas desencadeadas desde meados de 2010, com a criação pelas Nações Unidas das chamadas Regras de Bangkok, tal decisão foi tida como histórica. Entretanto, questiona-se se ela é capaz de alterar de forma significativa a forma de se posicionar do judiciário brasileiro. A partir da análise de julgados proferidos pelos Superior Tribunal de Justiça entre março de 2016 (data de entrada em vigor do chamado Marco Legal da Primeira Infância) e agosto de 2019, busca-se entender como esse importante segmento do judiciário interpreta o aclamado acórdão do STF, bem como as discussões que se abrem a partir dele.

PALAVRAS-CHAVE

Encarceramento feminino. Maternidade. Prisão domiciliar. HC n. 143.641/SP.

* Mestranda em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo - USP.

INTRODUÇÃO

Qual a justificativa que autoriza o Estado a punir um criminoso? Essa é uma pergunta que nunca teve uma resposta única e simples. Muitas teorias foram defendidas por estudiosos como Hegel, Kant e Roxin, e nenhuma delas está livre de críticas. Entretanto, com a evolução do Direito Penal, passou-se a entender que a ideia da simples retribuição não poderia ser suficiente para autorizar tal poder, devendo a pena ser de tal forma que possibilitasse a ressocialização. Pensando nesse objetivo, penas cruéis aplicadas durante séculos perderam sua razão de ser, dando lugar à prisão como sanção mais adequada.

Da perspectiva atual, contudo, também a prisão tem sido questionada como capaz de ressocializar aquele a ela submetido. No Brasil, não é fato novo que a população carcerária tem crescido de forma vertiginosa. Conforme relatório do Infopen de 2016, a população carcerária no país ultrapassou a marca dos 700 mil nesse ano. No mesmo período, o déficit de vagas passava dos 300 mil (BRASIL, 2017, p. 7-9).

Não é só a falta de vagas que torna o encarceramento no Brasil precário e degradante, mas também a falta de funcionários capacitados, médicos e psicólogos; a falta de vagas para trabalho e estudo; a aplicação massificada da prisão como pena e, mais grave ainda, como medida cautelar, apesar de esta dever ser, em tese, a *ultima ratio*.

A prisão é utilizada de forma indiscriminada para um contingente de pessoas consideradas de forma indistinta. Princípios caros ao Direito Penal e ao Processo Penal, como o da proporcionalidade, da presunção de inocência, da individualização da pena e da aplicação humanizada dos institutos do Direito Penal são muitas vezes desconsiderados, em favor de uma aplicação automática e padronizada da prisão cautelar e da prisão-pena.

Assim, necessário pensar em alternativas ao cárcere, uma vez que a punição e proteção dos interesses do Estado deve ocorrer de forma razoável e proporcional, sopesando tais interesses com a necessidade de garantia de direitos fundamentais àqueles que se submetem à persecução penal (AMARAL; SILVEIRA, 2012, p. 40). É com esse pensamento que muitos estudiosos têm apostado no incentivo ao uso de medidas alternativas como forma de substituir a prisão em sua forma tradicional, tanto enquanto pena, como enquanto medida cautelar processual.

Documentos internacionais ganham destaque nesse sentido, como as chamadas Regras de Tóquio (Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade), criadas já nos anos 90 com o objetivo de incentivar a adoção pelos Estados de meios mais eficazes que o cárcere para prevenir a criminalidade e melhorar o tratamento dos encarcerados.

Dentro da legislação nacional, algumas reformas também foram feitas, na tentativa de firmar um novo modelo de Direito Penal, que priorizasse medidas não privativas de liberdade, em lugar do encarceramento massivo. Nessa esteira, importante destacar a Lei nº 12.403/11, que alterou o Código de Processo Penal, criando medidas cautelares, alternativas à prisão preventiva.

A tendência atual, de tentativa de maior humanização do sistema penal, tem buscado também evidenciar grupos de maior vulnerabilidade, dentro do contingente de pessoas submetidas à persecução penal. Assim, ganha muito destaque o crescente número de mulheres

encarceradas mundialmente e, especialmente, as mais de trinta e sete mil mulheres presas no Brasil (BRASIL, 2019, p. 7).

Nessa esteira, no ano de 2010, as Regras de Bangkok, ou Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras, foram criadas, visando dar visibilidade às especiais necessidades das mulheres infratoras, demonstrando a importância do tratamento diferenciado direcionado a elas, em comparação ao dos homens em situação de prisão. Teve, ainda, como um de seus enfoques, o incentivo à aplicação de medidas não encarceradoras às mulheres, em especial àquelas mães e gestantes.

Na legislação nacional, uma das principais mudanças observadas após a criação do documento acima foi aquela promovida no Código de Processo Penal, por disposição da Lei nº 13.257/16. Esta acrescentou ao artigo 318 do CPP, que trata das hipóteses de substituição da prisão preventiva por domiciliar, dois incisos que dispõem especificamente sobre a mulher gestante e a mãe de filhos dependentes.

Tais alterações movimentaram o judiciário, que passou a julgar cada vez mais pedidos de substituição das prisões preventivas de mulheres por prisões domiciliares. Esse quadro expôs o conservadorismo dos órgãos julgadores quanto ao tema, bem como a diversidade de interpretações em torno da disposição legal. Assim, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar, através da impetração de um Habeas Corpus coletivo, julgado em fevereiro de 2018, tendo sido proferida decisão considerada histórica sobre o tema.

Esse foi o quadro que incentivou o início dos trabalhos que levaram à criação do presente texto. Buscou-se, assim, coletar e analisar os julgados proferidos pelo STJ entre a data de promulgação da Lei 12.657/16, mais conhecida como Marco Legal da Primeira Infância, e o ano de 2019, comparando as razões de decidir dos ministros antes e após o HC coletivo.

Tal análise tem como objetivo entender as possíveis influências do Habeas Corpus em questão para os números encontrados a partir da catalogação dos julgados, bem como analisar criticamente algumas das razões de decidir mais frequentes, a partir de leituras de autores e autoras que discutem as vicissitudes do encarceramento feminino.

O presente artigo se divide em três seções. Em primeiro momento busca-se analisar o encarceramento feminino, especialmente sob o ponto de vista da maternidade atrelada à prisão, além de apresentar o arcabouço legislativo sobre o tema. Após, é descrito o contexto que levou à impetração do Habeas Corpus coletivo e a decisão do Supremo Tribunal Federal. Por último, é feita uma análise apurada dos julgados do Superior Tribunal de Justiça analisados na pesquisa conduzida, a fim de entender como este tribunal se posicionou diante do tema.

1 MULHER, ENCARCERAMENTO E MATERNIDADE

Analisar a prisão sob um enfoque de gênero é extremamente importante, uma vez que evidencia as diferentes necessidades de homens e mulheres encarcerados, tanto pelas próprias características físicas, quanto pelo papel que a sociedade lhes impõe. Além disso, o aumento massivo no número de mulheres encarceradas faz com que estas ganhem espaço nas discussões sobre o aprisionamento, principalmente porque expõe as graves deficiências desse sistema para atender às necessidades desse grupo específico, evidenciando sérias violações aos direitos das mulheres.

Segundo dados apresentados pelo Infopen, em relatório especial sobre mulheres encarceradas, a população prisional feminina somava, até junho de 2017, 37.828 mulheres, distribuí-

das em 1.507 unidades prisionais (BRASIL, 2019, p. 7). A grande maioria delas estava presa, condenada ou aguardando julgamento, pela prática do delito de tráfico de drogas, seguido dos delitos de roubo e furto (BRASIL, 2019, p. 43), o que Olga Espinoza nomeou como “criminalidade da pobreza” (ESPINOZA, 2004).

Com relação ao tipo de prisão em que se encontram essas mulheres, os dados apontam que, em 2017, 37,67% delas estavam em prisão provisória. Isso evidencia o pequeno uso das medidas alternativas à prisão processual, tanto discutidas anteriormente. Já com relação àquelas já condenadas e em cumprimento de pena definitiva, observa-se que, do total da população carcerária feminina, 36,21% foram sentenciadas ao regime fechado, enquanto à apenas 8,73% foi deferido o cumprimento de pena em regime inicial aberto. Aqui é possível visualizar a tendência nacional de aplicação massiva da prisão, sem considerar especificidades e necessidades individuais dessas mulheres, que possuem perfil de grande vulnerabilidade (BRASIL, 2019, p. 13), como será visto adiante.

Mas não são apenas os números que apontam a gravidade do problema do encarceramento feminino e a necessidade da utilização de um recorte de gênero no olhar para ele.

Na tentativa de entender quem são as mulheres que compõem o crescente número nas estatísticas do encarceramento, algumas pesquisadoras buscaram traçar um perfil da criminalidade feminina brasileira. Sem desconsiderar as individualidades de cada uma delas, Julita Lemgruber (1999) desenvolveu trabalho pioneiro no tema. Observou, em suma, a grande vulnerabilidade socioeconômica das mulheres criminosas, o que poderia justificar a maior incidência de delitos contra o patrimônio.

Depois dela, nos anos 2000, Bárbara Soares e Iara Ilgenfritz (2002), no Rio de Janeiro, e Olga Espinoza (2004), em São Paulo, também buscaram traçar esse perfil, encontrando um cenário não muito diferente daquele observado por Lemgruber. Espinoza, ao realizar pesquisa na Penitenciária feminina da Capital, em 2002, descreveu o perfil das mulheres que ali se encontravam:

Os dados descritos reforçam a certeza de que a mulher reclusa integra as estatísticas da marginalidade e exclusão: a maioria é não branca, tem filhos, apresenta escolaridade incipiente e conduta delitiva que caracteriza pela menor gravidade, vinculação com o patrimônio e reduzida participação na distribuição de poder, salvo contadas exceções (2004, p. 127).

Se comparado com a situação atual, tal perfil não sofreu grandes alterações. Ao comparar pesquisas realizadas em nível nacional e estadual, mais notadamente no estado de São Paulo, que concentra a maior porcentagem de detentas do país, observa-se uma descrição muito parecida: a mulher privada de liberdade é em sua maioria jovem, de baixa renda, condenada pela prática de delito relacionado ao patrimônio ou por tráfico de drogas, que se declara não branca e que tem pelo menos um filho. As histórias por elas contadas demonstram a grande vulnerabilidade social a que foram e são submetidas (BRASIL, 2015, p. 15).

Tal vulnerabilidade se demonstra ainda mais forte quando combinados os fatores de gênero e o exercício da maternidade dentro das prisões. O cárcere, para a mulher, é um espaço de discriminação e opressão, uma vez que evidencia desigualdades de tratamento e gera consequências diferentes para ela e sua família. A sociedade e o poder judiciário reagem de forma diferente quando tem diante de si uma mulher criminosas. Se o homem, quando egresso do sistema penitenciário, sofre com a estigmatização, para a mulher isso começa desde sua prisão, de forma muito mais acentuada (GARCIA, 1998, p.64).

Isso ocorre porque se perpetuam em nossa sociedade visões estereotipadas do papel que esta deve ocupar, o qual é totalmente incompatível com a criminalidade. Ao romper tal papel, a ela imposto, a mulher passa a ser duplamente julgada, tanto pelo delito que cometeu, quanto por ter abandonado a função a ela atribuída. Conforme explica Ana Gabriela Braga (2015), citando a doutrina de Lombroso e Ferrero:

A anormalidade da mulher criminoso remete aos ecos do positivismo criminológico, ainda hoje presente nas representações das criminosas. Lombroso e Ferrero (2004, p. 183) enunciam a dupla excepcionalidade da mulher delinquente: enquanto criminoso ela é excepcional em relação à sociedade não criminoso (civilized people), e enquanto mulher é excepcional frente ao número total de criminosos, “e como uma dupla exceção a mulher criminoso é um verdadeiro monstro” (BRAGA, 2015, p. 529).

E se essa visão é presente para a mulher que não é efetivamente mãe, mais ainda o será para o grande contingente delas que têm filhos, ou estão grávidas. Os papéis de mãe e criminoso ocupam posições opostas no imaginário social e, portanto, incompatíveis (BRAGA, 2015, p. 529). Assim, a mulher criminoso é automaticamente vista pela sociedade e pelo sistema de justiça como incapaz de ser uma boa mãe, sendo seu contato com os filhos restritos ao tempo necessário para que exerça sua função de nutriz, pela amamentação (DIUANA; VENTURA, 2017).

O exercício da maternidade no cárcere, a gestação, a amamentação e a brusca separação entre mãe e filhos são fatores de grande relevância na análise dos efeitos da prisão para mulheres, uma vez que estes se estendem para seus filhos. Assim, a pena não afeta apenas as mulheres, mas toda uma rede familiar, causando prejuízos e privando direitos que vão muito além da privação de liberdade.

Dessa análise é possível perceber que a mulher em conflito com a justiça criminal se encontra em situação de maior vulnerabilidade. O cárcere feminino, enquanto fenômeno social, espelha as relações de poder e os estigmas de gênero existentes nos demais aspectos da sociedade, acrescentando um fator relevante quando da formulação de políticas públicas e da aplicação de penas para mulheres.

Para as mulheres e seus filhos, a prisão se torna espaço de constante opressão e violação de direitos. Assim, o incentivo à aplicação de medidas alternativas ou substitutivas à prisão, em todas as suas modalidades, se faz imperativo, não só como forma de humanização do sistema, mas também em respeito a princípios constitucionais e penais, em especial da isonomia, da proporcionalidade e da individualização da pena.

Pensar o cárcere a partir de uma perspectiva de gênero também significa aplicar tais princípios de forma a criar políticas que possibilitem à presa viver em locais adequados às suas necessidades, de forma digna, para que possa cuidar dos filhos com ela institucionalizados, que possa participar do crescimento daqueles que foram delas separados. Entretanto, a legislação brasileira e internacional avança a passos lentos nesse sentido:

Há um déficit histórico em relação ao planejamento e à execução de políticas públicas voltadas ao coletivo feminino nas prisões, uma vez que a maioria das políticas penitenciárias (cuidados com a saúde, regime de visita, manutenção de vínculos, arquitetura prisional) foi pensada para a população masculina, tradicionalmente majoritária nos estabelecimentos prisionais. Por conta disso, ainda hoje, milhares de mulheres vivem gestações, partos e maternidades precárias, e suas crianças formam parcela invisível da população prisional (BRAGA, 2015, p. 531).

É certo que o aumento da população carcerária feminina e, conseqüentemente, dos problemas gerados a partir disso, em especial com relação à falta de estrutura carcerária adequada para receber esse novo contingente, levou ao aumento dos debates sobre as questões de gênero no ambiente prisional. As necessidades dessas mulheres passaram a ser cada vez mais evidenciadas, bem como as críticas à legislação penal, pouco atenta às demandas específicas das presas.

É nesse sentido, e em consonância com a tendência internacional, que, ao longo dos últimos dez anos, principalmente, dispositivos importantes, como a Lei de Execução Penal e o Código de Processo Penal, sofreram alterações, estabelecendo diretrizes próprias para o tratamento de mulheres encarceradas.

Além delas, pode-se citar algumas diretrizes mais específicas, como a Portaria Interministerial n° 210 de 2014, que institui a política nacional de atenção às mulheres em situação de privação de liberdade, bem como a Resolução n° 3 de 2009, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que trata da permanência dos filhos com suas mães na prisão.

Já internacionalmente, o documento mais importante em termos de proteção das mulheres encarceradas são as chamadas Regras de Bangkok, de 2010, que tem como prioridades a proteção de crianças e mães envolvidas no sistema penitenciário, bem como o incentivo ao uso de medidas não privativas de liberdade, em detrimento da aplicação massiva da prisão penal e processual.

Tal documento influenciou diretamente nas mudanças promovidas pela Lei 13.257/16 no Código de Processo Penal, concedendo às mulheres gestantes e mães de filhos de até 12 anos a possibilidade de aguardarem seus julgamentos em prisão domiciliar. Ainda, foi fundamental para a decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus coletivo n°143.641/SP.

2 O HC COLETIVO N. 143.641

Em maio de 2017, o Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (CADHU) impetrou o Habeas Corpus coletivo n° 143.641/SP, com pedido em favor de “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”, requerendo a substituição da prisão preventiva destas pela prisão domiciliar, nos termos do art. 318, incisos IV e V do CPP.

Julgado em 20 de fevereiro de 2018, teve o pedido conhecido pela maioria dos votos e a ordem concedida, também por maioria:

(...) Para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas nesse processo pelo 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 (BRASIL, 2018).

Tal ordem também foi estendida, de ofício, a todas as mulheres presas nessas condições, bem como às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas que estivessem nessa situação. Tratou também da possibilidade de concessão da substituição a mulheres reincidentes, em atenção ao caso concreto. Determinou que a medida de prisão domiciliar não é a única possível, podendo ser utilizadas também outras, descritas no artigo 319 do CPP. Ainda, determinou não serem necessárias provas para além da palavra da mãe para comprovação da maternidade (BRASIL, 2018, p. 17).

Os principais argumentos levantados para a concessão do HC foram voltados à situação atual do sistema carcerário, incapaz de oferecer estrutura adequada para custódia de gestantes e mães com seus filhos, bem como à cultura nacional de encarceramento em massa. Entendeu o Tribunal que tal situação viola diretrizes internacionais que o país se comprometeu a cumprir, bem como dispositivos constitucionais, dentre eles os artigos 5º, incisos XLV, L, XLVIII e XLIX¹, e infraconstitucionais, como os dispositivos do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.

Também enfatizou a necessidade de proteção à criança, em obediência aos preceitos da Constituição e do Estatuto da Criança e do Adolescente, no que concerne à proteção da

família e do incentivo ao contato entre a criança e seus pais. Ainda, entenderam os ministros que a manutenção da criança junto à mãe no cárcere é uma forma de extensão da pena a ela, o que está em desacordo com os princípios penais.

Tal decisão teve, em geral, repercussão positiva entre os estudiosos do tema, sendo reconhecida como um “marco histórico”, tanto pelo reconhecimento da possibilidade de uso do Habeas Corpus em sua via coletiva, quanto pelo reconhecimento da falência do sistema prisional e da necessidade de olhar de forma diferenciada para a questão feminina².

Já em outubro de 2018, oito meses após a decisão, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski fez novo pronunciamento no processo, com o intuito de esclarecer e limitar o uso do termo “situações excepcionabilíssimas”. Tratou principalmente das interpretações relacionadas ao delito de tráfico de drogas, estabelecendo que: a) a prisão ter ocorrido por tentativa de entrada em penitenciária com entorpecentes não obsta, por si só, a concessão das medidas alternativas; b) não há amparo legal no argumento de que a mãe, por ser traficante, coloca sua prole em risco, nem que esta seja irresponsável para o exercício da maternidade; c) não se configura como situação excepcionabilíssima o fato de o flagrante ter ocorrido pela prática de tráfico na residência da presa. Além disso, decidiu que não seriam causas a obstar a concessão da prisão domiciliar o fato de a prisão ter ocorrido pela acusação de prática de tráfico de drogas, pela acusada ter passagem anterior em vara da infância ou não ter trabalho formal.

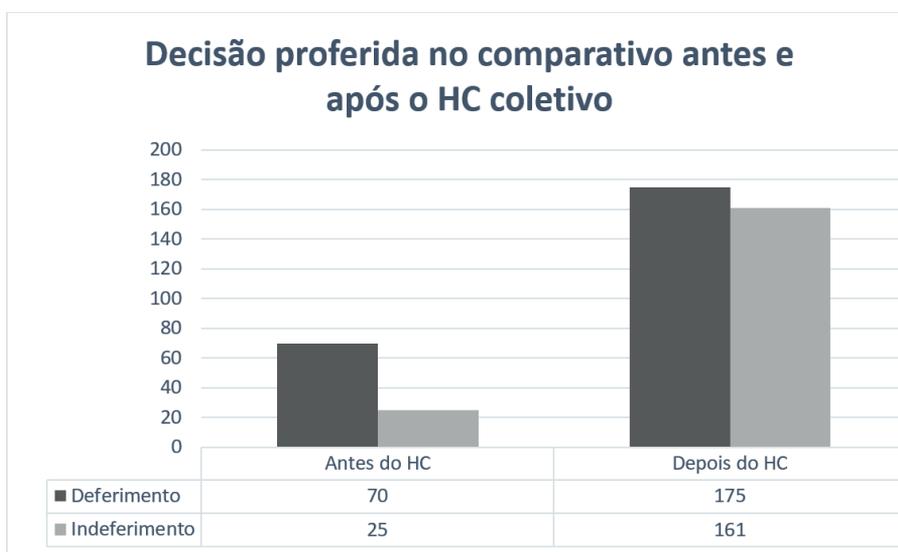
O julgamento do HC coletivo pelo STF teve repercussões também no legislativo que, em dezembro de 2018, aprovou a Lei nº 13.769, que alterou o Código de Processo Penal novamente, a fim de acrescentar os artigos 318-A e 318-B. Tais artigos auxiliaram na interpretação da decisão da corte superior, ao utilizar o termo “será” ao invés do termo “poderá” (presente no artigo 318), determinando, de forma impositiva e objetiva, a substituição da prisão preventiva pela domiciliar nos casos assinalados (LANDIM; MOURA; ROCHA, 2019).

Ainda, retirou do rol de exceções previstas na decisão os casos “excepcionabilíssimos”, tratando apenas do cometimento de delito contra o próprio infante ou de delitos dotados de violência ou grave ameaça à pessoa. Assim, “ficaram consideravelmente reduzidas as possibilidades de diferentes interpretações para as referidas ‘situações excepcionabilíssimas’” (ITTC, 2019, p. 93).

Apesar da repercussão positiva e da movimentação legislativa causada pela decisão do STF, uma pequena análise do posicionamento de outros tribunais a respeito do tema, especialmente o Superior Tribunal de Justiça, evidencia um cenário menos favorável e demonstra a resistência do judiciário às tendências de humanização do Direito Penal e Processual Penal.

A partir da pesquisa conduzida, foi possível perceber que, a despeito do crescimento significativo no número de julgados tratando da substituição da prisão preventiva por outra medida cautelar após a decisão do STF, de 20 de fevereiro de 2018, (de 95 antes do HC para 336 após), a proporção de decisões favoráveis e desfavoráveis a esse pedido, antes e depois do julgado em questão, não sofreu alterações tão significativas.

Entre março de 2016 e 20 de fevereiro de 2018, foram registradas 70 decisões favoráveis à concessão de medidas cautelares alternativas (73,7% do total de julgados), contra 25 decisões denegatórias desse pedido. Já depois de 20 de fevereiro de 2018, até junho de 2019, foram registradas 175 decisões de deferimento contra 161 de indeferimento. Assim, as decisões favoráveis representam 52,08% do total de julgados, o que evidencia uma diminuição proporcional na aplicação de medidas desencarceradoras para as mulheres alvo.



Fonte: elaboração da autora, 2019.

3 A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES ACERCA DA PRISÃO PREVENTIVA E O HC COLETIVO

É inegável a relevância desse julgado para a exposição do problema do encarceramento, e, mais precisamente, do encarceramento feminino no país. Tal julgamento ganhou notoriedade não só no âmbito jurídico, mas também foi divulgado pela mídia e chegou ao conhecimento da população, em geral muito afastada das discussões realizadas no âmbito dos Tribunais.

Analisando a fundamentação dos julgados coletados também é possível perceber a influência do HC no mérito das decisões, que, tanto no indeferimento quanto no deferimento dos pedidos de substituição da prisão preventiva, mencionaram a decisão. No caso de concessão, o julgado foi usado como importante fundamento jurídico justificador da decisão dos

ministros do STJ. No caso de denegação, foi sempre mencionado como forma de reconhecimento de sua relevância, apesar da existência de questões outras que impediam a concessão do pedido.

Com relação ao mérito dos julgados analisados no período pós HC, apesar dos pontos positivos já ressaltados, foi possível perceber uma tendência a maior padronização das decisões, em especial pela aplicação, muitas vezes automática, das exceções contidas no Habeas Corpus coletivo. Assim, muitas das decisões denegatórias se basearam primordialmente no fato de a agente estar sendo processada pela prática de delito cometido com grave ameaça ou violência à pessoa (em especial homicídios e roubos).

Outro ponto problemático observado foi o uso amplo do argumento relacionado à existência de “situações excepcionalíssimas”, contido no HC. Nessa esteira, a prática do delito de tráfico, a traficância na residência da acusada, a reincidência, dentre outras questões, foi considerada como justificadora da denegação dos pedidos de cautelares alternativas, por serem situações excepcionais amparadas pelo HC.

Tais exceções acabaram por criar um importante ponto de divergência interpretativa nas decisões do STJ. Entretanto, a partir de uma leitura acurada do acórdão do STF, é possível perceber que estas, consubstanciadas na prática de crimes com violência ou grave ameaça à pessoa e nas situações excepcionalíssimas, não são impeditivos automáticos à concessão da cautelar, mas apenas fatores que devem provocar uma análise mais detalhada do caso pelo julgador.

Apesar disso, muitas das decisões coletadas entenderam serem essas exceções argumentos suficientes e automáticos para o indeferimento do pedido de substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

O termo “situações excepcionalíssimas” gerou especiais problemas por ser amplo e passível de diversas interpretações, motivando a manifestação do ministro Ricardo Lewandowski, que tentou restringir seu uso. No entanto, fica evidente a inefetividade desses pronunciamentos em vários casos, como no do delito de tráfico de drogas praticado nas casas das presas, que continuou sendo motivo de denegação do pedido em muitas decisões do STJ, mesmo após o STF determinar que este não era argumento hábil para tanto.

Além disso, também a mudança na legislação, com a criação do art. 318-A do CPP pode ter sido pensada para resolver tal problema, uma vez que exclui essa categoria de exceções. No entanto, mesmo com essa alteração, o termo continuou a ser utilizado, sob o entendimento de que a norma não excluiria a aplicação do disposto no HC coletivo, naquilo que a lei não havia regulado.

Também com relação ao poder-dever atribuído pela nova norma aos julgadores foram feitas relativizações. Assim, em muitas decisões se entendeu que, apesar de o artigo 318-A utilizar o verbo “será”, ao invés de “poderá ser”, isso não eliminaria a possibilidade de o julgador analisar o caso concreto e não aplicar a prisão domiciliar, mesmo quando não enquadrado nas exceções do dispositivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível dizer que o julgamento do HC nº 143.641/SP teve inegável importância na discussão do tema relativo à maternidade no cárcere, sendo decisão necessária e bem-vinda, tendo em vista as condições atuais do sistema carcerário brasileiro e os problemas enfrentados pelas mulheres que estão nele inseridas. Nesse sentido, abriu espaço para outras decisões

semelhantes sobre o tema, como é o caso do HC 186.185/DF, julgado pelo STF no atual contexto de pandemia e que, mesmo não concedendo a ordem de liberação das presas de maneira ampla, indica a atenção que o judiciário tem dado ao assunto.

Entretanto, necessário que seja feita análise acurada dos problemas ainda a serem discutidos com relação ao tema, que puderam ser evidenciados com o referido julgado. Dentre eles merece destaque a questão da cultura do encarceramento, tanto falada, mas que permanece atual, impedindo o uso de métodos alternativos de apenamento, inclusive em sede cautelar.

Também deve ser fruto de preocupação a visão do judiciário acerca da mulher-mãe delinquente, sua categorização como incapaz e prejudicial ao desenvolvimento de seus filhos, bem como o entendimento de que a concessão de medidas desencarceradoras a essas mulheres estaria condicionado ao exercício exclusivo da maternidade, sem considerar os diversos papéis que esta ocupa no seio social e familiar.

A maioria das decisões que defere a substituição da prisão por outro tipo de pena tem como um de seus fundamentos a proteção do “interesse maior da criança”. São raras as decisões que mencionam as necessidades das mães, lactantes e gestantes, que tem direito a uma maternidade digna e sem riscos, ou consideram as peculiaridades relacionadas ao feminino e ao crime, ou mesmo as dificuldades das mulheres que são também provedoras de seus lares. A mulher perde sua condição de mãe assim que é inserida no sistema carcerário, deixa de ser essencial para os cuidados do filho, que, de acordo com algumas manifestações dos tribunais, pode ter melhores cuidados se estiver amparada por qualquer outra pessoa.

Apesar de ser positiva e de grande importância essa preocupação com a criança, em respeito a diversos dispositivos legais que colocam a sua proteção como prioridade, como é o caso do próprio Marco Legal da Primeira Infância, bem como em respeito ao princípio penal de que a pena não pode transcender a pessoa do condenado, não podendo o filho sofrer as consequências da condenação de sua mãe, é importante que os direitos e necessidades da mulher-mãe não sejam anulados.

A separação do que seria o direito da criança e o direito da mãe presa é prejudicial à análise que se deve fazer nos casos aqui tratados, uma vez que um dos objetivos do desencarceramento é a manutenção dos laços entre mãe e filho, o que passa pela consideração de ambos de forma conjunta. Tal interpretação restrita da lei pelo judiciário acaba por deixar desamparados os direitos de muitas mulheres-mães.

É essencial, portanto, que as decisões considerem de forma conjunta os interesses das mães e de seus filhos, tratando ambos como sujeitos de direito envolvidos, que devem ter sua dignidade respeitada e amparada, para a melhor aplicação dos dispositivos penais, das Regras de Bangkok e da jurisprudência sobre o tema, que têm como principal objetivo a proteção das mulheres em conflito com a justiça.

Por último, importante pensar em formas mais eficientes de abordar o assunto da aplicação de medidas alternativas a mulheres presas, evitando generalizações e padronizações de decisões que podem ter o efeito contrário ao pretendido, tendo em vista o condicionamento do judiciário à aplicação massiva da pena de prisão, sempre levando em consideração princípios essenciais do Direito Penal relativos à individualização da pena, proporcionalidade e aplicação dos institutos penais e processuais penais à luz do caso concreto.

Uma análise meramente objetiva, buscando o preenchimento de requisitos, nem sempre é suficiente para determinar a manutenção do cárcere ou não. O uso de medidas desencarceradoras não pode ser visto como mero benefício concedido a essas mulheres, fundamentado

em critérios de merecimento, mas sim como uma necessidade destas, um direito a elas conferido pela condição de maior vulnerabilidade em que se encontram.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, C. do P.; SILVEIRA, S. S. da. *Prisão, liberdade e medidas cautelares no processo penal*. Leme: JH Mizuno, 2012.
- BRAGA, A. G. M.. Entre a soberania da lei e o chão da prisão: a maternidade encarcerada. *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 523-566, 2015. Disponível em: <<https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/entre-soberania-lei-chao-prisao-maternidade-encarcerada>>. Acesso em: 20 ago. 2019.
- BRAGA, A. G.; FRANKLIN, N. I. C.. Quando a casa é a prisão: uma análise de decisões de prisão domiciliar de grávidas e mães após a lei 12.403/2011. *Questio Iuris*, v. 9, n. 1, p. 349-375, 2016. Disponível em: <http://mulheresemprisao.org.br/wp-content/uploads/2016/06/Quando_a_casa_e_a_prisao_uma_analise_de.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2018.
- BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN*, atualização – junho de 2016. Brasília, 2017.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Relatório Temático sobre mulheres privadas de liberdade – junho de 2017*. Brasília, 2019.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. *Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão*. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015. Disponível em: <<http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2015/03/51-Dar-a-luz-na-sombra.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Gestantes e mães presas preventivamente e habeas corpus coletivo. *Compilação de Informativos nº 76 – fevereiro de 2018*, p. 17.
- DIUANA, V.; CORRÊA, M.; VENTURA, M.. Mulheres nas prisões brasileira: tensões entre a ordem disciplinar punitiva e as prescrições da maternidade. *Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, p. 727-747, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73312017000300727&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 20 ago. 2019.
- ESPINOZA, O.. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. São Paulo: IBCCRIM, 2004.
- GARCIA, C. A.. Mujer y Cárcel: el rol genérico em la ejecución de la pena. In (Org.) OLMO, Rosa. *Criminalidad y criminalización de la mujer en la región andina*. Caracas: Nueva Sociedad, 1998.
- INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA. *Mulheres sem prisão: enfrentando a (in)visibilidade das mulheres submetidas à justiça criminal*. São Paulo, 2019. Disponível em: <<http://itc.org.br/wp-content/uploads/2019/05/mulheresemprisao-enfrentando-invisibilidade-mulheres-submetidas-a-justica-criminal.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2019.
- LANDIM, M. N. P.; MOURA, G. K. P.; ROCHA, J. B.. Tribuna da Defensoria: Indeferimentos de prisão domiciliar devem ser revistos. In: *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-01/indeferimentos-prisao-domiciliar-revistos-lei>>. Acesso em: 13 ago. 2019.
- LEMGRUBER, J.. *Cemitério dos vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- SOARES, B. M.; ILGENFRITZ, I.. *Prisioneiras: vida e violência atrás das grades*. Rio de Janeiro: Garmond, 2002.

ABSTRACT

The decision of the Federal Supreme Court in the context of collective HC no. 143,641 was an important step in the present discussions about female incarceration and the exercise of motherhood in prisons. The result of legislative changes triggered since mid-2010, with the

creation by the United Nations of the so-called Bangkok Rules, such a decision was considered historic. However, it is questioned whether it is capable of significantly altering the way the Brazilian judiciary is positioned. From the analysis of judgments delivered by the Superior Court of Justice between March 2016 (date of entry into force of the so-called Legal Framework of Early Childhood) and August 2019, it seeks to understand how this important segment of the judiciary interprets the acclaimed judgment of the Supreme Court, as well as the discussions that starts from it.

KEYWORDS

Female incarceration. Maternity. House arrest. HC no. 143,641.

NOTAS

- ¹ Art. 5º, XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado (...); art. 5º, L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação; art. 5º, XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; art. 5º, XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.
- ² No ano de 2020 outro Habeas Corpus (n. 186.185/DF) impetrado de forma coletiva, em favor de todas as mulheres gestantes e lactantes presas, ganhou destaque. Ele se insere no contexto da atual pandemia da COVID-19 e requeria o cumprimento da Recomendação n. 62 do Conselho Nacional de Justiça, que visa adotar medidas desencarceradoras neste momento, tendo como um de seus focos a população carcerária feminina. Os impetrantes demonstravam o descumprimento pelo judiciário da Recomendação, bem como a exposição da vida das mulheres ao risco da pandemia, enquanto grupo vulnerável. Neste caso, ao contrário do HC coletivo de 2018, não foi reconhecida a possibilidade de uma decisão em sentido amplo, tendo o STF, entretanto, determinado o cumprimento da Recomendação de ofício, reafirmando as fundamentações do tribunal no julgamento do HC discutido neste trabalho.