



EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO
RICARDO LEWANDOWSKI
RELATOR DO *HABEAS CORPUS* nº 143.641/SP
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCRIM), o INSTITUTO TERRA TRABALHO E CIDADANIA (ITTC) e a PASTORAL CARCERÁRIA NACIONAL (ASAAC – Associação de Apoio e Acompanhamento), entidades regularmente habilitadas nos autos como *amici curiae*, vêm respeitosamente, por meio de seus procuradores signatários, apresentar **MEMORIAL** escrito de seus argumentos, com o objetivo de fornecer subsídios a este Supremo Tribunal Federal para o aprimoramento da prestação jurisdicional no âmbito dos autos do *Habeas Corpus* 143.641/SP (e autos desmembrados), impetrado pelos membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (CADHU), com objetivo de que todas as mulheres gestantes, puérperas ou mães de crianças com até 12 (doze) anos de idade e submetidas à prisão processual tenham a medida privativa de liberdade aplicada contra si revogada ou, de forma subsidiária, substituída por prisão domiciliar, em obediência à proibição de efeitos negativos contra terceiros em função de processos oficiais de criminalização (artigo 5º, XLV, da Constituição da República), às Regras n. 57 e 64 das Nações Unidas para Tratamento das Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras (*Regras de Bangkok*) e às alterações legislativas determinadas pela Lei 13.257/2016 (Marco Legal da Primeira Infância), como expõem a seguir.

I. O DRAMA DO ENCARCERAMENTO FEMININO NO BRASIL

1.1. Dados objetivos

No dia 08 de dezembro de 2017 o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) divulgou a mais atualizada versão do levantamento de Informações Penitenciárias (INFOPEN).¹ Soube-se, então, que o Brasil atingiu infame **terceira posição no ranking de países com as maiores populações carcerárias do mundo**, com o insuportável total de **726.712** (setecentos e vinte e seis mil, setecentos e doze) **seres humanos presos**, aumentando, entre 2000 e 2016, em 157% (cento e cinquenta e sete por cento) o índice de aprisionamento de um sistema já brutalmente superlotado.

Especificamente, em relação ao encarceramento feminino, o INFOPEN informa o total de **42.355** (quarenta e duas mil, trezentas e cinquenta e cinco) **mulheres presas** no Brasil, o que por sua vez atinge o desonroso lugar de **quarta maior população carcerária feminina do mundo**.²

O INFOPEN também indica que **74% das mulheres encarceradas tem, ao menos, um filho**. Tal porcentagem é bastante expressiva, sobretudo quando se pondera que a informação sobre a quantidade de descendentes só estava disponível em 9% do total de casos consultados no levantamento, que tampouco leva em consideração questões socioeconômicas ou recortes de gênero. Essa importante negligência estatística, que despreza uma enorme quantidade de sofrimento imposto a crianças inocentes, é agravada por inadmissível falha na coleta dos dados por parte do DEPEN, que inclui somente 1.422 (mil quatrocentas e vinte e duas) unidades prisionais em seu cálculo, em contraste com a informação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que trabalha com o número de 2.641 (dois mil quatrocentos e quarenta e um) estabelecimentos penais no país.³ Oculta-se

¹ Destaque-se que a atualização corresponde somente até o mês de junho de 2016. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf/view, acesso em 15/02/18.

² É prudente antecipar a relativa diferença entre esse dado e o estudo apresentado na peça. n. 36 dos autos.

³ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>. Acesso em: 18 dez. 2017.



assim, pela não inquirição ou sumária desconsideração, boa parte do drama carcerário injustamente estendido a filhos e filhas de mães presas, a ratificar a impressão de que o Estado brasileiro sequer considera essas pessoas dignas de registro.

Para piorar, a indignidade destinada às mães presas e seus filhos punidos de maneira acessória articula-se com os estigmas sociais determinantes da criminalização secundária, que realiza a seletividade penal de maneira brutalmente nítida, como instrumento de controle social preferencial contra a classe trabalhadora.

Basta notar, nesse sentido, que mesmo no pantanoso solo da estatística oficial, constata-se a grosseira sobrerrepresentação no sistema carcerário nacional de mulheres negras, pobres, precariamente educadas, jovens e des- ou subempregadas.

De fato, para começar com a denúncia da repressão racial explícita do sistema de justiça criminal, conforme o próprio cálculo atuarial do INFOPEN, **68% das mulheres no cárcere** – isto é, praticamente **2 em cada 3** – **são negras**, em absoluto desequilíbrio em relação à composição racial brasileira.⁴

Na mesma linha, conforme a mais qualificada pesquisa do ITTC “*MulhereSemPrisão*”, conduzida em São Paulo – centro da política nacional de prisionalização máxima – a encarcerada típica é mulher **jovem** (50% tem entre 18 e 29 anos), de **baixa renda**, com **instrução inferior ao ensino médio** (50% tem apenas o ensino fundamental), **desempregada** ou **subempregada** em condições de inferioridade, marcadas por forte opressão de gênero.⁵

⁴ Por falta de dados atualizados, aqui é necessário remeter às informações de 2014, com referência estatística a 68% do total. Ver INFOPEN – mulheres - dez. 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

⁵ *MulhereSemPrisão*. Disponível em: <<http://mulheresemprisao.org.br/quem/>>. Acesso em: 18 dez. 2017.



A pesquisa é corroborada pela investigação *Mulheres e Crianças Encarceradas*, conduzida pela Universidade Federal do Rio de Janeiro em duas unidades prisionais do estado fluminense, a revelar o mesmo perfil:

“A grande maioria é de jovens (entre 18 e 22 anos), 78% tem até 27 anos, 77% negras/pardas; solteiras (82%), com baixa escolaridade (75,6% não possuem o ensino fundamental completo); 9,8% não sabem ler nem escrever. (...) Metade delas estava trabalhando na época em que foi presa, em empregos precarizados (85% sem carteira assinada), a maioria era responsável pelo sustento do lar: 19% integralmente e 22% em parte”.⁶

Além da injustiça inerente à distribuição desigual da criminalização como bem social negativo, as mulheres precocemente vítimas da seletividade penal precisam conviver com um problema adicional: o fato de o sistema carcerário ter sido pensado essencialmente para contenção de homens. Consequentemente, a maior parte das penitenciárias e cadeias públicas não tem qualquer preocupação estrutural com as particularidades do cotidiano feminino e, em especial, com o sublime momento – tornado monstruoso no cárcere – da gravidez e maternidade.

Pois das 1.422 unidades constantes do INFOPEN, **somente 7% são adaptadas para o público feminino**, em sua maioria recluso em instalações mistas, que integram 17% do total, em flagrante e insuportável violação permanente do artigo 5º, XLVIII, da Constituição da República.

A situação é ainda mais sensível no caso de gestantes, lactantes, puérperas, pois raras são as unidades que possuem creches, berçários, banheiros e quartos adaptados: 49% das unidades consideradas “femininas” não tem espaço reservado e próprio para acomodar gestantes e 48% não contam com berçário ou centro de referência. Nas unidades ditas “mistas”, que como visto abrigam a maior parte da população carcerária

⁶ UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO. *Mulheres e crianças encarceradas: um estudo jurídico-social sobre a experiência da maternidade no sistema prisional do Rio de Janeiro*. Luciana Boiteux; Maíra Fernandes [coord.]. Disponível em: <<http://fileserv.idpc.net/library/M--es-encarceradas-UFRJ.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2017.



feminina, a situação é naturalmente pior: **90% não apresenta infraestrutura com celas adaptadas para a maternidade** e em **86% delas faltam berçário ou centros de referência**.⁷

O sofrimento que atinge mães e gestantes presas é vilania que não poupa mulheres inocentes, que ainda não foram atingidas por sentenças condenatórias transitadas em julgado. Em que pese, novamente, o eloquente silêncio do INFOPEN a esse respeito, que não traz informações sobre a população carcerária feminina presa sem julgamento definitivo, conforme as informações prestadas diretamente pelo DEPEN (peça 36) nos autos deste *Habeas Corpus*, **43% das mulheres presas são inocentes** nos termos da Constituição da República. Em síntese, o sofrimento (que é proibido até mesmo para as condenadas sem direito a recurso) alcança, também e vergonhosamente, mães e gestantes amparadas pela presunção de inocência, e que não deveriam estar presas conforme a regra processual geral – hoje, completamente vulgarizada pela prática forense.

No que se refere à quantidade de gestantes, parturientes e mães mantidas em cadeias públicas e penitenciárias, a ausência de dados do INFOPEN de 2017 precisa ser suprido pelos mais recentes dados do CNJ que contabiliza em 622 o número de mulheres gestantes e lactantes em todo território nacional. Mais confiáveis, os dados estatísticos de 2016 sintetizados no Relatório da Política Institucional *Mães em Cárcere*, coordenado pela combativa Defensoria Pública de São Paulo, registram 280 mulheres grávidas e 177 em período de amamentação apenas no estado paulista.

Mas só até este ponto foi possível contar com as informações oficiais e os estudos acadêmicos patrocinados por instituições públicas, já que somente alguns estados prestaram informações específicas sobre a quantidade de presas gestantes ou mães de

⁷ Disponível em <<http://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em 18 dez. 2017.

filhos de até 12 anos de idade, envolvendo um total de 1549 (mil quinhentas e quarenta e nove) mulheres.⁸

Assim, no espírito de orientar uma decisão jurídica a partir de critérios seguros, as organizações responsáveis por este **Memorial** realizaram, entre os meses de setembro a outubro de 2017, diversos **pedidos de acesso à informação** (Lei nº 12.527/11) **a todos os estados do país**, para que detalhassem a quantidade de mulheres presas provisoriamente nas condições definidas pelo *Habeas Corpus*.

As respostas (anexas ao **Memorial**), não obstante a relativa incompletude das informações e precária uniformidade, conseguiu superar com ampla margem os dados disponíveis pelos canais oficiais, e demonstram o elevado índice de encarceramento de **cidadãs inocentes com direito à substituição da prisão preventiva pela domiciliar, que somam cerca de 4.560 mulheres, isto é, praticamente 10% do total de presas no país**:⁹

Estado	Mulheres Gestantes	Mulheres com filhos na prisão	Filhos com até 12 anos	Gestantes + Mulheres com filhos de até 12 anos, sem distinção de dados.
Alagoas	5		66	
Amapá	0		21	
Ceará	27	7		
Goiás	20			
Minas Gerais	16			
Maranhão	4		86	
Mato Grosso	7		134	
Pará	7		156	

⁸ São eles: Paraná (peça 31); Mato Grosso do Sul (peças 45 e 46); Maranhão (peças 127 e 128). Além disso, nos autos do HC nº 149.521 (desmembrado), as peças 9, 15 e 17 reúnem informações sobre o estado do Ceará. O resto foi silêncio, típico da pouca consideração que se dá para esses assuntos.

⁹ Número muito superior aos dados apresentados nesses autos, pelo DEPEN de 1.549 (mil quinhentas e quarenta e nove) mulheres presas gestantes ou com filho(a)(s) menores de 12 anos de idade.

Paraná	10	4	163	
Paraíba	2		136	
Piauí	1		76	
Rio de Janeiro	16		421	
Rio Grande do Norte	1		106	
Rondônia	2		81	
Santa Catarina	9		227	
São Paulo	88		1658	
Tocantins	8		107	
Espírito Santo	10		224	
Sergipe	4		58	
Mato Grosso do Sul				220
Rio Grande do Sul				405
Distrito Federal	4			
Bahia	2		15	
Subtotal	196	4	3735	625
TOTAL:	4560			

Ao final da tabela, a conclusão salta aos olhos: **o Brasil hoje mantém mais de 4500 mulheres presas de maneira ilegal**, considerando que a Constituição da República, o Código de Processo Penal e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos incorporados à ordem jurídica nacional não permitem que gestantes, parturientes e mães responsáveis pelo subsídio de filhos menores sejam atingidas pela excepcional (?) prisão processual.

É, portanto, dever do Estado – a ser realizado por seus magistrados, em todas as instâncias – salvar dos pusilânimes efeitos do cárcere os bebês e as crianças inocentes das acusações que se formulam contra suas mães e facilitar o acesso a cuidados obstétricos, ao contrário do que acontece no atual cenário de banalização das medidas privativas de liberdade.



Este Supremo Tribunal Federal tem, portanto, a oportunidade de redimir o Poder Judiciário nacional, negligente que tem sido no cuidado com as mães potenciais ou reais, vitimadas por alguma forma de prisão processual, especialmente porque é ampla a disciplina jurídica de alternativas à prisão disponíveis no Processo Penal brasileiro.

Por fim, para tratar de uma questão subjacente e inevitável, transitando da regra geral da criminalização da pobreza para a particularidade excêntrica da punição seletiva das grandes operações, o que se pede não é outra coisa que a universalização dos corretos critérios e balizados argumentos utilizados para assegurar à companheira do ex-governador do Rio de Janeiro a prisão domiciliar em substituição ao encarceramento preventivo, nos exatos termos da elogiável decisão do **Ministro Gilmar Mendes** no *Habeas Corpus* 151.057/DF, que **definiu a regra das alternativas à prisão para todas as mulheres grávidas ou com filhos sob seus cuidados** sob uma única condição: **que os crimes imputados não envolvam violência ou grave ameaça à pessoa, ainda que considerados graves.**

Aceitar essa restrição, entretanto, apenas reforça os argumentos do *Habeas Corpus* em discussão. Afinal, **75% das mulheres presas** no Brasil **respondem por crimes que não envolvem violência ou grave ameaça**, em especial delitos relacionados ao comércio varejista de drogas declaradas ilícitas pelo Executivo Federal (59%) e a mera subtração eventual de coisas que caracteriza o tipo objetivo do crime de furto (16%).

O predomínio das acusações por crimes relacionados à Lei de Drogas é ainda maior em relação às mulheres gestantes ou com filhos menores de 12 anos de idade, como evidenciam os dados apresentados pela Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul (peças 45/46). Vale destacar, também, o dado trazido pela Defensoria do Estado do Ceará no mesmo sentido, a revelar no *Habeas Corpus* 149.521 (peça 17) que 216 das 390 mulheres internas nas alas comuns do estado (55% do total) respondem por crimes previstos na Lei 11.343/2006 e que, 8 entre 10 mulheres que convivem no espaço da creche estão presas por acusações relacionadas à inútil e violenta “Guerra às Drogas”.



1.2. A realidade do encarceramento feminino além da objetividade estatística

A sistemática violação de direitos fundamentais praticada contra milhares de mulheres brasileiras, em especial gestantes, parturientes e mães, não deve nem pode ser reduzida à dimensão contábil. Afinal, para além dos números que denunciam a barbárie penal, está a tradução concreta na vida negada das presas e seus descendentes, que sofrem no cotidiano o que é apenas um recorte estatístico, não raro incapaz de despertar a empatia necessária para uma ação ética e urgente mediada pelo saber jurídico-penal.

Nesse sentido, o **IBCCRIM**, o **ITTC** e a **Pastoral Carcerária**, com o intuito colaborar com os Ministros do Supremo Tribunal Federal em relação ao grave problema humanitário em debate a partir do *Habeas Corpus* 143.641/SP, aproveita as investigações sociais e pesquisas universitárias dedicadas ao tema para apresentar informações relevantes, especialmente construídas a partir da realidade das vítimas concretas da ação estatal, que conduzam a uma resolução técnica e ética conforme a Constituição da República, as leis nacionais e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário.

1.2.1. Ser mãe no cárcere: saúde de gestantes e lactantes no meio prisional

A gestação dentro do cárcere necessariamente impõe riscos adicionais à saúde materna e da criança, violando o limite da máxima censura estatal, de estrita violação à liberdade ambulatorial, notadamente nos casos de prisão processual, no caso da mãe, produzindo sofrimento injustificado contra terceiro absolutamente inocente.

A fragilização da saúde materna e os perigos adicionais impostos a embrião, feto e bebê são determinados por inúmeros fatores, que podem ser divididos em estruturais e emocionais.



Primeiro, em relação aos problemas estruturais, o reduzido, sujo e escuro espaço prisional favorece o contágio e agravamento de doenças evitáveis durante e após a gestação, dificulta o acesso aos cuidados médicos pré- e pós-natais, impede a realização da medicina obstetrícia conforme seus princípios básicos, limita o acesso a medicamentos, roupas e utensílios para recém-nascidos e não faz concessões para uma alimentação equilibrada ou devidamente complementada por suplementos vitamínicos apropriados.

De fato, está demonstrado, pela pesquisa empírica, que o atendimento pré-natal oferecido nas penitenciárias e cadeias públicas é mais precário do que o destinado a mulheres que acessam o Sistema Único de Saúde fora dos muros da prisão, em qualquer nível social, com previsíveis e evitáveis danos colaterais, por vezes irreversíveis. Apenas a título de exemplo, cerca de **4,6% das crianças nascidas em prisões eram portadoras da forma congênita da sífilis**, o que não aconteceria se houvesse a mínima assistência médica, disponível em toda a rede pública, mesmo nas situações de maior carência.¹⁰

O início do trabalho de parto, situação particularmente sensível, frequentemente sequer é avisado a familiares da parturiente encarcerada. Conforme a pesquisa da Fiocruz, **em apenas 3% dos casos analisados a mulher pode escolher o seu acompanhante durante a internação para o parto**, em clara violação à Lei 8080/1990, que prevê a obrigatoriedade da permissão de presença de acompanhante durante todo o período do parto.¹¹

¹⁰ CASTRO, Regina. Nacer nas prisões: gestação e parto atrás das grades no Brasil. Disponível em: <<https://portal.fiocruz.br/pt-br/content/nacer-nas-prisoas-gestacao-e-parto-atras-das-grades-no-brasil>> Acesso em 06/02/2018.

¹¹ Art.19A “Os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde - SUS, da rede própria ou conveniada, ficam obrigados a permitir a presença, junto à parturiente, de 1 (um) acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato”.

Esses riscos foram evidenciados também pela pesquisa *Nascer nas Prisões* da Fiocruz,¹² que mostrou que **36% das mulheres gestantes presas não tiveram acesso aos exames de pré-natal** e cerca de **15% sofreram algum tipo de violência durante o parto**. Esse dado seria ainda maior se incluíssemos cerca de **36% das mulheres que estiveram algemadas em algum momento do parto**, uma prática cruel que expressa a violência obstétrica em termos absolutos.

Além dos problemas estruturais, em segundo lugar, em relação às questões emocionais, a angústia e o desamparo de uma mulher grávida cercada por muros e grades favorecem quadros depressivos, aceleram partos, aumentam o risco de dano neurológico permanente no nascituro, obstruem a criação do laço afetivo que assegura desenvolvimento emocional seguro para o neonato etc.¹³

A violação dos direitos da mulher no ciclo gravídico-puerperal é uma prática recorrente com inúmeras mulheres presas no Brasil, que expressaram sua dor e sofrimento em depoimentos sensíveis que integram a já mencionada pesquisa *MulheresSemPrisão*:

“Para de ficar pedindo para ir para o médico, não está na hora, na hora de nascer a gente tira você do raio” [dizia uma funcionária da unidade]. Aí que minha filha passou da hora de nascer, nasceu de 43 semanas, estava com falta de oxigênio a menina. Nasceu toda roxinha. Nunca fiz ultrassom, nunca fiz nada. Eu só ia no médico, eles me chamavam uma vez por mês, eu ia no médico, ele ia lá, media a minha barriga e me pesava” (Keila).

“A gente dorme de valete. Eu durmo com a outra companheira grávida. Tem 12 camas e 18 mulheres na cela. Aí dorme na praia. No banheiro tem as garrafas de água que a gente coloca para pegar água para tomar banho gelado” (Helena)¹⁴

¹² LEAL, Maria doCarmo; AYRES, Barbara Vasques da Silva; ESTEVES-PEREIRA, Ana Paula; SÁNCHEZ, Alexandra Roma; LAUROUZÉ, Bernard. *Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil*. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/csc/v21n7/1413-8123-csc-21-07-2061.pdf>>. Acesso em 06.02.2018. Na pesquisa da Fiocruz foram entrevistada 495 mulheres, 206 gestantes e 289 mães.

¹³ Para uma referência ampla sobre o tema, ver o principal livro texto da especialidade nas Faculdades de Medicina do Brasil, ZUGAIB, Marcelo. **Obstetrícia**. Barueri: Manole, 2008, especialmente p. 759-1030 e 1140-1143.

¹⁴ INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA. *MulheresSemPrisão*. Disponível em: <<http://mulheresemprisao.org.br/quem/>>. Acesso em: 18 dez. 2017.



1.2.2. A desumanidade da disciplina imposta às mães encarceradas

Após gestação e parto, não raro traumáticos, a situação não melhora nos primeiros meses de experiência da maternidade. Em um ambiente autoritário, em que a rotina é absolutamente controlada por terceiros, a constante vigilância sobre o exercício da maternidade subordina as necessidades da gestante à vontade das agentes penitenciárias, com conseqüente e recorrente denúncia de violência verbal e emocional praticada contra as novas mães, incapazes de decidirem questões elementares sobre o cuidado dos seus filhos.

Ser mãe no cárcere significa dividir uma pequena e humilde cela com o bebê durante 24 horas por dia, normalmente na companhia de outras mulheres e seus filhos com poucos dias e meses de vida. O stress emocional é enorme: tudo gira em torno do recém-nascido, não há qualquer possibilidade de vida autônoma e permanece a pressão da contagem regressiva para o traumático momento de separação que se aproxima a cada dia. Falta, em absoluto, uma rede de suporte para que a mulher possa descansar ou cuidar de si de maneira adequada, ao contrário do que acontece em liberdade.

São comuns relatos de mães vitimadas por sanções disciplinares porque não atendem seus bebês da maneira que as agentes penitenciárias julgam correto. Além disso, são constantes as ameaças de que, caso o cuidado da genitora não corresponda à forma determinada pelas carcereiras, as mulheres serão separadas sumariamente de seus filhos, gerando uma ruptura abrupta do exercício e cuidados intensivos da maternidade – como a amamentação, por exemplo. Nesse sentido, a seguir, mulheres presas entrevistadas no precioso Relatório feito pelo Instituto Terra Trabalho e Cidadania:

“Discussão no andar, no pavilhão, dá falta. Agressão dá falta. Se ela [a bebê] acordar e chorar e, no caso, a senhora subir e vir ela chorando, ela chama a minha atenção e, se acontecer mais vezes, ela faz um comunicado e eu posso até perder minha filha. Eles podem mandar



minha filha embora com a minha família e eu ter que voltar para o presídio”.

“O dia que eu entregar vai machucar demais, vai ser o dia que eu vou fazer 21 anos, então vai machucar demais. Tipo assim, minha filha vai embora, não vou poder cuidar dela. E fora que pelos 6 meses é pouco tempo de amamentação, né?”¹⁵

A violação da autonomia materna pela imposição de um regime disciplinar é apenas um dos aspectos que bem retrata a desumanidade inerente à manutenção de mães no cárcere, notadamente de mulheres que sequer estão cumprindo pena e, em especial, daquelas acusadas por fatos que não são violentos, como é regra no sistema de justiça criminal brasileiro.

1.2.3. A separação das mães de seus filhos

A Lei de Execução Penal (art. 83, §2º) prevê que o **prazo mínimo** para que as mulheres fiquem com seus filhos no presídio é de **seis meses**. Este prazo mínimo é, contudo, pragmaticamente transformado em máximo e produz um dos mais tristes momentos do vil sistema carcerário nacional: a separação forçada da mãe de seu filho pela autoridade estatal.

Contra essa lógica perversa, a Resolução nº 3 do Conselho de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) de 15 de julho de 2009, determina o **prazo mínimo de um ano e seis meses** para que as crianças permaneçam nos estabelecimentos penais, mas, salvo raras exceções, como no Estado de Minas Gerais, esse prazo não é respeitado. Desta forma, há uma angústia enorme das mulheres presas por conta da separação, e uma incerteza por não saber quem cuidará de seus filhos, ou em que condições, salvo raras exceções.

Em muitos casos, não havendo nenhum familiar para assumir essa enorme responsabilidade, os filhos das presas são **encaminhados para abrigos públicos**. Mais

¹⁵ INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA. MulheresSemPrisão. Disponível em: <<http://mulheresemprisao.org.br/quem/>>. Acesso em: 18 dez. 2017.



grave, ainda, são os casos de destituição do poder familiar em razão da prisão, algo que é juridicamente irregular, sendo previsto apenas a determinação de suspensão em eventual condenação transitada em julgado, sendo recorrente o relato de mães que perderam os filhos **em processos ilegais de adoção**.

Fora dessa teratologia, em boa parte dos casos a separação dos filhos impõe a sobrecarga de trabalho a outras mulheres, como avós e tias, fato que deve ser levado em consideração na interpretação do Marco Legal da Primeira Infância, como será adiante detalhado. Segundo dados estatísticos de 2016 do Relatório *Mães em Cárcere* da Defensoria Pública de São Paulo, são as avós maternas as principais responsáveis pelos cuidados de filhos durante o período de encarceramento da mulher, agravando a situação de pobreza, com aumento de despesas sem incremento de renda, o que acontece em 43,6% dos casos.

Esta é uma das hipóteses nas quais a prisão domiciliar, em substituição à custódia prisional processual, traz imediatamente benefícios concretos para outras mulheres além das encarceradas, pois ao menos permite, no âmbito doméstico, divisão das tarefas de casa e auxílio nos cuidados dos filhos por parte da denunciada. São esses os relatos encontrados no mesmo Relatório citado, quando questionadas sobre a possibilidade de obter a substituição por prisão domiciliar:

“Seria muito bom. É o que eu mais quero. Uma prisão domiciliar pra eu poder dar todo o apoio para o meu filho, no que ele precisar. E pra minha família, minha mãe, né, que também precisa de mim. Então... é o que eu mais quero”. (Amélia)

“[eu quero] pelo menos ficar em casa com a minha família. Não quero nem pôr o pé para fora do portão. Sabe, diminuir as tarefas da minha mãe, é uma coisa muito corrida para ela. Meu pai ajuda, meu irmão, mas não é a mesma coisa”. (Fátima)¹⁶

¹⁶ INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA. *MulheresSemPrisão*. Disponível em: <<http://mulheresemprisao.org.br/quem/>>. Acesso em: 18 dez. 2017.



Portanto, também por esse aspecto, uma decisão definitiva para todos os casos de gestantes e mães de filhos menores em prisão processual por crimes não violentos se impõe como correta.

1.2.4. Mulheres encarceradas em presídios mistos

Historicamente o número de mulheres presas sempre é inferior ao de homens, razão pela qual o sistema prisional, sua estrutura e gestão sempre foram pensados a partir de parâmetros masculinos, com pouca atenção à questão feminina. Não por acaso, muitos estados brasileiros mantêm mulheres presas em condições precárias ou improvisadas, em locais eufemisticamente conhecidos como *presídios mistos*, coabitados por homens e mulheres, separados por alas ou, simplesmente, celas.

Como visto, dentre os estabelecimentos prisionais brasileiros, apenas 7% são exclusivamente femininos e 17% são mistos. Ou seja, a maioria dos estabelecimentos onde estão mulheres no Brasil não é exclusivamente feminino. Um cenário que tem se agravado com o exponencial aumento da população carcerária feminina, sendo, paradoxalmente, impossível ao Estado, que produz esse contingente, acompanhar seu acentuado crescimento. Sem políticas que visem o desencarceramento feminino e a assistência às mulheres em situação vulnerável, ou mesmo, a construção de locais adequados e seguros para as mulheres em cumprimento de pena, o Judiciário precisa atuar para proteção dos direitos humanos diante da irresponsabilidade das políticas públicas.

Em particular, a Pastoral Carcerária, signatária do presente **Memorial**, incumbida da assistência religiosa e humanitária em todo Brasil, nas ocasiões que visita unidades prisionais mistas em diferentes estados, costumeiramente ouve e presencia situações semelhantes de inadequação e insalubridade do espaço para as mulheres, superlotação, falta de atendimento médico, inclusive para gestantes, falta de atendimento jurídico, religioso, ausência de espaço para berçário, entre outras violações.

Constata, também, a prioridade de atendimentos à população masculina em detrimento da feminina, assim como banho de sol em menores períodos para as mulheres e ausência de privacidade, notadamente quando o local para o banho de sol é em frente às celas dos homens. Outro problema recorrente é a falta de preparo dos gestores e funcionários em geral para lidar com esses grandes coletivos de mulheres, além da ausência de funcionárias diante de um quadro de agentes predominantemente masculino.

Essa realidade problemática também foi registrada pelo Mecanismo Nacional de Combate e Prevenção à Tortura em relatório realizado no presídio misto no município de Santarém no Pará, denominado Centro de Recuperação Agrícola Sílvio Hall de Moura (CRASHM), como se vê no excerto a seguir:

“No dia da visita do MNCPT, como já apresentado, havia 71 mulheres na seção feminina, sendo que 10 mulheres estão em regime fechado, 14 em regime semiaberto e 48 são presas provisórias. Todas as mulheres estão em um único espaço, sendo separadas apenas nas celas, não havendo diferenciação clara entre elas, ou seja, presas provisórias possuem mesma estrutura que as presas em regime semiaberto.

(...) Todas as celas apresentam problemas infraestruturais como infiltrações, instalações elétricas inseguras, mau cheiro, ausência de ventilação cruzada e intenso calor em seu interior. O calor excessivo é produto da incidência frontal do sol nas celas durante a maior parte do período vespertino, que somada à superlotação, agrava sobremaneira as condições de habitabilidade. Além disso, nas celas superlotadas as mulheres não tem camas nem colchões, tendo de se revezar para dormir.

(...) **O espaço destinado a elas se resume a uma pequena área improvisada da unidade**, situada ao lado da capela, não possuindo acesso diferente da área voltada ao público masculino e a separação entre as alas é bastante frágil (...)

(...) Como a grande maioria dos estabelecimentos penais do país, esta unidade replica a realidade de abrigar mulheres em espaços mistos, de modo que as celas e as alas do local são adaptadas para recebê-las sem que tenham uma estrutura adequada e voltadas a suas especificidades, tal como creche, maternidade ou berçário. **A área destinada às presas é o pior espaço de toda unidade penal**, pois a infraestrutura é precária, as celas estão superlotadas e poucas tem acesso a trabalho ou educação.¹⁷

¹⁷ Disponível em <http://www.mdh.gov.br/sobre/participacao-social/sistema-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura-snpct/mecanismo/relatorio-de-visita-as-unidades-de-privacao-de-liberdade-do-para-julho-2016>



A sistemática violação de direitos fundamentais na custódia das presas em estabelecimentos mistos é ainda mais grave porque alcança, também, mulheres protegidas pela presunção de inocência, indevidamente atingidas por prisões processuais. O injustificável número de presas provisórias em unidades com condições degradantes é, sob qualquer ótica, inadmissível.

Estas condições apenas reforçam a urgência de uma posição firme e afim aos direitos humanos por parte do Supremo Tribunal Federal, oportunidade que se apresenta precisamente no julgamento do *Habeas Corpus* que traz essa questão. Como já exposto pelas inúmeras violações de direitos às quais estão submetidas as mulheres encarceradas, seja em estabelecimentos femininos, mistos, ou exclusivos, a maternidade não pode ser adequadamente exercida no cárcere.

O melhor caminho para garantir os direitos das crianças cujas mães estão encarceradas, bem como o direito das mulheres de exercer a sua maternidade com autonomia, é a liberdade condicionada. E é com base na histórica assimetria de poderes que em uma sociedade patriarcal atribui às mulheres maiores responsabilidades de cuidado dos filhos e da casa, e conseqüentemente um maior impacto em toda a comunidade familiar quando a mulher é aprisionada, que há diversas normativas específicas para mulheres presas.

O Supremo Tribunal Federal tem em suas mãos oportunidade única de garantir os direitos dessas mulheres e de seus filhos. O *Habeas Corpus* nº 143.641 pode se transformar em efetivo instrumento desencarcerador de todas as mulheres submetidas à prisão provisória que estejam grávidas ou tenham filhos de até 12 anos e reverter um cenário de graves violações de direitos humanos de mulheres e crianças inocentes nos cárceres brasileiros. Caso contrário, reforça-se uma situação discriminatória e desproporcional que vem sendo vivenciada pelas mulheres presas e por seus filhos e familiares, descumprindo as normativas internacionais existentes que garantem a liberdade de mulheres e tornando inócuas as correspondentes alterações legislativas internas.



1.2.5. O terrível caso da Sra. Jéssica Monteiro

Um recente e lamentável episódio de violação dos direitos das mulheres em situação de prisão cautelar foi o caso da Sra. **Jéssica Monteiro**, de 24 anos, grávida e presa em flagrante pela posse de 40 gramas de maconha, em São Paulo. No domingo de carnaval, tendo entrado **em trabalho de parto**, a Sra. Jéssica **foi incapaz de comparecer à audiência de custódia**. A iminência do nascimento de um ser humano, contudo, foi insuficiente para sensibilizar os burocratas do sistema de justiça criminal, que entraram em acordo para **decretar sua prisão preventiva**. A decisão, sintomática da falta de rigor técnico da prática forense destinada às mulheres socialmente marginalizadas do nosso país, fez constar de modo protocolar – mas suficiente para autorizar tamanha barbárie – a suposta “alta periculosidade” da parturiente e a genérica necessidade de “garantia da ordem pública”, expressões retóricas que, combinadas com a “gravidade” abstrata do delito de tráfico de entorpecentes determina a miséria dos brasileiros que são inúteis do ponto de vista da exploração capitalista.

Um dos pontos particularmente abjetos do repulsivo episódio, de repercussão nacional, foi o fato de a Sra. Jéssica ter sua prisão preventiva requerida por uma promotora grávida, mesmo assim incapaz de mínima empatia ou capacidade de alteridade, a apontar grave alienação moral de alguns agentes do sistema de justiça criminal.

Os agentes do estado brasileiro mantiveram, assim, a Sra. Jéssica e seu filho recém-nascido por dias em uma cela úmida, fria, suja de 2 metros quadrados:



18

Sua prisão processual, completamente desnecessária, jamais poderia ter sido decretada sem a exaustiva aplicação sucessiva de medidas alternativas ao cárcere, a fazer sair do papel a determinação legal de que qualquer prisão antes de sentença transitada em julgado é, sempre e sempre, excepcional – e proibida, como regra, para mulheres gestantes ou mães de crianças menores.

Hoje solta pelo Tribunal de Justiça de São Paulo através de *habeas corpus* apresentado pela OAB/SP e graças à pressão humanitária determinada pela notícia do fato, o caso da Sra. Jéssica é a **crônica de uma história que aguarda sua inevitável repetição** se nada for feito pelo Poder Judiciário brasileiro para coibir a própria violência.

Em conclusão: a miséria cotidiana de milhares de brasileiras encarceradas é uma realidade produzida e reproduzida pelo sistema de justiça criminal brasileiro que não deve persistir. Para avançar contra esse perverso cenário, ainda que apenas um pequeno degrau

¹⁸ Disponível em <<http://cbn.globoradio.globo.com/media/audio/160379/bebe-de-2-dias-esta-detido-em-cela-de-2-metros-com.htm>> Acesso em 15/02/2018.



em direção à decência, é imperativo começar pela mais urgente hipótese humanitária, retirando das cadeias públicas e penitenciárias todas as gestantes e mães responsáveis por filhos menores de 12 anos, presas em função de medidas processuais antes mesmo de condenação transitada em julgado e por crimes que, não obstante “graves” segundo juízos idiossincráticos, objetivamente não envolvem violência ou grave ameaça.

Argumentos jurídicos para tanto sobram, como se demonstra a seguir.

II. NORMATIVAS NACIONAIS E INTERNACIONAIS QUE PRIORIZAM A LIBERDADE DE MULHERES EM CONTATO COM A JUSTIÇA CRIMINAL

Para se contrapor ao preocupante cenário mundial de aumento do encarceramento feminino relatado, diversas normativas, nacionais e internacionais, garantem a aplicação de instrumentos desencarceradores para mulheres.

É essencial que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar este *Habeas Corpus*, leve em consideração essas normativas. Dentre elas, destaca-se a Constituição da República, as ‘Regras de Bangkok’ e o ‘Marco Legal da Primeira Infância’. Como será a seguir demonstrado, deferir os pedidos realizados no HC nº 143.641 significa nada mais que reconhecer e aplicar tais normativas.

2.1. Constituição da República

A Constituição da República de 1988 carrega em si uma série de previsões normativas que tanto impedem a aplicação de penas que ultrapassem a pessoa do condenado, quanto tutelam os direitos das gestantes, dos nascituros, recém nascidos e infantes. Uma simples leitura dos dispositivos demonstra, para além de qualquer dúvida, que a injusta privação de uma criança de sua liberdade ou de contato com sua figura

materna é prática vedada e desumana, que somente tem se concretizado pela insistente cegueira deliberada de promover o respeito às garantias constitucionalmente previstas.

De início, verifica-se a previsão expressa do **princípio da personalidade da pena**, contida no artigo 5º, inciso XLV da Constituição da República, positivado com a seguinte redação:

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

Trata-se da consolidação em assento constitucional de princípio fundante do Direito Penal moderno. Em oposição às obscurantistas práticas punitivas que marcaram o passado negro e cruel dos sistemas penais, onde a pena transcendia a pessoa do condenado para atingir sua família, a personalidade da pena restringe os efeitos de uma condenação aos responsáveis pela prática delitiva. A célebre condenação de Tiradentes, que culminou com a previsão de que a pena se estenderia até a terceira geração de sua família, ilustra o distanciamento entre justiça e direito que se consolida quando se permite a afetação de terceiros, jurídica e factualmente inocentes, pelos atos delitivos de seus genitores.¹⁹

A simples positivação deste princípio no texto constitucional, porém, não se revela suficiente. O atual panorama de encarceramento feminino – bem como o objeto do

¹⁹ “Portanto condenam ao Réu Joaquim José da Silva Xavier, por alcunha o Tiradentes, Alferes que foi da tropa paga da Capitania de Minas, a que com barço e pregão seja conduzido pelas ruas públicas ao lugar da forca e nela morra morte natural para sempre, e que depois de morto lhe seja cortada a cabeça e levada a Vila Rica, aonde em lugar mais público dela será pregada, em um poste alto até que o tempo a consuma, e o seu corpo será dividido em quatro quartos, e pregado em postes pelo caminho de Minas no sítio da Varginha e das Cebolas, aonde o Réu teve as suas infames práticas, e os mais nos sítios de maiores povoações até que o tempo também os consuma; declaram o Réu infame, e seus filhos e netos tendo-os, e os seus bens aplicam para o Fisco e a Câmara Real, e a casa em que vivia em Vila Rica será arrasada e salgada, para que nunca mais no chão se edifique e não sendo própria será avaliada e paga a seu dono pelos bens confiscados e no mesmo chão se levantará um padrão pelo qual se conserve em memória a infâmia deste abominável Réu.” Disponível em : <https://www.conjur.com.br/2004-set-07/conheca_acordao_levou_tiradentes_forca_1792?pagina=13> Acesso em 18 fev. 2018.

presente *Habeas Corpus* – demonstram a necessidade de se promover a concretização judicial desta garantia básica, central a um direito penal pautado na culpabilidade. A extensão indevida da punição da mãe a seus filhos ocorre com inadmissível reiteração, beirando o cinismo de naturalizar a ilegalidade e a supressão de direitos fundamentais em razão da simples desconsideração das normas existentes. Há um especial perigo em se admitir como realidade incontornável a situação carcerária das gestantes, parturientes e mães de filhos dependentes, porque a mera aceitação da extensão dos efeitos da pena sobre pessoa inocente, vulnerável e acobertada de especial tutela jurídica, implica não somente em desrespeito à lei, como também no reconhecimento tácito da incapacidade do Direito em assegurar condições mínimas de proteção do indivíduo contra o voraz arbítrio punitivo que se consuma de forma contrária a qualquer prescrição jurídica.

Correndo o risco de recair no óbvio, verifica-se que a discussão se resume ao argumento sintético e incontornável de que **crianças não podem ser punidas pelos crimes de seus pais**. Trata-se de fundamento basilar ao Direito Penal, sem o qual se confunde a linha entre retribuição jurídica ao injusto penal e aplicação arbitrária e bárbara de privações injustas de liberdade. Como esclarece Nilo BATISTA, “*A responsabilidade penal é sempre pessoal. Não há, no direito penal, responsabilidade coletiva, subsidiária, solidária ou sucessiva. Nada pode, hoje, evocar a infâmia do réu que se transmitia a seus sucessores.*”²⁰

Mas não é só. A garantia de que nenhum filho será privado de seus direitos em razão dos atos de seus genitores decorre não apenas da principiologia penal e das garantias constitucionais, como também da especial tutela conferida aos infantes na ordem jurídica vigente. O artigo 227 da Constituição da República estabelece como dever do Estado assegurar os direitos dos menores de idade, incluindo-se expressamente o direito à *liberdade e ao convívio familiar*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, **com absoluta prioridade**, o direito

²⁰ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 104.



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.

Ao instituir a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, a nova ordem constitucional também se preocupou em tornar inequívoca a prevalência da tutela da infância em todas as situações. O artigo acima transcrito estabelece **absoluta prioridade** ao dever de assegurar os direitos dos infantes, de forma a dirimir qualquer eventual conflito aparente de normas ou embate principiológico que possam surgir. Nenhum outro dever estatal – nem mesmo à Segurança Pública – recebeu idêntico tratamento, de forma a tornar inequívoca a prevalência dos direitos das crianças e adolescentes sobre a pretensão punitiva estatal.

De fato, ao instituir absoluta prioridade ao dever de assegurar ao infante sua **liberdade**, reforça-se a impossibilidade de sequer cogitar a segregação de uma criança por ato praticado por seus pais. Por sua vez, ao estabelecer idêntica importância ao **convívio familiar**, confirma-se a necessária proibição à privação de liberdade das mães, gestantes e parturientes responsáveis pelos cuidados de seus filhos.

Dessa forma, a ordem jurídica constitucional vigente delimita o horizonte punitivo do sistema de justiça criminal, consolidando critérios objetivos para as medidas privativas de liberdade aplicadas contra mães, gestantes e parturientes. A proteção dos direitos de seus filhos deve prevalecer sobre a aplicação de penas ou medidas cautelares de natureza restritiva à liberdade, sob o risco de inversão dos valores expressamente discriminados na Constituição da República e da injusta privação de vulneráveis de suas garantias fundamentais.

Ainda, a legislação internacional e infraconstitucional reforçam os mandamentos constitucionais, reiterando o necessário primado da proteção da infância, conforme demonstrado em sequência.



2.2 *Regras de Bangkok*

As “Regras das Nações Unidas para o Tratamento das Mulheres Presas e Medidas Privativas para Mulheres Não Infratoras”, conhecidas como *Regras de Bangkok*, são o principal marco normativo internacional sobre o aprisionamento de mulheres. Tem, por referencial, a especificidade da repressão sobre o público feminino – questão cuja complexidade contrasta com o descaso da política penal nacional – e apresenta a recomendação de diversas mudanças no sistema de justiça criminal dos países signatários para um enfrentamento racional deste tema.

Trata-se, portanto, de uma elaboração que apresenta como centro gravitacional as diferenças entre homens e mulheres em situações de privação de liberdade. Por esta razão, as *Regras de Bangkok* pressupõem que o tratamento igualitário das mulheres presas – isto é, o reconhecimento da diferença como parâmetro da justiça – deve levar em consideração **o valor social da maternidade** (real ou potencial) e as diferentes formas de **violência de gênero**. As situações de encarceramento, asseveradas pela custódia em estabelecimentos que não possuem instalações adequadas à manutenção de detentas – e muito menos de seus filhos – muitas vezes implicam na supressão de direitos que não deveriam ser afetados pela privação de liberdade, razão pela qual se deve primar pela aplicação de medidas que impliquem na menor restrição possível de direitos e mitiguem o impacto da sanção criminal nas gestantes, parturientes e nas crianças cujas mães recebem condenações penais.

Pautando-se nessa lógica, a recomendação permanente de aplicação de medidas alternativas à prisão para mulheres é um dos pontos cardeais do documento, explícito em sua 57ª regra:

“Regra 57. 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” (grifamos).²¹

Dessa forma, as *Regras de Bangkok* são enfáticas a determinar a preferência pela adoção de medidas alternativas à prisão e, com isso, ressaltam a inadmissibilidade de prisões processuais para cidadãs ainda protegidas pela presunção de inocência, especialmente quando responsáveis pelos cuidados de menores de idade.

A racionalidade desta disposição decorre, principalmente, dos perigos que o ambiente carcerário representa à gestação e ao recém-nascido. Estudos de obstetrícia demonstram que os impactos de ambientes negativos, e com especial ênfase o cárcere, dificultam a criação de laços com o recém-nascido, podendo resultar, inclusive, em deficiências neurológicas. Além disso, sabe-se que a separação traumática das mulheres de seus bebês e filhos menores determinada por qualquer episódio de natureza criminal, ainda que apenas por curto lapso temporal (incluindo-se qualquer forma de custódia antecipada de natureza processual) pode gerar impactos negativos no desenvolvimento biopsicofísico da criança. Não se ignoram, também, os impactos sociais do encarceramento de mães. Enquanto responsáveis pelo sustento e bem estar do infante, a privação de sua liberdade e consequente restrição no convívio maternal implicam em prejuízos à criança justamente em seu estágio de desenvolvimento mais vulnerável, quando não a priva por completo de meios materiais mínimos de subsistência e desenvolvimento.

As *Regras de Bangkok* não negligenciaram a vulnerabilidade dos infantes e nascituros, afetados pelo apenamento de suas genitoras. De forma expressa, foi consignado na 64ª regra a necessidade de aplicação de medida **não privativa de liberdade** de forma a tutelar o **melhor interesse do menor**:

“**Regra. 64.** Penas não privativas de liberdade para as mulheres gestantes e mulheres com filhos/as dependentes serão preferidas sempre que for possível e apropriado, sendo a pena de prisão considerada

²¹ CARNEIRO, Disponível em
<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>>
Acesso em 16 Fev. 2018.



apenas quando o crime for grave ou violento ou a mulher representar ameaça contínua, sempre velando pelo **melhor interesse do/a filho/a** ou filhos/as e assegurando as diligências adequadas para seu cuidado”.

Embora o Brasil tenha participado ativamente das negociações e elaboração do texto, somente em 2016, após pressão da sociedade civil, protagonizada pelo trabalho do ITTC e da Pastoral Carcerária, foi publicada a tradução oficial do documento pelo Conselho Nacional de Justiça. A tradução foi um importante passo para estimular atores do sistema de justiça e gestores públicos a aplicar as regras com a finalidade de reduzir o encarceramento feminino.

Contudo, ainda é tímida a adoção de medidas em conformidade com a normativa exposta. Diante do aumento expressivo do encarceramento de mulheres – somente no primeiro semestre de 2016, 18.274 mil mulheres entraram no sistema penitenciário, em comparação a 9.913 mulheres no primeiro semestre de 2014, segundo dados do INFOPEN 2016 e 2014 – torna-se ainda mais urgente a concretização das normas com as quais o Brasil assumiu compromisso internacional.

No mesmo sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), um dos principais órgãos de monitoramento dos direitos humanos nas Américas, tem acompanhado com preocupação o alto número de prisões preventivas da região, e entende necessários os esforços das autoridades dos continentes americanos para diminuir o número de presos provisórios, tendo como referência os parâmetros internacionais para a matéria. No *‘Relatório Sobre Medidas Destinadas a Reduzir o Uso da Prisão Preventiva na América’*, a CIDH analisou de 2014 a 2017 os dados e informações provenientes dos estados americanos sobre a prisão preventiva e aspectos relacionados compreendidos no período de 2014 a 2017, como base para recomendações específicas aos Estados destinadas a garantir um patamar mínimo de respeito aos direitos humanos das mulheres em situação de custódia provisória.

A partir dessa análise, a CIDH passou a recomendar a ponderação das discriminações históricas e estereótipos de gênero que limitam o acesso a direitos, especialmente quando atrelados a outros marcadores sociais da diferença, como raça,



idade e condições de saúde. Ao mesmo tempo que são tradicionais vítimas de desigualdades no mercado de trabalho, violência física, sexual e psicológica, mulheres ocupam papel central na manutenção das famílias. Numa realidade em que é cada vez mais comum a existência de famílias monoparentais chefiadas por mulheres – denominadas de “mães solteiras” –, a prisão passa a significar a interferência máxima na estrutura familiar, deixando em desamparo os filhos, e em alguns casos, outros adultos vulneráveis (deficientes, idosos), cujos cuidados recaem sobre responsabilidade feminina.

A despeito das diretrizes estabelecidas pela CIDH, a questão de gênero, assim como o interesse superior das crianças e de pessoas vulneráveis, ao que tudo indica, não têm sido levados em consideração pelo sistema de justiça penal. Segundo ofício protocolado pelo DEPEN em resposta à solicitação do Ministro Ricardo Lewandowski no âmbito do HC nº 143.641, a prisão de mulheres aumentou cerca de 800% em dezesseis anos, sendo que 43% destas são juridicamente inocentes, encontrando-se em situação de custódia processual. Verifica-se, a partir destes, que os critérios de necessidade, proporcionalidade e razoabilidade no momento de aplicação da prisão preventiva nos casos em que as pessoas tenham a responsabilidade de cuidado de crianças e adolescentes não são ponderados nas decisões judiciais.

Ainda, observa-se que a gravidade genérica da imputação lançada persiste ilegalmente como parâmetro central para a decretação de prisões preventivas. Isto ganha especial relevância na análise do encarceramento feminino, tendo em vista que no Brasil a grande maioria das mulheres sob custódia respondem a acusações de tráfico de drogas. Neste cenário, a ausência de ponderação de questões materiais que influenciam nos custos sociais das prisões – como questões de gênero, no caso concreto – conduz à exacerbação do estigma do crime imputado, refletindo na resistência à adoção de medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, as quais acabam por passar ao largo das decisões judiciais que analisam o cabimento dessas medidas.

Ressalta-se que na própria dinâmica do mercado de tráfico de entorpecentes, a participação feminina reflete problemas da desigualdade de gênero, eis que as mulheres



se submetem usualmente a tarefas de risco para transportar drogas junto ao próprio corpo (“mulas”), muitas vezes para auxiliar companheiros, inserindo-se mais no papel de vítimas, usuárias e partícipes em delitos que não envolvem violência ou grave ameaça. Diante dessa realidade, o relatório da CIDH entende necessária a inserção de uma perspectiva de gênero nas políticas de drogas, cuja ausência até o momento contribuiu diretamente para o aumento do encarceramento feminino nas Américas:

“No contexto das políticas criminais em matéria de drogas, a CIDH alenta os Estados a adotar medidas integrais que incluam uma perspectiva de gênero, e considerem, pelo menos, os seguintes aspectos: a) baixo nível de participação dentro da cadeia da atividade comercial e do tráfico destas substâncias; b) ausência de violência na prática destas condutas; c) impacto nos vínculos de cuidado e proteção como consequência de seu encarceramento; d) inclusão do enfoque de reinserção social; e e) situação de violência e exclusão social e laboral enfrentada na região por esta população. Além disso, na aplicação de medidas alternativas devido a uma acusação relacionada com o uso problemático de drogas, as mulheres devem ter acesso a serviços comunitários que considerem questões de gênero, e ofereçam apoio psicológico(...) Nesse sentido, os Estados devem oferecer distintas opções para resolver os problemas mais comuns que levaram estas mulheres a ter contato com o sistema de justiça criminal, tais como tratamento psicológico e programas de educação e capacitação para aumentar suas chances de emprego.”

Neste cenário, cumpre ao Judiciário a concretização dos preceitos contidos nas *Regras de Bangkok* de forma a assegurar a todas as detentas a adequada humanização do cárcere e a necessária tutela dos interesses de seus filhos. Requer-se, portanto, sejam aplicados os dispositivos n. 57 e 64 das *Regras de Bangkok* no julgamento deste *Habeas Corpus* para reconhecer, em concreto, as necessárias medidas desencarceradoras a todas as detentas em situação de vulnerabilidade abarcadas pelo objeto do presente *writ*.

2.3. Aplicação brasileira e Marco Legal da Primeira Infância

A legislação infraconstitucional pátria igualmente caminha na direção do desencarceramento feminino e do primado pela tutela dos interesses de menores e vulneráveis. Observa-se que nos últimos anos o Legislativo e o Executivo vêm



trabalhando na construção de marcos normativos do sistema de justiça criminal que reconheçam um recorte de gênero, cabendo ao Poder Judiciário engajar-se em sua aplicação.

De fato, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a importância desta perspectiva em situações análogas, como no julgamento do *Habeas Corpus* nº 118.533/MS, que firmou a tese de que o tráfico privilegiado não deve ser equiparado ao hediondo. Na ocasião, a Ministra Presidenta do Supremo Tribunal Federal Carmen Lucia e o Ministro Ricardo Lewandowsky destacaram a necessidade de um olhar específico para as mulheres, reconhecendo que elas são afetadas de forma mais gravosa pela atual política de drogas:

“O INFOPEN, do Ministério da Justiça, colacionou algumas informações, que datam de dezembro de 2004, e dão conta – e os números impressionam – que, entre as já 622.202 pessoas em situação de privação de liberdade, homens e mulheres, 28%, mais precisamente 174.216 presos ali estão por força de condenações decorrentes da aplicação da Lei de Drogas. Portanto, quase 30% desses mais de 600.000 estão presos por tráfico de drogas. **Esse porcentual, se analisado sob a perspectiva do recorte de gênero, revela uma realidade ainda mais brutal: 68% são mulheres encarceradas.** E hoje nós temos a quinta maior população do planeta, levando em conta o número de mulheres presas, que estão envolvidas com tipos penais de tráfico de entorpecentes ou associação para o tráfico. (...) Portanto os números impressionam: 30% dos presos, dos mais de 600.000 presos estão lá no sistema penitenciário porque praticaram algum delito ligado ao tráfico de drogas, e 45% desse contingente, na sua maioria mulheres, ou seja, 80.000 pessoas tiveram na sentença o reconhecimento do privilégio”.

Neste mesmo contexto, a edição de Decretos Presidenciais promovendo o indulto tem ampliado as medidas desencarceradoras, pautados no reconhecimento das diferenças de gênero. No ano de 2017 houve um importante avanço quando, após a pressão de mais de cem entidades que atuam com a justiça criminal, foi publicado pela Presidência da República o Decreto de 12 de abril de 2017, à época do dia das mães, concedendo indulto



e a comutação de penas para mulheres presas.²² As propostas foram ainda ampliadas no indulto de natal, publicado em dezembro de 2017, propondo condições especiais para gestantes e mães ou avós que tenham filhos(as) ou netos(as) de até 14 anos sob seus cuidados.²³

Tampouco se pode ignorar a promulgação da Lei 13.257/17, conhecida como Marco Legal da Primeira Infância. Buscando inserir no Código de Processo Penal instrumentos normativos que permitam a concretização da liberdade para mulheres, houve uma **ampliação das hipóteses de concessão da prisão domiciliar para mulheres, em substituição à prisão preventiva nos casos em que esta couber.**

Antes das reformas promovidas pela Lei 13.257/17, a prisão domiciliar somente era cabível, dentre outros casos, para gestantes a partir do 7^o (sétimo) mês de gravidez ou em gestação de alto risco. Com as recentes alterações, o **único requisito é a gravidez** ou a responsabilidade pelos cuidados de **criança de até 12 (doze) anos** de idade, tornando-se necessária a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, conforme dispõe a atual redação do artigo 318, incisos IV e V do Código de Processo Penal:

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

IV - gestante;

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

Os instrumentos necessários ao desencarceramento e à efetiva tutela do melhor interesse do menor estão positivados. Contudo, existe uma reprovável resistência em sua efetivação, optando-se pelo isomorfismo reformista usual, que insiste no uso dos mecanismos ineficazes de privação de liberdade, ainda que para tanto seja necessário ignorar o panorama social e os comandos normativos, retirando direitos dos mais

²² Disponível em <<http://itcc.org.br/apoie-o-indulto-a-maes-e-mulheres-presas-por-trafico-de-drogas/>>. Acesso em 24 jan. 2018.

²³ Atualmente suspenso liminarmente, em disputa na ADI 5874.



vulneráveis. Por isso o julgamento do *Habeas Corpus* nº 143.641 (e feitos conexos) é de extrema relevância.

De fato, conforme exposto na parte inicial destes memoriais, em que pesem as hipóteses de cabimento da prisão domiciliar terem se expandido, há um número significativo de mães com filhos de até 12 anos ou gestantes submetidas à custódia cautelar. Isto aponta para uma ilegal e persistente recusa na aplicação da legislação nacional e concretização dos compromissos internacionais.

A aplicação da prisão domiciliar em diversos casos emblemáticos de políticos ou familiares de políticos apenas reforça a seletividade já escancarada do sistema prisional. O que se observa é que, nesses casos, não se exige qualquer requisito para além das previsões legais para que a prisão domiciliar seja concedida. No caso da maioria da população feminina encarcerada, no entanto, é frequente, ainda que sem qualquer embasamento legal, que se exija a comprovação da imprescindibilidade para o cuidado dos filhos.

Por óbvio, a criação de óbices sem previsão legal para evitar a concessão de um direito configura, por si só, constrangimento ilegal insuperável. Esta situação ganha contornos de cinismo ao se verificar que os requisitos supraleais são, em sua maioria, exigidos da parcela da população feminina, que, como aponta o Relatório *MulhereSemPrisão* do Instituto Terra Trabalho e Cidadania²⁴, abrange, em regra, as únicas responsáveis pelo cuidado dos filhos, dos trabalhos domésticos, do sustento da casa, e ainda do cuidado de outros familiares.

Verifica-se que no Estado de São Paulo, onde, segundo dados do INFOPEN 2016, encontra-se a maior concentração de mulheres encarceradas do país, a seletividade é facilmente evidenciada nas decisões de juízes de primeira instância, com surpreendente

²⁴ INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA. *MulhereSemPrisão*. Disponível em: <<http://mulheresemprisao.org.br/quem/>>. Acesso em: 18 dez. 2017.



constância na ratificação pelo Tribunal de Justiça daquele Estado. Para ilustrar, menciona-se a liminar concedida no Superior Tribunal de Justiça no julgamento do *Habeas Corpus* 430.697 SP, de relatoria da Min. Maria Thereza de Assis Moura, revisando decisão do judiciário paulista que chegou ao absurdo de afirmar que a presença de uma tia em audiência infracional demonstrava que a maternidade não era necessária, e que a disponibilidade de leite em pó nos supermercados tornava a amamentação desnecessária:

No presente caso, a Defesa sustenta não existir ninguém que possa cuidar das duas crianças. No entanto, verifica-se que no mesmo dia em que foi realizada a audiência de custódia, o filho mais velho da investigada, João Vítor Alves, foi representado por ato infracional equivalente ao de tráfico de drogas pela tia materna Aline Cristina de Lima, que funcionou como Curadora do adolescente, informando expressamente existir ao menos outra tia materna, Adriana de Lima, com plenas condições de cuidar da pequena Louise Vitória. Aline informou, ainda, que naquela ocasião a criança se encontrava sob os cuidados da avó materna, Maria Augusta Basílio de Lima, que não apresenta qualquer problema de saúde. Considerando que tanto a mãe quanto a irmã da investigada possuem condições de cuidar das crianças, não há que se cogitar que estejam em desamparo, inexistindo motivos para o acolhimento do pedido da defesa. Ademais, ainda que Louise Vitória seja criança de tenra idade, em fase de amamentação, o leite materno pode ser substituído por outros alimentos, como leite em pó, vendido em farmácias e fornecido gratuitamente pelo Poder Público aos economicamente hipossuficientes, possuindo propriedades nutricionais para assegurar o pleno desenvolvimento físico e mental da criança (TJSP. Processo no. 003909-23.2017.8.26.0368).

Contudo, nem sempre é esse o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. Há um número expressivo de julgados daquela Corte Superior que reiteradamente desconsidera o Marco Legal da Primeira Infância, criando requisitos desprovidos de amparo legal, ignorando as alterações normativas e exigindo a demonstração da imprescindibilidade da presença materna para o cuidado dos filhos (STJ, HC nº 431.179/SP, j. 01/02/18, STJ, HC 430670-SC, Dje 01/02/18) .

Outro julgamento emblemático por denotar desprezo pela questão do encarceramento feminino ocorreu nos autos de *Habeas Corpus* 433.040, publicado em



02/02/2018 e amplamente divulgado na mídia²⁵. Na oportunidade, foi completamente desconsiderado o impacto desproporcional da prisão para os dois filhos de uma mulher lactante, cujo companheiro também se encontra em situação de prisão:

“Embora a paciente possua uma filha menor de 06 anos e outra recém-nascida, bem como apesar do fato de seu marido também se encontrar preso, esta indicou sua tia como a responsável pelos cuidados de seus filhos em razão de sua prisão. Além disso, o estabelecimento prisional deve garantir o direito ao aleitamento materno, não estando comprovado, de plano, qualquer prejuízo ao direito da lactante.” Diante da motivação apresentada na decisão combatida, não se observa, ao menos *primo ictu oculi*, nenhuma teratologia”.

Cumprе ressaltar que a suposta garantia do aleitamento materno nos estabelecimentos prisionais não impede a violência das condições impostas a tais mulheres e crianças, como demonstrado.

A partir destes casos ilustrativos, verifica-se a constância de decisões que implicam na desconsideração da tutela da infância e juventude e da intranscendência da pena criminal. Há centenas de julgados de diversas Cortes estaduais exigindo a comprovação da imprescindibilidade para a substituição da prisão pela domiciliar, ainda que a reforma promovida pelo Marco da Primeira Infância tenha explicitamente suprimido tal requisito. Além disso, não é incomum a criação de novos obstáculos desprovidos de amparo jurídico destinados a manter certas mães e gestantes presas preventivamente, ignorando as normativas internacionais, o sentido da legislação recentemente promulgada e reforçando a seletividade do sistema.

Ainda, cumprе ressaltar que até mesmo a solicitação realizada ao Ministério da Justiça pelo **Ministro Relator Ricardo Lewandowsky**, foi respondida no ofício nº 618/2017 de forma incorreta, vez que solicitou-se o número de mulheres presas preventivamente que são mães ou gestantes, e o dado fornecido referiu-se ao número de

²⁵ MUNIZ, Mariana. STJ nega prisão domiciliar a mãe de recém-nascido presa com 8,5g de maconha. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/stj-nega-prisao-domiciliar-mae-de-recem-nascido-presacom-85g-de-maconha-02022018>>. Acesso em 06 fev. 2018.



mulheres “gestantes ou com filhos na unidade prisional”. Para a aplicação correta da legislação, pouco importa se a mulher está com seus filhos na unidade, bastando que esteja gestante ou tenha filhos de até 12 anos para determinar a restituição de sua liberdade ou a substituição da medida cautelar.

Justamente para assegurar a ponderação das informações sobre a condição de gestante ou responsável pelos cuidados de uma criança, o Marco Legal da Primeira Infância também adicionou ao artigo 304 do Código de Processo Penal o § 4º, impondo ao delegado de polícia o dever de trazer as informações sobre maternidade aos autos desde o primeiro momento da prisão:

“§ 4º Da lavratura do auto de prisão em flagrante deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa”.

Os avanços da Lei 13.257/2016 já foram reconhecidos inclusive pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). No parágrafo 213 do Relatório sobre Prisão Preventiva nas Américas é explicada a ampliação dos requisitos que permitem a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, além de reforçar que “**não existe nenhuma justificativa para deixar de aplicar este tipo de medidas pelo risco social da presumida conduta da pessoa imputada**”.

Desta forma, tanto pela aplicação da legislação constitucional e infraconstitucional interna, quanto pelos parâmetros internacionais de direitos humanos e compromissos assumidos pelo Brasil, a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar deve se dar de forma **objetiva**, ponderando-se somente a (i) gestação ou (ii) a existência de criança menor de 12 (doze) anos sob os cuidados da mãe. Qualquer criação de requisitos extralegais pelos tribunais brasileiros está em conflito com a legislação, e também com a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, que já estabeleceu a desnecessidade da comprovação de quaisquer outros requisitos, conforme sedimento no *Habeas Corpus* n. 89427/SP:



“Efetivamente, a disposição legislativa inculpada no art. 318, V, do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n. 13.257/2016, não condiciona a prisão domiciliar da mãe com filho menor de 12 anos à comprovação de outros requisitos, como quis o legislador no caso do pai (inciso VI do art. 318 do CPP). **A teleologia da inovação legislativa consiste em atender ao melhor interesse do menor.** Assim, se o magistrado deixar de fazer a adequada e necessária ponderação com o risco decorrente da conduta e da personalidade da presa, como adverte o Ministro Celso de Mello e tal como determina a Constituição (art. 93, IX, da CF), prevalecerá o benefício objetivamente previsto na norma, sobretudo em sede de *Habeas Corpus*, ação constitucional para proteção do direito de liberdade e de uso exclusivo da defesa”.

Por todo o exposto, a concessão do presente *Habeas Corpus* garantirá a escorreita aplicação da Constituição da República, do Marco Legal da Primeira Infância e das *Regras de Bangkok*. Com isso, espera-se a imediata efetivação dos direitos das detentas e da preservação do melhor interesse dos menores, revertendo o cenário de atual injustiça e discriminação das mais de 42.355 mulheres presas preventivamente nos cárceres brasileiros.

III. CONCLUSÃO

O massacre rotineiro imposto aos presos e, em especial, às presas, é resultado da brutalidade do sistema carcerário e da falta de empatia e alteridade dos atores do sistema de justiça criminal para com as acusadas. Nessas páginas, esperamos ter enfrentado de maneira clara o problema das mulheres detidas e suas famílias, em especial, as grávidas, lactantes e mães com filhos pequenos.

Nesse cenário, as mulheres encarceradas processualmente merecem atenção especial dessa Suprema Corte, que é capaz de impedir a perpetuação de graves injustiças. Principalmente, pois ao analisarmos as prisões processuais, enxergamos que há uma antecipação de pena que é imposta não apenas a essas mulheres, mas também a seus filhos e outros familiares, violando, reflexamente, o princípio constitucional da intrascendência.



Portanto, na esperança de ter contribuído para o debate de maneira significativa, franca e tecnicamente rigorosa, em nome de todos os associados das entidades signatárias, e firmes no compromisso com as regras processuais definidas na Constituição da República, agradecemos a deferência da Corte e despedimo-nos, cordialmente.

São Paulo, 16 de fevereiro de 2018.

Prof. Dr. Mauricio Stegemann Dieter
OAB/PR nº 40.855
IBCCRIM

Débora Nachmanowicz de Lima
OAB/SP nº 389.553
IBCCRIM

Lorraine Carvalho Silva
OAB/SP nº 370.194
IBCCRIM

Michael Mary Nolan
OAB/SP nº 81.309
ITTC

Paulo Cesar Malvezzi Filho
OAB/SP n.º 309.363
Pastoral Carcerária