

MATERNIDADE NO SISTEMA PRISIONAL: DISPOSITIVOS LEGAIS E POSSÍVEIS ALTERNATIVAS AO ENCARCERAMENTO

MATERNITY IN THE PRISIONAL SYSTEM: LEGAL DEVICES AND POSSIBLE ALTERNATIVES TO INCARCERATION

Karina Camargo Boaretto Lopes

Mestre em Educação pela Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE). Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Faculdade Avantis de Ensino Superior (2008). Advogada.

kari_boaretto@yahoo.com.br

Ana Paula Backes

Advogada.

anapbackes@gmail.com

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo realizar uma abordagem a respeito do sistema carcerário feminino brasileiro, com enfoque na invisibilidade social das mulheres encarceradas e de seus filhos menores enquanto inseridos nas casas prisionais. Para tanto, o trabalho busca identificar as legislações nacionais e internacionais que tratam sobre o tema, denunciar as irregularidades vivenciadas e apontar possíveis alternativas ao encarceramento, utilizando da pesquisa bibliográfica-documental, baseando-se em materiais já publicados sobre o assunto e documentos normativos. Os resultados mostram que nos últimos anos se intensificaram as discussões acerca do encarceramento feminino, o que repercutiu no âmbito legislativo, especialmente no que diz respeito à situação das apenadas mães e gestantes. Entretanto, as normas vigentes carecem de aplicação no campo prático, sendo reiteradamente violadas. Por estas razões, se faz necessária a reafirmação constante daquilo que já está previsto no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Dispositivos Legais. Maternidade no Cárcere. Sistema Carcerário Brasileiro.

ABSTRACT

The present study has as objective to realize an approach about the Brazilian female prison system, focusing on the social invisibility of incarcerated women and their minor children while inserted in prisons. For this, the work seeks to identify the national and international laws that deal with the theme, to report the irregularities experienced and point out possible alternatives to incarceration, using bibliographical-documentary research, based on already published materials on the subject and normative documents. The results show that in the last years discussions about female incarceration intensified, which has had repercussions in the legislative scope, especially about the situation of woman incarcerated mothers and pregnant. However, the current norms need to be applied in the practical field, being repeatedly violated. For these reasons, it is necessary to constantly reaffirm what is already foreseen in the Brazilian legal system.

Keywords: Legal Devices. Maternity in the Prison. Brazilian Prison System.

Data de submissão: 30/09/2018

Data de aceitação: 29/07/2019

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. A REALIDADE VIVENCIADA PELAS APENADAS GESTANTES NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. 1.1 A inserção da mulher no mundo do crime. 1.2 O perfil da mulher encarcerada. 1.3 A experiência da maternidade no cárcere. 2. A LEGISLAÇÃO E OS DOCUMENTOS NORMATIVOS NACIONAIS E INTERNACIONAIS. 2.1 A Lei de Execução Penal e Lei n. 11.942/09. 2.2 O Código de Processo Penal e Lei n. 12.403/11. 2.3 O Estatuto da Criança e do Adolescente e Lei n. 12.962/14. 2.4 As Regras de Bangkok e de Tóquio. 3. A APLICABILIDADE DE CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR COMO SUBSTITUTIVA DA PRISÃO PREVENTIVA OU MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

Tem crescido nos últimos anos discussões voltadas às motivações que levam ao aumento das taxas da inserção da mulher no mundo do crime, que induzem à consequente busca de soluções e medidas que evitem o encarceramento feminino, principalmente por meio da adoção sistemática de políticas de alternativas penais¹. Estas conquistas são fruto de um amplo debate inserido na sociedade através das lutas do movimento feminista e da criminologia crítica, mais especificamente, mediante a consolidação de uma criminologia crítica feminista brasileira.

De acordo com Mendes², “o reconhecimento da criminologia feminista como um referencial autônomo permite compreender os diferentes contextos de vitimização e de criminalização das mulheres”. Diante disso, a importância da consolidação da criminologia crítica feminista, que vem permitindo compreender as causas da criminalização das mulheres como classe política. Isso se concretiza por meio de uma análise que se atente às especificidades abarcadas em relação às mulheres no sistema penal, através de uma perspectiva de gênero.

Por outro lado, conforme dados do Informações Penitenciárias (Infopen), fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen) e enviados ao Supremo Tribunal Federal em agosto de 2017, a população carcerária feminina cresceu 698% no Brasil em 16 anos. De todas as mulheres presas atualmente no país, 43% ainda não tiveram seus casos julgados em definitivo e 80% são mães ou responsáveis principais, ou mesmo únicas, pelos cuidados de suas filhas e filhos³.

Conforme salienta Braga⁴ “o problema do exercício dos direitos relacionados à maternidade no sistema prisional não é, na maioria das vezes, criar leis, mas fazer valer as que já existem”. De forma que sejam aplicadas as soluções que já são previstas por meio dos dispositivos legais incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, que objetivam evitar o encarceramento ou, ao menos, dar melhores condições às mulheres e a suas filhas e filhos enquanto inseridos no ambiente prisional.

Cumprе salientar que, ainda que para melhor compreender a temática central do presente estudo se façam necessários, para além do enfoque de gênero, recortes mais aprofundados como os de raça e socioeconômico, estes não serão aqui abrangidos. Desse modo, explicita-se que a pesquisa terá como base o eixo de gênero, maternidade e prisão.

¹ BRASIL. Instituto Terra e Cidadania. **Mulheres em prisão**: desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória de mulheres. Disponível em <<https://goo.gl/MZgYgG>>. Acesso em 15 ago 2017, p. 10.

² MENDES, S. da R. **(Re)pensando a criminologia**: reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista. 2012. 284f. Tese (Pós-graduação em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, p. 252.

³ PONTES, F.; MARTINS, H. População carcerária feminina cresce 700% em dezesseis anos no Brasil. Brasília, ago. 2017. **Agência Brasil**. Disponível em: <<https://goo.gl/S9QrQ9>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

⁴ BRAGA, A. G. **Ana Gabriela Braga**: entrevista [mai. 2016]. Entrevistadores: Fabrício Marques e Carlos Fioravanti. São Paulo, 2016. Entrevista concedida à Revista Pesquisa FAPESP.

À vista disso, este trabalho analisa a maternidade no sistema carcerário brasileiro e identifica as legislações nacionais e internacionais que tratam sobre o tema, denunciando algumas irregularidades vivenciadas na prática por estas mulheres e apontando possíveis alternativas ao encarceramento, dividindo-se em três partes.

Inicialmente o estudo trata da realidade das apenadas gestantes no sistema carcerário brasileiro. Em seguida, passa a identificar as mais relevantes legislações e documentos normativos nacionais e internacionais sobre a temática de mulheres no cárcere, em especial às mulheres mães e gestantes.

Por fim, discute a aplicabilidade de concessão de prisão domiciliar como substitutiva da prisão preventiva ou medidas alternativas à prisão para as mães cumprirem as suas penas, evitando o encarceramento.

1. A REALIDADE VIVENCIADA PELAS APENADAS GESTANTES NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Os estabelecimentos prisionais brasileiros são ambientes de exclusão social, espaços de constante perpetuação das vulnerabilidades e seletividades impostas pelo sistema de justiça criminal, em maior escala nas unidades femininas, que são palcos das maiores violações no tangente ao exercício de direitos de forma geral⁵. Portanto, no que diz respeito à realidade vivenciada pelas apenadas gestantes enquanto inseridas nesse sistema que possui uma situação tão precária, não seria diferente.

O sistema penal no Brasil e no mundo foi criado por homens e para homens, e o fato dos índices de mulheres que perpassam por ele se dar em menor escala, em média de 6,3% em esfera nacional e entre 0% e 29,7% em esfera mundial, fez com que as necessidades dessa parcela da população fossem negligenciadas, desconsiderado em seu processo de institucionalização a criação de políticas públicas e construções de unidades prisionais voltadas a atender às necessidades direcionadas ao gênero feminino⁶. Ou seja, o Estado não se atentou a todos os indivíduos que poderiam, eventualmente, virem a ser inseridos nesse sistema, sejam eles homens ou mulheres. Ao invés disso, se rendeu ao que seria mais conveniente, criando espaços moldados à população masculina.

⁵ 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. Disponível em: <<https://goo.gl/uTHbQp>>. Acesso em 14 ago. 2017, p. 15.

⁶ CERNEKA, H. A. **Homens que menstruam:** considerações acerca do sistema prisional às especificidades da mulher. Disponível em: <<https://goo.gl/erdHZH>>. Acesso em: 02 jun. 2017, p. 61.

1.1 A inserção da mulher no mundo do crime

Nas últimas décadas a questão da relação da mulher com a criminalidade e a sua inserção no mundo do crime vem sendo pautada em inúmeros estudos, nos mais variados aspectos. Isso porque é um fenômeno recente e aponta a necessidade de estudos que levem em consideração a perspectiva de gênero no ambiente prisional, assegurando que cesse a invisibilidade referente às necessidades das apenadas e garantindo que sejam atendidos os direitos específicos das mulheres presas⁷.

Em que pese os índices de delinquência feminina estejam revelando-se de maneira inquietante apenas nos últimos anos, não quer dizer que antes não ocorriam. Ativistas da área, que estudam e tem contato diário com o tema, elaboraram uma tese de que a emancipação da mulher como chefe da casa, sem a equiparação de seus salários com os masculinos, tem aumentado a pressão financeira sobre elas e levado mais mulheres ao crime no decorrer dos anos. Tese está que é comprovada pelos dados, pois se tem notícia de que os delitos mais comuns entre as mulheres são aqueles que podem funcionar como complemento de renda⁸.

Como se vê esta política penal seletiva acaba por prender mais um determinado grupo de pessoas, qual seja, desprovido de recursos financeiros, e que passa a ter seus laços afetivos rompidos, por vezes com seus filhos menores.

Nesse viés, adentra a expansão dos debates trazidos pelo movimento feminista, diante de um discurso que visa igualdade entre os gêneros e que se empenha na luta emancipatória das mulheres. O fato de que as mulheres vêm passando a ocupar os mesmos cargos que antes eram majoritariamente ocupados por homens na sociedade, também tem seu reflexo no campo das condutas desviantes.

1.2 O perfil da mulher encarcerada

No que toca as proporções numéricas em relação à população feminina nos ambientes prisionais, segundo dados da 2ª edição do INFOPEN Mulheres, baseado em coleta de dados referentes a dezembro de 2015 e junho de 2016, haviam cerca de 42 mil mulheres no sistema penitenciário brasileiro, o que representa um aumento de 656% em relação a 2000 – a título de comparação, no mesmo período a população masculina cresceu 293%⁹. Destarte evidencia-se que o incremento do gênero feminino nos ambientes prisionais brasileiros apresenta índices preocupantes, de modo que o Brasil ocupa a 4ª posição den-

⁷ FRANÇA, M. H. de O. **Criminalidade e violência**: a inserção da mulher no mundo do crime. Disponível em: <<https://goo.gl/f5Rqxo>>. Acesso em: 30 set. 2017, p. 1.

⁸ QUEIROZ, N. **Presos que menstruam**: a brutal vida das mulheres – tratadas como homens – nas prisões brasileiras. Rio de Janeiro: Record, 2015, p. 36.

⁹ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: INFOPEN Mulheres. Disponível em <<https://goo.gl/a1rk11>>. Acesso em: 18 jul. 2018, p. 14-15.

tre os países que mais encarceram mulheres no mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia.

Atente-se, ainda, ao perfil das mulheres aprisionadas no sistema carcerário de nosso país, conforme apontam Braga e Angiotti em documento elaborado pela Secretária de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça¹⁰:

Jovem, de baixa renda, em geral mãe, presa provisória suspeita de crime relacionado ao tráfico de drogas ou contra o patrimônio; e, em menor proporção, condenadas por crimes dessa natureza – este é o perfil da maioria das mulheres em situação prisional no Brasil, inclusive das grávidas e puérperas que estão encarceradas nas unidades femininas.

Assim, denota-se que os crimes que levam as apenadas ao sistema prisional, em regra, não são crimes que envolvam violência. Nessa esteira, demonstra o pensamento de Queiroz¹¹, dispondo que “os crimes cometidos por mulheres são, sim, menos violentos; mas é mais violenta a realidade que as leva até eles”. Vez que, na maioria das vezes as mulheres que recorrem à vida delituosa têm histórico de vidas conturbadas, ladeadas por violências e abusos, constatação que, seja dito de passagem, se estende a realidade dos apenados que habitam o sistema carcerário brasileiro de modo geral, para além do recorte de gênero.

1.3 A experiência da maternidade no cárcere

A experiência da maternidade no cárcere traz uma questão que demanda uma preocupação em maior proporcionalidade de idealizadores de políticas prisionais, pois, além das mães que habitam o sistema prisional, se encontra uma população invisível para a sociedade, que cumpre penas sem ter cometido crime algum, que são as filhas e filhos das presas que vivem nas mais diversas e adversas condições nas prisões brasileiras.

Em relação às mulheres gestantes inseridas nas prisões brasileiras, em conformidade com o que pontua Cerneka¹², “há a necessidade de atendimento pré-natal, um parto seguro e escolta no hospital, bem como de um lugar limpo e propício para cuidar de seu recém-nascido”. Esses pontos, todavia, nem sempre são atendidos da forma esperada, isso porque os estabelecimentos prisionais não estão instituídos em nosso país em plena consonância com a legislação vigente.

Por conseguinte, as mulheres gestantes permanecem submetidas à precariedade do siste-

¹⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. Op. cit., p. 15.

¹¹ QUEIROZ, N. Op. cit., p. 36.

¹² CERNEKA, H. A. Op. cit., p. 69.

ma prisional, enquanto mantidas em celas superlotadas, sob condições insalubres que são agravadas pela falta de acesso à assistência em saúde, expondo assim tanto a mãe quanto o feto a diversos riscos¹³.

Algumas determinações estabelecidas pela legislação, tais como a proibição do uso da algema durante o parto, o direito a primeira consulta no pré-natal até 120 dias da gestação e a assistência pré-natal, dentre outros, na maioria das vezes, não são devidamente assegurados às presas.

No que se refere ainda ao constrangimento vivenciado por essas mulheres, ressalta-se que a pressão exercida pelos agentes de segurança e a carga de preconceito contra as pessoas presas contribuem para a naturalização, pelos profissionais de saúde das maternidades, de práticas muitas vezes conflitantes com os preceitos éticos da profissão¹⁴.

Além de todo o sofrimento emocional diante do estigma social, ainda passam as mães encarceradas pelo abandono familiar. Esse abandono ocorre tanto por parte dos pais das crianças, o que é em grande parte das vezes justificado pelo encarceramento ocorrer de maneira concomitante, quanto por parte dos demais membros da família.

2. A LEGISLAÇÃO E OS DOCUMENTOS NORMATIVOS NACIONAIS E INTERNACIONAIS

Quanto ao aporte legislativo em relação às mulheres no sistema carcerário brasileiro, em especial às mulheres mães e às gestantes, Braga e Angiotti¹⁵ afirmam que “aponta nos últimos cinco anos, para um incremento nas leis e atos normativos referentes ao sistema penal feminino, com regulamentações precisas e específicas em relação à maternidade e prisão”.

À vista disso, dos relevantes documentos normativos internacionais, que trazem pontos importantes que refletem diretamente na situação das mulheres mães e gestantes inseridas no sistema prisional, os quais o Brasil é signatário, pode-se elencar as Regras de Bangkok e as Regras de Tóquio.

Já em âmbito nacional, dentre as leis e suas recentes alterações que buscam assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência, nomeia-se a Constituição Federal, como legislação basilar, acompanhada da Lei de Execução Penal e as modificações determinadas pela Lei n. 11.942/09, as alterações trazidas pela Lei n. 12.403/11 ao Código de Processo Penal e as mudanças levadas ao Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei n. 12.962/14.

¹³ SPINOLA, P. F. **A experiência da maternidade no cárcere**: cotidiano e trajetórias de vida. 2016. 251f. Dissertação (Mestrado em Ciências da Reabilitação) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 12.

¹⁴ LEAL, M. do C. *et al.* **Nascer na prisão**: gestação e parto atrás das grades no Brasil. Disponível em: <<https://goo.gl/Qp3dPw>>. Acesso em: 10 jun. 2017, p. 2.068.

¹⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. Op. cit., p. 29.

2.1 A Lei de Execução Penal e Lei n. 11.942/09

No tocante à execução penal no Brasil, esta só foi jurisdicionada em 1984, com o advento da Lei de Execução Penal (LEP), antes dela a execução da pena era realizada exclusivamente pela via administrativa e era delegado ao Poder Administrativo o encargo de executar a pena, enquanto o Poder Judiciário era responsável por julgar o crime praticado e extinguir a execução da pena. A partir da vigência da LEP, o Brasil passou a adotar a forma mista de executar, de forma que a competência é distribuída aos Poderes Executivo e Judiciário, possuindo cada um com suas atribuições previamente estabelecidas pela lei¹⁶.

Consoante se extrai do art. 1º da própria LEP, a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

No que se refere às disposições legais introduzidas pela LEP especificamente voltadas às apenadas mães e gestantes introduzidas nos estabelecimentos prisionais, observa-se relevantes mudanças relativamente recentes. Estas mudanças foram introduzidas pela Lei n. 11.942/09, a fim de assegurar a essas mulheres e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência. Nessa linha, na área da saúde, a legislação em questão assegura em seu art. 14, § 3º, o acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.

Com relação aos estabelecimentos penais destinados a mulheres, de acordo com o art. 83, em seus parágrafos §§ 2º e 3º, estes devem ser dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo até seis meses de idade, bem como deverão possuir, exclusivamente, agentes do sexo feminino na segurança de suas dependências internas.

Já no que diz respeito às celas dos ambientes em que as condenadas serão alojadas nas penitenciárias nacionais, além dos requisitos básicos dispostos no art. 88 da LEP e que são comuns a ambos os sexos, através do art. 89 os legisladores buscaram atender as particularidades das mulheres. Alinhando na teoria que as penitenciárias de mulheres devem ser dotadas de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de seis meses e menores de sete anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa. Nesse sentido, o parágrafo único do artigo 89 e seus incisos instituem como requisitos básicos da respectiva seção e da creche o atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas e o horário de funcionamento que garanta melhor assistência à criança e à sua responsável. Além disso, com fulcro no art. 117 e seus III e IV, somente se admitirá o recolhimento da beneficiária de regime aberto em residência particular quando se tratar de condenadas com filho menor ou deficiente físico ou mental e condenadas gestantes.

As disposições que visam atender às especificidades decorrentes do gênero feminino se coadunam com o princípio constitucional da igualdade, que pressupõe que as pessoas

¹⁶ NUNES, A. **Da execução penal**, 2013.

colocadas em situações diferentes sejam tratadas de forma desigual: “Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”¹⁷. Assim, o legislador ao acrescentar na LEP e nas demais legislações disposições legais que visaram se atentar a uma realidade vivenciada tão somente pelo gênero feminino, tal qual a maternidade, se atentou ao que remete o princípio supramencionado.

2.2 O Código de Processo Penal e Lei n. 12.403/11

O Código de Processo Penal rege o processo penal em todo o território brasileiro, e com o advento da Lei n. 12.403/11, alterações também foram nele introduzidas. Dessa maneira, com fulcro nos incisos II, III e IV do art. 318, poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar. Essa medida será aplicada quando a agente for imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência, gestante ou mulher com filho de até doze anos de idade incompletos, mediante prova idônea do respectivo requisito alegado. Significa dizer que as apenadas gestantes que cumprissem o requisito imposto pela legislação poderiam ter a decretação de substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

Todavia, não obstante exista a disposição legal que enseje essa possibilidade favorável às apenadas mães e gestantes, há uma cultura do encarceramento e uma mentalidade punitivista que dificulta a efetivação dos direitos já constituídos e até mesmo a criação de novas formas alternativas para se pensar as questões jurídicas, as penas e as políticas¹⁸. De modo que, ainda que existam os dispositivos legais favoráveis a essas mulheres, deparar-se-á com a sua não aplicabilidade nos casos práticos.

2.3 O Estatuto da Criança e do Adolescente e Lei n. 12.962/14

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) foi promulgado em 13 de julho de 1990, a fim de dispor sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. No ECA, as mudanças são ainda mais recentes e foram introduzidas pela Lei n. 12.962/14. Referida legislação alterou o art. 19, § 4º, objetivando garantir a convivência da criança e do adolescente com a mãe privada de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial.

Estabelece, ainda, o art. 23, § 2º, que a condenação criminal da mãe não implicará a destituição do poder familiar, com exceção da hipótese de condenação por crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra o próprio filho ou filha.

¹⁷ NERY JÚNIOR, N. Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1999, p. 42.

¹⁸ SPINOLA, P. F. Op. cit., p. 15.

2.4 O Decreto n. 9.370/18

Ainda, “considerando a necessidade de implementar melhorias no sistema penitenciário brasileiro e promover melhores condições de vida e a reinserção social às mulheres presas”¹⁹, com fulcro no artigo 84, inciso XII, da Constituição da República, a Presidência da República promulgou o Decreto n. 9.370/18, em 11 de maio de 2018, objetivando conceder indulto especial e comutação de penas às mulheres presas, por ocasião do “Dia Das Mães”.

Desse modo, na linha do Decreto n. 9.246/2017²⁰, porém em caráter mais abrangente e atento ao recorte de gênero, o ato normativo em comento buscou prestigiar a condição excepcional da mulher presa, surtindo seus efeitos, mediante o preenchimento de determinados requisitos, a: mães e avós condenadas, com crianças que necessitem de seus cuidados ou com deficiência; gestantes; condenadas que sofreram aborto espontâneo dentro da unidade prisional; indígenas condenadas; transexuais com a devida alteração no registro civil competente; mulheres submetidas à medida de segurança; mulheres idosas de 60 anos ou jovens menores de 21 anos condenadas; mulheres deficientes condenadas e as diagnosticadas com doenças crônicas graves ou doenças terminais; mulheres condenadas por tráfico privilegiado; e, mulheres com condenações inferiores à oito anos.

Por fim, vale mencionar que no Decreto 9.370/18 optou-se, como regra, por beneficiar apenas aquelas cujas condenações não tenham sido em decorrência de prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça, excetuando-se do preenchimento desse requisito tão-somente o seu cabimento para gestantes, ex-gestantes vítimas de aborto natural e as submetidas à medida de segurança. Além disso, para a concessão da benesse, em caráter geral, e, por conseguinte, cumulativo, exigiu-se não constar punição advinda de prática de falta grave nos últimos 12 (doze) meses anteriores a sua publicação.

2.5 As Regras de Bangkok e de Tóquio

No campo internacional atenta-se a um documento normativo internacional de extrema importância aprovado em dezembro de 2010, composto por normas das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para as mulheres infratoras, denominado Regras de Bangkok. Dentre essas regras, afirma especialmente a necessidade de garantia dos direitos das mulheres presas e de suas filhas e filhos²¹.

O referido documento aborda questões como instalações especiais para o tratamento das reclusas grávidas, das que tenham acabado de dar à luz e das convalescentes; nos casos

¹⁹ BRASIL. **Concede indulto especial e comutação de penas às mulheres presas que menciona, por ocasião do Dia das Mães.** Decreto n. 9.370, de 11 de maio de 2018. Disponível em <<https://bit.ly/2YWZZQE>>. Acesso em 18 jul. 2019.

²⁰ Concede indulto natalino e comutação de penas e dá outras providências.

²¹ SPINOLA, P. F. Op. cit., p. 14.

de mulher presa acompanhada de criança, esta também deverá passar por exame médico, preferencialmente por um pediatra, para determinar eventual tratamento ou necessidades médicas; a não aplicação de sanções de isolamento ou segregação disciplinar a mulheres gestantes, nem a mulheres com filhos/as ou em período de amamentação, dentre inúmeras outras, que buscam assegurar um melhor tratamento das mulheres prisioneiras.

Já com relação às Regras de Tóquio, trata-se de um tratado internacional a fim de instituir normas das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade, objetivando assegurar às pessoas submetidas à pena privativa de liberdade condições de ensejar recursos a fim de que possam cumprir a sua pena através de meios alternativos ao encarceramento.

3. A APLICABILIDADE DE CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR COMO SUBSTITUTIVA DA PRISÃO PREVENTIVA OU MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO

Observa-se nesse tópico de maneira crítica a forma que é tratada a aplicabilidade de concessão de prisão domiciliar como substitutiva da prisão preventiva ou medidas alternativas à prisão, que encontram escopo em dispositivos legais vigentes e, de maneira mais recente, na decisão proferida pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, através do *Habeas Corpus* coletivo 143.641/SP.

No que concerne ao encarceramento de pessoas, o pensamento salientado por Bittencourt²²:

A ONU, que tem [seguramente deveria ter] a pessoa humana como seu eixo fundamental de preocupação, na medida em que não se consegue eliminar a prisão, há tempos vem dedicando sua atenção ao *encarcerado*. E não é para menos, porque se sabe que a prisão, como resultado final do exercício do poder punitivo, como *factum* que é, constitui uma sementeira de arbitrariedades, de violência e de corrupção.

Partindo dessa problemática, de um ponto de vista geral ligado ao punitivismo como última saída às pessoas que praticam condutas delituosas na sociedade, adentraram as possibilidades alternativas ao aprisionamento.

A respeito das alternativas ao aprisionamento feminino, as Regras de Bangkok, por exemplo, determinam que as especificidades de gênero precisam ser devidamente observadas pelos gestores e membros do sistema de justiça, o que em massiva parte dos casos não ocorre. Eles, por sua vez, devem priorizar todas as medidas alternativas à prisão nesses

²² BITENCOURT, C. R. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas, 2011, p. 18.

casos²³. Isso porque, na prática, não raros são os casos de mulheres que, em tese, têm condutas desviantes e se encontram em período gestacional, por exemplo, e ainda que preencham algum requisito legal que autorize a aplicação de uma medida alternativa ao seu encarceramento, acabam inseridas no ambiente prisional.

Por esse ângulo, o aumento crescente do número de gestantes, puérperas e mães encarceradas, é prova inequívoca de que o sistema de justiça criminal vem denegando a aplicação de dispositivos legais que dispõem em sentido contrário ao uso de prisão para essas mulheres. E, se recomendam dessa forma, é porque o melhor caminho para o exercício da maternidade sempre se dará fora da prisão — tanto às mães, que não serão submetidas a essa função em período integral, quanto às filhas e filhos dessas mulheres, que não precisarão ser submetidos a uma pena privativa de liberdade em seus momentos iniciais de vida sem terem perpetrado crime algum —, resolvendo grande parte dos problemas relativos a essa questão. Contudo, sabe-se que esse pensamento ainda causa estranhamento à sociedade, pois por muito tempo o sensacionalismo midiático vende a ideia da cultura do encarceramento como solução mais eficaz.

As Regras de Bangkok enfatizam, também, que o juiz, ao sentenciar ou aplicar medidas cautelares a uma mulher gestante ou a uma pessoa que seja fonte principal ou única de cuidado de uma criança, sempre que possível e apropriado deve dar preferência para a aplicação de medidas não privativas de liberdade, devendo considerar a imposição de penas privativas de liberdade somente nas hipóteses de crimes graves ou violentos²⁴. Importante sobrelevar que a porcentagem numérica de mulheres que vão presas pela prática de crimes graves ou violentos é irrisória, vez que na maior parte das vezes às apenadas são imputados crimes relacionados ao tráfico de drogas ou contra o patrimônio.

Considerando o exposto, instrui Cerneka²⁵, “já passou a hora de ver que a prisão não é a solução para todos os delitos e nem para todos os infratores”. Justamente por isso, os magistrados precisam se atentar aos casos concretos e verificar se motivam a aplicabilidade de prisão domiciliar e medidas cautelares diversas ao aprisionamento, respeitando o aparato legislativo sempre que enseje possibilidade favorável a essas mulheres e a suas filhas e filhos.

No que diz respeito à convivência e à manutenção dos laços familiares entre as mães presas e as suas filhas e filhos, 62% dessas mulheres referem-se como mães solteiras²⁶. Ou seja, essas crianças dependem de suas mães como fonte principal ou até mesmo como única fonte para sua subsistência, e uma mãe estar longe de seu filho, bem como um filho estar longe de sua mãe, são realidades que machucam.

Além de que, em razão do encarceramento, decorrem consequências que vão além dos efeitos traumatizantes nos filhos e filhas das mulheres presas enquanto custodiados pelo

²³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok**: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Disponível em <<https://goo.gl/yaXT5M>>. Acesso em 15 ago. 2017, p. 10.

²⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Op. cit., p. 16.

²⁵ CERNEKA, H. A. Op. cit., p. 69.

²⁶ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Op. cit., p. 44.

Estado. Um exemplo é o risco da guarda permanente das crianças, isso porque após a saída do estabelecimento prisional o Estado impõe exigências para que retornem a conviver com as suas genitoras, que são dificilmente conquistadas de imediato por alguém que possui antecedentes criminais, tais como a comprovação de emprego e residência fixos²⁷. Diante disso, as mulheres vivem em constante estado de apreensão porque além de não poderem acompanhar a vida de seus filhos momentaneamente, correm o risco de perdê-los de modo definitivo.

Nos casos das gestantes, que vivem na companhia de seus filhos no cárcere, de acordo com dados de 2015 sabiam-se da existência de apenas cerca de sessenta berçários e creches em todo o sistema carcerário feminino brasileiro. Portanto, na inexistência de vagas nesses locais, quando possível o procedimento adotado era de enviar as lactantes para berçários improvisados nas penitenciárias, onde elas teriam a possibilidade de ficar com o filho e amamentá-lo²⁸. Entretanto, essa hipótese só ocorria havendo a possibilidade de deslocamento. Enquanto as demais que não podem dispor de procedimentos como esses não têm alternativa senão expor às crianças as mesmas condições subumanas em que são submetidas.

Embora tenha sido identificado um crescimento importante na atenção conferida pelo poder público ao encarceramento feminino, objetivando dirimir os efeitos causados às mulheres criminalizadas, boa parte da sociedade ainda protesta contra a aplicação de direitos humanos aos indivíduos que cometem delitos. Ou, ainda, indagam se este tipo de diferenciação não estaria sendo discriminatório para o homem²⁹.

Ora, os pontos supracitados não merecem prosperar. O primeiro em razão dos direitos humanos serem inerentes a todos os humanos, independentemente de seus eventuais atos desviantes. E o segundo porque, desde o início de sua institucionalização, as prisões foram construídas pensando exclusivamente nos homens, como ocorre em regra em diversos espaços da sociedade, e só agora o poder público busca consertar esse erro.

Além disso, significativo relembrar que a maior parte da população feminina vai parar nas cadeias em decorrência de seu envolvimento com drogas, portando quantias mínimas. Muitas são usuárias ou dependentes, contudo essa condição é apurada somente ao final do processo após terem permanecido presas. Em razão disso, nasce uma necessidade urgente de criação de políticas públicas objetivando o tratamento de dependência química. Por conseguinte, a implementação de programas de apoio psicossocial, programas terapêuticos e grupos de autoajuda, consultas para lidar com dependência química, saúde mental, abuso sexual, violência doméstica, e programas para ser mãe, que ajudem essas mulheres e seus filhos a lidarem com o trauma psicológico de abusos pré e pós encarceramento³⁰.

Quer dizer, diante da ausência dessas políticas sociais específicas para a mulher encarcerada, chama atenção o descaso do poder público em relação as práticas que visem à reinser-

²⁷ CERNEKA, H. A. Op. cit., p. 70.

²⁸ QUERIZ, N. Op. cit., p. 43.

²⁹ CERNEKA, H. A. Op. cit., p. 64.

³⁰ CERNEKA, H. A. Op. cit., p. 70.

ção das mães privadas de liberdade a sociedade livre.

Em 20 de fevereiro de 2018, foi proferida pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *Habeas Corpus* coletivo 143.641/SP, decisão que pode ser considerada como marco jurisprudencial histórico no que diz respeito ao tema do presente estudo. A impetração perante a Suprema Corte se deu em razão das reiteradas decisões decretando a prisão cautelar em casos concretos envolvendo apenadas mães e gestantes, quando presentes os requisitos legais que ensejam a sua conversão pela prisão domiciliar.

O *Habeas Corpus* 143.641/SP foi impetrado, inicialmente, pelos membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (CADHU). Todavia, ao final da demanda, figurou como legitimada ativa a Defensoria Pública da União, tanto pelo caráter de abrangência nacional da decisão, quanto pela utilização por analogia ao cabimento de mandado de injunção coletivo, no qual consta a Defensoria Pública no rol do art. 12 da Lei 13.300/16. Como pacientes do *writ* constam “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”.

A medida judicial supracitada teve como relator o Ministro Ricardo Lewandowski e duas foram as principais discussões levantadas na decisão. A primeira com relação ao cabimento do *Habeas Corpus* em caráter coletivo, o qual foi recepcionado por analogia ao mandado de injunção coletivo, sendo que uma das considerações favoráveis ao cabimento do *writ* suscitadas pelo relator do processo foi a “existência de relações sociais burocratizadas, cujos problemas estão a exigir soluções a partir de remédios processuais coletivos, especialmente para coibir ou prevenir lesões a direitos de grupos vulneráveis”. A segunda relacionada ao mérito, em que foi concedida, por maioria dos votos, a ordem para determinar a substituição da prisão cautelar pela domiciliar de todas as apenadas enquadradas como pacientes do remédio. Por extensão da ordem, de ofício, a todas as demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães crianças e de pessoas com deficiência, bem como às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional. Restaram excetuados da decisão os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou ameaça, contra seus ascendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, mediante fundamentação do magistrado que denegar o benefício.

Ademais, ficou instituído, pelo caráter de urgência da aplicação do mérito de decisão, o prazo máximo de 60 dias contados de sua publicação para a implementação de modo integral das determinações estabelecidas no julgamento.

Ainda que louvável a decisão emanada pela Suprema Corte e sem retirar o seu devido valor, cumpre ressaltar que, com relação ao julgamento de seu mérito, ela não foi muito além de reafirmar direitos já amparados pelos dispositivos legais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, dentre os quais se encontram os expostos no tópico anterior, que vinham sendo reiteradamente violados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo exposto foi possível concluir que as mulheres em situação de privação de liberdade possuem seus direitos e garantias protegidos amplamente pela lei, contudo, esses são constantemente violados. A situação é notadamente ainda mais grave quando se tratam de mulheres gestantes e mães, uma vez que também passam a serem violados direitos garantidos às crianças. Contudo, limitar a discussão ao questionamento de se é mais adequado manter a criança no estabelecimento prisional com a mãe ou deferir a genitora a prisão domiciliar é reduzir um problema que é muito mais complexo.

Além disso, esta discussão tem sua origem no modelo de sociedade adotado em nosso país, que consequentemente levou nossos estabelecimentos prisionais a serem pensados para homens, sem atender as demandas das mulheres. Porém, a questão não se limita aí, visto que as políticas públicas não foram efetivadas nos anos que se passaram e, atualmente, o quadro permanece degradante.

Destarte, mais do que deferir a prisão domiciliar as mulheres é preciso pensar, repensar e efetivar políticas públicas de proteção e inclusão. O número de mulheres encarceradas, como se pode ver, aumentou de modo alarmante e este fato está diretamente relacionado à seletividade de um sistema que reforça a exclusão.

Conforme adverte Braga³¹, “a academia está longe de sentir na pele o drama da prisão, mas não pode se eximir de retratá-lo como produção concreta da (in)justiça, desde um possível lugar de encontro”. Há muito que se pensar e repensar acerca das problemáticas que transpassam o sistema de justiça criminal, que exigem debates mais aprofundados e específicos, com recortes que envolvam, além do gênero, pilares como os de raça e socioeconômicos, os quais carecem de maior atenção em futuras pesquisas envolvendo a temática.

Não obstante, neste momento, temos a existência de medidas alternativas ao encarceramento. E, para reforçar o seu efetivo cumprimento no campo prático, surge o *Habeas Corpus* 143.641/SP, como importante instrumento para interrupção das reiteradas violações aos direitos humanos sofridos nos ambientes prisionais, sendo o respeito à legislação, tanto em relação à decretação de maneira excepcional da prisão preventiva quanto à sua substituição pela prisão domiciliar, que conduz ao desencarceramento, ao menos o primeiro passo para uma significativa diminuição dos problemas enfrentados pelas mães no sistema carcerário brasileiro.

³¹ BRAGA, A. G. M. Entre a soberania da lei e o chão da prisão: a maternidade encarcerada. **Revista Direito GV**, 2015, p. 523-546.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, C. R. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRAGA, A. G. M. Entre a soberania da lei e o chão da prisão: a maternidade encarcerada. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 523-546, jul./dez. 2015.

BRAGA, A. G. **Ana Gabriela Braga**: entrevista [mai. 2016]. Entrevistadores: Fabrício Marques e Carlos Fioravanti. São Paulo, 2016. Entrevista concedida a Revista Pesquisa FAPESP.

BRASIL. **Altera a Lei de Execução Penal**. Lei n. 11.942, de 28 de maio de 2009. Disponível em <<https://goo.gl/Z6hbcs>>. Acesso em: 24 out. 2017.

BRASIL. **Altera o Código de Processo Penal**. Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. Disponível em <<https://goo.gl/2BWVSR>>. Acesso em 24 out. 2017.

BRASIL. **Altera o Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei 12.692, de 8 de abril de 2014. Disponível em <<https://goo.gl/RAjy5H>>. Acesso em 24 out. 2017.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em <<https://goo.gl/r9E3ZF>>. Acesso em 24 out. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok**: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Disponível em <<https://goo.gl/jqbe3L>>. Acesso em 15 ago. 2017.

BRASIL. **Concede indulto especial e comutação de penas às mulheres presas que menciona, por ocasião do Dia das Mães**. Decreto n. 9.370, de 11 de maio de 2018. Disponível em <<https://bit.ly/2YWZZQE>>. Acesso em 18 jul. 2019.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em <<https://goo.gl/uZCGVe>>. Acesso em 24 out. 2017.

BRASIL. Instituto Terra e Cidadania. **Mulheres em prisão**: desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória de mulheres. Disponível em <<https://goo.gl/MZgYgG>>. Acesso em 15 ago 2017.

BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <<https://goo.gl/UTzFqu>>. Acesso em: 24 out. 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN Mulheres**. Disponível em <<https://goo.gl/a1rk11>>. Acesso em 18 jul. 2018.

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. Disponível em: <<https://goo.gl/jAuqTL>>. Acesso em: 14 ago. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Habeas-corpus* n. 143.641, da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2018.
- CERNEKA, H. A. **Homens que menstruam**: considerações acerca do sistema prisional às especificidades da mulher. Disponível em: <<https://goo.gl/kjLdWk>>. Acesso em: 02 jun. 2017.
- FRANÇA, M. H. de O. **Criminalidade e violência**: a inserção da mulher no mundo do crime. Disponível em: <<https://goo.gl/tLvUPA>>. Acesso em: 30 set. 2017.
- LEAL, M. do C. *et al.* **Nascer na prisão**: gestação e parto atrás das grades no Brasil. Disponível em: <<https://goo.gl/ykomt1>>. Acesso em: 10 jun. 2017.
- MENDES, S. da R. **(Re)pensando a criminologia**: reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista. 2012. 284f. Tese (Pós-graduação em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília.
- NERY JÚNIOR, N. Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1999.
- NUNES, A. **Da execução penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- PONTES, F; MARTINS, H. População carcerária feminina cresce 700% em dezesseis anos no Brasil. Brasília, ago. 2017. **Agência Brasil**. Disponível em: <<https://goo.gl/S9QrQ9>>. Acesso em: 14 nov. 2017.
- QUEIROZ, N. **Presos que menstruam**: a brutal vida das mulheres – tratadas como homens – nas prisões brasileiras. Rio de Janeiro: Record, 2015.W
- SPINOLA, P. F. **A experiência da maternidade no cárcere**: cotidiano e trajetórias de vida. 2016. 251f. Dissertação (Mestrado em Ciências da Reabilitação) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, São Paulo.