

# INFÂNCIA ENCARCERADA

## IMPRISONED CHILDHOOD

**Taisa Maria Macena de Lima**

Doutora e Mestre em Direito Civil pela UFMG. Professora do Curso de Graduação e do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito na PUC Minas. Desembargadora Federal do Trabalho. Ex-Bolsista do DAAD – Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico.

**Maria de Fátima Freire de Sá**

Doutora em Direito pela UFMG. Mestre em Direito pela PUC Minas. Professora no Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito e na Graduação em Direito da PUC Minas. Pesquisadora do Centro de Estudos em Biodireito – Cebid. Advogada.

---

**Resumo:** O tema central deste estudo é a infância encarcerada. O Estatuto da Primeira Infância, alterando o Código de Processo Penal, introduziu a possibilidade da conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar para atender ao melhor interesse do nascituro e da criança até os doze anos de idade. Nesse sentido, faz-se necessária a análise crítica da decisão da Segunda Turma do STF no julgamento do *Habeas Corpus* nº 143.641/SP.

**Palavras-chave:** Encarceramento. Prisão domiciliar. Melhor interesse da criança.

**Abstract:** The central theme of this study is the imprisoned childhood. The Statute of First Childhood, changing the Code of Criminal Procedure, has introduced the possibility of converting the preventive detention into house arrest to satisfy the best interests of the unborn and the child up to twelve years old. In this regard, it is necessary to critically analyze the decision of the second division of the Supreme Court (STF) in the judgement of the *Habeas Corpus* 143.641/SP.

**Keywords:** Imprisonment. House arrest. Child's best interests.

**Sumário:** **1** Mães do cárcere – **2** A proteção legal de nascituros e crianças – **3** *Habeas Corpus* nº 143.641: uma decisão emblemática – **4** Análise da decisão à luz do melhor interesse da criança

---

[...]

*Solta-me ao vento e ao sol!*

*Com que direito à escravidão me obrigas?*

*Quero saudar as pombas do arrebol!*

*Quero, ao cair da tarde,*

*Entoar minhas tristíssimas cantigas!*

*Por que me prendes? Solta-me, covarde!*

*Deus me deu por gaiola a imensidade!*

*Não me roubes a minha liberdade...*

*Quero voar! Voar!*

*O pássaro cativo.*

(Olavo Bilac)

## 1 Mães do cárcere

*Mães do cárcere* é o título do livro de Natália Martino e Leo Drumond que, de modo muito delicado, traça o perfil de dez mulheres encarceradas, gestantes ou mães, que permaneceram no Centro de Referência à Gestante Privada de Liberdade, localizado no município de Vespasiano, Minas Gerais.

Vera, Rúbia, Fernanda, Liliane, Daniela, Michele, Natália, Patrícia, Élide e Viviane tiveram seus prenomes mantidos, mas os nomes de família foram omitidos para preservá-las de qualquer tipo de constrangimento. Os autores rejeitaram a substituição de nomes reais por nomes fictícios ante o questionamento das próprias entrevistadas: “Vocês sabem que a primeira coisa que o sistema prisional faz para acabar com a humanidade das pessoas é retirar delas seus nomes. Vão fazer a mesma coisa?”.<sup>1</sup>

Vera, trinta anos, perdeu a mãe aos onze e viveu parte da vida com o pai e a madrasta e parte com os tios, posto que seu pai, assassino, ora estava em casa, ora fugia da polícia e da justiça. Em depoimento disse, com orgulho, que o pai, apesar de ter cometido vários crimes, nunca foi estuprador. Foi para esse pai que Vera afirmou ter câncer ao invés de dizer que tinha contraído Aids do próprio marido. Ao ser presa por envolvimento com drogas, já tinha três filhos e estava grávida do quarto.

Rúbia, vinte e nove anos, apesar da vida familiar estruturada que teve, optou por sair de casa aos quinze anos, já grávida de um rapaz de vinte e quatro anos. Aos dezoito, foi presa por envolvimento com drogas e, aos vinte e nove anos, depois de vários relacionamentos amorosos, esperava seu sexto filho.

Fernanda, vinte e cinco anos, estudou Direito até o sexto período na PUC Minas. Parecia ter um futuro brilhante, no entanto, o envolvimento com o namorado levou-a à prisão por cumplicidade em tráfico de drogas. Ela engravidou quando ainda estava em liberdade e fazia visitas íntimas a este mesmo namorado. Deu à luz no Centro de Referência à Gestante.

---

<sup>1</sup> MARTINO, Natália (Texto); DRUMOND, Leo (Fotografia). *Mães do cárcere*. Belo Horizonte: Nitro, 2017. p. 13-14.

Liliane, vinte e oito anos, engravidou aos treze, quando foi violentada pelo próprio tio. Engravidou novamente aos catorze de um idoso para quem trabalhava. Aos quinze, iniciou sua vida nas drogas e aos dezesseis ganhou, de traficantes, seu primeiro revólver. Foi presa por envolvimento em assassinato e, foragida por seis anos, usando nomes falsos, chegou a constituir família e viveu ao lado do marido e dos filhos. Quando foi novamente presa, estava grávida.

Daniela, vinte e seis anos, confessou que gostava de roubar. Por volta dos treze anos já tinha aprendido, com os traficantes, a usar arma de fogo. Teve duas filhas que ficaram sob os cuidados da avó materna. Quando seu filho Samuel já contava com mais de um ano de idade, Daniela foi encaminhada para uma penitenciária comum e o menino seguiu para Brasília com a mãe de Daniela, que passou a ser sua tutora.

Michele, vinte e sete anos, ao ser presa por envolvimento em drogas, deixou seu filho de oito anos com o pai que, logo, desistiu da criança encaminhando-a para um abrigo. O menino fugiu de lá e passou a viver nas ruas e fazer uso de drogas. Michele engravidou pela segunda vez do homem que tirou a vida de sua própria irmã. Caíque nasceu no Centro de Referência e continua com a mãe.

Natália, vinte anos, contou que aos treze aprendeu a fumar maconha com o namorado. Saiu de casa para morar com a sogra e engravidou do rapaz. Em sequência, o pai do seu filho foi preso, ela começou a fazer programas e vender drogas. Estava grávida de três meses quando foi presa.

Patrícia, trinta e quatro anos, disse ter sido envolvida no homicídio do tio e alegava inocência. Segundo seu relato, a mãe mandou matar o pai e depois foi assassinada. A tia mandou matar o marido e Patrícia foi acusada de coautoria. Quando foi presa, seu filho ficou com o ex-marido. Namorava, à época, o homem com quem veio a se casar na prisão. Com ele teve uma filha e, por isso, estava no Centro de Referência.

Élida, vinte e um anos, envolveu-se com o crack e, por isso, seu filho foi-lhe retirado e encaminhado para adoção. Foi presa sob acusação de roubo, furto de carteira e de dinheiro. Descobriu que estava grávida quando já estava detida e, por isso, foi transferida, de Lagoa da Prata para o Centro em Vespasiano.

Viviane, vinte e quatro anos, é a filha caçula de uma família de seis filhos. Seu pai, ao abandonar o serviço e começar a beber, ordenava que as crianças saíssem de casa e buscassem dinheiro. Se voltassem de mãos vazias, apanhavam. Nesse tempo, já não tinha a companhia da mãe que morreu. Assim, Viviane iniciou-se no crime de furto, aos doze anos já usava drogas e, para sustentar seu vício, passou a fazer programas. Foi denunciada por agressão física pelo mesmo aposentado com quem fazia programa. Ao ser detida, já tinha um filho de sete anos que ficou com a avó paterna. O pai do seu segundo filho foi preso um pouco

antes de Viviane descobrir que estava grávida. O pequeno Lucas Gabriel nasceu de pai e de mãe encarcerados.

Esses fragmentos de depoimentos não são suficientes para espelhar a riqueza e a complexidade das vidas dessas mulheres. Às vezes é difícil distinguir, nos relatos, a vítima e a agressora: os dois papéis estão, simbioticamente, interligados.

Ao pinçarmos alguns fatos, ao nosso olhar, significativos, não temos a intenção de justificar ou legitimar as condutas que levaram essas mulheres à privação da liberdade, mas contextualizar o ambiente onde crianças recém-nascidas permanecem até um ano de idade. É o reconhecimento de que, no Brasil, pessoas que nada fizeram contra a ordem jurídica estão recolhidas em estabelecimentos prisionais em razão de condutas atribuídas às suas mães.

A maioria dessas mulheres enveredou pela trilha da transgressão social como vítimas de agressão física, abuso sexual, maus tratos, abandono e incentivo ao crime pelos próprios pais. Outras, no entanto, nascidas em famílias bem estruturadas e com boas oportunidades de estudo, trabalho e aceitação social mudaram de rumo e fizeram escolhas que as levaram ao aprisionamento.

A maternidade encarcerada é uma questão social e juridicamente relevante, mas o tema central deste estudo é a infância encarcerada.<sup>2</sup> Até que ponto a norma jurídica que autoriza que a criança, logo após o nascimento, não seja apartada de sua mãe e com ela permaneça por tempo determinado, está sendo aplicada para atender ao melhor interesse da criança?<sup>3</sup> E até que ponto a substituição do regime fechado pela prisão domiciliar é medida que pode ser aplicada em larga escala?

É incontestável que a mulher que está dentro dos muros de uma prisão depara-se com óbices para o exercício do poder familiar, o que mitiga a sua autonomia. Todavia, dentro ou fora de instituições prisionais, o exercício, a suspensão ou a

<sup>2</sup> As crianças, cujas mães estão no cárcere, são duplamente vulneráveis, a uma, por serem crianças; a duas porque estão em um ambiente que, em princípio, não é o mais adequado para o seu desenvolvimento saudável. Heloisa Helena Barbosa, ao escrever sobre os aspectos jurídicos da vulnerabilidade alerta: "Embora em princípio iguais, os humanos se revelam diferentes no que respeita à vulnerabilidade. É preciso, portanto, indagar quais os significados da vulnerabilidade, e quais as circunstâncias que podem agravá-la. Paralelamente, deve-se analisar o cuidado, que se expressa como zelo, desvelo, ou diligência, sob o aspecto jurídico, e seu papel no âmbito da tutela da pessoa humana" (BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 107).

<sup>3</sup> A vivência da maternidade inicia-se na fase intrauterina, assim como uma relação de natureza visceral entre a mãe e o filho. O afastamento da criança logo após o parto impede a expansão da maternidade, como salientado pela psicanalista de crianças e adolescentes, Ana Maria Iencarelli (O direito de ser mãe: conquistas e violações. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Coord.). *Cuidado e o direito de ser*: respeito e compromisso. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018. p. 49-62). Num primeiro olhar, a abordagem psicanalítica está em harmonia com a prescrição normativa, mas não se pode ignorar que, sob certas circunstâncias, o afastamento mãe e recém-nascido é necessário para evitar um mal maior.

destituição desse múnus ficam submetidos ao princípio jurídico do melhor interesse da criança. Discorrendo sobre o tema, Ana Carolina Brochado Teixeira salienta que, caracterizando-se como um poder jurídico, a autoridade parental é fonte de deveres dos pais e deve ser exercida, exclusivamente, em prol do interesse dos filhos com a finalidade de promover o seu desenvolvimento como pessoa. Conclui o raciocínio afirmando que “a existência dos deveres são de grande relevância, pois é a efetividade destes que garantirá a dignidade e a minoração da sua posição de vulnerabilidade”.<sup>4</sup>

Está claro que a concepção de poder familiar ou autoridade parental, na contemporaneidade, não se submete à ideia de ampla liberdade dos pais para a condução da vida dos filhos. Ao revés, centra-se na ideia de poder-dever, figurando como personagem central a própria criança e não os adultos aos quais a ordem jurídica os confiou.

Portanto, a possibilidade de conversão de prisão preventiva para prisão domiciliar não se destina à proteção de suposto direito subjetivo da presa mãe, mas de tornar efetivo o direito da criança a adequado desenvolvimento físico, educacional e emocional.

## 2 A proteção legal de nascituros e crianças

A proteção dada a pessoas por nascer e a crianças tem largo espectro e abarca normas internacionais, normas constitucionais e normas infraconstitucionais. Desde já, é importante ressaltar que a análise dos direitos do nascituro e da criança, muitas vezes, encontra-se interligada à análise dos direitos da gestante/mãe.

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) dispõe, em seu art. 19, que “toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado”.

A Convenção sobre os Direitos da Criança (promulgada no Brasil pelo Decreto nº 99.710, de 21.11.1990) assegura às mães, no art. 24, 2, “d”, adequada assistência pré-natal e pós-natal. Tal dispositivo evidencia que a proteção à infância passa, necessariamente, pela proteção à maternidade.

<sup>4</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Poder familiar e o aspecto finalístico de promover o desenvolvimento e bem-estar da pessoa. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). *Direito das famílias por juristas brasileiras*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 419.

A Constituição Federal traça normas gerais de proteção à criança, ao adolescente e ao jovem, a serem observadas pela família, pela sociedade e pelo Estado, consubstanciadas no art. 227. Essas normas têm reflexo na elaboração de leis infraconstitucionais e na interpretação daquelas que estão em vigor.

No plano infraconstitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13.7.1990) e o Estatuto da Primeira Infância (Lei nº 13.257, de 8.3.2016) disciplinam os direitos das crianças e dos adolescentes e das crianças em primeira infância, conjugando normas de direito civil, penal, processual civil e processual penal, além de normas de direito administrativo.

O ECA trata da gestação nos arts. 8º, 9º e 10 com as alterações introduzidas pelo Estatuto da Primeira Infância. Neles estão contidas as seguintes diretrizes: atendimento pré-natal de qualidade, assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, orientação sobre aleitamento materno, alimentação complementar e formas de desenvolvimento infantil saudáveis.

Especificamente quanto ao tema aqui discutido, o art. 8º, §10 dispõe:

Incumbe ao poder público garantir, à gestante e à mulher com filho na primeira infância que se encontrem sob custódia em unidade de privação de liberdade, ambiência que atenda às normas sanitárias e assistenciais do Sistema Único de Saúde para o acolhimento do filho, em articulação com o sistema de ensino competente, visando ao desenvolvimento integral da criança.

O dispositivo mencionado foi incorporado ao ECA pelo Estatuto da Primeira Infância, promulgado em 2016, ou seja, dezesseis anos após a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente. Foi criada, portanto, a possibilidade de manutenção do filho junto à mãe, durante toda a primeira infância que se prolonga até os seis anos de idade. Isso impacta diretamente o sistema prisional brasileiro que necessitará criar estruturas para cumprimento dessas normas, inclusive no que diz respeito à educação infantil.

O Código de Processo Penal brasileiro, em seu art. 318, prevê a substituição da prisão preventiva pela domiciliar em seis situações específicas, sendo quatro delas dirigidas à proteção do nascituro e de crianças até doze anos de idade. O juiz poderá fazer essa substituição nas hipóteses seguintes: quando for imprescindível aos cuidados especiais de pessoa com idade inferior a seis anos ou com deficiência (inc. III), em se tratando de gestante (inc. IV), em se tratando de mulher com filho de até doze anos de idade incompletos (inc. V) e em se tratando de homem quando ele for o único responsável pelos cuidados do filho de até doze anos de idade incompletos (inc. VI). Os incs. IV, V e VI foram acrescentados ao art. 318 do CPP pelo Estatuto da Primeira Infância.

O art. 318 do CPP alcança o percurso do ser humano em três diferentes etapas: antes do nascimento, na primeira infância e até alcançar os doze anos de idade. Em todas as fases existe titularização de direitos da personalidade; no entanto, é possível distinguir o aspecto estático do dinâmico. Tal como foi dito nos *Ensaio sobre a infância e a adolescência*:

Do ponto de vista estático, os titulares do direito são protegidos diante da violência ou da ameaça de violação de situações jurídicas estabelecidas. As normas proibitivas como não matar, não expor a honra de uma pessoa, dentre outros, importam tutela sob o prisma estático, impondo ao outro que não o titular, uma esfera de não-liberdade.

Sob o ponto de vista dinâmico, o ordenamento jurídico reconhece ao titular do direito uma esfera de liberdade, cabendo-lhe, portanto, nesse âmbito, a construção do livre desenvolvimento da sua personalidade, ou a construção de sua personalidade.<sup>5</sup>

Ao nascituro, a tutela dos direitos da personalidade é implementada de maneira estática, o mesmo acontecendo nos primeiros anos de vida da pessoa. Na medida em que a criança se desenvolve estabelecendo laços afetivos, familiares e sociais, ela passa a ter um papel mais ativo nas decisões que lhe afetam, sendo, por isso mesmo, imprescindível a tutela dos direitos da personalidade sob o prisma dinâmico. A situação específica irá dizer.

O benefício previsto no art. 318 do CPP somente poderá ser concedido àquelas pessoas que ainda não foram condenadas em processo criminal, mas encontram-se detidas em razão de medida meramente acautelatória, nos moldes do art. 312 do CPP.

Os incisos acrescentados ao art. 318 do CPP são particularmente relevantes, tanto assim que as hipóteses tratadas nos incs. IV e V, ao lado de outras fontes normativas, tornaram-se a fundamentação dogmática para o pedido de *habeas corpus* coletivo julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 20.2.2018.

### **3 *Habeas Corpus* nº 143.641: uma decisão emblemática**

O Supremo Tribunal Federal, por sua Segunda Turma decidiu, no dia 20.2.2018, conceder *habeas corpus* coletivo para determinar a substituição da

<sup>5</sup> LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Ensaio sobre a infância e a adolescência*. Belo Horizonte: Arraes, 2016. p. 54.

prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas, em todo o território nacional, que sejam gestantes ou mães de crianças de até doze anos ou de pessoas com deficiência, ressalvando a possibilidade das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP.<sup>6</sup>

Embora a Defensoria Pública da União figure como impetrante no documento relativo ao voto do relator, Ministro Ricardo Lewandowski, a tutela coletiva, inicialmente, foi requerida pelo Coletivo de Advogados em Direitos Humanos.

Os principais argumentos lançados no pedido de *habeas corpus* foram: I) a prisão preventiva, ao confinar mulheres grávidas em estabelecimentos prisionais precários, retira-lhes o acesso a programas de saúde pré-natal, assistência regular na gestação e no pós-parto e priva as crianças de condições adequadas ao seu desenvolvimento, além de constituir tratamento desumano, cruel e degradante, de violar postulados constitucionais relacionados à individualização da pena, à vedação de penas cruéis e, ainda, ao respeito à integridade física e moral da presa; II) a política criminal responsável pelo expressivo encarceramento feminino é discriminatória e seletiva, impactando de forma desproporcional as mulheres pobres e suas famílias; III) o art. 25, I, da Convenção Americana de Direitos Humanos, garante o direito a um instrumento processual simples, rápido e efetivo, apto a tutelar direitos fundamentais lesionados ou ameaçados, razão pela qual o *habeas corpus* coletivo deve ser admitido; IV) em razão de falhas estruturais de acesso à justiça, consubstanciadas em obstáculos econômicos, sociais e culturais, as violações aos direitos das gestantes e mães de crianças tornaram-se sistemáticas; V) os estabelecimentos prisionais não são preparados de forma adequada para atender às mulheres presas, sobretudo, aquelas que são mães ou gestantes; VI) com a entrada em vigor do Estatuto da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016), que alterou o CPP, possibilitando a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar para gestantes e mães de crianças, a medida vem sendo solicitada ao Poder Judiciário sem êxito em metade dos casos; VII) as razões para o indeferimento estão relacionadas à gravidade do delito supostamente praticado pelas detidas e também à necessidade de prova da inadequação do ambiente carcerário em cada caso, mas a gravidade do delito não pode ser motivo para a manutenção da prisão; VIII) o STF já reconheceu a inconstitucionalidade do estado de coisas

<sup>6</sup> Nada há no acórdão que possa levar à ilação de que também são alcançadas por este benefício mulheres que tenham, sob seus cuidados, crianças de até doze anos de idade, mas que não constem em suas certidões de nascimento como genitoras. Noutros termos, a maternidade socioafetiva não foi contemplada. Sobre prisão e maternidade socioafetiva, ler: VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana. Família atrás das grades: maternidade e afetividade na perspectiva dos direitos humanos. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Org.). *Cuidado e afetividade: projeto Brasil/Portugal – 2016-2017*. São Paulo: Atlas, 2017. p. 341-356.

nos estabelecimentos prisionais; IX) é necessário reconhecer a condição especial da mulher no cárcere, sobretudo, da mulher pobre que, privada de acesso à justiça, vê-se também destituída do direito à substituição da prisão preventiva pela domiciliar; X) todas essas privações acabam por gerar quadro de excessivo encarceramento preventivo de mulheres pobres que, sendo gestantes ou mães de crianças, fariam jus à substituição prevista em lei; XI) a limitação do alcance da atenção pré-natal já rendeu ao Brasil uma condenação pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (caso Alyne da Silva Pimentel x Brasil), e casos de graves violações dos direitos das gestantes e de seus filhos realçam que esses males poderiam ser evitados; XII) segundo dados oficiais, faltam berçários e centros materno-infantis e que, em razão disso, as crianças se ressentem da falta de condições propícias para seu desenvolvimento, o que não só afeta sua capacidade de aprendizagem e de socialização, como também vulnera gravemente seus direitos constitucionais, convencionais e legais; XIII) a Lei de Execução Penal determina como obrigatória, nos estabelecimentos penais, a presença de instalações para atendimento a gestantes e crianças; contudo, tais disposições legais são sistematicamente desrespeitadas; XIV) conquanto a substituição da prisão preventiva pela domiciliar não seja direito subjetivo da gestante e da mãe, há direitos que estão sendo desrespeitados, não se podendo penalizá-las pela falta de estrutura estatal adequada para fazê-los valer; XV) o direito de punir é que deve ser mitigado e não o direito à vida, à integridade e à liberdade individual, como foi decidido quando a Suprema Corte declarou ser inadmissível que presos cumpram pena em regime mais gravoso do que aquele ao qual foram condenados, ou em contêineres, aduzindo que, em tais casos, a ordem de *habeas corpus* foi estendida aos presos na mesma situação; XVI) as mulheres presas preventivamente no Brasil são vulneráveis sob a perspectiva socioeconômica.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus*, ao argumento de não ser possível a concessão de ordem genérica, sem individualização da sua beneficiária e da expedição de salvo conduto a um número indeterminado de pessoas.

O argumento da PGR não foi acatado. O *habeas corpus* foi admitido ao fundamento de que é medida processual adequada para a tutela de grupos vulneráveis.

O relator, Ministro Ricardo Lewandowski, reconheceu que as falhas estruturais do sistema prisional brasileiro agravam a “cultura do encarceramento”, amparando-se no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres.

Relembrou o caso Alyne Pimentel<sup>7</sup> ao constatar que o Brasil não tem sido capaz de garantir cuidados relativos à maternidade nem mesmo às mulheres que não estão em situação prisional.

Sobre a manutenção de crianças em ambiente carcerário, o relator se alicerçou em estudos de professores da Universidade de Harvard para concluir que “a segregação, seja nos presídios, seja em entidades de acolhimento institucional, terá grande probabilidade de causar dano irreversível e permanente às crianças filhas de mães presas” (HC nº 143.641, p. 28).

Todo o voto foi amparado nas normas jurídicas já analisadas no item anterior e, diante do arcabouço normativo, o acórdão concentra-se na seguinte pergunta: quais devem ser os parâmetros para a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar?

A questão é enfrentada na conclusão e assim respondida:

Em face de todo o exposto, concedo a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar – sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP – de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício.

Estendo a ordem, de ofício, às demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições previstas no parágrafo acima.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Sobre o caso Alyne da Silva Pimentel, indicamos: OLIVEIRA, Aline Albuquerque Sant’Anna de; BARROS, Aline; SCHIRMER, Julia. Caso Alyne Pimentel: uma análise à luz da abordagem baseada em direitos humanos. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, n. 12, 2016. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/202>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

<sup>8</sup> STF, 2ª T. Habeas Corpus nº 14.641/SP. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 20.2.2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

Acompanharam o voto do relator os ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello. O Ministro Edson Fachin divergiu parcialmente do relator porquanto, para ele, o estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro, reconhecido no julgamento da ADPF nº 347, não pode ter, como consequência, a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar. Somente no exame dos casos concretos é que se pode avaliar a viabilidade da medida.

Analisando e interpretando o art. 318 do CPP, que estabelece a possibilidade de o juiz substituir a prisão preventiva pela prisão domiciliar, o Ministro Fachin argumenta:

[...] a faculdade estabelecida pelo art. 318 não consubstancia liberalidade do magistrado. É evidente que a decisão que fixa a custódia cautelar ou definitiva de um dos pais ou responsáveis atinge a vida da criança e, como tal, sempre que possível, deve ela manifestar-se sobre seu destino. Situações haverá em que o melhor interesse da criança exigirá a custódia cautelar, em outros talvez, não. Apenas à luz das especificidades dos casos concretos é que será possível ao juiz determinar qual será o melhor interesse da criança.

Assim, o Ministro Fachin deferiria a ordem exclusivamente para dar interpretação conforme os incs. IV, V e VI do art. 318 do CPP, a fim de reconhecer como única interpretação a que condiciona a substituição da prisão preventiva pela domiciliar à análise concreta e individualizada do melhor interesse da criança, sem revisão automática das prisões preventivas já decretadas.

## 4 Análise da decisão à luz do melhor interesse da criança

O principal fundamento da decisão do *habeas corpus*, assim como o do voto vencido do Ministro Edson Fachin, é o melhor interesse da criança.<sup>9</sup> Interessante notar como o mesmo fundamento em abstrato levou a conclusões diferentes, hábeis a gerar efeitos sociais também diferentes.

Melhor explicando: da leitura do acórdão extrai-se a interpretação segundo a qual, quando a gestante ou a mãe de criança até doze anos não se enquadrar nas exceções nele indicadas, automaticamente, a prisão preventiva deverá se

<sup>9</sup> Sobre o melhor interesse da criança, consultar: PEREIRA, Tânia da Silva. O “melhor interesse da criança”. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 1-101. Passados quase vinte anos da publicação, este texto tornou-se referência obrigatória nos estudos sobre a infância e a adolescência.

converter em prisão domiciliar, benefício que foi estendido de ofício às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas, em idêntica situação em todo o território nacional.

Segundo o acórdão, as hipóteses nas quais a conversão deverá ser denegada são: a gestante, puérpera ou mãe seja indiciada ou acusada de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça contra seus descendentes; quando se constate a suspensão ou a destituição do poder familiar por motivos outros que não a prisão e, ainda, em situações excepcionalíssimas que deverão ser fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.

Ora, o relator limita-se a descrever apenas duas situações nas quais o benefício deverá ser indeferido, criando, ao mesmo tempo, cláusula geral para nortear o julgador em todas as outras situações que requerem o pronunciamento judicial sobre a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar. Portanto, a própria técnica utilizada no acórdão revela a impossibilidade de exaurir a indicação de condutas que desaconselham a convivência da mulher com seus filhos, o que reforça o entendimento da divergência lançada pelo Ministro Fachin: a análise deverá ser feita nos casos concretos e não em abstrato.

É muito pouco provável que o julgador, independentemente de constar de maneira expressa no acórdão as duas vedações acima, concedesse o benefício para mulheres que, de uma forma tão evidente, não estariam aptas para o exercício da maternidade, assim como também não o concederia para pessoas envolvidas em pedofilia, crimes de violência contra vulneráveis, exploração sexual de menores, entre outros.

As prescrições do acórdão atingem as mulheres que, na data do julgamento, se encontravam em prisão preventiva; ao mesmo tempo, alcançam aquelas outras que, não estando em prisão preventiva, já foram indiciadas ou acusadas dos delitos referidos no art. 318 do CPP. Desse modo, a decisão assume as características de uma tutela inibitória. Afinal, se mulheres não devem permanecer no cárcere a fim de que possam cuidar de seus filhos em ambiente familiar, pelo mesmo motivo, não devem ser mandadas à prisão.

Não há como deixar de reconhecer que, a despeito da preocupação legítima com a situação da maternidade e da infância encarceradas, a conversão automática da prisão preventiva em prisão domiciliar assim como o efeito inibitório da concessão do *habeas corpus* poderão dar ensejo a abuso de direito por parte da mulher que, propositalmente, engravidará para usufruir do benefício da prisão domiciliar ou outra medida alternativa prevista no art. 319 do CPP. Nesse caso, haveria, claramente, a violação do princípio da boa-fé nas relações familiares no

desdobramento do *venire contra factum proprium*.<sup>10</sup> Todavia, como o princípio basilar, aqui, é o do melhor interesse da criança, este prevalecerá.

Afora isso, não há como evitar efeitos sociais perversos como o recrutamento de mulheres para a prática de crimes já se antevendo a possibilidade de elas permanecerem fora do cárcere.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Infância encarcerada. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 18, p. 183-195, out./dez. 2018.

---

---

<sup>10</sup> Nas lições de Cristiano Chaves de Farias: “O *venire contra factum proprium* há de balizar a eticidade que se espera das pessoas que compõem um grupo familiar, impedindo um abuso decorrente do exercício de um direito contraditoriamente à expectativa criada” (FARIAS, Cristiano Chaves de. *Latitudes e longitudes do venire contra factum proprium nas relações de família*. In: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo (Coord.). *Temas contemporâneos de direito das famílias*. São Paulo: Pillares, 2015. p. 151).