

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL**  
**FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI**

**MILENA E SILVA TEIXEIRA**

**O BENEFÍCIO DA PRISÃO DOMICILIAR ÀS PRESIDÁRIAS CONDENADAS QUE SÃO GESTANTES E MÃES: uma análise à luz do princípio da intransmissibilidade da pena e do melhor interesse do menor**

Projeto de Pesquisa apresentado ao Curso de Direito das Faculdades Doctum de Guarapari, como requisito para aprovação na disciplina TCC II, orientado pela Prof. M.a Kélvia Faria Ferreira.

Área de Concentração: Direito Penal e Direito Processual Penal

.

**GUARAPARI/ES**

**2018**

**FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI/ES****FOLHA DE APROVAÇÃO**

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: O benefício da prisão domiciliar às presidiárias condenadas que são gestantes e mães: uma análise à luz do princípio da intransmissibilidade da pena e do melhor interesse do menor, elaborado pela aluna Milena e Silva Teixeira foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito das Faculdades Doctum de Guarapari, como requisito parcial da obtenção do título de

**BACHAREL EM DIREITO.**

**Guarapari, 23 de novembro 2018.**

---

Prof. M.a Kélvia Faria Ferreira  
Faculdades Doctum de Guarapari/ES  
Orientador

---

Prof. Patrícia Barcelos Nunes de Mattos Rocha  
Faculdades Doctum de Guarapari/ES

---

Umbertino Carvalho  
Faculdades Doctum de Guarapari/ES

## **O BENEFÍCIO DA PENA DOMICILIAR ÀS PRESIDÁRIAS CONDENADAS QUE SÃO GESTANTES E MÃES: uma análise à luz do princípio da intransmissibilidade da pena e do melhor interesse do menor**

Milena e Silva Teixeira<sup>1</sup>

Prof. M.a Kélvia Faria Ferreira<sup>2</sup>

### **RESUMO**

A presença materna traz benefícios inestimáveis para a formação do caráter do indivíduo e contribui para o pleno desenvolvimento da criança. O convívio materno juntamente com um ambiente adequado para a habitação de uma criança traz aos infantes efeitos positivos que se prologam por toda vida. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição Federal de 1988 dispõem que é dever da sociedade, do Estado e da família zelar pelos menores, garantindo a estes, proteção da sua integridade. O presente artigo científico vem abordar os malefícios que a estadia de uma criança dentro do sistema prisional juntamente com suas genitoras detentas podem trazer a estes menores e elenca os benefícios que a concessão da pena domiciliar pode acarretar não só às mães presas, mas também aos infantes. Embasou-se a hipótese no Princípio do Melhor Interesse do Menor e no Princípio da Intransmissibilidade da Pena. A metodologia partiu de revisão de literatura sobre o tema e utilizou-se do recurso a dados estatísticos para embasar a pesquisa teórica desenvolvida. Como resultado, a presente pesquisa concluiu que a estadia em presídios pode trazer prejuízos relevantes para a vida do indivíduo, ocasionando traumas e consequências durante toda sua vivência. Conclui-se ainda que a prisão domiciliar deve ser discutida e aplicada de acordo com cada caso, pois de um lado temos o dever do Estado em punir a mãe que cometeu um delito e do outro lado, temos que garantir uma proteção total da integridade do menor.

**Palavras-chave:** Prisão domiciliar. Mãe presidiária. Menor. Sistema prisional. Princípios.

---

<sup>1</sup> Graduando em direito. E-mail: milenateixeira03@gmail.com

<sup>2</sup> Mestra em Direito. E-mail: kelviafaria@hotmail.com

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>5</b>
<b>2 VIDA NOS PRESÍDIOS .....</b>	<b>6</b>
<b>2.1 Perfil da mulher presa .....</b>	<b>6</b>
<b>2.2 Legislação brasileira valorativa que visa proteger a integridade das presas que são gestantes e mães .....</b>	<b>7</b>
<b>2.3 Realidade do sistema prisional feminino .....</b>	<b>10</b>
<b>3 DA PROTEÇÃO À CRIANÇA .....</b>	<b>11</b>
<b>3.1 Legislação que protege a integridade e demais direitos das crianças .....</b>	<b>12</b>
3.1.1 Princípio do melhor interesse do menor .....	14
3.1.2 Princípio da intransmissibilidade da pena .....	15
<b>3.2 Prejuízos na vida do infante ocasionados pela estadia no cárcere ou afastamento de suas genitoras .....</b>	<b>17</b>
<b>4 APLICAÇÃO DA PENA DOMICILIAR PARA MÃES E GESTANTES JÁ CONDENADAS, VISANDO A PROTEÇÃO DA INTEGRIDADE DO MENOR.....</b>	<b>21</b>
4.1 Regramento legal da prisão domiciliar .....	21
4.2 Benefícios da pena domiciliar para as mães, gestantes e filhos de detentas.....	24
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>28</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>29</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>30</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Quando uma mãe ou gestante é condenada, esta tem como opção levar consigo para o cárcere seus filhos ou deixa-los sob os cuidados de outras pessoas capazes para isso. O presente artigo científico busca analisar a aplicação da prisão domiciliar como forma de amparar os menores filhos de mães infratoras, para que estes não sejam levados para o cárcere junto com suas genitoras, prevalecendo nesses casos o Princípio do Melhor Interesse do Menor e o Princípio da Intransmissibilidade da Pena.

A criança tem o pleno direito de gozar de uma vida sadia, estável e harmônica observando todos os requisitos estabelecidos no artigo 227 da Constituição Federal de 1988. A prisão não traz ao infante uma qualidade de vida exemplar. A criança ao ser criada atrás das grades será privada do seu direito de ir e vir, mesmo não tendo cometido qualquer crime. Além disso, atualmente no Brasil são poucos os presídios que portam de auxílio eficaz e ambiente físico apropriado para suprir as necessidades de uma criança ou de uma gestante. Na pior das hipóteses, o afastamento da criança de sua mãe traz para si grandes e diversos prejuízos psicológicos e sociais que este levará para o resto de suas vidas, já que é natural de qualquer ser o convívio materno.

É comum vivenciarmos no Brasil a aplicação da prisão domiciliar nos moldes do artigo 318 do Código de Processo Penal, quando é feita a substituição da pena preventiva pela domiciliar para as mães e gestantes e nos moldes do artigo 117 da Lei de Execução Penal. A prisão domiciliar também é aplicada na progressão de pena e quando o crime for de menor potencial ofensivo, ou seja, crimes cujas penalidades não ultrapassem 02 (dois) anos.

Vejamos então que a alternativa da pena domiciliar para as mães e gestantes mesmo já condenadas seria um marco no sistema penal e carcerário no Brasil que valorizaria os filhos dessas detentas, vez que sua aplicação efetiva traria grandes benefícios para a vida dos menores que possuem uma mãe infratora e concretaria a eficácia dos diversos princípios constitucionais que cercam e protegem a integridade física, psíquica e social do menor.

## 2 VIDA NOS PRESÍDIOS

Até 2016, aproximadamente 726.712 (setecentos e vinte e seis mil, setecentos e doze) pessoas estavam detidas no sistema prisional brasileiro, entre homens e mulheres. No que se refere às penitenciárias, o Brasil não é exemplo, pois as entidades prisionais não possuem recursos e vagas necessárias para atender a grande população carcerária existente no país. Para Augusto Thompson (2002, p. 99-100) “a penitenciária no sistema penal tem por alvo punir retributivamente, prevenir pela intimidação e regenerar através da ressocialização”. Deve-se lembrar que o Estado possui o dever de zelar por aqueles que estão sob sua custódia e fornecer a estes o essencial para sobrevivência.

No que tange ao público feminino, o Brasil possui a quarta maior população carcerária do mundo. Seguindo o panorama da mulher presa, abordam-se as condições impostas às mulheres custodiadas analisando o perfil dessas detentas diante da legislação valorativa acerca do público carcerário feminino.

### 2.1 PERFIL DA MULHER PRESA

Segundo o último levantamento do INFOPEN (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias) em junho de 2016, o Brasil possui a quarta maior população carcerária feminina do mundo. Até 2016 cerca de 42.355 (quarenta e duas mil trezentas e cinquenta e cinco) mulheres estavam cumprindo pena no sistema prisional brasileiro.

O INFOPEN informou que 45% (quarenta e cinco por cento) dessas detentas ainda não foram condenadas, 32% (trinta e dois por cento) foram sentenciadas em regime fechado e 16% (dezesseis por cento) foram sentenciadas em regime semiaberto, as demais prisões estão sendo cumpridas em regime aberto ou com medidas de seguranças.

Quando o assunto é raça ou cor dessas mulheres presas, o INFOPEN informa que 62% (sessenta e dois por cento) dessas detentas são negras e 37% (trinta e sete por cento) são brancas.

O nível de escolaridade dessas mulheres detidas é bastante variado, sendo que 45% (quarenta e cinco por cento) possui o ensino fundamental incompleto, 15%

(quinze por cento) possui o ensino fundamental completo, 17% (dezessete por cento) possui o ensino médio incompleto, 15% (quinze por cento) possui o ensino médio completo, 2% (dois por cento) possui o ensino superior incompleto, 2% (dois por cento) são analfabetas, apenas 1% (um por cento) possui o ensino superior completo e 3% (três por cento) foram alfabetizadas sem cursos regulares.

No quesito estado civil das mulheres privadas de liberdade no Brasil, 62% (sessenta e dois por cento) são solteiras, 23% (vinte e três por cento) são conviventes em união estável, 9% (nove por cento) são casadas, 2% (dois por cento) são viúvas, 2% (dois por cento) separadas judicialmente e 2% (dois por cento) divorciadas.

Outro dado relevante é a quantidade de filhos que essas mulheres presas possuem. Segundo o levantamento do INFOPEN/2016, 74% (setenta e quatro por cento) da população carcerária feminina possui filhos, sendo que 20% (vinte por cento) possui dois filhos, 18% (dezoito por cento) possui um filho, 17% (dezessete por cento) possui três filhos, 8% (oito por cento) possui quatro filhos, 5% (cinco por cento) possui cinco filhos e 7% (sete por cento) possui seis ou mais filhos.

No que diz respeito ao tipo penal, 62% (sessenta e dois por cento) das mulheres foram presas por tráfico de drogas, 11% (onze por cento) por roubo, 9% (nove por cento) por furto, 6% (seis por cento) por homicídio, 2% (dois por cento) por quadrilha ou bando, 2% (dois por cento) por porte de armas e 6% (seis por cento) por outros tipos de crime.

Verifica-se que segundo as informações obtidas no INFOPEN/2016, o perfil da maioria das mulheres presas é de negras, com baixo nível de escolaridade, jovens com até 29 (vinte e nove) anos e que praticaram o crime de tráfico de drogas. Verifica-se, ainda, que 74% (setenta e quatro por cento) dessas detentas possuem filhos.

## 2.2 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA VALORATIVA QUE VISA PROTEGER A INTEGRIDADE DAS PRESAS QUE SÃO GESTANTES E MÃES

O Brasil possui várias leis que visam à proteção da integridade das mulheres presas, fornecendo a elas diversos direitos dentro do sistema prisional. Alguns

destes direitos se estendem aos filhos dessas detentas e às presas que são gestantes, não visando somente uma melhor qualidade de vida da presa, mas almejando a proteção da integridade do menor e daquele que virá a nascer.

A legislação regulariza no artigo 318, incisos V e VI do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) a possível substituição da prisão preventiva pela domiciliar para mulheres com filhos de até 12 anos de idade e para as gestantes.

Já o artigo 117, nos incisos III e IV da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), regulamenta a prisão domiciliar para mães e gestantes que foram condenadas em regime semiaberto ou aberto. Pode-se observar que as detentas condenadas em regime fechado são privadas de manter o convívio diário com seus filhos, tendo como única alternativa levá-los consigo para o cárcere ou deixa-los sob os cuidados de terceiros. Quando a criança é deixada sob os cuidados de terceiros, as mães condenadas convivem com sua prole somente nas visitas exercidas por eles dentro do presídio.

A Constituição Brasileira de 1988 elenca no artigo 5º, XLIX que será “assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”, assim como o artigo 40 da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984) realça que “impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios”. Dessa forma, recai como direito fundamental inerente àquele que cumpre algum tipo de pena, o respeito à sua dignidade.

Em maio de 2009 houve a promulgação da Lei 11.942 (BRASIL, 2009) que enfatizou a idade mínima de seis meses para amamentação da criança junto de sua mãe carcerária.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária emitiu em 15 de julho de 2009 a Resolução nº 04, que valoriza a figura da genitora e da gestante. Desta resolução, cabe enfatizar o artigo 1º, inciso II, onde reza que:

Art. 1º: II - a estada, permanência e posterior encaminhamento das (os) filhas (os) das mulheres encarceradas devem respeitar as seguintes orientações: (...) II – Continuidade do vínculo materno, que deve ser considerada como prioridade em todas as situações.

Já no artigo 2º da referida Resolução dispõe que:

Art. 2º: Deve ser garantida a permanência de crianças no mínimo até um ano e seis meses para as(os) filhas(os) de mulheres encarceradas junto as suas mães, visto que a presença da mãe nesse período é considerada

fundamental para o desenvolvimento da criança, principalmente no que tange à construção do sentimento de confiança, otimismo e coragem, aspectos que podem ficar comprometidos caso não haja uma relação que sustente essa primeira fase do desenvolvimento humano; esse período também se destina para a vinculação da mãe com sua(seu) filha(o) e para a elaboração psicológica da separação e futuro reencontro.

Em 22 de julho de 2010, o Brasil participou da 65ª Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU), chamadas de “Regras de Bangkok”, na qual foram traçadas diretrizes nas normas internacionais acerca do tratamento referente às mulheres que se encontram no cárcere.

O artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), em seu parágrafo 4º expressa que:

Art. 19: Será garantida a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial.

Em 2017 foi sancionada a Lei 13.434 (BRASIL, 2017), que proíbe o uso de algemas nas mulheres em trabalho de parto.

O artigo 6º da Constituição Brasileira de 1988 elenca a proteção à saúde e a proteção à maternidade como direitos inerentes para a construção de uma vida digna, classificando-os como direitos sociais

A LEP (BRASIL, 1984), em seu artigo 89 apresenta os requisitos necessários para manter uma penitenciária adequada para garantir à mulher gestante e mãe uma melhor qualidade de vida para si e para seus filhos.

Art. 89: Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

Parágrafo único. São requisitos básicos da seção e da creche referidas neste artigo:

I – atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e

II – horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável.

Na LEP (BRASIL, 1984), também em seu artigo 14, parágrafo 3º é assegurando o “acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.”

Outra medida que enlaça o quesito da valorização da integridade das mães e gestantes presas juntamente com seus filhos foi proferida em fevereiro de 2018, quando a 2ª turma do Supremo Tribunal Federal analisou o Habeas Corpus coletivo nº 143.641, no qual decidiu converter a prisão cautelar para a prisão domiciliar para todas as gestantes, puérperas ou mães com filhos de até doze anos de idade sob sua responsabilidade que cumprem prisão cautelar.

### 2.3 REALIDADE DO SISTEMA PRISIONAL FEMININO

Ana Carolina Colombaroli (2011, p. 4) relata em sua tese que:

As políticas penitenciárias foram pensadas pelos homens e para os homens. As mulheres são, portanto, uma parcela da população carcerária situada na invisibilidade, suas necessidades por muitas vezes não são atendidas, sua dignidade é constantemente violada.

Segundo dados fornecidos pelo INFOPEN/2016, apenas 7% (sete por cento) dos estabelecimentos prisionais brasileiros foram feitos especificamente para as mulheres.

A Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984) em seu artigo 82, parágrafo 1º traz em sua redação a previsão de separação de gênero no sistema prisional, determinando que “a mulher e o maior de sessenta anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal”.

A legislação brasileira proporciona às mulheres diversas garantias dentro do sistema prisional, sendo uma delas o direito de receber visitas de cônjuges, companheiras, familiares e amigos em determinadas datas, conforme consta o artigo 41, parágrafo X da LEP (BRASIL, 1984). Deve-se lembrar que os homens também possuem esta garantia dentro das penitenciárias. Tais visitas devem ocorrer em um ambiente apropriado dentro dos presídios, ambiente este destinado somente às visitas. Segundo dados fornecidos pelo INFOPEN/2016, 1 (um) a cada 2 (dois) estabelecimentos prisionais direcionado às mulheres não contam com o ambiente de visitas apropriado e no caso das visitas íntimas apenas 41% (quarenta e um por cento) dos presídios destinados às mulheres possuem tal ambiente.

A LEP (BRASIL, 1984) em seu artigo 89 frisa que:

Art. 89º: a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

O artigo 83, parágrafo 2º da LEP (BRASIL,1984 ) relata que:

Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.

A pesquisa realizada pelo INFOPEN/2016 mostrou que somente 55 (cinquenta e cinco) estabelecimentos prisionais por todo o Brasil possui cela ou dormitório apropriado para gestantes e apenas 14% (quatorze por cento) das unidades femininas por todo o país possui berçário, creche ou outro ambiente adequado para crianças que se encontram no cárcere junto com suas genitoras. Segundo dados do Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes organizado pelo CNJ, até agosto de 2018 foi constatado que 258 (duzentas e cinquenta e oito) presas em todo o país são gestantes e 167 (cento e sessenta e sete) lactantes.

O artigo 85 da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984) garante que "o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade". Em junho de 2016 foi registrado um percentual de 156,7% (cento e cinquenta e seis, sete por cento) de ocupação feminina no sistema prisional, pesquisas realizadas pelo INFOPEN/2016 mostram que em ambientes destinados para 10 (dez) mulheres, 16 (dezesesseis) encontram-se sendo custodiadas. O déficit de vagas no sistema carcerário brasileiro tanto masculino e feminino chega a 368 (trezentos e sessenta e oito) mil vagas.

### **3 DA PROTEÇÃO DA CRIANÇA**

Desde o início do século XX, o Brasil passou a aderir políticas sociais que visassem à proteção integral da criança. Mais tarde, essas políticas sociais se transformaram em normas jurisdicionais que envolveram de forma mais evidente os menores garantindo a estes diversos direitos. Um dos marcos mais importantes, no que concerne aos direitos da criança, foi à promulgação Constituição Federal de 1988 que colocou a família, a sociedade e o Estado como entes capazes de

assegurar aos menores uma melhor qualidade de vida, e, em 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, garantiu aos menores proteção integral a seus direitos.

### 3.1 LEGISLAÇÃO QUE PROTEGE A INTEGRIDADE E DEMAIS DIREITOS DAS CRIANÇAS

Foi a partir do início do século XX que o Brasil passou a realizar políticas sociais que visavam proteger as crianças. Antes desse período os menores carentes eram entregues aos cuidados da igreja católica que realizavam, através das Casas de Misericórdia, diversos serviços sociais.

No ano de 1923, foi instaurado no Brasil o Juizado de menores e, em 1927, foi criado o primeiro documento direcionado somente aos menores de 18 (dezoito) anos, chamado Código dos Menores. Sobre o Código dos menores de 1927, Janiere Paes (2013, online) relata que “a criança merecedora de tutela do Estado era o menor em situação irregular”, ou seja, os menores abandonados e os infratores, que na visão político-social da época, eram os que mais necessitavam da intervenção estatal.

Em 1964, foi criada a Lei que instituiu no país a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor e, em 1979, foi criado um novo Código dos Menores que reformulou o Código dos Menores de 1927. Para Janiere Paes (2013, online), o Código dos Menores de 1979:

Contém a doutrina da proteção integral, mas baseada no mesmo paradigma do menor em situação irregular da legislação anterior. O Código de Menores de 1979 traz um dispositivo de intervenção do Estado sobre a família, que abriu caminho para o avanço da política de internatos-prisão.

Em 1924, a Declaração de Genebra visou em seu conteúdo uma proteção especial à criança, assim como a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, de 1948, que também visou em seu texto melhores condições sociais para os menores.

Em 20 de novembro de 1959, foi promulgada a Declaração Universal dos Direitos das Crianças. O Pacto de San José publicado de 1969 reza em seu artigo 19 que “toda criança tem direito às medidas de proteção que na sua condição de menor requer, por parte da família, da sociedade e do estado”. Em 1989, a Assembleia Geral das Nações Unidas ratificou a Convenção sobre os Direitos da

Criança e, em 1990, tal documento foi ratificado internacionalmente sendo adotado por 193 (cento e noventa e três) países, incluindo o Brasil.

Em 1990, foi instaurado no Brasil o Estatuto da Criança e do Adolescente que vem preservar em sua totalidade os diversos direitos direcionados aos menores. Com o advento dessa lei, as crianças e adolescentes ganharam efetivamente a proteção estatal. A proteção da integridade do menor está elencada mais precisamente nos artigos 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990).

Art. 3º: A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º: É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

O Estatuto da Criança e do Adolescente também adotou como pilar o Princípio da Integral Proteção da Criança e do Adolescente, colocando o menor como efetivo possuidor de direitos. Antes da promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, os menores apenas ganhavam proteção estatal quando estes se encontravam em situação irregular, como por exemplo, quando algum menor praticasse algum crime. Após a instauração do Estatuto à Criança e do Adolescente o Estado garantiu aos menores a proteção da sua integridade.

Foi com a promulgação da Constituição Brasileira de 1988 que o Princípio da Integral Proteção da Criança e do Adolescente foi edificado e se estabeleceu em nossa legislação. É no artigo 227 da Constituição Brasileira de 1988 que este princípio se concretiza como direito fundamental e assegura à criança e ao adolescente proteção à sua integridade física, social e moral, instituindo a família, a sociedade e o Estado como protetores das crianças.

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

Foi através da promulgação da Constituição Brasileira de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990 que diversas outras políticas sociais e leis foram surgindo e se incluindo no ordenamento jurídico brasileiro a fim de garantir uma melhor qualidade de vida às crianças. A partir do momento que a proteção integral da criança foi instituída na nossa legislação como um direito fundamental houve um alastramento de garantias jurisdicionais que abraçam os direitos pertencentes aos menores.

### 3.1.1 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

O princípio do Melhor Interesse do Menor foi garantido internacionalmente com o advento da Convenção Internacional dos Direitos das Crianças em 1989, sendo este um marco importante no que tange aos direitos inerentes aos menores. Duarte (2010, p. 39) relata que:

O século XX consagrou-se pela preocupação com a população infantojuvenil, o direito das crianças e dos adolescentes foram declarados e garantidos para um desenvolvimento de vida adequado. Entre esses direitos pode-se mencionar o direito à vida, considerado o direito fundamental do ser humano de sobreviver, sendo maior compromisso do Estado garanti-lo. Vida alia-se ao direito à igualdade, em que todas as crianças e adolescentes têm o direito de serem tratados de forma igual, sem distinção de raça, cor, sexo, língua ou religião.

No Brasil o Princípio do Melhor Interesse do Menor foi adotado no artigo 227 da Constituição Brasileira de 1988. Este princípio visa alcançar uma proteção integral aos menores, fazendo com que em atos e ações que envolvam os menores, seja decidido o for melhor para o infante. Gama (2008, p. 80) define que:

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado a sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa. Cuida-se, assim, de reparar um grave equívoco na história da civilização humana em que o menor era relegado a plano inferior, ao não titularizar ou exercer qualquer função na família e na sociedade, ao menos para o direito.

O Princípio do Melhor Interesse do Menor foi integrado no ordenamento jurídico nacional também no Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990. Este

Estatuto tomou como base para sua formulação a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças de 1989. Sposato (2014, p. 103) reforça que:

No Brasil, como já detalhado, a superação formal do modelo tutelar ou de proteção se deve à adoção da Lei Federal n. 8.069, de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, como reflexo da ratificação da Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e da constitucionalização do Direito Infante-Juvenil no âmbito da Constituição democrática brasileira de 1988.

No que tange ao Princípio do Melhor Interesse do Menor, este deve ser aplicado de forma relativa a cada caso, devendo observar sempre o que for melhor para o menor. Pereira (2004, p. 91) explica esta relatividade sobre os princípios, afirmando que:

Os princípios, diferentemente das regras, não trazem em seu bojo conceitos predeterminados. A aplicação de um princípio não o induz à base do tudo ou nada, como ocorre com as regras; sua aplicação deve ser “prima facie”. Os princípios, por serem standards de justiça e moralidade, devem ter seu conteúdo preenchido em cada circunstância da vida, com as concepções próprias dos contornos que envolvem aquele caso determinado. Têm, portanto, conteúdo aberto.

A criança necessita de amparo integral no que garante a sua criação. Conforme elenca o artigo 227 da Constituição Brasileira de 1988, é dever da família, da sociedade e do Estado fornecer ao infante uma melhor qualidade de vida. Deve-se ressaltar que o Princípio do Melhor Interesse do Menor é a primazia para todas as ações destinadas às crianças, esclarecendo que diante dos conflitos existentes, deve-se decidir o que for melhor para o menor colocando o interesse destes em um patamar priorizado.

### 3.1.2 PRINCÍPIO DA INTRANSMISSIBILIDADE DA PENA

Os princípios expostos na Constituição Brasileira de 1988 têm como principal pretensão fornecer aos indivíduos certa proteção diante das contrariedades existentes na legislação.

Chamado de Princípio da Intransmissibilidade, Intranscendência ou da Pessoaalidade e elencado no artigo 5º, XLV da CF/88, este vem assegurar que nenhuma pena passará da pessoa condenada para outra, assegurando que somente o indivíduo sentenciado poderá cumprir sua punição e responder pelo ato delituoso por ele praticado. Assim reza referido artigo:

Art. 5º (...)

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 d valor do patrimônio transferido.

Flávio Luiz Gomes (2009, p. 403) faz uma breve explanação acerca dessa temática e aduz a impossibilidade de outra pessoa ser penalizada por um crime não cometido por si, ao afirmar que:

Esse princípio tem total correção com o princípio da responsabilidade pessoal, que proíbe a imposição de pena por fato de outrem, Ninguém pode ser punido por fato alheio. O filho não responde pelo delito do pai, a esposa não responde pelo delito do marido etc.

O Princípio da Intransmissibilidade pode ser aplicado em diversas searas do Direito, como por exemplo, no ramo penal, civil e financeiro, mas sendo na esfera penal seu maior enfoque. Ninguém poderá cumprir a pena de outrem, mesmo que esta vontade seja voluntária.

José Afonso da Silva (2009, p. 143) reforça que:

O princípio da personalização ou personalidade da pena se harmoniza com a concepção de que a sanção penal tem finalidade retributiva, pois, se ela é uma reação ao mal do crime, claro está que só pode recair sobre quem praticou esse mal. No fundo, pois, a personalização da pena acaba sendo um princípio de justiça retributiva: premiar ou castigar segundo o merecimento do agente, só do agente, na mesma proporção do benefício ou do dano causado. Injusto fora, e mais seria no Estado Democrático de Direito, apenar alguém por fato de outrem.

Jamil Alves (2010, p. 431) relata que mesmo com a prevalência do Princípio da Pessoaalidade, a pena, mesmo que de forma não expressa, recai sobre outras pessoas e explica que:

O princípio veicula proibição absoluta de que a pena, abstratamente cominada, dirija-se a terceiros. Quanto aos efeitos reflexos, que surgem sobretudo durante a execução, a proibição é relativa. Quase sempre há terceiros prejudicados, especialmente em se tratando da prisão, conforme pôde-se comprovar em pesquisas de campo com parentes de reclusos.

Jamil Alves (2010, p. 9) explica ainda que:

Num segundo aspecto, que se relaciona aos efeitos reflexos da pena, o princípio determina que a sanção deve evitar, tanto quanto possível, prejudicar terceiros. Neste sentido, temos um mandamento relativo, pois, em muitos casos, é impossível que a condenação não afete os entes ligados ao sentenciado.

De acordo com os entendimentos doutrinários descritos acima, deve-se observar que, mesmo com a existência de um princípio e de uma lei que concretizam a ideia de que a pena não pode passar da pessoa que cometeu o ato delituoso, os efeitos dessa punição se estendem aos demais que convivem com o condenado. Essa extensão não se realiza de forma direta, mas sim através dos transtornos que a prisão poderia causar aos entes próximos. Dessa forma pode-se afirmar que a transmissão da pena pode não ser efetivada de forma integral, mas seus efeitos recaem de forma subjetiva àqueles que possuam proximidade com o apenado. O Princípio da Intransmissibilidade da Pena tem o real caráter de não transmitir a pena a outrem, porém, tal princípio não consegue enlaçar todos os efeitos gerados pela punição.

### 3.2 PREJUÍZOS NA VIDA DO INFANTE OCASIONADOS PELA ESTADIA NO CARCERE OU AFASTAMENTO DE SUAS GENITORAS

O Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) versa em seu artigo 19, parágrafo 4º que:

Art. 19. (...)

§ 4º: Será garantida a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial.

A Constituição Brasileira em seu artigo 227, coloca a criança como possuidor de direitos de forma prioritária, cabendo aos entes estatais, a família e a sociedade zelar e promover uma melhor qualidade de vida para o infante.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária relata na resolução nº 4 de 2009, dispondo, no art. 2º que:

Art 2º: Deve ser garantida a permanência de crianças no mínimo até um ano e seis meses para as(os) filhas(os) de mulheres encarceradas junto as suas mães, visto que a presença da mãe nesse período é considerada fundamental para o desenvolvimento da criança, principalmente no que tange à construção do sentimento de confiança, otimismo e coragem, aspectos que podem ficar comprometidos caso não haja uma relação que sustente essa primeira fase do desenvolvimento humano; esse período também se destina para a vinculação da mãe com sua(seu) filha(o) e para a elaboração psicológica da separação e futuro reencontro.

Deve-se enfatizar que estes elementos conceituados na resolução nº 4 de 2009 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária devem ser propícios às crianças durante todo o período da infância e não somente na idade de até um ano e seis meses. Para satisfazer a real necessidade e manter valorizada a integridade dos menores, o vínculo materno é imprescindível em todas as etapas da vida de uma pessoa, até mesmo na fase adulta.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) instituiu no artigo 19 o direito da criança de ser criada no seio familiar, longe do convívio de pessoas que possam aviltar sua integridade. Assim determina o referido artigo que:

Art. 19: Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

No que tange ao artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), José de Farias Tavares (2002. p. 29) descreve que:

Entende-se que a preocupação primeira é de que a criação e a educação sejam vividas no seio da família natural, a consangüínea, que somente será arretada, para ceder sua vez a uma família substituta, como alternativa extrema. E que a convivência doméstica e no âmbito da comunidade local transcorra em ambiente saudável, infenso à promiscuidade com toxicômanos. E, acrescenta-se, afastada da marginalidade social. O que para nós, é um sonho.

Paola Larroque Alencastro (2015, p. 5) ressalta que a convivência familiar em um ambiente adequado cria na criança fatores adequados para seu desenvolvimento social reforçando a ideia de que:

A vivência das crianças e do adolescente junto ao seio familiar, portanto, é um instrumento de desenvolvimento e formação social, devendo ser priorizada a preservação dos laços afetivos, sendo tal vivência o ambiente normal e natural da criança e do adolescente. Lembrando que o direito à convivência familiar e comunitária vai muito além do que viver em uma família, visto que envolve uma série de fatores que devem proporcionar o desenvolvimento saudável da fase infantil e juvenil, proporcionando às crianças e adolescentes a percepção de que são amados e cuidados, mais do que ter pai/mãe, envolve atenção, cuidado e carinho.

Quando uma mãe é levada para o cárcere após cometer algum delito, tem como opção levar consigo para a prisão seus filhos, para que possa, dentro da entidade carcerária, zelar e manter cuidados por sua prole. A primeira opção da mãe e gestante, quando o filho vier a nascer, detida é deixar seus filhos sob os cuidados de parentes ou pessoas próximas que possam garantir às crianças uma melhor

qualidade de vida, enquanto durar a detenção de suas mães. Acontece que, quando não há um terceiro para cuidar do filho da infratora, os menores acompanham suas genitoras indo juntamente com elas para prisão. Ao instituir para a criança, como “residência” o presídio, esta vai entrar em um círculo completamente distinto do que lhe é natural. O menor passa a viver sem liberdade, sem lazer, sem convivência comunitária e familiar e passa a ter como exemplo para sua vida a rotina do cárcere, levando para si vários constrangimentos advindo desse convívio que não lhe é próprio. O infante passa a se socializar em um ambiente totalmente inapropriado para a construção de uma vida sadia. Em muitos casos o presídio no qual se encontra não possui sequer de ambiente físico próprio para acolher esses menores, causando grande prejuízo para sua saúde física e mental. Segundo dados fornecidos pelo INFOPEN em 2016 foi relatado que apenas 14% (quatorze por cento) das unidades penitenciárias de todo Brasil possui ambiente adequado para estabelecer as crianças.

Quando uma pessoa é levada para o cárcere, o Estado fica responsável em suprir e fornecer a estes indivíduos tudo que lhes for necessário. No que tange às mães e às gestantes, o Estado tem a obrigação de auxiliar estas mulheres e estende este auxílio aos seus filhos. Nesse sentido Paola Larroque Alencastro (2015, p. 7) relata que:

Vislumbrando a efetivação de tais direitos das crianças e adolescentes, imprescindível é a atuação interdisciplinar entre os entes públicos, cabendo ao Estado principalmente promover, constantemente, a execução de políticas públicas eficazes, capazes de propiciar o pleno desenvolvimento de toda a população, principalmente no que tange a crianças e adolescentes. Ou seja, no caso das mães presidiárias, o Estado desenvolve duplo papel, uma vez que possui sob sua égide a tutela dos presídios, e, ainda, é responsável pela proteção e preservação dos vínculos familiares, assegurando a crianças e adolescentes o direito à convivência familiar e comunitária.

Paola Larroque Alencastro (2015, p. 18) cita ainda a importância do vínculo materno, enfatizando que este influencia diretamente no desenvolvimento do infante gerando consequências por toda a vida.

Todas as vivências são importantes, mas o relacionamento afetivo entre mãe e filho é o mais primitivo, influenciando diretamente no desenvolvimento do psiquismo e na formação da personalidade da criança. O carinho, afago e contato físico com a mãe previnem até mesmo doenças. Portanto, a relação mãe e filho é indissociável.

Levando em consideração que as entidades prisionais não portam de ambiente físico apropriado para acolher os infantes, e que os exemplos expostos dentro dos presídios não fornecem às crianças um espelho ético para sua vivência, é provável que estadia de um menor dentro de uma cela não trará a este qualquer utilidade para sua formação pessoal e moral. A companhia da mãe é algo essencial, porém se esta companhia for exercida em um ambiente totalmente impróprio para satisfazer as necessidades do período infantil, consequências indesejadas podem ocorrer.

Noemia Kraichete, citada por Paola Larroque Alencastro (2015, p. 18), pondera que:

A adequada prestação assistencial do Estado para com as mães que se encontram no sistema prisional, não somente influencia no desenvolvimento do vínculo entre mãe e filho, e, por conseguinte no desenvolvimento da convivência familiar, mas também é um importante fator para o desenvolvimento psicológico dessas crianças. A dinâmica psíquica do ser adulto se fundamenta desde seu desenvolvimento como bebê. A personalidade infantil durante seu desenvolvimento, leva em conta que o inconsciente é um a priori, enquanto que o consciente o segue.

Nancy Chandorow, citada por Paola Larroque Alencastro (2015, p. 19) salienta que os acontecimento ocorridos na tenra idade podem instituir consequências por toda a vida.

Ao longo do tempo, se transmitem traços que representam uma memória de afeto, que se mantêm vivos embora inconscientes. O sujeito se forma através de transmissões do inconsciente, através das relações e do meio em que está inserido, assim, a criança recebe estímulos que se transformaram, construindo sua própria personalidade. A criança se apropria do que lhe é transmitido, principalmente na figura materna. Sendo que os aspectos da estrutura psíquica são sociais, adquiridos e transformados internamente através de processos inconscientes, os conteúdos que serão internalizados dependerão dos afetos predominantes nos primeiros relacionamentos objetivos da criança.

Os acontecimentos ocorridos na infância podem trazer traumas e consequências por toda a vida do indivíduo. A presença materna por si só não é o suficiente para que a criança aprenda o que lhe é conveniente, pois o ambiente que o circula também proporciona ao menor efeitos por toda sua vida. Valdirene Daufemback, diretora de Políticas Penitenciárias do Ministério da Justiça, citada por Nana Queiroz (online, 2018), relata que “as pessoas precisam entender que recuperar os presos e dar condições adequadas a seus filhos é algo feito para diminuir a violência no futuro.”

#### **4 APLICAÇÃO DA PRISÃO DOMICILIAR PARA MÃES E GESTANTES JÁ CONDENADAS, VISANDO A PROTEÇÃO DA INTEGRIDADE DO MENOR**

Ao ver sua genitora sendo detida, dois fatos podem ocorrer com esses filhos: ou são afastados de suas mães ou são levados para o cárcere junto com elas. Ocorre que uma criança não pode cumprir uma pena imposta a sua mãe nem ser submetida a tratamentos degradante para sua formação pessoal.

Os presídios brasileiros não têm capacidade e estrutura para manter em sua sede a estadia de crianças. Além disso, a vivência dentro dos presídios ou o afastamento de suas mães pode ocasionar aos menores prejuízos que perlongam por toda a vida desses indivíduos. Seguindo esse raciocínio, analisar-se-á, no presente capítulo, a possibilidade de estender, mesmo às mulheres condenadas em regime fechado, a prisão domiciliar, não visando somente o bem estar da mãe detenta, mas protegendo e buscando a melhor e integral proteção do menor.

##### **4.1 REGRAMENTO LEGAL DA DOMICILIAR**

Quando o quesito é população carcerária o Brasil ocupa o terceiro lugar no ranking mundial possuindo mais de 726.712 (setecentos e vinte e seis mil, setecentos e doze) detentos entre homens e mulheres, conforme comprovam dados de 2016 compilados pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Dentro desse número, 40% (quarenta por cento) estão aguardando condenação, 38% (trinta e oito por cento) estão cumprindo pena em regime fechado, 15% (quinze por cento) cumprem pena em regime semiaberto e 6% (seis por cento) cumprem pena e regime aberto.

O Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) conceitua em seu artigo 317 o que vem a ser prisão domiciliar, delimitando como o “recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial”.

De acordo com a legislação vigente brasileira, existem três formas de regimes prisionais a serem aplicados para aqueles que cometeram algum tipo de crime: regime fechado (quando a pena for maior de oito anos), regime semiaberto (quando a pena for entre quatro e oito anos) e regime aberto (quando a pena for inferior a quatro anos).

Segundo dado fornecido pelo INFOPEN em 2016, atualmente o Brasil possui 707 (setecentos e sete) estabelecimentos prisionais direcionados aos presos provisórios, 351 (trezentos e cinquenta e um) destinados ao cumprimento da pena em regime fechado, 113 (cento e treze) destinados ao cumprimento da pena em regime semiaberto e 23 (vinte e três) destinados ao cumprimento da pena em regime aberto.

O regime de prisão domiciliar pode ser aplicado durante a prisão provisória, quando a pessoa está aguardando julgamento ou durante o cumprimento da pena declarada, após sentença. No tocante à prisão preventiva, o juiz pode substituir a pena em caráter fechado pela pena domiciliar. O artigo 318 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) emoldura as qualificações para essa substituição:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:  
I - maior de 80 (oitenta) anos  
II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;  
III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência  
IV – gestante;  
V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;  
VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Observa-se que logo no início da descrição do caput do referido artigo, está elencada a palavra *poderá*. Portanto, é de suma importância enfatizar que o juiz *pode* substituir a pena e não *deve*, pois deverá observar minuciosamente o delito, o caráter do agente que cometeu o ato delituoso, o dano e as demais características que rodeiam o crime para só então declarar ou não esta substituição. Conforme foi descrito no julgamento do recurso em habeas corpus nº 83.488 - SP (2017/0091583-9) em 23 de maio de 2017, esta substituição prevista no artigo 318 do Código de Processo Penal deve ser adequada a cada caso.

A previsão insculpida na lei reformadora do art. 318 do Código de Processo Penal não é de caráter puramente objetivo e automático, cabendo ao magistrado avaliar em cada caso concreto a situação da criança e, ainda, a adequação da benesse às condições pessoais da presa. (RHC 83.488/SP, j. 23/05/2017)

O artigo 117 da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984) também provê a possibilidade de cumprimento da pena em caráter domiciliar após condenação.

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:  
I - condenado maior de 70 (setenta) anos;  
II - condenado acometido de doença grave;  
III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;  
IV - condenada gestante.

Quando se refere ao déficit de vaga no sistema carcerário, a aplicação da pena domiciliar vem como forma para solucionar essa problemática e ao mesmo tempo não deixando de punir aqueles que praticaram algum ato delituoso contra a sociedade. Segundo o INFOPEN publicado em 2016, o Brasil possui 726.712 (setecentos e vinte e seis mil, setecentos e doze) presos para 367.217 (trezentos e sessenta e sete mil, duzentos e dezessete) vagas, registrando assim um déficit de 359.058 (trezentos e cinquenta e nove mil e cinquenta e oito) lugares.

A pena domiciliar funciona de forma que o réu só pode ausentar-se de sua residência durante o dia para estudar e trabalhar, com autorização judicial, tendo que ficar recolhido em sua casa durante a noite. Qualquer atividade do detento deve ser comunicada e justificada ao juízo. Para melhorar a fiscalização para os que cumprem a pena sob esse caráter, em alguns casos é implantada a fiscalização com tornozeleira eletrônica. Conforme ressalta o artigo 146-B, da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), tal monitorização eletrônica pode ser feita em casos de prisão domiciliar ou saída temporária do regime semiaberto. Éricka Arrigue de Melo (2016, p. 23-24) expressa em sua tese que:

Com a monitoração eletrônica, a “prisão” em domicílio se torna mais viável, pois facilita a fiscalização, isto é, o indivíduo vigiado transmite todos os seus movimentos, o que torna possível saber se ele está ou não frequentando lugares que lhe foram proibidos sem restringir demasiadamente sua liberdade. Outra vantagem da medida é ela possibilitar a convivência familiar, benéfica aos presidiários enquanto estímulo e motivação no cumprimento de pena, além de evitar possíveis desgastes nas relações familiares e afetivas. Ademais, a prisão domiciliar cumulada com o monitoramento eletrônico é medida mais humana e ressocializadora, desde que seja bem fiscalizada e acompanhada de programas assistenciais que possibilitem o reingresso do preso na sociedade.

Conforme exposto acima, a prisão domiciliar já é aplicada no Brasil em diversos casos e de diversas formas. Sua aplicação a princípio era baseada no rol taxativo do artigo 117 da LEP (BRASIL, 1984) e foi se adaptando de acordo com as necessidades existentes. As mudanças decorrentes do avanço das necessidades da sociedade fizeram com que a legislação como um todo fluísse se modificasse,

fazendo com que a implantação da prisão domiciliar se alastrasse e fosse aplicada nos mais diversos casos.

#### 4.2 BENEFÍCIOS DA PENA DOMICILIAR PARA AS MÃES, GESTANTES E FILHOS DE DETENTAS

O Estado tem o dever de cuidar daqueles que estão sob sua guarda, sempre respeitando a integridade física e moral do preso. Rafael Formolo (2016, online) explica que:

O fato de um indivíduo estar preso não significa que seus direitos devem ser negligenciados. O Estado, que é responsável pela efetiva aplicação da pena com o cerceamento da liberdade, é o mesmo que deve ter a responsabilidade pelos que estão cumprindo pena, devendo ser tratados com a mesma dignidade e respeito que os demais seres humanos.

No entanto quando uma detenta é mãe de filhos menores de idade ou gestante, a pena, mesmo que equivocadamente, passa para a figura do infante, resultando diversos reflexos, pois, ou a criança é separada de sua genitora ou é levada junto de sua mãe para o cárcere.

Encontra-se tramitando na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 10269 (BRASIL, 2018) de iniciativa da senadora Simone Tebet cuja sua redação pretende alterar fazer modificações na LEP e no CPP, visando:

Alterar a Lei de Execução Penal e o Código de Processo Penal para estabelecer requisitos mais flexíveis para progressão de regime e possibilidade de conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar no caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência.

O referido Projeto de Lei requer a flexibilização do regime de progressão de pena para as mulheres mães de menores e gestantes, tendo em vista que o cárcere não possui de condições para atender às necessidades dos menores.

A senadora Simone Tebet (BRASIL, 2018, p. 2) justifica a importância de políticas sociais que visem o que for melhor para a criança e ressalta que “é conhecida por todos a realidade do sistema penitenciário nos estados brasileiros: superlotação, precariedade e insalubridade são palavras presentes em qualquer relatório que analise a estrutura das prisões.”

No que se refere à falta da presença materna quando os filhos são separados das mães infratoras, ou quando os menores são levados para as penitenciárias junto de suas genitoras, Simone Tebet (BRASIL, 2018, pág.3) reforça que:

Pesquisas científicas indicam as severas consequências do cárcere para os filhos das mulheres apenadas. As crianças sofrem com o estigma social de ter uma mãe encarcerada; sofrem com ansiedade, culpa, solidão, sentimento de abandono emocional. A ausência da companhia materna pode implicar, ainda, em comportamento antissocial da criança ou mesmo envolvimento precoce com o crime. Quanto à presença dos filhos das apenadas no ambiente das penitenciárias, é certo que há consequências igualmente traumáticas. As condições precárias das prisões e as constantes tensões de um confinamento são extremamente maléficas para crianças em fase de crescimento físico e emocional.

É visando benefícios aos menores que foi proposto o referido Projeto de Lei, pois foi levada em consideração não só a maneira de punir, mas também a proteção integral dos filhos menores dessas detentas, tendo como objetivo fazer com que essas mães presas alcancem de forma mais célere o regime de pena domiciliar.

A pena domiciliar traz consigo diversas vantagens. Renato Marcão (2017, online) enumera certas qualidades na aplicação desse regime:

1º) restringir cautelarmente a liberdade do indivíduo preso em razão da decretação de prisão preventiva, sem, contudo, submetê-lo às conhecidas mazelas do sistema carcerário; 2º) tratar de maneira particularizada situações que fogem da normalidade dos casos e que, em razão disso, estão a exigir, por questões humanitárias e de assistência, o arrefecimento do rigor carcerário; 3º) reduzir o contingente carcerário, no que diz respeito aos presos cautelares; e 4º) reduzir as despesas do Estado advindas de encarceramento antecipado.

Em 2016 foi acrescida ao Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), pela Lei nº 13.257, a possibilidade de prisão domiciliar para as mães com filhos de até 12 (doze) anos e gestantes que cumprem pena em caráter preventivo. Tal dispositivo está elencado nos incisos IV e V do artigo 318. Dessa forma, o legislador buscou não só assegurar a integridade da presa, conforme titulado no artigo 5º, XLIX da Constituição Federal de 1988, mas também o bem estar da criança, de acordo com os moldes do artigo 227 da Constituição Federal.

Quando ocorre a condenação de uma mãe com filho menor de 12 (doze) anos ou de uma gestante, o Estado, com seu poder punitivo, mas também com seu dever de garantir qualidade de vida às pessoas, se vê na obrigação de punir aquela que descumpriu a lei, mas, ao mesmo tempo, deve levar em consideração os filhos menores dessas presidiárias, devendo evitar o afastamento dessas crianças dos laços maternos. Quando uma mulher que é mãe é levada para o

cárcere, os filhos destas são entregues aos cuidados de parentes ou pessoas capazes de zelar por eles ou são levados para o cárcere junto de sua genitora e no caso das gestantes, estas também são levadas para o sistema prisional, onde, atrás das grades, será realizados todos os procedimentos de saúde necessários até o nascimento da crianças.

Em fevereiro de 2018, a 2ª turma do Supremo Tribunal Federal analisou e deferiu os pedidos do Habeas Corpus coletivo nº 143.641, com origem do estado de São Paulo, onde visou a conversão da prisão cautelar para domiciliar aderindo ao impasse de que a pena imposta às mães e às gestantes não devem ser cumpridas pelos filhos. Sobre o julgamento do referido Habeas Corpus coletivo, Simone Tebet (BRASIL, 2018, p. 4) relata que:

Egrégio Tribunal entendeu não restar dúvidas de que a segregação terá grande probabilidade de causar dano irreversível e permanente às crianças filhas de mães presas. Além disso, seriam evidentes os impactos perniciosos da prisão da mulher, e da posterior separação de seus filhos, no bem-estar físico e psíquico das crianças.

Deve-se ressaltar também a situação precária dos presídios em todo Brasil, uma vez que um pequeno número de presídios portam de ambiente físico adequado para proporcionar qualidade de vida ao menor e à gestante. Simone Tebet (BRASIL, 2018, p. 3) no mencionado Projeto de Lei reforça que:

Circunstâncias de confinamento das mulheres presas demandam do poder público ação mais proativa e um tratamento de fato especializado no atendimento de suas necessidades e dos seus filhos, mas o Estado brasileiro é atualmente incapaz de fazê-lo de forma minimamente digna.

A Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984) garante, no artigo 117, a possibilidade de aplicar a pena domiciliar para as mães e gestantes que foram condenadas em regime semiaberto ou aberto.

A possibilidade de estender a prisão domiciliar às detentas que são mães de filhos menores ou às gestantes, mesmo sendo estas condenadas a regime fechado, vem como uma forma de punir aquelas que cometeram um ato delituoso, pois mesmo que a pena seja cumprida em seu domicílio existe várias restrições de direitos a estas pessoas, mas também visando o melhor interesse do menor, tendo em vista que tanto a separação de suas genitoras, quando a estadia dentro do presídio traria diversos prejuízos as crianças, conforme defende o presente artigo.

A prisão domiciliar é aplicada de modo que o apenado trabalhe durante o dia e passe as noites nas casas de albergados. Ocorre que o Brasil não possui um número suficiente de casas de albergados para suprir as necessidades carcerárias do país. Dessa forma, cabe aos juízes delimitar como essa pena deve ser realizada. Na maioria das vezes o cumprimento da prisão domiciliar se faz no domicílio do detento, devendo este se recolher em suas moradias entre o horário das 22h00min às 05h00min cotidianamente, devendo apresentar-se em juízo em certas datas determinadas para isso, manter-se recolhido em sua residência aos domingos e feriados, comunicar mudança de endereço, não usar substâncias ilícitas e bebidas alcoólicas, não portar arma de fogo, não se ausentar do estado em que reside, entre outras medidas restritivas, que podem variar de acordo com a determinação e cada juízo.

A presença materna, juntamente com a convivência familiar, em um ambiente propício traz à criança diversas contribuições que o auxiliam por toda a vida, pois tais elementos influenciam na formação social, moral e psíquica do indivíduo. Cristina Magadan psicóloga que atua na Penitenciária Estadual Feminina de Guaíba, no Rio Grande do Sul, citada por Nana Queiroz (2018, online) ressalta que “nos primeiros meses de vida, a relação do bebê com a mãe é simbiótica. E durante todo o primeiro ano de vida continua indispensável. Claro, eles perdem muito quando não têm familiares que possam levá-los para passear, mas, em geral, vemos que a convivência com a mãe ajuda esses bebês a serem relativamente calmos e saudáveis”. Nesse sentido, a prisão domiciliar, nos casos das presas mães e gestantes, mesmo condenadas em regime fechado, puniria a infratora e ao mesmo tempo valorizaria a integridade dos filhos dessas presidiárias. Portanto, levando em consideração o que enuncia o Princípio da Intransmissibilidade da Pena e visando o melhor interesse do menor, aplicar a prisão domiciliar às mães e gestantes, adaptando tal forma de prisão á realidade social, seria uma opção para não impor a pena das infradoras a seus filhos e não estaria colocando estas crianças em um ambiente ríspido para sua formação, protegendo estes menores das mazelas existentes dentro dos presídios, passando para as genitoras a responsabilidade de zelar por sua prole e valorizando o convívio materno, vez que os laços e o afeto advindo das mães são essenciais por toda a vida.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve como objetivo traçar os benefícios que a aplicação da prisão domiciliar traria para os filhos de mães detentas, visando o melhor interesse do menor para garantir ao infante proteção da sua integridade por parte da família, do Estado e da sociedade.

As penalidades impostas às mães e gestantes ultrapassam a pessoa infratora e chega até aos filhos dessas presidiárias, vez que levar os menores para o cárcere ou deixá-los sob os cuidados de entes próximos são as únicas saídas para as mães condenadas. A presença materna e o convívio em um ambiente propício para a sua criação, agregam para o indivíduo características importantes e essenciais para a formação do seu caráter. Com base no Princípio do Melhor Interesse do Menor e no Princípio da Intransmissibilidade da Pena, a prisão domiciliar garantiria a punição dos infratores e efetivaria os direitos fundamentais inerentes aos menores.

Ao fazer uma análise do sistema prisional, com dados fornecidos pelo INFOPEN/2016, conclui-se que apenas 14% (quatorze por cento) dos presídios brasileiros portam ambientes físicos apropriados para estabelecer as crianças filhas das detentas. Nesse sentido, pode-se evidenciar que o Brasil não possui condições físicas dentro do sistema prisional para abrigar estes menores, além disso, a privação da liberdade e a abdicação da vida em sociedade acarretaria inúmeros fatores negativos para a formação social destas crianças.

A legislação brasileira traça diversos fatores que valorizam a mulher presidiária e protege seus filhos.

Fazendo uma breve análise do perfil da mulher presa, do sistema prisional brasileiro, assim como elencado fatores dentro da nossa legislação que protegem as crianças, a presente pesquisa buscou demonstrar que a imposição da pena domiciliar como benefício para as mães e gestantes, mesmo condenadas, importaria não somente no ato de punir, mas também garantiria a proteção da integralidade do menor, valorizando a infância e aplicando os direitos inerentes aos menores assegurados pela Constituição Federal de 1988.

## ABSTRACT

The maternal presence brings invaluable benefits for the formation of the character of the individual and contributes to the full development of the child. Maternal conviviality together with a suitable environment for the housing of a child brings to infants positive effects that are prolonged throughout life. The Statute of the Child and Adolescent and the Federal Constitution of 1988 establish that it is the duty of society, the State and the family to care for the minors, guaranteeing to them, protection of their integrity. The present scientific article addresses the harms that the stay of a child inside the prison system together with their parents detention can bring to these minors and elen the benefits that the granting of the domestic sentence can not only cause the arrested mothers but also the infants . The hypothesis was based on the Principle of the Best Interest of Minors and the Principle of Ineligibility of the Penalty. The methodology was based on a review of the literature on the subject and the use of statistical data was used to support the theoretical research developed. As a result, the present study concluded that the stay in prisons can bring about significant damages to the life of the individual, causing traumas and consequences throughout his life. It is also concluded that house arrest should be discussed and applied on a case-by-case basis, since on the one hand we have the duty of the State to punish the mother who committed an offense and on the other hand, we must guarantee full protection of the integrity of the smaller.

Keywords: House arrest. Mother in prison. Smaller. Prison system . Principles.

## REFERÊNCIAS

ALENCASTRO, Paola Larroque. *Mães presidiárias e o direito da criança e do adolescente à convivência familiar*. PUC/RS. 2015.

ALVES, Jamil Chaim. Princípio da personalidade da pena e execução penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 899, set. 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. *Código dos Menores*. Decreto nº 17.943-a de 12 de outubro de 1927. Consolida as leis de assistência e proteção aos menores. Planalto. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1910-1929/D17943A.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943A.htm)> acesso em 12 de novembro de 2018.

BRASIL. *Código do Menores*. Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. Planalto. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1970-1979/L6697.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L6697.htm)> acesso em 12 de novembro de 2018.

BRASIL, *Código Penal*. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Planalto. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)> acesso em 12 de novembro de 2018.

BRASIL, *Código de Processo Penal*. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Planalto. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)> acesso em 12 de novembro de 2018.

BRASIL. Conselho nacional de política criminal e penitenciária. Resolução CNPCP nº 4 de 15/07/2009. Dispõe sobre a estada, permanência e posterior encaminhamento das(os) filhas(os) das mulheres encarceradas. Disponível em < <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=112041>> acesso em 12 de novembro de 2018.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Planalto. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)> acesso em 12 de novembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus Coletivo nº 143641. Número de Origem 00045903820171000000. Relator Atual: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>> acesso em 22 de novembro de 2018.

BRASIL. *Lei de Execução Penal*. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Planalto. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)> acesso em 12 de novembro de 2018.

BRASIL. Lei nº 4.513, de 1º de dezembro de 1964. Autoriza o Poder Executivo a criar a Fundação nacional do bem-Estar do Menor, a ela incorporando o patrimônio e as atribuições do Serviço de assistência a Menores, e dá outras providências. Planalto. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4513.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4513.htm)> acesso em 12 de novembro de 2018.

BRASIL. Lei nº 11.942, de 28 de maio de 2009. Dá nova redação aos arts. 14, 83 e 89 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência. Planalto. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L11942.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11942.htm)> acesso em 12 de novembro de 2018.

BRASIL. Lei nº 13.434, de 12 de abril de 2017. Acrescenta parágrafo único ao art. 292 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para vedar o uso de algemas em mulheres grávidas durante o parto e em mulheres durante a fase de puerpério imediato. Planalto. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13434.htm)> acesso em 12 de novembro de 2018.

CHODOROW, Nancy. *Psicanálise da maternidade: uma crítica a Freud a partir da mulher*. 1978; tradução Nathanael C. Caixeiro; Rio de Janeiro: Editora Rosa dos Tempos Ltda., 1990, pág. 82

COLOMBAROLI, Ana Carolina. *Violação da dignidade da mulher no cárcere: restrições à visita íntima nas penitenciárias*. Rio de Janeiro, 2011.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)> acesso em 12 de novembro de 2018.

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS CRIANÇAS. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm)> acesso em 12 de novembro de 2018.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA – 1959. Adotada pela Assembléia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil; através do art. 84, inciso XXI, da Constituição, e tendo em vista o disposto nos arts. 1º da Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935, e 1º do Decreto nº 50.517, de 2 de maio de 1961. Disponível em < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html%3E%20acesso%20em%202012%20de%20novembro%20de%202018.>>> acesso em 12 de novembro de 2018.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro

1948. Disponível em < [https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.html](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.html)> acesso em 12 de novembro de 2018.

DUARTE, Marcos. *Alienação Parental: Restituição internacional de criança e abuso do direito da guarda*. 1ª ed. Fortaleza: Letras, 2010.

FORMOLO, Rafael. A responsabilidade do Estado pelo sistema prisional brasileiro: um Breve Estudo sobre os Aspectos do Direito Penitenciário e Dignidade da Pessoa Humana. Conteúdo Jurídico. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-responsabilidade-do-estado-pelo-sistema-prisional-brasileiro-um-breve-estudo-sobre-os-aspectos-do-direito-pe,56550.html>> Acesso em 11 de outubro de 2018.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso*. 1º ed. São Paulo: Atlas. 2008.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais: volume 1*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GONÇALVES, Hebe Signorini. *Medidas socioeducativas: avanços e retrocessos no trato do adolescente autor de ato infracional*. In: ZAMORA, Maria Helena (Org.). *Para além das grades: elementos para a transformação do sistema socioeducativo*. Rio de Janeiro: PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2005.

LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS. INFOPEN Mulheres. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. 2ª ed. Brasília. 2016.

LIBERATI, Wilson Donizete. *Adolescente e ato infracional. Medida socioeducativa é pena?* -São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

MARCÃO. Renato. *Prisão domiciliar substitutiva da preventiva: a lei 13.257/16 e o atual art. 318, incisos IV, V e VI, do CPP*. Migalhas. Disponível em < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI255591,61044-Prisao+domiciliar+substitutiva+da+preventivaa+lei+1325716+e+o+atual>> acesso em 17 de abril de 2018.

MELO, Éricka Arrigue. *A prisão domiciliar sob o viés do direito fundamental à convivência familiar e comunitária do menor: uma releitura a partir da jurisprudência gaúcha*. Universidade Federal de Santa Maria/RS. 2016.

MULLER, Crisna Maria. *Direitos Fundamentais: A Proteção Integral de Crianças e Adolescentes no Brasil*. Âmbito Jurídico. Disponível em < [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9619](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9619)> Acesso em 02 de outubro de 2018.

PAES, Janiere Portela Leite Paes. *O Código de Menores e o Estatuto da Criança e do Adolescente: avanços e retrocessos*. Conteúdo Jurídico. Disponível em < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-codigo-de-menores-e-o-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-avancos-e-retrocessos,43515.html>> acesso em 14 de novembro de 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*. Universidade Federal do Paraná. 2004.

QUEIROZ, Nana. Filhos Do Cárcere. Super Interessante. Disponível em < <https://super.abril.com.br/sociedade/filhos-do-carcere/>> acesso em 14 de novembro de 2018.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 10.269/2018. Autor: Simone Tebet. Emenda: Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), para estabelecer a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, e para disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação. Disponível em < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2175798>> acesso e 12 de novembro de 2018.

SPOSATO, Karyna Batista. *Direito Penal de Adolescentes: Elementos para uma teoria garantista*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVARES, José de Farias. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.