

**ENSAIOS SOBRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONVIVÊNCIA
FAMILIAR: uma releitura do princípio da individualização da pena das mães
infratoras na ótica constitucional do Estatuto da Primeira Infância**

**ESSAYS ON THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON IN THE FAMILY COATING:
a re-reading of the principle of individualizing the sentence of offender mothers
from the constitutional perspective of the Early Childhood Statute**

Ingrid Caetano Fernandes¹

Fabiano Thales de Paula Lima²

RESUMO

Este trabalho tem por finalidade analisar os impactos sociais do encarceramento de mães infratoras diante das previsões legislativas de medidas alternativas, não privativas de liberdade, para o cumprimento das sanções impostas pelo Estado. Buscando a compreensão das teorias e finalidades das penas e os direitos e garantias fundamentais aplicáveis ao seu cumprimento. Importante verificar o que leva essas mulheres a se inserirem na criminalidade e qual a gravidade dos crimes por elas cometidos. Relevante analisar os direitos constitucionais previstos em favor da proteção das crianças e dos adolescentes, em especial a garantia da convivência familiar, e as implicações do afastamento do infante de sua genitora em sua tenra idade. As mulheres, em especial, possuem direitos e garantias fundamentais próprias, inerentes ao gênero, vez que possuem peculiaridades que não devem ser desprezadas nem mesmo no cumprimento das penas. Por derradeiro, a medida alternativa ao cumprimento de pena mais utilizada no Brasil é a prisão domiciliar, necessário, portanto, a demonstração do seu conceito, das hipóteses autorizadas pela legislação e a sua aplicabilidade para as mães privadas temporariamente de sua liberdade. Os procedimentos metodológicos empregados são embasados em uma pesquisa jurídico-sociológica, utilizando bibliografias a fim de delimitar conceitos necessários à compreensão das normas jurídicas, além de normas e posicionamentos jurisprudenciais acerca do assunto.

Palavras-chave: Mulheres infratoras. Mães no cárcere. Prisão domiciliar. Estatuto da Primeira Infância. Convivência familiar. Três a cinco. Palavras-chave. Conceitos recorrentes.

¹ Graduanda no 10º de Direito da faculdade Doctum de João Monlevade, ingridfernandes;1@icloud.com (1).

² Especialista em Direito Penal, Especialista em Direito Processual Penal, Especialista em Direito Processual Civil, Mestrado em Direito Processual Constitucional, Advogado e Professor Universitário.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the social impacts of the incarceration of mothers who are offenders in view of the legislative provisions of alternative, non-custodial measures to comply with the sanctions imposed by the State. Seeking to understand the theories and purposes of penalties and the fundamental rights and guarantees applicable to their fulfillment. It is important to verify what drives these women to become involved in criminality and the seriousness of the crimes they commit. It is relevant to analyze the constitutional rights provided for in favor of the protection of children and adolescents, in particular the guarantee of family life, and the implications of the separation of the infant from his mother at an early age. Women, in particular, have their own fundamental rights and guarantees, inherent to their gender, since they have peculiarities that should not be neglected even when serving sentences. Finally, the most used alternative measure to serving a sentence in Brazil is house arrest, which is therefore necessary to demonstrate its concept, the hypotheses authorized by law and its applicability to mothers temporarily deprived of their liberty. The methodological procedures used are based on a legal-sociological research, using bibliographies in order to delimit concepts necessary for the understanding of legal norms, as well as jurisprudential norms and positions on the subject.

Keywords: Offender women. Mothers in prison. Home prison. Early Childhood Statute. Family living. Three to five. Key words. Recurring concepts.

1 Introdução

Desde os primórdios da humanidade a mulher é criada e educada para o cuidado do lar, dos filhos e do marido, de forma submissa. Após tantos avanços, mesmo agora, no século XXI, esse pensamento continua enraizado em nossa sociedade. Por não ser comum à natureza feminina cometer atos de transgressão, não haviam preocupações no sentido de quais punições aplicar a elas, tanto que os presídios foram projetados para abrigar pessoas do sexo masculino, tendo, com o surgimento da criminalidade feminina, que ser adaptados também para esta finalidade, contudo, sem se preocupar com as peculiaridades do gênero. A situação fica um pouco mais delicada quando essa mulher tem filhos. Se a sociedade não consegue compreender uma mulher infratora, pior ainda quando ela é mãe de família, além de ser julgada pelo delito cometido, responde também perante à sociedade como transgressora de sua própria natureza.

Segundo dados do último INFOPEN, elaborado em 2017, o número de mulheres encarceradas alcançou 41.000 (quarenta e um mil).

Inúmeros são os trabalhos acadêmicos acerca do encarceramento feminino

brasileiro, contudo, são poucos os que explanam sobre o impacto social do aprisionamento de mães infratoras, o rompimento dos laços afetivos com os filhos e o abandono por eles sofridos.

Para tanto, necessário se faz o estudo das finalidades e funções das penas, além das razões que levam essas mulheres a cometer infrações, a gravidade de seus crimes, o índice de reincidência, o contexto social em que elas vivem, dentre outras características a fim de desvendar se as políticas criminais têm se atentado a essas situações.

Daí surge a importância da presente pesquisa, mensurar o abalo causado com o rompimento de um laço afetivo primordial na criação do ser humano, entre mães e filhos, e a possibilidade de reduzir os impactos deste afastamento com as medidas alternativas, como a prisão domiciliar.

Outra questão de grande relevância é definir quais são os critérios para a aplicação dessas medidas, se há um caráter objetivo ou subjetivo, e como se dá o cumprimento dessas sanções alternativas para esclarecer à sociedade que, muitas vezes por falta de informação, ficam com uma sensação de impunidade.

São múltiplas as questões relacionadas ao encarceramento feminino, contudo, limitaremos a pesquisa às mães infratoras. Questionaremos acerca da melhor maneira de se punir uma matriarca sem provocar um abalo considerável no núcleo familiar.

Qual a eficácia das medidas não privativas de liberdade como retribuição e prevenção da criminalidade feminina e qual a importância de sua aplicação em casos de mães de família?

As medidas não privativas de liberdade, embora possam não ser a solução mais popular e eficaz para solucionar a questão das mulheres infratoras, comparadas ao nosso sistema carcerário atual falido, tendem a ser mais vantajosas, pois propiciam, concomitantemente, a repreensão e a ressocialização dessas pessoas de uma forma mais branda, evitando grandes danos ao núcleo familiar, protegendo em especial aos infantes.

Preocupada com a estrutura familiar e com a proteção dos infantes, a Lei de Execuções Penais, desde 1984, prevê em seu artigo 117 a aplicação de uma medida não privativa de liberdade às condenadas que estejam cumprindo pena em regime aberto e sejam gestantes, possuam filhos menores ou deficientes. Em 2016, com o Marco da Primeira Infância (Lei 13.257/16), houve uma modificação do artigo 318 do

Código de Processo Penal, conferindo também este direito àquelas que cumprem prisão provisória e estejam grávidas ou sejam mães de filhos menores de 12 (doze) anos.

Da proteção integral da criança e do adolescente, surge a discussão acerca da melhor maneira de o Estado exercer o jus puniendi quando se trata de mães infratoras, essenciais à estrutura familiar, além de indispensável aos cuidados de filhos menores.

O presente estudo jurídico-sociológico tem por objetivo analisar os reflexos sociais do encarceramento feminino tendo em vista a efetividade da aplicação de medidas não privativas de liberdade para as mães infratoras, previstas na Lei de Execução Penal no artigo 117 e no artigo 318 do Código de Processo Penal Brasileiro, modificado com o advento da Lei 13.257/16, conhecida como Estatuto da Primeira Infância.

Para tanto, será feita uma sucinta conceituação da pena, a demonstração das teorias e finalidades a legitimam, além dos princípios e garantias fundamentais que devem ser observados na execução da pena. Em seguida, são investigados os perfis criminológicos das mulheres e as previsões legislativas de direitos e garantias que possuem por intuito a proteção dos menores, inclusive os filhos das mulheres do cárcere.

Após, buscar-se-á mensurar a importância da convivência familiar nos primeiros anos de vida e os abalos psicológicos sofridos por essas crianças diante do afastamento repentino de suas genitoras. Demonstrar-se-á os direitos das mulheres presas e as previsões legislativas vigentes em nosso ordenamento, inclusive tratados internacionais, que instituem normas para o tratamento deste gênero específico dentro do Sistema Carcerário.

Por fim, será feito um estudo do instituto da prisão domiciliar, utilizada no Brasil como principal alternativa ao cumprimento de pena das mães infratoras, e suas previsões legislativas do Código de Processo Penal e da Lei de Execuções Penais, além de sua aplicabilidade, em especial no julgamento do Habeas Corpus Coletivo 143.641 do Supremo Tribunal Federal.

2 PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE: TEORIAS, FINALIDADE E PRINCÍPIOS NORTEADORES

Para este estudo é fundamental conceituar as penas e entender suas finalidades além de ressaltar os princípios que norteiam a execução de uma sanção

estatal. Afinal, de onde surge a legitimidade do Estado para aplicar aos indivíduos a restrição de um direito e garantia fundamental? A função da aplicação dessas sanções se restringe à punição ou também tem por objetivo a ressocialização do indivíduo?

2.1 Conceito de pena

Fernando Capez (2011, p.14) esclarece, de forma simples e compacta, o conceito para a pena, dizendo que:

É a sanção penal de caráter afliitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico.

De uma forma similar, Nucci (2017, p.52) conceitua a pena como "sanção imposta pelo Estado, valendo-se do devido processo legal, ao autor da infração penal, como *retribuição* ao delito perpetrado e *prevenção* a novos crimes."

Portanto, extraímos desses conceitos que a pena é uma imposição estatal, legitimamente conferida pela própria legislação, na qual o sujeito transgressor das normas vigentes, é punido de forma a atingir uma finalidade, a de retribuição ao infrator e à prevenção de novos delitos.

2.2 Teorias da pena e suas finalidades

Através dos tempos o Direito Penal tem dado respostas diferentes a questão de como solucionar o problema da criminalidade. Essas soluções são chamadas Teorias da Pena, que são ideias científicas sobre a principal forma de reação ao delito.

O estudo das construções teóricas sobre as finalidades das penas possibilita uma compreensão adequada acerca de como a razão humana vem justificando a punição criminal, que é a faceta mais violenta do direito moderno.

São três as teorias de grande relevância para o estudo presente, a Teoria Absoluta, a Teoria Relativa e a Teoria Mista.

A Teoria Absoluta ou da Retribuição tem como único intuito punir o condenado, retribuir o mal causado, deixando o mesmo encarcerado, para que este sofra das consequências de seu crime, para que o condenado perceba que sua prisão é uma consequência de seu próprio ato.

César Roberto Bitencourt ensina que a teoria absoluta da pena além de buscar a justiça, tem por escopo devolver o mal causado pelo delito,

Segundo este esquema retribucionista, é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar a justiça. A pena tem como fim fazer justiça, nada mais. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena, é o fundamento da sanção estatal está no questionável livre-arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir entre o justo e o injusto. Isto se entende quando lembramos da substituição do divino homem operada neste momento histórico, dando margem à implantação do positivismo legal (BITENCOURT, 2012, p. 151).

Já na Teoria Relativa ou da Prevenção, a pena possui fim de prevenção, na medida em que é aplicada para promover a readaptação do criminoso à sociedade, evitando que ele volte a delinquir e também na medida em que intimida o ambiente social, pois as pessoas passam a ter medo de infringir as normas e receber a punição. Bitencourt afirma que para a teoria relativa da pena, o objetivo primordial é a prevenção, inibindo novas ocorrências de infrações criminais:

Para as teorias relativas a pena se justifica, não para retribuir o fato delitivo cometido, mas, sim, para prevenir a sua prática. Se o castigo ao autor do delito se impõe, segundo a lógica das teorias absolutas, somente porque delinuiu, nas teorias relativas a pena se impõe para que não volte a delinquir. Ou seja, a pena deixa de ser concebida como um fim em si mesmo, sua justificação deixa de estar baseada no fato passado, e passa a ser concebida como meio para o alcance de fins futuros e a estar justificada pela sua necessidade: a prevenção de delitos. (BITENCOURT, 2012, p.157)

Por fim, na Teoria Mista a pena possui dupla função, a de punir o criminoso e prevenir a prática de novos crimes, seja por sua readaptação seja pela intimidação coletiva, como instrumento de defesa da sociedade.

Bitencourt prescreve que a teoria mista, busca um único conceito de pena, retribuição do delito cometido e a prevenção, ensinando que: As teorias mistas ou unificadoras tentam agrupar em um conceito único os fins da pena. Esta corrente tenta escolher os aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas. Merkel foi, no começo do século, o iniciador desta teoria eclética na Alemanha, e, desde então, é a opinião mais ou menos dominante. No dizer de Mir Puig, entende-se que a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno que é a pena (BITENCOURT, 2012, p.170).

No Brasil se adota a teoria mista, conforme o artigo 59 Código Penal, pois a pena possui dupla finalidade, a fim de que seja suficiente para a reprovação e a prevenção do crime. Embora não seja perfeita, esta é, sem dúvidas, a corrente que mais se aproxima de fortalecer um equilíbrio.

2.3 Dos princípios aplicados na execução da pena privativa de liberdade

Antes de adentrar no verdadeiro tema do presente trabalho, importante enfatizar o conceito de alguns dos inúmeros princípios previstos em nosso ordenamento que norteiam e legitimam a execução das penas.

Um dos pilares constitucionais é o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, garantido exaustivamente em diversos dispositivos legais, talvez seja este um dos principais norteadores do ordenamento jurídico Brasileiro.

Dignidade é um termo complexo de se conceituar, por ser muito amplo e abrangente. Nas sábias palavras de Plácido e Silva (1967, p.526):

dignidade é a palavra derivada do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa serve de base ao próprio respeito em que é tida: compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa pelo qual se faz merecedor do conceito público; em sentido jurídico, também se estende como a dignidade a distinção ou a honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta graduação; no Direito Canônico, indica-se o benefício ou prerrogativa de um cargo eclesiástico.

Preconiza Leslei Lester dos Anjos Magalhães (2012, p.81):

A filosofia cristã sempre definiu que todos os homens são pessoas e que têm dignidade pelo fato de existirem. Apregoa que não podem ser pessoas em maior ou menor medida, nem tampouco deixar de sê-lo. Poderão se comportar mal ou bem, podendo ser chamadas de boas ou más pessoas, mas nunca perdem a sua dignidade pessoal.

Assim sendo, todos os seres humanos devem ter garantida a sua dignidade, inclusive no cumprimento das penas impostas pelo Estado como forma de reprimenda aos delitos cometidos, independentemente se são culpados ou inocentes, apenas pelo fato de serem humanos.

Outro princípio consagrado em nosso ordenamento é o da Isonomia, que pressagia, conforme o artigo 5º da Constituição de 1988, "*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*".

Contudo, há de se encontrar as formas de garantir o verdadeiro equilíbrio entre uma sociedade tão desigual, não podendo, em todas as situações, tratar todos os indivíduos de maneira isonômica, sob o risco de aumentar suas desigualdades.

Montesquieu (2006, p.126) diz que "No estado da natureza, os homens nascem na igualdade, porém não podem permanecer nesse estado. A sociedade faz com que eles percam essa igualdade, a qual somente é reencontrada por intermédio das leis.

Mesmo que os crimes sejam idênticos, a pena deverá ser individualizada, em razão da necessidade de observância de fatores pessoais, devendo cada um receber

a pena que lhe é devida.

AVENA (2017, p.8), ao versar sobre o princípio da individualização, dispõe que:

"o princípio impõe que o juiz estabeleça para cada autor de crime a pena exata e merecida. Em outras palavras, a pena deve ser imposta e executada em relação ao condenado de acordo com o grau de sua culpabilidade e em obediência aos critérios legais."

Quando se tratar de uma mãe, em todas as etapas da persecução penal deverão ser observadas suas particularidades e estabelecidas formas de se cumprir a pena da maneira menos gravosa aos infantes.

A Constituição Federal também prescreve o princípio da Intranscendência, quando preceitua que "*nenhuma pena passará da pessoa do condenado (...)*", afirmando que somente aquele que infringe a lei deverá ser punido por sua violação.

A intranscendência da pena é mais um princípio primordial para a compreensão da pesquisa em questão, segundo Nucci (2020, p.110/111) "a ação penal não deve transcender da pessoa a quem foi imputada a conduta criminosa [...] a responsabilidade é pessoal e individualizada", não podendo, portanto, as consequências dos atos praticados por uma mãe transcender a ponto de afetar seus filhos.

3 DAS MULHERES INFRATORAS E DA PROTEÇÃO INTEGRAL À SUA PROLE

Através de dados estatísticos será demonstrado o perfil criminológico da mulher encarcerada no Brasil, mostrando quem são elas e o que as levam à prisão.

Após, serão conceituados e analisados os princípios que buscam a proteção dos infantes e o surgimento do Estatuto da Primeira Infância, que modificou de forma significativa o cumprimento de pena das mães infratoras.

3.1 O perfil criminológico da mulher encarcerada no Brasil

Segundo dados do último INFOPEN³, elaborado em 2017, o número de mulheres encarceradas alcançou 37.828 (trinta e sete mil oitocentos e vinte e oito).

Inúmeros são os trabalhos acadêmicos acerca do encarceramento feminino, contudo, são poucos os que explanam o impacto social do aprisionamento de mães infratoras, o rompimento dos laços afetivos com os filhos e o abandono por eles

³ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN Mulheres 2017 - elaborado pelo Departamento Penitenciário Nacional.

sofridos.

Para tanto, necessário se faz o estudo das razões que levam essas mulheres a cometer infrações, a gravidade de seus crimes e o contexto social em que elas vivem, a fim de desvendar se as políticas criminais têm se atentado a essas situações.

3.1.1. Origem, histórico de vida e vulnerabilidade social

Desde os primórdios da humanidade a mulher é criada e educada para o cuidado do lar, dos filhos e do marido, de forma submissa. A mulher sempre foi definida por seu sexo, Simone de Beauvoir (1970, p.10) afirmava de forma atemporal que "O homem é o Sujeito, o Absoluto; ela é o Outro" e demonstra que a submissão feminina, embora não tenha uma explicação lógica, existe e perdura até os dias atuais.

A história mostrou-nos que os homens sempre detiveram todos os poderes concretos; desde os primeiros tempos do patriarcado, julgaram útil manter a mulher em estado de dependência; seus códigos estabeleceram-se contra ela; e assim foi que ela se constituiu concretamente como Outro. (BEAUVOIR, 1970, p.179)

A sociedade se desenvolve com base em pensamentos retrógrados de que existe um certo padrão de comportamento que seria inaceitável ao sexo feminino e, em contrapartida, tolerável se oriundo do homem.

Por não ser "comum" à natureza feminina cometer atos de transgressão, não havia preocupações no sentido de quais punições aplicar a elas, tendo sido os presídios projetados para abrigar homens e se adaptado para receber as mulheres.

SILVA (2011, p.21), demonstra a falta de preparo do Sistema Carcerário diante da singularidade do sexo feminino, aduzindo que:

Verificou-se que a seletividade presente no sistema penal, em um primeiro momento, não abrangia a desigualdade de gêneros, mas tão somente a desigualdade de grupos e classes. Assim, as criminólogas feministas afirmam que, quando o Direito Penal exclui o gênero "mulher" do seu objeto, exclui, assim, o controle social, a criminalidade e a criminalização de metade da população, formada por mulheres.

Além da falta de estruturação das instalações penitenciárias para receber o crescente número de mulheres, é importante perceber que há um certo estereótipo que é comum nesses lugares. Segundo os dados do INFOPEN-2017, as mulheres encarceradas no Brasil são, em sua maioria, jovens, pardas ou negras, com pouca escolaridade, solteiras e com um grande número de filhos que dependem exclusivamente delas para a criação.

3.1.2. O tipo de crime geralmente cometidos e sua gravidade

Ao analisar as estatísticas, temos que os crimes comumente cometidos pelas mulheres não são dotados de violência. O que impressiona é que 59,68% (cinquenta e nove vírgula sessenta e oito por cento), responde pelo crime de Tráfico de Drogas, embora seja evidente que as mulheres nunca foram as donas desse "mercado".

No exemplar Sistema Penal e Gênero, Lilian Ponchio e Silva assevera:

A relação da mulher com o tráfico deve-se, em grande parte, a uma relação afetiva anterior (são esposas, irmãs ou filhas de traficantes). Na verdade, isso é mais um reflexo da relação de submissão da mulher em relação ao homem também no crime, pois permite que ela concilie suas tarefas como mãe e dona de casa e, assim, constitui-se uma alternativa de subsistência. (SILVA, 2011, p.17)

Dráuzio Varella relatando o cotidiano e o desabafo de várias mulheres atrás das grades que foram por ele atendidas em algum momento de sua carreira, relata:

Nem todas, no entanto, são traficantes profissionais, muitas o fazem por razões mais nobres. São mães, esposas, namoradas, tias, avós ou irmãs de presos que juram estar condenados à morte caso não paguem as dívidas contraídas com assassinos implacáveis (...) (VARELLA, 2017, p.206).

Muitas delas sequer haviam tido qualquer envolvimento com o tráfico de drogas, são apenas mulheres, diante da ameaça de perder um ente querido ou até mesmo por amor a eles, que estão dispostas a tudo para salvá-los, colocando em risco a sua própria liberdade.

VARELLA (2017, p.209) ainda questiona "o que a sociedade ganha trancando essas mulheres por anos consecutivos? O que representa, no volume geral do tráfico, a quantidade de droga que cabe na vagina de uma mulher?"

3.2. Da prioridade absoluta da proteção dos infantes

A criança e o adolescente possuem tratamento especial e diferenciado em nosso ordenamento, possuindo direito e garantias singulares à sua condição. O artigo 227 da Constituição e o artigo 15 do Estatuto da Criança e do Adolescente asseguram a prioridade absoluta daqueles que ainda não são adultos:

Art. 227.CF. 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. (Constituição Federal, 1988).

Art. 15.ECA. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis (Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990).

Além da família e da sociedade, o Estado tem o dever de assegurar as garantias constitucionais dos menores, e a partir daí são criadas inúmeras leis e políticas públicas afim de assegurar a proteção integral dos menores.

3.3. Do direito à convivência familiar

Dentre tantos direitos e garantias conferidos às crianças e aos adolescentes, imperioso destacar no presente estudo, o direito à convivência familiar, que além de previsão constitucional, está pormenorizado no Capítulo III do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O artigo 19 do Estatuto estabelece que, apenas de forma excepcional, o menor deverá ser afastado da convivência com sua família, reconhecendo a importância dos laços familiares na formação física, mental e psicológica da criança na terna idade:

É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

CINTRA (2016) observa em seu artigo a importância do ambiente familiar no desenvolvimento e na formação, não somente física, mas também psicológica do menor:

Realmente, a família é condição indispensável para que a vida se desenvolva, para que a alimentação seja assimilada pelo organismo e a saúde se manifeste (...) não basta pôr um ser biológico no mundo, é fundamental complementar a sua criação com a ambiência, o aconchego, o carinho e o afeto indispensáveis ao ser humano (...) A família é o lugar normal e natural de se efetuar a educação, de se aprender o uso adequado da liberdade, e onde há a iniciação gradativa no mundo do trabalho. É onde o ser humano em desenvolvimento se sente protegido e de onde ele é lançado para a sociedade e o universo.

Nana Queiroz relata a vida de mulheres por ela entrevistadas dentro do sistema prisional, em uma das passagens transcreve uma conversa com uma psicóloga que afirmou:

Nos primeiros meses de vida, a relação do bebê com a mãe é simbiótica. E durante todo o primeiro ano de vida, continua indispensável. (...) a convivência com a mãe ajuda esses bebês a serem relativamente mais calmos e saudáveis. (QUEIROZ, 2015, p.116)

Visando a importância da convivência familiar, é indispensável a criação de normas e políticas públicas voltadas a proteger essas crianças, que são afastadas de suas mães, a fim de evitar que elas sejam expostas a uma situação de vulnerabilidade social e tendam a desenvolver problemas de formação físicas e especialmente psicológicas, que acarretem o seu envolvimento com a criminalidade de forma precoce.

3.4. Do Estatuto da Primeira Infância

Em 08 de março de 2016, foi sancionada no Brasil a Lei nº 13.257, conhecida como Marco da Primeira Infância, onde são estabelecidas normas com o intuito de estimular a criação de políticas públicas voltadas a proteção dos infantes, modificando de forma significativa algumas legislações vigentes, em especial, o Código de Processo Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O artigo 1^a da lei, propõe como objetivo fomentar a criação e aplicação de políticas públicas voltadas à primeira infância " em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano."

Como já dito anteriormente, a responsabilidade pela garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes não recai apenas sobre as famílias, mas também sobre o Estado e a Sociedade, que, de forma conjunta, devem se preocupar em assegurar a eles, com prioridade absoluta, toda proteção.

O Marco da Primeira Infância, visando reconhecer a importância da preservação dos menores e da imprescindibilidade da convivência familiar, modificou a legislação vigente, buscando a proteção dos infantes.

3.4.1. A importância da convivência materna na tenra idade

A mulher, conforme Rodrigo da Cunha Pereira (1999, p.125), foi conceituada através dos tempos como "o complemento do homem, a mulher é criatura essencialmente relativa, existindo somente para o homem e para os filhos".

Em razão desse pensamento, arraigado em nosso ordenamento até a atualidade, a mulher sempre foi para os filhos, uma espécie de porto seguro. Além de todas as questões fisiológicas, como a gestação, a chegada ao mundo e a amamentação, que criam um vínculo afetivo muito forte entre ambos, elas possuem um papel imprescindível na formação dos seres em tenra idade.

John Bowlby, elucida a importância da figura materna na formação das crianças nos primeiros anos de vida:

A mãe quem alimenta e limpa a criança, quem a mantém aquecida e que a conforta. É a ela que a criança recorre quando se sente aflita. Aos olhos da criança pequena, o pai desempenha um papel secundário, e seu valor cresce apenas à maneira que a criança se torna mais capaz de arranjar-se sozinha (BOWLBY, 1981, p. 15)

Consequentemente, ao analisar o melhor interesse da criança, é relevante avaliar os impactos sociais do desligamento de um vínculo tão importante, em uma fase tão substancial de formação do infante.

3.4.2. As implicações do afastamento da genitora e os abalos na formação física, mental e psicológica do infante.

Ao ser presa, uma mãe sabe que ninguém será capaz de cuidar de seus filhos como ela, não há no mundo quem possa entender as necessidades de um filho como uma mãe. VARELLA (2017, p.45) diz que a mulher "sabe que é insubstituível e que a perda do convívio com as crianças, ainda que temporária, será irreparável, porque se ressentirão da ausência de cuidados maternos (...)".

Tal afastamento implica em uma série de conflitos que terão de ser resolvidos pelo Estado. Muitas vezes essa mãe é a única pessoa responsável por todos os seus filhos (que podem ser muitos) e com seu aprisionamento os menores ficarão abandonados e deverão ser acolhidos em instituições e abrigos, às custas do Estado.

O sentimento de abandono vivenciado por crianças e adolescentes é explicado por meio das interações familiares que apontam dois aspectos, físicos e afetivos. O aspecto físico se relaciona com a ausência dos cuidados por parte de um dos genitores, que são desleixados aos cuidados higiênicos, e também no que concerne ao amparo, o segundo, faz menção ao abandono afetivo que trata da falta de carinho, de amor e de um equilíbrio emocional (BOCCA, 2009, p.169-179)

Daí surgem os riscos dessa criança, abandonada, sem estruturação familiar alguma, tornar-se um potencial infrator. SEREJO (1999, p.79), aduz que "é da desintegração da família que surge a delinquência infantil e juvenil".

A situação de vulnerabilidade social a que ficam expostas esses menores é o fundamento para a criação de medidas alternativas para o cumprimento de pena das mães infratoras, uma vez que a pena a ela impostas não deverá transcendê-las, atingindo seus filhos.

4 DOS DIREITOS DA MULHER EM PRIVAÇÃO TEMPORÁRIA DE LIBERDADE

Além de todos os direitos previstos em nossa legislação que são inerentes aos seres humanos, as mulheres, devido ao princípio da isonomia, a fim de se encontrar a igualdade material, possuem direitos próprios em vários ramos do direito.

Na execução penal não seria diferente, conforme explanado anteriormente, devido às peculiaridades do gênero, é fundamental a busca por mecanismos que visem proporcional a dignidade da mulher durante o cumprimento de uma sanção penal imposta pelo Estado.

Para tanto, não somente o Brasil, mas também os órgãos internacionais, como as Nações Unidas criam normas para regulamentar o cumprimento de pena das mulheres, buscando não somente garantir a dignidade delas, mas também fomentar a criação de políticas públicas para reduzir esse crescente índice de encarceramento, propondo medidas alternativas para evitar a privação da liberdade.

4.1. Da dignidade da mulher

Após anos e anos de lutas feministas, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, trouxe, no rol dos direitos fundamentais, a previsão da igualdade entre homens e mulheres quando afirma no inciso I do artigo 5º que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Não obstante, essa igualdade não surge de repente, e não se trata da igualdade formal, onde todos devem ser tratados de forma isonômica. A interpretação dessa norma constitucional deve ser analisada sob a ótica da igualdade material, na qual as mulheres deverão ser consideradas iguais e tratadas de forma desigual na medida de suas desigualdades.

Embora as mulheres tenham garantidos os mesmos direitos de qualquer ser humano, ainda se faz necessária a criação de leis e regulamentos a fim de garantir um direito que naturalmente as pertence, pois continua enraizada em nossa sociedade a figura da mulher como inferior ao homem.

A lei 11.340, criada no dia 07 de agosto de 2006, é um exemplo da necessidade de reafirmação dos direitos das mulheres, que devem protegidas pelo Estado de forma particularizada, em razão de todo um contexto histórico de submissão, já citado anteriormente.

O artigo 2º dessa lei, conhecida popularmente como Lei Maria da Penha, reforça os direitos e garantias fundamentais dizendo que:

Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social. (Lei Maria da Penha, nº11.340 de 2006).

Diante da necessidade do tratamento desigual, a fim de se garantir a igualdade, surgem previsões legislativas e normativas para garantir as garantias fundamentais das mulheres, em especial a sua dignidade.

4.2. Da previsão de prisão em regime especial

Mesmo com tantas lacunas no ordenamento em relação às questões de especificidades do gênero, existem algumas previsões em nossa Lei de Execuções Penais, Lei 7.210/84, para atender casos de mulheres em situações especiais, como as gestantes, parturientes e as lactantes.

Também existe a previsão, no artigo 37 do Código Penal, de que a mulher deverá cumprir a pena em um regime especial, vejamos: "As mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal, bem como, no que couber, o disposto neste Capítulo."

A Lei de Execuções Penais, em seu artigo 83, §2º, prevê que as mulheres que adentram ao sistema prisional grávidas, lactantes ou até mesmo aquelas poucas que, durante o cumprimento de pena, iniciam uma gestação, terão o direito de conviver com seu filho nesse período tão singular que é o da amamentação.

Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva. § 2º 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 (Leis de Execução Penais, nº7210 de 1984).

Contudo, o Sistema encontra-se com dificuldades de suportar a demanda atual, pela falta de unidades com capacidade para abrigar todas essas mulheres e sua prole. O INFOPEN apurou, em 217, que no Brasil, 74,8% dos estabelecimentos são exclusivamente masculinos, enquanto 18,1% são mistos e apenas 6,97% são femininos.

Poucas são as mulheres que se encontram em situações como essas e conseguem ter o acesso às unidades que atendam aos requisitos básicos para o cumprimento de pena no regime especial. Muitas delas, por estarem muito longe dos presídios femininos ou até mesmo por serem recusadas devido à superlotação, ficam expostas, junto de seus filhos, às celas imundas de um presídio comum.

LINS (2017, p.333) descreve que

Há uma desatenção ou atenção lenta quanto às principais demandas no cárcere feminino, pois muitos presídios desse gênero no Brasil não possuem sequer espaços destinados a berçários ou creches, o que negativamente coloca essas crianças em contato com a insalubridade das celas e até com promiscuidade.

Dessa forma, é essencial a busca pela criação de políticas públicas voltadas para o cumprimento de penas das mulheres em restrição temporária de sua liberdade, especialmente quando estão na condição e gestantes, lactantes ou que possuam filhos menores que, presumidamente, necessitam da convivência materna para o auxílio de seu desenvolvimento.

4.3. Regras das nações unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras

Por não se tratar de um problema isolado do Brasil, mas sim da coletividade, inclusive países desenvolvidos como Noruega, Austrália e Estados Unidos, foi elaborado, por intermédio das Nações Unidas, um tratado internacional com afincos de dar visibilidade ao crescimento do encarceramento feminino e criar políticas para minimizar seus impactos.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, na apresentação das Regras aduz que o objeto consiste em propor "um olhar diferenciado para as especificações de gênero no encarceramento feminino, tanto no campo da execução penal, como também na priorização de medidas não privativas de liberdade (...)".

Uma das principais finalidades das Regras de Bangkok é a aplicação de medidas não privativas de liberdade às mulheres infratoras e o investimento em políticas públicas voltadas diretamente para o gênero feminino a fim de evitar a entrada dessas mulheres no sistema carcerário.

Logo no início do tratado, na regra nº 2, percebemos as preocupações em relação aos filhos das mulheres que ingressam no sistema prisional, prevendo:

Antes ou no momento do seu ingresso, deverá ser permitido às mulheres responsáveis pela guarda de crianças tomar as providências necessárias em relação a elas, incluindo a possibilidade de suspender por um período razoável a medida privativa de liberdade, levando em consideração o melhor interesse das crianças. (Item 2 da Regra 2, p.20) (Regras de Banglok,2010).

São muitas as regras que se preocupam com o bem-estar das crianças e coloca seus direitos e garantias de forma a sobrepor a necessidade de punir a mãe, prevendo um cumprimento de pena que não cause o fim de um relacionamento tão imprescindível:

Mulheres presas deverão permanecer, na medida do possível, em prisões próximas ao seu meio familiar ou local de reabilitação social, considerando suas responsabilidades como fonte de cuidado (...) (Regra 4, p.20) (Regras de Banglok,2010).

Será incentivado e facilitado por todos os meios razoáveis o contato das mulheres presas com seus familiares, incluindo seus filhos/as, quem detêm a guarda de seus filhos/as e seus representantes legais. (...) (Regra 26, p.26) (Regras de Banglok,2010).

Ademais, diante da possibilidade da permanência das crianças dentro do sistema prisional, seja no período de gestação ou após o nascimento, as Regras de Bangkok se preocupam em estabelecer normas para o bem-estar dessas crianças em um ambiente tão hostil:

O regime prisional deverá ser flexível o suficiente para atender às necessidades de mulheres gestantes, lactantes e mulheres com filhos/as. Nas prisões serão oferecidos serviços e instalações para o cuidado das crianças a fim de possibilitar às presas a participação em atividades prisionais. (Item 2 da Regra 42, p.31)

Mulheres presas não deverão ser desestimuladas a amamentar seus filhos/as, salvo se houver razões de saúde específicas para tal. (Item 2 da Regra 48, p.32)

Decisões para autorizar os/as filhos/as a permanecerem com suas mães na prisão deverão ser fundamentadas no melhor interesse da criança. Crianças na prisão com suas mães jamais serão tratadas como presas. (Regra 49, p.33) (Regras de Banglok,2010).

Outrossim, entendendo a necessidade das mulheres no que diz respeito a criação de seus filhos e a subjugação por ela sofrida durante décadas a fio, no momento da criação das Regras de Bangkok foram feitos estudos para encontrar formas de punir as mulheres infratoras de formas alternativas, evitando ao máximo a privação de sua liberdade.

(...) deverão ser desenvolvidas, dentro do sistema jurídico do estado membro, opções específicas para mulheres de medidas despenalizadoras e alternativas à prisão e à prisão cautelar, considerando o histórico de vitimização de diversas mulheres infratoras e suas responsabilidades de

cuidado. (Regra 57, p.34)

Serão disponibilizados recursos suficientes para elaborar opções satisfatórias às mulheres infratoras com o intuito de combinar medidas não privativas de liberdade com intervenções mínimas que visem responder aos problemas mais comuns que levam as mulheres ao contato com o sistema de justiça criminal (...) (Regra 60, p.35)

Deverá ser aprimorada a prestação de serviços comunitários para o tratamento do consumo de drogas, os quais sejam sensíveis às questões de gênero, centrados na compreensão dos traumas e destinados exclusivamente às mulheres, assim como o acesso a estes tratamentos, para a prevenção de crimes e a adoção de medidas despenalizadoras e alternativas penais. (Regra 62, p.35) (Regras de Banglok, 2010).

Apesar de ser signatário, o Brasil ainda possui dificuldades na implantação dessas normas, de forma que ainda são poucas as políticas públicas voltadas para o assunto, o que dificulta muito a situação das mulheres e crianças que se encontram nessas situações.

4.4. Cartilha da mulher presa

Para suprir a escassez da legislação, surgem normas, portarias e recomendações específicas para adequar o cumprimento de pena ao gênero feminino, de forma a resguardar seus direitos e garantias fundamentais.

Como forma de informar as mulheres, que na maioria das vezes não possuem instruções para pleitear todos os seus direitos, foi elaborado, pelo Conselho Nacional de Justiça, uma cartilha que contém, de forma simples e clara, todos os direitos garantidos para elas.

A última edição lançada, feita no ano de 2012, possui 40 (quarenta) páginas e, de uma forma bastante didática, especifica em tópicos, contendo até mesmo ilustrações, os direitos, os deveres, as faltas disciplinares e suas sanções, as recompensas e os benefícios, dentre outras informações para deixá-las cientes de que, embora estejam cumprindo uma sanção estatal, continuam sendo seres humanos detentoras de direitos, garantias e deveres perante à sociedade.

5. DA PRISÃO DOMICILIAR CONCEDIDA ÀS MÃES INFRATORAS

Instituto atualmente discutido na mídia, a prisão domiciliar causa uma certa desconfiança à primeira vista e faz com que a população experimente uma sensação de impunidade, uma vez que ao brasileiro tem enraizada a cultura de que apenas a cadeia é capaz de servir como punição aos delitos.

Portanto, este capítulo tem por objetivo conceituar essa medida alternativa ao

cumprimento de pena, falar sobre a sua aplicabilidade em nosso ordenamento e explanar sobre as hipóteses de concessão às mulheres infratoras que possuem filhos menores

5.1. Conceito e objetivos da prisão domiciliar

A prisão domiciliar, conforme aduz o Código de Processo Penal e a Lei de Execuções Penais, é a medida que permite o recolhimento do indiciado ou sentenciado em residência particular.

NUCCI (2011, p.79) conceitua a prisão domiciliar como "forma alternativa de cumprimento da prisão preventiva; em lugar de se manter preso em cárcere fechado, é inserido em recolhimento ocorrido em seu domicílio, durante as 24 horas do dia".

Tal medida, poderá ser acompanhada de certas restrições, de acordo com o regime de cumprimento de cada um dos beneficiários, como por exemplo a proibição de sair sem autorização judicial.

O artigo 146-B da Lei de Execuções Penais ainda possibilita a utilização de monitoramento eletrônico para as pessoas que se encontram em prisão domiciliar, a fim de garantir o cumprimento das determinações judiciais.

Muitas das vezes o cumprimento de pena em sistemas carcerários se torna árduo em razão de características pessoais dos detentos (gravidez, doença grave, idade avançada), sendo necessária a aplicação desse instituto a fim de preservar o mínimo de dignidade a essas pessoas.

Portanto, a prisão domiciliar tem por objetivo fundamental a adequação ao cumprimento de pena, observados os princípios e garantias constitucionais que são inerentes aos seres humanos, mesmo em privação temporária de sua liberdade.

5.1.1. Hipóteses de Cabimento e Aplicabilidade

Primeiramente, abordaremos o cabimento dessa modalidade de prisão nas hipóteses contidas no nosso Código de Processo Penal Brasileiro, que prevê o recolhimento domiciliar apenas em substituição da prisão preventiva, aos presos provisórios, tornando-se então uma espécie de prisão cautelar.

O rol do artigo 318 é taxativo e descreve que poderá ser beneficiário da domiciliar o agente: a) maior de 80 (oitenta) anos; b) extremamente debilitado por motivo de doença grave; c) imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; d) gestante; e) mulher com filho de até

12 (doze) anos de idade incompletos; e, f) homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Embora o legislador não tenha elencado de forma expressa, os Tribunais têm entendimento firmado que não se trata de direito subjetivo da pessoa privada de sua liberdade, devendo, portanto, ser analisadas circunstâncias do caso concreto para o fim analisar a possibilidade da conversão.

Há também previsões de recolhimento domiciliar na Lei de Execuções Penais, especificamente em seu artigo 117 que pressagia algumas das hipóteses de cabimento, similares aos contidos no código processual, sendo imprescindível, neste caso, que o sentenciado seja beneficiário do regime aberto.

Para ser concedida a domiciliar pela Lei de Execuções Penais, o agente deverá ser, alternativamente: a) condenado maior de 70 (setenta) anos; b) condenado acometido de doença grave; c) condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; e, d) condenada gestante.

Existem alguns outros casos, aceitos pela jurisprudência, onde poderá ser concedida a prisão domiciliar, como por exemplo, quando o sistema não possuir vagas para determinados regimes ou celas especiais garantidas a alguns presos em razão de características pessoais, contudo, esse não é o foco do presente estudo, não sendo necessário, portanto, adentrar de forma minuciosa ao assunto.

5.1.2. A Lei de Execuções Penais e a possibilidade de concessão do benefício às presas com condenação definitiva

Desde 1984, no momento da criação da Lei de Execuções Penais, o legislador se preocupou com a situação das mães infratoras, e, previu, de forma expressa, a possibilidade de concessão da prisão domiciliar para que elas, mesmo durante o cumprimento de pena, continuem exercendo sua função de criar e educar os filhos.

O artigo 117, nos incisos III e IV da LEP afirma que, desde que a sentenciada encontre-se em regime aberto, poderá lhe ser concedida a domiciliar caso esteja gestante ou possua filho menor ou portador de alguma deficiência.

O legislador não criou requisitos subjetivos para a concessão de tal benefício, como por exemplo, ser essa mãe a única pessoa responsável pelo menor ou pelo filho deficiente. Portanto, temos que, caso cumpra os requisitos objetivos, estar em regime aberto, gestante ou com filho menor ou deficiente, esta mãe terá o direito de ser recolhida em sua residência para o término do cumprimento da pena privativa de

liberdade.

5.1.3. O Código de Processo Penal e a concessão do benefício às presas provisórias

A prisão domiciliar como forma de substituição da prisão cautelar para as mães infratoras é novidade em nosso ordenamento incluído pelo Marco da Primeira Infância, que acrescentou os incisos IV e V ao artigo 318 do Código de Processo Penal.

Antes, a prisão domiciliar já havia sido prevista no código processual devido à lei 12.403/11, contudo, a única preocupação com os infantes era no caso do genitor privado de sua liberdade ser imprescindível ao cuidado do filho.

Com o objetivo único e principal de fortalecer os cuidados e direitos que devem ser assegurados às crianças durante a primeira infância, a alteração determinou que o juiz poderá conceder às mulheres que cumprem prisão preventiva o direito de se recolher em seu domicílio caso esteja gestante ou possua filho menor de 12 (doze) anos.

Diferentemente do inciso III do mesmo artigo, que permite a domiciliar ao agente for "imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência", quando tratou das mulheres, o legislador, ao reconhecer a importância do vínculo afetivo, se omitiu quanto à necessidade ou não de ser ela a única responsável pela criança.

Outro ponto do questionamento baseava-se no fato do legislador ter escolhido, no caput do artigo 318, a palavra "poderá", ao invés de "deverá", fazendo com que alguns juízes e doutrinadores entendessem ser poder discricionário do juiz a concessão da substituição.

O Supremo Tribunal Federal, diante das indagações e das diferentes decisões dos Tribunais do país, decidiu, recentemente, no dia 20 de fevereiro de 2018, durante o julgamento do Habeas Corpus Coletivo 143.641, conceder a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar para todas as mulheres gestantes ou com filhos menores de 12 (doze) anos, contudo, o magistrado ainda poderá denegar o benefício desde que de forma fundamentada.

5.1.3.1. Julgamento do Habeas Corpus Coletivo 143.641 do STF

Trata-se de um julgado, ocorrido em 20 de fevereiro de 2018, no qual, a Defensoria Pública da União impetrou, Habeas Corpus Coletivo em favor de todas as

mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças.

O Habeas Corpus foi impetrado em face das autoridades coatoras: juízas e juízes das Varas Criminais Estaduais; Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios; juízes e juízas federais com competência criminal; Tribunais Regionais Federais; e do Superior Tribunal de Justiça.

Sob inúmeros argumentos, dentre eles, os de violação de direitos constitucionais, tratamento desumano e degradante, falhas do sistema carcerário e o seu despreparo para o acolhimento dessas mulheres, com fundamento na Lei 13.257/16 e na Convenção Americana de Direitos Humanos, a Defensoria Pública da União pleiteia a concessão, de maneira coletiva, da prisão domiciliar as mulheres que encontram nas condições das pacientes.

A necessidade da demanda surgiu após inúmeros indeferimentos de pedidos de substituição nos termos do artigo 318, incisos IV e V do Código de Processo Penal sob argumentos relacionados à gravidade dos crimes supostamente praticado pelas detidas e também à necessidade de prova da inadequação do ambiente carcerário no caso concreto.

Apresentaram diversos casos de desrespeito às mulheres no cárcere e também a precariedade do sistema que não possui condições de abrigar as mulheres gestantes e oferecer a ela os cuidados de seu delicado estado, como também não possuem a estrutura adequada para o acolhimento das crianças que acabam por acompanhar suas mães no cárcere.

Diante dos argumentos, pleitearam a concessão de ordem para a revogação da prisão cautelar decretada contra todas as gestantes puérperas e mães de crianças, ou sua substituição pela prisão domiciliar.

O Habeas Corpus nº 143.641, distribuído na Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, foi concedido por maioria de votos, tendo, o relator Ministro Ricardo Lewandowski votado a favor da concessão, sendo acompanhado pelos Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Dias Toffoli, tendo apenas um voto divergente do Ministro Edson Fachin.

Em seu voto, o Ministro relator Ricardo Lewandowski levantou apontamentos reconhecendo a deficiência estrutural no sistema prisional brasileiro, afirmando que "as mulheres estão efetivamente sujeitas a situações degradantes na prisão, em

especial privadas de cuidados médicos pré-natal e pós-parto, bem como as crianças estão se ressentindo da falta de berçários e creches."

Ademais, o ministro apontou o levantamento de dados do INFOPEN demonstrando o assustador crescimento do número de mulheres em situação de cárcere nos últimos anos, a constatação de que a maior parte dos crimes por elas cometidos não são dotados de violência e que a maioria delas estão em idade em que há grande probabilidade de serem gestantes ou mães de criança.

Evidenciou também políticas públicas, entendimentos jurisprudenciais e Tratados Internacionais voltados para o cuidado com as mães e as crianças em situações de encarceramento, além de reiterar a Lei 13.257/16, o Estatuto da Primeira Infância, que, visando a proteção integral dos infantes, modificou o Código de Processo Penal permitindo a substituição pleiteada.

Asseverou os impactos que o rompimento entre mães e filhos podem gerar no desenvolvimento psicológicos dos infantes, afirmando que " não restam dúvidas de que a segregação, seja nos presídios, seja em entidades de acolhimento institucional, terá grande possibilidade de causar dano irreversível e permanente às crianças filhas de mães presas."

Identificou, por fim, os diversos entendimentos acerca do caput do artigo 318 do Código de Processo Penal que traz a palavra "poderá", dando margem a interpretações diversas dos magistrados, onde alguns entendem que a concessão da substituição seria uma discricionariedade dos Tribunais e outros possuem entendimento que o dispositivo deve ser lido como "deverá".

Dessa forma, com base em toda a fundamentação apresentada, o ministro, com intuito de evitar arbitrariedades judiciais quanto a sistemática supressão de direitos, entendeu, como a melhor saída, conceder a ordem de Habeas Corpus, estabelecendo alguns parâmetros a serem observados no momento da substituição.

Finalmente, concedeu a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, enquanto perdurar essa condição, exceto quando praticarem crimes com violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou ainda, em situações excepcionais que deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.

5.1.3.2. Da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Após a consolidação do entendimento do Supremo Tribunal Federal, o Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais e diversos outros tribunais passaram a aplicar como regra a previsão do artigo 318, V do Código de Processo Civil, concedendo a prisão domiciliar às genitoras de crianças menores de 12 (doze) anos.

EMENTA: HABEAS CORPUS - DIREITO PROCESSUAL PENAL - TRÁFICO DE DROGAS - ASSOCIAÇÃO PARA A O TRÁFICO DE DROGAS - PRISÃO PREVENTIVA - MÃE DE FILHO MENOR DE 12 (DOZE) ANOS - SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELA DOMICILIAR - POSSIBILIDADE. Nos termos dos artigos 318, inciso V, e 318-A do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser substituída pela domiciliar quando imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, desde que o delito não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou contra os filhos/dependentes. Quanto ao tema, a Suprema Corte vem reafirmando seu posicionamento pela adequação da concessão da benesse, em atenção ao especial interesse da criança. (TJMG - Habeas Corpus Criminal 1.0000.21.143808-0/000, Relator(a): Des.(a) Anacleto Rodrigues, 8ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 04/11/2021, publicação da súmula em 04/11/2021)

EMENTA: HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS - SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR DOMICILIAR - POSSIBILIDADE - PACIENTE COM FILHO MENOR DE DOZE ANOS DE IDADE - ARTIGO 318-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO - CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM. Preenchidos os requisitos previstos no artigo 318-A do Código de Processo Penal, impõe-se a substituição da prisão preventiva por domiciliar para a mãe com filhos menores de (12) doze anos de idade. A necessidade de comprovação dos cuidados maternos à criança menor de 12 anos é descabida, por ser legalmente presumida. (TJMG - Habeas Corpus Criminal 1.0000.21.087005-1/000, Relator(a): Des.(a) Márcia Milanez, Relator(a) para o acórdão: Des.(a) Anacleto Rodrigues, 8ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 22/07/2021, publicação da súmula em 22/07/2021)

A necessidade de comprovação da imprescindibilidade dos cuidados maternos à essas crianças são dispensáveis no inciso V, diferentemente do inciso III que prevê a concessão do benefício aos genitores do sexo masculino.

Em caráter excepcional, com a devida fundamentação, o magistrado poderá indeferir a prisão domiciliar baseado também no melhor interesse da criança,

EMENTA: HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - PACIENTE COM FILHO MENOR DE 12 (DOZE) ANOS DE IDADE - PRISÃO DOMICILIAR (ARTIGO 318 DO CPP) - NÃO RECOMENDAÇÃO, NO CASO CONCRETO - SITUAÇÃO EXCEPCIONALÍSSIMA CONFIGURADA - GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO - PACIENTE QUE SUPOSTAMENTE PRATICAVA O TRÁFICO NA MESMA RESIDÊNCIA EM QUE RESIDE COM A CRIANÇA - EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO - CONDIÇÕES FAVORÁVEIS -

IRRELEVÂNCIA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO - ORDEM DENEGADA. - Embora a Lei nº 13.769/2018, que acresceu o artigo 318-A ao Código de Processo Penal, tenha consignado de forma expressa os requisitos para a substituição da prisão preventiva por domiciliar à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, é possível que ela seja indeferida, se verificada, no caso concreto, uma situação excepcionalíssima. - Na espécie, a situação excepcional restou configurada em razão da gravidade concreta da conduta, diante da apreensão de expressiva quantidade de substância entorpecente destinada ao comércio na mesma residência em que a paciente reside com o **filho menor**, expondo-o à criminalidade. - As condições pessoais favoráveis, por si sós, não autorizam a revogação da prisão preventiva da agente.

Assim, percebe-se que após a decisão do Supremo Tribunal, a legislação do artigo 318, V do Código de Processo Penal passou a ser aplicada de forma uniforme, concedendo às mulheres, de forma indistinta, o direito em razão da necessidade e preservação de seus filhos, podendo excepcionalmente, ser negado o benefício apenas quando a liberdade da mãe for prejudicial à segurança do menor.

6. Conclusão

Conforme analisado durante o estudo, a pena é uma espécie de sanção àqueles que infringem as normas vigentes, contudo, segundo a teoria mista adotada pelo Brasil, não possui apenas esse caráter punitivo, havendo também uma finalidade de prevenção, ou seja, uma espécie de ressocialização para aquela pessoa que temporariamente não possui condições de viver em sociedade para que ela, após o cumprimento da pena estipulada, possa voltar a comunidade e não cometer mais crimes.

Percebeu-se também, no decorrer da pesquisa, que estando em cumprimento de pena, o indivíduo não perde seu "status" de ser humano, devendo a ele ser asseguradas todos os direitos e as garantias fundamentais, em especial a sua dignidade.

Ao tratar das mulheres em situação de cárcere, constatou-se que há singularidades que devem ser observadas a fim de garantir uma punição humanizada, que não desconsidere as peculiaridades do gênero.

Ainda sobre mulheres, verificou-se que os fatores sociais que as inserem no mundo do crime, basicamente se repetem em todo o sistema penitenciário brasileiro: são em sua maioria mulheres negras, jovens, sem instruções, que acabam no mundo da criminalidade, em especial no tráfico de drogas, em razão de seus cônjuges ou

companheiros, filhos ou irmãos.

Muitas delas, segundo apresentado nesse estudo, possuem filhos que sofrem diretamente com as consequências dos atos praticados por sua genitora, no momento em que são abruptamente afastados delas, o que geram implicações a longo prazo, em sua formação física, mental e psicológica.

Esses filhos, protegidos de forma especial pela Constituição, não podem ser atingidos pelas penas impostas às suas mães, seja com o afastamento repentino ou até mesmo com o seu encarceramento junto à genitora, sob o risco de violação ao princípio da intranscendência, no qual, nenhuma pena passará da pessoa do condenado.

Constatou-se também que, embora existam no Brasil diversas normas e leis acerca das medidas alternativas ao cumprimento de pena dessas mães, a fim de minimizar os impactos sofridos pelos infantes com esse encarceramento que só vem crescendo no Brasil, ainda estamos muito aquém dos nossos objetivos.

A prisão domiciliar, a medida atualmente mais utilizada como forma alternativa para as genitoras que se encontram privadas temporariamente de sua liberdade, embora tenha ganhado força com o julgamento do Habeas Corpus Coletivo 143. 641 do Supremo Tribunal Federal, ainda não apresenta resultados satisfatórios, visto que ainda é vista pela sociedade como situação de impunidade.

Conclui-se que, apesar de todas as evoluções no decorrer do tempo, as mulheres ainda sofrem com o encarceramento de forma bem mais gravosa que os homens, seja pela desconsideração do feminino em um universo particularmente masculino, seja pelo abandono de seus filhos que, na maioria das vezes, têm sua mãe como arrimo de família.

As crianças, em um futuro bem próximo, terão em suas mãos o difícil dever de ser adultos e se inserir na sociedade, por isso é tão importante a preocupação com sua proteção integral hoje para que amanhã se tornem cidadãos e não repitam os mesmos erros que seus pais.

Referências

AVENA, Norberto. *Execução Penal*. 4.ed. São Paulo: Método, 2017.

BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo: Fatos e Mitos*. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1.v.

BOWLBY, Jhon. *Cuidados maternos e saúde mental*. São Paulo: Martins Fontes, 1981.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, *Código Penal*.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. *Estatuto da Criança e do Adolescente*.

BRASIL. Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016. *Estatuto da Primeira Infância*.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *HC 143641/SP*. Segunda Turma. Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça e outros. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 20 de fevereiro de 2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf> > Acesso em: setembro de 2021.

BOCCA, M. C. *Ato infracional na adolescência: um fenômeno contemporâneo*. Arq. Ciênc. Saúde UNIPAR, Umuarama, v. 13, n. 2, p.169-179, maio/ago. 2009. Disponível em: <<http://revistas.unipar.br/saude/article/viewFile/3021/2192>>. Acesso em: julho de 2021.

CAPEZ, Fernando. *Execução Penal Simplificado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CINTRA, Maria do Rosário Leite. *ECA comentado: ARTIGO 19/LIVRO 1 – TEMA: Convivência familiar*. Disponível em: <<http://fundacaotelefonica.org.br/promenino/trabalho infantil/promenino-ecacomentario/eca-comentado-artigo-19livro-1-tema-convivencia-familiar-2/>>. Acesso em: setembro de 2021.

LINS, Valéria Maria Cavalcanti. *Mulheres, cárcere, famílias e afetos*. In: FIDALGO, Nara e Fernando. *Sistema Prisional: teoria e pesquisa*. Belo Horizonte: Editora

UFMG, 2017.

MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. *O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida*. São Paulo: Saraiva, 2012.

Ministério da Justiça - Sistema Integrado de Informações Penitenciárias- *INFOPEN Mulheres 2017*.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

_____. *Individualização da Pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Prisão e Liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*, 2. ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1999.

QUEIROZ, Nana. *Presos que menstruam*. 1ª ed. Editora Record. São Paulo: 2015.

Resolução 2010/16 de 22 de julho de 2010. Adoção do projeto de Resolução: *Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok)*

SEREJO, Lourival. *Direito Constitucional da Família*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1999

SILVA, Lilian Ponchio e. Sistema Penal: Campo Eficaz para a proteção das mulheres. In: BORGES, Paulo César Corrêa. (Organizador). *Sistema Penal e gênero: tópicos para a emancipação feminina*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011.

SILVA, Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. São Paulo: Forense, 1967. v. 2.

VARELLA, Drauzio. *Prisioneiras*. São Paulo: Schwarcz, 2017.