

Data de aprovação: __/__/__

MATERNIDADE NO SISTEMA CARCERÁRIO: análise acerca da substituição da prisão domiciliar para gestantes e mães com filhos até 12 anos incompletos com base na Lei nº 13.257/2016

Jullya Clara Barbalho Cosme¹

Nelisse de Freitas Josino Vasconcelos²

RESUMO

O presente artigo pretende apurar a efetivação da substituição da prisão preventiva em prisão domiciliar para gestantes e mães com filhos até 12 anos incompletos à luz da Lei nº 13.257/2016. Analisando o surgimento do sistema prisional brasileiro, como também a sua atual situação de crise, a qual vem tornando as condições carcerárias degradantes, em razão de não ser considerado as particularidades da mulher, e provocando a violação de diversos direitos, principalmente no exercício da maternidade. Então, partindo desse cenário se fez necessário a criação da norma citada, a qual visa resguardar o direito das gestantes e mães com filhos até 12 anos cumprirem penas sob a proteção à maternidade, infância e a dignidade da pessoa humana. Ocorre que, devido ao entendimento jurisprudencial brasileiro em conceder o direito à prisão domiciliar sem a necessidade de ser presente todos os requisitos legais, ocasionou um desequilíbrio entre os gêneros e a utilização dessa cautelar como salvo conduto.

Palavras-chave: Prisão. Mulheres. Maternidade.

¹ Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: jullya26468@gmail.com

² Professora Orientadora do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: nelissejosinof@gmail.com

MATERNITY IN THE PRISON SYSTEM: analysis of the replacement of house arrest for pregnant women and mothers with children under 12 years of age based on Law n° 13.257/2016

ABSTRAT

This article intends to investigate the effectiveness of replacing preventive detention with house arrest for pregnant women and mothers with children under 12 years of age in light of Law No. 13,257/2016. Analyzing the emergence of the Brazilian prison system, as well as its current crisis situation, which has made prison conditions degrading, due to women's particularities not being considered, and causing the violation of several rights, mainly in the exercise of motherhood. Therefore, based on this scenario, it was necessary to create the aforementioned standard, which aims to protect the right of pregnant women and mothers with children up to 12 years of age to serve sentences under the protection of motherhood, childhood and human dignity. It turns out that, due to the Brazilian jurisprudential understanding of granting the right to house arrest without the need to meet all legal requirements, it caused an imbalance between genders and the use of precautionary measures as a safe conduct.

Keywords: Prison. Women. Maternity.

1 INTRODUÇÃO

O sistema prisional brasileiro foi construído sob uma perspectiva masculina ao atender apenas às suas necessidades. Portanto, em razão de questões fáticas e dos fatores históricos, esta instituição apresenta uma marcante desigualdade de gênero e uma grande dificuldade em cumprir seus objetivos.

Contudo, ao longo do tempo passou a ocorrer o aumento exacerbado da população carcerária feminina, de modo que os presídios não estavam preparados para atender esse gênero, assim como os dispositivos legais não

previam de maneira adequada a garantia de condições básicas, se omitindo, portanto, em relação às necessidades inerentes desse nicho e tornando o sistema prisional em uma das instituições que mais viola os Direitos Humanos no cenário mundial.

Desta forma, observa-se que há falta de condições estruturais para uma vida minimamente digna no cárcere, bem como a ausência de médicos especializados na saúde da mulher (ginecologistas e obstetras).

Este caos da segurança pública agrava quando se trata do processo de maternidade no cárcere brasileiro, já que impede uma gestação adequada e fornece condições mínimas para uma mulher criar seus filhos.

A vista disso, o Estado ao perceber que não possui estrutura para suprir as necessidades básicas, principalmente quando se trata das primordialidades da maternidade, passou a realizar diversas mudanças na legislação penal com o propósito de inserir nos estabelecimentos prisionais medidas para que as presas e as crianças que nasçam nesse cenário possam ter acesso à proteção à maternidade, infância e dignidade.

Sob esse viés, o objetivo do trabalho de pesquisa em questão será discutir a aplicação da Lei nº 13.257/2016 que tornou possível a substituição da prisão preventiva em prisão domiciliar para as mulheres que se encontram em condições de gestantes, puérperas e mães sob a responsabilidade de crianças até 12 anos incompletos.

Isto posto, o estudo será dividido em 6 capítulos com o propósito de apresentar os direitos garantidos por lei às encarceradas e a dificuldade de elas serem manuseadas, tendo mais atenção na maternidade dentro das condições do cárcere.

Primeiramente é exibido uma breve evolução do sistema prisional brasileiro, no intuito de propagar como se deu o surgimento desse sistema no país, tanto na questão histórica como jurídica.

O capítulo posterior trata do contexto carcerário feminino, que, na prática, não ocorre como previsto em lei, tanto por ausência de estrutura física adequada, quanto por ausência de exercício das garantias fundamentais. Inclusive, são ressaltadas as modificações trazidas pela legislação com o intuito de redimir a ofensa à dignidade das mulheres.

Já o terceiro capítulo inicia de forma mais profunda a discussão acerca da maternidade no cárcere, com enfoque na criação da Lei nº 13.257/2016, considerada o Marco Legal da Primeira Infância, pois passou a garantir direito as crianças de viver com suas genitoras em ambientes salubres.

Nos últimos capítulos foi abordada a aplicação desse benefício, que teve seus requisitos reduzidos pela jurisprudência, gerando discricionariedade judicial e discussão acerca da viabilidade desta lei.

2 EVOLUÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL NO BRASIL

A primeira aparição do sistema prisional no Brasil ocorreu no Rio de Janeiro por meio da Carta Régia de 8 de julho de 1796, a qual determinou a construção da Casa de Correção da Corte com o objetivo de ser uma prisão modelo do Império, onde se executaria a pena de prisão com trabalho para homens e mulheres considerados ociosos e desordeiros pelas autoridades coloniais, sendo ela considerada uma das “obras mais imprescindíveis ao País pela influência do sistema penitenciário sobre os hábitos e a moral dos presos” (BRASIL, 1836, p. 28).

Foi por meio da Constituição de 1824, outorgada por d. Pedro I, que houve a determinação da separação dos réus por tipo de crime praticado, sendo as instituições prisionais do império “seguras, limpas, o bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias, e natureza dos seus crimes”(BRASIL, 1824, art. 179 parágrafo 21).³

Contudo, o Código Penal de 1890 implementou novas modalidades de pena de prisão, as quais passaram a ser limitadas em restritivas de liberdade individual de no máximo 30 anos, prisão disciplinar, prisão com trabalho obrigatório e reclusão. Portanto, as penas de morte, perpétuas e coletivas foram extintas desse sistema, tendo em vista que o Brasil passou a adotar o Sistema Progressivo, este formado pela junção do sistema inglês e irlandês, os quais defendiam que os presos não poderiam permanecer todo o tempo da condenação em um único ambiente carcerário.

³ BRASIL. Constituição (1824). **Constituição política do império do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 03 set.2023.

Ressalta-se que na prática o sistema adotado não demonstrava êxito, dado que a situação dos presídios era precária e só possuíam estrutura para alojar o detido dentro de um buraco, denominado estes de prisão “marmetina”.

Pois bem, foi somente em 1940 que surgiu o atual Código Penal Brasileiro, este criado com a edição do Decreto-Lei de 2.848 pelo então Presidente da República Getúlio Vargas, com o propósito de determinar os critérios para considerar um ato criminoso e as medidas jurídicas para responsabilizá-los.

Mesmo exibindo mudanças em relação ao código anterior, o sistema utilizado permaneceu sendo o Progressivo, como se observa no artigo 33º, §2º, do Código Penal:⁴

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Porém, devido à constante modificação na sociedade, se fez necessário realizar alterações no instrumento legal, dado que o mesmo se encontra em vigor há cerca de 83 anos.

Por conseguinte, foi com advento da Lei nº 6.416/77 que ocorreu a primeira transformação, dado que foi por meio dela que houve a determinação da separação dos regimes carcerários em regime fechado, regime semiaberto e regime aberto.

Utilizando da tese do Sistema Progressivo, a Lei nº 7.210/84- LEP (Lei das Execuções Penais) trouxe outras alterações importantes, tais quais a consideração do comportamento do condenado dentro do instituto prisional para reconhecer o merecimento do mesmo e a garantia de direitos comuns a todos os encarcerados, como o alojamento próprio, em ambiente individual, salubre e adequado a sua condição pessoal.

Vale destacar que este foi o primeiro instrumento legal a assegurar direitos às mulheres, posto que por mais que o surgimento do sistema prisional no país tenha se dado em 1796, as primeiras tentativas para implantar um sistema carcerário essencialmente feminino só calharam na década de 30.

⁴ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 03 set.2023.

A primeira Instituição Prisional Brasileira Feminina, situada em Porto Alegre/RS, foi criada em 1937, tendo na época o nome de “Instituto Feminino de Readaptação Social Bom Pastor”, posto que foi uma obra apostólica das irmãs da Congregação Nossa Senhora de Caridade Bom Pastor. O local foi inaugurado apenas em 1944, com o objetivo de abrigar as mulheres e as meninas indisciplinadas, tendo sua direção encarregada pela Congregação Religiosa até o ano de 1980. No entanto, em 1971 ficou determinado que o Instituto passaria a ser um órgão estadual, administrado por funcionários da Superintendência dos Serviços Penitenciários (SUSEPE), bem como passou a ser chamada de Penitenciária Feminina Madre Pelletier, local este que está em funcionamento até os dias de hoje.

A partir disso, muitos presídios femininos do país foram elaborados de forma improvisada, ou seja, muitos desses locais eram antigos hospitais, conventos e presídios masculinos, levando a entender que não consideraram as questões básicas do gênero feminino.

3 SISTEMA CARCERÁRIO FEMININO

Ao analisar a evolução do Sistema Prisional Brasileiro é possível perceber o seu estado crítico quando se trata de ambos os sexos, como Human Rights Watch,⁵ a maior entidade em defesa dos direitos humanos, após realizar uma pesquisa em penitenciárias em 1988, constatou que:

A realidade no Brasil passa longe das descrições da lei. Primeiro, o sistema penal do país sofre a falta de uma infraestrutura física necessária para garantir o cumprimento da lei. Em muitos estados, por exemplo, as casas dos albergados simplesmente não existem; em outros, falta capacidade suficiente para atender o número de detentos.

⁵ SOUSA, Vanessa da Silva. *Mulheres no cárcere: maternidade e prisão* Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 14 out 2019, 04:32. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53611/mulheres-no-crcere-maternidade-e-priso>. Acesso em: 10 set 2023.

Quando se trata do encarceramento feminino a situação piora, dado que o sistema prisional brasileiro foi construído sob a ótica masculina, atendendo somente às necessidades desse gênero, mesmo em péssimo estado.

Apesar da separação de gêneros nas instalações penitenciárias esteja definida na Lei de Execução Penal, ainda existem no país locais que integram ambos os gêneros. Conforme o INFOPEN⁶, cerca de 75% dos estabelecimentos prisionais são apenas masculinos; 17% mistos, isto é, possui uma ala separada para as mulheres; e apenas 7% de 1.420 dos estabelecimentos prisionais brasileiros são exclusivos para mulheres.

Portanto, os dispositivos legais não previram, de forma adequada, garantias suficientes de condições para o nicho feminino nas prisões, gerando uma relação de omissão sob as necessidades básicas desse grupo, principalmente quando se trata das peculiaridades da maternidade.

Entendimento este apresentado pelo Relatório da OEA em 2007, ao afirmar que há uma discriminação pautada na diferença de gênero, a qual decorre das violações por parte do Estado ao preferir a construção de unidades prisionais sob a perspectiva masculina (RELATÓRIO OEA, 2007, p. 19).

O Brasil encontra-se na terceira posição entre os países com maior população carcerária feminina do mundo, conforme pesquisa realizada pelo World Female Imprisonment List em 2022⁷. Há cerca de 40 mil mulheres encarceradas no país, tendo quadruplicado essa população em apenas 20 anos.

Segundo levantamento realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen) 45% dessas mulheres se encontram em prisão preventiva. No mais, de acordo com Mirabete (2001, p.681):

A prisão preventiva, em sentido estrito, é a medida cautelar, constituída da privação de liberdade do acusado e decretada pelo juiz durante o inquérito ou instrução criminal, diante da existência dos pressupostos legais, para assegurar os interesses sociais de segurança. É considerada um mal necessário, pois suprime a liberdade do acusado antes de uma sentença condenatória transitada em julgado, mas tem por objetivo a garantia da ordem pública, a preservação da instrução

⁶ Ministério da Justiça. (2014). Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres. Brasília, DF: o autor.; 2018).

⁷ FAIR, Helen; WALMSLEY, Roy. World Female Imprisonment List: women and girls in penal institutions, including pre-trial detainees/remand prisoners. Women and girls in penal institutions, including pre-trial detainees/remand prisoners. 2022. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_female_imprisonment_list_5th_edition.pdf. Acesso em: 05 set. 2023.

criminal e a fiel execução da pena. Só se justifica em situações específicas, em casos especiais, em que a custódia provisória seja indispensável (2001, p.681).

O ITCC (Instituto Terra, Trabalho e Cidadania), expõe que 62% das mulheres encarceradas são negras, 45% têm ensino fundamental incompleto e 62% foram presas por tráfico de drogas.

Isto posto, ao observar os delitos praticados pelas mulheres, é notório que os mais recorrentes são os que servem para complementar suas rendas, ou seja, o cenário apresenta uma relação direta com a economia do país, posto que esse núcleo de pessoas em sua maioria são jovens, solteiras, possuem filhos, têm baixo nível de escolaridade e renda familiar precária.

Acontece que, ao analisar o aumento do encarceramento das mulheres e as condições apresentadas por esse sistema, as discussões acerca da necessidade de mudanças no tratamento disponibilizado às mulheres encarceradas passaram a ter mais atenção.

Assim, em dezembro de 2010 ocorreu a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, a qual aprovou as chamadas Regras de Bangkok⁸, sendo elas o principal marco normativo internacional a abordar essa problemática. Desse modo, foram criadas com a finalidade de determinar diretrizes capazes de dispor uma melhora na organização penitenciária e nas condições básicas para se viver, conforme as singularidades do gênero feminino.

A partir disso, foram estabelecidas regras para o atendimento médico específico, higiene pessoal, individualização da pena, flexibilização do regime prisional, ingresso, registro e alocação, a fim de aprimorar a situação das gestantes, lactantes, estrangeiras, indígenas e deficientes.

Além do mais, as Regras de Bangkok apresentaram um grande enfoque nas mulheres encarceradas que possuíam filhos, sendo um dos pontos defendidos a não aplicação de sanções ou segregações disciplinares em mulheres gestantes, com filhos ou em período de amamentação (CNJ, 2016, p.25).

⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Regras de Bangkok: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Brasília: CNJ, 2016.

Frisa-se que o ordenamento jurídico brasileiro já possuía dispositivos que discorriam sobre esse nicho de mulheres, por exemplo, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, que dispõe em seu art. 83, § 2º, após redação dada pela Lei nº 11.942 de 2009⁹, sobre os locais penais oferecidos, os quais deveriam possuir berçários para que as apenadas pudessem cuidar dos filhos. Bem como, a mesma Lei define o acesso ao tratamento digno e civilizado para os encarcerados. Veja-se:

Art. 12. A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas.

Art. 13. O estabelecimento disporá de instalações e serviços que atendam aos presos nas suas necessidades pessoais, além de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração.

Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

Vislumbra-se que apesar das normas gerais, leis específicas e das discussões internacionais, as particularidades da mulher continuaram a serem dispostas de forma inadequada, ou seja, ainda não há devida importância que deveria ser dada a essas necessidades básicas inerentes.

Exemplo disso é um descaso com a higiene proporcionada às mulheres, as quais utilizam miolo de pão na ausência de absorventes, tendo em vista que o kit de higiene contendo dois papéis higiênicos e oito absorventes não é suficiente para o mês (Queiroz,2015).

O poder público simplesmente ignora o fato de estar lidando com mulher e suas necessidades e oferece o mesmo “pacote” do masculino, sem acesso a saúde e nenhum cuidado com higiene. Tem se discutido muito sobre o tipo de vida que essas mulheres estão levando, não há cuidado algum com a menstruação (muitas usam miolo de pão como absorvente), com a maternidade, entre outras especificidades femininas (PELOSI, I.; CARDOSO, T, 2015).]

4 MATERNIDADE NAS PRISÕES BRASILEIRAS

⁹ 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. [S. l.], 28 maio 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11942.htm. Acesso em: 1 nov. 2023.

A maternidade é um evento único na vida da mulher, repleto de intensos sentimentos entre eles: alegria, tristeza, satisfação e insatisfação.

Em função disso, a Constituição Federal do Brasil em seu art.5, L, garante a mulher apenada o direito ao desempenho pleno da maternidade, em condições propensas a saúde e o bem-estar durante o período da amamentação. No mais, o Estatuto da Criança e do Adolescente no art.9 reforça que é dever do Poder Público proporcionar condições adequadas ao aleitamento materno aos filhos de mães que cumprem penas privativas de liberdade.

Destaca-se que, é direito de toda criança ser amamentada, ato este importante para o vínculo materno, dado que conecta o bebê com mãe de uma forma íntima necessária para fortalecer o senso de segurança e de autoestima. Quando se refere às crianças que nasceram no meio prisional, esse direito passa a ser regulamentado nos termos do art. 5, L, da Constituição Federal Brasileira: “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”.

Como também há as Regras Mínimas para o Tratamento de Mulheres Presas – ONU/2010, as quais defendem que não se deve proibir uma condenada de amamentar o seu filho, apenas em casos que for comprovado por um médico.

Em suma, é garantido por meio da Lei de Execução Penal, os direitos básicos as detentas e seus filhos, como a definição do tempo mínimo de seis meses para a amamentação do bebê, a criação de áreas especiais para as mulheres gestantes e com filhos, e a disponibilização de creches para as crianças menores de sete anos.

Entretanto, o sistema prisional não se encontra apto a fornecer recursos necessários às gestantes e seus filhos, ou seja, o dever do Estado em cuidar da higiene pessoal, nutrição e da saúde das mães que se encontram reclusas e dos seus filhos, não é efetivado.

Segundo pesquisa realizada pela Secretaria Nacional de Políticas Penais Diretoria de Inteligência Penitenciária (SISDEPEN), no período de janeiro a junho de 2023, há no Brasil cerca de 27.375 mil mulheres em celas físicas no Brasil, sendo 185 gestantes e 100 lactantes.

A mesma pesquisa apresenta que no Brasil só há 69 celas para gestantes, posto que os estados Piauí, Roraima e Bahia não possuem. Assim

como, que só há 50 berçários no país, os quais apresentam a capacidade de 429 bebês.

Desse modo, foi por meio dessa situação escassa que começou a ser discutida a maternidade no cárcere brasileiro, posto que o número de mulheres incluídas nesse grupo é relativamente alto, gerando uma discussão sobre as péssimas condições de vida juntamente com seus filhos.

É compreensível a inserção dessas crianças no local prisional quando se relaciona a importância do vínculo familiar, dado que a privação desse convívio poderá ocasionar diversas consequências negativas, porém a permanência nesses lugares insalubres, com condenados por todo tipo de crime, não contribui para o desenvolvimento.

Consoante isto foi sancionada a Lei nº 13.257/2016¹⁰, a qual passou a ser denominado como Estatuto ou Marco da Primeira Infância, tendo em vista que foi criado com o objetivo de alterar as leis existentes e implementar políticas públicas para as crianças, posto que buscou garantir o melhor interesse da criança e sua proteção perante o Estado, conforme se observa em seu art.4, *in verbis*:

Art. 4º As políticas públicas voltadas ao atendimento dos direitos da criança na primeira infância serão elaboradas e executadas de forma a:

I - atender ao interesse superior da criança e à sua condição de sujeito de direitos e de cidadã;

II - incluir a participação da criança na definição das ações que lhe digam respeito, em conformidade com suas características etárias e de desenvolvimento;

III - respeitar a individualidade e os ritmos de desenvolvimento das crianças e valorizar a diversidade da infância brasileira, assim como as diferenças entre as crianças em seus contextos sociais e culturais;

IV - reduzir as desigualdades no acesso aos bens e serviços que atendam aos direitos da criança na primeira infância, priorizando o investimento público na promoção da justiça social, da equidade e da inclusão sem discriminação da criança;

V - articular as dimensões ética, humanista e política da criança cidadã com as evidências científicas e a prática profissional no atendimento da primeira infância;

VI - adotar abordagem participativa, envolvendo a sociedade, por meio de suas organizações representativas, os profissionais, os pais e as crianças, no aprimoramento da qualidade das ações e na garantia da oferta dos serviços;

¹⁰ BRASIL. Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso em: 01 set. 2023.

VII - articular as ações setoriais com vistas ao atendimento integral e integrado;

VIII - descentralizar as ações entre os entes da Federação;

IX - promover a formação da cultura de proteção e promoção da criança, com apoio dos meios de comunicação social.

Parágrafo único. A participação da criança na formulação das políticas e das ações que lhe dizem respeito tem o objetivo de promover sua inclusão social como cidadã e dar-se-á de acordo com a especificidade de sua idade, devendo ser realizada por profissionais qualificados em processos de escuta adequados às diferentes formas de expressão infantil.

Passou a ser considerada como a Lei de Primeira Infância por ter sido criada como resposta acerca da preocupação com o amparo e proteção das crianças em seus primeiros anos de vida, este sendo entendido como um tempo durante os 6 (seis) primeiros anos completos ou 72 (setenta e dois) meses completos de vida da criança.

Portanto, determinou novas possibilidades para a substituição da prisão preventiva na prisão cautelar domiciliar, desde que apresentasse as hipóteses reguladas no art.318 do CPP, como as gestantes e com filhos até 12 anos de idade incompletos. Veja-se:

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

(...)

IV - gestante; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

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. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

Em vista disso, os juristas Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar discorrem a respeito da prisão domiciliar:

A prisão domiciliar é medida cautelar cerceadora de liberdade prevista expressamente nos artigos 317 e 318 do Código, e tem lugar toda vez que a execução da prisão preventiva não seja recomendada em cadeia pública (para os presos provisórios) ou em prisão especial (para os acusados que detêm essa prerrogativa por força da lei), em razão de condições especiais, mormente as relacionadas à idade e à saúde do agente. (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p.940)

Inicialmente, o simples fato de se encontrar em condições de gestantes, independentemente do tempo da gestação, ou mães sob a responsabilidade de crianças até 12 anos incompletos, não seria suficiente para deferir a benesse da prisão domiciliar, sendo necessária a exibição de requisitos previstos em lei.

4.1 HIPÓTESES DE ADMISSIBILIDADE DA LEI Nº 13.257/2016

Como exposto anteriormente, se faz necessário requisitos, estes elencados em lei, para acessar a regalia da substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Isto posto, no art.318-A do Código de Processo Penal é possível observá-los:

Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

Destarte, além dos critérios presentes no artigo acima, só é possível deferir essa substituição em casos que há provas idôneas, isto é, que demonstrem aptidão quanto à maternidade e responsabilidade sobre o menor.

Logo, não seria dever do magistrado realizar a substituição de maneira automática, mas sim um juízo valorativo a respeito da adequação, necessidade e suficiência da substituição.

Entendimento este, apresentado por Eugênio Pacelli:

Em relação às questões de natureza mais subjetiva, tal como ocorre em relação à comprovação do alto risco da gestação, à necessidade de cuidados especiais de menor de seis anos ou deficiente, bem como a doença grave, há que se exigir prova técnica, nos casos em que sejam necessários diagnósticos e atestados médicos e comprovação fática das circunstâncias pessoais do acusado, a fim de se demonstrar a necessidade da sua presença na residência (Pacelli,2014,p.5720).

Na prática os julgadores passaram a tomar decisões com o deferimento da substituição da prisão preventiva pela domiciliar sem uma análise rigorosa dos requisitos objetivos da maternidade e subjetivos da responsabilidade,

acarretando eventuais arbítrios por causa da discricionariedade irrestrita que lhes são conferidas.

4.2 GESTANTES

Compreende-se que as relações estabelecidas entre a genitora e seu filho durante a gravidez são de extrema importância para a criação do vínculo afetivo entre mãe e bebê em uma oferta de segurança e amor.

Segundo dados do INFOPEN MULHERES, 89% das mulheres presas se encontram na faixa etária entre 18 e 45 anos, ou seja, estão em idade fértil (BRASIL, 2014b, p. 22).

Então, a primeira modificação produzida pela Lei nº 13.257/16 ao art.318 do Código Penal foi em respeito à gestante, tendo em vista que a previsão legal anteriormente alcançava a concessão da prisão domiciliar apenas para as grávidas que estivessem no 7º mês ou as que estivessem em uma gestação de alto risco. Desse modo, passou a ter uma ampliação na aplicação desse benefício, tornando possível a prisão domiciliar para gestantes em geral, independentemente do período ou de algum risco.

Tal como buscou uma melhora na qualidade de vida das detentas grávidas e dos bebês, tendo em vista a situação insalubre que se encontram as carceragens femininas nacionais.

Ademais, em consonância com o dispositivo legal supracitado, passou a ser assegurado pelo Estado, em tese, o acompanhamento médico no pré-natal, perinatal e pós-natal através do Sistema Único de Saúde (SUS) e o acesso à nutrição adequada, gerando uma atenção mais humanizada as gestantes inseridas no sistema prisional.

Entende-se que a realização do pré-natal é um papel fundamental nesse período, em razão de ser utilizado para prevenir e detectar as patologias, diminuindo o risco na gravidez, tal como é por meio dele que é possível compreender se o estilo de vida interfere no período pré-concepcional, isto é, no crescimento e desenvolvimento fetal.

Vieira e Veronese apresentam o seguinte posicionamento:

A assistência pré-natal seria o momento privilegiado para identificar os impactos da violência do meio em que está inserida a grávida encarcerada e constituiria uma oportunidade única de buscar senão a interrupção da violência, porque impossível, ao menos o oferecimento de cuidados especiais, com medidas apropriadas às gestantes em situação de violência (2015, p. 175).

4.3 MULHERES COM FILHO DE ATÉ 12 (DOZE) ANOS DE IDADE INCOMPLETOS

De acordo com o INFOPEN MULHERES, 74% das encarceradas possuem filhos, sendo que 18% delas possuem um filho, 20% dois filhos e 37% possuem três ou mais (BRASIL, 2018, p. 52).

Logo, em razão da grande quantidade de filhos, a segunda mudança incluída pelo Estatuto da Primeira Infância passou a demonstrar mais atenção aos cuidados que uma criança de até 12 anos incompletos necessita, principalmente os maternos. Entretanto, para atingir a concessão da prisão domiciliar enquanto medida cautelar substitutiva da prisão preventiva, não é mais exigida a imprescindibilidade aos cuidados especiais de menores de 6 (seis) anos de idade ou que seja portador de deficiência, como previsto anteriormente.

Entretanto, por mais que exista previsão nos dispositivos legais brasileiros que proporcionam às mães encarceradas a presença com o filho por ser entendida a importância desse convívio, atualmente, demonstra ser uma utopia, em razão das condições insalubres nas cadeias e penitenciárias.

4.4 HOMEM, QUANDO É O ÚNICO RESPONSÁVEL PELOS CUIDADOS DO FILHO DE ATÉ 12 (DOZE) ANOS DE IDADE INCOMPLETOS

A última alteração no artigo 318 do Código de Processo Penal (inciso VI) incluída pela Lei nº 13.257/16, está relacionada à substituição da prisão preventiva em domiciliar para os homens aprisionados, desde que sejam os únicos responsáveis pelos cuidados do menor até 12 anos incompletos.

Ao contrário da concessão desse direito para as mulheres encarceradas, esse inciso passou a exigir o requisito objetivo da paternidade e o subjetivo do homem ser o único responsável pelo menor.

Por conseguinte, a necessidade de demonstrar esses requisitos gerou uma discussão jurídica, tendo em vista que no exercício do direito não são exigidos para as mulheres a comprovação de ser a única responsável pela criança, ou seja, quando se fala na paternidade não há redução dos requisitos, bem como não ocorre o aumento da discricionariedade judicial.

Nesse ínterim, discorre Pacelli:

A respeito deste dispositivo, recentemente acrescentado ao Código de Processo Penal por força da Lei 13.257/2016, entendemos que o legislador criou inaceitável desproporção no que se refere aos papéis da maternidade e da paternidade na formação e proteção da infância, indo na contramão da evolução do direito parental (PACELLI, 2017, p. 581).

Outrossim, para realizar a substituição para o gênero masculino se faz necessário analisar o caso concreto, de modo que seja comprovado que o detento seja o único responsável pelos cuidados do filho, porém essa comprovação não deverá ser apenas para efeitos jurídicos, isto é, deverá ser demonstrado de forma fática ao observar a natureza do delito e o modus operandi do agente, para evitar que o menor fique propenso a situação de risco (AVENA, 2018).

5 REDUÇÕES DOS REQUISITOS E AUMENTO DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Diante do exposto, entende-se que a ampliação instaurada pela lei supracitada, gerou o surgimento de diversos entendimentos a respeito de sua aplicação, principalmente em razão da sua grafia que traduz o direito subjetivo como “poder-dever” de o magistrado disponibilizar tal concessão.

Desse modo, cabe observar que em tese esse direito não é absoluto, o que retrata a presença do princípio da adequação, consoante discorre Renato Brasileiro:

O princípio da adequação também deve ser aplicado à substituição (CPP, art. 282, II), de modo que a prisão preventiva somente pode ser substituída pela domiciliar se se mostrar adequada à situação concreta. Do contrário, bastaria que o acusado atingisse a idade de 80 (oitenta) anos para que tivesse direito automático à prisão domiciliar, com o que não se pode concordar. Portanto, a presença de um dos pressupostos

do art. 318 do CPP funciona como requisito mínimo, mas não suficiente, de per si, para a substituição, cabendo ao magistrado verificar se, no caso concreto, a prisão domiciliar seria suficiente para neutralizar o periculum libertatis que deu ensejo à decretação da prisão preventiva do acusado (Manual de Direito Processual Penal. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 998).

Todavia, em razão dessa flexibilidade o Supremo Tribunal de Justiça passou a apresentar decisões no sentido de que acessar essa substituição não seria mero um direito subjetivo.

Exemplo disso, foi a impetração do Habeas Corpus (HC) coletivo nº 143.641 pelos membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos perante o Supremo Tribunal Federal (STF), proferiu ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda (BRASIL, 2018a).

Reforçando, então, que o ordenamento jurídico apresenta decisões divergentes ao serem levadas em consideração diferentes condições pelos juízes ao conceder o benefício desta cautelar, uma vez que a legislação se tornou omissa ao não prever demais requisitos e condições passíveis a serem analisados pelos julgadores.

6 PONTOS NEGATIVOS DA LEI N° 13.256/2016

Contudo, apesar de se discutir os pontos positivos da criação da Lei nº 13.257/2016 para a sociedade, pouco se fala dos seus impactos negativos.

Pois bem, como dito anteriormente grande parte da jurisprudência entende que para o convertimento da prisão preventiva em domiciliar basta a mulher possuir filho até 12 anos incompletos ou ser gestante, ou seja, praticamente há uma conversão automática, esta capaz de ser utilizada como garantia de prisão domiciliar diante da prática ou reiteração de condutas criminosas.

Ora, a ineficácia da fiscalização do Estado sob o cumprimento da prisão domiciliar, gera a ausência de supervisão, ou seja, não há comprovação de que a beneficiária esteja recolhida em domicílio integralmente, significando dizer que

esse cenário poderá possibilitar a continuação das práticas delitivas (CABETTE, 2018).

A questão é que a partir da redução dos requisitos houve uma extensão ampla e irrestrita da benesse, expressando a ideia de que a regra passou a ser o consentimento da prisão domiciliar e a exceção à prisão preventiva.

Ademais, as imposições previstas no art.318-A do CPP, estabelecem que as únicas hipóteses, relacionadas à prática de delitos, que não possibilita o acesso à prisão domiciliar, estão relacionadas aos crimes com violência, grave ameaça ou contra o seu filho.

Entretanto, grande parte da população carcerária feminina responde pela prática do crime de tráfico de entorpecentes, de modo que em 2014 cerca de 68% das mulheres encarceradas estavam por esse delito (BRASIL, 2014b, p. 5).

Cenário encontrado atualmente, dado que de 27.375 mil mulheres em celas físicas no Brasil, 10.579 mil se encontram presas pelo crime de tráfico de drogas, este tipificado no art.33 da Lei nº11.343/2006, o qual descreve as condutas consideradas ilícitas, como a venda, produção, compra, armazenamento, entrega ou fornecimento, mesmo que gratuito, de drogas sem autorização ou em desconformidade com a legislação (SISDEPEN,2023,p.110).

Logo, é perceptível que o crime mais recorrente do público feminino não se enquadra nas hipóteses citadas, dando uma perspectiva de que ao criar a lei que viabiliza a substituição da preventiva em domiciliar foi considerado apenas a necessidade de garantir a convivência das aprisionadas com seus filhos, não sendo estudado as contingências que poderia ocorrer.

Evidenciando, portanto, que as acusadas podem utilizar da obtenção desse “salvo conduto”, em outros termos podem aproveitar a maternidade como uma garantia contra as penalidades da lei, ou seja, aproveitando dos critérios do art.318 em seus incisos IV e I. (CABETTE, 2018).

Outrossim, há um privilégio para o gênero feminino capaz de criar uma desproporcionalidade com o sexo masculino, em consequência da divergência das condutas dos Juízes nos casos concretos, tendo em vista a análise rigorosa dos elementos objetivos e subjetivos ao se tratar de paternidade.

Nesse caso, a isonomia entre os sexos, garantida como direito fundamental pela Constituição Federal de 1988, passa a ser ofendido ao ser realizado um tratamento divergente para cada situação em razão do gênero que estiver presente no primeiro grau de parentesco.

7 CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que o Brasil possui uma rica legislação para as mulheres em situação de privação de liberdade, as quais detêm os seus direitos e garantias protegidos, porém na realidade aquele que deveria dispô-los, se mostra falho ao praticar graves violações aos princípios básicos que são por regra, direitos inerentes.

Contudo, o cenário mais preocupante é o das gestantes e mães, uma vez que se deparam com a violação em dose dupla ao serem tratadas de forma desumana, cruel e degradante, tendo em vista que para grande parte não é garantido assistência médica em pré-natal, na gestação ou no pós-parto, gerando a privação das crianças em relação a circunstâncias intrínsecas ao seu desenvolvimento.

Destarte, entende-se que essa discussão no século XXI se dá pelo modelo adotado no país, uma vez que os estabelecimentos prisionais foram criados para o público masculino, sem atender às demandas das mulheres, ocasionando o desrespeito aos princípios constitucionais da individualização das penas e na integridade física e moral das detentas.

Vale salientar que quando se trata do dever de punir a lei e o Estado se fazem totalmente presentes, mas quando se trata do direito de progressão, remição e liberdade da mulher que se encontra encarcerada, ambos se encontram omissos.

Diante do aumento da criminalidade, do aprisionamento feminino e da discussão acerca da transcendência da pena aos menores, foi sancionada a Lei nº 13.257/2016, a qual ao ser analisada transmite o entendimento de que este ato adveio de uma tentativa de redimir os direitos humanos da mulher, estes baseados no princípio da integridade e dignidade do ser.

Além disso, ao ampliar essa substituição por medida cautelar prova que os estabelecimentos prisionais não possuem condições de abrigar dignamente as presas gestantes e seus filhos, posto que os presídios não possuem uma quantidade considerável de berçários e creches para receberem infantes, submetendo-os a celas lotadas, falta de higiene, exposição a doenças e falta de estrutura, ofendendo, portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, ao averiguar a aplicação do Marco da Primeira Infância, detecta-se que resumir a discordância ao questionamento de se é mais adequado manter a criança no sistema prisional com a mãe ou deferir à genitora a prisão domiciliar, é limitar um problema que é muito mais profundo.

Pois bem, se o aparelhamento estatal já demonstra um despreparo estrutural para atender o seu público, avalie na fiscalização dos detentos que alcançaram esse benéfico.

Logo, após a análise da Lei nº 13.257/2016 é possível afirmar que ela consiste em uma tentativa frustrada de dispor condições que seguem as diretrizes da dignidade humana, uma vez que tenta dispersar o foco da violação dos direitos, mas acaba gerando a discussão das problemáticas citadas.

Evidenciando, portanto, que ela não deveria existir, dado que não resolve os principais problemas no sistema, os quais dificultam a reintegração social dos condenados, em virtude desse contexto não proporcionar incentivos em tratamento, educação e saúde.

Isto significa que a aplicação desse dispositivo não extingue a ausência de higiene básica, a superlotação nos estabelecimentos prisionais, a escassez de lugares adequados para amamentação e cuidados com os filhos, mas sim influencia no surgimento de outras disfunções.

REFERÊNCIAS

AFFLALO, Julia. **requisitos para a concessão de prisão domiciliar como substituição à prisão preventiva nos casos inseridos pela lei 13.257/2016**. Orientador: Georges Carlos Fredderico Moreira Seigneur. 2017. 57 p. Monografia (Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS, Brasília, 2017. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/11764/1/21306612.pdf>. Acesso em: 25 out. 2023.

ANDRADE, Bruna. **ENTRE AS LEIS DA CIÊNCIA, DO ESTADO E DE DEUS: O surgimento dos presídios femininos no Brasil**. Orientador: Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer. 2011. 317 p. Dissertação (Antropologia Social) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências, São Paulo, 2011. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8134/tde-11062012-145419/publico/2011_BrunaSoaresAngottiBatistaDeAndrade_VOrig.pdf. Acesso em: 28 out. 2023.

ANDRADE, Luana. **O SISTEMA PRISIONAL FEMININO E A MATERNIDADE**. Orientador: Fabianne Manhães Maciel. 2017. 72 p. TCC (Direito) - UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE INSTITUTO DE CIÊNCIAS DA SOCIEDADE, [S. l.], 2017. Disponível em: <https://app.homologacao.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/4942/TCC%20LUANA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 1 nov. 2023.

ARTUR, Angela. **“Presídio de Mulheres”: as origens e os primeiros anos de estabelecimento. São Paulo, 1930-1950**. 2009. 8 p. Artigo (História) - ANPUH – XXV SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, [S. l.], 2009. Disponível em: https://anpuh.org.br/uploads/anais-simposios/pdf/2019-01/1548772192_1635d32f7239cd3bcf643523baabdd02.pdf. Acesso em: 1 out. 2023.

BACKES, A. P.; BOARETTO LOPES, K. C. **Maternidade no sistema prisional: dispositivos legais e possíveis alternativas ao encarceramento**. Revista da Defensoria Pública da União, n. 12, p. 327-343, 8 nov. 2019.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.

BRASIL. Lei de Execução Penal. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984.

BRASIL. Lei nº 13.257/2016, de 8 de março de 2016.

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

HAWERROTH, Jéssica. **Efetividade da substituição da prisão preventiva pela domiciliar à luz do habeas corpus n. 143.641 do Supremo Tribunal Federal: análise dos processos tramitados na comarca de Tubarão/SC**. Orientador: Vilson Leonel. 2019. 85 p. Monografia (Direito) - Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão/SC, 2019. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/5402>. Acesso em: 10 nov. 2023.

INFOPEN. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias. INFOPEN Mulheres**. 2. ed. Brasília, DF, 2018. Disponível em:

<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopenmulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2023.

KARPOWICZ, DÉBORA. **DO CONVENTO AO CÁRCERE: DO CALEIDOSCÓPIO INSTITUCIONAL DA CONGREGAÇÃO BOM PASTOR D'ANGERS À PENITENCIÁRIA FEMININA MADRE PELLETTIER (1936-1981)**. 2017. Tese (História) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, [S. l.], 2017. Disponível em: https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7428/2/TES_DEBORA_SOARES_KARPOWICZ_V1_PARCIAL.pdf. Acesso em: 1 set. 2023.

BONGO, Luzolo. Em nome da mãe, em nome do filho: o direito à maternidade das mulheres encarceradas no sistema penal brasileiro. **Revista Avant**, [S. l.], v. 3, n. 2, 2019. Disponível em: <https://ojs.sites.ufsc.br/index.php/avant/article/view/6985>. Acesso em: 05 jun. 2023.

MAGALHÃES, Isabella. **MATERNIDADE NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO**. 2020. 34 p. Monografia (Direito) - Universidade Católica de Goiás, [S. l.], 2020. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/864/1/ISABELLA%20MARTINS%20MAGALH%c3%83ES.pdf>. Acesso em: 30 set. 2023.

Manual de Direito Processual Penal. Salvador: Juspodivm, 2015.

Ministério da Justiça. **Relatório de Informações Penais – RELIPEN**. Brasília: Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN), 2017-2023. Disponível em: <<https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/senappen-lanca-levantamento-de-informacoes-penitenciarias-referentes-ao-primeiro-semester-de-2023/relipen>> Acesso em: 05 jun. 2023.

NORONHA, C. S.; FLORES, A. de J. D. M.; MACHADO, G. C.; FELONIUK, W. S.; PAMPLONA, A. H. K. H.; SONTAG, K.; PEREIRA, P. P. F.; MACHADO, A. S. Prefácio. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 39, 2018. DOI: 10.22456/0104-6594.89184. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/89184>. Acesso em: 04 nov. 2023.

QUEIROZ, Nara. Presos que menstruam: A brutal vida das mulheres - tratadas como homens- nas prisões brasileiras. 14. ed. [S. l.]: RECORD, 2015. 390 p.

SANTOS REIS JUNIOR, A.; CLARA DA SILVA COHN, A.; ALLEN BARETTA, G. Maternidade no cárcere: a prisão domiciliar como substitutiva à prisão preventiva. **Revista Vianna Sapiens**, [S. l.], v. 12, n. 1, p. 25, 2021. DOI: 10.31994/rvs.v12i1.722. Disponível em: <https://www.viannasapiens.com.br/revista/article/view/722>. Acesso em: 05 jun. 2023.