

A SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELA PRISÃO DOMICILIAR PARA MULHERES COM FILHOS DE ATÉ 12 ANOS

LIMA, Juliana Gonçalves.¹
PINHEIRO, Eduardo Fernandes²

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade mostrar as condições existentes no cárcere para mulheres. Ademais demonstrar os principais direitos e garantias das mães e gestantes de infantes. Podendo ser analisadas varias decisões acerca do caso em tese. Observa-se que há necessidade da substituição da prisão preventiva para a domiciliar, para que essas mães em cárcere possam continuar a sua maternidade de maneira saudável, no conforto seu lar. Com isso é meritório para essas crianças crescerem na presença da figura materna, onde possibilita que tenham um crescimento de qualidade. É a privação desta pode acarretar vários problemas futuros.

Palavras-chave: Cárcere feminino. Mães no cárcere. Prisão domiciliar.

1 INTRODUÇÃO

É realmente preocupante a situação em que as mulheres vivem no cárcere privado, vivenciando situações degradantes no sistema penal. Muitas dessas mulheres encontram-se gestantes e com filhos, sendo elas privadas de dar o afeto necessário a seus filhos. É válido frisar os direitos fundamentais existentes, como o direito do Estado de punir os agentes por atos delituosos, finalidade esta de garantir a ordem pública. Mas por outro lado, advém o direito da criança que é lesado, em sua fase de desenvolvimento em decorrência do ato praticado pela mãe.

Com o levantamento nacional de informações relativas às penitenciárias, em junho de 2016 a população feminina atingiu cerca de 40 mil mulheres privadas de liberdade, representativo de 656% com relação ao total registrado no início dos anos 2000, em torno de 6.097 mil mulheres. Há um percentual de 74% de mulheres que tem filhos e estão reclusas (DEPEN, 2016).

¹ Acadêmica do 10º semestre do curso de bacharelado em direito do Centro Universitário Univag. E-mail: julialima1@hotmail.com.

² Professor Orientador, Especialista em direito penal, criminologia e direito constitucional aplicado pelas instituições UNINTER e Damásio de Jesus. E-mail: efernandespinheiro@gmail.com

As condições do cárcere feminino são muito precárias, pois não tem estrutura suficiente para que seja exercida a maternidade, levando a terem seus direitos e garantias violadas. Deste modo é louvável que sejam priorizadas as medidas alternativas, disponíveis no nosso ordenamento. Assunto este, que iremos tratar ao decorrer do trabalho, dando ênfase a prisão domiciliar. Tal medida é substituída pela prisão preventiva, derivada de várias razões, entre elas se encontra a maternidade, redigida em seu artigo 318 do Código de Processo Penal. Ao se falar em prisão domiciliar é indispensável não falar em prisão preventiva, que também será abarcada no presente trabalho.

Tendo a mãe o direito a responder o processo em liberdade, dá o direito a criança crescer em um ambiente saudável e da mãe de dar continuidade à maternidade. Ademais é sempre questionável se o Juiz de primeiro grau visa os direitos da mãe e da criança para tal decisão.

No decorrer do trabalho serão apresentadas pesquisas em processos judiciais, em que são desenvolvidas decisões acerca das mães gestantes e com filhos e de como se é tratado esse assunto tão sério.

Assim subtende-se que o cárcere feminino não só afeta o direito à maternidade, mas também da criança de crescer sem uma figura materna no âmbito familiar, afetando o seu crescimento e desenvolvimento sócio-emocional.

Que esta pesquisa possa mostrar a cruel realidade nas prisões, destruindo achismos e quebrando os padrões da sociedade de pensar sempre de maneira punitiva.

2 O SURGIMENTO DAS PRISÕES FEMININAS

Para compreender melhor o cárcere para mulheres, vamos aprofundar no contexto histórico. Conforme induz Oliveira (2008, p. 25) antes do surgimento das prisões no Brasil, no século XVI, os crimes praticados por mulheres eram diferentes dos que somos acostumados a ver na atualidade, eram situações de menor periculosidade, geralmente relacionadas a prostituição, adultério e dar parto alheio como próprio por fingirem gravidez, entre outros motivos. Assim eram punidas com o banimento para o novo mundo- Américas.

O Estado por sua vez teve muito desleixo com a situação criminal das mulheres naquela época, as mudanças começaram a ocorrer com o tempo, em cada país. Em 1823 ocorreu a criação de regulamentação dessa medida chamada *Gaol Act*, que

significa ato prisão. Desde então, com essa regularização, houve a separação de celas, separando-as dos homens (SANTOS, 2013, p. 9).

Naquela época era muito comum as detentas sofrerem abusos sexuais dos presos e também dos próprios agentes de carceragem. Resultando assim a maternidade indesejada, por conta do contato próximo e pela facilidade que tinham estes homens de adentrar no local. Sendo assim, foi criado o presídio chamado de casa e correção, no século XIX na cidade de Rennes. Em Nova York, no ano de 1835 também teve seu primeiro presídio feminino, onde havia estrutura diversa daquelas ocupadas pela população masculina (SANTOS, 2013, p. 9).

3 PRISÕES FEMININAS NO BRASIL

As condições do cárcere começaram a se mostrar degradantes a partir do século XIX na época da colonização. Alguns profissionais da área começaram a obter interesse sobre o assunto, a partir disso, eles procuraram buscar soluções para tal precariedade. Nessa época já havia vários relatórios que demonstravam a vida destas mulheres reclusas. Um dos motivos para a não solução desse problema era a quantidade mínima existente.

Eis que foi redigido um relatório no Brasil, colocando em pauta todos os problemas acerca do encarceramento feminino, pois este relatório seria então levado ao Ministro da Justiça, para que dali em diante fosse solucionada tal adversidade.

Em 1870 o Conselho do Distrito Federal recebeu o relatório, sendo que no mesmo acompanhava a relação da quantidade de mulheres escravas que haviam passado pelo calabouço, calabouço este que era usado junto com a casa de correção (SANTOS, p. 8).

Durante um longo tempo foi considerado que o índice de infrações e delitos cometidos por mulheres eram bem menores que o dos homens. Ademais quando ocorria a prisão, elas eram colocadas em celas improvisadas, pois o Estado dizia não ter condições para arcar.

O relatório descrito referente à casa de correção do Distrito Federal trouxe em seu bojo aperfeiçoamentos com relação ao lugar onde as mulheres se encontravam. Com isso houve algumas adaptações, uma delas foi o improvisado de uma prisão em um antigo asilo, enquanto não se era construído em um local definitivo.

No Brasil, as primeiras prisões especiais para mulheres foram nos Estados do Rio Grande do Sul, São Paulo e Rio de Janeiro. A penitenciária Madre Pelletier, nome

da primeira penitenciária feminina de Porto Alegre foi criada por freiras. Com o passar do tempo as freiras entregaram o presídio à Secretaria de Justiça, mas mesmo assim elas continuaram na direção por um longo tempo. Anos se passaram e as representantes da Igreja Católica se retiraram do cargo, dando ao Estado de forma integral o poder.

O número de mulheres presas aumentou bastante, acerca de 600, em um intervalo de quinze anos (QUEIROZ, 2016, p. 133). Com o índice elevado, o Estado então teve a ideia de criar uma Coordenadoria para a mulher presa no Brasil.

O novo departamento começou a fazer estudos para descobrir quem eram as mulheres detidas no estado. Descobriram uma série de dados curiosos. A começar, só uma penitenciária do RS, a Madre Pelletier, tinha unidade materno-infantil. Isso obrigava presas de diversas partes do Rio Grande do Sul a terem que deixar seus filhos mais velhos para poderem amamentar o caçula em Porto Alegre. E os presídios mistos ainda eram – e são – uma realidade. (QUEIROZ, 2016, p. 133).

Este departamento tinha a finalidade de fazer uma busca de mulheres detidas pelo Estado do Rio Grande do Sul.

3.1 CONDIÇÕES DO CÁRCERE

A principal luta dessas mulheres encarceradas são as condições precárias enfrentadas. A falta de higiene é umas delas, em pesquisa pelo tema foi observado alguns relatos de presas com relação a este fator. A jornalista Nana Queiroz realizou um trabalho nas penitenciárias onde relatou que:

[...] alguns presídios oferecem um pacote pequeno de absorventes para o ciclo menstrual, mas, conforme muitas detentas relataram, eles não são suficientes para aquelas com fluxo maior. Em casos extremos, quando falta absorvente durante a menstruação, detentas improvisam usando miolo de pão como absorvente interno.

Os itens de higiene segundo os presídios ficam sob a responsabilidade das detentas, dependendo do que lhe é trazido durante uma visita familiar. As que não têm familiares próximos para tal ajuda, ficam a mercê do Estado, que recebem apenas 01 (um) kit básico por mês. Vale ainda ressaltar que não são em todos os presídios que esse kit é fornecido.

Em muitos presídios não há estrutura para receber crianças recém nascidas, estas crianças ficam com as mães por meses, sem nenhum contato com a família de

origem, tendo a possibilidade de futuramente ocorrer algumas limitações psicológicas. Sem dizer que os infantes dormem junto às mães no chão sem conforto algum. Como diz Gardênia, detenta entrevistada pela jornalista e autora Nana Queiroz (2016, p. 11):

[...] - Uma das alas maternas exclusivas estava lotada ao ponto de mães e bebês terem que se acomodar no chão.
- O berçário tinha 110 mulheres num espaço de quarenta e poucas. Tinha mãe que havia acabado de chegar do hospital, assim pariu hoje de manhã, já recebeu alta no mesmo dia, e estava ali, dormindo no chão. E o bebê no chão junto com ela, claro.

Ademais, observa-se que o mesmo tratamento que as mães têm no cárcere, os filhos também os recebe. São mínimas as penitenciárias que disponibilizam fraldas e coisas pessoais para o bebê, algumas delas vivem de doações da comunidade.

Como já sabido há uma grande superlotação nos presídios, tanto nos mistos quanto nos presídios específicos para mulheres. Com isso as presas vêm tendo problemas com relação a dormitórios, acompanhamentos para gestantes e espaço para as crianças, como os berçários. Ademais essas causas dificultam não somente a vidas das presas, mas também das crianças que vivem no cárcere.

4 PRISÃO PREVENTIVA E MEDIDAS CAUTELARES

Prisão é a privação de liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através de recolhimento da pessoa humana ao cárcere (NUCCI, 2008, p. 573).

Há dois institutos de prisões, sendo a prisão penal e prisão cautelar. A prisão penal é aplicada no trânsito em julgado, sendo esta privada de liberdade. É a prisão cautelar que é decretada antes do trânsito em julgado de sentença condenatória.

Houve um decreto que alterou a Lei n. 12.403/11 em que estão relacionadas às prisões, medidas cautelares e a liberdade provisória. Segundo (ALVES, 2018, p. 7):

A prisão processual passou a ser apenas uma das espécies do gênero medidas cautelares tidas como quaisquer medidas decretadas judicialmente forma antecipada, com a finalidade de resguardar determinado resultado útil futuro, desde que presentes os requisitos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*.

A legislação criou então uma modalidade especial de cumprimento de prisão preventiva, a chamada prisão domiciliar, redigida no artigo 317 e 318 do Código de Processo Penal (ALVES, 2018), principal foco do presente trabalho.

No entanto poderá ser aplicada a prisão preventiva sempre que for preciso garantir a execução de outra medida cautelar. Conforme o artigo 282, parágrafo 4º do Código de PROCESSO PENAL, este alterado por Lei nº 12.403/11 prevê:

§4º. No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão.

A segregação pode ser afastada com a prisão domiciliar, podendo a pessoa acusada responder a ação no conforto do seu lar até a fase final, vale ressaltar que este pode ser absolvido ou condenado. Essa medida depende da necessidade do acusado. Observa-se que se as condições propostas não forem cumpridas, pode o Magistrado decretar a prisão preventiva por conta de conduta castigável.

5 DA PRISÃO PREVENTIVA

Com o surgimento da sociedade estabeleceu-se leis de convivência social e para quem as infringisse, eram impostas punições, dentre elas as restritivas de liberdade. A prisão preventiva é o instituto usado pelo Magistrado na fase inquisitorial e também na ação penal. Para decretar tal prisão devem ser preenchidos todos os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Lei nº 12.403, de 2011).

A prisão preventiva tem natureza cautelar que é decretada anteriormente ao trânsito em julgado. Por sua vez a prisão preventiva, faz com que seja estabelecida a ordem pública e eficácia da aplicabilidade da lei penal. Entretanto a referida prisão pode ser aplicada quando não for possível a aplicação de outra medida.

A prisão tem natureza processual que é estabelecida antes do trânsito em julgado, que tem como parâmetro o desenvolvimento e celeridade nas investigações, objetivando que a pessoa acusada não retorne com os atos de natureza ilícita e a outra é aquela após o trânsito em julgado com o objetivo de ser coerciva.

Referente às espécies e prisões processuais encontram-se a prisão provisória ou cautelar, que também engloba a prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão

temporária, prisão decorrente de decisão de pronúncia e a prisão decorrente de sentença penal em que consiste na condenação do réu.

6 A SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELA PRISÃO DOMICILIAR

A prisão domiciliar está estabelecida nos artigos 317 e 318 do Código de Processo Penal, sendo ela uma forma de cumprimento da prisão preventiva. Essa medida cautelar faz com que a pessoa acusada seja recolhida em domicílio e apenas poderá sair com autorização judicial. No artigo 318 estão previstas em quais hipóteses isso poderá acontecer:

- I – Maior de 80 (oitenta) anos;
- II – extremamente debilitado por motivo de doença grave;
- III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos ou com deficiência;
- IV - gestante; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016);
- V – mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos (incluído pela Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016);
- 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 8 de março de 2016).

Em tese, quem tem a idade de 80 anos, não prevê nenhum perigo à sociedade, estabelecida a idade temporal se faz prova com o instrumento documental. Valendo ressaltar que mesmo tendo-se a idade de 80 anos não é estabelecida a prisão domiciliar de modo automático, tudo depende da ficha criminal do idoso. Temos também como mencionado acima, a prisão domiciliar para o réu que em tela tenha algum enfermo, mas em praxe para ganhar esse benefício é realizada uma avaliação judicial para cada caso (NUCCI, 2012, p. 678).

Como foco principal do referente trabalho, temos os incisos V e VI onde foi alterada, pois anteriormente apenas a gestante a partir do 7º mês poderia ser beneficiada pela prisão domiciliar, tendo riscos iminentes se mantendo em cárcere. A mãe com filhos de até 12 anos também poderá ter o mesmo benefício, no entanto essa substituição não é utilizada de forma automática, pois deverá ser analisada. Não basta somente seguir os requisitos mínimos no artigo 318 do CPP, é preciso toda uma análise de caso. É necessário analisar as circunstâncias do caso concreto para saber se a prisão domiciliar será suficiente (OLIVEIRA, 2012, p. 131).

Para que seja decretada essa medida cautelar é preciso verificar se a ré não ameaça a ordem pública ou implique em prejuízo da aplicação penal.

7 A IMPORTÂNCIA DA FIGURA MATERNA PARA O CRESCIMENTO E DESENVOLVIMENTO DA CRIANÇA

A figura da mãe na vida dos filhos é basicamente essencial, nenhuma criança merece ser privada disto, muito menos passar dias dentro de um presídio, ficando de modo automático, filhos do cárcere. Não é preciso muita pesquisa para saber que as condições em que se encontram esses presídios são insalubres e repletas de doenças transmissíveis.

A maternidade deve ser exercida de maneira digna, nos dias hoje há um pré-julgamento quanto a estas mulheres que são mantidas reclusas. Cada decisão deferida é voltada à criança favorecida, para que elas possam ter um desenvolvimento sem seqüelas e as gestantes uma maternidade protegida.

A lei garante em sua previsão legal o direito da criança e do adolescente de ser criado e educado por uma família, e na falta, por uma família substituta. O direito à convivência familiar e comunitária é muito importante tanto quanto todos os outros direitos a ela emanados.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226 diz que:

Família é a base da sociedade e compete a ela, ao Estado, à sociedade em geral e às comunidades assegurar à criança e ao adolescente o exercício de seus direitos fundamentais (BRASIL, 1988).

Toda Criança tem os seus direitos assegurados pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. A criança tem direito a saúde e a vida, onde possa ela ter um nascimento, e um desenvolvimento digno. É sabido que a partir do nascimento de uma criança, que se têm todas as fases de desenvolvimento, a partir dessa fase se deve ter todos os cuidados afetivos possíveis, para que em tempo futuro esses infantes cresçam e passem para a fase adulta de maneira saudável.

Temos como exemplo a mãe gestante que é presa em flagrante é e posta em uma cela com condições péssimas. Quando esta não tem sua prisão preventiva substituída, estas crianças nascem no cárcere, as mães ficam com seu bebes até seu primeiro ano de vida. É após são obrigadas a entregá-los a um parente e na falta destes, a instituições, sob responsabilidade do Conselho Tutelar, tendo ali o vínculo afetivo findado (VARELLA, 2017).

8 DAS DECISÕES

8.1 HABEAS CORPUS Nº 009172-05.2016.8.19 TJRJ

Entre os variados crimes cometidos pelas mulheres, está o mais comum que é o tráfico de drogas, onde uma grande fração de pedidos não são deferidos pela argumentação de que o tráfico de entorpecentes leva a cometer outros delitos, trazendo um grande abalo à ordem pública. Foi evidenciado em algumas decisões que os magistrados subtendem que as mulheres apresentam certa periculosidade não somente para o âmbito social, mas também para seus filhos. Acerca de tal argumentação, Franklin (2016, p. 349) assim entende:

[...] como se o envolvimento com o crime de tráfico de drogas já denunciasse, por si, uma maternidade irresponsável, quando se discute que justamente o que leva a maior parte das mulheres ao tráfico é a necessidade de manutenção de sua casa e família.

Assim como já dito, há inúmeros argumentos utilizados a fim da manutenção da prisão preventiva, um deles é a inaptidão para cuidar dos filhos, por conta do envolvimento com o crime (Habeas Corpus nº 009172-05.2016.8.19 TJRJ):

AÇÃO CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES E CORRUPÇÃO DE MENORES (ARTIGO 33 C/C 35 DA LEI 11.343/06 C/C 244-B DA LEI 8069/90). PLEITO DE RELAXAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA OU, ALTERNATIVAMENTE, DE CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL PELO FATO DA PACIENTE SER LACTANTE. PACIENTE QUE POSSUI UM FILHO COM 8 MESES DE VIDA NA DATA DA IMPETRAÇÃO. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO SUSCITADA PELO PARQUET. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO. REJEIÇÃO DA PRELIMINAR. CONHECIMENTO DA IMPETRAÇÃO. TEORIA DA ASSERÇÃO. POSSIBILIDADE DE VIOLAÇÃO AO DIREITO AMBULATORIAL DA PACIENTE. NO MÉRITO, A DECISÃO ATACADA ENCONTRA-SE FUNDAMENTADA. PACIENTE EM UNIDADE PRISIONAL COMPATÍVEL COM SUA CONDIÇÃO DE LACTANTE. PLEITO ALTERNATIVO DE SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR QUE NÃO SUBSISTE DIANTE DO NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS DO ARTIGO 318 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DIREITO À AMAMENTAÇÃO QUE VEM SENDO ASSEGURADO. AUTOS CONCLUSOS PARA SENTENÇA. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL QUE SE AVIZINHA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. ORDEM QUE SE DENEGA (TJ-RJ - HC: 00091720520168190000 RIO DE JANEIRO JACAREPAGUA REGIONAL 2 VARA CRIMINAL, Relator: JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO, Data de Julgamento: 12/04/2016, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 26/04/2016).

Muitas dessas mulheres praticam tais atos por falta de recursos, e buscam um meio mais rápido de ganhar dinheiro para o sustento dos filhos. Com isso não é assegurado desqualificar o exercício da maternidade, em decorrência dos atos praticados.

8.1.1 Habeas corpus Nº 0032042-44.2016.8.19.0000, TJERJ

Na presente decisão, a conversão da prisão preventiva pela prisão domiciliar já é positiva. O interessante é a fundamentação, pois ao se conceder tal medida benéfica, é fundamentado acerca da falta de acomodação e estrutura (Habeas corpus nº 0032042-44.2016.8.19.0000, TJERJ):

HABEAS CORPUS. ROUBO. PRISÃO PREVENTIVA. PACIENTE GRÁVIDA. REQUERIMENTO DE PRISÃO DOMICILIAR. POSTERIOR NASCIMENTO DA CRIANÇA. LEI 13.257/2016. RELEVÂNCIA DOS PRIMEIROS ANOS DE VIDA NO DESENVOLVIMENTO INFANTIL E NO DESENVOLVIMENTO DO SER HUMANO. ORDEM CONCEDIDA. Paciente grávida de 08 meses quando da impetração do presente writ. A Lei nº 13.257/2016 estabelece princípios e diretrizes para a formulação e a implementação de políticas públicas para a primeira infância em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano. Considera primeira infância o período que abrange os primeiros 6 anos completos ou 72 meses de vida da criança. Nesse diapasão, foi alterado o artigo 318 do Código de Processo Penal, que passa a autorizar a concessão da prisão domiciliar à gestante (inciso IV) sem vinculação a qualquer período gestacional. No presente caso, constata-se que a criança já nasceu, enquadrando-se o caso na hipótese do inciso V, do artigo 318 do Código de Processo Penal. Não haveria necessidade de se manter a cautela prisional, pois a paciente, embora vizinha da vítima, não ficaria no seu atual endereço e apresentou o endereço residencial de seu irmão para cumprimento da prisão domiciliar - e poderia a magistrada, antes da prisão, aplicar a medida do art. 319, inciso III, do CPP, de não se aproximar da vítima, resguardando, portanto, o interesse da instrução criminal por medida cautelar diferente da prisional. Ordem concedida com expedição de alvará de soltura, para conceder à paciente a prisão domiciliar no endereço indicado, aplicando ainda a medida cautelar prevista no artigo 319, inciso III, do CPP, de proibição de manter contato com a vítima, devendo permanecer distante da mesma. Deixo de conhecer o Habeas Corpus 0021916-32.2016.8.19.0000. determinando o seu desapensamento e devido arquivamento. Ordem denegada. Unânime (TJ-RJ - HC: 00205115820168190000 RIO DE JANEIRO JACAREPAGUA REGIONAL 2 VARA CRIMINAL, Relator: ANTONIO CARLOS NASCIMENTO AMADO, Data de Julgamento: 31/05/2016, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 13/06/2016).

Contudo, neste caso relata uma jovem gestante de 08 meses que se encontrava reclusa na época dos fatos. A criança no período de nascimento, já se enquadrava no artigo 318 do Código de Processo Penal. Não tendo a necessidade desta mãe se manter em cárcere. A criança sendo privada de sua primeira infância (período que abrange os primeiros 06 anos completos ou 72 meses de vida da criança), conforme a Lei nº 13.257/2016.

8.1.2 STJ - HC: 482802 SP 2018/0326782-5

Habeas Corpus do Estado de São Paulo, onde houve o deferimento da paciente, acusada de tráfico de entorpecente. Argumento usado para tal decisão foi o 318-A e 318-B do Código de Processo Penal. (STJ - HC: 482802 SP 2018/0326782-5):

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. LEGALIDADE. SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR. DELITO PRATICADO NA RESIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA ESPECÍFICA. AUSÊNCIA. PACIENTE MÃE DE MENOR DE 12 ANOS DE IDADE. POSSIBILIDADE. PROTEÇÃO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO PARA A CONVERSÃO DA PRISÃO PREVENTIVA EM PRISÃO DOMICILIAR. 1. Apresentada fundamentação idônea, evidenciada pela gravidade concreta do crime ante quantidade de drogas apreendida - 1,8kg de maconha, não há ilegalidade na decretação da prisão preventiva. 2. Não se tratando de crime praticado com violência ou grave ameaça ou contra os seus filhos e dependentes, o fato de a paciente ser mãe de criança de 5 anos de idade justifica a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, nos termos do que decidido pelo Supremo Tribunal Federal - HC n. 143.641, assim priorizando o cuidado da criança, mas com a proteção social contra a reiteração, mesmo que o delito tenha sido praticado em sua residência. 3. Habeas corpus concedido para a substituição da prisão preventiva da paciente Tamara Cristina Ayres Seabra por prisão domiciliar, sem prejuízo de determinação de outras medidas cautelares diversas da prisão, por decisão fundamentada (STJ - HC: 482802 SP 2018/0326782-5, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 26/03/2019, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/04/2019).

Com a Lei n. 13.769/2018, foi introduzida ao Código de Processo Penal em seu artigo 318-A e 318-B:

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:

I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;

II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente (BRASIL, 2018).

Neste caso, como a paciente não preenchia os requisitos, se enquadrava no artigo 318 de CPP e apresentava provas idôneas acerca de sua maternidade foi lhes concedido o benefício da prisão em domicílio de forma justa.

8.1.3 TJ-ES - HC: 00048576620188080000

A referente decisão é fundamentada acerca da ordem pública, usada basicamente em todas as decisões denegadas, não visando o direito da criança em tese (TJ-ES - HC: 00048576620188080000)

EMENTA: HABEAS CORPUS SENTENÇA CONDENATÓRIA MÃE DE MENOR PRISÃO DOMICILIAR. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ORDEM DENEGADA. 1. A Lei de Execucoes Penais admite a concessão da prisão domiciliar apenas para os presos beneficiários do regime aberto, conforme se observa do art. 117 entretanto, a paciente encontra-se no regime semiaberto, motivo pelo qual não lhe é aplicado o citado artigo. 2. A menor já se encontra com mais de 08 (oito meses) de vida, ou seja, já ultrapassou o período de amamentação exclusiva indicado pela Sociedade Brasileira de Pediatria. Ainda, foi vontade da família a transferência da guarda da menor da paciente para sua mãe. 3. O Supremo Tribunal Federal proferiu decisão no HC nº 143641, estabelecendo que possuem direito à prisão domiciliar todas as presas provisórias, podendo ser negada pelos magistrados nos casos de i) crimes praticados com violência ou grave ameaça; ii) crimes contra ascendentes; iii) em situações excepcionalíssimas; e iv) quando a ré foi reincidente. 3. A prisão da paciente torna-se imperiosa em socorro à ordem pública, restando clara a situação excepcionalíssima da manutenção da sua prisão. 4. Ordem denegada (TJ-ES - HC: 00048576620188080000, Relator: Elisabeth Lordes, Data de Julgamento: 18/04/2018, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 27/04/2018).

A paciente à época dos fatos ficou reclusa já gestante, com o nascimento da criança, a mãe amamentou até um devido tempo, quando se viu OBRIGADA a dar a guarda para um ente da família. Em tentativa a defesa pediu a substituição, mas foi denegado com a justificativa de que a guarda da criança estava com um ente da família. Por sua vez, a mãe não terá o benefício para poder cuidar da infante, o que é de sua vontade.

Como já redigido acima, a razão para se manter a prisão preventiva é a preservação da ordem pública e evitar que a pessoa cometa delitos novamente. Conforme entendimento de Lopes JR, esse conceito trata-se de:

Um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta a Alemanha na década de 30, período em que o nazifascismo buscava

exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender. (LOPES JR, 2015, p. 12).

Com relação aos graves delitos praticados por essas mulheres os juízes sempre recorrem aos mesmos argumentos rasos, embasados no artigo 312 do Código de Processo Penal. Alguns desses casos apontam que os Magistrados priorizam a ordem pública, tendo resistência em pensar no direito existente da criança.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É notável que o índice de encarceramento cresce cada vez mais, em distintos delitos. O sistema carcerário em alguns Estados do Brasil não tem estrutura suficiente para acolher o número excessivo de detentas.

O presente trabalho apresentou parte da realidade vivida pelas mulheres reclusas, as condições enfrentadas por estas no cárcere no exercício da maternidade e o grande impacto que atinge de forma direta as mulheres, pois vivenciam experiências mais específicas e, portanto, mais traumáticas que o público masculino.

Há diversas iniciativas que demonstram certa preocupação com as mulheres privadas de liberdade, as quais assegurariam um tratamento mais humanitário a estas, que possibilitaria o prosseguimento da maternidade com qualidade, mas que infelizmente não são implementadas.

Observa-se que seria necessária uma alteração para dar a possibilidade das mães exercerem a maternidade, foi daí que foram ampliados os requisitos para a efetivação da prisão preventiva pela prisão cautelar para gestantes e mães com filhos de até 12 anos de idade, que começou a vigorar no Brasil no ano de 2016.

Ademais, nas pesquisas realizadas em diversos acórdãos é questionável quanto às decisões dadas pelos Magistrados, se é priorizado o direito da mãe e da criança. Em algumas decisões, a fundamentação é genérica se limitando a discorrer sobre a ordem pública sem aplicação ao caso concreto.

Onde houve vários indeferimentos, mesmo as mães apresentando em juízo provas idôneas e preenchendo todos os requisitos necessários foi identificado o que seria necessário para a concessão da prisão domiciliar, redigida no *caput* do artigo 318 do Código de Processo Penal.

Os infantes têm o direito de conviver em um âmbito familiar saudável, o que não lhes é proporcionado em uma cela, tornando-os filhos do cárcere. A presença da mãe

é indispensável para a criança no início da vida, deste modo é importante a mãe retornar ao lar, cumprir a sua prisão em domicílio para que seja dada a continuidade do exercício de ser mãe, já que a estrutura dos presídios não é suficiente para tal acolhimento.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Processo Penal parte geral**. 8ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Emendas Constitucionais de Revisão. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso: 3 jun. 2019.

_____. **Lei nº 12.403 de 4 de outubro de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm> Acesso: 18 nov. 2018.

_____. Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm. Acesso: 3 jun. 2019.

_____. **Lei nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), as Leis nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), para estabelecer a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência e para disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação. Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13769.htm. Acesso: 3 jun. 2019.

_____. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Brasília: INFOPEN, jun/2016. Disponível em: http://www.depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111. Acesso: 2 jun. 2019.

ESPÍRITO SANTO. TJ-ES. **HC: 00048576620188080000**. Relator: Elisabeth Lordes, Data de Julgamento: 18/04/2018, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 27/04/2018.

FRANKLIN, Naila Ingrid Chaves; BRAGA, Ana Gabriela. **Quando a casa é a prisão: uma análise de decisões de prisão domiciliar de grávidas e mães após a Lei n. 12.403/2011**. v. 09, n. 01, p. 349-3756, Rio de Janeiro, 2016.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. v. 12.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Manual de processo penal**. 4ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Erika Patrícia Teixeira de. **Mulheres em conflito com a lei: representações sociais, identidades de gênero e letramento**. 2008. Dissertação de Mestrado (Letras). Maringá: Universidade Estadual de Maringá, 2008.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de, FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 4ed. São Paulo: Atlas, 2012.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam: A brutal vida das mulheres – tratadas como homens– nas prisões brasileiras**. Rio de Janeiro: Record, 2016.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Habeas corpus nº. 00091720520168190000**. Relator Des. José Muiños Piñeiro Filho, Rio de Janeiro, 26 abril de 2016. Acesso: 2 jun. 2019

_____. TJ-RJ. **HC: 00205115820168190000**. Rio de Janeiro Jacarepagua Regional. 2ª Vara Criminal. Relator: Antonio Carlos Nascimento Amado, Data de Julgamento: 31/05/2016, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: 13/06/2016

SANTOS, Jahyra Helena P.; SANTOS, Ivanna Pequena dos. **Prisão: Um aporte sobre a origem do encarceramento feminino no Brasil**. Publicado em 22 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c76fe1d8e0846243>> Acesso: 2 jun. 2019.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo - **HC: 482802**. SP 2018/0326782-5, Relator: Ministro Nefi Cordeiro, Data de Julgamento: 26/03/2019, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/04/2019. Acesso 02 de junho de 2019

VARELA, Drauzio. **Prisioneiras**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.