

Teses Institucionais



Mutirão Carcerário

MÃES LIVRES

*Enfrentando o uso abusivo da prisão provisória de gestantes
e mães no interior de São Paulo*

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA



Teses Institucionais

Mutirão Carcerário

MÃES LIVRES

Enfrentando o uso abusivo da prisão provisória de gestantes e mães no interior de São Paulo

FOTO DE CAPA: Leo Drummond (Mães do Cárcere)
REDAÇÃO: Bárbara Correia e Marília Fabbro

NOVEMBRO 2017

WWW.IDDD.ORG.BR

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA

Realização:



Apoio:



Financiamento:



O presente documento compõe material de referência para a atuação dos advogados associados voluntários do Mutirão Carcerário Mães Livres, reúne as principais linhas do que o IDDD pretende discutir nos pedidos de liberdade, sem prejuízo de que novos argumentos sejam abordados ao longo do desenvolvimento do projeto, nem tampouco da liberdade do advogado em tecer suas próprias considerações.

Importante salientar que o projeto pretende estabelecer caminhos de diálogo que não se encerrem apenas na aplicação do Marco Legal de Atenção a Primeira Infância ou na questão da prisão provisória. A discussão a respeito do encarceramento feminino precisa ser abrangente por abarcar uma complexidade profunda de aspectos, dores e urgências. O presente documento se propõe a iniciar este debate.

Ainda preliminarmente cabe ressaltar a importância da superação da Súmula 691 do STF quando da interposição dos *Habeas Corpus*, favorecendo uma atuação célere e ensejando a discussão do tema em todas as instâncias do Poder Judiciário.

Embora seja realidade no país, o uso abusivo do encarceramento preventivo de mulheres gestantes, lactantes e mães de crianças com até 12 anos incompletos configura uma afronta aos compromissos assumidos pelo Brasil em órgãos internacionais e à própria legislação pátria que, em movimento recente, vem se orientando à priorização do melhor interesse da criança e da manutenção do contato entre a mãe e seus filhos.

INTRODUÇÃO

Em 8 de março de 2016, o Conselho Nacional de Justiça publicou a tradução para o português das chamadas Regras de Bangkok, as regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras¹, aprovadas em 2010 pela Assembleia Geral das Nações Unidas. A orientação principal trazida pelas regras é a priorização de medidas não privativas de liberdade para mulheres submetidas ao sistema de justiça criminal. O dispositivo condensa prerrogativas, garantias e medidas relativas ao tratamento humano e digno dentro do cárcere, dispostos em instrumentos internacionais anteriores, bem como outros instrumentos legais relativos aos direitos das mulheres e às políticas públicas sensíveis às particularidades de gênero dentro do cárcere.

As regras se inserem em movimento recente de mudanças significativas no regramento internacional no que toca ao tratamento de mulheres grávidas, lactantes e com filhos de até 12 anos, por meio da adoção em 1990 das Regras de Tóquio – que se refere às alternativas à prisão e a detenção como medidas alternativas à custódia do Estado e da proposta de revisão das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos, com o advento das Regras de Mandela em 2015.

Estes instrumentos marcaram uma nova abordagem dentro da temática do encarceramento feminino, mais próxima de uma política que não se encerra no tratamento prisional, mas também se preocupa com o tratamento desigual de gênero destas mesmas mulheres antes e depois da situação de restrição de sua liberdade pela prática de um delito. Nesse sentido, agências internacionais, dentre elas as Nações Unidas, os Comitês Regionais de Direitos Humanos e Direitos das Mulheres², bem como organizações humanitárias internacionais que cooperam para a legislação internacional por meio de pesquisas e trabalhos de campo, compuseram uma agenda internacional de recomendações e objetivos dentro desta temática para garantir o implemento das Regras de Bangkok.

O governo brasileiro, assim como de outros países, teve participação ativa no processo de elaboração e aprovação das regras, iniciando um esforço de acomodar os preceitos do diploma internacional dentro de seu ordenamento. Ressaltam-se os casos do Peru, que aprovou um novo protocolo sobre mulheres prisioneiras em abril de 2016, incluindo orientação sobre categorias específicas; do Quênia, onde existe um projeto de lei em tramitação que visa implementar políticas sensíveis à questão de gênero; bem

¹ BRASIL. 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: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>.

² Destacam-se neste trabalho o Comitê CEDAW, o Comitê Interamericano pelos Direitos Humanos, a Penal Reform International (PRI) e o Comitê Internacional da Cruz Vermelha.

como na Tailândia que, por sua vez, substitui as revistas corporais pelos scanners nas mulheres, após uma série de denúncias de abuso³.

Entretanto, o mais recente relatório das Nações Unidas “Global Prison Trends” datado deste presente ano, aponta um aumento de 50% da população carcerária feminina desde 2000, e constata que na maioria dos países as mulheres foram acusadas ou condenadas por crimes leves e não violentos, normalmente ligados a situações de pobreza extrema, tráfico de drogas ou em decorrência de questões familiares⁴. E no caso brasileiro a situação do encarceramento feminino permanece preocupante, carecendo de políticas públicas capazes de corresponder aos compromissos assumidos internacionalmente.

³ Penal Reform International and Thailand Institute of Justice. Global Prison Trends 2017, p. 16. Disponível em: https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2017/05/Global_Prison_Trends-2017-Full-Report-1.pdf. Acesso em: 13 de outubro de 2017.

⁴ Penal Reform International and Thailand Institute of Justice. Global Prison Trends 2017, p. 16. Disponível em: https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2017/05/Global_Prison_Trends-2017-Full-Report-1.pdf. Acesso em: 13 de outubro de 2017.

GESTANTES

No que se refere às gestantes, lactantes e mães atingidas pelo sistema de justiça criminal, as regras são claras ao determinar a necessidade de oferecimento por parte do Estado de instalações, estrutura e regime prisional flexível para atender às necessidades específicas dessas mulheres, como bem se observa nas regras 5 e 42, abaixo colacionadas:

Regra 5. A acomodação de mulheres presas deverá conter instalações e materiais exigidos para satisfazer as necessidades de higiene específicas das mulheres, incluindo absorventes higiênicos gratuitos e um suprimento regular de água disponível para cuidados pessoais das mulheres e crianças, em particular mulheres que realizam tarefas na cozinha e mulheres gestantes, lactantes ou durante o período da menstruação.

Regra 42.1. Mulheres presas deverão ter acesso a um programa amplo e equilibrado de atividades que considerem as necessidades específicas de gênero.

Regra 42.2. **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.

Regra 42.3. Haverá especial empenho na elaboração de programas apropriados para mulheres gestantes, lactantes e com filhos/as na prisão.

O cenário nacional, entretanto, não se aproxima das determinações supramencionadas. Segundo o relatório Infopen Mulheres, em junho de 2014 havia no Brasil 36.495 mulheres privadas de liberdade em carceragens e estabelecimentos prisionais, o crescimento da população prisional feminina foi de 567,4% entre 2000 e 2014. Ainda segundo o mesmo relatório apenas 34% das unidades femininas e 6% das unidades mistas contam com celas ou dormitórios adequados para gestantes. Há apenas 37 ginecologistas para toda a população prisional feminina brasileira.⁵

Além disso, há módulos de saúde disponíveis em apenas 37% das unidades prisionais do país e em 25% dos estabelecimentos destinados ao recolhimento de presos provisórios. O sistema prisional dificulta, senão barra o acesso das mulheres ao atendimento pré-natal, exames laboratoriais e de imagem, serviços de monitoramento

⁵ Infopen Mulheres. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em: 25 set. 2017.

do desenvolvimento fetal que possibilitem a identificação, tratamento e prevenção da transmissão de determinadas enfermidades.

Diante de tal panorama, convém mencionar modificação recente do Código de Processo Penal trazida pelo Marco Legal de Atenção à Primeira Infância (Lei 13.257 de 8 de março de 2016) que incluiu entre os possíveis beneficiários da substituição da prisão preventiva pela domiciliar as gestantes, mulheres com filho de até doze anos de idade incompletos e homens caso sejam os únicos responsáveis pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.⁶

No tocante às gestantes, a alteração marca uma mudança de paradigma, posto que anteriormente a ela figuravam entre as hipóteses de concessão da prisão domiciliar apenas as gestantes a partir do sétimo mês de gravidez, ou sendo esta gravidez de alto risco. Acompanhou-se, desta forma, observações e pesquisas que indicam que a gestação requer estrutura e acomodações adequadas e atendimentos médicos facilitados, assim qualquer gravidez dentro do sistema carcerário brasileiro é uma gravidez de risco, independentemente de seu estágio de desenvolvimento⁷.

Mesmo diante da Lei de Execução Penal, que assegura às gestantes atendimento médico, apoio alimentar e assistência psicológica pré e pós-natal⁸, o sistema

⁶ Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

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

⁷ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015. Disponível online: <http://www.justica.gov.br/noticias/201clugar-de-crianca-nao-e-na-prisao-nem-longe-de-sua-mae201d-diz-pesquisa/pesquisa-dar-a-luz-na-sombra-1.pdf>. Acesso em: 25 de setembro de 2017.

⁸ Art. 8º É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal.

§ 1º A gestante será encaminhada aos diferentes níveis de atendimento, segundo critérios médicos específicos, obedecendo-se aos princípios de regionalização e hierarquização do Sistema.

§ 2º A parturiente será atendida preferencialmente pelo mesmo médico que a acompanhou na fase pré-natal.

penitenciário brasileiro se mostra incapaz de corresponder a tais expectativas. E, ainda que exista a previsão de que quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento⁹, pesquisas demonstram que o oferecimento de escoltas tem se materializado como um dos maiores obstáculos ao atendimento médico fora da unidade prisional.¹⁰

Cumpre lembrar as observações da pesquisa *Dar à luz na sombra* que levaram a um paradoxo fundamental quando se trata do encarceramento feminino, qual seja o embate entre a institucionalização da criança e a separação da mãe. A legislação brasileira orienta-se, tal como os tratados internacionais dos quais o país é signatário, à priorização do contato familiar e do melhor interesse da criança. É o que se vê garantido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, respectivamente:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 19. 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.

Nesse sentido tem se orientado a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

§ 3º Incumbe ao poder público propiciar apoio alimentar à gestante e à nutriz que dele necessitem.

§ 4º Incumbe ao poder público proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal.

§ 5º A assistência referida no § 4º deste artigo deverá ser também prestada a gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção.

⁹ Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

§ 2º Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento.

§3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.

¹⁰ Nesse sentido: MILITÃO, Lisandra Paim, KRUNO, Rosimery Barão. Vivendo a gestação dentro de um sistema prisional. Revista Saúde, Santa Maria, vol. 40, n. 1, jan. /jul., 2014, p. 77. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/revistasauade/article/view/9180/pdf_1. Acesso em: 04 set. 2017. E GALVÃO, Mayana Camila Barbosa; DAVIM, Rejane Marie Barbosa. Vivência de mulheres encarceradas durante a gestação. Revista de Enfermagem Ufpe, Recife, v. 08, n. 07, p.2272-2280, jul. 2014. Disponível em: <http://www.revista.ufpe.br/revistaenfermagem/index.php/revista/article/view/4526>. Acesso em: 04 set. 2017.

Habeas corpus. 2. Tráfico de drogas, associação para o tráfico e corrupção de menores. Prisão preventiva. 3. **Paciente gestante. Pleito de concessão da prisão domiciliar. Possibilidade.** 4. Garantia do princípio da proteção à maternidade e à infância e do melhor interesse do menor. 5. Preenchimento dos requisitos do art. 318 do CPP 6. Segregação cautelar mantida com base apenas na gravidade abstrata do crime. 7. Ausência de fundamentação idônea. Decisão contrária à jurisprudência dominante desta Corte. Constrangimento ilegal configurado. 8. Súmula 691 do STF. Manifesto constrangimento ilegal. Superação. 9. Ordem concedida de ofício para substituir a prisão preventiva da paciente por prisão domiciliar. (HC STF 134.104/SP. Relator Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. j. 02/08/2016.)

Nesta mesma linha o Min. Ricardo Lewandowski vem proferindo decisões liminares no mesmo sentido, reafirmando o compromisso de cumprimento das Regras de Bangkok e ressaltando a proteção especial conferida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Constituição Federal às crianças e à maternidade.¹¹

Embora a prisão domiciliar se apresentou como uma solução para tal problemática, não se pode olvidar do perfil das mulheres encarceradas no Brasil, em sua maioria jovens, negras e de baixa escolaridade¹², que em muitos casos não têm domicílio e frequentemente dispõem apenas de sua força de trabalho como fonte de renda. A substituição pela domiciliar, portanto, não é a medida mais adequada quando a finalidade é a combinação entre os direitos das crianças e das mulheres.¹³

¹¹ Decisões liminares nos Habeas Corpus HC 140122, HC 140595, HC 142479, HC 142614.

¹² Segundo o Infopen Mulheres 50% das mulheres presas no Brasil tem entre 18 e 29 anos, 68% são negras, 4% são analfabetas, 8% são alfabetizadas sem cursos regulares e 50% tem ensino fundamental incompleto.

¹³ BRAGA, Ana Gabriela; FRANKLIN, Naila Ingrid Chaves. Quando a casa é a prisão: uma análise de decisões de prisão domiciliar de grávidas e mães após a Lei 12.403/2011. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 09, n. 1, p.349-375, jan. 2016. Disponível em:

<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/18579/15789>. Acesso em: 25 set. 2017.

LACTANTES

Já no caso das lactantes, são disposições trazidas pelas Regras de Bangkok a necessidade de assegurar às crianças vivendo com as mães na prisão o acesso a serviços permanentes de saúde e a supervisão de seu desenvolvimento por especialistas em colaboração com serviços comunitários (Regra 51.1), a obrigatoriedade de fundamentação da decisão sobre o momento da separação entre mãe e filho no melhor interesse da criança de forma individualizada (Regra 52.1) e ainda a exigência de que a remoção da criança da prisão seja conduzida com delicadeza e apenas quando alternativas de cuidado da criança tenham sido identificadas (Regra 52.2).

A Constituição Federal prevê a garantia de condições para que as mulheres presas possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (art. 5º, inciso L). O Estatuto da Criança e do Adolescente segue a mesma orientação, dispondo a respeito da necessidade de condições adequadas ao aleitamento materno, e da convivência familiar, como se observa nos dispositivos abaixo:

Art. 9º. O Poder Público, as instituições e os empregadores propiciarão **condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade.**

Art. 19. **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.

Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder familiar.

§2º **A condenação criminal do pai ou da mãe não implicará a destituição do poder familiar**, exceto na hipótese de condenação por crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra o próprio filho ou filha.

Já a Lei de Execução Penal, como anteriormente mencionado, determina parâmetros mínimos à estrutura dos estabelecimentos prisionais destinados às mulheres, em especial às lactantes, e fixa o período mínimo de amamentação em seis meses.

Art. 83. §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

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

Contudo, atendo-se apenas ao plano formal e ignorando as condições materiais do encarceramento feminino, os magistrados brasileiros, baseando-se na exigência do parágrafo 2º do artigo 83 da Lei de Execução Penal, negam a prisão domiciliar às lactantes quando a unidade prisional em tela possui berçário em que estas mulheres possam amamentar seus filhos pelo prazo mínimo de seis meses, os quais foram assim fixados no estado de São Paulo como intervalo máximo.

Estas decisões, além de ignorar os dados produzidos a respeito do sistema carcerário nacional, incapaz de atender às necessidades dessas mulheres e de seus filhos, e as pesquisas indicando a nocividade da institucionalização das crianças, agrava o sofrimento dessas famílias. Nas unidades em que há berçário, estas mulheres passam 24 horas por dia com seus bebês durante os 6 meses de amamentação, porém, findo este período, a separação se dá de maneira radical.

Cabe pontuar que estudos indicam que a duração da amamentação na espécie humana é em média de dois anos, idade em que o desmame costuma ocorrer naturalmente. Nesse sentido, a Organização Mundial da Saúde e o Ministério da Saúde recomendam aleitamento materno exclusivo por seis meses e complementado até os dois anos ou mais. Isto porque são indiscutíveis os seus benefícios à criança, entre eles a proteção contra infecções e, por conseguinte, a diminuição do índice de mortes infantis; proteção contra diarreia, infecções respiratórias, diminuição do risco de alergias, hipertensão, colesterol alto e diabetes, redução das chances de obesidade e suprimento das necessidades de nutrientes nos primeiros seis meses e constituição de importantíssima fonte de nutrientes até os dois anos de vida, especialmente de proteínas, gorduras e vitaminas.¹⁴

¹⁴BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. Saúde da Criança: Nutrição Infantil: Aleitamento Materno e Alimentação Complementar. Série A. Normas e Manuais Técnicos. Caderno de Atenção Básica nº 23. Brasília: Ministério da Saúde, 2009, p. 12. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/saude_crianca_nutricao_aleitamento_alimentacao.pdf. Acesso em 02 de outubro de 2017.

Desta forma, a limitação da convivência da mãe com seus filhos apenas ao período mínimo fixado não somente é prejudicial à mulher, confrontada com a angústia da separação e da incerteza a respeito do destino de sua prole, mas também às crianças que são privadas dos benefícios do aleitamento materno.

Como bem se denota pelas observações feitas na pesquisa Dar à luz na sombra se faz necessário sensibilizar “promotoras/promotores e juízas/juízes no que tange à concessão do direito à prisão domiciliar às mulheres grávidas e mães recentes, de forma que não esteja vinculada ao período de amamentação, eis que a presença da mãe é essencial nos primeiros meses de vida da criança e a separação das mulheres de suas crianças após este período é fator que causa grande angústia”¹⁵.

Com o advento do Marco Legal de Atenção à Primeira Infância, assim como é no caso das gestantes, observa-se mudança de paradigma, ao se determinar a possibilidade de substituição da prisão provisória por prisão domiciliar para mulheres com filhos de até 12 anos de idade incompletos, sem qualquer outro requisito. Anteriormente a alteração ora discutida, o artigo 318 do Código de Processo Penal dispunha sobre tal possibilidade caso o agente fosse imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência. A imprescindibilidade aos cuidados da criança era requisito necessário à concessão da prisão domiciliar.

A mencionada mudança ilustra a orientação tomada por diversos países do mundo, no sentido de que a presença materna é indiscutivelmente imprescindível ao desenvolvimento dos filhos, tanto por seu papel biológico, quanto pelo papel de cuidado socialmente imposto à mulher. Nesta linha é possível detectar uma mudança na orientação dos Tribunais Superiores a respeito do tema, como se vê nos julgados a seguir:

¹⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015; p. 42. Disponível online: <http://www.justica.gov.br/noticias/201clugar-de-crianca-nao-e-na-prisao-nem-longe-de-sua-mae201d-diz-pesquisa/pesquisa-dar-a-luz-na-sombra-1.pdf>. Acesso em: 25 de setembro de 2017.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. INSTRUMENTOS DE TRÁFICO ENCONTRADOS. DINHEIRO EM NOTAS MIÚDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. FILHO MENOR DE 12 ANOS. POSSIBILIDADE. ART. 318, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRIMEIRA INFÂNCIA (CRIANÇA DE TENRA IDADE, AINDA NA FASE DE LACTANTE) GENITOR TAMBÉM PRESO. IMPRESCINDIBILIDADE DOS CUIDADOS MATERNOS. PARECER MINISTERIAL PELA SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELA PRISÃO DOMICILIAR. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Hipótese na qual a prisão cautelar mostra-se devidamente fundamentada pela natureza especialmente viciante e reprovável do entorpecente encontrado - 16 pedras de crack - e pelo material apreendido, que denotam habitualidade na traficância e indicam que a prisão é necessária para garantia da ordem pública.

3. O inciso V do art. 318 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n. 13.257/2016, determina que poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

4. O princípio da fraternidade é uma categoria jurídica e não pertence apenas às religiões ou à moral. Sua redescoberta apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje

enfrentados pelas democracias. A fraternidade não exclui o direito e vice-versa, mesmo porque a fraternidade enquanto valor vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade.

5. O princípio constitucional da fraternidade é um macroprincípio dos Direitos Humanos e passa a ter uma nova leitura prática, diante do constitucionalismo fraternal prometido na CF/88 (preâmbulo e art. 3º).

6. Multicitado princípio é possível de ser concretizado também no âmbito penal, por meio da chamada Justiça restaurativa, do respeito aos direitos humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal. A Lei nº 13.257/2016 decorre, portanto, desse resgate constitucional.

7. Caso em que a paciente possui filho menor de 12 anos (criança de tenra idade, ainda na fase de lactante, com genitor também preso), de modo que preenche o requisito objetivo insculpido no art. 318, V, do Código de Processo Penal, demonstra a imprescindibilidade dos cuidados maternos e permite a substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

8. Ordem não conhecida. Writ concedido de ofício para, ratificando a liminar, substituir a prisão preventiva da paciente pela prisão domiciliar, nos termos da manifestação ministerial.¹⁶

Habeas corpus. 2. Tráfico de drogas. Prisão preventiva. 3. **Paciente lactante.** Revogação da prisão cautelar e, subsidiariamente, concessão de prisão domiciliar. Possibilidade. 4. **Garantia do princípio da proteção à maternidade e à infância e do melhor interesse do menor.** 5. **Súmula 691. Manifesto constrangimento ilegal.** Superação. 6. Preenchimento dos requisitos do art. 318 do CPP. 7. Ordem concedida, de ofício, confirmando a liminar previamente deferida, para determinar a substituição da prisão preventiva por domiciliar.¹⁷

¹⁶ HC STJ 379629/SP; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma. j. 16/03/2017.

¹⁷ HC STF 134069/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. j. 21/06/2017.

Cabe acrescentar a observação interessante trazida pela já mencionada pesquisa *Dar à luz na sombra* a respeito da visão das mães sobre a possibilidade de convivência com os filhos dentro do ambiente prisional:

“Segundo uma das participantes, “não é certo um filho na cadeia por causa da mãe”, enfatizando que as unidades prisionais em geral não são lugares apropriados para uma possível convivência entre mãe e filho e, portanto, para o exercício do poder familiar. Assim, todas foram enfáticas em afirmar que “criança dentro de cadeia não dá certo” e, por isso, são contrárias à construção de creches no interior das unidades prisionais¹⁸”.

Mais uma vez, é preciso ressaltar a impossibilidade de analisar-se o encarceramento feminino de maneira dissociada do perfil das mulheres encarceradas; mulheres estas em sua maioria jovens, pobres e negras, dependentes, com frequência, somente de sua própria força de trabalho, e que têm o direito ao pleno exercício da maternidade. Entretanto, tal direito não se materializa sem recursos que possibilitem a sua subsistência e de seus filhos.

A prisão domiciliar representa um avanço, porém ainda se mostra inadequada dentro das condições reais das mulheres presas no país, uma vez que dificulta, e em grande parte dos casos, impossibilita o cuidado dos filhos que frequentemente necessitam de cuidados médicos externos, e os meios de geração de renda para esta família.

MÃES COM FILHOS DE ATÉ 12 ANOS

Por fim, no que se refere às mulheres com filhos de até 12 anos, aproveitando os temas já discutidos anteriormente, as Regras de Bangkok ressaltam a necessidade de consideração destas mulheres enquanto parte de suas famílias e comunidades, a

¹⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. *Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão*. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015; p. 42. Disponível online: <http://www.justica.gov.br/noticias/201clugar-de-crianca-nao-e-na-prisao-nem-longe-de-sua-mae201d-diz-pesquisa/pesquisa-dar-a-luz-na-sombra-1.pdf>. Acesso em: 25 de setembro de 2017.

compreensão das responsabilidades socialmente atribuídas a estas mulheres e a necessidade de priorização das medidas alternativas à prisão.

Regra 58. Considerando as provisões da regra 2.3 das Regras de Tóquio, mulheres infratoras não deverão ser separadas de suas famílias e comunidades sem que se considere devidamente a sua história e laços familiares. Formas alternativas de lidar com mulheres infratoras, tais como medidas despenalizadoras e alternativas à prisão, inclusive à prisão cautelar, deverão ser empregadas sempre que apropriado e possível.

Regra 64. Penas não privativas de liberdade para as mulheres gestantes e mulheres com filhos/as dependentes serão preferidas sempre que for possível e apropriado, sendo a pena de prisão considerada apenas quando o crime for grave ou violento ou a mulher representar ameaça contínua, sempre velando pelo melhor interesse do/a filho/a ou filhos/as e assegurando as diligências adequadas para seu cuidado.

A Constituição Federal é clara ao assegurar o respeito à integridade física e moral das pessoas encarceradas (art. 5º XLIX), o direito de proteção à maternidade e à infância (art. 6º, caput) e ainda o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar à criança, 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.

O direito à convivência familiar se vê plasmado nas disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente nos artigos 19 e 23, parágrafo 2º. A indiscutível necessidade de presença da mãe na vida e desenvolvimento das crianças durante a primeira infância vem sendo objeto de decisões dos Tribunais Superiores, sem a necessidade de comprovação da imprescindibilidade aos cuidados anteriormente exigida. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. SUPERAÇÃO DO ENUNCIADO N. 691 DA SÚMULA DO STF. TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. FILHA DA PACIENTE: 2 ANOS DE IDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. PROTEÇÃO INTEGRAL À

CRIANÇA. PRIORIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É possível a superação do disposto no enunciado n. 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual não se admite a impetração de habeas corpus contra decisão que denega pedido liminar, em sede de writ impetrado na origem, sob pena de se configurar indevida supressão de instância, nas hipóteses excepcionais em que se verifique teratologia ou deficiência de fundamentação na decisão impugnada, a caracterizar evidente constrangimento ilegal ao paciente.

2. No particular, a decisão que decretou a prisão preventiva da paciente faz referência às circunstâncias do caso concreto, bem como menciona o fato de a paciente ter reiterado na prática do delito, não podendo ser considerada nula por fundamentação inidônea.

3. A questão jurídica limita-se, então, a verificar a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar. Nesse contexto, o inciso V do art. 318 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n. 13.257/2016, determina que poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

4. O regime jurídico da prisão domiciliar, especialmente no que diz respeito à proteção da integridade física e emocional da gestante e dos filhos menores de 12 anos, e as inovações trazidas pela Lei n. 13.257/2016 decorrem, indiscutivelmente, do resgate constitucional do princípio da fraternidade (Constituição Federal: preâmbulo e art. 3º).

5. O artigo 318 do Código de Processo Penal (que permite a prisão domiciliar da mulher gestante ou mãe de filhos com até 12 anos incompletos) foi instituído para adequar a legislação brasileira a um compromisso assumido internacionalmente pelo Brasil nas Regras de Bangkok. "Todas essas circunstâncias devem constituir objeto de adequada ponderação, em ordem a que a adoção da medida excepcional da prisão domiciliar efetivamente

satisfaça o princípio da proporcionalidade e respeite o interesse maior da criança. Esses vetores, por isso mesmo, hão de orientar o magistrado na concessão da prisão domiciliar" (STF, HC n. 134.734/SP, Relator Ministro Celso de Melo).

6. Na hipótese dos autos, em que o Tribunal de origem deixou de se pronunciar sobre a viabilidade do pedido de aplicação da prisão domiciliar, **a paciente comprova ser mãe de uma menina de 2 anos de idade, o que preenche o requisito objetivo insculpido no art. 318, V, do Código de Processo Penal. Ponderando-se os interesses envolvidos no caso concreto, revela-se adequada e proporcional a substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Adequação legal, reforçada pela necessidade de preservação da integridade física e emocional do infante.** Precedentes do STF e do STJ.

7. Ademais, verifica-se que a paciente é primária e não há indicativo de que esteja associada com organizações criminosas, circunstâncias que reforçam a possibilidade de atenuação da situação prisional da acusada.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a medida liminar, substituir a prisão preventiva da paciente pela prisão domiciliar com monitoramento eletrônico, sem prejuízo da fixação de outras medidas cautelares, a critério do Juízo a quo.¹⁹

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. MODUS OPERANDI. PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. MÃE DE MENOR DE 12 ANOS. ORDEM CONCEDIDA.

1. **O afastamento da prisão domiciliar para mulher gestante ou mãe de filho menor de 12 anos exige fundamentação idônea e casuística, independentemente de comprovação de indispensabilidade da sua presença para prestar cuidados ao filho, sob pena de infringência ao art. 318, inciso V, do Código de Processo Penal, inserido pelo Marco Legal da Primeira Infância (Lei. n. 13.257/2016).** 2. Na mesma linha a manifestação do em.

¹⁹ STJ, HC 410260/MG. Min. Rel. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma. j. 14/09/2017.

Subprocurador-Geral da República, para quem "[d]a decisão que negou o pedido da prisão domiciliar, constata-se que não houve fundamentação concreta para negar ao benefício, evidenciando a ocorrência de constrangimento ilegal " (e-STJ fl. 66). 3. Ordem concedida para, confirmando a liminar e na linha da manifestação do Parquet, substituir a prisão preventiva por prisão domiciliar.²⁰

Habeas corpus. 2. Tráfico de drogas. Prisão preventiva. 3. Alegação de ausência dos requisitos autorizadores da custódia cautelar (art. 312 do CPP). Rejeição. 4. **Paciente com filhos menores. Pleito de concessão da prisão domiciliar. Possibilidade.** 5. **Garantia do princípio da proteção à maternidade e à infância e do melhor interesse do menor.** 6. Preenchimento dos requisitos do art. 318, inciso V, do CPP. 7. Decisão monocrática do STJ. Não interposição de agravo regimental. Manifesto constrangimento ilegal. Superação. 8. Ordem concedida de ofício, em parte, para determinar que a paciente seja colocada em prisão domiciliar.²¹

Por fim, urge ressaltar o inegável avanço trazido pelo Marco Legal de Atenção à Primeira Infância: a oportunidade de fomentar o debate a respeito do encarceramento feminino é valiosa, entretanto, ele não se encerra com a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Os pilares de sustentação do debate residem na proteção à maternidade, ao dever de cuidado atribuído às mulheres pela sociedade, a priorização do melhor interesse da criança e a indiscutível imprescindibilidade da presença materna durante a primeira infância.

²⁰STJ, HC 411992/SP. Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma. j. 19/09/2017.

²¹STF, HC 142279/CE. Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma. j. 20/06/2017.

Tomando-se tais elementos como norteadores do tratamento de mulheres gestantes e mães encarceradas, se faz inócua a restrição da priorização de medidas não privativas de liberdade apenas à prisão processual, posto que a condição de mãe e filhos não se altera em decorrência da sentença condenatória transitada em julgado, permanecendo os mesmos direitos e necessidades inerentes a tais condições. ”

As Regras de Bangkok seguem tal lógica, determinando a excepcionalidade da pena de prisão, uma vez que as mulheres infratoras não deverão ser separadas de suas famílias e comunidades sem a devida consideração da história e laços familiares. No mesmo sentido se orientam ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, como é o caso da Austrália, Itália e Colômbia.

Alguns exemplos internacionais podem ser destacados como forma de implementar tais normativas. Em março de 2013 na Tailândia, levou-se em consideração nas sentenças as circunstâncias particulares de cada mulher em sede de julgamento²². Um dos casos tratava-se de uma mãe que teve uma pena alternativa pelo fato de sua filha ter apenas três meses de idade, dentre outros casos em que se priorizou alternativas à prisão para mulheres grávidas, com filhos ou em situação grave de saúde.

No que concerne à jurisprudência internacional, o tema do encarceramento de mulheres gestantes, lactantes e mães de crianças até doze anos foi amplamente discutido de modo transversal por diversas comissões e em sede de decisão pelas suas respectivas cortes em âmbito nacional, regional e internacional. Destaca-se a reforma penal inglesa em 2011, que reviu seus precedentes legais de encarceramento feminino para dirimir tal prática com o objetivo de priorizar a saúde física e mental da criança, bem como respeitar as leis regionais europeias de tratamento das próprias mães que sofriam condições de encarceramento precárias e desumanas. Notou-se que em 2011, antes da reforma, havia cerca 17 mil crianças separadas de suas mães pelo regime prisional por ano, sendo que $\frac{2}{3}$ destas mães poderiam ter aproveitado o cumprimento de pena em domicílio ou com trabalho comunitário, liberando 11 mil crianças da

²² Penal Reform International (PRI), UK AID From The British People and Thailand Institute of Justice (TIJ), “Guidance Document on the United Nations Rules on the Treatment of Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders (The Bangkok Rules)”, Penal Reform International, Outubro de 2013. Disponível em: www.nationmultimedia.com/national/Bangkok-Rules-for-women-convicts-30202577.html. Acesso em: 13 de outubro de 2017.

separação forçada. Ressalta-se que tais mães cumpriam prisão preventiva, ou seja, não tinham ainda seu caso julgado.

Relaciona -se com este o caso Korneykova e Korneykov v. Ucrânia, julgado em favor da vítima pela Corte Europeia de Direitos Humanos em 2016, na qual a gestante, detida em condições prisionais degradantes, foi algemada pelas mãos e pés no hospital onde daria início ao trabalho de parto. A decisão unânime da referida Corte sustentou que houve violação do Artigo 3o. da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que prevê que “Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”, bem como compreendeu que tal prática viola as regras e procedimentos²³ da Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos desumanos ou degradantes²⁴. Segundo o 10º Relatório Geral da Comissão de Prevenção da Tortura, citado no julgado do caso, o tratamento recorrente de mulheres grávidas que são algemadas configura prática de tortura, conforme se segue:

KORNEYKOVA AND KORNEYKOV v. UCRÂNIA

VI. Mulheres privadas de liberdade

Extrato do 10º Relatório Geral [CPT / Inf (2000) 13]

Cuidados pré-natal e pós-natal

27. É axiomático que os bebês não devem nascer na prisão, e a prática habitual dos Estados membros do Conselho da Europa parece ser a de transferir mulheres grávidas para fora de hospitais, em momento apropriado. No entanto, de tempos em tempos, o CPT encontra exemplos de mulheres grávidas que estão sendo algemadas ou sujeitas à outras formas de contenção como a camas ou outros móveis durante exames ginecológicos e / ou partos. Tal abordagem é completamente inaceitável, e certamente pode ser qualificada como tratamento desumano e degradante. Outros meios para atender às necessidades de segurança dessas mulheres podem e devem ser encontrados (tradução livre)²⁵.

Dentro da análise da Câmara julgadora, a própria condição de encarceramento da mãe recai sobre a saúde mental e física da criança mantida no estabelecimento prisional, sendo imprescindível para a apreciação destes casos que se considere a

²³ European Committee for Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT). Rules of Procedure, 2008. Disponível em: <https://rm.coe.int/16806db824>.

²⁴ Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Convenção Europeia de Direitos Humanos. Disponível em português em: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 13 de outubro de 2017.

²⁵ European Court of Human Rights, KORNEYKOVA AND KORNEYKOV v. UKRAINE JUDGMENT, Chapter V, 27, pg.15. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-161543>

conexão entre tais fatores quando se trata dos direitos da mãe ou gestante. Segundo os parâmetros do Comitê para Prevenção da Tortura (CPT), a situação das crianças nascidas no cárcere ou que são mantidas com as mães em regime de detenção, é por si contraditória e problemática, uma vez que tal ambiente não é considerado apropriado para o seu melhor desenvolvimento, bem como pode inclusive ser de repercussão negativa para a própria relação entre mãe e filho. No entanto, a separação forçada entre mães e filhos nessa situação incorre em um problema ainda maior - parágrafos 91, 93 e 129 da decisão²⁶.

Para além do caso citado, no âmbito das condições de encarceramento de mulheres, os Estados Unidos produziu um material significativo de coleta de dados pelos complexos prisionais do país, concluindo que representa um dos maiores índices de encarceramento feminino a nível global. Segundo dados publicados em 2011, aproximadamente 200 mil mães encontravam-se separadas dos filhos e 10 mil grávidas encontravam-se em estabelecimentos prisionais. O caso emblemático de Lowanna Yeager em *Yeager v. Smith*²⁷ ilustra esse cenário, onde o inadequado tratamento de saúde recebido no estabelecimento onde cumpria uma ordem de restrição temporária, levou à morte de seu filho por ter perdido oxigênio durante o trabalho de parto, realizado sob condições não apropriadas²⁸.

O mesmo tema é também tratado no caso *S. v. M.*, julgado em 2007 pela Corte Constitucional Sul-Africana, em que se priorizou o melhor interesse da criança, por compreender que, apesar da gravidade do crime cometido pela mãe, a supervisão domiciliar correcional (nos termos da lei sul-africana) acarreta maior benefício social, uma vez que não deteriora a unidade familiar e garante melhores condições físicas e mentais para o desenvolvimento da criança²⁹. Segue o teor do comentário da decisão, que versa sobre o artigo 28 da Constituição sul-africana,

S v M (CCT 53/06) [2007]

Corte Constitucional da África do Sul

97. [...] o período potencial de prisão de oito meses, embora possa ser mais curto que o imposto pelo Magistrado, ainda teria um grande impacto na vida dos três filhos menores. Alegou-se ainda que os aspectos negativos desse período de prisão (embora um período

²⁶ Discussão sobre a matéria a partir do caso indiano em: Oliver Robertson (2008) *Children Imprisoned by Circumstance*. QUNO Women in Prison and Children of Imprisoned Mothers publications, p. 8/9.

²⁷ Rachel H. Nicholson, "No (Pregnant) Woman is an Island: The Case for a Carefully Delimited Use of Criminal Sanctions to Enforce Gestational Responsibility, 1 Health Matrix 101 (1991). Disponível em: <http://scholarlycommons.law.case.edu/healthmatrix/vol1/iss1/9>

²⁸ Ver também: 1993 Study Why Punish The Children? A Reappraisal Of The Children Of Incarcerated Mothers In America, e; 2006, Julie B Ehrlich E Llllynn M. Paltrow, *Jailing Pregnant Women Raises Health Risks*.

²⁹ *S v M (CCT 53/06; 26 September, 2007)*, § 94-95. Disponível em: www.saflii.org/za/cases/ZACC/2007/18.html.

curto) sejam tão devastadores quanto um período de quatro anos de prisão direta, pois qualquer momento em que a recorrente perca a prisão teria efeitos negativos sobre a família e isso violaria os direitos constitucionais das crianças nos termos do parágrafo 2 do artigo 28.

15. A linguagem abrangente e enfática do artigo 28 indica que, assim como a aplicação da lei deve sempre ser sensível ao gênero, também o deve ser sempre em relação à criança; e que os estatutos e o direito consuetudinário sejam interpretados se desenvolvam de uma maneira que favoreça a proteção e o avanço dos interesses das crianças; e que os tribunais devem funcionar de um modo que demonstrem o devido respeito pelos direitos das crianças em todos os momentos (tradução livre)³⁰.

Em alguns países como Índia e Egito, tanto os julgamentos, quanto a apreciação da sentença são afetadas pela condição de gestação da acusada; sendo os juízes obrigados a considerar a gravidez na condenação e na atribuição da pena. Em outros, como Chile e Inglaterra, cabe ao poder discricionário do julgador a sua apreciação. Nesse sentido, um juiz inglês decidiu adiar o cumprimento da sentença de uma gestante até que seu filho completasse quatro meses de idade³¹.

O rompimento do vínculo e da unidade familiar com o encarceramento da mãe gera sérias consequências para o saudável desenvolvimento de uma criança. Com relação a esta matéria, cada país tem um prazo específico no que tange ao tempo em que a mãe pode manter o filho dentro da prisão, variando de 6 meses até 6 anos, dependendo de sua legislação local. Por este motivo, a Lei de Execução Penal argentina nº 24660, por exemplo, garante que as mães possam manter seus filhos até no máximo 4 anos de idade; sendo que a prisão deve fornecer cuidados de saúde e acolhimento para tais casos³². No entanto, até 2011 somente uma prisão no país apresentou a infraestrutura necessária para acolher devidamente tais casos³³. Ainda assim, existem programas sociais no país destinados a fortalecer o vínculo entre mãe e filhos dentro

³⁰ Id.

³¹ Oliver Robertson. *Children Imprisoned by Circumstance*. QUNO Women in Prison and Children of Imprisoned Mothers publications, 2008. p. 14-15.

³² Ley No. 24660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad [Law No. 24660 on Execution of Penitentiary Penalties], June 19, 1996, art. 195.

³³ Ileana Arduino, Leticia Lorenzo & Raúl Salinas, *Mujeres y cárceles: aproximación a la situación penitenciaria en Argentina desde una perspectiva de Género*, Revista Pensamiento Penal (July 2011), <http://new.pensamiento.com.ar>.

do cárcere, como é o caso do programa “Melodias desde adentro”, conforme relatório da Quaker United Nations Office³⁴.

Por fim, acrescenta-se a decisão de *habeas corpus* coletivo concedido pela Suprema Corte Argentina no conhecido *caso Verbitsky*, em que foi decidido em favor de todas as mulheres gestantes, mães e puérperas pela conversão da prisão provisória em prisão domiciliar, detidas sob más condições nos estabelecimentos prisionais da província de Buenos Aires³⁵. Neste julgado, é confrontada a forma como a vida no cárcere deteriora, inclusive, a própria saúde mental das presas, conforme segue ³⁶

25. [...] sem ignorar o conteúdo aflitivo que implica privação de liberdade – sendo, de certa forma, impossível de eliminar, por ser inerente a essa própria condição - são os juízes ordinários da jurisdição criminal as pessoas que melhor podem apreciar com um grau importante de precisão e proximidade, o intolerável agravamento indevido [da pena], que em muitos casos se configura e legitima o pedido feito nos autos. "As prisões por si mesmas, devido às suas condições materiais, higiênicas e de saúde, não devem agravar o mal inerente à pena, nem as autoridades devem executá-la de uma maneira que aumente esse mal³⁷" (tradução livre).

Diante do exposto e a partir das experiências internacionais apresentadas, da movimentação da legislação brasileira em direção à priorização dos direitos das mulheres à maternidade e do melhor interesse da criança; premente é a necessidade de implementação efetiva das Regras de Bangkok e da Lei 13.257/2016. A aplicação de tais medidas não privativas de liberdade para mulheres gestantes, lactantes e com filhos de até 12 anos, bem como a criação de políticas públicas voltadas às especificidades de gênero e à realidade em que vivem as mulheres encarceradas no Brasil, coloca o país em paridade com a tendência global de esforço em garantir à estas mulheres e crianças tais direitos que, em última síntese, são inerentes à dignidade humana e à vida.

A prioridade absoluta da criança e o direito à prisão domiciliar.

³⁴ Oliver Robertson. Children Imprisoned by Circumstance. QUNO Women in Prison and Children of Imprisoned Mothers publications, 2008. p. 16.

³⁵ CSJN, Verbitsky, Horacio s/Habeas Corpus, voto da maioria da Corte. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-verbitsky-horacio-habeas-corpus-fa05000319-2005-05-03/123456789-913-0005-0ots-eupmocsollaf>

³⁶ CSJN, Verbitsky, Horacio s/Habeas Corpus, voto da maioria da Corte, considerando 25, pg. 78.

³⁷ Nuñez, Ricardo; Direito Penal Argentino. Parte geral do volume II; Ed. Bibliografia Argentina; Buenos Aires, 1960.

Para compreender a gravidade das violações decorrentes do encarceramento de mulheres gestantes e mães, é preciso ter em mente a garantia de prioridade absoluta atribuída a crianças, por força do artigo 227 da Constituição Federal. O referido artigo prevê:

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”.

Cabe ressaltar que o uso da qualificação “absoluta”, presente somente neste artigo da Constituição, confere à norma uma necessidade de aplicação invariável e incondicionada em todos os casos em que os interesses da criança estiverem envolvidos, assegurando o primeiro lugar da criança em serviços, políticas e orçamento público, conforme previsão do artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)³⁸.

Tal garantia justifica-se pela condição peculiar de desenvolvimento das pessoas nessa faixa etária e sua consequente vulnerabilidade biopsíquica, o que significa que:

“Como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, (..) elas desfrutam de todos os direitos dos adultos que sejam aplicáveis à sua idade e ainda têm direitos especiais decorrentes do fato de que: não têm acesso ao conhecimento pleno de seus direitos; não atingiram condições de defender seus direitos frente às omissões e transgressões capazes de violá-los; não contam com meios próprios para arcar com a satisfação de suas necessidades básicas; não podem responder pelo cumprimento das leis e deveres e obrigações inerentes à cidadania da mesma

³⁸ Art. 4º, ECA. “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude”.

forma que o adulto, por se tratar de seres em pleno desenvolvimento físico, cognitivo, emocional e sociocultural”³⁹.

Nesse contexto, violações de direitos sofridas durante a infância – o que inclui a separação materna – provocam graves danos e consequências para toda a vida do indivíduo. Nesse sentido:

“(…) estudos relacionam a existência de distúrbios psicológicos e problemas psiquiátricos na fase adulta com a experiência de separação, perda dos pais e/ou outros tipos de perda na infância. Os prejuízos causados por estas experiências podem levar a uma deterioração da capacidade de estabelecer e/ou manter vínculos afetivos”.

Ademais, o papel materno tem especial relevância, pois:

“[...] Este é o período em que a criança está iniciando seu desenvolvimento, necessitando de todos os cuidados para que os alicerces sejam fortes o suficiente para alçar voos mais altos no futuro. Neste sentido, a garantia dos direitos à saúde, à educação e à convivência familiar e comunitária deve ser potencializada. Assim, podemos, como um primeiro ponto, ressaltar que nesse processo inicial de desenvolvimento o contato com a mãe tem caráter fundamental. Desde o nascimento o bebê precisa de cuidados, da proteção, do amor e do contato de seu cuidador/ genitora para garantir a sua sobrevivência”⁴⁰.

Importante, também, analisar a situação sob a ótica do princípio do melhor interesse da criança – decorrente da garantia de prioridade absoluta –, pelo qual, em qualquer situação ou problema que envolva crianças e adolescentes, a solução apresentada de maneira alguma pode violar as garantias de tais indivíduos: em verdade, é preciso que se busque a alternativa mais apta a satisfazer seus direitos. Assim:

“A doutrina da proteção integral e o princípio do melhor interesse da criança são duas regras basilares do direito da infância e da juventude que devem permear todo tipo de interpretação dos casos envolvendo crianças e adolescentes.

³⁹ COSTA *apud* PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 25.

⁴⁰ Idem, p. 278. Disponível em <http://primeirainfancia.org.br/wp-content/uploads/2016/07/Avancos-do-Marco-Legal-da-Primeira-Infancia-1.pdf>. Acesso em: 05. nov. 2017.

Trata-se da admissão da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente”⁴¹.

Justamente por isso, é assegurado a criança o direito à convivência familiar e vedada a destituição do poder familiar em decorrência de condenação criminal, conforme artigos 19 e 23, §2º do ECA. Portanto, em qualquer situação em que a criança esteja envolvida, o seu melhor interesse deve ser atendido de forma absolutamente prioritária.

E é justamente o que garante o Código de Processo Penal, ao prever em seu artigo 318 o direito de prisão domiciliar a mulheres gestantes e mães de crianças até doze anos, pois com isso estabeleceu uma política que prioriza o melhor interesse infantil, na medida em que assegura o direito à convivência familiar.

Assim, faz-se necessária a efetivação de referido direito, de modo a proteger todas as crianças com mães encarceradas, afastando todo tipo de discriminação, como prevê o artigo 3º do ECA, seja ela motivada por nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.

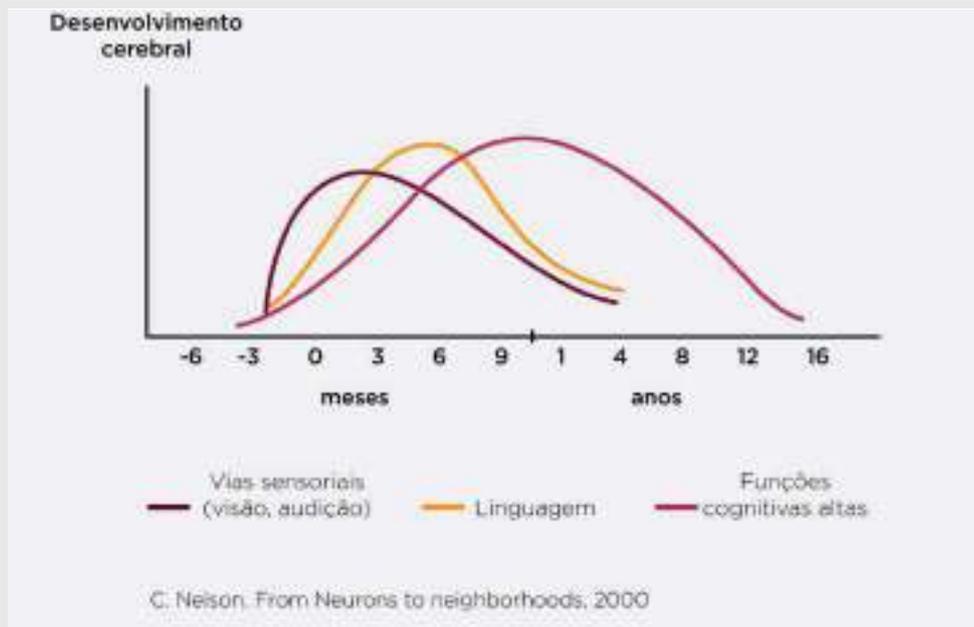
É, portanto, fundamental que a garantia de prisão domiciliar seja universalizada, para proteger a todas as crianças – e, portanto, a todas as mulheres mães e gestantes – sem distinção.

A importância da primeira infância

Os primeiros seis anos de vida são uma fase marcada por vários processos de desenvolvimento, que são influenciados pela realidade na qual a criança está inserida, pelos estímulos que recebe e pela qualidade dos vínculos afetivos que vivencia. Justamente por isso, o começo da vida deve receber proteção especial. Em aspectos demográficos, segundo o último censo (IBGE, 2010), existiam quase 20 milhões de crianças com idade entre zero e seis anos no Brasil, o que corresponde a quase 10% da população do país.

O gráfico a seguir ilustra, de acordo com a faixa etária, as curvas de desenvolvimento das vias sensoriais, da visão, da audição, da linguagem e das funções cognitivas. O que se observa é que os picos se concentram, especialmente, nos primeiros meses de vida e que as curvas mantêm-se elevadas até o sexto ano:

⁴¹ ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 2.



Desse modo, é fundamental garantir um desenvolvimento pleno desde a primeira infância, tendo em mente que a formação da criança depende de uma atenção especial de todos que estão ao seu redor, propiciando, assim, uma infância saudável, capaz de gerar fortes alicerces para o futuro.

Pesquisas demonstram que quando as condições para o desenvolvimento durante a primeira infância são boas, maiores são as chances de a criança atingir o melhor da sua capacidade, transformando-se em um adulto mais estável, produtivo e completo (Unicef, 2016). Assim, aprimorar a primeira infância gera uma sociedade melhor e mais humana.

Em contrário, a negligência nessa fase tem elevada capacidade de trazer impactos negativos ao desenvolvimento humano. De acordo com o Centro de Desenvolvimento Infantil da Universidade de Harvard, “Experiências adversas na gestação e na primeira infância podem levar a alterações físicas e químicas no cérebro que podem durar a vida toda”⁴².

Confira no link o compêndio de legislação nacional e internacional acerca do tema:

www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/11/Referencias_legislativas_.jpg

⁴² “Adverse fetal and early childhood experiences can—and do—lead to physical and chemical changes in the brain that can last a lifetime”. Early Experiences Can Alter Gene Expression and Affect Long-Term Development.

www.iddd.org.br

facebook.com/idireitodedefesa

twitter.com/DireitodeDefesa

