

As novas hipóteses de substituição da prisão preventiva pela domiciliar trazidas pela Lei 13.257/2016 e sua relação com o resguardo aos direitos infantis e maternos

1. Joice Onha¹

2. Marcelo Ramos Meurer²

RESUMO

O presente artigo visa demonstrar quais foram as alterações trazidas pelo Marco Inicial da Primeira Infância e Adolescência intitulada de Lei 13.257/2016, no rol do art. 318 do Código de Processo Penal que trata acerca da substituição da prisão preventiva pela domiciliar, bem como explicar as consequências de tal mudança na vida das gestantes em situação de cárcere, bem como de genitoras e seus filhos que se encontram na mesma situação. Estabelecendo assim a relação do enclausuramento maternal com o Princípio da Intranscendência da pena e o resguardo aos direitos fundamentais das genitoras e seus filhos.

Palavras-chave: Prisão Preventiva; Prisão Domiciliar; Substituição; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

This article aims to demonstrate the changes brought about by the Initial Framework of Early Childhood and Adolescence entitled Law 13.257/2016, in the roll of art. 318 of the Code of Criminal Procedure which deals with the replacement of preventive custody by domicile, as well as explaining the consequences of such a change in the lives of pregnant women in prison, as well as of mothers and their children who are in the same situation. Thus establishing the relation of the maternal enclosure with the Principle of the Intranscendence of the sentence and the protection to the fundamental rights of the mothers and their children.

Keywords: Preventive Detention; Home prison; Replacement; Fundamental rights

1 INTRODUÇÃO

¹ Graduanda em Direito pela Multivix Castelo

² Professor Universitário de Graduação da Faculdade Multivix Castelo

Quando se fala do caos nas prisões brasileiras, a primeira figura que vem em mente é a figura do homem, e com muita razão, haja vista o fato deles ocuparem a grande maioria das vagas nas cadeias de todo o país, o que explica o fato dos presídios serem predominantemente projetados para eles. Entretanto, os homens não são os únicos que se encontram em cárcere, situação essa que é vivenciada também por milhares de mulheres espalhadas por todo o território nacional, um número que aumenta a cada ano.

Em junho de 2016, a população prisional feminina atingiu a marca de 42 mil mulheres privadas de liberdade, o que representa um aumento de 656 % em relação ao total registrado no início do ano de 2000, quando menos de 6 mil mulheres se encontravam no sistema prisional brasileiro. No mesmo período, a população prisional masculina cresceu 293%, passando de 169 mil homens encarcerados em 2000 para 665 mil homens em 2016 (INFOPEN MULHERES, 2018, p. 14-15).

Se para a população carcerária masculina, há violação de diversos preceitos fundamentais num ambiente projetado para eles, a análise de dados fornecidos pelo levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN Mulheres (2018) mostra que a situação das mulheres nessas mesmas condições se torna ainda pior, uma vez que há um déficit enorme de vagas para elas, mais especificamente, uma ausência de 15.326 vagas no ano de 2016. E para uma parte destas mulheres, mais especificamente as gestantes e mães de crianças de até doze anos presas em caráter preventivo, o problema se agrava ainda mais, uma vez que tais presidiárias na grande maioria das vezes são obrigadas a passarem parte de suas vidas num presídio sem estrutura que atenda suas particularidades maternas, antes mesmo de serem condenadas, sem previsão de serem libertas. Diante dessa situação, a Lei 13.257 conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente editada em 2016, trouxe mudanças significativas no art. 318 do Código de Processo Penal- CPP ao incluir gestantes e mães de crianças de até doze anos incompletos no rol de pessoas que poderiam ter a decretação de sua prisão preventiva convertida em prisão domiciliar. A esse respeito, recentemente foi concedido Habeas Corpus coletivo pelo STF a todas as mulheres gestantes, mães de crianças de até doze anos incompletos e de pessoas com deficiência, decretando a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, auferindo assim maior eficácia à mudança trazida no rol do já citado artigo.

Diante desse contexto, a problemática apresentada nessa pesquisa gira em torno de responder sobre “qual a relação existente entre a substituição da prisão preventiva pela domiciliar e o resguardo aos direitos maternos e infantis? ”. Seu objetivo geral consiste na análise da forma com que a mudança trazida pela Lei 13.257/2016 irá influenciar no resguardo aos direitos maternos, da infância e adolescência ao conceder a prisão domiciliar a todas as mães de crianças de até doze anos e gestantes no território nacional. Já os objetivos específicos visam discutir acerca dos impactos do confinamento de gestantes em estabelecimentos prisionais, bem como compreender a relação existente entre a prisão preventiva das mesmas frente ao princípio da Intranscendência da pena, de forma a distinguir os institutos da prisão preventiva e prisão domiciliar para só assim tornar-se possível o entendimento e a identificação acerca dos prejuízos causados ao desenvolvimento infantil de crianças mantidas em presídios juntamente com suas mães, bem como os prejuízos causados as mesmas quando separadas delas.

Sendo assim, esse trabalho propõe-se a mostrar um pouco da realidade das mulheres grávidas presas e daquelas que já possuem filhos, buscando compreender os impactos do confinamento na vida das gestantes que necessitam de cuidados especiais devido a sua condição, num local sem estrutura alguma para abrigá-las, bem como os impactos na vida de mulheres presas que possuem filhos e que também vivem nesses mesmos presídios, sendo submetidos ao confinamento juntamente com suas mães, uma vez que:

[...] pouco se discute sobre os danos para aqueles que acabam ‘cumprindo’ a pena juntamente com o recluso - a família -, principalmente no que tange aos malefícios causados para os filhos dos reclusos, sobretudo diante da prisão materna. Nesse sentido, precisamos refletir sobre a extensão da pena, que vai além do condenado, para se pensar nas dimensões que o aprisionamento acarreta (MELLO, 2014, p.07).

Visa entender também as consequências que a decisão do STF irá trazer para a vida dessas mulheres e de seus filhos, uma vez que até então a alteração trazida no art. 318 do CPP ainda era timidamente utilizada pelos magistrados.

Para que fosse delineada a metodologia do trabalho, foram usados os mestres Cleber Cristiano Prodanov; Ernani Cesar de Freitas (2013), FERRAO, R.G; FERRAO, L.M.V. (2012) e Eva Maria Lakatos; Marina de Andrade Marconi (2016).

De acordo com a metodologia aplicada ao trabalho quanto ao delineamento da pesquisa, tem-se que a mesma consiste numa pesquisa bibliográfica, por fazer uso de doutrina como instrumento principal de exploração do assunto proposto acerca das alterações trazidas no rol do art. 318 do CPP e suas consequências na vida das gestantes e mulheres com dependentes de até doze anos e seus filhos. Quanto aos objetivos gerais tem-se que a mesma se caracteriza como uma pesquisa exploratória procurando entender a relação existente entre a prisão domiciliar e o resguardo aos direitos da genitora e de seus filhos, sendo também uma pesquisa explicativa, pois, propõe-se a entender as possíveis mudanças que a lei 13.257/2016 irá trazer na vida dessas pessoas. No que diz respeito à abordagem da temática, a mesma possui cunho qualitativo por retratar a realidade vivenciada pelas gestantes e mães presas, bem como a realidade de seus filhos junto delas nos presídios e também longe delas, sendo ainda uma pesquisa quantitativa trazendo dados e estatísticas acerca das mulheres nessa situação, consistindo, por fim, numa pesquisa básica objetivando gerar conhecimentos novos sobre um assunto pré-existente mediante uma nova abordagem. O presente trabalho foi formulado em três capítulos, onde o primeiro capítulo traz a introdução juntamente com a contextualização do tema, os objetivos, a metodologia e o problema a ser abordado, o segundo capítulo expõe os fundamentos teóricos que embasaram a pesquisa e o terceiro capítulo relata a conclusão acerca do estudo apresentado.

Diante da análise de materiais prévios acerca do assunto, bem como dados e estatísticas que relatam através de números tal problema, pode-se verificar que se o sistema carcerário apresenta-se de forma precária por todo o país, para uma parcela específica dessa população, gestantes, mães e seus filhos, esse sistema se mostra ainda mais desumano e cruel, haja vista as peculiaridades e os cuidados especiais que os mesmos necessitam, não restando outra alternativa para que os direitos fundamentais sejam preservados a não ser o cumprimento de pena por parte dessas mulheres em prisão domiciliar. Devido à importância e relevância social do tema que pode ser auferida através do entendimento doutrinário e de dados previamente coletados, tem-se que o mesmo merece ser alvo de pesquisa para que se possa entender a gravidade do problema quando esse ultrapassa a seara criminal e influencia diretamente na infância que compõe o futuro do país.

2 Da Prisão Preventiva

Constitui-se como a prisão de natureza cautelar mais ampla, podendo ser utilizada durante toda a persecução penal, desde que esteja presente o lastro probatório mínimo que indique a autoria, ocorrência da infração e dispositivo legal que fundamente o encarceramento. Pode ser decretada até mesmo sem a instauração do inquérito policial, desde que haja outros indícios que atendam aos requisitos legais, sendo necessário que haja provas da existência do crime capazes de revelar indícios mínimos de autoria e materialidade. Portanto, há necessidade constante da comprovação do delito por qualquer meio de prova admitido em lei, seja por exame pericial, testemunhal, documental, interceptação telefônica e qualquer outro elemento idôneo, de forma a impedir a segregação cautelar caso se tenha dúvidas acerca do crime. Quanto à autoria, basta que haja indícios mínimos que vinculem o indivíduo a prática da infração (TAVORA; ALENCAR, 2017). Nessa linha de raciocínio, o pleno do STF, no julgamento do RHC 83.179/PE concluiu que para a decretação da prisão preventiva, faz-se necessário indício de autoria, que não possui o sentido de prova direta que lhe dá a lei, conforme art. 239 do Código de Processo Penal-CPP, mas sim, de indicação, começo de prova ou prova incompleta (LIMA, 2018).

Além da comprovação de materialidade e os indícios mínimos de autoria, que configuram a justa causa, é necessário estar presente o fator de risco que justifique a medida. Conforme redação trazida pelo art. 312, caput, do CPP:

“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” (PLANALTO, art.312, caput, CPP, 2018).

Vejamos assim cada fundamento para a decretação da prisão preventiva previstos no citado artigo.

Garantia da ordem pública: Segundo entendimento de Távora e Alencar (2017) a decretação da prisão preventiva com base em tal garantia “objetiva evitar que o agente continue delinquindo no transcorrer da persecução penal”. Sendo assim,

havendo risco comprovado de que o infrator continuará delinquindo se solto estiver, a prisão preventiva se faz necessária antes mesmo do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (TAVORA; ALENCAR, 2017). Entretanto, se opondo a ideia elencada anteriormente, o mestre Tourinho Filho (2003, pág. 509) defende que:

‘Perigosidade do réu’, ‘os espalhafatos da mídia’, ‘reiteradas divulgações pelo rádio ou televisão’, tudo, absolutamente tudo, ajusta-se aquela expressão genérica ‘ordem pública’. E a prisão preventiva, nesses casos, não passa de uma execução sumaria. O réu é condenado antes de ser julgado, uma vez que tais situações nada têm de cautelar.

Nesse sentido, a 5ª turma do STJ, no RHC 055.365/CE decidiu que quando se trata de garantia da ordem pública, faz-se um juízo de periculosidade do agente, onde inquéritos policiais e processos em andamento demonstram eventual reiteração delitiva, fundamento suficiente para a decretação da prisão preventiva (LIMA, 2018). Conveniência da instrução criminal, servindo para tutelar a livre instrução probatória, evitando que o acusado destrua provas, ameace testemunhas ou comprometa por qualquer meio a busca pela verdade; garantia de aplicação da lei penal, onde busca-se evitar a evasão do agente, devendo haver demonstração fundada quanto à possibilidade de fuga, onde a ausência do réu ao interrogatório, por si só, não autoriza a prisão, podendo a autoridade, no entanto, fazer uso da coerção prevista no art. 260 do CPP; garantia da ordem econômica, evitando que o indivíduo continue praticando novas infrações e perturbando a ordem econômica caso exista essa ameaça; descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, §4º do CPP) em que a prisão preventiva assume caráter extremo, existindo medidas cautelares menos gravosas. Caso uma dessas medidas cautelares sejam descumpridas, poderão ser cumuladas com outra medida ou até substituídas (TAVORA; ALENCAR, 2017).

Essa modalidade de prisão só será imposta quando realmente se mostrar necessária, e deixando de existir os motivos que a ensejou, o juiz deverá revogá-la de pronto. Diferencia-se das demais por não possuir prazo, persistindo enquanto houver o motivo que a motivou. Previstas no art. 313 do CPP, a prisão preventiva abarca crimes que em regra, possuam pena superior a quatro anos praticados durante a persecução penal, quais sejam, crimes dolosos mais graves apenados com detenção ou reclusão, podendo caber também nos crimes dolosos menos

expressivos, com pena menor de quatro anos nas seguintes hipóteses: quando o réu é condenado com sentença transitada em julgado por crime doloso, e antes de passar cinco anos do cumprimento ou extinção da primeira infração, vem a praticar novo crime doloso; quando há dúvidas sobre a identidade civil do suspeito, e esse não fornece elementos para esclarecê-la; para objetivar a garantia da execução de medidas protetivas de urgência em crimes que envolvem violência doméstica e familiar contra a criança, idoso, enfermo, mulher e pessoa com deficiência (CASTRO, 2015).

3 Da prisão domiciliar

Introduzida pela Lei 12.403/2011, consiste numa forma excepcional de cumprimento da prisão preventiva, na qual o indivíduo é recolhido em seu próprio domicílio, onde sua entrada e saída serão permitidas apenas mediante autorização do magistrado. Consiste numa faculdade do juiz e não em um direito subjetivo do acusado. Se o sujeito preencher algum dos requisitos previstos no art. 318 do CPP, por oportunidade, merecimento e conveniência, poderá ter sua prisão preventiva substituída pela domiciliar (NUCCI, 2014). Coadunam também desse mesmo entendimento os mestres Renato Brasileiro de Lima (2016), Eugênio Pacelli e Douglas Fischer (2017), bem como Norberto Avena (2017).

Segundo o professor Renato Brasileiro de Lima (2017, p.1031) “[...] a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar visa tornar menos desumana a segregação cautelar, permitindo que, ao invés de ser recolhido ao cárcere, ao agente seja imposta a obrigação de permanecer em sua residência”. Para o legislador, a prisão domiciliar constitui-se como uma forma de prisão preventiva e não como medida cautelar alternativa à prisão, e caso haja descumprimento de tal prisão, o juiz analisará se deverá ou não revogar tal benefício (LIMA, 2017).

O art. 318 do CPP possuía três hipóteses de substituição da prisão preventiva pela domiciliar, que foram incrementadas pela Lei 12.403 de 2011, quais sejam: I- pessoas com mais de oitenta anos; II- aqueles que estiverem extremamente debilitados por doença grave; III- aquele que for responsável por cuidar de criança com menos de seis anos ou com deficiência. Com a entrada em vigor do Estatuto da

Criança e do Adolescente (Lei 13.257/2016), alguns dispositivos do CPP foram alterados, entre eles, o art. 318 do CPP, que teve seu inciso IV alterado e os incisos V e VI incluídos, aumentando assim, o rol de pessoas que podem ter sua prisão preventiva substituída pela domiciliar, passando de três para seis hipóteses, sendo elas:

IV- Gestantes; Na Lei de execuções Penais- LEP para que a condenada possa cumprir pena em regime domiciliar, basta que a mesma esteja grávida, conforme art. 117, IV do mesmo dispositivo legal. No CPP, o art. 318, IV, referia-se inicialmente a gestante a partir do 7º mês de gravidez ou quando esta for de alto risco para a saúde do bebê ou da mãe. Com o advento da Lei nº 13.257/2016, conhecida como Marco Civil da Primeira Infância, passou-se a autorizar a prisão domiciliar para gestantes em qualquer estágio da gravidez, desde que o estabelecimento prisional não possua condições de tratamento adequado à mesma (LIMA, 2018). Nesse sentido, a 2ª turma do STF, no julgamento do HC 131.760/SP, estabeleceu que não importando a gravidade do delito, a concessão da prisão domiciliar para gestantes protege além da maternidade e da infância, a dignidade da pessoa humana, uma vez que se prioriza o bem-estar do nascituro, em razão dos cuidados necessários ao seu nascimento e fase de alimentação.

V- Mulher com filho de até doze anos incompletos; em todo o território nacional, mesmo que o presídio que a comporta possua espaço adequado para os cuidados maternos (TAVORA; ALENCAR, 2017). Diferente do disposto no inciso III, aqui exige-se que o protegido, sendo criança menor de 12 anos de idade, com ou sem deficiência seja filho de quem estiver preso preventivamente. Para tal concessão, é necessário que o filho se encontre na responsabilidade da genitora presa, pois se estiver sob os cuidados de terceiro, não haveria sentido para que houvesse tal substituição, pois, a regra é que o benefício seja em prol do filho menor, não visando o desencarceramento de genitoras irresponsáveis (MARCÃO, 2017).

VI- Homens quando forem os únicos responsáveis pelos cuidados de crianças de até doze anos (TAVORA; ALENCAR, 2017).

4 Da Intranscendência da pena

O ART. 5º, XLV da CRFB/88 se limitou a falar de regras constitucionais acerca da pena, tratando-se especificamente de um princípio basilar no direito brasileiro, o Princípio da Intranscendência da Pena, também conhecido como Princípio da Pessoalidade ou da Responsabilidade Pessoal. Tal princípio baseia-se na ideia de que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado [...]” (LENZA, 2016, p.1232).

Segundo Tourinho Filho (2010, pág.398) “a ação penal é proposta apenas contra a pessoa ou as pessoas a quem se imputa a prática da infração”, sendo assim, entende-se que é vedado um terceiro cumprir pena destinada a outrem, uma vez que conforme Zaffaroni e Pierangeli (2006, p.154) “a pena é uma medida de caráter estritamente pessoal, em virtude de consistir numa ingerência ressocializadora sobre o apenado”.

Contudo, em nosso entendimento, a legislação é omissa quanto a tal princípio, ao estabelecer que mulheres em plena gestação ou mães de crianças, sejam mantidas em cárcere de forma preventiva, por um período de tempo indeterminado, antes mesmo de sua condenação, em presídios projetados quase que em sua totalidade para homens, não possuindo condições mínimas para abrigarem mulheres nessa situação. A esse respeito Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2006, p. 154) afirmam que “infelizmente, sabemos que na realidade social a pena costuma afetar terceiros inocentes, particularmente os familiares do apenado”. Nesse caso, não são apenas as mulheres acusadas de cometerem determinado delito que estão sendo apenadas, mas também, seus filhos que sofrem sérios prejuízos à infância em decorrência de tal prisão, sendo submetidos ao encarceramento junto com suas mães para que possam receber os cuidados maternos dos quais necessitam.

A prisão é um fato que leva ao estresse constante na vida de qualquer detento. Sendo a gestação um período de crise interna e de transformação em decorrência de diversos fatores, estando a detenta grávida, o seu nível de estresse aumenta em relação às demais presas, o que somado a outros aspectos pessoais acaba culminando numa desestabilização emocional. Durante o período de gestação, o embrião absorve para si todas as situações físicas e psíquicas que a mãe vivencia. Embora seja cabível a prisão da gestante, há uma vida intrauterina diretamente

prejudicada, que não pode “pagar” pelo suposto crime cometido pela mãe (VIAFORE apud MELLO, 2014).

5 A concessão do habeas Corpus coletivo de nº 143641 pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal

No dia 20 de fevereiro de 2018 a Segunda Turma do STF decidiu por maioria absoluta de votos, conceder Habeas Corpus coletivo a todas as gestantes, mães de crianças de até 12 anos incompletos e mães de pessoas com deficiência, substituindo assim a prisão preventiva pela prisão domiciliar (NOTÍCIAS STF, 2018).

Para o coletivo de advogados em Direitos Humanos, impetrante do HC, o confinamento de gestantes em presídios de forma provisória, retira delas diversos direitos fundamentais como programa de saúde pré-natal, assistência médica na gestação e no pós parto, privando ainda as crianças de condições adequadas ao seu desenvolvimento infantil, constituindo assim num tratamento desumano, infringindo diversos dispositivos constitucionais que dizem respeito à individualização da pena, a vedação de penas cruéis e a violação da integridade física e moral (NOTÍCIAS STF, 2018).

O relator Lewandowski afirmou que a situação dos presídios brasileiros já foi discutida pelo STF no julgamento da medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, em que foi reconhecida estado de coisa inconstitucional no sistema prisional brasileiro. Para o ministro há uma violação clara do disposto no art. 5ª, XLV da CRFB/88 que diz que nenhuma pena passará para terceiro, uma vez que a pena das mães nessa situação passa também para os filhos, bem como a violação do art. 227 do mesmo diploma legal que estabelece prioridade na proteção às crianças. Destacou ainda que a edição da Lei 13.257/2016 (Estatuto da Primeira Infância) modificou o art. 318 do CPP de forma a custodiar em caráter cautelar, as gestantes e mães encarceradas (NOTÍCIAS STF, 2018).

Lewandowski votou no sentido de conceder a ordem de substituição da prisão preventiva por domiciliar, sem prejuízo das medidas alternativas previstas no art.

319 do CPP, a todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, listadas no Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e outras autoridades, estendendo tal decisão às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação. A decisão foi comunicada aos presidentes dos tribunais estaduais e federais para que, no prazo de 60 dias, seja analisada e colocada em prática (NOTÍCIAS STF, 2018).

6 A gestante no sistema carcerário brasileiro

A falta de assistência à saúde constitui-se como um dos aspectos mais graves nos presídios brasileiros. E quando se trata da mulher presa, esse problema é ainda mais danoso, uma vez que não há uma política específica para o atendimento a ela, especialmente no período de gestação (Galvão; Davim, 2013). Entre o descaso vivenciado por essas mulheres, encontra-se a ausência de assistência e acompanhamento ao exame pré-natal, que é essencial na preparação para a maternidade e segurança no nascimento, fornecendo informações sobre o desenvolvimento do feto, assegurando o nascimento de uma criança saudável, além do bem estar físico e psicológico da mãe, diminuindo a taxa de mortalidade materna e fetal, uma vez que a sobrevivência do recém-nascido está condicionada a assistência médica recebida no período de gestação, durante o parto e após ele. Muitas vezes a mulher só descobre ser soropositiva ou portadora de outras doenças transmissíveis no momento do parto, o que causa um profundo impacto psicológico na mãe e na saúde do bebê. A falta de atenção e cuidados especializados que o período de gestação necessita como alimentação adequada, ambiente confortável e apoio familiar, também constituem problemas enfrentados por essas gestantes (Galvão; Davim, 2013).

Na legislação brasileira, é prevista a restrição do direito à liberdade e a suspensão dos direitos políticos, entretanto, os direitos à saúde também estão sendo violados devido à estrutura precária e a superlotação, que levam conseqüentemente a assistência deficitária e insuficiente, caracterizada pela falta de espaço adequado para o bem-estar da mulher, bem como a ausência ou carência de assistência, que possui como maior obstáculo a falta de escolta policial até hospitais e postos de

saúde e a falta de diferenciação na alimentação em relação a outras mulheres, o que pode prejudicar o desenvolvimento fetal em longo prazo (Galvão; Davim, 2013).

7 A criança e o cárcere

A proteção à criança está prevista em diversos dispositivos legais, como por exemplo, o art.6º da Constituição da República Federativa do Brasil- CRFB/88 com a seguinte redação “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (PLANALTO, 2018). Sendo assim, a proteção da maternidade e da infância apresenta-se como direitos sociais constitucionalmente previstos. Visando a manutenção do direito a maternidade, o constituinte visualizou como alternativa a permanência dos filhos com as mães em presídios para que esse vínculo não fosse desfeito, obrigando mulheres a ficar com seus descendentes em condições inadequadas, num sistema carcerário sem estrutura mínima, predominantemente masculino, com exceção àquelas que cometem crimes violentos, o que faz com que elas sejam afastadas de seus filhos compulsoriamente. A mãe fica o tempo inteiro com a criança, num período de seis meses a um ano, dedicando-se inteiramente a ele. Essa presença em tempo integral acaba privando o bebê de interagir com as demais pessoas, o deixando assim menos preparado para o momento em que tiver que se separar de sua mãe (Época, 2018). Daniela Canazaro de Mello (2014, p.14) considera que:

[...] a prisão apresenta uma série de riscos para o menor, com destaque para as dificuldades emocionais da mãe diante do aprisionamento e o próprio ambiente hostil, que segundo as reclusas acabam influenciando os filhos com sentimentos negativos. Há, ainda, a inversão parcial do exercício das responsabilidades, pois não raro as mães prisioneiras atribuem papel de suporte emocional e figura contentora ao filho. Além disso, quanto mais tempo mãe e filho permanecerem na prisão, a tendência é que se crie uma relação de dependência mútua, o que prejudicará no desenvolvimento psicossocial da criança.

Se estender o período da criança com a mãe em presídios superlotados e com ausência de estrutura mínima para abrigá-los configura uma violação gravíssima aos direitos da mesma, o rompimento dessa relação materna entre mãe e filhos também representa uma violência. A importância do papel materno deu origem a diversas

teorias acerca do assunto, destacando-se, entre elas, a Teoria da importância do Vínculo mãe-bebê para o desenvolvimento saudável das crianças e nas consequências negativas ocasionadas pelo rompimento desse vínculo (WINNICOTT apud STELLA, 2009). Essa vinculação entre mãe e filho é de tamanha importância que possui previsão no art. 227 caput da CRFB/88, estabelecendo que:

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 (PLANALTO, 2018).

Sendo assim, uma vez retirada de sua mãe, está sendo removido da criança o direito a convivência familiar constitucionalmente prevista no citado artigo e em diversas leis esparsas como o Estatuto da Criança e do Adolescente. Com essa separação, as crianças passam por uma série de dificuldades que pode ser observada nitidamente em relação aquelas que possuem o convívio materno. Em âmbito internacional, Florizette O`Connor (2004) descreveu em seu relatório para a Organização das Nações Unidas a situação das presas num parâmetro mundial, que pode ser observada através das dificuldades existentes na relação entre mães e filhos separados, tais como: a distância dos presídios para a residência de seus familiares, o que aumenta a possibilidade de abandono dessas mulheres, o sentimento de abandono que os filhos possuem em relação às mães por não possuírem informações sobre elas, as dificuldades de contato entre mães e filhos, uma vez que crianças são submetidas a revistas humilhantes e são separadas de suas mães por uma parede de vidro ao visitá-las.

Além das dificuldades já mencionadas, outros efeitos desse distanciamento podem ser observados, como a mudança do seu cuidador primário que antes era representado pela genitora, a perda de apoio emocional e até mesmo apoio financeiro, podendo ser atingidas, nesse último caso, de forma mais intensa, especialmente quando passam a ocupar um ambiente mais amplo, como a escola, além de apresentarem distúrbios de ordem afetiva e acentuar a falta de autoridade paterna, já que essa relação tende-se a encurtar (STELLA, 2009).

No processo de socialização e individualização, a família apresenta-se como uma instituição essencial, sendo considerada, juntamente com o vínculo materno, como importante fator para a socialização do indivíduo e a manutenção da cultura (STELLA, 2009).

Na relação adulto-criança se dá à transmissão da cultura e os instrumentos necessários ao processo de socialização (ERIKSON, 1998). Quando a família, ou um de seus membros, não consegue cumprir com o seu papel, como a mãe quando é aprisionada, a criança pode ter seu processo de socialização comprometido, tornando o indivíduo mais permeável a frieza e a indiferença, processo que se inicia pela renúncia de si mesma em nome de padrões pré-existentes, o que impede sua reflexão e individualização (HORKHEIMER; ADORNO 1973).

O que se precisa de fato é refletir acerca da extensão da pena que vai além do acusado, para se pensar nas dimensões que o aprisionamento acarreta (Mello, 2014). De qualquer forma haverá prejuízo à criança, seja com a sua permanência na prisão, devido às condições inadequadas do local, seja por sair desse ambiente, que acarretará na separação da mãe, o que será visto por ela como uma perda. Diante disso, o Estado deveria adotar outro meio que não seja manter as crianças encarceradas juntamente com suas mães, e sim, encontrar formas de soltar essas genitoras, possibilitando, inclusive, a prática de penas alternativas à prisão, de modo a fazer com que a maternidade das apenadas fosse recriada num outro espaço que assegurasse a liberdade e não limitasse a capacidade da criança de desenvolver plenamente sua capacidade (Mello, 2014).

Por isso, é imprescindível que a alteração trazida no art. 318 do CPP quanto à substituição da prisão preventiva pela domiciliar de gestantes e mães de crianças de até doze anos, seja efetivamente aplicado, pois tal substituição constitui-se como o meio mais adequado e viável em busca da preservação dos direitos da gestante, das mães e de seus filhos, uma vez que como exposto, tanto a convivência de crianças em presídios juntamente com suas mães, quanto o afastamento delas, provocam consequências negativas a saúde e a socialização dessas crianças.

8 Considerações Finais

A situação precária da mulher em estado prisional pode ser quantificada quando se relaciona à destinação dos estabelecimentos prisionais por gênero, onde a maior parte dos presídios, mais especificamente 74%, foram projetados para homens, sendo apenas 7% destinado ao público feminino e 16% são de caráter misto (INFOPEN, 2017). Diante desses dados e de outros anteriormente expostos, conclui-se que uma das situações mais emblemáticas diz respeito às gestantes e mulheres que possuem crianças, haja vista a ausência de estrutura nos presídios para que possa existir uma relação saudável entre mãe e filho. Visando minimizar a violação ao exercício da maternidade e diversos outros direitos inerentes a pessoa humana como condições mínimas de higiene, saúde e assistência, a Lei 13.257/2016 alterou o art. 318 do CPP de forma a incluir gestantes e mulheres com filhos de até doze anos de idade no rol de pessoas que poderiam ter sua prisão preventiva, sem prazo determinado, substituída pela prisão domiciliar.

Como forma de garantir eficácia à nova redação do art. 318 do CPP, uma vez que ainda era timidamente aplicado pelos magistrados, o STF recentemente se posicionou acerca da situação, julgando procedente o Habeas Corpus coletivo de nº 143641 impetrado pelo coletivo de advogados em direitos Humanos, determinando que no prazo de 60 dias fosse substituída a prisão preventiva pela domiciliar de mulheres presas em todo o território nacional, desde que fossem gestantes ou mães de crianças de até doze anos incompletos, abrangendo também mães de pessoas com deficiência (NOTÍCIAS STF, 2018).

Diante do estudo realizado e dos dados coletados, pode-se aferir que é de suma importância a discussão acerca da substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar dessas mulheres, uma vez que ainda não condenadas, ficam à mercê dos descuidos do Estado que não consegue garantir o mínimo de dignidade a elas. Além do mais, a falta de estrutura para acolher gestantes, lactantes e mulheres com crianças de até doze anos incompletos, acaba por violar um importante princípio constitucional, o princípio da Intranscendência da pena, previsto no art. 5º, XLV da CRFB/88 onde “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, [...]” (BRASIL, 1988), uma vez que a sanção sofrida pelas mães em condições inadequadas influencia diretamente na vida de seus filhos, que na melhor das hipóteses terão que submeter parte de sua infância ao cárcere juntamente com suas genitoras para receberem os cuidados maternos necessários a sua pouca idade, o que os afasta do

convívio em sociedade e os impede de fazer uma série de coisas inerentes a infância. Situação essa que só piora quando essas mesmas crianças são afastadas compulsoriamente do convívio materno em razão da inexistência de local apropriado para elas. Sendo assim, é possível concluir que a prisão domiciliar dessas mulheres se constitui como a melhor alternativa para diminuir a violação dessa série de direitos que extrapolam a penalidade aplicada a elas e interferem na vida de seus filhos, que acabam pagando indiretamente pelos erros cometidos por suas mães.

9 REFERÊNCIAS

(STF, HC 131.760/SP, 2ª T., rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2-2-2016, DJe 097, de 13-5-2016).

AVENA, N. Processo Penal. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 9.^a ed. rev. e atual. p.684, 2017. Disponível em: < <https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/4021/145-Norberto-Avena-ProcessoPenal-2017-Pdf.pdf>>. Acesso em: 30 nov.2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CASTRO, L. **Prisão em Flagrante, Prisão Preventiva e Prisão Temporária – Distinções**. Forumcriminal.com, 2015. Disponível em:< <https://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/313428773/prisao-em-flagrante-prisao-preventiva-e-prisao-temporaria-distincoes>> . Acesso em: 29 de nov.2018

Época. No Brasil, filhos de mães encarceradas já nascem com direitos violados. Brasil/2018. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/brasil/noticia/2017/12/no-brasil-filhos-de-maes-encarceradas-ja-nascem-com-direitos-violados.html>>. Acesso em 03 dez. 2018.

ERIKSON, F.H. **O ciclo de vida completo**. Porto Alegre: Artemed,1998.

FERRAO, R.G; FERRAO, L.M.V. Metodologia científica para iniciantes em pesquisa. 3. Ed, ver. E atual. Vitória, ES: Incaper, 2012. 254 p.

FILHO, F. C. T. Processo penal 1. São Paulo, 32ª Ed., p. 398, 2010. Disponível em: [file:///C:/Users/x/Downloads/kupdf.net_processo-penal-vol-i-fernando-da-costa-tourinho-filho%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/x/Downloads/kupdf.net_processo-penal-vol-i-fernando-da-costa-tourinho-filho%20(1).pdf). Acesso em: 30 nov.2018.

GALVÃO, MCB; DAVIM, RMB. AUSÊNCIA DE ASSISTENCIA À GESTANTE EM SITUAÇÃO DE CÁRCERE PENITENCIÁRIO. Cogitare Enfermagem, [S.l.], v. 18, n. 3, set. 2013. ISSN 2176-9133. Disponível em <<https://revistas.ufpr.br/cogitare/rt/captureCite/33554/21053>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

HORKHEIMER,M.; ADORNO,T. **Temas básicos da sociologia**. São Paulo: Cultrix, 1973.

INFOPEN MULHERES. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias 2016. 2º Ed. Brasília-DF/2018. Disponível em:< file:///C:/Users/x/Downloads/InfopenMulheres_arte_07-03-18.pdf >. Acesso em: 03 de dez. 2018.

INFOPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias 2016. Brasília/2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2018

LAKATOS, E.M; MARCONI, M.A. Metodologia Científica. 6ª. ed. Atlas, 2011. 320 p.
LENZA. P. DIREITO CONSTITUCIONAL ESQUEMATIZADO. 20. ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, R. B. Manual de Processo Penal. Salvador: Ed. Juspodvm, 2018. 6. ed .rev., ampl. e atual.Salvador

LIMA, R.B. Manual de Processo Penal. 6ª. ed. Salvador/Bahia: JusPodivm, 2017. 1871 p.

LIMA. R.B. Manual de Processo Penal: Salvador: Ed. JusPodivm, volume único. 4. ed. rev., ampl. e atual. p.1343, 2016. Disponível em:< <https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/4032/174->

Manual-de-Processo-Penal-Renato-Brasileiro-de-Lima-2016-Volume-Unico-4-Ed.pdf>. Acesso em: 30 nov.2018.

MARCÃO, R. Prisão domiciliar substitutiva da preventiva: a lei 13.257/16 e o atual art. 318, incisos IV, V e VI, do CPP. Migalhas, 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI255591,61044-Prisao+domiciliar+substitutiva+da+preventiva+lei+1325716+e+o+atual>>. Acesso em: 29 de nov. 2018

MELLO, DC. *A PRISÃO FEMININA: GRAVIDEZ E MATERNIDADE-UM ESTUDO DA REALIDADE EM PORTO ALEGRE-RS/BRASIL E LISBOA/PORTUGAL*. 2014. 32f. Tese (Doutorado em ciências criminais)– Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. Disponível em:<<http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4262/1/459044.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

NOTÍCIAS STF. 2º Turma concede HC coletivo a gestantes e mães de filhos com até 12 anos presas preventivamente. Brasília/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>>. Acesso em: 03 dez. 2018;

NUCCI, G. S. Código de processo penal comentado. Rio de Janeiro, 13. ed. rev. e ampl., p. 597/599, 2014. Disponível em: <<https://direitom1universo.files.wordpress.com/2016/06/cc3b3digo-penal-comentado-guilherme-nucci-ed-forense-14c2aa-edic3a7c3a3o-2014.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Administración de justiça, estado de derecho y democracia: documento de trabalho de La Sra. Florizelle O`Connor. EUA. Biblioteca Eletrônica dos Direitos Humanos, 2004

PACELLI, E. FISCHER, D. Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência, São Paulo: Atlas, 9ª ed. rev. e atual. p. 509, 2017. Disponível em: <<https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/1452-Comentarios-ao-Cdigo-de-Processo-Penal-e-Sua-Jurisprudncia-2017-Eugnio-Pacelli-de-Oliveira-e-Douglas-Fischer.pdf>>. Acesso em: 30 nov.2018.

Presidência da República Casa Civil Subchefia para assuntos jurídicos. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 03 dez. 2018.

PRODANOV, C.C; FREITAS, E.C. METODOLOGIA DO TRABALHO CIENTIFICO. Métodos e Técnicas da Pesquisa e do Trabalho Acadêmico. 2º ed. Novo Hamburgo, RS, 2013. p. 277.

REIS, A. C. A; GONÇALVES, V. E. R; Coordenador Pedro lenza. Direito Processual Penal Esquemático. São Paulo: Saraiva, 2.ed., 2013.

STELLA, C. *Filhos de mulheres presas: o papel materno na socialização dos indivíduos*. São Paulo, v.09, n. 2, p. 292-306, 2009. Disponível em: <<http://www.revispsi.uerj.br/v9n2/artigos/pdf/v9n2a03.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

TÁVORA, N; ALENCAR, RR. Curso de Direito processual Penal. Salvador/ Bahia: Juspodvm, 2017. 12º. Ed. Amp. E atual, 2017.

TOURINHO FILHO, F. C. Processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003. V.III. p.509.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique; Manual de Direito Penal Brasileiro. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2016/Bol17_03.pdf>. Acesso em: 30 nov.2018.