



SARA ELIZABETE DE ASSIS PEREIRA

A INTRODUÇÃO DE MENORES INCAPAZES NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Ji-Paraná,
2019.

SARA ELIZABETE DE ASSIS PEREIRA

A INTRODUÇÃO DE MENORES INCAPAZES NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Artigo apresentado no Curso de graduação em Direito, ao Ensino Superior do Centro Universitário São Lucas 2019, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Me. Aroldo Bueno de Oliveira.

Ji-paraná,
2019.

P437i

Pereira, Sara Elizabete de Assis

A Introdução de menores incapazes na lei de execução penal
/ Sara Elizabete de Assis Pereira. Ji-Paraná: Centro Universitário
São Lucas, 2019
29 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Centro
Universitário São Lucas, Curso de Direito, Ji-Paraná, 2019.

Orientador: Prof. Aroldo Bueno de Oliveira

1. Criança. 2. Mulher. 3. Cárcere. 4. Infância. I. Oliveira,
Aroldo Bueno de. II. A Introdução de menores incapazes na lei de
execução penal.

CDU **343.915**

SARA ELIZABETE DE ASSIS PEREIRA

A INTRODUÇÃO DE MENORES INCAPAZES NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Artigo apresentado à Banca Examinadora do Centro Universitário São Lucas, como requisito de aprovação para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Me. Aroldo Bueno de Oliveira.

Ji-paraná, _____ de _____ de 2019.

Resultado: _____.

Avaliadores

_____	_____
Titulação e Nome	Instituição
_____	_____
Titulação e Nome	Instituição
_____	_____
Titulação e Nome	Instituição

A INTRODUÇÃO DE MENORES INCAPAZES NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL¹

Sara Elizabete de Assis Pereira²

Aroldo Bueno de Oliveira³

RESUMO: O presente estudo analisa como o ordenamento jurídico brasileiro recepciona os menores incapazes com mães em cumprimento de pena. Mulheres grávidas ou mães de crianças menores de 12 anos cumprindo pena privativa de liberdade que por vezes acabam a privar as crianças não apenas de liberdade, mas também de outros direitos. A legislação brasileira tem cuidado para que as situações às quais essas crianças estão sendo submetidas não agredam seu desenvolvimento, avançando nas medidas que visam a proteção integral da primeira infância. Apresenta os princípios norteadores, contextualizando historicamente a evolução da legislação pertinente ao direito das mulheres, analisando os novos estudos com foco no desenvolvimento infantil, apontando dados do encarceramento feminino brasileiro, ressaltando o desenvolvimento do movimento feminino na história e até mesmo seu avanço criminológico com a análise da criminologia feminina apresentada no contexto prisional.

Palavras-chave: Criança. Mulher. Cárcere. Infância.

THE INTRODUCTION OF MINORS UNDER THE PENAL EXECUTION ACT

ABSTRACT: The present study analyzes how the Brazilian legal system receives the incapacitated minors with mothers in compliance with sentence. Pregnant women or mothers of children under 12 years serving a custodial sentence that sometimes deprive children not only of freedom but also of other rights. Brazilian legislation is careful that the situations in which these children are being subjected do not hinder their development, advancing in measures aimed at the comprehensive protection of early childhood. It presents the guiding principles, contextualizing historically the evolution of legislation pertinent to women's rights, analyzing the new studies focusing on child development, pointing out data from the Brazilian female imprisonment, highlighting the development of the feminine movement in history and even its criminological progress with the analysis of female criminology presented in the prison context.

Keywords: Child. Woman. Prison. Childhood.

1.INTRODUÇÃO

O sistema carcerário brasileiro encontra-se em colapso com presídios superlotados. O aumento do número de mulheres presas acrescenta nesse colapso duas situações, a primeira é que a maioria das mulheres presas no Brasil estão presas em presídios femininos com estrutura originalmente masculina, mistos e em presídios masculinos; a segunda é o fato de algumas dessas mulheres terem filhos menores de 12 anos. O aumento de mulheres em cumprimento de pena privativa de

¹ Artigo apresentado ao Curso de Direito do Ensino Superior do Centro Universitário São Lucas como Pré-requisito para conclusão do curso, e obtenção do Título de Bacharel em Direito sob orientação do professor Aroldo Bueno de Oliveira.

² Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário São Lucas, 2019. Email: saraassispereira@gmail.com

³ Professor orientador, Bacharel em Direito pela Universidade Norte do Paraná – UNOPAR, 2009 e Mestre em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR, 2012. E-mail: aroldo.oliveira@saolucas.edu.br.

liberdade traz consigo o aumento de crianças expostas ao sistema carcerário brasileiro ou crianças sem acompanhamento familiar materno, levando em consideração que o acompanhamento paterno por vezes já não existe. Surge então a necessidade de estudar quais as medidas que estão sendo tomadas com relação a esse aumento e como isso influi no desenvolvimento infantil, considerando que é prioridade absoluta do Estado, Sociedade e família o desenvolvimento infantil e a segurança das crianças e adolescentes.

O Estado deve garantir a execução de forma que não agride os direitos fundamentais dos apenados, devendo também com prioridade absoluta resguardar os direitos das crianças; a legislação pertinente apresenta algumas contradições ao tempo que a Constituição Federal de 1988 versa sobre a garantia de direitos, tanto de mulheres grávidas e mães encarceradas, como também traz o direito das crianças como prioridade absoluta e a garantia desses direitos é responsabilidade de todos, são direitos como liberdade, desenvolvimento, educação, etc. A Lei de Execução Penal versa sobre celas preparadas para receber crianças de até 07 anos, com fundamento da amamentação e da manutenção no vínculo entre mães e filhos. O Estatuto da Criança e Adolescente reafirma os direitos, a garantia de prioridade absoluta elencando quais os termos dessa prioridade e apresentando a importância desses direitos para o desenvolvimento infantil.

O problema, entretanto, é como garantir às crianças cujas as mães estão em cumprimento de pena privativa de liberdade em presídios superlotados e em situação precária, na maior parte, que seus direitos não serão sucumbidos pelo sistema assim como os direitos dos próprios presos adultos. Descrever celas preparadas para a recepção de crianças é uma medida de reparação para aquelas que passaram por isso, uma vez que ao permanecer em presídios subentende-se que o direito à liberdade não está sendo praticado, a necessidade da permanência com a mãe e da amamentação estão ligadas ao desenvolvimento infantil porém, é notório que os presídios brasileiros não são capazes de receber recém-nascidos ou crianças visto suas precariedades.

A proteção à família também é um dever do estado, as crianças cujas as mães estão cumprindo pena privativa de liberdade por vezes não tem base familiar, possivelmente tendo apenas a mãe como suporte da família. Em alguns casos essas mães são as únicas mantenedoras dos lares, financeiramente e intelectualmente. Nesse contexto, a prisão dessas mulheres tem sido também um

problema familiar. A prevenção de crimes cometidos por mulheres, o acompanhamento de mulheres infratoras em seus primeiros delitos podem modificar a realidade dessas famílias. Ao analisar a criminologia dessas mulheres pode se chegar a um denominador comum na ideia de proteção à família. O direito das mães está ligado ao da criança, uma vez que ela é a responsável pelo filho, porém isso não pode ser usado como mecanismo para a não distinção de pena. A mulher precisa sofrer penalização pelo ato infrator enquanto a criança não pode sofrer nenhum tipo de privação devido a isso.

O presente estudo foi feito com base em estudos anteriores e individualizados, construído na junção de informações pertinentes ao tema, informatizando os dados atuais, analisando a legislação, os princípios, os números, utilizando doutrinas e informações do sistema penitenciário, índices e descobertas relativas aos menores e às mulheres. Com interesse em apresentar a situação a que as crianças são submetidas quando tem as genitoras encarceradas, levantar dados de como a situação do encarceramento de mulheres é um fator social e do que isso representa no desenvolvimento familiar e das crianças dessas mulheres. Demonstrar como o Estado enxerga e o que faz para conciliar a aplicação de leis e a garantia dos direitos..

1.0 A INTRODUÇÃO DE MENORES INCAPAZES NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

1.1 Contextualização da Mulher no Direito Penal

Mulher, a ilustração de mitos históricos, a face do pecado, a mãe de Jesus. Deve-se considerar que a mulher com o passar do tempo mantém seu destaque na sociedade; dotada de peculiaridades que o gênero feminino transita pela história com várias faces, diversas histórias, mitos crescem em volta do ser mulher: gestar, amamentar, menstruar, são particularidades do gênero feminino de modo a não ser contestado por ninguém.

A mulher conquistou, com o passar dos anos, uma visibilidade não apenas em torno de sua maternidade, mas também cidadania; ao alcançá-la, ao ser entendida como ente capaz de atos da vida civil a mulher passou então a conquistar outros direitos como trabalhar, votar, estudar, etc, direitos esses adquiridos em cada parte do mundo um a um.

Cada mulher inserida no mercado de trabalho é resultado de anos de luta e de conquistas, no mundo ainda há muito o que se fazer para que as mulheres sejam desmistificadas. São direitos exclusivos das mulheres, em primeiro lugar, ser considerada igual ao homem em direitos; o discurso diário de reafirmação de igualdade de direitos é bastante depreciativo. Afirmar a necessidade de um direito para igualar homens e mulheres é uma forma de não conhecer a igualdade; ora, se homens e mulheres são iguais, não há necessidade de reafirmação diária, ou pior, de uma norma para garantir como direito esta igualdade.

Fica subentendido que a igualdade é algo dado às mulheres, como se não existisse; mulheres não são iguais aos homens, por isso necessitam ser consideradas análogas aos homens em direitos, entretanto, se faz necessário cada uma dessas afirmações, afirmar igualdade com base no que diz a lei maior.

Biologicamente as mulheres não são iguais aos homens, porém a biologia é considerada apenas quando há reversão de direitos. Quando homens ganham mais que mulheres, a primeira justificativa é a impossibilidade de gestação por parte do homem e decorrente disso tem a impossibilidade de licença paternidade como a das mulheres. Devemos nós considerar que o direito à licença maternidade é barganhado com o direito de igualdade de cidadania?

Renata Coelho expõe os avanços legais e sociais das mulheres afirmando que ainda existe muito a se fazer no âmbito dos direitos das mulheres.

Os avanços legais vieram impulsionados em solo pátrio por movimentos sociais, pela doutrina, pela jurisprudência, bem como por mudanças estruturais no mundo que repercutiram no Brasil. Alguns direitos consagrados não encontraram eco nas famílias, na sociedade ou no Estado e pendem de execução, de suporte e de repressão à sua violação. A transformação vem a passos lentos, depende de realizações conjunturais em educação, saúde, trabalho, de guarda estatal e implementação de cada cidadão. Ações afirmativas, cotas, programas de conscientização, políticas públicas são peças de um quebra-cabeças de enormes proporções. E o avanço não é linear. Há retrocessos, estagnação, movimentos pendulares entre perdas e ganhos. (2017, p. 117)

A mulher no âmbito penal tem, na verdade, pouca visibilidade, a sociedade ainda não enxerga a mulher como ser capaz de crimes e em suas exceções elas perdem toda a capacidade cidadã.

Com base na história, as mulheres realmente são menos propensas à criminalidade, porém com o avanço da mulher no mundo social como possuidora de direitos e deveres igualados aos dos homens, mulheres na atualidade trabalham, estudam, dividem contas com os companheiros e em alguns casos são as únicas

mantenedoras de seus lares, únicas provedoras de seus filhos. Essa ascensão da mulher na sociedade se dá em todas as áreas, inclusive na criminalidade.

De acordo com os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), “[...] em um período de 16 anos, entre 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento de mulheres aumentou em 455% no Brasil.” (BRASIL, INFOPEN, 2018, p. 13)

Considerando que o número de mulheres encarceradas aumentou, fica claro que o número de mulheres com envolvimento com criminalidade também. Entretanto nota-se pouca preocupação da sociedade, pois as mulheres demandam mais energia em outras áreas, podendo deduzir que “mulheres de bem” são as que importam. Assim, quando uma mulher se coloca em uma situação não condizente com a esperada pela sociedade, ela é punida duas vezes, uma com o cárcere e outra com o esquecimento.

Existem políticas importantes e fundamentais para o desenvolvimento feminino, leis que inibem a violência contra a mulher, acolhimento de mulheres vítimas de violência, incentivos a mulheres à educação. Regras que tentam igualar as mulheres e mantê-las na sociedade como igual, ficam, porém, de canto as políticas para as mulheres que não estão inseridas na sociedade, in verbis:

Lei Maria da Penha 11.340, de 07 de agosto de 2016, cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra mulher.

Lei 13.104, de 09 de março de 2015, prevê feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio.

Decreto 7.958, de 13 de março de 2013, estabelece diretrizes para atendimento às vítimas de violência sexual pelos profissionais de segurança pública e da rede de atendimento do Sistema Único de Saúde.

Projeto de Lei do Senado (PLS 398/2018) dispõe sobre estímulo à participação feminina nas áreas da ciência, tecnologia, engenharia e matemática, e mitigação de barreiras contra mulheres nessas áreas.

Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997, estabelece normas para as eleições e em seu art. 10 § 3º, assegura que pelo menos 30% dos candidatos sejam do sexo oposto aos 70% restante. (BRASIL, 2019)

As leis específicas para as mulheres são leis para mulheres livres, as políticas públicas são para mulheres livres, como se ao cometer ato ilícito elas perdessem a feminilidade.

Mulheres são presas em presídios masculinos adaptados para elas; há casos onde não recebem material de higiene necessários para a higiene feminina,

mulheres grávidas que não fazem pré-natal, mulheres vítimas de abuso físico e psicológicos dentro de instituições governamentais, excluídas de todos os direitos adquirido por elas ao longo dos anos.

A não observância dos direitos da mulher em situação carcerária e os usos e práticas do Estado dissociadas da busca pelo enfrentamento das distorções de gênero no sistema penitenciário são relacionados com outras dificuldades no universo do reconhecimento da mulher como sujeito de direitos. (MONTEIRO, 2013, p. 59)

O artigo primeiro da convenção de Belém do Pará em 1994 traz clareza ao indicar as formas de violência contra a mulher, tanto na esfera pública quanto na privada. (BRASIL,1994)

O artigo 1º do decreto 1973/96 afirma que “Entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.” (BRASIL,1996)

O estado como operador das leis, e agente de sua aplicação por vezes fere os direitos femininos, o não reconhecimento das peculiaridades da saúde feminina, o não respeito as suas particularidades como pessoa de direitos é uma forma de violência contra a mulher que o próprio estado deveria assegurar. A mulher no âmbito penal tem seus direitos esquecidos pela sociedade e pelo estado.

1.2 A ascendência dos direitos das mulheres

A história feminina começa com a origem do mundo, a ideia da primeira mulher do mundo, Eva, as mulheres incríveis por trás dos grandes homens, as donas dos corações dos guerreiros, as bruxas. Na atualidade tem-se grandes mulheres à frente de grandes feitos e não mais atrás de grandes homens, mulheres presidindo países, mulheres cientistas da NASA, mulheres guerreiras contra o terrorismo é algo tão normal que refletir sobre quando as mulheres não podiam estudar, escolher seus esposos e votar se torna difícil.

No Brasil, o primeiro direito que as mulheres conseguiram foi o direito à alfabetização; até 1827 as meninas e mulheres não podiam ser alfabetizadas. Com a conquista do direito de alfabetização elas ainda não podiam ter formação avançada, aprendiam apenas Português e Matemática de forma básica. Somente 52

anos depois as mulheres puderam ingressar em cursos superiores. (BRASIL, MPF, 2019)

O trabalho veio bem depois, por volta de 1939 quando houve a necessidade dos homens deixarem seus empregos e suas casas solicitados por seus exércitos pela Segunda Guerra Mundial. Ao encontrar a necessidade de uma casa sem provedor, as mulheres adentraram no mercado de trabalho. Fábricas e trabalho excessivo foi o que encontraram. A guerra durou 6 anos, porém a vida pós-guerra não mudou muito para as mulheres, pois alguns dos homens que voltaram vinham mutilados e impossibilitados do trabalho, o que manteve as mulheres no mercado de trabalho. (BRASIL, MPF, 2019)

O direito ao voto veio com a promulgação do código eleitoral pelo Presidente Getúlio Vargas. As mulheres já trabalhavam, estudavam e votavam, entretanto o código civil até 1962 ainda trazia em seu texto a incapacidade relativa das mulheres, porque estudar, trabalhar e votar eram direitos das mulheres que tinham a anuência do Pai ou Esposo. (BRASIL, MPF, 2019)

Travadas ainda batalhas durante o século XX e XXI, a mulher brasileira se viu diante de grandes vitórias, de grandes feitos. Um dos pontos principais favoráveis de seus direitos, foi no âmbito trabalhista com o aumento da licença maternidade. Houve várias mudanças do código civil acerca de direitos civis como, por exemplo, a lei do divórcio, a retirada da virgindade como motivo para anulação do casamento. Até que, em 2006 é assinada a lei 11.340 - Lei Maria da Penha -, criando mecanismos para coibir a violência doméstica. As conquistas femininas no direito brasileiro por vezes se deram em passos largos, outras e passos curtos e lentos, mas sem nunca deixar de lutar de se fazer ouvir, as mulheres têm conquistado respeito e direitos.

1.3 A natureza feminina e as singularidades do gênero

O sexo interfere em todos os aspectos na vida de uma pessoa, quando se nasce menina as coisas são de um jeito e quando se nasce menino de outro. Não somente com relação a sociedade, o organismo, a biologia dos corpos têm diferenças reconhecidas pelos médicos. Os cromossomos no corpo feminino são diferentes dos masculinos, o número de neurônios e suas ligações, o tamanho dos

ossos e sua proporção, os hormônios entre vários outros fatores biológicos que deixam claro a diferença dos sexos.

Ainda assim, a sociedade é quem decide a informação científica que deseja absorver; até o século XVIII acreditava-se que haveria apenas um sexo e que pênis o único órgão reprodutor, que as mulheres tinham, portanto, uma deficiência e seu pênis eram interno, daí o fato da mulher ser considerada por vezes inferior ao homem.

De acordo com Thomas Laqueur (1987, 1992), a noção de diferença sexual ou a própria idéia de dois sexos biológicos distintos é uma concepção que pode ser historicamente contextualizada em torno dos séculos XVIII e XIX. Até essa época, predominaria um modelo, herdado dos gregos, que admitia a existência de apenas um sexo biológico, enquanto o gênero se apresentaria em pelo menos duas possibilidades. Neste caso, homem e mulher não seriam definidos por uma diferença intrínseca em termos de natureza, de biologia, de dois corpos distintos, mas apenas em termos de um grau de perfeição.” (ROHDEN, 2001, p. 31)

Nesse contexto, a mulher tinha apenas uma função, a maternidade, o que novamente a coloca numa posição de inferioridade. A partir do século XIX é que se começam as pesquisas e descobertas acerca das reais diferenças de sexo onde a mulher passa a ter suas peculiaridades definidas, ou talvez devesse chamar de aspectos biológicos.

Hoje, muito se sabe sobre como funcionam os corpos humanos, quais as melhores habilidades de cada um, porém, respeitando o foco desse estudo, as diferenças que traçaremos são as diferenças biológicas dos corpos femininos que deveriam ter enfoque no tratamento carcerário.

Somente a título de argumentação, é fato notório que a higiene íntima feminina requer cuidados maiores que a masculina, uma vez que seu órgão genital é interno; neste contexto é demandado uma série de procedimentos adstritos a evitar a proliferação de fungos e bactérias causadores de inúmeras doenças pela ausência de higiene feminina, v.g. o câncer de colo de útero, *in verbis*:

Vários são os fatores de risco identificados para o câncer do colo do útero. Está relacionado ao estilo de vida, fator cultural ou ambiental, sendo que alguns dos principais estão associados às baixas condições sócio-econômicas, ao início precoce da atividade sexual, à multiplicidade de parceiros sexuais, ao tabagismo (diretamente relacionado à quantidade de cigarros fumados), à higiene íntima inadequada e ao uso prolongado de contraceptivos orais. Estudos recentes mostram ainda que o vírus do papiloma humano (HPV) tem papel importante no desenvolvimento da neoplasia das células cervicais e na sua transformação em células cancerosas. (SEMENTILLE, 2013, p.113)

Neste contexto, nem todas as mulheres presas estão grávidas, porém todas podem ficar, o corpo feminino se prepara para a gestação desde a adolescência, excluídas as mulheres com problemas de infertilidade, todas as mulheres presas estão suscetíveis à gravidez. Ao se considerar a gravidez deve-se perceber que se trata de mais de uma vida, todo os estímulos e todas as percepções sentidas pela mãe, são sentidas pelos fetos, e muito maior que isso essas situações refletem em todo o desenvolvimento da criança mesmo após o nascimento.

Mulheres grávidas requerem no mínimo o acompanhamento de pré-natal, exames regulares, acompanhamentos psicológicos. As mulheres grávidas livres mesmo que com baixa renda, conseguem por meios públicos acesso a esse acompanhamento, porém nem sempre as mulheres presas tem o necessário. A alimentação adequada também é uma necessidade especial para a mulher grávida independente do estado de liberdade ou prisão.

Quase 90% das detentas já estavam grávidas quando foram presas. No momento que a gestação ocorreu 37% queria engravidar e 63% não queria engravidar nem neste nem em outro momento. Ficaram satisfeitas ou mais ou menos satisfeitas com a ocorrência da gravidez 81% das mulheres. (LEAL, 2016)

O estudo de Maria leal demonstra que as menores taxas são das mulheres que engravidam não prisão, a maioria no momento da prisão já está grávida.

1.4 Análise criminológica do gênero feminino

A influência do gênero na criminalidade pode ser definida por fatores históricos, culturais e biológicos, aceitando a mulher como criminosa de maneira a imputá-la crime de caráter violento é um avanço social.

As mulheres nunca foram vistas como criminosas, no máximo, loucas, bruxas e prostitutas. Acreditar no potencial ofensivo da mulher no mundo do crime é o mesmo que instituir a ela a mesma força e poder que o homem possui. No entanto, não se pode afirmar que a mulher, mesmo com o crescimento na criminalidade, possui o mesmo potencial ofensivo que os homens. As taxas, ainda que com crescimento considerável das mulheres no mundo do crime, por si só não caracterizam a mesma potência criminosa.

Apesar de observarmos um aumento na criminalidade feminina, os dados mais recentes mostram que não houve uma elevação tão substancial da

participação das mulheres no rol dos crimes comumente praticados pelos homens, revelando que o crescimento da criminalidade feminina pode ter relação muito mais com a dinâmica proporcionada pelo tráfico de drogas do que por uma maior disposição das mulheres para cometer crimes. (FRANÇA, 2014, p. 219)

Mesmo com o grande aumento da população carcerária feminina, os dados sobre criminalidade feminina ainda são desconhecidos, os estudos escassos acerca do assunto, até o desinteresse sobre essas mulheres levam a uma fenda no estudo. Podemos acompanhar a movimentação das mulheres no crime pelo fator prisional, porém o estudo da criminalidade tem outro viés.

Pode se conceituar criminologia como a ciência empírica (baseada a observação e na experiência) e interdisciplinar que tem por objeto de análise o crime, a personalidade do autor do comportamento delitivo, da vítima e o controle social das condutas criminosas. (NESTOR FILHO, 2017, p. 21)

À medida que se vê o que é criminalidade, fica claro que apenas o estudo do inchaço carcerário não nos diz muito sobre a criminalidade feminina. Porém, tem-se alguns estudos que trazem dados acerca do perfil das mulheres delinquentes.

Embora iniciais, tais estudos demonstram que as mulheres são motivadas a delinquir por razões que podem ser agrupadas em três fatores primordiais: necessidades econômicas (sustento da família, do próprio vício, ou desejo de aquisição de bens de consumo); necessidade de manter vínculos afetivos (incluindo-se aí o dever de fidelidade ou lealdade que leva muitas mulheres a assumirem os negócios do parceiro criminoso quando este é preso ou morto); e necessidade de conquista de poder e reconhecimento. (STARLING, 2010, p. 17)

Pesquisas como a de Starling que afirmam esses traços são pesquisas feitas em penitenciárias, portanto ao mesmo tempo que não podemos considerar apenas o inchaço do sistema prisional, são os dados que temos para pesquisa, se consideramos que a cifra negra da criminalidade nos coloca numa margem maior.

Traçar uma análise entre o número de mulheres presas, os crimes pelos quais elas respondem com os motivos apontados para delinquência feminina, observaremos a perfeita conversação entre eles.

De acordo com os dados do INFOPEN 2018, em 2016 haviam 42 mil mulheres presas no Brasil, 45% delas sem condenação, 62% Negras, 62% presas por tráfico e 74% são mães. (BRASIL, INFOPEN, 2018).

1.5 Da prioridade absoluta da infância encarcerada

Todos os direitos elencados como direitos das crianças e dos adolescentes, devem ser tratados como prioridade absoluta é o que dispõe o art 227 CF/88.

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. (BRASIL, 2019)

O dispositivo não somente elenca tais direitos, como os coloca como dever da família, sociedade e estado. Assim a intenção é que sendo dever todos, um monitore o outro a respeito do cumprimento. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei 8069/1990, veio então descrevendo essa prioridade em seu art. 4º:

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. (BRASIL, 2019)

O legislador considerou o fato das crianças estarem em fase de desenvolvimento, sendo esses incapazes fica a cargo das famílias, da sociedade e do estado, garantir os mesmos direitos de qualquer cidadão, somado a priorização da aplicabilidade desses direitos quando eles estiverem em confronto com os direitos de cidadãos adultos, como demonstra Murilo José Digiacomo, 2017.

A criança e o adolescente têm prioridade na primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, é garantir que em uma situação de risco as crianças devam ser as primeiras a serem salvas e receber qualquer tipo de socorro. Precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública, garantia de que os serviços públicos destinados ao atendimento das crianças sejam prioritários aos demais atendimentos. (DIGIACOMO, 2017)

Preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas, as políticas sociais devem estar direcionadas de forma a atender a demanda infantil,

havendo uma política pública está deve estar em conformidade com os princípios norteadores do direito das crianças, não podendo haver uma política pública que negligencie tais direitos. (DIGIACOMO, 2017)

Destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude, o estado deve atender as demandas das crianças antes do atendimento das demais necessidades sociais, assim antes do estado investir na pavimentação de um bairro deve considerar as demandas das crianças, como creches e escola. A educação das crianças deve ser anterior aos demais problemas sociais. (DIGIACOMO, 2017)

Os efeitos da prioridade absoluta não colocam em xeque os direitos dos demais cidadãos e sim garantem uma proteção para aqueles que, mesmo possuidores dos direitos, não são capazes de se valer deles.

A incapacidade das crianças não pode ser motivo de não garantia dos direitos, o artigo 2º do código civil traz não somente o direito da criança como também o direito do nascituro: “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” (BRASIL, 2019)

Desde sua concepção o feto já tem direitos garantidos e compete a nós garantir tais direitos, pela incapacidade do próprio o fazer.

1.6 Primeira infância e sua concepção

Já durante o período de gestação o feto recebe alguns sinais e estímulos do mundo exterior, a formação começa na concepção. “O desenvolvimento cerebral que permitirá a aprendizagem ao longo da vida se inicia na gestação e tem especial relevância durante a primeira infância.” (Segundo o Núcleo Ciência pela Infância, 2014, p. 04.)

Teses sobre quando começa a vida não serão objetos de análise no presente estudo e sim sobre quais as influências recebidas pelas crianças nesses primeiros contatos com o mundo exterior e como isso molda o ser humano.

A primeira infância é o período que abrange os primeiros seis anos completos de vida da criança. Essa fase é 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. (CARTILHA, Prioridade Absoluta, 2017, p. 09)

Sabe-se então que tudo que acontece ao redor de uma criança influencia o adulto que ela será e que é dever de todos garantir um desenvolvimento saudável para essas crianças. Em 2016, a Lei 13.257 alterou partes do ECA dispondo sobre diretrizes de políticas públicas para a primeira infância, modificando textos e melhorando trechos de modo a incorporar a primeira infância e salientar sua importância.

Art. 5º. Constituem áreas prioritárias para as políticas públicas para a primeira infância a saúde, a alimentação e a nutrição, a educação infantil, a convivência familiar e comunitária, a assistência social à família da criança, a cultura, o brincar e o lazer, o espaço e o meio ambiente, bem como a proteção contra toda forma de violência e de pressão consumista, a prevenção de acidentes e a adoção de medidas que evitem a exposição precoce à comunicação mercadológica. (BRASIL, 2019)

A prioridade do cuidado com a primeira infância tem como objetivo garantir às crianças o desenvolvimento digno, que é um dos pilares do Estatuto da Criança e do Adolescente; priorizar os fatores que rodeiam o desenvolvimento do ser humano é uma forma de garantir dignidade a ele.

1.7 O encarceramento de menores não infratores

Os menores encarcerados são uma questão social: abordar uma idade justa para que menores paguem por seus delitos ainda é uma questão que a sociedade enfrenta; porém, ao se tratar do encarceramento de menores não infratores se muda o foco da questão.

Ora, a questão é quando se pode punir menores infratores? A partir de qual idade cabe a imputação de pena de um certo crime, e se não há crime? Pelo menos não com o agente causador sendo menor. O cárcere de menores não infratores é uma realidade. Diante do art. 5º da Constituição Federal:

[...]
XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido. (BRASIL, 2019)

Tem-se um princípio norteador da extensão das penas, o artigo é taxativo ao dizer que nenhuma pena passará da pessoa do condenado. No caso de mulheres infratoras grávidas ou com filhos, o direito a amamentação e ao convívio materno acabam por encarcerar os inocentes.

Contudo, o que se verifica no dia-a-dia de uma prisão feminina no Brasil é exatamente a negação daquele princípio por parte do Estado “infelizmente, sabemos que na realidade social a pena costuma afetar terceiros inocentes, particularmente os familiares do apenado” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 154).

.Atinge diretamente a criança que se mantêm no cárcere juntamente com a mãe. É preciso reconhecer a necessidade da criança do aleitamento e do convívio com a mãe. Nesse linear, a primeira infância influencia os demais anos de vida da criança e do adulto. É preciso analisar que ao submeter crianças ao sistema carcerário atual fere-se todos os direitos elencados como direitos das crianças.

Art. 4º 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. (BRASIL, 2019)

No artigo 4º da Lei 8069/90, o Estatuto de Criança e Adolescente, e a própria Constituição brasileira asseguram as crianças, direitos como liberdade, dignidade e convivência familiar e comunitária.

[...]
74% das unidades prisionais destinam-se aos homens, 7% ao público feminino e os outros 16% são caracterizados como mistos, o que significa que podem contar com alas/celas específicas para o aprisionamento de mulheres dentro de um estabelecimento originalmente masculino. (BRASIL, INFOPEN, 2018, p. 22)

Os dados do INFOPEN demonstram a que tipo de encarceramento as crianças são submetidas quando suas progenitoras estão encarceradas, o sistema prisional brasileiro vive um colapso, também nos dados do INFOPEN,

A taxa de ocupação no sistema prisional brasileiro, em relação às mulheres, é de 156,7%, conforme registrado em julho de 2016, o que significa dizer que em um espaço destinado a 10 mulheres, encontram-se custodiadas 16 mulheres no sistema prisional. (BRASIL, INFOPEN, 2018, p. 35)

Observado os dados, fica óbvio que o encarceramento de menores não infratores é uma realidade no país. Os dados dos encarceramentos somados aos estudos da primeira infância trazem a necessidade de revisão dos direitos garantidos e dos meios utilizados para garantir tais direitos.

1.8 Das responsabilidades do estado na execução penal envolvendo mães e menores

O Estado tem obrigações, ressaltar-se-á aqui a segurança pública o artigo 144 da CF/88 versa sobre ela. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos. (BRASIL, 2019).

Para que alguém seja privado de liberdade, é necessário o exaurimento das formas de defesa, assegurados pelo devido processo legal, no Art. 5º LIV da Constituição Federal: Ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. (BRASIL, 2019)

As penas não podem suprimir o direito da Dignidade da Pessoa Humana, não podem ser cruéis. É assegurado a integridade física e moral do preso, esses são fundamentos constitucionais presentes no artigo 5º da Constituição Federal.

O cumprimento de pena deve ser respeitar as diferenças de sexo, idade, natureza do delito, justamente para garantir o direito à igualdade. Uma vez que o princípio da igualdade não é o tratamento igualitário em massa, mas o tratamento respeitando as diferenças dos diferentes e a igualdade dos iguais. Vale salientar que o preso não perde os direitos não atingidos pela pena, no caso da pena privativa de liberdade o preso perde apenas o direito de ir e vir, não podendo os demais direitos ser suprimidos pelo encarceramento. O artigo 3º Lei 7210/84 - Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. (BRASIL, 2019)

No caso da execução penal em se tratando de mães que necessitam estar com sua prole no cárcere, o Estado tem a obrigação de garantir o direito de duas pessoas. Vimos que é prioridade absoluta o direito da criança. Além de garantir os direitos da mãe existe a prioridade na garantia dos direitos dos incapazes.

A Lei 7210/84 Lei de Execução Penal traz os direitos dos presos, que são Assistência Material, assistência à saúde, assistência jurídica, educacional, social e religiosa.

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será:
I - material;
II - à saúde;
III - jurídica;
IV - educacional;
V - social;
VI – religiosa. (BRASIL, 2019)

Na assistência material deve ser observado, os produtos de higiene necessários para a saúde da mulher, serão observados as consultas ginecológicas como os exames preventivos e assistência de pré-natal e pós-parto, de acordo com o artigo 3º da LEP, Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido. (BRASIL,2019)

Juridicamente são assegurados os direitos as consultas nos processos de adoção. Caso a mulher decida não permanecer com o filho, essas são algumas diferenças do tratamento da mulher em cumprimento de pena privativa de liberdade. É a manifestação do Estatuto da Criança e Adolescente no artigo 13 § 1º as gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção serão obrigatoriamente encaminhadas, sem constrangimento, à Justiça da Infância e da Juventude. (BRASIL, 2019).

No contato com a mãe durante a gestação, procedimento de parto ou logo após, pode haver manifestações da mulher quanto a não desejar ficar com o filho. É fundamental acolher tal manifestação, orientá-la quanto a seus direitos e acionar a Vara de Infância e Juventude do município, a quem caberá definir o destino do bebê. A mãe tem direito de ser acompanhada gratuitamente por um Defensor Público. (CARTILHA, Mães no Carcere, 2018, p. 08)

O incapaz inserido no âmbito penal, participante do processo de execução tem também o olhar do legislador para suas necessidades, que são as necessidades fundidas com as de suas progenitoras. O direito a amamentação é tanto da mãe quanto do filho, uma vez que para a criança é de extrema importância para a sobrevivência enquanto para a mãe reforça o vínculo maternal.

O direito ao processo de adoção garante a criança uma perspectiva uma vida familiar, amorosa e de extrema importância para o seu desenvolvimento, assim como, garante a mãe o direito de optar por garantir uma vida digna a ela e ao filho.

O direito ao convívio familiar não se exaure na execução penal. É preciso garantir que as mães que queiram permanecer com seus filhos sejam assistidas de

forma a acompanhar o desenvolvimento da criança por meio de visitas em ambientes acolhedores para elas.

Quando não for possível a saída da criança junto com sua mãe (em função de obtenção de liberdade ou progressão de regime), deve ser estabelecida uma ação específica de rotina para oportunizar o encontro familiar em dias e horários que sejam mais adequados à família ou responsáveis (visita especial diferenciada), bem como aos serviços de acolhimento institucional. (Diretrizes para convivência mãe-filho no sistema prisional, 2016, pag. 13)

A lei de execuções penais dispõe sobre os direitos das mulheres em cárcere, como em seus artigos:

Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido. (art. 14. § 3o da Lei Nº. 7210/84, com as alterações da Lei Nº. 11942/09)

[...] a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente [...] (art. 89 da Lei Nº. 7210/84, com as alterações da Lei Nº. 11942/09)

O direito a amamentação é disposto na Constituição Federal no art. 5 L - Às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação. (BRASIL, 2019).

1.9 Império da Lei a outra face do estado

Um Estado democrático de direito tem como base a democracia e legislação, a democracia no sentido de que todo poder emana do povo e sua legalidade no sentido das leis como instrumentos de delimitação do poder do Estado.

O Estado tem deveres para com seu povo, assegurar direitos básicos elencados no artigo 5º da CRFB/88, assim quando por meios de prevenção não é possível garantir tais direitos o estado assume a função punitiva. Neste sentido ensina Guilherme Nucci:

Ao assumir a titularidade do direito de punir, tomou para si o Estado a função de apresentar à coletividade uma resposta eficaz contra o crime e o criminoso. A prisão concebida como imposição restritiva da liberdade é produto do século XVII, antes disso, a constrição física do infrator tinha apenas a finalidade cautelar de garantir o julgamento (2007, p. 60).

O Estado passa de garantidor para talvez o maior agressor de direitos, não menos importante a função do Estado de punição é necessária também uma moderação ou conciliação entre o dever de garantir direitos e o dever punir, assim como no caso das mães infratoras, o Estado é pego em uma emboscada, onde a

função de punir e assegurar a segurança pública x direitos individuais de incapazes e sua prioridade na decisão.

O Estado negligencia seus cidadãos durante toda uma vida e ao se deparar com cidadãos infratores se faz mais presente do que nunca. A negligência vira atenção voltada à repressão do cidadão negligenciado.

Entre as vinganças privada e pública e a aplicação “racional” da pena como resposta do Estado pelo fato de ter alguém desrespeitado os limites da lei pouca coisa, de fato, mudou. A manifestação do jus imperi continua não levando em conta a mais rasa das conclusões: quer-se punir o homem e não prevenir o fato. E pior: sob a rubrica da promessa de recuperação, a Administração vem fomentando a cada dia uma verdadeira indústria carcerária (WACQUANT, 2001, p. 91).

Em meio às ações do Estado imperador de leis, estão o povo, por vezes negligenciados, porém o detentor do poder cedido ao Estado. O poder de legislar emana do povo, assim como o poder de escolha. O povo tendo por vezes sua voz calada assiste perplexo ao cumprimento das leis estatais que agridem apenas o mesmo povo.

Ao garantir direitos o Estado se mostra omissos e por vezes indiferente e ao aplicar sanções, o ele é ativo e efetivo, a força na hora da execução real da pena não se compara a fraqueza na garantia de direitos.

O Estado não apenas se faz omissos nos direitos dos cidadãos livres que por vezes se veem em situação desfavorável, é notório que o direito garantido ao cidadão não é aplicado diariamente a todos. Ao tratar de pessoas em cumprimento de pena fica mais claro ainda que não são respeitados os direitos, nem nos presídios masculinos, femininos ou misto e é quando a face do Estado imperador de leis fica nítida, podemos ver a mão do Estado a castigar pessoas que por vezes foram castigadas pela omissão do próprio.

Assim considerada, a pena passa a representar mais do que a privação do bem liberdade. Vai além e se manifesta como estação final de um processo de exclusão que se inicia desde o momento em que as necessidades básicas do ser humano deixam de ser satisfeitas. Na base dessa insatisfação aporta a condição econômica. (MONTEIRO, 2013, p. 22)

O cidadão inserido no sistema prisional passa de alguém privado de direitos a exemplo do cuidado do Estado com seus cidadãos de bem, o que é uma grande contradição pois ao tratar os presidiários de forma desumana fere a ideia de ressocialização que é a base do sistema prisional.

1.10 Habeas Corpus 143641 STF

Impetrado pela Defensoria Publica da União, o HC 143.641 ao Supremo Tribunal Federal, tendo como objetivo a colocação de mulheres grávidas ou mães de crianças até 12 anos em prisão domiciliar (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC nº 143.641, 2º Turma, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, D.Julg. 20/02/2018).

Todas as mulheres submetidas a prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade e das próprias crianças. (BRASIL, 2018)

[...]

Afirmaram que a prisão preventiva, ao confinar mulheres grávidas em estabelecimentos prisionais precários, subtraindo-lhes o acesso a programas de saúde pré-natal, assistência regular na gestação e no pós-parto, e ainda privando as crianças de condições adequadas ao seu desenvolvimento, constitui tratamento desumano, cruel e degradante, que infringe os postulados constitucionais relacionados à individualização da pena, à vedação de penas cruéis e, ainda, ao respeito à integridade física e moral da presa. (BRASIL, 2018)

[...]

Relataram que, com a entrada em vigor da Lei 13.257/2016, a qual alterou o Código de Processo Penal para possibilitar a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar para gestantes e mães de crianças, o Poder Judiciário vem sendo provocado a decidir sobre a substituição daquela prisão por esta outra, nos casos especificados pela Lei, porém, em aproximadamente metade dos casos, o pedido foi indeferido. (BRASIL, 2018)

[...]

Acrescentaram que, segundo dados oficiais, faltam berçários e centros materno-infantis e que, em razão disso, as crianças se ressentem da falta de condições propícias para seu desenvolvimento, o que não só afeta sua capacidade de aprendizagem e de socialização, como também vulnera gravemente seus direitos constitucionais, convencionais e legais. (BRASIL, 2018)

Objetivando assim a garantia do direito, requereram, por fim, a concessão da ordem para revogação da prisão preventiva decretada contra todas as gestantes puérperas e mães de crianças, ou sua substituição pela prisão domiciliar. (BRASIL, 2018)

O relator Ministro Ricardo Lewandowski, concedeu o voto,

Bem examinados os autos, ressalto, de início, que os argumentos que envolvem a preliminar de não conhecimento de habeas corpus coletivo têm sido objeto de reflexão nesta Casa e na própria Procuradoria-Geral da República. E estes, bem sopesados, levam-me a concluir, com a devida vênia dos que entendem diversamente, pelo cabimento do habeas corpus coletivo. (BRASIL, 2018)

[...]

Por tudo isso, é certo que o Estado brasileiro vem falhando enormemente no tocante às determinações constitucionais que dizem respeito à prioridade absoluta dos direitos das crianças, prejudicando, assim, seu desenvolvimento pleno, sob todos os aspectos, sejam eles físicos ou psicológicos.(BRASIL,2018)

[...]

Em face de todo o exposto, concedo a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionálíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício.(BRASIL,2018)

O HC foi concedido dando as mulheres grávidas e mães de crianças até 12 anos o direito de preventiva.

1.11 O exame da Lei 13.769/2018

A necessidade de um olhar diferenciado para as mães de crianças e grávidas em situação de cárcere existe a algum tempo, a própria Constituição e o Código de Processo Penal e de execução tratavam da medida de progressão de pena nos casos das mães e prisão domiciliar, a lei supracitada, alterando o texto da lei de execução penal se fez necessária dada a quantidade de detentoras do direito sendo privada dele.

Em 2018 o Habeas Corpus coletivo foi concedido pelo STF e ainda assim houve a necessidade de ser mais específico com relação a quem faz jus ao direito de prisão domiciliar e progressão de pena, a Lei 13769 é taxativa em dizer quais os requisitos necessários para fazer jus ao direito, e quais os únicos motivos pelos quais não se faz jus ou se perde o direito.

A lei processual penal já estabelecia a possibilidade de conceder prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva para gestantes e mulheres com filho de até doze anos de idade incompletos no art. 318, incisos IV e V. Há, porém, uma diferença que certamente trará problemas na prática: o caput do art. 318 dispõe que o juiz poderá substituir a prisão preventiva pela domiciliar, ao passo que o caput do novo art. 318-A dispõe que a prisão preventiva será substituída, a não ser que uma das situações elencadas nos incisos o impeça. (MEU SITE JURIDICO, 2019, p.1)

A decisão que antes ficava a cargo do juiz, agora é decretada pela lei, todas as mulheres fazem jus a prisão domiciliar cumprindo os requisitos taxativos do artigo, ao delegar que essa decisão seja feita de maneira individual o juiz por vez considera outros fatores destituindo as mães desse direito.

A primeira câmara criminal do Poder Judiciário do Estado de Rondônia, relator Juiz José Antônio Robles, julgou improcedente o pedido de Habeas Corpus no 07 de fevereiro de 2019 contra a paciente G.K.P.C. representada pela defensoria pública do Estado de Rondônia. (BRASIL, Tribunal de Justiça de Rondônia. HC nº 0007159-78.2018.8.22.0000, Processo nº 00155888320188220501, 1º Câmara Criminal, Relator: Juiz José Antônio Robles, D.Julg. 07/02/2019.)

A paciente estava grávida tendo mais 4 filhos menores de 12 anos, foi autuada pelo crime de tráfico de drogas, presa em flagrante transportando 28 quilos de maconha. O HC foi impetrado com fundamento no HC coletivo 14364 de 2018 que concedia as mães de filhos menores em prisão preventiva o direito a prisão domiciliar.

O voto do relator faz menção ao fato de terem sido apresentados apenas documentos comprobatórios da maternidade (Certidão de Nascimento) dos 4 menores de 12 anos e que estes estavam sob o cuidado da avó, não sendo comprovada a necessidade da mãe e sobre o fato dela estar grávida ele considerou que ela faz sim jus ao cuidado diferenciado e que esses cuidados estão sendo garantidos onde ela cumpre pena de privação de liberdade.

Analizando o caso em concreto, verifica-se que a paciente está grávida e que possui 4 filhos com idade inferior a 12 anos, conforme certidões de nascimento nos autos (fls. 5/8), todavia, estes estão sob os cuidados da avó, o que demonstra a existência de outra pessoa responsável pelos menores. Da mesma forma, apesar de a paciente estar grávida, o Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado no sentido de que a concessão do benefício está condicionada à comprovação da absoluta incompatibilidade da situação da paciente com a sua permanência no cárcere, o que não é o caso dos autos.

[...]

Ademais, a impetrante não juntou aos autos documentos hábeis a comprovar emprego fixo, ou mesmo residência no distrito da culpa, corroborando para a manutenção da segregação cautelar para assegurar a garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e para aplicação da lei penal, conforme bem fundamentado pelo juízo a quo.

[...]

Desse modo, tenho que se trata de uma situação excepcionalíssima, não havendo razão para a concessão da liberdade provisória com fundamento na maternidade, quando não demonstrada a indispensabilidade dos cuidados da genitora aos filhos menores.

Diante do exposto, denego a ordem. É como voto. (BRASIL, 2019)

Observado o voto recente de Habeas Corpus entende-se a necessidade da lei, visto que apenas com a sugestão da progressão de pena ou da prisão domiciliar pela Constituição e Código de Processo Penal não atingem os objetivos.

O aspecto taxativo da lei elimina essa demonstração de indispensabilidade dos cuidados da genitora, e a situação excepcionalíssima que coloca em xeque o a ordem pública.

Ao que tudo indica, a intenção do legislador foi criar um poder-dever para o juiz, isto é, somente os crimes cometidos com violência ou grave ameaça contra a pessoa e contra o próprio filho ou dependente podem impedir que mulheres gestantes ou responsáveis por criança ou pessoa com deficiência permaneçam presas cautelarmente. Neste passo, a nova lei é mais pródiga na concessão do benefício do que foi a decisão do STF no habeas corpus coletivo, cujo acórdão reconhece que “situações excepcionalíssimas” podem fundamentar a denegação da prisão domiciliar. Nesta ressalva era possível inserir crimes que, não obstante cometidos sem violência ou ameaça, guardavam acentuada gravidade. O STJ, por exemplo, tem decisões nas quais se refere a situações excepcionalíssimas referentes à prática de tráfico de drogas. (MEU SITE JURÍDICO, 2019, p.1)

A lei é quem traz os fatores que podem ou não garantir a progressão de pena ou a prisão domiciliar, a lei não define o que é ordem publica mas garante a mulheres que esse atendimento diferenciado objetivando a família a garantia de desenvolvimento da criança, o Estado assim tenta balancear os direitos e deveres.

O Conselho Nacional de justiça criou o cadastro Nacional de Presas Gravidas Ou Lactantes, de acordo com o cadastro que é atualizado mensalmente em dezembro de 2018 eram 262 grávidas e 145 mulheres lactantes no mês de maio de 2019 o numero caiu mais de 300% sendo 101 mulheres grávidas e 64 mulheres lactentes. (BRASIL, CNJ, 2019)

Com Base nos dados do CNJ podemos concluir que cinco meses após a lei 13769/2018 entrar em vigor, houve uma queda de mais de 300% no numero de mulheres grávidas e lactantes cumprindo pena privativa de liberdade nos presídios brasileiros.

3 CONCLUSÃO

O presente estudo demonstra com base em dados de artigos e estudos anteriores a importância de um olhar humanitário para as pessoas em situação de cumprimento de pena privativa de liberdade, principalmente as mulheres pois com elas podem estar seus filhos que precisam de atenção especial.

A mulher no contexto prisional tem seus direitos consumidos pelo sistema que é homogêneo, presas em celas com homens, por vezes separadas das alas masculinas por simples pavilhões, destituídas da feminilidade e de suas peculiaridades, falta de tratamento adequado para elas.

A criança tem entrada no sistema prisional de forma “terceirizada” e acabam sofrendo com privações de direitos básicos inerentes ao estado de criança que ocupam. Incapazes são sujeitados ao sistema prisional adulto sem que tenham cometido nenhuma infração penal, são recepcionados como presidiários em celas, que podem ou não atender suas necessidades, amparados por suas progenitoras que não tem como mudar a situação a qual os filhos são submetidos em conjunto com elas.

O estado por sua vez se mostra cada vez mais presente na situação em questão, primeiro na identificação da situação dessas mulheres, depois formulando novas diretrizes para atender a primeira infância no geral, dando também foco a primeira infância no sistema prisional, tentando conciliar o Estado provedor com o Estado punidor. O estudo então demonstra o avanço da justiça e dos caminhos seguidos até o alcance da melhora da recepção de crianças no âmbito penal.

A segurança pública de mãos dadas com o desenvolvimento humano do país ainda é um objetivo a ser alcançado, porém pode-se ver no decorrer do estudo que a sociedade em conjunto com o estado tem lutado para minimizar as diferenças entre homens e mulheres ao mesmo tempo respeitando as peculiaridades de cada um com objetivo final de assegurar a dignidade da pessoa humana a todos os cidadãos brasileiros sendo eles homens, mulheres, crianças, presos ou livres..

REFERÊNCIAS

BRASIL, CNJ, **Cadastro Nacional de Presas Gravidas e Lactantes**. 2019.

Disponível em:

<https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1\painelcnj.qvw&host=VS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shIGLMapa> Acesso em 10 de junho de 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10 de junho de 2019.

_____. **Decreto nº 1.973, de 01 de agosto de 1996.** Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm>. Acesso em 10 de junho de 2019.

_____. **Decreto nº 7.958, de 13 de março de 2013.** Estabelece diretrizes para o atendimento às vítimas de violência sexual pelos profissionais de segurança pública e da rede de atendimento do Sistema Único de Saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7958.htm>. Acesso em 10 de junho de 2019.

_____. **Lei ° 7.210, de 11 de julho de 1984.** Lei Execução Penal. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em 10 de junho de 2019.

_____. **Lei ° 8.069, de 13 de julho de 1990.** Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 10 de junho de 2019.

_____. **Lei ° 9.504, de 30 de setembro de 2017.** Estabelece normas para as eleições. 2017. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm>. Acesso em 10 de junho de 2019.

_____. **Lei ° 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 10 de junho de 2019.

_____. **Lei ° 11.340, de 07 de agosto de 2016.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em 10 de junho de 2019.

_____. **Lei ° 13.104, de 09 de março de 2015.** Prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm>. Acesso em 10 de junho de 2019.

_____. **Lei ° 13.257, de 08 de março de 2016.** Políticas Públicas Para a Primeira Infância. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm>. Acesso em 10 de junho de 2019.

_____. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres.** Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2018. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopenmulheres>>. Acesso em 10 de junho de 2019.

_____, Cronologia Feminina. Brasília: Ministério Público Federal, 2006, Disponível em: <<http://midia.pgr.mpf.gov.br/hotsites/diadamulher/2006/cronologia.html>> Acesso em 10 junho 2019.

_____. **Projeto de lei 398, de 09 de outubro de 2018.** Dispõe sobre estímulo à participação feminina nas áreas de ciência, tecnologia, engenharia e matemática, e mitigação de barreiras contra mulheres nessas áreas. 2018. Disponível em:<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/134281>>. Acesso em 09 junho de 2019.

_____. **Cartilha de Diretrizes para a Convivência Mãe-Filho/a no Sistema Prisional.** Brasília: Senado, 2016.

_____. **Cartilha mães no carcere: Observações Técnicas para a atuação profissional em espaços de convivência de mulheres e seus filhos.** 2018. Disponível em:<<https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/01/formacao-cartilha-maes-no-carcere-leitura-sp.pdf>> Acesso em 09 junho de 2019.

_____. **Cartilha Prioridade Absoluta.** 2017. Disponível em:<www.prioridadeabsoluta.org.br> Acesso em 09 junho de 2019.

COELHO, Renata. **Direitos da mulher na contemporaneidade das relações de trabalho.** Brasília:Universidade Católica de Brasília, 2017. Disponível em:<<https://bdtd.ucb.br:8443/jspui/bitstream/tede/2245/2/RenataCoelhoDissertacao2017.pdf>>. Acesso em 09 junho de 2019.

COMITÊ CIENTÍFICO DO NÚCLEO CIÊNCIA PELA INFÂNCIA. **Estudo nº 1: O Impacto do Desenvolvimento na Primeira Infância sobre a Aprendizagem.** 2014. Disponível em:<<http://www.ncpi.org.br>> Acesso em 09 junho de 2019.

DIGIÁCOMO, Murilo. **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado.** Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2017.

FRANÇA, Marlene. **Criminalidade e prisão feminina:uma análise da questão de gênero.** João Pessoa: UFPB, 2014.

LEAL, Maria do Carmo et al. Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil. **Ciênc. saúde coletiva**, vol.21, n.7, pp.2061-2070, 2016.

MEU SITE JURIDICO. **Breves comentários às Leis 13.769/18 (prisão domiciliar), 13.771/18 (feminicídio) e 13.772/18 (registro não autorizado de nudez ou atosexual).** 2018. Disponível em:<<https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/12/9c20f715-breves-comentarios-as-leis-13769-18-prisao-domiciliar-13771-18-feminicidio-e-13772-18.pdf>>. Acesso em 30 maio 2019.

MONTEIRO, David. **Maternidade na Prisão: Instrumento de Proteção e Defesa dos direitos Humanos.** João Pessoa: Universidade Federal da Paraíba, 2013.

ROHDEN, F. A questão da diferença entre os sexos: redefinições no século XIX. In: *Uma ciência da diferença: sexo e gênero na medicina da mulher*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2001.

SEMENTILLE, Ellen Cristina, Cenci Queiroz, Fernanda. **Atuação do enfermeiro na Saúde da mulher. Prevenção do câncer do colo do útero.** Campo Grande: Brasil, 2013.

STARLING, Sheyla. **Considerações sobre a criminalidade feminina no Brasil.** Monografia(Monografia de Conclusão de Curso) – Fundação João Pinheiro. Belo Horizonte, 2010.