

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÕES NEGÓCIOS DE SERGIPE
CURSO DE DIREITO**

MARIA JOSE GOMES DA SILVA

**A APLICABILIDADE DA PRISÃO DOMICILIAR FEMININA: Aspectos jurídicos
que permitem tal benefício às mulheres em favor do melhor interesse do
vulnerável**

**Aracaju/SE
2018**

MARIA JOSE GOMES DA SILVA

**A APLICABILIDADE DA PRISÃO DOMICILIAR FEMININA: Aspectos jurídicos
que permitem tal benefício às mulheres em favor do melhor interesse do
vulnerável**

Monografia apresentada à Faculdade de
Administração e Negócios de Sergipe – FANESE
como um dos pré-requisitos para obtenção de
grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Kleidson Nascimento dos
Santos.

**ARACAJU
2018**

SILVA, Maria José Gomes da.

S719i

A Aplicabilidade Da Prisão Domiciliar Feminina: aspectos jurídicos que permitem tal benefício às mulheres em favor do melhor interesse do vulnerável / Maria José Gomes da Silva; Aracaju, 2018. 44 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador: Prof. Dr. Kleidson Nascimento dos Santos

1. Prisão Preventiva 2. Prisão Domiciliar 3. Princípio do Melhor Interesse do Vulnerável I. Título

CDU 343.263.2(813.7)

Elaborada pela Bibliotecária Lícia de Oliveira CRB-5/1255

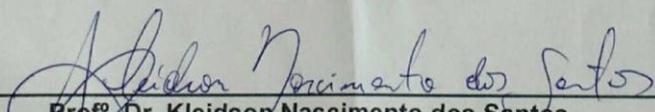
MARIA JOSÉ GOMES DA SILVA

APLICABILIDADE DA PRISÃO DOMICILIAR FEMININA: Aspectos jurídicos que permitem tal benefício às mulheres em favor do melhor interesse do vulnerável.

Monografia apresentada como exigência para obtenção do grau de bacharel em Direito em comissão julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

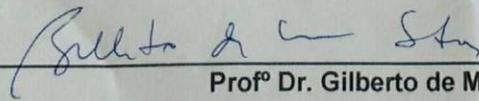
Aprovada em: 01/12/18

BANCA EXAMINADORA



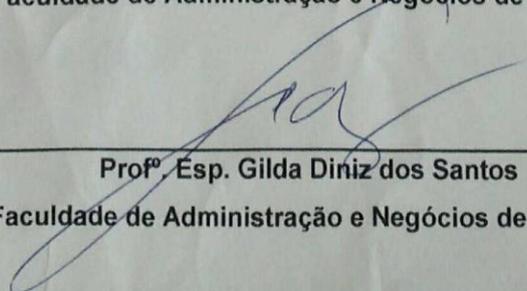
Prof.º Dr. Kleudson Nascimento dos Santos

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof.º Dr. Gilberto de Moura Santos

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof.º Esp. Gilda Diniz dos Santos

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer ao meu refúgio de todas as horas, ao meu Deus.

Agradeço à minha família, que sempre foi a minha base em tudo, em especial a minha mãe Janete, por ter feito tudo o que pôde e abdicado de muita coisa por mim e pelos meus irmãos. A pessoa que mais tenho orgulho nessa vida, o amor da minha vida.

Agradecer à minha irmã, Mayara, por sempre usar as palavras certas nos momentos que mais precisei, por sempre me apoiar e nunca desistir de mim, sempre foi uma ótima amiga e ao meu irmão, que tanto amo, Mauricio.

Em especial às minhas tias, Renilda, Silvania, e Joelma, que me criaram como sua filha, me ensinaram a ter caráter e se tornar uma mulher do bem, e sempre me ajudaram ao longo desse curso.

À todas minhas amigas que me ajudaram e sempre me apoiaram a não desistir, Saionara, Priscila, Cris, Stephanie, etc... minhas confidentes, obrigada por sempre me ouvirem e aguentarem minhas chatices, que não foram poucas. À Cris e Myllena, pela nossa ótima convivência diária em casa.

Agradeço às minhas curicas, por me aguentarem todos esses anos, desde o dia que nos conhecemos, já se passaram 9 (nove) anos. Aos meus amigos que entraram na minha vida, nessa reta final, e fizeram uma diferença enorme, Danilo, Gabi, Mirelley, Alice, Rafael, Izabel, Lunara, Arnaldinho, Arlete. Amo vocês.

Aos meus amigos que fiz ao longo desta caminhada aqui no curso de Direito, principalmente Marília, Kevin, Marcelo, Larissa, Rafaela, Susan, Anne, Irislenisson, Edilene, Anthony, Jessica, amigos que levarei para a vida, muito obrigada mesmo pela amizade de vocês, vocês não são apenas colegas, se tornaram amigos e confidentes. Em especial minha amiga Paulinha, que sempre me apoiou e me ajudou quando mais precisei.

Aos meus amigos do trabalho, Bianca, Byanca, Debora, Del, João Teles, Nelma, em especial à minha chefe Dra. Rita de Cassia, por sempre me ajudar nos trabalhos e com ótimos conselhos.

Ao meu melhor amigo, companheiro, conselheiro, parceiro, Dr. Caio Christofani, por me aturar esses anos todos com minhas chatices, por suas cobranças e ensinamentos, mas eu sei que foi para meu crescimento, você sempre me apoiou e sempre me ajudou, tudo que sei do curso de Direito, sou grata a você,

mesmo sem paciência para me ensinar, mas nunca me deixou na mão, obrigada por fazer parte da minha vida, amo você.

Ao meu namorado Filipe, que tive a sorte de ter conhecido nessa reta final do curso de Direito, amor, obrigada, por me deixar calma, quando estava nervosa, por aturar minhas chatices, por sempre me incentivar, que tudo dará certo, com sua paciência que chega me tira do sério, amo você.

Por fim, agradeço aos meus professores que foram peça fundamental para a concretização deste sonho. Em especial, à meu querido professor e orientador, Dr. Kleidson Nascimento, que teve toda a paciência e dedicação comigo e me acolheu de braços abertos nessa trajetória.

Muito obrigada!

RESUMO

A convivência familiar produz efeitos positivos ao pleno desenvolvimento da criança, em especial nos seus primeiros anos de vida, sendo este um direito fundamental infantojuvenil. No Brasil predomina a doutrina de proteção integral e absoluta da criança e dos adolescentes, colocando-os em caráter prioritário no que tange à formulação de políticas públicas. Nesse prisma, entrou em vigência no país a Lei nº 13.257/2016, chamada de Estatuto da Primeira Infância, que dispõe sobre as diretrizes para a concretização de direitos das crianças. Entre as novidades trazidas pelo aludido estatuto, tem-se a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, no caso de presas gestantes, não importando o mês de gestação, ou de mães de crianças com até doze anos incompletos de idade, priorizando-se, assim, a presunção de inocência e o fortalecimento dos vínculos familiares. Ocorre, entretanto, que a permissão legal para a conversão de medida privativa de liberdade cumprida em presídios pela prisão domiciliar, por si só, não configura direito subjetivo da mãe acusada, devendo ser analisadas todas as circunstâncias do caso concreto à luz das disposições legais. Face a tal previsão legislativa, objetiva-se o estudo dos atos decisórios do Poder Judiciário, os quais devem ser considerados em cotejo com a complexidade do ordenamento jurídico, na busca por compreender em que medida a concessão da prisão domiciliar tem atendido aos requisitos previstos na legislação e, conseqüentemente, contribuído para a efetivação do princípio da convivência familiar. Utiliza-se abordagem de caráter dedutivo, levada a cabo pela pesquisa bibliográfica e pelo levantamento de precedentes dos tribunais pátrios para melhor elucidação do tema. Os resultados obtidos apontam que a concessão da prisão domiciliar, perpassa pela análise de critérios objetivos e subjetivos, sendo o deferimento do pedido sujeito às particularidades de cada caso.

Palavras-chave: Prisão preventiva. Prisão domiciliar. Princípio do melhor interesse do vulnerável.

ABSTRACT

Family life has positive effects on the full development of the child, especially in the first years of life, and this is a fundamental right for children and youth. In Brazil, the doctrine of integral and absolute protection of children and adolescents predominates, placing them in priority with regard to the formulation of public policies. In this perspective, Law no. 13,257 / 2016, called the Early Childhood Statute, entered into force in the country, which provides guidelines for the realization of children's rights. Among the innovations brought by the aforementioned statute is the possibility of replacing pre-trial detention with house arrest, in the case of pregnant prey, regardless of the month of gestation, or of mothers of children up to twelve years of age, thus, the presumption of innocence and the strengthening of family ties. However, the legal permission for the conversion of deprivation of liberty served in prisons by house arrest per se does not constitute a subjective right of the accused mother, and all the circumstances of the case must be analyzed in the light of the legal provisions. In view of this legislative provision, the objective is to study the decision-making acts of the Judiciary, which should be considered in comparison with the complexity of the legal system, in the search for understanding the extent to which the granting of house arrest has met the requirements set forth in legislation and, consequently, contributed to the realization of the principle of family coexistence. A deductive approach is used, carried out by the bibliographical research and by the survey of precedents of the papal courts for better elucidation of the subject. The results obtained indicate that the granting of house arrest is based on the analysis of objective and subjective criteria, being the granting of the request subject to the particularities of each case.

Keywords: Pretrial detention. Home prison. Principle of the best interests of the vulnerable.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. BREVE RELATO HISTÓRICO DAS PRISÕES FEMININAS.....	13
3. O ESTADO E SUA ATUAÇÃO PARA CONVIVÊNCIA FAMILIAR NAS PENITENCIÁRIAS FEMININAS.....	16
4. O DIREITO A CONVIVÊNCIA FAMILIAR E DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E O ADOLESCENTE.....	20
5. ASPECTOS JURÍDICOS: MÃES E FILHOS NO SISTEMA CARCERÁRIO.....	22
5.1. Aspectos psicológicos e ressocialização das mães e filhos.....	23
6. APLICABILIDADE DA LEI 13.257/2016 A FAVOR DA CRIANÇA E ADOLESCENTE.....	25
6.1. Alterações promovidas pela Lei nº 13.257/16 no Código Processo Penal.....	26
7. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DE APLICAÇÃO DA MEDIDA.....	29
8. CONCLUSÃO.....	38
REFERÊNCIAS.....	40

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso almeja verificar aplicabilidade da lei nº 13.257, de 08 de março de 2016, destaca-se à concessão da prisão domiciliar às mães presidiárias, pois, muitas vezes, elas preenchem os requisitos ao benefício e, ainda assim, têm seu pedido negado ou limitado a uma pequena duração.

Diante disso, muitas crianças não têm oportunidade de conviver com seus familiares e, em especial, junto à sua genitora, apesar da importância da relação materna ao menor e à mãe aprisionada (como uma possível forma de ressocialização, de amparo e de reintegração na sociedade).

Aponta-se a necessidade da perpetuação dessa relação durante todo o desenvolvimento da criança e do adolescente, como dever atribuídos pelo poder, do Estado e da família, os pais devem cuidar de seus filhos menores dando-lhes sustento – material e espiritual – para que possam se desenvolver de uma maneira sadia, e promover-lhes a educação e preparando-os para a vida, para que sejam adultos corretos e úteis à sociedade.

A problemática da prisão domiciliar, é uma temática que vem sendo discutida há muito tempo no ordenamento jurídico, se caracterizando pelo cumprimento da pena em domicílio, esta é por deveras polêmica e divergente entre doutrinadores, pois alguns acreditam que se gera certa impunidade, enquanto outros a sustentam como solução à crise do sistema carcerário no país.

Em um primeiro momento, é essencial se tratar da origem e da normatividade da prisão domiciliar no Brasil, para, depois, ponderar as mudanças referentes ao Estatuto da Primeira Infância, que prevê a concessão de prisão domiciliar às mães presidiárias. Após essa discussão, aborda-se criticamente a pena de prisão e sua finalidade às avessas, trazendo como alternativa a prisão domiciliar.

O tema tem sido um assunto recorrente nos últimos anos, principalmente quando se trata da situação prisional das mulheres, sendo muita das vezes esquecido os benefícios que se tem para as mesmas em situação prisional, sendo principalmente favorável aos casos citados na Lei da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016).

No artigo 318 do Código de Processo Penal, tem-se um rol taxativo de presos especiais que merecem tratamento diferenciado dadas as suas peculiaridades. É o caso dos agentes maiores de 80 anos; dos debilitados por doença; dos responsáveis

por pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência (cuidados especiais); das gestantes; das mulheres com filhos de até 12 anos de idade incompletos e homens, se ele for o único responsável pelos cuidados, com filhos de até 12 anos de idade incompletos. Para a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar se faz necessária a obtenção de prova idônea, a fim de demonstrar que o agente merece tratamento diferenciado em sua execução provisória, com respeito, é claro, ao processo penal e à ampla defesa. Outrossim, nem todas as hipóteses legais previstas no aludido artigo são objetivas, pois as passagens “extremamente debilitado” e “imprescindível aos cuidados especiais” necessitam de uma avaliação subjetiva do juiz. Desse modo, a prisão domiciliar como medida cautelar alternativa à constrição de liberdade poderá ser indeferida, apesar de expressamente prevista, e ser deferida em outras hipóteses não previstas em lei.

Para analisar tal temática, é necessário avaliar quais medidas se podem tomar para que se cumpra o referido dispositivo e que se possa fazer desta, uma lei mais eficaz, permitindo o convívio familiar, sendo este o bem jurídico tutelado pela lei abordada, não fazendo se prejudicar a criação das crianças menores de 12 (doze) anos, deixando este próximo da sua genitora na principal fase da sua vida.

A presente pesquisa se utiliza do método de abordagem dedutivo, porque foram analisados pelo levantamento de precedentes dos tribunais pátrios para melhor elucidação do tema, os casos de substituição de prisão domiciliar. De acordo com Marconi e Lakatos, o objetivo do método dedutivo, proposto aqui, ampliou as premissas nas quais se fundamentou esse trabalho.

Esses direitos especiais reconhecidos às crianças e aos adolescentes decorrem da peculiar condição de seres humanos em desenvolvimento, devendo receber tal priorização. Diante deste cenário é estabelecida a Proteção Integral da criança e do adolescente, como mecanismo de prioridade absoluta.

É importante ressaltar que essa preocupação com as crianças e adolescentes não é dever somente dos pais, mas de toda a sociedade e, em especial, do Estado.

O trabalho encontra-se dividido em sete capítulos, sendo estes, a introdução, onde é feito um apanhado geral de basicamente tudo o que será abordado. Delimitamos a problemática em que o trabalho está pautado, ou seja, a Proteção Integral da criança e do adolescente, diante do convívio com poder familiar.

No segundo capítulo abordaremos o histórico das prisões femininas, como o sistema prisional era adicionado às mulheres presidiárias, como forma punitiva privativa de liberdade. Buscava-se com a prisão destas mulheres criminosas a sua domesticação prevenção e ressocialização, para sociedade.

No terceiro capítulo abordaremos o dever do estado na atuação para uma boa convivência familiar nas penitenciárias femininas, já que o aumento do encarceramento feminino ampliou também a visibilidade do problema colocado pela existência de gestantes e mães que convivem com seus filhos nas prisões.

No quarto capítulo abordaremos o direito à convivência familiar da proteção integral da criança e dos adolescentes. A doutrina é bem clara, a criança e ao adolescente depende de um protetor para sobreviver, em seus primeiros anos de vida, sendo estes, os pais.

No quinto capítulo abordaremos os aspectos jurídicos: mães e filhos no sistema carcerário, como é fundamental que mulheres grávidas ou que possuem filhos até 12 (doze) anos de idade incompletos, as mães que estão em situação privada da sua liberdade possam receber tratamento humanitário e respeito à sua dignidade em todos os momentos do crescimento de seus filhos. Aspectos psicológicos e ressocialização das mães e filhos, acompanhamento psicológico, neste momento de intensa crise, cumpre sua função primordial, onde essas mães possam expressar livremente todas as angústias e ansiedades que está vivenciando.

No sexto capítulo abordaremos aplicabilidade da lei nº 13.257/16, a favor da criança e adolescentes. Com a alteração, deverá o Juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for gestante; mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos ou homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. Prevê a formulação e implementação de políticas públicas voltadas para as crianças que estão na “primeira infância”. Além disso, a lei altera o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a Consolidação das Leis de Trabalho (CLT), a Lei 11.770/2008 e o Código de Processo Penal (CPP), todos os artigos a favor da criança e do adolescente.

No sétimo capítulo abordaremos jurisprudência a favor e desfavor as mães que possuem filhos até 12(doze) anos incompletos.

2. BREVE RELATO HISTÓRICO DAS PRISÕES FEMININAS

Prisão é a pena das sociedades civilizadas. A prisão tira do indivíduo todas as suas prerrogativas: treinamento, aptidão, comportamento, atitude moral e disposições, transformando-as em uma tarefa ininterrupta de disciplina. É a desconstrução do ser humano. O sistema punitivo privativo de liberdade não atende aos anseios de prevenção e ressocialização, todavia, conclui que sem essas instituições a sociedade não saberia o que fazer com os indivíduos criminosos (FOUCAULT, 2007).

A partir do século XI surgiram os primeiros tipos de delinquências femininas, essas mulheres eram relacionadas à bruxaria e/ou prostituição, surgiram por tanto as casas de Controvertidas ou Arrepentidas, instituições destinadas para reintegração social da mulher (BUGLIONE, 1998).

No contexto em que a Igreja Católica lutava por consolidar sua hegemonia e centralização, a mulher surge como uma ameaça e, sobre ela, constrói-se o mito demonológico. Eram perseguidas, portanto, por quaisquer atributos que desafiassem a razão e a soberania masculinas. A mulher é punida na medida em que se afasta do seu papel de gênero, descumprindo o destino da maternidade, do casamento, do recato e da submissão. O perfil da criminosa é o da anormalidade, tal como: a feiticeira, a prostituta (PEREIRA, SILVA, 2015, p. 27).

Percebe-se na origem histórica do aprisionamento feminino no Brasil, a associação do discurso moral e religioso à prisão das mesmas. Assim, o encarceramento feminino acabou por dar origem a uma entidade prisional diferenciada, desenvolvida por Lemos de Brito - em nota, Soares e Ilgenfritz (2002) indicam que Lemos de Brito foi professor, penitenciário, legislador, deputado, membro do Instituto dos Advogados do Brasil e do Chile, Presidente do Conselho Penitenciário do antigo Distrito Federal, autor de uma extensa bibliografia sobre questão prisional e de prolixos estudos sobre a questão sexual nas prisões. Conforme Soares e Ilgenfritz (2002):

Lemos de Brito foi encarregado, no começo 1923, pelo então ministro da Justiça João Alves, a elaborar um projeto de reforma penitenciária. Para tanto, percorreu o país visitando todas as prisões e ofereceu um plano geral, em 1924, no qual aconselhou a União a construir um “reformatório especial” (em pavilhão completamente isolado) não somente para as mulheres condenadas há mais de três anos do Distrito Federal, mas às que forem remetidas pelos Estados. Cabe observar que Lemos de Brito não sugeriu a construção de uma

prisão nos moldes tradicionais da época, ou seja, não se pautou pelo modelo das prisões masculinas. Ele propôs, ao invés disso, a construção de um reformatório especial, com o que indicava a necessidade de um tratamento específico para a mulher por parte do Sistema Penitenciário (p. 53).

Denota-se que as prisões eram caracterizadas muito mais por um juízo moral alicerçado nos dogmas religiosos, do que em uma tipificação penal pré-estabelecida. Buscava-se com a prisão destas mulheres criminosas a sua domesticação e o cuidado à sexualidade destas. Na prisão as mulheres criminosas poderiam aprender como deveriam se portar socialmente, seguindo os padrões admissíveis pela doutrina religiosa, como bem evidencia Olga Espinoza (2003) em seu trabalho “A Prisão Feminina desde um Olhar da Criminologia Feminista”:

Uma vez criada a prisão como instituição, entendeu-se necessário a separação de homens e mulheres para aplicar a eles e elas tratamentos diferenciados. Com essa medida buscava-se que a educação penitenciária restaurasse o sentido de legalidade e de trabalho nos homens presos, enquanto, no tocante às mulheres, era prioritário reinstalar o sentimento de pudor (p. 52).

As mulheres foram inicialmente presas por representarem um estorvo social, ou seja, aquelas mulheres que não correspondiam aos desejos idealizados por uma parcela da sociedade, precisavam ser excluídas para evitar a propagação de condutas indesejáveis. Para haver a transformação psicológica é preciso que o ambiente de vivência seja propício, bem como o relacionamento interpessoal possibilite o crescimento pedagógico. Não poderia ser diferente, a ressocialização não aconteceu, visto que estas mulheres se sentiram desprezadas ao serem hostilizadas e trancafiadas em presídios. O ambiente, a convivência social e o desejo de ressocialização precisam ter o mesmo enfoque, um ser subsídio do outro, como elucida Lucien Auger (1992):

Entre outras coisas se torna impossível explicar como um ser humano pode chegar a se desenvolver, quando as condições ambientais parecem muito desfavoráveis ao seu crescimento. Deve-se igualmente postular que esta tendência à atualização é radicalmente positiva, isto é, que tende ao crescimento e não à destruição do ser. Que esta tendência esteja em ação em nós, é mais fácil percebê-lo no domínio do crescimento físico: o organismo corporal utiliza os recursos de seu meio ambiente para aumentar, crescer, desenvolver-se segundo sua linha própria. Acontece o mesmo no domínio psicológico, não se trata de minimizar a importância do meio ambiente para o crescimento e a maturação de um ser humano, trata-se antes de não esquecer que a influência do

meio ambiente se exerce sobre um ser, ele próprio, dotado de sua potência interior de desenvolvimento (p.20).

Veiculava-se a ideia de separação das mulheres chamadas “criminosas” para um ambiente isolado de “purificação”, numa visão de discriminação de gênero assumida pela construção do papel da mulher como sexo frágil, dócil e delicado. Para Jorge Pinheiro (2012), a mulher que praticava o crime fugia de sua natureza e, portanto, era anormal.

Segundo Kana, (2010, p. 245):

Para que tal fato ocorresse, alguns fatores foram contributivos, tais como: modificação do ideal da mulher do lar; o fato de poder controlar e decidir a quantidade de filhos (descoberta dos anticoncepcionais); o direito ao voto; a maior liberdade sexual; a necessidade de compor a renda familiar; os novos modelos de células familiares, a promulgação das leis que protegem as mulheres trabalhadoras, a busca pela qualificação em termos culturais, e a legitimidade do acesso ao estudo.

Portanto, para Kana (2010), as mulheres ao se enxergarem com maiores direitos e oportunidades, que em sua maioria eram atribuídos aos homens, também viram uma oportunidade e alguma vantagem em atitudes subversivas.

Para Espinoza (2003), a educação penitenciária era aplicada de duas formas diferentes para ambos os sexos. Para o homem o sentido era de cumprir a lei e que estes assumissem uma carga de trabalho, enquanto no que tange às mulheres a missão era resgatar o que se chama de pudor e a natureza feminina de cuidado.

3. O ESTADO E SUA ATUAÇÃO PARA CONVIVÊNCIA FAMILIAR NAS PENITENCIÁRIAS FEMININAS.

O aumento do encarceramento feminino ampliou também a visibilidade do problema colocado pela existência de gestantes e mães que convivem com seus filhos nas prisões. Este fato, associado à novas legislações internacionais (ONU, 2016) e à atuação de movimentos sociais de mulheres, contribuiu para que ocorressem mudanças na legislação nacional, no que tange a esta população especialmente vulnerável, principalmente a partir de 2009. Tais mudanças refletem argumentos que têm por base os valores da maternidade, os direitos à proteção da infância, a equidade de gênero e as responsabilidades do Estado para com a saúde da mulher presa e seu filho.

Diante do fracasso do Estado, em relação ao aprisionamento feminino, o qual exige um maior cuidado, diante das especificidades do gênero, percebemos a inexistência de políticas públicas que atendam efetivamente às necessidades das mulheres encarceradas.

No entanto, o cárcere supõe uma trajetória falha dos poderes públicos, diante da falta de estrutura para abarcar a sociedade como um todo e garantir o acesso ao desenvolvimento social para a coletividade de forma digna e lícita, conforme afirmam Soares e Ilgenfritz (2002).

Neste contexto, a população carcerária feminina cresceu 68% no Brasil em 16 anos, segundo dados mais recentes do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN, 2017), órgão do Ministério da Justiça. No ano 2000, havia 5.601 mulheres cumprindo medidas de privação de liberdade. Em 2016, o número saltou para 44.721. Apenas em dois anos, entre dezembro de 2014 e dezembro de 2016, houve aumento de 19,6%, subindo de 37.380 para 44.721.

Do total de mulheres presas, 80% são mães e responsáveis principais, ou mesmo únicas, pelos cuidados de filhas e filhos, motivo pelo qual os “efeitos do encarceramento feminino geram outras graves consequências sociais”, informa o DEPEN (2017).

Segundo o levantamento do Infopen (2018), 62% são negras, 74% mães e 45%, apesar de privadas de liberdade, ainda estão sem julgamento. O levantamento mostra que há crescimento constante na tipificação de crimes, sobretudo tráfico de drogas, que corresponde a 62% das incidências penais. Ou seja, três em cada cinco

mulheres que se encontram no sistema prisional respondem por ligação ao tráfico. Entre as tipificações relacionadas, a associação para o tráfico corresponde a 16%, e o tráfico internacional de drogas responde por 2%.

A Anistia Internacional de 1999 relata que segundo a legislação brasileira, as prisões femininas devem proporcionar um ambiente que permita, às mães que cumprem pena, cuidar dos seus filhos após o parto e manter um contato com suas outras crianças mais crescidas. Contudo, são poucas as instituições que propiciam lugar meramente adequado para o cuidado dos filhos. De acordo com Stella (2006), a prisão não pode ser considerada como um ambiente neutro, ou equivalente à casa ou à escola, como nos informam os trabalhos de Foucault (2007). Segundo Kurowsky (1990):

Toda instituição penal tem tendência ao 'fechamento', simbolizado pela barreira à relação social com o mundo externo e pela impossibilidade à saída. Com isso, promove-se a privação às mudanças também culturais tornando o indivíduo incapaz de enfrentar vários aspectos da vida (p. 37).

A Anistia Internacional (1999) afirma que:

o encarceramento de mulheres acarreta um conjunto especial de consequências sociais, mas no Brasil nem a política nem a prática penal lida com tais fatores de forma coerente (p. 51).

Portanto, isso evidencia a falta de planejamento e investimento neste tipo de instituição.

A Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU) traçou normas internacionais para o tratamento de mulheres encarceradas, chamadas “Regras de Bangkok”. Trata-se de um importante documento que reconhece a necessidade de atenção diferenciada às especificidades femininas dentro do sistema prisional. O documento constitui-se em um avanço expressivo na construção de diretrizes no atendimento de mulheres, já que as “Regras Mínimas para o Tratamento de Presos” da ONU, existente há mais de 50 anos, não davam respostas suficientes para as peculiaridades da mulher (ONU, 2016).

Segundo Arán e Peixoto Jr. (2007), trata-se, portanto, de referenciais éticos que podem se apoiar no valor da vida e em sua potência para transformar as políticas e práticas neste campo, mas que também envolvem papéis historicamente definidos e delimitados por categorias sociais naturalizadas em normas de gênero que marcam a mulher com as insígnias da maternidade, legitimando e valorizando

certos modos de ser mãe, perante outros, que são desvalorizados e deslegitimados, pensamento reforçado por Corrêa e Arán (2008).

Diante de um estado de restrição total de sua autonomia, as mulheres presas com seus filhos acabam tendo que responder sozinhas pela segurança, pela saúde e pela vida do filho com ela encarcerado. Este status que instala as mulheres num lugar de intensa ansiedade, e de culpabilidade, por não conseguirem manter seu compromisso de cuidar e proteger seu filho, acabando por intensificar ainda mais o sentimento de vínculo da mulher com seu filho, fazendo com que vivam esta relação de modo diferente das anteriores.

Deve haver articulação da administração penitenciária junto ao Poder Judiciário para que não se destitua o poder familiar por motivo da privação de liberdade. Nos termos do artigo 23, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), consta que:

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

A permanência da criança com sua família natural deve ser assegurada, exceto em caso de absoluta impossibilidade, conforme o disposto no artigo 1º, § 1º, Lei nº 12.010/2009 (Lei de Adoção) e nas Diretrizes das Nações Unidas Sobre as Modalidades de Cuidados Alternativos às Crianças.

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente.

§ 1º A intervenção estatal, em observância ao disposto no caput do art. 226 da Constituição Federal, será prioritariamente voltada à orientação, apoio e promoção social da família natural, junto à qual a criança e ao adolescente devem permanecer, ressalvada absoluta impossibilidade, demonstrada por decisão judicial fundamentada (BRASIL, 1990).

Para o desenvolvimento da criança, além do suporte social, também são essenciais o estado geral de nutrição, higiene e saúde da mãe, todos recebidos durante a gestação. Sem dúvidas, é do Estado o dever de garantir a todas as mulheres o tratamento de saúde adequado neste período, principalmente para mulheres cumprindo pena privativa de liberdade, situação esta que implica maior vulnerabilidade e exige, portanto, maior cuidado.

Além da Lei de Execuções Penais, nas Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos, da Organização das Nações Unidas (ONU, 2016), as questões específicas da mãe presidiária são tratadas mais especificamente nas 23 Regras de Bangkok, da seguinte maneira:

1. Nos estabelecimentos prisionais para mulheres devem existir instalações especiais para o tratamento de presas grávidas, das que tenham acabado de dar à luz e das convalescentes. Desde que seja possível, deverão ser tomadas medidas para que o parto ocorra em um hospital civil. Se a criança nascer num estabelecimento prisional, tal fato não deverá constar no seu registro de nascimento.
2. Quando for permitido às mães presas conservar as respectivas crianças, deverão ser tomadas medidas para organizar uma creche, dotada de pessoal qualificado, onde as crianças possam permanecer quando não estejam ao cuidado das mães (ONU, 1955).

Aplicar as Regras de Bangkok é um compromisso internacional assumido por nosso País e que não pode mais ser postergado. Aliás, o uso do Controle de Convencionalidade como forma de adequação das normas internas aos tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos, em especial pela via abstrata, é medida que já deveria estar sendo muito mais difundida. Pouquíssimo se fala acerca desse controle e da necessidade de adequação do ordenamento jurídico interno com os tratados e convenções de Direitos Humanos (ONU, 1955).

4. O DIREITO A CONVIVÊNCIA FAMILIAR E DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E O ADOLESCENTE.

A doutrina da proteção integral é bem clara em relação, quando se trata das crianças e dos adolescentes o nosso sistema jurídico pode ser analisado em duas fases distintas: a primeira que denominamos de situação irregular, no qual a criança e adolescente só eram percebidos quando estavam em situação irregular, ou seja, não estavam inseridos dentro de uma família, ou teriam atentado contra o ordenamento jurídico; já a segunda fase denominada de Doutrina da Proteção Integral. (LAMENZA, 2011)

É importante considerar esses aspectos relevantes da interação entre mãe e filho, visto que a criança depende de um cuidador para sobreviver, em seus primeiros anos de vida. Contudo, acredita-se que essa insistência do estilo materno idealizado entra em choque com a maternidade vivenciada. Ou seja, para as mulheres que não sabem ou não conseguem se realizar através do papel de mãe, resta o sentimento de culpa e menos valia.

Teve como marco definitivo, a Constituição Federal de 1988, onde encontramos no art. 227, o entendimento da absoluta prioridade, vejamos:

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,1988).

Conforme Brunöl (2001), a proteção é dirigida ao conjunto de todas as crianças e adolescentes, não cabendo exceção:

Pela nova ordem estabelecida, criança e adolescente são sujeitos de direitos e não simplesmente objetos de intervenção no mundo adulto, portadores não só de uma proteção jurídica comum que é reconhecida para todas as pessoas, mas detêm ainda uma “supra proteção ou proteção complementar de seus direitos (p. 92).

Depois que, além do reconhecimento do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, o lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, o legislador constituinte os estabelece como de absoluta prioridade, relacionando família, sociedade e Estado como os responsáveis pela promoção e proteção desses direitos. Conforme Veronese (1999):

Apesar de toda a inovação no que tange à assistência, proteção, atendimento e defesa dos direitos da criança e do adolescente, constantes na Constituição Federal, estes não poderiam se efetivar se não regulamentados em lei ordinária. Se assim não fosse, a Constituição nada mais séria do que uma bela, mas ineficaz carta de intenções (p. 47)

Segundo Stella (2006), as experiências de perda, luto, separação, mesmo que sejam separações pequenas, podem ser muito prejudiciais para o desenvolvimento da criança. E para as mães? Quais são as repercussões oriundas da separação dela em relação ao seu filho? No caso da mulher presa, o rompimento do convívio da mãe com seu filho é uma das várias privações que a detenção ocasiona para a mulher. Essa privação se torna dolorosa e difícil, já que é mais um rompimento de laço familiar que a mulher presa enfrenta. Stella (2006) considera ainda a separação de mães e bebês em situação prisional delicada e diferenciada de outros tipos de separações, como morte e divórcio, já que é uma perda com algumas especificidades que envolvem mudanças de papéis sociais em relação à maternidade e à condição de presidiária.

Apesar destas adversidades ao desenvolvimento infantil, ao investigar a literária nacional e internacional, em relação à legislação de vários países, assim como no Brasil, Stella (2008) destaca que é enfatizada a importância da construção do vínculo mãe-filho enquanto um resultado benéfico da manutenção da criança junto da mãe encarcerada. Por um lado, a mãe desenvolve maior capacidade para reestruturar sua personalidade, e por outro lado, não priva a criança dos cuidados maternos considerados importantíssimos nos primeiros anos de vida.

5. ASPECTOS JURÍDICOS: MÃES E FILHOS NO SISTEMA CARCERÁRIO.

Ao falar de mãe que cumpre pena preventiva de liberdade, frente a uma gravidez em estabelecimento prisional, ou mãe que tem filhos de 12 anos incompletos, faz-se necessário dar uma atenção diferenciada, pois, não há como pensar somente na mulher que está cumprindo pena, como também, é de suma importância dar uma devida atenção à criança que está por nascer, ou criança que é dependente da mãe, ou seja, contrário ao que seus direitos e garantias preveem como lugar adequado para o convívio familiar. Sabe-se que as penitenciárias brasileiras não foram construídas para desenvolver tal convívio, para KUROWSKY (1990) o primeiro e o mais persistente de todos os vínculos é o entre mãe e filho pequeno, que frequentemente persiste até a idade adulta. Cada membro deste par vinculado tende a manter-se na proximidade do outro e a suscitar, no outro, o comportamento de manutenção da proximidade.

KUROWSKY (1990), completa ainda que:

A característica essencial da vinculação afetiva é que os dois parceiros (mãe e filho) tendem a manter-se próximos um do outro. Quando por qualquer razão se separam, cada um deles procurará o outro, a fim de reatar a proximidade. Qualquer tentativa, por parte de terceiros, para separá-los, encontrará vigorosa resistência (pg.14).

Como visto, o encarceramento da mulher provoca aspectos sociais mais complicados do que o encarceramento do homem. A mulher ainda possui a tarefa principal de cuidar dos filhos, o que, em nossa sociedade, continua sendo um trabalho para o sexo feminino. Dessa forma, a cartilha “Mães no cárcere”¹ afirma que,

é importante que às mães privadas de liberdade sejam ofertadas todas as orientações para que a relação e cuidado consigo e com seus filhos se constitua de uma forma completa e saudável para ambos (p. 7).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), surgiu o contexto de Proteção Integral e o princípio do interesse superior da criança, e foi a partir daí que a infância começou a ser repensada e melhores condições lhe foram

¹ Cartilha com observações Técnicas para a atuação profissional em espaços de convivência de mulheres e seus filhos. Desenvolvida pela Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo. Disponível em <<http://www.saude.sp.gov.br/ses/perfil/cidadao/areas-tecnicas-da-sessp/saude-das-populacoes-privadas-de-liberdade/saude-do-sistema-penitenciario/cartilha-maes-no-carcere>>. Acessada em 21 de out. de 2018.

atribuídas. O art. 227 da CF/88 foi o princípio norteador, que efetivou a criança e o adolescente como sujeitos de direitos e passou a tratar de seus aspectos peculiares de desenvolvimento em um estatuto especial, que é o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, aos poucos, o legislador preocupou-se cada vez mais com o melhor interesse desses menores, proporcionando mais dignidade para sujeitos que anteriormente eram vistos como invisíveis para a sociedade. As novas legislações efetivaram-se em meio a esse novo paradigma, onde os menores passaram a receber uma maior atenção. A partir daí se fizeram presentes os princípios específicos do Estatuto, trazendo amparo nas situações de vulnerabilidade, conforme analisa Alencastro (2015):

No caso dos princípios da prioridade absoluta e do melhor interesse da criança, ambos possuem uma estreita relação com os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, mais do que simples direitos, crianças e adolescentes passaram a desfrutar de garantias fundamentais que decorrem exatamente da condição especial de que ostentam a peculiar condição de pessoa em desenvolvimento (p. 180).

O mais importante é ter um novo olhar para a realidade da criança e do adolescente, que sofrem com as mães encarceradas. Esclarece-se que, ao falarmos do direito da mãe que está no cárcere, estamos falando também do direito fundamental da criança à convivência familiar e de ser cuidada por sua família de origem.

5.1. Aspectos psicológicos e ressocialização das mães e filhos.

Segundo Coyle (2002), não basta que as autoridades meramente tratem as pessoas presas com humanidade e dignidade, antes, devem oferecer-lhes oportunidade de mudança e desenvolvimento, e isso exige habilidades consideráveis e muito empenho. Assim as penitenciárias devem ser lugares onde haja um amplo programa de atividades construtivas que ajudem as pessoas presas a melhorar a sua condição de vida, além do cumprimento da pena imposta, elas precisam ser aceitas na sociedade, como pessoas dignas de conviver em harmonia, com seus filhos e familiares.

De acordo com Sloniak (2007), a falta de efetivo pessoal, de investimento e a precariedade do modelo atual dificultam qualquer tentativa de obter êxito quanto à

ressocialização, tornando essa possibilidade um anseio impossível de ser alcançado somente na dependência estatal.

É notório que a abstenção da violência física ou garantia de boas condições para a custódia das presas, por si só, não atingem o objetivo ressocializador que consiste também num processo de superação de uma história de conflitos, por meio da promoção dos seus direitos e recomposição dos seus vínculos com a sociedade.

Diante disso, os projetos na área de reintegração social devem basear-se na formação educacional e profissional dos apenados, bem como na sua assistência. Ressocializar ou reintegrar a pessoa presa exige um conjunto de ações que envolvem a educação, saúde, assistência social e o incentivo ao trabalho no intuito de proporcionar ao preso à revisão de seus conceitos sociais e desta forma, estimular seu retorno ao convívio social, sem que a pessoa sinta necessidade de cometer infrações novamente.

A Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984) estabelece objetivas e diretrizes para a ressocialização das pessoas presas, e determina os direitos à saúde, educação, trabalho, assistência material, jurídica, social e religiosa. Conforme Frinhani e Souza (2005), já foi revelado e sabe-se que esses direitos garantidos por lei ainda não funcionam adequadamente.

6. APLICABILIDADE DA LEI 13.257/2016 A FAVOR DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

A lei nº 13.257 (BRASIL, 2016), foi criada em 08 de março de 2016 e dispõe acerca de implementação de políticas públicas voltadas para as crianças que se encontram na primeira infância e faz algumas alterações significativas em alguns dispositivos legais, como podemos analisar em seu art. 1º:

Esta Lei estabelece princípios e diretrizes para a formulação e a implementação de políticas públicas para a primeira infância em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano, em consonância com os princípios e diretrizes da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); altera os arts. 6º, 185, 304 e 318 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal); acrescenta incisos ao art. 473 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1 de maio de 1943; altera os arts. 1º, 3º, 4º e 5º da Lei no 11.770, de 9 de setembro de 2008; e acrescenta parágrafos ao art. 5º da Lei no 12.662, de 5 de junho de 2012.

A referida lei segue o princípio basilar do melhor interesse da criança e o adolescente a doutrina da proteção integral, também conhecida como princípio da prioridade absoluta, está prevista no art. 227 da Constituição Federal. Nos ditames desse artigo, torna-se evidente o dever do Poder Público de garantir o desenvolvimento integral das crianças as quais se encontram na faixa etária da primeira infância. A criança é um sujeito de direito, podendo, portanto, participar também na construção dos seus próprios direitos.

O objeto da norma, portanto, é instituir regras de proteção à criança. Nesse sentido, Rodrigues (2018) nos informa que a referida lei faz parte de um conjunto de ações governamentais integrantes do Marco Regulatório da Primeira Infância para proteger e dar maior atenção à criança e o adolescente que esteja nessa fase determinante de sua vida.

Segundo Maciel (2018), a lei abrange todas as crianças nessa faixa etária, independente de onde a criança mora, ela necessita de uma atenção especial, pois está num período de formação fundamental e decisivo para sua vida. As chamadas crianças invisíveis, aquelas por exemplo que estão nas ruas, em situação que nenhuma criança deveria estar, também são de responsabilidade da sociedade e do Estado, sendo, portanto, inclusas na referida lei.

Maciel (2018), acrescenta ainda que devem existir mecanismos para os quais possibilitem o pleno desenvolvimento da criança a qual se encontra na primeira infância, visto que este período é o qual ocorre maior transformação física, psicológica e afetiva do ser humano.

A valorização da família que é fundamental e a maior inserção da mulher no mercado de trabalho, tornando-a cada vez mais ocupada foram mais um argumento para a criação desta lei, cabendo ao Estado o dever de auxiliar no cuidado e educação dos seus filhos. Um outro argumento seria acerca da efetivação da justiça social, já que algumas crianças por estarem inseridas em famílias com uma maior condição financeira, possuem um ótimo e estimulante ambiente de desenvolvimento ao seu redor, sendo na família ou em instituições.

Por outro lado, existem famílias as quais não possuem uma condição econômica favorável, o que prejudica o ambiente de desenvolvimento da criança. Dessa forma, segundo Maciel (2018), há um desequilíbrio, agravando as diferenças de desenvolvimento e aprendizagem.

6.1. Alterações promovidas pela Lei nº 13.257/16 no Código Processo Penal

A Lei da Primeira Infância alterou e acrescentou ainda alguns dispositivos do Código de Processo Penal. Uma das alterações foi ter acrescentado o inciso X do art. 6º do CPP. O art. 6º do Código de Processo Penal estabelece algumas obrigações para o Delegado de Polícia a serem tomadas após o conhecimento da prática da infração penal. Agora com a inclusão do inciso X ao artigo 6º do Código de Processo Penal, a autoridade policial deverá averiguar a existência de filhos da pessoa que cometeu a infração e, se existentes, quem é o responsável por seus cuidados.

Segundo Ortega (2015). Ademais, tais informações deverão ser registradas no auto de prisão em flagrante, conforme alteração realizada pela Lei da Primeira Infância no art. 304, parágrafo 4º do Código de Processo Penal. Art. 304 § 4o do CPP aduz:

Da lavratura do auto de prisão em flagrante deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa. (BRASIL,2016)

Houve ainda uma outra inclusão relacionada às informações acerca da existência de filhos no art. 185, §10º do CPP, o qual estabelece que deverá constar no interrogatório, ou seja, o Juiz deverá realizar, de forma obrigatória, perguntas ao infrator se possui filhos e caso positivo, respectivas idades, se possuem alguma deficiência e o nome e contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos.

O Código de Processo Penal prevê a possibilidade de o réu cumprir a prisão preventiva em regime domiciliar, ou seja, recolhido em sua residência. As hipóteses as quais se enquadram a prisão domiciliar estão previstas no artigo 318 do Código de Processo Penal, o qual foi alterado pela Lei nº 13.257/2016 (BRASIL, 2016):

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: I – maior de 80 (oitenta) anos; II – extremamente debilitado por motivo de doença grave; III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV – gestante; V – mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI – homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos nesse artigo.

Ortega (2015) apresenta o artigo 41 da chamada Lei da Primeira Infância alterou o artigo 318 do Código de Processo Penal, no que se diz no seu inciso IV e incluiu os incisos V e VI. Antes das alterações do artigo 318 pela Lei nº 13.257/16, apenas a gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco poderia ser beneficiada pela determinação da substituição da prisão preventiva pela domiciliar pelo juiz.

A autora diz ainda que com o advento da Lei em questão, basta que a investigada ou ré esteja grávida para ter direito à prisão domiciliar. Não se exigindo mais, portanto, um tempo mínimo de gestação nem mesmo risco nesta, o inciso V, o qual era inexistente antes das alterações da Lei nº 13.257/16, estabeleceu que tendo a mulher um filho de até 12 (anos) de idade incompletos, poderia também ser beneficiado com a substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Houve ainda a inclusão do inciso VI ao art. 318 do CPP, o qual estabelece a possibilidade do juiz substituir a prisão preventiva por domiciliar quando o réu for homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Segundo Arquimedes (2015), com esta inovação ao artigo 318 do Código de Processo Penal, houve a permissão da substituição da prisão preventiva em

regime fechado, dentro de sua própria residência, para presas preventivas que aguardam por julgamento. Percebe-se, claramente, o compromisso do legislador em proteger a primeira infância, já que a modificação foi extremamente salutar e põe em relevo a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente ao fortalecimento da família no exercício de sua função de cuidado e educação de seus filhos na primeira infância.

Por outro lado, pontuou o julgador que o art. 318 do CPP não criou um direito subjetivo ao preso provisório. Ou seja, o verbo “poderá” não deve ser interpretado como “deverá”, trazendo assim uma faculdade, e não uma obrigação, para o juiz. Do contrário, Arquimedes (2015) diz que toda pessoa com prole na idade indicada no texto legal teria assegurada a prisão domiciliar, mesmo que fosse identificada a necessidade de medida mais severa.

7. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DE APLICAÇÃO DA MEDIDA

Neste capítulo analisa-se a jurisprudência brasileira acerca do assunto, vejamos alguns casos. Neste primeiro caso vemos que é recorrente a prisão por motivo de tráfico de drogas.

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO E TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR. FILHOS MENORES. POSSIBILIDADE. Comprovado nos autos que a paciente é mãe de duas crianças menores, atendendo inovações legislativas, implementadas no artigo 318, do CPP, aliada aos seus bons predicados, necessária se faz a substituição da prisão preventiva por custódia domiciliar. ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA. LIMINAR CONFIRMADA. (TJ-GO - HABEAS-CORPUS: 02316661920178090000 Relator: DES. AVELIRDES ALMEIDA PINHEIRO DE LEMOS, Data de Julgamento: 31/10/2017, 1A CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: DJ 2406 de 14/12/2017) (TJ-GO, 2017).

Neste outro julgado, do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, observa-se que o juízo não considerou que os filhos necessitavam da presença da genitora e cita o artigo 318 do CPP em que esta medida é faculdade do juiz em questão observando a natureza do crime e este obedecer ou não o conceituado.

HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR. A alteração legislativa aventada, com o acréscimo, pelo Estatuto da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016) do inciso V ao artigo 318 do Código de Processo Penal, contemplando a possibilidade da concessão de prisão domiciliar à mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos, não tem a consequência de, diante da existência de prole até tal idade, ser obrigatória a adoção de tal providência. Não fosse assim e teria o legislador tornado imperativo o deferimento do benefício, o que não fez. Por isso que, não vindo aos autos dado algum que evidencie ser necessária a colocação da paciente em prisão domiciliar, não se está diante de hipótese que autorize a providência lá contemplada. ORDEM DENEGADA, POR MAIORIA. (Habeas Corpus Nº 70076439470, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Redator: Honório Gonçalves da Silva Neto, Julgado em 14/03/2018). (TJ-RS - HC: 70076439470 RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Data de Julgamento: 14/03/2018, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 11/04/2018) (TJ-GO, 2018).

Neste Julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, não foi reconhecido o *writ*, mas devido ao HC coletivo do STF que foi julgado de ofício, a detenta estava no 8º período da gestação e foi a esta concedida a prisão domiciliar.

HABEAS CORPUS – PRÁTICA, EM TESE, DAS CONDUTAS TIPIFICADAS NOS ARTIGOS 33 E 35 DA LEI 11.343/06 - PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA – PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR APÓS DECISÃO DO STF NO HC COLETIVO 143.641/SP – QUESTÃO NÃO ANALISADA PELO JUÍZO DE ORIGEM – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – WRIT NÃO CONHECIDO – EXAME DA ORDEM DE OFÍCIO – PLEITO DE CONVERSÃO DA PRISÃO PREVENTIVA EM PRISÃO DOMICILIAR – ACOLHIMENTO – PACIENTE NO 8º MÊS DE GESTAÇÃO – PRISÃO DOMICILIAR QUE MELHOR SE ADEQUA À SAÚDE E ÀS NECESSIDADES DA MÃE E DO BEBÊ – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO – CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO – DECISÃO UNÂNIME. (Habeas Corpus nº 201800304049 nº único0001308-74.2018.8.25.0000 - CÂMARA CRIMINAL, Tribunal de Justiça de Sergipe - Relator (a): Ana Lúcia Freire de A. dos Anjos - Julgado em 10/04/2018).

Este Julgado do STF a seguir, concedeu a prisão domiciliar a uma mãe detenta com filho de 12 meses, sendo que esta ainda o amamentava, o benefício foi concedido de acordo com os requisitos legais do artigo 318 e com as Regras de Bangkok.

Ementa: HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO. ANÁLISE DO MÉRITO. PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. MÃE LACTANTE, COM FILHO DE 12 MESES. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. PRIMARIEDADE. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA. HC COLETIVO Nº 143.641/SP (STF). ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal. 2. A questão jurídica limita-se a verificar a possibilidade de concessão de prisão domiciliar na execução provisória da pena, tendo em vista o exaurimento jurisdição das instâncias ordinárias. Nesse contexto, o inciso V do art. 318 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n. 13.257/2016, determina que poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. 3. O artigo 318 do Código de Processo Penal (que permite a prisão domiciliar da mulher gestante ou mãe de filhos com até 12 anos incompletos) foi instituído para adequar a legislação brasileira a um compromisso assumido internacionalmente pelo Brasil nas Regras de Bangkok. "Todas essas circunstâncias devem constituir objeto de adequada ponderação, em ordem a que a adoção da medida excepcional

da prisão domiciliar efetivamente satisfaça o princípio da proporcionalidade e respeite o interesse maior da criança. Esses vetores, por isso mesmo, hão de orientar o magistrado na concessão da prisão domiciliar" (STF, HC n. 134.734/SP, relator Ministro Celso de Melo). 4. Fazendo-se uma interpretação teleológica da Lei n. 13.257/2016, em conjunto...

Encontrado em: INC:00005 FED LEI:007210 ANO:1984 LEP-84 LEI DE EXECUÇÃO PENAL ART:00117 (PRISÃO DOMICILIAR... 362922-PR STJ - HC 416132-SP (PRISÃO DOMICILIAR - PRINCÍPIOS) STF - HC 94163 HABEAS CORPUS HC 459270

Comprova-se que o tráfico de drogas, é um dos maiores fatores da prisão feminina. Neste caso o HC foi negado, porém depois foi concedido de ofício à mãe lactante de duas crianças, esta ficou em prisão domiciliar sendo monitorada por tornozeleira eletrônica.

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. RECORRENTE PRIMÁRIA E MÃE DE DUAS CRIANÇAS LACTANTES. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. POSSIBILIDADE DE COLOCAÇÃO DA AGENTE EM PRISÃO DOMICILIAR. EXEGESE DO ART. 318, III, DA LEI N. 12.403 /2011. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo de revisão criminal e de recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício. 2. A prisão cautelar é medida excepcional, uma vez que, por meio dela, priva-se o réu de sua liberdade antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. 3. As particularidades apontadas estão a indicar, excepcionalmente, a suficiência e adequação da imposição do benefício, que apesar de não constituir medida cautelar propriamente dita, foi introduzido pela Lei n. 12.403 /2011, ensejando, em caso de descumprimento, o restabelecimento da preventiva. 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, confirmando a liminar, substituir a execução provisória da paciente por prisão domiciliar, com monitoramento eletrônico e, ainda, a obrigação de comparecimento em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo Juiz de primeiro grau, para informar e justificar atividades, até o esgotamento das instâncias ordinárias.

Mais um julgado em que o crime cometido foi a relação com tráfico de drogas, porém em decisão de segundo grau foi concedido o benefício com base no Código de Processo Penal, cabendo os juízos monitorar a concessão do benefício.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. Para ser compatível com o Estado Democrático de Direito - o qual se ocupa de proteger tanto a liberdade quanto a segurança e a paz públicas - e com a presunção de não culpabilidade, é necessário que a decretação e a manutenção da prisão cautelar se revistam de caráter excepcional e provisório. A par disso, a decisão judicial deve ser suficientemente motivada, mediante análise da concreta necessidade da cautela, nos termos do art. 282, I e II, c/c o art. 312, ambos do Código de Processo Penal. 2. O Juiz de primeiro grau, ao decretar a prisão preventiva da paciente, destacou concretamente a gravidade dos delitos, diante, em especial, da associação criminosa, com divisão de tarefas e com intermunicipalidade, da quantidade de entorpecentes apreendida e da ausência de vínculo da paciente com o distrito da culpa, o que dá cautelaridade à decisão. 3. A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, todavia, nos autos do HC n. 143.641, em 20/2/2018, concedeu habeas corpus coletivo "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 sob sua guarda [...], enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício". 4. A novel legislação teve reflexos no Código de Processo Penal, imprimindo nova redação ao inciso IV do seu art. 318, além de acrescentar-lhe os incisos V e VI. Tais mudanças encontram suporte no próprio fundamento que subjaz à Lei n. 13.257/2016, notadamente a garantia do desenvolvimento infantil integral, com o "fortalecimento da família no exercício de sua função de cuidado e educação de seus filhos na primeira infância" (art. 14, § 1º). 5. Embora os argumentos adotados pelo Magistrado de primeiro grau demonstrem a gravidade concreta dos delitos e a periculosidade da acusada, mostra-se adequada no caso a prisão domiciliar, porquanto não há notícias de eventual existência de antecedentes ou de reiteração criminosa por parte da ré e o crime supostamente praticado não envolveu violência ou grave ameaça contra pessoa. 6. Ordem concedida para, ratificada a liminar, assegurar à paciente que, mediante comprovação de residência fixa ao Juízo natural da causa, aguarde em prisão domiciliar o esgotamento da jurisdição ordinária, caso não esteja presa por outro motivo, ficando também a cargo do Juízo monocrático ou ao que ele deprecar a fiscalização do cumprimento do benefício.

(STJ - HC: 451136 SP 2018/0120755-3, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 07/08/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/08/2018)

Este julgado do STJ não concedeu a prisão domiciliar pois o crime era contra a vida, foram tentativas de homicídio qualificado e sendo assim com grave ameaça.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TENTATIVAS DE HOMICÍDIOS QUALIFICADOS. PRISÃO PREVENTIVA. CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MODUS OPERANDI DO DELITO. PERICULOSIDADE CONCRETA. SEGURANÇA DAS VÍTIMAS E TESTEMUNHAS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. PRISÃO DOMICILIAR. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. MANDAMUS COLETIVO N. 143.641/SP DA SUPREMA CORTE. INAPLICABILIDADE. CRIME COMETIDO MEDIANTE VIOLÊNCIA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual flagrante constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício. 2. Considerando a natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP. 3. In casu, a prisão preventiva foi adequadamente motivada com base em elementos concretos extraídos dos autos, demonstrada a elevada periculosidade da agente, evidenciada pelo modus operandi do delito - efetuado com diversos disparos de arma de fogo, em via pública, contra as 5 vítimas, impossibilitando qualquer reação de defesa e causando perigo comum, vindo a ferir um terceiro não relacionado à desavença -, bem como pela motivação torpe, pois o delito foi perpetrado em razão de anterior discussão decorrente de colisão entre veículos no trânsito. Ademais, o Magistrado de piso salientou a necessidade de proteger as vítimas e testemunhas residentes na região onde foi praticado o delito, as quais são conhecidas dos agentes, informando, inclusive, que uma testemunha foi intimidada pelos réus. Nesse contexto, forçoso concluir que a prisão processual está devidamente fundamentada na necessidade de garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal, não havendo falar, portanto, em existência de flagrante ilegalidade capaz de justificar a sua revogação. 5. Interpretando o art. 318, V, do CPP, inserido ao diploma legal com o advento da Lei 13.257/2016, esta Corte Superior firmou entendimento segundo o qual a prisão

domiciliar no caso da mulher com filho de até 12 anos incompletos, não possui caráter absoluto ou automático, podendo o Magistrado conceder ou não o benefício, após a análise, no caso concreto, da sua adequação, devendo ser avaliada tanto a situação da criança, inclusive acerca da prescindibilidade dos cuidados maternos, como as condições que envolveram a prisão da mãe. 6. No caso dos autos, o Tribunal a quo salientou não haver demonstração da imprescindibilidade da presença materna, tendo em vista que as crianças não estão desamparadas, e se encontram sob os cuidados da avó. Ressaltou-se que os documentos colacionados aos autos não são suficientes para embasar o pedido, porquanto, a alegação de que a avó não poderia cuidar das crianças pois seria submetida à realização de uma cirurgia não teria sido comprovada. 7. O novel entendimento do Supremo Tribunal Federal que concedeu habeas corpus coletivo às presas preventivamente, mães de crianças, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, comporta três situações de exceção à sua abrangência, previstas no voto condutor do acórdão, quais sejam: a) crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça; b) delitos perpetrados contra os descendentes, ou c) em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas. Assim, é certo que na situação evidenciada nos autos, que trata do delito de homicídio, crime cometido mediante violência, não há falar em substituição da prisão preventiva pela domiciliar em razão do mandamus coletivo concedido pela Suprema Corte no julgamento do HC n. 143.641/SP. Habeas corpus não conhecido.

(STJ - HC: 431904 DF 2017/0336099-4, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 10/04/2018, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/04/2018).

Neste julgado abaixo, foi denegado o pedido de concessão da prisão domiciliar devido a gravidade do crime cometido pela detenta, onde a mesma portava 8 kg de “crack” além de R\$ 27.000,00 reais em espécie, munições de vários calibres além de portar uma arma de fogo com a identificação raspada.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÕES E ARMA COM NUMERAÇÃO RASPADA. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INVIOABILIDADE. A prisão provisória não fere o princípio constitucional da presunção de inocência, pois a própria Constituição, no art. 5º, inciso LXI, permite a possibilidade de prisão em flagrante ou por ordem fundamentada e escrita da autoridade competente. DECISÃO FUNDAMENTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. Não constitui constrangimento ilegal o decreto de medida cautelar, quando devidamente fundamentado nos requisitos da prisão preventiva, em especial para a garantia da ordem pública. Máxime se o agente estava sob liberdade provisória. GRAVIDEZ E MÃE DE CRIANÇAS DE TENRA IDADE. PRISÃO DOMICILIAR. CASO CONCRETÓ. INVIOABILIDADE. A presença de um dos pressupostos indicados no art. 318, do CPP, isoladamente considerado, não assegura à paciente grávida e genitora de duas

filhas menores, automaticamente, o direito à substituição da prisão preventiva pela domiciliar, dependendo da adequação do caso concreto. In casu, há de ser considerada a especial gravidade dos crimes a ela imputados, suspeita de traficar mais de 08 quilos de “crack”, tendo sido apreendido mais de R\$27.000,00 em espécie, além de munições de diversos calibres e apreensão de arma com numeração raspada, bem como ao fato de que estava sob o compromisso de benefício liberatório concedido anteriormente, não sendo, portanto, a conversão pretendida, viável e suficiente para neutralizar o periculum libertatis que originou o decreto da medida cautelar. HABEAS CORPUS CONHECIDO E DENEGADO.

(TJ-GO - HABEAS-CORPUS: 02343528120178090000, Relator: DR(A). FABIO CRISTOVAO DE CAMPOS FARIA, Data de Julgamento: 07/11/2017, 1A CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: DJ 2429 de 18/01/2018).

Foi concedido a mãe em questão o benefício da prisão domiciliar, pois esta tinha dois filhos, um de dois e outro de cinco anos de idade ficando assim comprovado o seu direito à prisão domiciliar pois estes preenchem os requisitos da referida Lei 13.257/2016 no art. 318 do CPP.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA RECORRÍVEL. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. PACIENTE MÃE DE FILHOS MENORES. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR DECORRENTE DA CONDENAÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR. EXEGESE DO ART. 318, V DO CPP. PROTEÇÃO AO DIREITO DO INFANTE DE SER CUIDADO PELA MÃE. ORDEM CONHECIDA E PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1) Ao magistrado, diante das alterações introduzidas pela Lei 13.257/2016 no art. 318 do CPP, é permitido, na análise do caso concreto, substituir a prisão cautelar pela domiciliar quando a agente for mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos, norma jurídica que visa assegurar o direito da criança, principalmente daquela que se encontra na fase da primeira infância, de estar junto de sua mãe, necessidade de maior relevância, que não pode ser desprestigiada pelo Poder Público. In casu, comprovado que a paciente é mãe de duas crianças, uma contando 02 anos de idade e outra 05 anos de idade, estando, portanto, ambos na primeira infância (0 a 06 anos de idade), se afigura cabível mitigar o rigor da prisão cautelar da Paciente, para substituir o decreto de prisão pelas medidas cautelares do art. 319 do CPP enquanto perdurar o julgamento pelas instâncias ordinárias, a fim de que possa prestar o devido auxílio aos filhos sem, porém, furtar-se à eventual aplicação da lei penal e à devida instrução do processo a que responde, assegurando, assim, plena observância aos preceitos constitucionais, notadamente o que assegura à família especial proteção do Estado, o qual também deve colocar as crianças a salvo de toda forma de crueldade, conforme arts. 226, 227, parágrafo único, ambos da Constituição Federal. 2) Ademais, ainda que a paciente tenha permanecido presa durante todo o

processo, a prisão provisória decorrente de sentença condenatória não transitada em julgado é medida excepcional, que deve ser justificada concretamente de acordo com os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal; 3) Ordem parcialmente concedida, ratificando-se a liminar outrora deferida, a fim de conferir à paciente o benefício da prisão domiciliar, nos termos do inciso V do art. 318 do Código de Processo Penal, até o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver presa, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade.

(TJ-AP - HC: 00000472320178030000 AP, Relator: EDUARDO FREIRE CONTRERAS, Data de Julgamento: 23/03/2017, Tribunal).

Julgado considerado denegado pelo fato_a criança ser cuidada pela avó materna, ficando comprovado que a genitora não era a única a ser cuidadora da criança, restando comprovado a falta de necessidade de sua prisão domiciliar.

ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTIÇA Habeas Corpus (criminal) n. 4023676-52.2018.8.24.0900, de São José
ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTIÇA Habeas Corpus (criminal) n. 4023676-52.2018.8.24.0900, de São José.
Relator: Des. Carlos Alberto Civinski HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PRISÃO PREVENTIVA. AÇÃO PENAL QUE APURA SUPOSTA PRÁTICA DOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, AMBOS MAJORADOS (LEI 11.343/2006, ARTS. 33,"CAPUT", E 35,"CAPUT", CUMULADOS COM O ART. 40, III). SEGREGAÇÃO CAUTELAR MANTIDA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ELEMENTOS CONCRETOS. GRAVIDADE CONCRETA E PERICULOSIDADE DEMONSTRADAS. SUPOSTA TENTATIVA DE ENTREGA DE ENTORPECENTES A COMPANHEIRO QUE SE ENCONTRA CUMPRINDO PENA EM PENITENCIÁRIA. CONDUTA QUE, EM TESE, JÁ FOI EMPREENDIDA ANTES E MOTIVOU PRISÃO EM FLAGRANTE COM POSTERIOR CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA, EM APURAÇÃO EM FEITO DISTINTO. POSSIBILIDADE CONCRETA DE REITERAÇÃO. CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR. PACIENTE MÃE DE UMA CRIANÇA MENOR DE 12 (DOZE) ANOS DE IDADE. MEDIDA INCABÍVEL. IMPRESCINDIBILIDADE PARA OS CUIDADOS DA CRIANÇA NÃO COMPROVADA. MENOR QUE SE ENCONTRA SOB GUARDA DE FATO EXERCIDA PELA AVÓ MATERNA. OFENSA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. NÃO OCORRÊNCIA. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. INSUFICIÊNCIA. PREDICADOS SUBJETIVOS. IRRELEVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO - A presença de elementos concretos que indicam a periculosidade do paciente, a gravidade concreta da conduta e a probabilidade de reiteração criminosa, justificam a segregação cautelar como forma de garantia da ordem pública - Nos termos do art. 318, V, do CPP, a substituição da prisão preventiva por domiciliar somente será concedida quando ficar comprovado nos autos situação que

demonstre a imprescindibilidade da mulher/paciente para prestar cuidados a filho menor de doze anos de idade - A decisão que decreta a segregação cautelar não ofende princípios constitucionais quando é devidamente fundamentada nas hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal - As medidas cautelares diversas da prisão são insuficientes para afastar a periculosidade do agente quando presentes dados concretos que evidenciam a necessidade da prisão preventiva para a garantia da ordem pública - Predicados favoráveis são insuficientes para revogar a prisão preventiva quando demonstrada de modo idôneo a necessidade da medida extrema - Parecer da PGJ pela denegação da ordem - Ordem denegada.

(TJ-SC - HC: 40236765220188240900 São José 4023676-52.2018.8.24.0900, Relator: Carlos Alberto Civinski, Data de Julgamento: 20/09/2018, Primeira Câmara Criminal)

Interpretando o art. 318, V, do CPP, inserido ao diploma legal com o advento da Lei nº 13.257/2016, esses julgados firmaram entendimento segundo o qual a prisão domiciliar no caso da mulher com filho de até 12 (doze) anos incompletos, não possui caráter absoluto ou automático, podendo o Juiz conceder ou não o benefício, após a análise, no caso concreto, da sua adequação, devendo ser avaliada tanto a situação da criança, inclusive acerca da prescindibilidade dos cuidados maternos, como as condições que envolveram a prisão da mãe (Brasil, 2016).

8. CONCLUSÃO

As legislações sofreram alterações recentemente com a Lei nº 10.257/2016, diante dessa alteração legislativa, faz-se oportuno analisar o presente tema, baseando-se na doutrina e jurisprudência pertinentes e buscando entender a importância do direito de convivência familiar para a criança e ao adolescente, assim como para os detentos.

Além de abordar a questão do poder familiar onde o entendimento jurisprudencial quanto a questão, ainda está em fase de pacificação. Consta-se que as alterações realizadas pela Lei nº 10.257/2016, vieram ao encontro com a nova realidade social, trazendo uma preocupação que vai além da punição e abrangendo o campo social, quando se integra ao ordenamento penal características que vão além da relação crime e punição, pois está em jogo não somente o cumprimento de pena pela mãe condenada.

Existe também, a questão da formação das crianças que acabam passando importante fase da vida sem a presença das suas mães. Deveria prevalecer a absoluta prioridade do interesse da criança e o favorecimento para seu desenvolvimento integral.

Devendo lembrar sempre, que é missão dos pais, do Estado e de toda sociedade garantir a proteção das crianças e dos adolescentes, independentemente dos pais cumprirem pena privativa de liberdade em estabelecimento penal, ou não. As crianças são sujeitos de direitos em todos os casos e em todos os lugares, independentemente dos erros cometidos pela mãe e pela pena a qual está cumprindo em estabelecimento prisional.

Trata-se de um direito fundamental das crianças e adolescentes conviver com a família, uma vez que esta é responsável por dar-lhe suporte e fundamentos para a vida. Esse convívio, porém, pode ser interrompido em algumas situações, como na hipótese de prisão do pai ou da mãe. Não resta dúvida de que é importante para a criança ou adolescente conviver com seus genitores, tomando como critério a afetividade entre eles, assim como para quem está preso, diante da função dita ressocializadora da pena.

Este projeto tem o objetivo de apresentar a Lei nº 13.257/2016, direcionada especificamente para mães que estão em situação prisional, com crianças na

primeira infância. Em seu início, visa demonstrar o objetivo da Lei e as alterações no ordenamento jurídico, recentemente alterado por ela.

A Lei nº 13.257/2016, mostrou-se importante de se debater tal temática e, essencialmente trazer para conhecimento voltada para as mães, estas, que não tem o conhecimento de seus direitos estando em prisão preventiva, que possuem filhos de 12 (doze) anos de idade incompletos.

Assim, com a alteração, deverá o Juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for gestante, mulher com filho de até doze anos de idade incompletos ou homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até doze anos de idade incompletos. A prisão domiciliar visa proteger esses filhos menores que precisam mais de atenção, orientação, educação, pois sem os cuidados de uma mãe, podendo acarretar problemas sociais, pois um adolescente sem uma orientação correta, que a mãe pode dar, tem mais chances de ir para a rua delinquir.

A possibilidade de prisão domiciliar não exclui absolutamente a discussão sobre o papel de mãe atribuído à mulher, reforçado por esta prescrição normativa, donde a importância primordial de se dar voz, e nossos ouvidos, ao que tem a dizer as mulheres encarceradas.

Enfim, é de se exigir dos operadores do direito que atuam no âmbito do processo penal uma necessária ponderação a respeito dos interesses em jogo na concessão, ou não, da medida substitutiva da prisão preventiva consistente em prisão domiciliar, notadamente para que não se incida no equívoco de levar ao descrédito tão importante inovação legislativa.

REFERÊNCIAS

ALENCASTRO, Paola Larroque. **Mães presidiárias e o direito da criança e do adolescente à convivência familiar**. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2015.

ARÁN, M.; PEIXOTO JR., C.A. **Vulnerabilidade e vida nua**: bioética e biopolítica na atualidade. Rev. Saúde Pública, v. 41, n. 5, p. 849-57, 2007.

ARQUIMEDES, Carlos. **Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016**. Disponível em: <<https://carlosarquimedes.jusbrasil.com.br/artigos/316637129/alteracoes-do-cpp-promovidas-pela-lei-n-13257-2016>> Acesso em: 23 de outubro de 2018.

AUGER, Lucien. **Comunicação e crescimento pessoal – A Relação de Ajuda**. São Paulo: Edições Loyola, 1992.

BRASIL. **Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984**. Lei de Execução Penal. Senado Federal. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextolntegral.action?id=75616>>. Acesso em: 22 de outubro de 2018.

BRASIL. Lei n. 13.257, de 8 de março de 2016. **Estatuto da Primeira Infância**. Dispõe sobre políticas públicas na primeira infância e altera a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei n. 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei n. 12.662, de 5 de junho de 2012.

_____. **Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13257.htm>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

_____. Tribunal de Justiça de Goiás, **HABEAS-CORPUS: 02316661920178090000** Relator: DES. Avelirdes Almeida Pinheiro De Lemos, Primeira Câmara Criminal, Data de Julgamento: 31/10/2017, Data de Publicação: DJ 2406 de 14/12/2017. Disponível em: <<https://tjgo.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/532158338/habeas-corpus2316661920178090000>> Acesso em: 27 de outubro de 2018.

_____. TJ-SC - HC: 40236765220188240900 São José 4023676-52.2018.8.24.0900, Relator: Carlos Alberto Civinski. Disponível em : <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/586853629/habeas-corpus-criminal-hc-40116156220188240900-sao-jose-4011615-6220188240900/inteiro-teor-586853686>> Acesso em : 27 de out de 2018.

_____. TJ-AP - HC: 00000472320178030000 AP, Relator: EDUARDO FREIRE CONTRERAS, Data de Julgamento: 23/03/2017. Disponível em: <<https://tj-ap.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/641833882/habeas-corpus-hc-472320178030000-ap>> Acesso em : 27 de out de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça STJ - HABEAS CORPUS: HC 360081 SP 2016/0159969-5. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/524689946/habeas-corporus-hc-360081-sp-2016-0159969-5>> Acesso em : 27 de outubro de 2018.

_____. TJ-GO - HABEAS-CORPUS: 02343528120178090000, Relator: DR(A). FABIO CRISTOVAO DE CAMPOS FARIA, Data de Julgamento: 07/11/2017. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Tribunal+de+Justi%C3%A7a+de+Goi%C3%A1s+TJ-GO+-+HABEAS-CORPUS+%3A+0234352-81.2017.8.09.0000>> Acesso em: 27 de out de 2018.

_____. STJ - HC: 431904 DF 2017/0336099-4, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 10/04/2018. Disponível em : <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574634892/habeas-corporus-hc-431904-df-2017-0336099-4?ref=juris-tabs>> Acesso em : 27 de outubro de 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul, **Habeas Corpus Nº 70076439470**, Primeira Câmara Criminal, Relator: Jayme Weingartner Neto, Redator: Honório Gonçalves da Silva Neto, Julgado em 14/03/2018 Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 11/04/2018 Disponível em: <https://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/565484111/habeas-corporus-hc-70076439470rs> Acesso em: 27 de outubro de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça STJ - HABEAS CORPUS: HC 431904 DF 2017/0336099-4. Disponível em : <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574634892/habeas-corporus-hc-431904-df-2017-0336099-4?ref=juris-tabs>> Acesso em : 27 de outubro de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça STJ - HABEAS CORPUS: HC 451136 SP 2018/0120755-3. Disponível em : <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/617606957/habeas-corporus-hc-451136-sp-2018-0120755-3?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 27 de outubro de 2018

_____. Tribunal de Justiça de Sergipe, **Habeas Corpus nº 201800304049** nº único0001308-74.2018.8.25.0000 - CÂMARA CRIMINAL, Relator (a): Ana Lúcia Freire de A. dos Anjos - Julgado em 10/04/2018, Disponível em: <<http://www.tjse.jus.br/portal/consultas/jurisprudencia/judicial>>. Acesso em: 27 de outubro de 2018

BASTOS, Paulo Roberto da Silva. **Criminalidade feminina: Estudo do perfil da população carcerária feminina da Penitenciária Professor Ariosvaldo de Campos Pires – Juiz de Fora (MG)/2009**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 81, 01/10/2010 [Internet]. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8444>. Acesso em 18 de outubro de 2018.

BRIGUENTI, E. C. CARLOS, M. C. C. BATISTA, S. M. T. D. **UMA APREENSÃO CRÍTICA DO CÁRCERE FEMININO: A INTERVENÇÃO DO SERVIÇO SOCIAL À LUZ DA LIBERDADE**. Seminário Integrado. Presidente Prudente, v. 03, p. 77-94,

2009. BUGLIONE, S. A fase feminina da execução penal. *Direito & Justiça*, Rio Grande do Sul, v.19, ano XX, 1998.

CORRÊA, M.C.D.V.; ARÁN, M. **Tecnologia e normas de gênero**: contribuições para o debate da bioética feminista. *Revista Bioética*, v. 16, n. 2, p. 191-206, 2008.

COYLE, Andrew. *Administração Penitenciária: Uma Abordagem de Direitos Humanos*. Londres: International Centre for Prison Studies, 2002.

Disponível em: <http://www.relaf.org/Direct_VA_adultosPORTUGUES.pdf>. Acesso em 23 de outubro de 2018

ESPINOZA, Olga. **A Prisão Feminina desde um Olhar da Criminologia Feminista**. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*. Pelotas, v.1, n. 1, p. 52, jan./dez. 2002.

ESPINOZA, Olga. **A mulher como vítima e agressora no sistema punitivo**. In: *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*. Universidade Católica de Pelotas. V.2, N. 1 EDUCAT, 2003.

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. 34. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

FRINHANI, F. D. M. D.; SOUZA, L. D. **Mulheres encarceradas e espaço prisional: uma análise de representações sociais**. *Psicol. Teor. Prát.*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 61-79, 2005.

GIORDANI, A. T.; BUENO, S. M. **A maternidade para mulheres detentas e a transmissão vertical das DST/Aids. DST J. Bras. Doenças Sex. Transm.**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 6, p. 12-24, 2001. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-08/populacao-carceraria-feminina-cresce-700-em-dezesseis-anos-no>>. Acesso em: 18 de setembro de 2018.

KANAN, L. A. **Poder e Liderança de Mulheres nas Organizações de Trabalho**. O&S – Salvador, 17(53), 243-257, 2010.

KUROWSKI, Cristina Maria. **Análise crítica quanto a aspectos de implantação e funcionamento de uma creche em penitenciária feminina**. Porto Alegre, 1990.

LAMENZA, Francismar. *Os direitos fundamentais da criança e do adolescente e a discricionariedade do Estado*. São Paulo: Minha Editora, 2011.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. de A. *Metodologia científica*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso De Direito da Criança e do Adolescente** - 11ª Ed. 2018. São PAULO-SP. SARAIVA.

Organização das Nações Unidas (ONU). **Regras de Bangkok**. 2010. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wpcontent/uploads/2012/09/Tradu%c3%a7%c3%a3o-n%c3%a3ooficial-das-Regras-de-Bangkok-em-11-04-2012.pdf>>. Acessado em: 08 de setembro de 2018.

ORTEGA, Flávia Teixeira. **Estatuto da Primeira Infância – entenda as mudanças**. Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/319948904/estatuto-da-primeira-infancia-entenda-as-mudancas>>. Acesso em: 15 de outubro de 2018.

Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas de 30 de agosto de 1955, da qual o Brasil é signatário. Disponível em: <<http://dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpena/lex52.htm>> Acesso em: 28 de outubro de 2018.

PEREIRA, L. W. SILVA, T. S. Org. **Placha Sá, P. POR UMA CRIMINOLOGIA FEMINISTA: Do silêncio ao empoderamento da mulher no pensamento jurídico criminal**. Dossiê: as mulheres e o sistema penal /– Curitiba: OABPR, 2015.

PINHEIRO, Jorge Augusto de Medeiros. Hounsell, Franci. **Mujeres encarceladas**. 1. ed. Belém: Editora da Universidade Federal do Pará, 2012.

RODRIGUES, Kesley. **A empresa cidadã e a licença-paternidade estendida**. Disponível em: <https://kesleymelrodrigues.jusbrasil.com.br/artigos/316638825/a-empresa-cidada-e-a-licenca-paternidade-estendida?ref=topic_feed>. Acesso em 23 de outubro de 2018.

SOARES, Bárbara Musumeci e ILGENFRITZ, Iara. **Prisioneiras Vida e Violência atrás das Grades**. Rio de Janeiro: Editora Gramond Ltda, 2002.

SLONIAK, Marcos Aurélio. **A ressocialização de presos condenados ao regime fechado no Distrito Federal**. 2007. Monografia (Especialização em Segurança Pública). Pontifícia Universidade Católica PUC-Virtual, Porto Alegre, 2007.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999.

VINHAL, Gabriela. **Número de mulheres presas cresce 65,6%; Brasil é o 4º país que mais prende**. Correio Brasiliense, Brasília, 11/06/2018. Disponível em <<https://www.correiobrasiliense.com.br/app/noticia/brasil/2018/06/11/interna-brasil,687581/quantas-mulheres-estao-presas-no-brasil.shtml>> Acesso em 23 de outubro de 2018.

SERRAS, D.; PIRES, A. **Maternidade atrás das grades: comportamento parental em contexto prisional**. Aná. Psicologia, Lisboa, v. 22, n. 2, 413-425, jun. 2004.

STELLA, C. **Creches em presídios: limites e possibilidades**. [Relato rio de pesquisa]. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2008.

STELLA, C. **Filhos de mulheres presas: soluções e impasses para seus desenvolvimentos**. São Paulo: LCTE, 2006.

STELLA, Cláudia. **Filhos de mulheres presas:** soluções e impasses para seus desenvolvimentos. São Paulo: LCTE Editora, 2006.