

FILHOS DO CÁRCERE: UMA RELAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA DA PENA COM A MATERNIDADE NA PRISÃO - A LUZ DO HC 143.641

Agliane Pereira¹
Tiago Galli²

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente estudo busca fazer uma relação entre o princípio Constitucional da Intranscendência da Pena (também conhecido como Personalidade da Pena ou Pessoaalidade da Pena) com a maternidade na prisão, visando ainda uma análise ao *Habeas Corpus* 143/641 SP, julgado pelo STF em 2018, que concedeu substituição da prisão cautelar para prisão domiciliar a todas as gestantes ou puérperas, mães de crianças até 12 (doze anos) e deficientes sob a sua guarda.

O estudo se volta ao direito dos filhos para com as mães em situação de cárcere, assinalando o que prevê o Estatuto da Criança e Adolescente para esses casos, pontuando os aspectos positivos e negativos da convivência do menor com a mãe encarcerada. Efetua-se também pesquisa voltada para os conceitos e regras da prisão cautelar relacionando ao *Habeas Corpus* 143\641 SP, explanando ainda os motivos determinantes para a impetração e concessão desse remédio constitucional, pontuando por fim, a conexão deste, com o princípio em comento.

A falência de nosso sistema carcerário já é conhecida. A carência estrutural, a insalubridade e a superlotação presentes na maioria das penitenciárias é apenas uma das faces dessa seara tão rechaçada pela sociedade. A problemática da prisão feminina por anos foi esquecida pelo Estado, atualmente muitos avanços legislativos ocorrem, porém, a realidade ainda é bem distante da teoria.

A Carta Magna de 1988, com jaez garantista, em seu artigo 5ºXLV preocupou-se em assegurar que a pena não passaria da pessoa do condenado, consagrado pela doutrina como princípio da Personalidade (e outros diversos sinônimos) da Pena. Todavia esse princípio é amplamente mitigado quando se analisa a questão das gestantes e mães do sistema carcerário, uma vez que seus filhos, especialmente quando menores são diretamente atingidos pela sentença da mãe.

¹ Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Campus de Frederico Westphalen, RS. Pós graduanda em Direito Público pela Faculdade LEGALE, Pós graduanda em Advocacia Extrajudicial pela Faculdade LEGALE. E-mail: agliane.pereira@hotmail.com.

² Advogado e professor universitário na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões Campus de Frederico Westphalen, RS. Especialista em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Graduado em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões Campus de Frederico Westphalen, RS. E-mail: galli@uri.edu.br

Buscando diminuir essa mazela, em 2018 o STF concedeu *Habeas Corpus* coletivo (143/641) de substituição da prisão cautelar para prisão domiciliar a todas as mulheres gestantes ou puérperas, mães de crianças e deficientes sob a sua guarda.

2 ASPECTOS DA PRISÃO CAUTELAR E A RELAÇÃO COM O HC 143.641/2018

O *Habeas Corpus* Coletivo nº 143.641, originário de São Paulo- SP, foi julgado em 20 de fevereiro de 2018 pelo STF, tendo como relator o eminente Ministro Ricardo Lewandowski. Esse instrumento de liberdade potencializou a necessidade de proteção das mulheres encarceradas que são mães, visto a importância da convivência materna para os menores, que dessa forma não serão tão drasticamente afetados pela sanção da genitora, o que de fato representa o princípio da Personalidade da Pena.

Esse HC concedeu prisão domiciliar em substituição à prisão cautelar, a todas as mulheres presas, gestantes ou puérperas, com filhos até 12 (doze) anos, ou portadores de deficiência, que estejam sob a sua guarda (STF, 2018). Antes de adentrar especificamente no campo de abrangência dessa decisão, bem como das afetações que ela traz consigo, é necessário que seja delineado o que é uma reclusão cautelar, e quais são as espécies desse tipo de prisão.

Nos ensinamentos de NUCCI (2018, p. 744) “É a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere, por absoluta necessidade da instrução processual”. Sendo que no âmbito penal, a prisão cautelar tem similaridade com a tutela de urgência do direito civil, estampada no art. 300 do CPC, já que é necessário que se demonstre o *fumus boni iuris*, ou seja, a probabilidade do direito, e o *periculum in mora*, entendido com o dano/perigo ao resultado útil do processo.

Nessa senda, imperioso destacar que conforme aponta NUCCI (2018 p.744) existem seis espécies de prisão cautelar, que são: a) prisão em flagrante; b) prisão preventiva; c) prisão temporária; d) prisão em decorrência de pronúncia; e) prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível; f) condução coercitiva de réu, vítima, testemunha, perito ou de outra pessoa que se recuse, injustificadamente, a comparecer em juízo ou na polícia. Como as espécies de prisão cautelar não são o enfoque principal deste estudo, iremos apresentar apenas as três primeiras, que são as que representam maior número de mulheres reclusas, já que o objetivo é tratar superficialmente a questão da prisão domiciliar em detrimento das prisões cautelares conforme ordenou o *Habeas Corpus* em comento.

Inicialmente, cumpre tratar da prisão em flagrante, expressão oriunda do latim *flagare*, a doutrina ensina que significa imediatidade entre o acontecimento do fato, e a tomada de ciência pelo

homem, (PACELLI, 2017 p. 250) embora o Código de Processo Penal traga previsões de casos em que esse momento pode ser relativizado.

Alguns doutrinadores, como Noberto Avena, seguido por Aury Lopes Jr. e outros, entendem ser inadequado encaixar essa espécie de prisão como cautelar, visto que tão precária é a sua condição, que para a sua subsistência deve ser convertida em prisão preventiva, pois por si só não é suficiente para manter o indivíduo segregado. (AVENA, 2018, p. 185 e 201). Contudo outros tantos, assim como Eugênio Pacelli, matem essa espécie como sendo do gênero prisão cautelar, por isso a escolha dessa pesquisa em também mantê-la.

O art. 301 do CPP adota a posição de que não somente as autoridades policiais e seus agentes como qualquer um do povo possam prender um sujeito em flagrante delito. Obviamente essa segunda parte do instituto raramente ocorre, seja por desconhecimento da população desse “direito”, seja pela violência cada vez mais acentuada, o que desencoraja o cidadão comum a agir arriscando o seu bem jurídico mais valioso: a vida. Nesse sentido, o art. 302 do CPP, prevê quatro situações que se considera o flagrante delito:

- I - está cometendo a infração penal;
- II - acaba de cometê-la;
- III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
- IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. (BRASIL, 1941)

Consoante a doutrina, os incisos, I e II, tratam do flagrante verdadeiro, chamado de próprio, já os incisos III, do flagrante impróprio ou quase flagrante, e por fim o inciso IV de um flagrante presumido (PACELLI, 2017) sendo que os dois últimos são duramente criticados, uma vez que fogem do conceito de ardência e imediatidade que o termo deveria carregar.

O destaque quanto ao inciso III, é a dificuldade de precisar o que significa o termo “logo após” já que a lei não define esse momento, que deve ser verificado no caso concreto, e muitas vezes pode ser prejudicial ao acusado. Ainda quanto ao inciso IV, a situação é muito semelhante ao III, visto que a única diferença reside no fato de que naquele o indivíduo foi perseguido, e neste encontrado. Todavia ainda assim não é lógica tal distinção, já que não se pode acatar que o mero encontro casual da autoridade judicial, ou de qualquer um do povo, com aquele que esteja portando objetos ou armas, faz-se presumir o flagrante. Entende por fim o autor que:

[...] a expressão “situação que faça presumir ser ele o autor da infração”, somente os dados da experiência do que ordinariamente acontece em relação às infrações penais daquela natureza (do caso concreto) é que poderão fornecer material hermenêutico para a aplicação da norma. Aqui, todo o cuidado é pouco, porque o que se tem por presente não é a visibilidade do fato, mas apenas da fuga, o que dificulta, e muito, as coisas, diante das

inúmeras razões que podem justificar o afastamento suspeito de quem se achar em posição de ser identificado como autor do fato. (PACELLI, 2017, p. 251)

Não poderia deixar também de citar a situação do art. 303, que aborda em casos de crimes permanentes, o flagrante ocorrerá enquanto não cessar a permanência. (BRASIL, 1941)

Por fim, independente da modalidade em que ocorra: próprio (real), impróprio ou presumido, havendo flagrante a consequência jurídica será idêntica, que é o recolhimento à prisão, com todos os seus pressupostos, arrolados no Código de Processo Penal, os quais não cabem a esse artigo detalhar.

Outra espécie de cautelar é a Prisão Preventiva, prevista a partir do art. 311 do CPP. Essa espécie busca a cautelaridade da persecução penal, ou seja, busca segregar o sujeito acusado do fato delitivo, antes do trânsito em julgado, para garantir o bom andamento da ação. Com o advento da Lei 12.403/2011, que trouxe importantes alterações ao Código de Processo Penal, com o fornecimento de outras medidas cautelares, essa que antes era usada indistintamente, hoje só deve ser aplicada quando as demais não forem suficientes. Nas palavras de CAPEZ (2011, p. 323):

É uma espécie de prisão provisória, possuindo natureza tipicamente cautelar, pois visa garantir a eficácia de um futuro provimento jurisdicional, o qual pode tornar-se inútil em algumas hipóteses, se o acusado permanecer em liberdade até que haja um pronunciamento jurisdicional definitivo. Tratando-se de prisão cautelar, reveste-se do caráter de excepcionalidade na medida em que somente poderá ser decretadas quando necessária [...].

De acordo com o art. 312 do CPP (BRASIL, 1941), ela deve ser decretada, apenas quando necessária para garantia da ordem pública ou econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para garantia a aplicação da Lei Penal, quando houver indícios, considerados suficientes para demonstrar que aquele sujeito é o autor do fato. Além de ser aplicada nos casos em que o acusado descumpra qualquer outra medida cautelar, ela só é admitida, quando encaixada em alguma das hipóteses do art. 313. Além desses requisitos Alice Lima (2015, p.26) apresenta a visão doutrinária, dizendo que:

Vale ressaltar que as hipóteses descritas no art. 313 do CPP, não dispensam que estejam presentes os requisitos básicos inerentes a decretação de qualquer medida cautelar, quais sejam, o *fumus commissidelitici* e o *periculum libertatis*, norteados ainda pelos princípios regentes das medidas cautelares.

Um dos pontos mais controvertidos dessa espécie de prisão, sem dúvida, é conceituar o instituto da ordem pública. Essa regra é muito vaga e duramente criticada pelos juristas, visto que dá azo para a prisão preventiva em diversas situações em que esta é inadequada, simplesmente fundamentada na ordem pública. Percebemos que não deseja proteger o processo penal enquanto

instrumento da lei, mas sim a proteção da própria comunidade, que poderia continuar a ser atingida caso não houvesse aquela prisão, gerando a sensação de insegurança e impunidade o que teoricamente nosso sistema jurídico não tolera. Para PACHELLI (2017 p. 264):

Houve tempo em que se defendia a prisão preventiva do acusado até mesmo para o fim da proteção de sua integridade física, como se não fosse do Estado a responsabilidade pela atividade não jurisdicional de segurança pública. Há ainda entendimentos no sentido de se aferir o risco à ordem pública a partir unicamente da gravidade do crime praticado, a reclamar uma providência imediata por parte das autoridades, até mesmo para evitar o mencionado sentimento de intranquilidade coletiva que pode ocorrer em tais situações.

A ordem econômica busca proteger a população, já que a reiteração de práticas delituosas pode abatê-las economicamente, de forma individual, e ainda coletiva, pois se não há segurança e tranquilidade em uma nação, seu sistema financeiro também é afetado. Outros autores falam ainda da inadequação desse instituto ao Código de Processo Penal, visto que entendem, que ele se refere a ilícitos administrativos e civis, para os quais já existe a Lei 8.884/94- Antitruste.

Quanto à conveniência da instrução criminal, LIMA (2015, p. 29) opina que é utilizada quando houver risco efetivo para a instrução, buscando garantir a prova, sendo uma medida eminentemente cautelar. Nesses casos, aufere-se que a liberdade do acusado poderia colocar em risco a colheita e manutenção de provas. Ainda quanto ao emprego para assegurar a aplicação da lei penal, busca-se evitar que o acusado se furte concretamente da aplicação da lei, fugindo e tornando impossível a aplicação da pena cominada pela sentença condenatória.

Imperioso destacar, que conforme o art. 316 do CPP, a prisão preventiva tem a sua duração condicionada à existência temporal de sua fundamentação, ou seja, enquanto ainda existam os motivos determinantes. PACHELLI (2017, p. 262) aponta que a prisão preventiva se submete a cláusula de imprevisão, podendo ser revogada quando deixarem de existir os motivos, podendo ser renovada, quando retornarem as razões que a justifiquem, ou ainda pode substituída por outra medida cautelar, desde que presente os requisitos, e respeitada a legalidade.

A última espécie a ser abordada é a prisão temporária, implantada pela lei 7.960 de 21 de dezembro de 1989, é cabível em três situações: quando imprescindível para as investigações em fase de inquérito, acusado não possui residência fixa ou não fornece elementos suficientes para o esclarecimento de sua identidade, e quando em determinados crimes houver suficiente indícios de autoria ou participação. (BRASIL, 1989).

Em sua obra, Fernando Capez (2011 p.330) traz o entendimento de diversos autores quanto às condições de decretação da prisão temporária. Nesse sentido aponta que para Torinho Filho e Fabrini Mirabete, essa medida cautelar é cabível quando existente qualquer uma das situações previstas na Lei, ou seja, são alternativas, ocorrendo apenas uma é possível a imposição. Já para

Scarance Fernandes, os requisitos são cumulativos, havendo a necessidade de existência dos três requisitos simultaneamente para a viabilidade da pena. Damásio de Jesus seguido de Gomes Filho e em consonância com o próprio autor, entendem que o pressuposto essencial, é que o crime esteja previsto no rol de que trata a lei, e que concorram pelo menos um dos dois primeiros incisos. Por fim, a opinião de Greco Filho, é que ela pode ser decretada em qualquer uma das situações atendidas em lei, desde que concorram os motivos que autorizam a prisão preventiva. PACELLI (2017, p. 259), acrescenta ainda sua posição de que devem estar presentes, necessariamente, tanto a situação do inciso I, imprescindibilidade para a investigação policial, quanto aquela do inciso III. A hipótese do inciso II, já estaria contemplada pela aplicação do inciso I.

Diferente das prisões tratadas até aqui (prisão preventiva e prisão em flagrante convertida em preventiva) a pena temporária tem prazo certo de 5 (cinco) dias, teor do art. 2º da referida Lei, só podendo ser prorrogado por igual período em casos de necessidade extrema e comprovada. Sendo que decorrido o termo ou a autoridade decreta prisão preventiva, ou coloca o sujeito imediatamente em liberdade.

Como mencionado anteriormente o HC 143.641 decidiu por substituir as prisões cautelares por prisão domiciliar as mulheres que se encaixavam na categoria pretendida, ou seja, gestantes, puérperas, genitoras de crianças sob a sua guarda, ou genitoras de deficientes sob a sua guarda. Portanto, é necessário traçar algumas considerações legais e doutrinárias sobre esse modelo de prisão.

Inserida no Código de Processo Penal, através da Lei 12.403 de 04 de maio de 2011, e também com algumas alterações trazidas pela Lei da Primeira Infância (13.257 de 08 de março de 2016) a prisão domiciliar curiosamente ocupa menos espaço nos manuais de processo penal. Ela determina o recolhimento continuado do indiciado ou acusado em sua moradia, dali não podendo se retirar senão por meio de autorização judicial expressa.

Conforme ilustra o art. 318 do CPP a prisão domiciliar não é substitutiva da prisão preventiva, sendo modelos distintos. Só é considerada substitutiva quando presentes algum dos quesitos do referido artigo, quais sejam:

- 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. (BRASIL, 1941)

Há que se dizer que em qualquer caso, a situação deve ser provada de forma cabal e idônea. Cabe também ressaltar que quanto ao inciso III, a situação de verificação é bastante subjetiva, já que não se exige que o menor em questão seja filho da pessoa a que está se concedendo a prisão domiciliar e sim apenas uma relação de dependência direta e imediata, ainda que informal. Já os incisos V e VI exigem a condição de maternidade/paternidade seja ela consanguínea ou por adoção, já que a lei não faz essa distinção, e nem poderia, visto que nosso ordenamento jurídico preza pela igualdade entre filhos. (PACELLI, 2017, p. 272).

De forma crítica ao sistema de prisões cautelares que só abarrotam ainda mais os já superlotados presídios brasileiros, NUCCI (2018, p. 745) pondera que:

Tratando-se de prisão cautelar, voltada a um réu presumidamente inocente, torna-se fundamental que seja ela essencial ao processo. Se o juiz resolver esticar o benefício a todo e qualquer réu, somente porque, na Comarca, há falta de vagas na cadeia, melhor será a revogação da preventiva. Mais adequado ter um réu solto do que um ficticiamente preso em casa.

Sábias são as palavras do doutrinador, já que para haver a manutenção da prisão cautelar é necessário que perdurem os motivos que a instituíram e que seja de alguma forma útil para a persecução penal, uma vez, que de nada adianta substituir a preventiva pela domiciliar se de qualquer forma o sujeito continua com a sua liberdade tolhida. De valia mencionar também a recente Lei 13.269 de 19 de dezembro de 2018, que acresceu ao CPP o art. 318-A, (BRASIL, 1941) com a seguinte redação:

A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que:
I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;
II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.

Nota-se que as renovadas modificações trazidas pelas Leis 13.257 e 13.269, trazem consigo um caráter humanista, objetivando a manutenção dos laços familiares, sobretudo das mães com os filhos, dada a importância desse vínculo, o que ainda será abordado ao longo deste artigo.

3 ASPECTOS DO CONVÍVIO E SEPARAÇÃO DOS FILHOS COM AS MÃES ENCARCERADAS: UMA ABORDAGEM AO ECA

Posterior a promulgação da Carta Magna de 1988, com uma visão humanista e amplamente protetora da dignidade da pessoa humana, em 1990 o Estatuto da Criança e Adolescente (Lei 8.069 de 13 de julho de 1990) apresenta-se como um divisor de águas na história de efetivação dos

direitos de crianças e adolescentes no Brasil. Defendendo a proteção integral, estes sujeitos em desenvolvimento necessitam de proteção por parte da família, da sociedade e do Estado colocando tais atores em patamar superior aos demais quando se trata de garantia de direitos.

Esse cenário de proteção e resguardo aos infantes, não pode ser deixado de lado quando os genitores se encontram encarcerados. Nesse sentido, o art. 5º L, da CF já garante as mães que estão privadas de liberdade o direito de amamentar os seus filhos (BRASIL, 1988), mas sem dúvida apenas essa garantia constitucional não é suficiente.

Com o advento da mulher no mercado de trabalho e na chefia das famílias, ocorrido nas últimas décadas, o aumento dos números de mulheres envolvidas com a criminalidade também aumentou. Dessa forma o Estado necessita recorrentemente atualizar o arcabouço jurídico, já que quando essas mulheres são mães inúmeras consequências ecoam nos menores.

Consoante o art. 23 § 2º do Estatuto (BRASIL, 1990), a simples condenação criminal não enseja destituição do poder familiar, ou seja, mesmo que os pais sejam condenados e presos, permanecem pais e filhos com seus direitos e deveres recíprocos, exceto é claro nos casos de crimes praticados contra o outro genitor que também possui o poder familiar, ou contra o próprio filho, ou outro descendente.

Nesse sentido, o art. 8º do Estatuto, garante as mães, gestantes e puerpérias assistência psicológica, devido ao complexo de sentimentos e sensações vivenciadas nesse período. Demonstrando a necessidade de igualdade de condições a todas as mulheres, o § 5º, prestou-se a garantir que esse direito seja também estendido as mulheres privadas de liberdade. Na mesma linha, o art. 9º garante o aleitamento materno em qualquer condição, inclusive no cárcere. (BRASIL, 1990)

Na sequência desses direitos, o art. 19 § 4º apresenta o direito de que os filhos façam visitas periódicas aos pais privados de liberdade. Nessa senda, cabe analisar o quanto esses direitos são realmente benéficos para os filhos, pois percebemos que em todos os casos em que o ECA trata dos pais reclusos, se refere a inserir o menor no ambiente prisional, e em nenhum momento alerta para as situações degradantes que se encontram os presídios brasileiros.

Em sua obra, onde expõe comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, NUCCI (2018, p. 39) tece pesadas críticas ao sistema brasileiro que procura aproximar a mãe presa de seus filhos. Muitas dessas opiniões divergem totalmente do entendimento dessa pesquisa, já que o autor menciona que as mães não pensaram em seus filhos no momento em que cometeram o crime, e ainda que se o Estado fornecer assistência total para mãe e filho dentro do presídio, se tornaria um incentivo as mulheres cometerem crimes. (p. 38-40).

Em que pese tal entendimento, o maior índice de mulheres encarceradas são oriundas do tráfico de drogas, crime visto como a última e por vezes a única saída para a manutenção e sustento de suas famílias. Qualquer cidadão que tenha conhecimento sobre a situação das penitenciárias brasileiras, saberia que nenhum tipo de assistência estatal seria suficiente para levar uma mãe a cometer um crime, esperançosa por este simples auxílio. Necessária ressalva para o apontamento de um trecho da fala de NUCCI (2018, p. 39):

O poder público pretende proteger exatamente quem? [...] O superior interesse do infante é viver numa cela ao lado do presídio da mãe? Se o poder público, até hoje, não resolveu, nem de longe, o gravíssimo problema do sistema carcerário, pretende manter uma criança em ambiente nitidamente aflitivo? [...].

Desse entendimento não há como divergir. O Estado não possui meios de manter as mulheres em celas adequadas as mínimas condições impostas na Lei de Execução Penal e nas Regras de Bangkok, como poderia manter ainda os seus filhos cumprindo os requisitos básicos impostos pela Carta Maior e pelo ECA, para a proteção do menor? É inequívoco afirmar que na prática, a teoria é impossível.

Nesse sentido há de se fazer uma intensa reflexão nos males que o cárcere produz para os menores. Segundo o último relatório do Infopen (2018, p.37-43, 52), 74% das mulheres que estão no sistema prisional são mães, sendo que destas 56% têm mais de dois filhos. É nítida a percepção de que a pena imposta a genitora se estende a sua prole, principalmente quando falamos de crianças. Além de se verem afastados daquela que na grande maioria dos casos era a provedora material do lar, os filhos sofrem o pior reflexo do cárcere: o abandono afetivo.

Segundo o médico Dráuzio Varella, pesquisador do sistema Carcerário, já tendo prestado trabalhos voluntários em diversas penitenciárias do país, e autor de obras que propiciam ao leitor uma visão humanista, simples e livre de tabus, o escritor busca dar voz aos homens e mulheres que compõem o setor mais rechaçado de nossa sociedade. Assim como já demonstrado nos outros dois livros que compõe a trilogia: Estação Carandiru (1999) e Carcereiros (2014), a obra Prisioneiras (2017) mostrou o cenário daquelas que sobretudo são esquecidas pelo Estado, famílias e comunidade: a rotina das mulheres presas. Em um capítulo dedicado a narrativa dolorosa de separação entre mãe e filho, o médico comenta:

A separação dos filhos é um martírio à parte. Privado da liberdade, resta ao homem o consolo de que a mãe de seus filhos cuidará deles. Poderão lhes faltar recursos materiais, mas não serão abandonados. A mulher, ao contrário, sabe que é insubstituível e que a perda do convívio com as crianças, ainda que temporário, será irreparável, porque se ressentirão da ausência de cuidados maternos, serão maltratados por familiares e estranhos, poderão enveredar pelo caminho das drogas e do crime, e ela não os verá crescer, a dor mais pungente. Mães de muitos filhos, como é o caso da maioria, são forçadas a aceitar a solução

de vê-los espalhados por casas de parentes ou vizinhos, e na falta de ambos, em instituições públicas sob a responsabilidade do Conselho Tutelar, condições que podem passar anos sem vê-los ou até perdê-los para sempre. (VARELLA, 2017 p. 49)

Sem dúvida os impactos experimentados pelos filhos do cárcere repercutem de forma negativa ao longo de toda a sua infância e juventude. Essa realidade dolorosa, é totalmente destoante da proteção integral defendida pelo ECA em seu art. 3º, onde a criança e adolescente deve ter resguardado todas os direitos inerentes a dignidade da pessoa humana, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (BRASIL, 1990)

Para STELLA (2009, p. 100) a prisão da mulher além de trazer consequências já conhecidas a todo o núcleo familiar, tem efeitos ainda mais devastadores sobre as crianças: a mudança de seu cuidador primário, a perda afetiva, o abandono financeiro, podendo atingir o seu processo de desenvolvimento emocional e sua visão de ser social. Traçando a evolução comum do ser humano, obviamente com as variações normais de cada indivíduo, a escritora aponta as fases da vida da criança e do adolescente, que são mais afetadas pelo aprisionamento materno.

No primeiro ano de vida, a separação do filho de sua genitora pode comprometer a manutenção de vínculos futuros, e ainda prejudicar a formação de relações de confiança, principalmente se o recém-nascido não tiver outra figura que lhe faça as vezes de “mãe”. Nessa etapa o bebê ainda não tem uma percepção de mundo afluída, menos ainda do que significa a criminalidade, portanto o que lhe afetará realmente, é o rompimento desse vínculo. Na primeira infância, entendida como a fase até os dois anos de idade, os menores podem apresentar alteração na capacidade de autonomia, já que a separação traumática e prolongada que lhe é vivenciada, traz a eles problemas com a autoconfiança, embora ainda não entendam o contexto social em que estão inseridos. (p. 109).

No estágio de brincar, dos três aos cinco anos, a criança já passa a ter um maior grau de entendimento, estão, portanto, mais vulneráveis aos efeitos traumáticos da separação. Muitas vezes incapazes de expressar suas dores e aflições verbalmente, perdem a habilidade da iniciativa, e tem dificuldade para processar o abalo que vivem. Durante a idade escolar, dos seis aos doze anos, a criança já procura modelos adultos em quem se espelhar, e costuma ter certa autonomia de pensamento, contudo quando sai de uma família oriunda da criminalidade, podem experimentar o preconceito, e as primeiras formas de exclusão social. Se tornam predispostos a problemas escolares, comportamentos agressivos, já que aquela que devia ser o ser “modelo” está no lugar mais obscuro da sociedade. (p.109).

Por fim, a adolescência, entendida pela maioria dos autores (bem como pelo próprio ECA) que se estende até os dezoito anos, é a etapa mais intensa de crises e confusões. Momento de formação de identidade social, sexual, composição da personalidade e do caráter, um adolescente com a figura materna aprisionada, pode se aproximar da criminalidade. Nessa fase, mesmo que em liberdade, dificilmente a mãe consegue se unir ao filho novamente. (p. 109).

O Estatuto da Criança e do adolescente, ainda pondera que os direitos previstos nessa lei se aplicam a todas as crianças e adolescentes, não sendo permitido qualquer tipo de discriminação, seja por nascimento, situação familiar, idade, sexo, cor, e etc., sendo que é dever da família da sociedade em geral e do poder público, assegurar com prioridade absoluta a efetivação desses direitos, de vida, saúde, educação, dignidade, respeito e convivência familiar. (BRASIL, 1990). Como já mencionado anteriormente, entre a teoria e a prática, existe uma barreira gigantesca, muitas vezes representada por quilômetros de distância que separam mães e filhos.

Na teoria existe previsão legal, de que as prisões destinadas a mulheres devem possuir celas equipadas com berçários e creches para abrigar seus filhos (BRASIL 1984). Legalmente há previsão de que os filhos têm direito a visitação aos pais privados de liberdade (BRASIL, 1990), contudo a realidade vivenciada pela maioria dessas crianças e jovens filhas do cárcere, é outra.

Contrariando o que prevê a maioria das regras provenientes de direitos humanos para o tratamento do preso, muitas mulheres são encaminhadas para penitenciárias muito distantes da sua comunidade, pois geralmente as prisões femininas são grandes e poucas, centralizadas em regiões estratégicas. Dessa forma o convívio com os filhos já prejudicado pela situação da pena de prisão, fica ainda mais difícil quando a lonjura além de emocional também é física. Nana Queiroz (2015, p. 44) em uma de suas entrevistas demonstra uma face dura da maternidade vivida a distância:

Quando são transferidas para presídios com berçários, em geral mais distantes, ficam afastadas dos outros filhos. Algumas delas tomam a dura decisão de abrir mão do período com o bebê. [...] As que conseguem completar os seis meses de direito, precisam dar o filho para o pai, um parente ou entregar para um abrigo. Neste último caso, quando terminam de cumprir sua pena, elas têm que pedir a guarda dos filhos de volta à Justiça. Nem todas conseguem. Para provar-se capaz de criar uma criança, é preciso ter comprovante de endereço e emprego. E esse é um salto muito mais difícil de ser dado pelas mulheres com antecedentes criminais. Quando um homem é preso, comumente sua família continua em casa, aguardando seu regresso. Quando uma mulher é presa, a história corriqueira é: ela perde o marido e a casa, os filhos são distribuídos entre familiares e abrigos. Enquanto o homem volta para um mundo que já o espera, ela sai e tem que reconstruir seu mundo.

Mulheres privadas de liberdade, e distantes de sua família, filhos privados da convivência materna, esses atores entram em um ciclo vicioso de dor e culpa. De um lado muitos filhos se sentem culpados pela criminalidade da mãe, como se a entrada no crime se desse pelo pesado encargo de sustentar a prole, outros tantos as culpam pelo fato de a sua conduta criminosa ter

destruído a família (STELLA, 2009 p. 302). De outro lado, nas palavras de VALENTE, HADLER e COSTA (2012, p.687) as mães passam por uma tríade de sentimentos ainda mais dolorosos: vínculo, separação e culpa. O vínculo é interrompido, a separação é necessária visto que dentro dos presídios não há condições mínimas de vida para uma criança, e a culpa de sentir que a mãe infratora que é, foge a “regra” imposta pela sociedade, de um padrão de conduta materno, da mãe que cria, cuida, educa e jamais abandona os seus.

4 MOTIVOS DO HC 143.641 E A RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA PERSONALIDADE DA PENA

Experimentar a gestação, o parto e os primeiros anos de vida de um filho, já é uma vivência bastante difícil e particular para uma mulher em condições “normais” de vida e liberdade. As necessidades, dores, sofrimentos, e é claro as alegrias vividas pelas mães, sem dúvida são os sentimentos mais complexos que o ser humano pode vivenciar. Mas como passar por essa fase dentro de uma prisão e esperar que ela não afete aquela criança?

Desta feita não saem resultados positivos independentemente da situação. Se optarem por ficar com os filhos nos estabelecimentos prisionais, estão expondo as crianças a prisões superlotadas, sem estruturas físicas adequadas, com atendimento médico reduzido ou inexistente. Se decidirem (não se trata obviamente de decisão, mas de cumprimento da lei) a entregar seus filhos, contam com a bondade dos cuidados de algum familiar, ou correm o risco de ver sua prole entregue a abrigos e orfanatos. De qualquer forma rompem o vínculo humano mais primordial.

Segundo relatórios do Infopen Mulheres divulgados em 2018, em 2016 as penitenciárias brasileiras abrigavam 536 gestantes e 350 lactantes, sendo que deste montante, apenas 50% gozavam de celas adequadas para a sua situação. (p. 31). Outro dado ainda mais aflitivo é que dentro de unidades prisionais, no mesmo período havia 1.111 crianças, vivendo com suas mães atrás das grades, (p. 52) como se pequenos infratores fossem. Uma lástima para a Constituição Federal que prevê no art. 5º XLV que em nenhuma hipótese a pena pode transcender a pessoa do acusado e afetar terceiros, amplamente difundido como princípio da personalidade da pena. (BRASIL, 1988).

Além dos menores que resistem dentro das prisões, outros tantos sofrem fora delas. Das 42.335 mulheres que compunham o sistema prisional em 2016, (Infopen 2018, p. 10) 74% são mães. Conforme apontado no próprio relatório esse número é apenas uma margem, já que não é possível fazer uma análise exata, visto que diversos presídios não contemplam essa informação em sua base de dados. Para estados como Rio de Janeiro, Sergipe e Distrito Federal pouco importa se as

mulheres que ali passarão boa parte de suas vidas - ou talvez o resto delas - possuem ou não filhos, já que nesses estados não há sequer uma informação a esse respeito. (p. 51-52).

Foi pensando nessa situação que o Supremo Tribunal Federal em 20 de fevereiro de 2018, concedeu por meio do *Habeas Corpus* Coletivo 143.641- São Paulo, a substituição por prisão domiciliar a todas as mulheres submetidas a prisão cautelar que ostentam a condição de gestantes, puérperas ou de mães com crianças até 12 (doze) anos de idade, ou deficientes sob a sua guarda, excetuando os casos de crime cometido com violência ou grave ameaça aos seus descendentes. Considerado um marco na história da conquista de direitos pelas mulheres e pelas crianças, essa decisão anda de “mãos dadas” com os preceitos daquela a quem o STF tem total submissão, e promete sempre resguardar: a Constituição Federal. Será aos motivos dessa decisão que iremos nos deter até o final desse estudo.

É preciso inicialmente destacar as partes envolvidas nesse Ato. Foi relator o ministro Ricardo Lewandowski, pacientes todas as mulheres que se encaixam nas situações acima descritas, bem como as próprias crianças, impetrante a Defensoria Pública da União, contando com a Assistência de todos os membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos- CADHU. São coatores os juízes das varas criminais estaduais, os TJs dos estados e do Distrito Federal, os juízes federais com competência criminal, os TRFs, e ainda o STJ. Atuaram como *amicus curiae* as defensorias públicas estaduais de todos os estados, o Instituto Alana, a Associação Brasileira de Saúde Coletiva (Abrasco) e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa- IDDD.

De imediato é preciso lembrar que a lei 13.257/2016, chamada de Primeira Infância, alterou o Código de Processo Penal, prevendo a possibilidade de substituição da prisão preventiva por domiciliar nos casos mencionados no bojo do HC. Porém, até então quase metade dos pedidos nesse sentido vinham sendo indeferidos, e visto a abrangência do pedido, e o fato do STJ estar entre a uma das autoridades coatoras, demandou-se ao STF a competência para julgar essa matéria. (STF, 2018).

Nesta senda, os impetrantes afirmam que ao confinar mulheres grávidas em penitenciárias, tolhendo-lhes o direito de acesso a programas de saúde pré-natal, assistência gestacional, bem como acompanhamento no pós-parto e principalmente furtando dos menores condições de igualdade adequadas para o seu sadio desenvolvimento, é considerado um tratamento degradante, desumano e cruel, o que fere totalmente os preceitos constitucionais de individualização da pena, e o respeito a dignidade da pessoa humana. (STF, 2018). Essa situação é ainda mais precária por se tratar de presas cautelares, que ao final da persecução penal, podem ser absolvidas, além de estarem abarrotando o já defasado sistema carcerário, ainda são privadas de sua liberdade de forma totalmente arbitrária.

Alegam ainda que a política criminal brasileira é seletiva e estigmatizadora, visto que a população carcerária em sua maioria é composta de pessoas pobres, negras, desempregadas e com baixo nível de escolaridade. Apontam que o caráter sistêmico de violações vividas por essas mães aliado a falhas estruturais de acesso digno a justiça bem como os embargos econômicos e sociais impactam negativamente os seus núcleos familiares. (STF, 2018).

Aduziram que deve ser reconhecida a condição especial da mulher pobre, que além de privada de liberdade é privada de amplo acesso a justiça, e por vezes sequer tem condições e/ou conhecimento de que pode requerer a prisão domiciliar substitutiva da preventiva. Insistem que a limitação da mulher ao pré-natal atinge o sistema carcerário de forma preocupante, ferindo não apenas o direito da mulher de acesso universal à saúde pública, mas principalmente da criança, infringindo claramente as disposições da Constituição Federal e do ECA, que lhe conferem prioridade absoluta. É nesse sentido, que SÁNCHEZ (et al. 2019 p.14) na obra produzida pelo Instituto Alana, escreve que:

Negligência, falta de infraestrutura e de pessoal para o amparo das gestantes em trabalho de parto caracterizam o capítulo seguinte da maternidade no cárcere. As equipes subdimensionadas das unidades de privação de liberdade falham no pronto socorro; as gestantes experimentam sujeição, solidão e alienação das decisões relacionadas ao parto. Como epítome da perversidade, está a reiteração dos partos desassistidos nas próprias unidades prisionais ou da sujeição ao uso de algemas e à escolta policial durante a internação hospitalar. Não há tampouco estrutura ou pessoal para atenção ao puerpério e o prazo mínimo de seis meses, estabelecido como garantia do convívio e aleitamento materno, é ora desrespeitado, ora convertido em prazo máximo. Se há a possibilidade de ficar com as crianças, as mães são submetidas a um regime de ociosidade, isolamento e disciplina. Se não há ou quando se encerra o período dentro do qual essa convivência é permitida, é imposta uma separação abrupta e insuscetível de questionamentos.

A questão da precariedade ou inexistência de acompanhamento pré-natal, aliado as condições subumanas de trabalho de parto a que as presas são submetidas, é mais uma face do despreparo do Estado para lidar com essa situação. Além de ser um dos momentos mais marcantes e significativos na vida de uma mãe, a ocasião do parto também significa muito para a criança, visto que é naquele momento e nos seguintes que o infante deve passar por uma bateria de exames, o que pode identificar doenças ou transtornos que com um diagnóstico rápido e preciso podem melhorar muito a condição de vida do recém-nascido. Porém quando esse momento “sagrado” ocorre no chão frio da cela de uma prisão, qualquer expectativa de cuidado para com a criança se torna inexistente.

Nana Queiroz (2015) em sua rota de entrevistas, traz relatos de mulheres que sofreram os mais diversos tipos de violações na hora do parto, as narrativas vão desde dar à luz sozinhas dentro da cela, até partos algemadas em hospitais. Em uma das conversas conta o caso da presa de nome

Gardênia, a mulher relata que quando as dores do parto chegaram, precisou ganhar “no grito” o direito a uma viatura para ser levada até um hospital.

Entre uma contração e outra, ela foi observando a rua, as pessoas que olhavam o carro com medo, com curiosidade, com hipocrisia. A ninguém importava Gardênia ou o bebê que carregava. Eles eram o resto do prato daquela sociedade. O que ninguém quis comer. E seu filho já nascia como sobra. (p.41)

Chegando lá algemada contou com a boa vontade de uma jovem médica que ordenou que fossem retiradas as algemas e fez o parto da forma mais humana que a situação degradante permitia. Mais nada pode fazer a médica, quando imediatamente após o parto, a criança foi retirada da sala, sem mesmo que a mãe a visse, sem mesmo que a criança sentisse o afago da mãe, que completou o triste episódio se lamentando que “até nisso é diferente a gente presa do que a gente solta. Solta, você pega seu filho, vê. E eu nem consegui olhar os dedos da mão e do pé, para ver se não estava faltando nenhum.” (p. 41).

Outra detenta ainda relata que já nasceram muitas crianças dentro do presídio, no chão de celas úmidas e sujas, por que as viaturas não chegaram a tempo, ou por que simplesmente os policiais não se importaram com a situação, possivelmente acreditando que a gestante estava simulando o parto. Essas crianças já nascem presas, em um país que tanto presa por princípios como o da igualdade e da dignidade da pessoa humana. (p. 43).

Histórias como estas, foram um dos motivos para a defensoria pública do estado do Ceará, requerer seu ingresso como *amicus curiae* no julgamento do HC 143.641, postulando a aplicação do Princípio da Intranscendência, reafirmado que a pena não pode passar da pessoa do condenado, conforme bem prevê a Carta Magna de 88. Asseverou ainda o princípio da primazia do interesse do menor, já que tais preceitos estão sendo ofendidos enquanto houver manutenção da prisão preventiva da mãe e sua prole no ambiente prisional inadequado e superlotado. (STF, 2018).

O relator Min. Lewandowski, em seu voto, expõe o que trouxeram os impetrantes na peça exordial. Assinalam que os partos das mulheres que estão sob os “cuidados” do Estado, são a expressão máxima do descaso do sistema penitenciário ao direito reprodutivo das mulheres presas. Desconsiderando as condições e necessidades inescapáveis da mulher encarcerada, especialmente a gestante, cria e incrementa o perigo e a potencialidade da mortalidade materna e infantil, já tão presente nas camadas mais pobres de nosso país. (STF, 2018).

Se os problemas já são gigantescos para a mulher grávida e parturiente, os desafios só aumentam após a chegada do bebê. O período mínimo de seis meses, garantido constitucionalmente para o aleitamento materno, nem sempre é cumprido, na maioria das vezes por falhas estruturais das penitenciárias, apresentam grande déficit no número de vagas de celas destinadas a esse fim.

Quando mãe e filho conseguem ter garantidos o direito a amamentação, o período posterior não é menos duro. A saída da criança do cárcere tem um caráter abrupto e descompromissado com os sentimentos da mãe e sua cria, não há um período de adaptação, não há um acompanhamento psicológico no momento da separação. Após conviverem com seus filhos isoladas dos demais espaços das unidades prisionais, as mães precisam contar com o único apoio das demais colegas, que também mães são as únicas capazes de compreender aquela dor. Quando precisam entregar seus filhos para familiares, ou as menos “sortudas” para encaminhar a um abrigo, não raramente as mães são destituídas do poder familiar, e as crianças entram para as filas adoção, contrariando totalmente os ditames do ECA. (STF, 2018)

Para as crianças que são acolhidas por parentes, e que poderiam exercer o direito de visitação à mãe, a realidade não é menos cruel. A sujeição das crianças e seus guardiões à prática de visita íntima vexatória, enfraquece ainda mais os já precários vínculos familiares (STF, 2018). Esse cenário também é trazido por QUEIROZ (2015 p. 64) que traz a história de mais uma mãe do cárcere:

Mas chegava enfim, após seis meses de amamentação, a hora da despedida. Na última semana em que viveu com Maria, Carolina se tornou lúgubre. Comia ainda menos, dormia picadinhos. Ia perder seu tesourinho. Depois que Socorro pegou a guarda da neta, levou-a para visitar a mãe uma única vez. Não aguentou ver a miudinha passar pela humilhação de ficar nua para ser revistada por estranhos, como se fosse uma pequena transgressora. Carolina só verá a filha de novo quando sair da cadeia. Não quer mais que Maria pague pena junto com ela. [...].

QUEIROZ (2015, p.51) explica que os parentes das presas ainda passam por revistas inadequadas. Abaixar-se nus para que o anus seja inspecionado, espelhos no chão enquanto as mulheres abrem as vaginas, crianças são despidas e suas fraldas trocadas, tudo sob o pretexto de evitar a entrada de drogas, celulares e objetos cortantes, o que poderia ser facilmente verificado pelo aparelho de radiografia corporal, infelizmente presente em poucas penitenciárias brasileiras.

Não foram diferentes os relatos trazidos por, AMORIM, MOURA e VARELLA (2017) escritores da Revista Época, que também ultrapassaram os muros e grades de ferros das penitenciárias femininas, para demonstrar a miserabilidade humana, daquelas que são esquecidas pela sociedade. Um desses relatos, traz à tona a realidade das consequências do cárcere nos filhos das mulheres privadas de liberdade, a demonstração cabal do quanto o princípio da Intranscendência da Pena é mitigado em prol de uma política de encarceramento em massa:

Os sintomas da separação se manifestaram nas crianças. Midiã, quando saiu da cadeia com poucos meses, não aceitava mais ser amamentada. O irmão dela, Adryan, estava aprendendo a falar quando a mãe foi presa pela segunda vez. Simplesmente parou no meio do caminho. Com 3 anos, ele se expressa mais com acenos de cabeça do que com palavras.

Na primeira visita à mãe, colocou o braço no rosto para tapar os olhos – e nada o fez mudar de ideia. “Não me deu um abraço. Fui tentar pegar e ele bateu em mim. Não quis ficar comigo de jeito nenhum” [...].

De cenas como estas, refletidas em diversas famílias brasileiras, resta um cenário previsível e trágico. Com o encarceramento de familiares, geralmente a mãe ou pai que eram os garantidores do sustento, o grupo familiar ganha ainda mais vulnerabilidade econômica e social. As crianças muitas vezes precisam assumir as tarefas domésticas, e em situações mais drásticas, ingressar em tarefas informais a fim de ganhar dinheiro (AMORIM, MOURA e VARELLA, 2017). Apenas mais uma face suja da precária política criminal que o Estado disfarça.

Na mesma direção o relator segue seu voto, trazendo à tona os pontos primordiais elencados pelos suplicantes, ressaltando mais uma vez, a necessidade da prisão domiciliar, na busca da melhor condição para o infante:

Uma das saídas desse (falso) paradoxo, entre institucionalizar a criança ou separá-la da mãe, seria a prisão domiciliar, essa opção choca com a cultura do encarceramento e a priorização do ‘combate ao crime’ presente nos discursos e práticas do sistema de justiça. O aumento do encarceramento feminino, e logo do número de gestantes, puérperas e mães encarceradas demonstra que o sistema de justiça criminal vem ignorando recomendações de organizações internacionais contra o uso de prisão para essas mulheres. Concluímos que uma melhor possibilidade de exercício de maternidade ocorrerá sempre fora da prisão e, se a legislação for cumprida, tanto em relação à excepcionalidade da prisão preventiva como no tangente à aplicação da prisão domiciliar, grande parte dos problemas que afetam a mulher no ambiente prisional estarão resolvidos. (STF, 2018)

Ele ainda ressalta a importância desse instrumento coletivo, visto que pesquisas realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça, demonstram que para pessoas abaixo de determinado nível de escolaridade e renda o acesso a Justiça, nos termos de nosso ordenamento jurídico praticamente não se concretiza. E é exatamente nessa linha que se encontram a maioria das mulheres presas no Brasil. (STF, 2018).

Conforme já relatado nesse estudo, o HC concedeu ordem de substituição da prisão preventiva pela domiciliar, a todas as mulheres presas na condição de gestantes, puérperas, ou mãe de crianças e deficientes sob a sua guarda, conforme o art. 2º do ECA, e a Convenção sobre Direitos das Pessoas com deficiência (decreto legislativo 186/2008) e ainda a lei 13.146/2015. São excetuados os casos de crimes praticados por estas pacientes mediante violência ou grave ameaça contra seus descendentes, e ainda em situações excepcionalíssimas, que devem ser claramente fundamentadas pelo juiz que denegar o pedido. A ordem é estendida ainda as adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas que gozem das mesmas condições. Em qualquer caso não há prejuízo da aplicação concomitante das demais sanções previstas no art. 319 do CPP, que devem servir também

de substituição, quando a prisão domiciliar for inadequada ou inviável, mais uma vez de forma fundamentada pelo juiz. (STF, 2018)

Conforme o próprio relator explicitou em seu voto, tal decisão serve para estabelecer parâmetros de como os juízes devem agir nesses casos, uma vez que devido a alteração do art. 318, pela lei 12.403/11, muitas decisões divergentes, e em desacordo com a lei vinham sendo tomadas. Esses parâmetros servirão para não criar mais obstáculos as decisões dos juízes, que devem sempre levar em consideração também as ressalvas expostas no *Habeas Corpus*, a fim de não banalizar a concessão de tal benefício.

Nesta senda, imperioso destacar os aspectos da concessão do benefício a cada “modelo” de paciente. Inicialmente, quanto as gestantes, em entendimentos anteriores da própria Suprema Corte, havia divergências quanto a necessidade de ficar comprovado ou não que o estabelecimento penal onde a gestante se encontrava era inadequado para a sua condição, não assegurando as garantias imprescindíveis de sua situação peculiar. Neste julgado (HC 143.641) com a concessão de prisão domiciliar substitutiva da cautelar a todas as gestantes, em caráter geral, demonstra que o STF, reconheceu a existência de deficiências estruturais na grande maioria das penitenciárias, atestando que esses ambientes não são capazes de abrigar mulheres nestas condições. (ESTEVES, et al., 2019, p. 31)

Quanto as puérperas, de imediato é preciso informar que há grande divergência da doutrina, tanto médica quanto jurídica, para designar a qual estágio compreende esse termo. Segundo a obstetrícia, o puerpério é o período que se inicia logo após a expulsão da placenta, e vai até a regressão do organismo maternos às condições normais anteriores a gestação, ou seja, o período não é preciso, já que pode variar de indivíduo para indivíduo. (BERNARTT, apud Costa Junior, 2005, p. 32).

A necessidade de substituição da prisão comum pela domiciliar, reside no fato de que esse período é composto de alterações psíquicas, uma série de preocupações e perturbações, aliados a dores físicas. Esse cenário se torna mais alarmante se vivido no cárcere, onde já se sabe que não há o mínimo de assistência necessária, o que futuramente pode ser um risco não só para a mãe, mas principalmente para a criança.

No tocante a mães de criança, ou deficientes sob a sua guarda é necessário realizar uma série de apontamentos. Primeiramente, conforme preceitua o próprio julgado (STF, 2018) entende-se por “criança” a pessoa até doze anos de idade completos, de acordo com o que estipula o art. 2º do ECA. No que diz respeito aos deficientes, é necessário atenção ao decreto legislativo 186 de 2008 e a Lei 13.146/2015, ambos dando diretrizes para o tratamento da pessoa com deficiência. Esses institutos apontam que o termo pessoa com deficiência é um conceito em evolução, e pode ser

entendido como “aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial [...]” (BRASIL, 2015). Ainda quanto ao fato de ser a guardiã dos filhos, deve ser dada credibilidade à afirmação da mulher, sendo facultado ao juiz, quando achar necessária requisição de laudo social, para verificação da situação real de guarda, e eventual reanálise do benefício. Em casos em que a perda do poder familiar ocorreu por situação diversa da prisão, esse benefício não é estendido. (STF, 2018).

Até esse momento, a divergência na jurisprudência era no sentido de que devia ser comprovado ou não o quão essencial era a presença da mãe para o desenvolvimento da criança. Posteriormente a esse julgado, não é mais necessário essa comprovação, visto que os levantamentos apontam ser cada vez maior o número de mulheres responsáveis pela manutenção econômica da família, e principalmente por todos os estudos que comprovam que presença da mãe durante a infância, ou em situações excepcionais como o de deficientes, é imprescindível para a evolução sadia, e para a preservação dos vínculos familiares.

Como qualquer decisão de caráter humanitário, essa também gerou grande repercussão em setores da sociedade favoráveis ao encarceramento em massa. Todavia, pela análise dos termos do remédio constitucional, é possível perceber que não houve uma banalização da prisão domiciliar, e sim parâmetros para a aplicação mais coerente. Essa não generalização, pode ser percebida no fato de que persistiram casos em que não haverá concessão do benefício, que são aqueles em que os crimes que levaram à prisão foram cometidos mediante violência ou grave ameaça contra descendente, não se limitando aqui apenas aos filhos, mas sim qualquer descendente, e as situações excepcionalíssimas que devem ser profundamente fundamentadas pelo juiz que indeferir a concessão, sob pena de cair novamente em arbitrariedade, caso negue sem o devido embasamento.

Ainda é imperioso destacar, que embora não seja vedada a provocação por meio de advogado para o cumprimento dos termos dessa decisão, essa figura é dispensável, visto que esse marco surgiu justamente da necessidade de proporcionar igualdade de condições para as mulheres presas que encontravam obstáculos e falhas estruturais no acesso a justiça. Por fim, caso haja descumprimento dessa decisão, a ferramenta a ser utilizada é o recurso, e não a reclamação. (STF, 2018)

Nesse caminho percebemos que além da liberdade a prisão domiciliar é um dos caminhos capazes de trazer maior dignidade às mães, e maior garantia de direito aos filhos. Prolongar o tempo da criança da prisão se torna uma violação a seus direitos, visto que todos nascem livres. Contudo o rompimento do vínculo com a retirada da criança do seio materno também configura violência e sofrimento para ambos.

Há muito tempo o sistema judiciário e carcerário já viola o princípio constitucional de que todos são inocentes até que sobrevenha sentença penal transitada em julgado, mas esse não é o único princípio que está em “desuso”. A prisão cautelar é sempre terreno incerto, já que pendendo de julgamento o indivíduo pode ser condenado ou absolvido, mas além dos preceitos da presunção de inocência, e da dignidade da pessoa humana, outro importante princípio também é violado: o da Intranscendência da Pena.

Enquanto houverem crianças dentro de cadeias, enquanto houverem mães presumidamente inocentes separadas de seus filhos, enquanto houverem famílias despedaçadas por conta de uma decisão injusta e ilegal, o Estado continuará transgredindo princípios, que servem apenas para “enfeitar” papel e ocupar cadeiras das faculdades de Direito, pois na prática não se prestam para proteger aqueles que mais precisam de proteção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Indubitavelmente muitos avanços legislativos e jurisprudenciais ocorreram nas últimas décadas, buscando trazer mais dignidade para aquelas que haviam perdido a liberdade, porém não todo o restante do rol de direitos estampados na Constituição Federal. Contudo, mesmo perante esses progressos, ainda muitos direitos são suprimidos daquelas que compõem a pior camada da sociedade.

Esse artigo permeou as áreas do direito penal, constitucional, com a perspectiva sempre voltada para os direitos humanos. A defasagem do sistema carcerário brasileiro já é conhecida, problemas estruturais e superlotação aliadas a uma justiça criminal lenta e seletiva mantêm esse setor sempre à beira do colapso. Apesar dessa temática ser bastante difundida, ainda hoje pouco se fala e se tem conhecimento da realidade das prisões femininas quando comparadas as masculinas.

Buscou-se assinalar as previsões legislativas que garantem ao menor o direito de conviverem com suas mães privadas de liberdade. Pontuou-se também, o quanto o afastamento da mãe de sua prole causa sofrimento para ambos, e principalmente como isso afeta o desenvolvimento do infante. No mesmo sentido, foi explorado o HC 143.641 do STF, - que concedeu prisão domiciliar em substituição a cautelar, a todas as mulheres, gestantes, puérperas ou mãe de crianças ou deficientes sob a sua guarda – investigando se tal decisão tem relação com o Princípio da Intranscendência da Pena.

A Carta Magna de 1988, em seu art. 5^a XLV preconiza que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, doutrinariamente chamado de Princípio da Intranscendência da Pena. Esse trabalho buscou averiguar se esse princípio é transgredido no momento em que se expõe menores a realidade

prisional, seja recém-nascidos dentro das penitenciárias, seja crianças separadas das mães que cumprem pena em regime fechado. Além disso, essa pesquisa também buscou descobrir se havia relação entre o princípio em comento, com a decisão formulada pelo STF no *habeas corpus* 143.641 de 2018.

Por fim foi possível concluir que de fato o Princípio da Personalidade da Pena é amplamente mitigado frente ao alto número de gestantes e mães de menores inseridas no ambiente prisional, enquanto deveriam ter asseguradas todas as prerrogativas da presunção de inocência. É oportuno afirmar que a pena dessas mulheres transcende para seus filhos gerando diversos reflexos a médio e longo prazo em suas vidas, o que sem dúvida fere também os demais princípios constitucionais aplicáveis ao caso.

Nesse sentido, foi possível evidenciar todas as mazelas que o sistema penitenciário produz, especialmente no caso de mães presas, onde no momento em que são separados mãe e filhos, ambos padecem os suplícios da desunião, enquanto a criança perde o vínculo familiar, correndo o risco de aniquilar sua referência materna, a mãe sofre o abandono e o sentimento de culpa por se ver desligada dos seus. Mister tal temática, uma vez que na busca de um direito penal mais humanitário, por diversas vezes esbarra-se na problemática da maternidade na prisão, com todas as faces que essa matéria carrega.

Dessa forma, foi possível concluir que o Princípio em comento está sendo amplamente mitigado. No momento em que separa o menor de sua mãe, rompendo um vínculo humano primordial, sem dúvida a criança é afetada. De outra banda manter recém-nascidos dentro das prisões que não garantem o mínimo de condições para as detentas menos ainda para os menores, também é uma evidente violação. Nesse sentido, o *habeas corpus* minimiza essa afetação, permitindo que essas mães que seriam submetidas a prisão preventiva aguardem o julgamento em prisão domiciliar.

Todavia é necessário refletirmos mais adiante, no caso de serem condenadas, e ainda no caso de mulheres que já cumprem pena privativa de liberdade com sentença irrecorrível e que gozam das mesmas prerrogativas. Essas crianças são menos merecedoras da presença da mãe? Essa problemática o direito penal ainda não consegue resolver.

Na operação do direito, diversas vezes esbarra-se em fatos como esse: divergência entre legislação/princípios e a realidade de suas aplicações, sendo que cada vez mais é necessário apresentar para os operadores do direito diretrizes para a construção de um sistema penal mais humano e igualitário.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Daniela. MOURA, Marcelo. VARELLA, Gabriela. No Brasil, filhos de mães encarceradas já nascem com direitos violados. **Revista Época**, São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/brasil/noticia/2017/12/no-brasil-filhos-de-maes-encarceradas-ja-nascem-com-direitos-violados.html>>. Acesso em: 22 jul. 2019.

AVENA, Norberto. **Execução Penal**. 5. ed. rev. atual. ampl. Editora Forense, Rio de Janeiro, Editora Método, São Paulo, 2018.

BERNARTT, Lilianna de Oliveira. O infanticídio e o Estado Puerperal. **Faculdades Metropolitanas Unidas**. São Paulo, 2005. Disponível em: <<http://arquivo.fmu.br/prodisc/direito/lob.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 nov. 2018

_____. **Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm> Acesso em: 11 nov. 2018.

_____. **Decreto- Lei 3.689 de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 09 jul. 2019.

_____. **Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984**. Lei de Execução Penal. Brasília, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 11 nov. 2018.

_____. **Lei 7.960 de 21 de dezembro de 1989**. Dispõe sobre a prisão temporária. Brasília, 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm>. Acesso em: 10 jul. 2019.

_____. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 11 nov. 2018.

_____. **Lei 12.403 de 04 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 09 jul. 2019.

_____. **Lei 13.146 de 06 de julho de 2015**. Institui a lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 23 jul. 2019.

_____. **Lei 13.257 de 08 de março de 2016**. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm#art41>. Acesso em: 11 jul. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Bangkok - Regras Das Nações Unidas Para O Tratamento De Mulheres Presas E Medidas Não Privativas De Liberdade Para Mulheres Infratoras**. 1.ed. Brasília, 2016. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2019.

COSTA, Luciano Bdin. HADLER, Oriana Holsbach. VALENTE, Dirce Lima. Por uma Clínica Cartográfica: a experiência da maternidade em mulheres em privação de liberdade. **Revista de Psicologia da IMED**, vol. 4 nº 2. Rio Grande do Sul, 2012. Disponível em<<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistapsico/article/view/162/248>>. Acesso em 17 jul. 2019.

ESTEVES, Cláudio Zuan (et al.). Maternidade no Cárcere e Lei n. 13.769/2018. Apontamentos sobre a prisão domiciliar como substituto da prisão preventiva e do regime de cumprimento de pena e como instrumento da progressão especial de regime. **Centro Operacional das Promotorias Criminais, do Júri e de Execuções Penais. Ministério Público do Estado do Paraná**. Paraná, 2018. Disponível em: <http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Maternidade_no_Carcere_e_Prisao_domiciliar_-_versao_2019_-_versao_atualizada_em_26-2-2019.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2019.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio - Uma Visão Minimalista do Direito Penal** – 2. ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2005.

LIMA, Alice Breno Cabral de. A Responsabilidade Civil do Estado frente as prisões cautelares indevidas. **Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<http://www.unirio.br/unirio/ccjp/arquivos/tcc/2015-1-alice-breno-cabral-de-lima>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 15. ed. rev. atual. ampl. Forense, Rio de Janeiro, 2018.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 4. ed. rev. atual. ampl. Forense, Rio de Janeiro, 2018.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. rev. atual. ampl. Atlas, São Paulo, 2017.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam. A brutal vida das mulheres tratadas como homens nas prisões brasileiras**. 3. ed., Record. Rio de Janeiro, 2015.

SÁNCHEZ, Alexandra et al. **Pela liberdade: a história do Habeas Corpus Coletivo para mães e crianças**. Editora Instituto Alana e Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos. São Paulo, 2019. Disponível em: <https://prioridadeabsoluta.org.br/wp-content/uploads/2019/05/pela_liberdade.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2019.

SANTOS, Thandara. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Infopen Mulheres 2ª Edição. **Departamento Penitenciário Nacional- Ministério da Justiça. Brasília**, 2018.

Disponível em:

<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopenmulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em: 23 maio 2019.

_____. VITTO Renato Campos Pinto de. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Infopen Mulheres- Junho 2014. **Departamento Penitenciário Nacional- Ministério da Justiça. Brasília**, 2014. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

STELLA, Cláudia. O impacto do encarceramento materno no desenvolvimento psicossocial dos filhos. Universidade Presbiterana Mackenzine. 4. ed. n° 8. **Revista Educere et Educare, Unioste**, Cascável, 2009. Disponível em:
<https://www.researchgate.net/profile/Claudia_Stella/publication/229015475_O_IMPACTO_DO_ENCARCERAMENTO_MATERNO_NO_DESENVOLVIMENTO_PSICOSSOCIAL_DOS_FILHOS/links/00463531ed7c34b1b8000000.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2019.

_____. Filhos de mulheres presas: o papel materno na socialização dos indivíduos. **Universidade Presbiterana Mackenzine**. N° 02. UERJ, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em:
<<http://www.revispsi.uerj.br/v9n2/artigos/pdf/v9n2a03.pdf>>. Acesso em 17 jul. 2019

STF- Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus- HC 143641**. São Paulo, 2018. Disponível em:
<<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>>. Acesso em: 11 nov. 2018

VARELLA, Dráuzio. **Prisioneiras**. 1. ed. Editora Companhia das Letras. São Paulo, 2017.