



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PRISÃO DOMICILAR DE MULHERES GRÁVIDAS NO CENÁRIO BRASILEIRO
CONTEMPORÂNEO

Letícia Araujo de Freitas

Rio de Janeiro
2019

LETÍCIA ARAUJO DE FREITAS

PRISÃO DOMICILIAR DE MULHERES GRÁVIDAS NO CENÁRIO BRASILEIRO
CONTEMPORÂNEO

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

PRISÃO DOMICILAR DE MULHERES GRÁVIDAS NO CENÁRIO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

Letícia Araujo de Freitas

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Estácio de Sá de Nova Friburgo. Advogada.

Resumo – O trabalho apresentado aborda o tema da possibilidade de prisão domiciliar feminina diante da precariedade do sistema carcerário no Brasil. As mulheres em regime restritivo de liberdade não recebem por vezes um tratamento diferenciado quanto à aplicabilidade de seus direitos fundamentais e sociais básicos garantidos pela Constituição Federal, ou seja, transpassam aos nascituros as consequências do encarceramento nocivo à saúde e ao bem estar diante das condições nos presídios atuais. A controvérsia, portanto, está sob o paralelo do dever de cumprimento de pena da gestante e o direito à vida digna e liberdade de um nascituro que não corresponde aos crimes praticados pela mãe. Além disso, há que se ressaltar a vulnerabilidade excepcional das mulheres no momento da gravidez, sob o qual demandam cuidados pormenorizados de proteção e Dignidade, o que compreende realidade duvidosa sob tal situação, devendo ser analisado caso a caso o aspecto da saúde do nascituro e do bem estar de um indivíduo que, depois de concebido, não pode arcar com a responsabilidade de crimes os quais nunca cometeu.

Palavras-chave – Direito Penal. Dignidade da Pessoa Humana. Gestantes Carcerárias. Sistema carcerário Brasileiro. Direito dos nascituros.

Sumário – Introdução. 1. Realidade das gestantes carcerárias brasileiras na contemporaneidade. 2. Sistema Penal Brasileiro. 3. Controvérsias sobre os direitos de Liberdade dos Nascituros e a necessidade de aplicação da pena. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute os parâmetros para a concessão da prisão domiciliar de grávidas no cenário brasileiro contemporâneo. Procura-se estabelecer um paralelo entre as funções da pena privativa de liberdade e o direito dos nascituros com intuito de fundamentar as razoáveis possibilidades de concessão desta modalidade de prisão penal no Brasil.

Por tal perspectiva, abordam-se os primeiros estudos de Criminologia tendentes a adotar a teoria eclética quanto à finalidade da pena e os modelos de penitenciária que buscavam exteriorizar a finalidade preventiva e retributiva do crime sem retirar do ser humano seus direitos básicos essenciais em nome de sua dignidade humana.

Para tanto, destaca-se a problemática do crescimento populacional carcerário e a consequente impossibilidade de se estabelecer uma sobrevivência digna especificamente às mulheres presas, que na ocorrência de gravidez ou filhos menores sob sua custódia, se

submetem à inviabilidade constitucional de direitos básicos diante do encarceramento. Contrapõe tal situação à necessidade de cumprimento de pena e de isonomia das mulheres perante os homens encarcerados, como corolário da efetivação do sistema penal brasileiro igual para todos.

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e a discussão gira em torno da possibilidade de prisão preventiva diante da condição especial de mulheres grávidas e com filhos pequenos e quais os parâmetros para que se configure a referida concessão.

Por ser delicada a intervenção do Poder Judiciário nas relações familiares, busca-se no primeiro capítulo do artigo compreender até que ponto se pode corroborar a função do sistema carcerário brasileiro preventivo e retributivo com a denúncia das mídias sobre o assunto, causando pressão popular no papel judicante.

No segundo capítulo, segue-se ponderando sobre qual seria o alcance da proteção aos nascituros e às mães diante dos crimes considerados graves e hediondos pelo sistema penal brasileiro estabelecendo ainda a aplicabilidade da Razoabilidade para que a concessão deste benefício não se torne regra abusiva extralegal no sistema penitenciário.

O terceiro capítulo, por sua vez, procura defender a aplicação de diversos princípios civis constitucionais como Saúde, Bem Estar, Dignidade Humana e Proporcionalidade, sem que se retire do sistema processual penal, no entanto, sua operabilidade funcional e sua finalidade retributiva e preventiva dos crimes no que diz respeito à concessão da prisão domiciliar.

Assim, diante da sistematização dos princípios gerais de Estado e as funções da pena, se atribui ao Judiciário o dever de cooperar para a ponderação de valores penais no estabelecimento de cumprimento de pena das mulheres grávidas.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, considerando que o objetivo primordial é a construção de conjecturas, a crítica intersubjetiva e o confronto entre assuntos relevantes que serão contestados refutados para elaboração de um conhecimento válido.

E por fim, o projeto exploratório deste artigo terá por essência uma pesquisa qualitativa, se valendo de bibliografia pertinente, temática atual, jurisprudências, doutrina e estatísticas analisadas sob o aspecto argumentativo na sustentação de sua tese.

1. A INTERFERÊNCIA DA MÍDIA NA FUNÇÃO DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO E SUAS REPERCUSSÕES DIANTE DA SOCIEDADE

A mídia na contemporaneidade tem sido o principal veículo de disseminação de ideias perante a sociedade. Diante da facilidade de divulgação e de acesso às informações por ela veiculadas, as pessoas se sentem libertas a exteriorizarem suas opiniões, assim como a criticarem os entendimentos alheios contrários aos seus.

A liberdade com que as informações são lançadas na mídia nos últimos anos torna essa onda tecnológica um contrassenso ao objetivo preliminar com que foi criada, servindo não apenas para propagação de notícias, mas também para criação de uma massa de opiniões de diversos telespectadores e de um peso tão grande que influenciam as tomadas de decisões até mesmo na área judicante, exercendo o Judiciário de um modo paralelo a voz do povo.

Desse modo, a coercibilidade com que as opiniões são implementadas num Estado Democrático de Direito é resultado também da liberdade de expressão garantida pelo ordenamento jurídico, sendo certo que a voz da sociedade é fator imprescindível para que o Estado promova de maneira consensual a proteção jurídica do indivíduo e a garantia das suas liberdades transindividuais, desde que ponderadas e aplicadas sob o instituto da razoabilidade.

A liberdade de expressão em comento, assegurada constitucionalmente pelo artigo 220 da CRFB/88¹, dá abertura também à liberdade de imprensa que não só veicula determinada informação, mas que também noticia acontecimentos de extrema repercussão social, conduzindo ao fato concreto um pré julgamento nessa seara. Isso é evidente nos julgamentos ocorridos pelo Tribunal do Júri, sob qual a instituição do Conselho de Sentença demonstra de maneira evidente o parcial julgamento e a tendência social de controle dos atos a ele submetidos.

Nesse sentido, Juliana Moreira² dispõe que a liberdade de expressão vem sendo deturpada principalmente na área criminal, trazendo à tona o conflito entre o direito de exposição e as garantias de privacidade, intimidade e honra, de forma inequívoca a macular a imparcialidade daqueles que por direito tem competência para o julgamento das demandas.

A especialista em Direito Penal, portanto, afirma que a mídia abstrai os limites da liberdade de expressão e que “no afã de aumentar os índices de audiência, difunde

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_12.07.2016/art_220_.asp> Acesso em: 17 set. 2018.

²MOREIRA, Juliana. *A influência da mídia nas decisões judiciais: análise dos limites da liberdade de expressão e do direito à informação*. 2014. Disponível em <<http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/CBSI/article/view/535/647>> Acesso em: 17 set. 2018.

informações sem nenhum senso de responsabilidade social, ignorando também, não raras vezes, as consequências maléficas de seus atos, já que a informação é vista como mercadoria”.

Tal análise demonstra que as decisões judiciais especialmente na seara criminal, tendo em vista a repercussão social do assunto, apesar de buscar a proporcionalidade e o consenso de suas decisões, promovem contradições extremas entre os julgados e produzem, como consequência, um antro de decisões ilegítimas e ineficazes do ponto de vista constitucional.

Essa estrutura influenciável da mídia sobre o instituto criminal ocorre também no sistema carcerário, evidente ainda quanto à possibilidade de concessão da prisão domiciliar a mulheres grávidas ou com filhos pequenos. Tal assunto, em razão da notoriedade, e da ascensão dos direitos da mulher, tem causado grande polêmica no Direito Penal e Processual Penal, pondo em teste a funcionalidade das funções do sistema carcerário brasileiro.

Rogério Sanches Cunha³ que modernamente depreende-se dos conceitos adotados pelo ordenamento brasileiro que as finalidades ou funções da pena adotadas pelo Código Penal são três, quais sejam a retributiva, a preventiva e a reeducativa, sendo certo que cada uma delas estaria identificada em um momento específico. Em sentido próximo, Martina Correia⁴ expõe que do artigo 59 do Código Penal, quando se lê finalidades de “reprovação e a prevenção do crime” extrai-se a adoção pelo Brasil, da teoria mista de retribuição e prevenção.

A autora supracitada afirma que a retribuição tem por objetivo “impor ao condenado um castigo por ter praticado um crime”, como reprovabilidade daquele crime; ao passo que a prevenção busca impedir que o condenado volta a delinquir, bem como ressocializá-lo junto à sociedade novamente.

Fato é que tais finalidades de retribuição, prevenção e reeducação suscitadas pelos autores, estruturam todo o sistema penal e contribuem para a explicação de o porquê a pena é aplicada ao agente infrator.

Nessa seara de análise das finalidades da pena, no entanto, põe-se em voga, principalmente pela mídia, qual seria a função da pena diante da peculiaridade de mulheres grávidas e com filhos pequenos. Até onde iria essa finalidade de castigo pelo crime cometido frente aos direitos constitucionais do nascituro ou criança que não cometeram nenhum ilícito?

Um caso de grande repercussão da mídia de maneira negativa a essa concessão de prisão domiciliar foi o vivido por Adriana Ancelmo. Na qualidade de esposa do Ex-Governador do Estado do Rio de Janeiro, a concessão de prisão domiciliar em razão de filhos

³CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. Salvador: Juspodivm, 2015, p.384 e 385.

⁴CORREIA, Martina. *Direito Penal em Tabelas Parte Geral*. Salvador: Juspodivm, 2018, p.258.

menores de Adriana repercutiu negativamente na sociedade que compreendeu ser promovido o benefício tão somente pelo cargo de grande reconhecimento em que seu marido atuava.

Em crítica à referida concessão, uma propaganda promovida por uma marca de cerveja da região metropolitana do Rio de Janeiro fez referência à situação em seu slogan, quando expôs, conforme notícia veiculada pelo site da Globo.com⁵, que “O lançamento foi um sucesso, só a Adriana não veio, ficou presa em casa.”. Ou seja, restou evidente que a impunidade foi tema levantado por diversos telespectadores que criticaram o sistema penal face ao favorecimento de mulheres na condição de Adriana Ancelmo. A crítica em geral foi atribuída ao fato de que mulheres de baixa renda e sem ascensão política ou profissional como Adriana, não tiveram o direito à concessão de prisão domiciliar ou nem mesmo tratamento similar, visto que continuam sofrendo com as condições precárias da realidade carcerária do país.

A vinculação dessa realidade noticiada pela mídia e a função do sistema carcerário brasileiro se dá pelo fato de que outras mulheres se sentiram no direito, e com razão, de receberem o benefício perante as suas peculiaridades maternas. Assim, espera-se do Judiciário que na promoção da justiça e igualdade material, assim como o faz em outros temas do Direito Penal, este estabeleça um parâmetro para concessão da prisão domiciliar sem ultrapassar a legalidade da lei e as finalidades da pena.

Nathália Blockwitz⁶ e Isael José Santana, em artigo sobre “mulheres e prisão: gestão e liberdade”, aduzem que “o filho de uma carcerária tem o direito à liberdade desde seu nascimento”, bem como citam os artigos 9º do ECA⁷ e 83 da LEP § 2º⁸ que dispõem, respectivamente que “o poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade”; e que “os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade”.

⁵G1. *Marca de cerveja faz propaganda com referência a prisão domiciliar de Adriana Ancelmo*. 2017. Disponível em <<https://g1.globo.com/economia/midia-e-marketing/noticia/marca-de-cerveja-faz-propaganda-com-referencia-a-prisao-domiciliar-de-adriana-ancelmo.ghtml>>. Acesso em: 17 set. 2018.

⁶VASONE, NatháliaBlockwitz; SANTANA, Isael José. *Mulheres e prisão: gestação e liberdade*. 2015. Disponível em: < http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/3111-4606-1-pb_1.pdf >. Acesso em: 17 set. 2018.

⁷BRASIL. *Lei nº.8069/90* de 13 de julho de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 17 set. 2018.

⁸Idem. *Lei nº 7210/84* de 11 de julho de 1984. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/L7210.htm>>. Acesso em: 17 set. 2018.

Tais referências legais demonstram de forma clara que há a preocupação do legislador com o tratamento digno e as garantias básicas da mulher na condição de mãe. Ocorre que frente a realidade dos presídios brasileiros, precários na sua estrutura e saneamento, tais objetivos por vezes são hipóteses impossíveis de alcance, pelo que se busca considerável reforma no tratamento a essas mulheres.

Desta forma, ainda que a mídia possa interferir no judiciário de forma negativa com a consequência de decisões ilegítimas do ponto de vista constitucional, é preciso enxergar o ponto positivo que essa repercussão social pode trazer ao processo penal e aplicar medidas razoáveis e proporcionais para que o controle repressivo seja efetuado, mas para que, ao mesmo tempo, seja alcançada da melhor maneira possível a integridade e a saúde física e mental das mães e de seus filhos no cumprimento de pena prisional.

2. ATÉ QUE PONTO A PROTEÇÃO À GESTANTE E AO NASCITURO INTERFERE NO SISTEMA DE CUMPRIMENTO DE PENA E SUAS FINALIDADES

Na seara penal e processual penal, como já foi abordado, dá-se grande importância às chamadas funções ou finalidades da pena, sendo certo que essas são responsáveis por desenvolver as medidas de cumprimento da pena e sua aplicação atual aos condenados por ilícitos penais. Diante dessa estrutura, a sanção penal é aplicada como forma de retribuir ao apenado o mal que ele causou e também como medida destinada a prevenir reiteradas condutas ilícitas por parte de quem experimenta a severidade de tais sanções no sistema carcerário brasileiro.

Essa realidade, no entanto, é uma medida de reprovabilidade dedicada a quem cometeu o ilícito, e não a eventual nascituro de que esteja esperando o nascimento. É evidente que a reprovação da conduta é da mãe que eventualmente praticou determinado crime, mas não ao feto que é inocente de todas as acusações àquela proferidas.

Por tal razão, nasceram diversas teorias e indagações sobre como deveriam ser tratadas as mães, que culpadas por algum crime, estariam de fato submetidas à estrutura cruel e degradante de prisão no Brasil e de que forma seriam garantidos os direitos à vida, liberdade e saúde no nascituro que estaria por nascer nessa hipótese.

O STF, promovendo grandes avanços para o coletivo de advocacia em Direitos Humanos e para Defensoria Pública, em fevereiro de 2018, acolheu por meio de sua 2ª Turma pedido feito em HC coletivo impetrado em favor de todas as presas cautelares do país⁹.

A concessão do benefício fez referência às gestantes e mães de crianças e deficientes sob sua guarda, de modo que tal julgamento histórico estendeu o benefício da prisão domiciliar a mulheres na referida condição em todo o território nacional.

O ministro Ricardo Lewandowski¹⁰ em seu voto aduziu que o sistema transfere a pena da mãe para criança, que é inocente e que o modelo de cumprimento de pena nesses termos é incompatível com os avanços civilizatórios dos últimos tempos. Tal análise demonstra de maneira inequívoca que, embora as funções retributivas e preventivas sejam observadas no momento da fixação de pena, estas não podem se sobrepor aos direitos genuínos do nascituro e das crianças que não cometeram crime algum e que necessitam, como incapazes e vulneráveis, aos cuidados e proteção da genitora para que possam ter um desenvolvimento sadio e digno.

Isso coloca em conflito, duas questões importantes, quais sejam a promoção dos direitos do nascituro e a incidência desta regra em eventual crime de grave potencial ofensivo praticado pelas genitoras, como é o caso dos crimes cometidos com grave violência ou ameaça, bem como os hediondos ou equiparados. Qual seria então o alcance da proteção aos nascituros quando contrapostos a crimes graves? Qual a medida para que a concessão da prisão domiciliar não se torne uma regra extralegal e abusiva no sistema penitenciário?

Na atual sistemática do cárcere no Brasil, são disponibilizadas às carcerárias alas reservadas às grávidas ou que estejam amamentando como forma de permitir o desenvolvimento de que o nascituro precisa para seus primeiros avanços de vida e saúde. Ocorre que esta disponibilidade, para maioria dos que defendem a concessão da prisão domiciliar, não é suficiente à Dignidade Humana do feto, que não pode sofrer as consequências de eventual crime cometido pela mãe e não deve, nessa situação, se submeter à condição precária e insustentável que se apresenta como realidade no Brasil nos últimos tempos.

⁹MIGALHAS. *STF garante prisão domiciliar a gestantes e mães de crianças que estejam em provisória*. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI274778,41046-STF+garante+prisao+domiciliar+a+gestantes+e+maes+de+criancas+que>>. Acesso em: 29 jan. 2019.

¹⁰BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. HC nº 143.641. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/2/art20180221-01.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2019.

Além disso, a Lei nº 7210/84¹¹, Lei de Execuções Penais, em seu artigo 117, III e IV dispõe que se admitirá o recolhimento em regime aberto em residência quando se tratar de condenadas gestantes, condenadas com filhos menores ou deficientes; o que traduz a preocupação do legislador com os direitos dos incapazes, dependentes dos cuidados da mãe, mas que não é, por si só, capaz de solucionar de modo suficiente as intempéries trazidas diante da gravidade do ilícito pendente em cada caso concreto.

Corroborando com este entendimento, André Peixoto de Souza¹² aduz em um artigo escrito no site Canal de Ciências Criminais, que a prisão passará da pessoa penal do acusado, a contrassenso do que é disposto na legislação e que se a presa se encontra grávida, que a pena atinge a liberdade do feto, “sujeito de direito eivado de garantias constitucionais absolutamente desrespeitadas por uma prisão alheia.”

Aduz o autor que independente da pena aplicada, da fase processual em que se encontre o processo ou da gravidade do crime cometido, todas as grávidas deveriam ser postas em liberdade de maneira imediata, uma vez que a criança que carrega consigo em seu ventre é inocente e está protegida pelo direito fundamental da liberdade. Desse modo, destaca que a punição da mãe criminosa é problema que deve ser solucionado de outra forma que não a prisão.

Na opinião de André Peixoto¹³, nem mesmo a prisão domiciliar seria solução à função retributiva e preventiva da sanção penal aplicada às grávidas, porquanto se concederia uma pena de prisão, ainda que em domicílio, a um nascituro que não tem envolvimento nem culpabilidade atribuída ao ilícito penal cometido.

Fato é que, enquanto não for criada uma solução alternativa à qualquer modalidade de prisão para ressocialização de detentas grávidas essa discussão será intentada por mães e defensores dos direitos do nascituro que não admitem a aplicação além do acusado para aplicação do sistema penal, como ocorre nesse caso.

Ainda sob esse aspecto de proteção ao direito de liberdade do nascituro e, considerando a gravidade do ilícito a que se pratica para fins de concessão do benefício, vale

¹¹BRASIL. *Lei nº7210/84* de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 29 jan. 2019.

¹²SOUZA, André Peixoto de. *Grávida presa: inconstitucionalidade*. 2017. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/gravida-presa/>>. Acesso em: 29 jan. 2019.

¹³Ibidem.

citar uma decisão¹⁴ proferida em Santa Catarina, na comarca de Joinville que concedeu prisão domiciliar a uma detenta, ainda que incurso no crime de tráfico de entorpecentes, uma vez verificada sua condição de mulher grávida no momento da condenação.

Na respectiva decisão, o magistrado esclarece, da seguinte forma, a razão pela qual entende ser cabível a prisão domiciliar e a observância aos direitos fundamentais da gestante e do nascituro¹⁵:

Por fim, repita-se: é preciso admitir e reafirmar, sempre, que a pessoa do condenado jamais perderá sua natureza humana e por este motivo será sempre merecedora de irrestrito respeito em seus direitos e garantias fundamentais. Este salto ético já foi dado e o atual padrão de civilidade assim exige, bem como a humanidade em paz agradece.

É cediço, portanto, que a realidade brasileira é cada vez mais atinente à proteção dos direitos e garantias fundamentais assegurados no ordenamento aos nascituros e que, embora sejam recorrentes as decisões que negam a concessão de prisão domiciliar a gestantes, vulneráveis na condição de mães, há diversos artigos, julgados e posicionamentos que promovem de maneira conjunta a evolução das funções da pena e sua finalidade e esperam do Judiciário, uma punição pautada na culpa individual e intransferível de punição, que não se adéqua à condição de gestação como realidade brasileira.

3. APLICAÇÃO DA RAZOABILIDADE NA CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR COMO COROLÁRIO DA DIGNIDADE HUMANA DOS NASCITUROS

As mulheres brasileiras em regime de restrição de liberdade, da mesma maneira que qualquer detento nessa condição, são submetidas ao cumprimento de pena mediante encarceramento e segregação social, que, apesar de promover o distanciamento das mulheres de seu seio familiar, lhe garantem, por direito, garantias constitucionalmente previstas como

¹⁴BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. *Execução Penal nº 0034889-37.2011.8.24.0038*. Magistrado: João Marcos Buch. 2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsc.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=003488937.2011.8.24.0038&cdProcesso=12000ELD40000&cdForo=38&baseIndice=INDDS&nmAlias=PG5&tpOrigem=2&flOrigem=P&cdServico=190101&accessibilidade=false&ticket=1siCU1XeA2pmmHBmz8eHRzbdONYVoPztlgJK1RyMjbtNrVzxw2C62CW%2B9ccemwn1jIVBvQocFqpuoDcNJAZQ%2BvHYsbwy7onWJp5uMZVnBFSAn40nkYjVOle%2BOrmcwqa7H65MKTQByOJG1QcvXEsXun6zk6wIkUfImzVeHm20pAkDPz%2FqVQ%2B04hI3hSDXGfqPyyQUT%2FhO07DFcDZuee%2F%2FIpInrbPq9Z0%2FgumtEi76oWNtoRnbhT21hqH9G%2FY5TkzLkZ%2BVvESlqvhFNULyKI%2F6aFsgQb2j%2BlyD3aaVXySp6Mv5ha5apiMfStUcI6RwqFxSeZDU6KzljW6vjIP2XLgf%2FZ7ZrWkD%2BPSBAaoNaYu7nvVEvSOK1vklhw5hueZYaXgT>>. Acesso em: 29 jan. 2019.

¹⁵Ibidem.

respeito e proteção à integridade física e moral, como se depreende do disposto no artigo 5º, XLIX¹⁶ da Constituição Federal.

Nessa linha de pensamento, há de se reconhecer que a finalidade da pena imposta à ré não se perpetua só pela retribuição ao ilícito e pela esperança de ressocialização da presa, mas também pela busca e respeito à Dignidade Humana. O estado gravídico de uma mulher comporta, nesse momento, uma situação de vulnerabilidade visível e psicologicamente relevante, que necessita, portanto, de cuidados e atenção redobrada.

A Lei de Execuções Penais¹⁷, conforme já se analisou em outra oportunidade, é exemplo de um texto legal que dá especial atenção à gestante, já que lhe assegura acompanhamento de pré-natal, pós-parto, creche nas penitenciárias, atendimento por pessoa qualificada, bem como tratamento extensivo ao recém-nascido, em comento pelos artigos 14, parágrafo 3º e 89 do respectivo diploma. É evidente, portanto, que há especial tratamento disponibilizado às mulheres, que, estando sob condição especial de vulnerabilidade, fazem jus ao direito de igualdade material que está sendo garantido.

Ocorre que, o tratamento legal e humanitário, por vezes, é insuficiente, haja vista a realidade carcerária no Brasil, as condições de higiene e nutrição notórias, bem como a ideia já apresentada anteriormente¹⁸ de que o nascituro acaba respondendo pelo crime que não cometeu, mas que sofre as consequências. Ou seja, ainda que atualmente no Brasil seja garantido o direito à prisão domiciliar de mães presas provisoriamente, conforme artigo 318 do Código de Processo Penal¹⁹, tal benefício não foi estendido de maneira pacífica e consciente às mães presas por crimes considerados de maior gravidade ou frente a uma condenação definitiva.

Quando ausentes determinações legais que disponibilizem tratamento especial, de modo a apresentar uma lacuna na lei, o ideal é que se resolva o conflito com base em setores principiológicos e permitidos do ponto de vista constitucional por uma análise extensiva. Da mesma forma, o que se espera do Judiciário por parte das mães que anseiam por um tratamento diferenciado, é a aplicação pautada na razoabilidade e no bem-estar do nascituro. Essa perspectiva, no entanto, não é decorrente do desejo por um tratamento diferenciado e

¹⁶BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_12.07.2016/art_220.asp>. Acesso em: 17 set. 2018.

¹⁷BRASIL. *Lei nº7210/84* de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 29 jan. 2019.

¹⁸SOUZA, op. cit., nota 12.

¹⁹BRASIL. *Decreto-Lei nº 3689/41* de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

desigual, mas que pelo contrário, é decorrente das garantias constitucionais de Dignidade Humana e Bem Estar previstas no artigo 5^o²⁰ da Constituição Federal.

Desta forma, as mães na condição de gestantes não anseiam por um privilégio sem parâmetros, mas esperam que dentro do alcance do Judiciário sejam promovidos os direitos de seus filhos, ao menos no tempo de necessidade dessa condição. Os princípios da Razoabilidade, Proporcionalidade e Dignidade humana numa primeira visão são os principais paradigmas consecutórios da humanidade, saúde e bem-estar, e na desenvoltura de seus papéis devem estar presentes para promoção dessa busca por direito.

O que se pretende com essa espera pelo tratamento diferenciado de prisão domiciliar a toda e qualquer condenada gestante não é o abandono da operabilidade processual penal, nem mesmo a ineficácia do sistema carcerário. O que se pretende, é tão somente, numa situação emergencial de gravidez, a suspensão da política de encarceramento, uma vez que o país apresenta condições precárias de conforto e bem-estar e que seja compreensível o fato de que o nascituro não pode iniciar sua formação de vida já respondendo por crimes que nem mesmo tem discernimento para consentir ou participar.

Ainda sob o aspecto da responsabilidade penal e respeito às garantias constitucionais, a escritora do artigo “Os direitos fundamentais do cidadão preso”, Lizandra Pereira Demarchi²¹, argumenta que o processo penal, por aplicação própria já configura uma “tortura psicológica” para o réu, que sofre o julgamento promovido por um juiz, a princípio imparcial e também pela sociedade que legitima a busca pela justiça a qualquer custo. Para a escritora, na grande maioria da população há a percepção de que o indiciado é mero objeto, sob o qual o Estado exerce o poder brutal de tutela e que em tal medida, o indivíduo é anulado em direitos e garantias em nome da ordem e segurança social que tem a força necessária capaz intimidá-lo.

No aludido artigo, Lizandra potencializa sua tese de que o preso deixa de ser visto como cidadão e acaba perdendo direitos, garantias e futuras oportunidades ao argumento de que após o cárcere este se encontra estigmatizado, rotulado e distante do convívio social, o que tornaria impossível sua adaptação e provável seu retorno à criminalidade.

²⁰BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_12.07.2016/art_220.asp>. Acesso em: 17 set. 2018.

²¹DEMARCHI, Lizandra Pereira. *Os direitos fundamentais do cidadão preso: uma questão de dignidade e de responsabilidade social*. 2009. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/106771/os-direitos-fundamentais-do-cidadao-preso-uma-questao-de-dignidade-e-de-responsabilidade-social-lizandra-pereira-demarchi>>. Acesso em: 30 jan. 2019.

Ora, se diante da realidade carcerária e do tratamento ao indiciado preso já se indaga o respeito aos direitos fundamentais de presos que não estão em estado gravídico, o que dizer sobre as mulheres na evidente questão de vulnerabilidade que suportam durante a gravidez?

Essa questão é cada vez mais latente aos olhos de quem preceitua a humanidade como princípio orientador do Direito. Para que um nascituro ou recém-nascido possa exercer sua liberdade e seu sadio desenvolvimento, embora hajam técnicas mínimas de cuidado nos presídios é preciso que se reconheça que o país na conjectura atual não garante condições favoráveis àqueles que não merecem a rigorosidade da pena, nem mesmo às mães, que ao menos no momento da gestação, devem hospedar-se em ambientes higiênicos, sadios e dignos.

Nathália Blockwitz Vasone e Isael José Santana²² afirmam, para fins didáticos, que:

Mães que não oferecem risco a si e a outrem, devem ser garantidas pela regra de ter parte da gestação em sua casa, bem como cuidar de seu filho pelo menos até os 6 meses de idade, para que o vínculo familiar seja mais forte, o que garante um crescimento saudável para a criança, sem precisar conviver em um local que não garante seus direitos principais e com a obtenção de uma maternidade mais tranquila pelas mulheres, sem a pressão e o estresse que a vida dentro de um presídio causa.

Essa teoria demonstra que existem formas de sanar as intempéries causadas pelo sistema carcerário na relação entre mães e filhos e que a suspensão do sistema carcerário às mulheres na gestação não significaria inaplicabilidade do sistema processual penal brasileiro, nem mesmo qualquer desrespeito à norma concreta. A peculiar atitude ensejaria tão somente na promoção do que se chama de igualdade material no Direito.

Deste modo, reconhecida a condição especial das mulheres em estado gravídico, seria permitida aplicação de regramento diferenciado exatamente pela condição de diferença em que se encontram. Ou seja, garantida estaria a igualdade, se de maneira desigual fossem tratadas as desigualdades que permanecem com as mulheres em estado de gravidez.

CONCLUSÃO

A doutrina brasileira desde os primeiros estudos da Criminologia tendia a adotar a teoria eclética no que diz respeito à finalidade da pena. Por essa teoria o sistema penal assumia a finalidade precípua de retribuir o mal que o crime causava à sociedade e de prevenir eventual retorno do agente criminoso à delinquência, razão pela qual utilizavam-se

²²VASONE, op. cit., nota 6.

das expressões “retribuição e prevenção da pena” como forma de orientar os estudos da aplicação de penas e suas funções.

Sob o enfoque da teoria da pena e suas finalidades, foi instaurado o sistema carcerário no Brasil e construídas penitenciárias com intuito de segregar o indivíduo e de promover, ao longo do tempo de cumprimento de pena na prisão, a devida ressocialização do apenado para que esse não voltasse a delinquir.

Diante do encarceramento em massa, os direitos básicos dos indivíduos segregados naquele espaço físico se tornaram cada vez mais uma promessa inalcançável, o que os expôs à condições mutuamente precárias e indignas de saúde física, mental e psicológica de sobrevivência.

O estabelecimento presidiário comporta, nesse contexto, não só homens, mas também mulheres, que muitas vezes se encontram em condições excepcionais de cuidados básicos e necessário atendimento especial, como é o caso das mulheres gestantes. Assim como os detentos do sexo masculino, elas se submetem, com certo tratamento diferenciado, aos precários cuidados de higiene e saúde, o que de maneira inevitável também atinge os fetos e recém-nascidos que com elas se encontrem.

Diante de tal realidade, ainda que a condição de gravidez não possa ser utilizada como escusa para o cumprimento de pena relativa ao ilícito cometido, o que resultaria em total inutilidade do sistema penal brasileiro, essa rigorosidade também não deve ser argumento que justifique um tratamento degradante aos nascituros e recém-nascidos que não cometeram crime algum.

O que se buscou esclarecer, portanto, é que eventual concessão de prisão domiciliar, de resguardo familiar e de contato sadio entre mãe e filho por um tempo razoável é medida que não deve ser descartada ante a ausência de regramento legal, independente do crime a que se julgue a condenação. A teoria de concessão benéfica de cumprimento de pena alternativo às gestantes seria provimento direcionado tão somente no lapso temporal necessário e como resultado das condições gravídicas e excepcionais que se estabelecem às mães. No mais, o cumprimento de pena se restabeleceria e a sua finalidade, como corolário do sistema carcerário brasileiro seria respeitado, com proteção, no entanto, dos cuidados básicos que o nascituro, indefeso e inocente, tem por direito.

Assim, problematizando a função social da pena no atual contexto brasileiro com os direitos e garantias dos nascituros, provocou-se o debate sobre eventual concessão da prisão domiciliar às mães que cumprem pena em regime privativo de liberdade independente da

natureza e da gravidade do crime que tenham cometido, sendo certo que esta atuação, seria encarada como medida necessária à Dignidade Humana, mas não absolutória de justiça.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_12.07.2016/art_220_.asp>. Acesso em: 17 set. 2018

_____. *Lei nº.7210/84* de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 29 jan. 2019.

_____. *Lei nº.8069/90* de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 17 set. 2018.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. HC nº 143.641. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/2/art20_180221-01.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2019.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANATA CATARINA. *Execução Penal nº 0034889-37.2011.8.24.0038*. Magistrado: João Marcos Buch. 2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsc.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=0034889-37.2011.8.24.0038&cdProcesso=12000ELD40000&cdForo=38&baseIndice=INDDS&nmAlias=PG5&tpOrigem=2&fOrigem=P&cdServico=190101&accessibilidade=false&ticket=1siCU1XeA2pmmHBmz8eHRzbDONyVoPztlgJK1RyMjbtNrVzxw2C62CW%2B9ccemwn1jlVBvQocFqpuoDcNJAZQ%2BvHYsbwy7onWJp5uMZVnBFSAn40nkYjVOle%2BOrmcwqa7H65MKTQByOJGlQcvXESXun6zk6wlkUfmzVeHm20pAkDPz%2FqVQ%2B04hI3hSDXGfqPyyQUT%2FhO07DFcDZuee%2F%2FIpInrbPq9Z0%2FgumtEi76oWNtoRnbhT21hqH9G%2FY5TkzLkZ%2BVvESlqvhFNULyKI%2F6aFsgQb2j%2BlyD3aaVXySp6Mv5ha5apiMfStUcI6RwqFxsEzDU6KzljW6vjIP2XLgf%2FZ7ZrWkD%2BPSBAaoNaYu7nvVEvS0K1vkIhw5hueZYaXgT>>. Acesso em: 29 jan. 2019.

CORREIA, Martina. *Direito Penal em Tabelas*. Parte Geral. Salvador: Juspodivm, 2018.

COSTA, Marina Amoedo da; BARBOSA, Anália da Silva. *Mulheres encarceradas e o exercício da maternidade*: Discutindo o trinômio mulher, crianças e rede familiar. 2010. Disponível em: <fazendogenero.ufsc.br/9/resources/anais/1277859738_ARQUIVO_Trab.Oral-17_junho.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. Salvador: Juspodivm, 2015.

DEMARCHI, Lizandra Pereira. *Os direitos fundamentais do cidadão preso: uma questão de dignidade e de responsabilidade social*. 2009. Disponível em: <<https://fg.jusbrasil.com.br/noticias/106771/os-direitos-fundamentais-do-cidadao-preso-uma-questao-de-dignidade-e-de-responsabilidade-social-lizandra-pereira-demarchi>>. Acesso em: 30 jan. 2019.

G1. *Marca de cerveja faz propaganda com referência a prisão domiciliar de Adriana Ancelmo*. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/midia-e-marketing/noticia/marca-de-cerveja-faz-propaganda-com-referencia-a-prisao-domiciliar-de-adriana-ancelmo.ghtml>>. Acesso em: 17 set. 2018.

GOMES, Luiz Flávio. *Funções da Pena no Direito Penal brasileiro*. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8334/funcoes-da-peno-que-e-no-direito-penal-brasileiro>>. Acesso em: 16 ago. 2018.

MIGALHAS. *STF garante prisão domiciliar a gestantes e mães de crianças que estejam em provisória*. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI274778,41046-STF+garante+prisao+domiciliar+a+gestantes+e+maes+de+criancas+que>>. Acesso em: 29 jan. 2019.

MOREIRA, Juliana. *A influência da mídia nas decisões judiciais: análise dos limites da liberdade de expressão e do direito à informação*. 2014. Disponível em: <<http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/CBSI/article/view/535/647>> Acesso em: 17 set. 2018.

OLIVEIRA, Adriano. *Após avaliar presídios, estudo sugere prisão domiciliar a mães e gestantes*. 2015. Disponível em <<http://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2015/06/apos-avaliar-presidios-estudo-sugere-prisao-domiciliar-maes-e-gestantes.html>> Acesso em: 16 de agosto de 2018.

SOUZA, André Peixoto de. *Grávida presa: inconstitucionalidade*. 2017. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/gravida-presa/>>. Acesso em: 29 jan. 2019.

VASONE, Nathália Blockwitz; SANTANA, Isael José. *Mulheres e prisão: gestação e liberdade*. 2015. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/3111-4606-1-pb_1.pdf>. Acesso em: 17 set. 2018.