

MULHERES ENCARCERADAS: GRAVIDEZ E MATERNIDADE

SANTOS, Luana Caroline¹

FEISTLER, Ricardo²

RESUMO:

Com o presente trabalho, buscou-se apresentar uma realidade pouco conhecida pela comunidade em geral, a das mulheres gestantes e lactantes no cárcere. Apresenta-se a teoria da pena, aprofundando-se no caráter ressocializador da teoria preventiva especial. Em seguida, expõe-se os direitos constitucionais garantidos à mãe e à criança no cárcere, como a prisão domiciliar da gestante e a Lei 13.257/2016, a garantia da realização do parto em condições dignas, acompanhamento médico na gestação e no parto, o direito ao registro de nascimento, direito ao aleitamento materno, realização de visitas, bem como o tempo de permanência da criança com a mãe no cárcere. Por conseguinte, na parte final, analisam-se as possibilidades da destituição do poder familiar.

PALAVRAS-CHAVE: mulheres, prisão, crianças.

ABSTRACT:

With the current work, it was searched to present a reality less known by the overall community, the one of pregnant and lactating women in prison. Presented the theory of punishment, deepening in the socializing special preventive theory nature. It then sets up the constitutional rights guaranteed to the mother and child in prison, such as house arrest of the mother and the Law 13,257 / 2016, to guarantee the delivery on under proper conditions, medical care during pregnancy and childbirth, the right to birth registration, right to breastfeeding, of visits, as well as the child's time spent with his mother in prison. Therefore, In the final part, we analyze the possibilities of dismissal of family power.

KEYWORDS: women, prison, children.

1 INTRODUÇÃO

Evidencia-se, em nível mundial, um crescente número de mulheres sendo encarceradas e, por consecutivo, um elevado percentual de mães nestas condições. Estatísticas disponibilizadas pelo Ministério da Justiça – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) destacam que uma percentagem significativa de mulheres presas são mães ou cuidadoras primárias das crianças. Tal constatação mostra que o aprisionamento feminino não pode ser considerado isoladamente, pois traz implicações secundárias para sua família e seus dependentes, além de que, nos casos mais graves, poderá ter consequências para a sociedade em geral. Sendo assim, no que se refere à maternidade vivenciada durante o período de aprisionamento, além dos possíveis efeitos

¹ Acadêmica do curso de Direito da FAG – Faculdade Assis Gurgacz. lu.caroline.santos@hotmail.com

² Advogado. Professor orientador. Docente do curso de Direito da FAG – Faculdade Assis Gurgacz. ricardofeistler@hotmail.com

negativos que a detenção poderá trazer à mulher, o ato de gerar um filho neste ambiente, poderá acarretar efeitos adversos na gravidez e, conseqüentemente, à criança que está sendo gerada.

Parte-se do pressuposto de que a maternidade envolve a gestação, o parto e o vínculo estabelecido entre a mãe e o bebê, o próprio contexto em que a gestante está vivendo, dentre tantos outros fatores. Com isso, além de vivenciar o período da gravidez em situação de aprisionamento, muitas mulheres acabam dando à luz os seus filhos e permanecendo com eles na prisão.

Os problemas entrelaçados na presente pesquisa estão assim definidos: “Como é vivenciar a gestação e a maternidade na prisão? Quais os direitos que possuem as mães presas, e as crianças?”. Quer-se chegar a conhecer o cotidiano das mulheres gestantes e mães que vivem com seus filhos nas penitenciárias brasileiras. O objetivo geral da pesquisa é analisar as mulheres encarceradas na vivência da maternidade no meio prisional, bem como quais os direitos adquiridos e garantidos constitucionalmente à mulher e à criança que vivem nesse meio.

2 REFERENCIAL TEÓRICO/DESENVOLVIMENTO

Para que se inicie o estudo, faz-se necessário entender a teoria da pena, bem como qual é a teoria basicamente aplicada à ressocialização da mulher presa. Em seguida, serão analisados os direitos garantidos constitucionalmente às gestantes, às mães e às crianças.

2.1 Teoria da pena

A origem da pena coincide com o nascimento do Direito Penal, em razão da constante necessidade de existência de sanções penais em todas as culturas e nos diferentes momentos históricos. A sanção é a consequência jurídica principal que procede da infração penal.

No entendimento doutrinário de Nucci (2011, p. 391), pena “é a sanção imposta pelo Estado, através de ação penal, ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado e a prevenção a novos crimes”.

Entende-se, por meio dos estudos de Cesare Beccaria, que a legislação penal deve ter um caráter preventivo, ou seja, deve-se visar, primeiramente, prevenir o cometimento do delito ao ter que reparar o dano causado por este:

É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos

que se lhes possam causar, segundo os cálculos dos bens e dos males da vida (BECCARIA, 1997, p.27).

Ao longo da história, o Direito Penal proporcionou diferentes respostas na busca de soluções ao problema da criminalidade. Essas saídas estão relacionadas nas chamadas Teorias da Pena, que são decisões legalizadas sobre as sanções, principal forma de reação aos delitos.

A doutrina empregada para conceituar a finalidade da pena, utiliza três grupos de teorias: a teoria absoluta, a teoria relativa e a teoria mista.

Para a teoria absoluta ou teoria retributiva a pena é um castigo e uma consequência pelo crime realizado, a pena se esgota na concepção de real retribuição, sua finalidade é a reação punitiva e pretende que o ato injusto cometido pelos sujeitos seja compensado por meio do mal cometido e que consolida a sanção. Segundo Nucci (2011, p. 391) “a finalidade da pena é eminentemente retributiva. A pena atua como a contrapartida pelo mal cometido (punitur quia peccatum est). Um mecanismo necessário para reparar a ordem jurídica violada pelo delinquente.”. Ou seja, a pena é uma mera retribuição do ato delituoso praticado.

A teoria relativa ou teoria preventiva atribui à pena a capacidade e a missão de evitar que no futuro se cometam delitos. Para Bittencourt (2010, p. 106) “A pena não visa retribuir o fato delitivo cometido, e sim prevenir a sua prática”. Subdivide-se em teoria preventiva geral e teoria preventiva especial. A geral direciona-se aos cidadãos em general, na expectativa de que, a ameaça e a certeza de uma punição, sirva tanto para intimidar aos delinquentes potenciais, quanto para reforçar a confiança dos cidadãos na justiça e na garantia de seus direitos. Entende Bittencourt (2010, p.106) que “[...] a ameaça da pena produz no indivíduo uma espécie de motivação para não cometer delitos”.

Para Estefam (2013, p. 324) “a prevenção geral significa que a ameaça psicológica da pena servirá como elemento inibidor de comportamentos criminosos”. Na prevenção geral, a mera ameaça psicológica de uma nova pena, servirá como motivação para que o indivíduo não volte a cometer novos delitos.

Já a teoria preventiva especial, direcionada ao infrator maculado com uma pena, tem por idealizador a concepção de que a pena é um instrumento de atuação preventiva sobre o sujeito infrator, com o fim de evitar a reincidência, ou, ainda, novos crimes futuros.

E por fim, a teoria mista, ou unificadora, tenta agrupar um conceito único para os fins da pena. Parte de uma crítica às soluções monistas, sustentando que essa unidimensionalidade mostra-se formalista e sem condições de envolver todo e enredamento dos fenômenos sociais que

interessam ao Direito Penal. Segundo o entendimento doutrinário de Estefam (2013, p. 338): “As teorias mistas partem do pressuposto de que as funções retributivas e preventivas não são inconciliáveis. Por esse motivo, pode-se identificar na pena um duplo papel: retribuir e prevenir (punitur quia peccatum est et ne peccetur)”. Portanto, na teoria mista, a pena tem duplo caráter efetivo: a retribuição ao indivíduo pelo ato delituoso cometido, bem como, a atuação preventiva para que o mesmo não cometa reincidência dos atos ilícitos.

2.1.1 Teoria preventiva especial

No entendimento doutrinário de Bittencourt (2010, p. 111) “a teoria da prevenção especial procura evitar a prática do delito, mas, ao contrário da prevenção geral, dirige-se exclusivamente ao delinquente em particular, objetivando que este não volte a delinquir”.

A Lei de Execução Penal dispõe, em seu artigo 1º: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para harmonizar a integração social do condenado e do internado”. Entende-se que a execução penal possui como finalidade, além do efetivo cumprimento da pena, a ressocialização do preso.

Ressocializar é dar ao preso o suporte necessário para sua reintegração à vida em sociedade, e fazer com que compreenda os motivos que o levaram a praticar tais delitos, dar a ele uma chance de mudar e de ter um futuro melhor, independente do que aconteceu no passado.

Em concordância a essa ideia, a teoria da prevenção especial persegue a ressocialização do delinquente por meio da sua correção, tem propósito de incidir em sua personalidade para que o sujeito não volte a cometer delitos. No entendimento de Estefam (2013, p. 326) “Trata-se do objetivo de, uma vez imposta a pena, reeducar o condenado e promover sua reinserção social.”. Esta teoria está baseada, portanto nas ideologias da ressocialização.

Para Bittencourt (2010, p. 111) “A prevenção especial não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas aquele indivíduo que já delinuiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais”.

A teoria da prevenção especial pode, ainda, ser subdividida em positiva e negativa. No que se refere à prevenção especial negativa, o autor Greco dispõe:

Pela prevenção especial negativa, existe uma neutralização daquele que praticou a infração penal, neutralização que ocorre com sua segregação no cárcere. A retirada momentânea do agente do convívio social o impede de praticar novas infrações penais, pelo menos na sociedade da qual foi retirado. Quando falamos em neutralização do agente, deve ser frisado que isso somente ocorre quando a ele for aplicada pena privativa de liberdade (2011, p. 474).

A prevenção positiva consiste em contemplar um tratamento na tentativa de corrigir os atos praticados pelo agente, com o propósito de evitar sua reincidência, ou seja, a teoria da prevenção positiva busca a ressocialização do indivíduo.

Pela prevenção especial positiva, essa vertente da teoria aduz para Francisco Munoz Conde e Hassemer Winfried:

A finalidade última das sanções penais bem em sua forma de penas propriamente ditas, bem nas medidas de segurança e reabilitação, deve ser a reinserção social ou a ressocialização do delinquente, evitando desta forma que, uma vez cumprida a pena, volte a delinquir (2008, p. 95).

Denota-se aqui, o caráter ressocializador da pena, fazendo com que o agente medite sobre o crime, sopresando suas consequências, inibindo-o ao cometimento de outros.

3. DIREITOS GARANTIDOS CONSTITUCIONALMENTE À GESTANTE ENCARCERADA

Dentre os direitos expressamente assegurados na Carta Magna brasileira estão o direito social à proteção da maternidade e a infância e o direito das mulheres encarceradas à permanência com seus filhos durante a fase de amamentação. Discute-se acerca da importância do fortalecimento da convivência familiar e comunitária, particularmente das mulheres encarceradas, às quais a sentença atribuída reflete diretamente em seus vínculos familiares, principalmente nas situações em que geram filhos nascidos nas unidades prisionais. As maiores dificuldades enfrentadas por essas mulheres são o distanciamento da família, o abandono pelo companheiro e a separação dos filhos, dificuldades que geram grandes impactos no cotidiano das unidades prisionais.

3.1 Prisão domiciliar da gestante

De acordo com o Código de Processo Penal em seu artigo 318, inciso IV: “Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (...) IV- gestante a partir do 7º(sétimo) mês de gravidez, ou sendo esta de alto risco.”.

Em consonância, está a Lei de Execução Penal, no artigo 117, inciso IV: “Somente se admitirá recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: (...) IV- condenada gestante.”.

Portanto, em razão da situação atual dos presídios brasileiros, deve ser concedido à gestante presa a possibilidade da prisão domiciliar, como observado na jurisprudência da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. **PRISÃO** PREVENTIVA. PENDENTE DE CUMPRIMENTO. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO POR **PRISÃO CAUTELAR DOMICILIAR**. POSSIBILIDADE. **PACIENTE ESTÁ PRESTES A "DAR A LUZ"**. **PRECARIEDADE DO CÁRCERE PARA ABRIGAR GESTANTE, INCLUSIVE, RECÉM NASCIDO**. LIMINAR CONCEDIDA. **OBSERVÂNCIA DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS** (ART. 5º, L, CF/88). SITUAÇÃO DE FORAGIDA. IRRELEVÂNCIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 318, INCISOS III E IV DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. ORDEM CONCEDIDA, CONFIRMANDO A LIMINAR. Restou comprovado nos autos que na data da impetração deste writ, a paciente encontrava-se no 8º (oitavo) mês de gestação, prestes a "dar a luz", mostrando-se possível, então, a concessão da **prisão domiciliar**, nos termos do artigo III e IV, do Código de Processo Penal, e atentando-se ao princípio da dignidade da pessoa humana. (Grifos nossos).

Dessa forma, destaca-se a possibilidade de se conceder à gestante a prisão domiciliar, quando a mesma encontrar-se em uma prisão com condições insalubres para a saúde de si e da criança.

Recentemente, a Lei 13.257, de 08 de Março de 2016, instituiu o Estatuto da Primeira Infância, alterando a redação do artigo 318 do Código de Processo Penal, prevendo a possibilidade de o réu, em vez de permanecer em prisão preventiva, ficar recolhido domiciliarmente. Fora alterado o inciso IV do códex acima citado:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

(...) Inciso IV - gestante (ARTIGO 318, CÓDIGO DE PROCESSO PENAL).

Desse modo, basta que a investigada ou a ré esteja grávida, para obter este direito, não mais sendo exigido tempo mínimo de gestação, nem que haja risco à saúde da mulher e da criança.

Ainda, esta mesma lei prevê a prisão domiciliar da mulher que tenha filho menor de 12 anos, acrescentando o inciso V:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

(...) V- mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Portanto, este inciso veio para corroborar com as mulheres que se encontram nessa situação de separação do filho em virtude do cárcere, estando ausentes em sua primeira infância, momento em que a criança mais necessita da presença da mãe.

3.2 Acompanhamento médico na gestação e no parto

O direito à saúde é assegurado constitucionalmente a todas as mulheres, devendo ser usufruído pelas mesmas, estando ou não sob pena privativa de liberdade. Os cuidados médicos na gestação e no pós-parto são fundamentais, tanto para a mulher, quanto para a criança.

Conforme o artigo 14, parágrafo 3º da Lei nº 7.210/84: “Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido”. Ou seja, a gestante tem direito a ser acompanhada em todo seu período de gestação, e este direito, ainda, estende-se ao seu bebê.

O artigo 8º, parágrafo 4º da Lei nº 8069/90 estabelece: “Incumbe ao poder público proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, inclusive, como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal”. Verifica-se a preocupação do legislador em garantir proteção à mulher presa e grávida, para que seja assegurada a integridade física dela e de seu filho. Em decorrência das condições físicas e psicológicas de uma mulher encarcerada, por vezes em locais precários, é que assegura-se a assistência psicológica à mãe e à gestante, vez que, notavelmente faz-se necessário.

O estado geral de nutrição, higiene e saúde da mãe, além do suporte social durante a gestação, são fundamentais para o desenvolvimento da criança. É dever estatal a garantia desses tratamentos de saúde adequados para todas as mulheres. Para que se possa garantir todo um bem-estar físico e social da mãe e da criança, e para evitar problemas psicológicos futuros.

Nas Regras Mínimas para o tratamento dos Presos, da Organização das Nações Unidas, estabeleceram-se questões específicas à mãe presidiária, tratadas especificamente na Regra 23, da seguinte maneira:

Nos estabelecimentos prisionais para mulheres devem existir instalações especiais para o tratamento das presas grávidas, das que tenham acabado de dar à luz e das convalescentes. Ainda, deverão ser tomadas medidas para que o parto ocorra em um hospital civil, e se, o parto ocorrer num estabelecimento prisional, esta informação não deverá constar no seu registro de nascimento (ONU, 1955).

Quando a criança permanecer no estabelecimento prisional com a mãe, deverão ser tomadas medidas para organizar uma creche, dotada de profissionais qualificados, onde as crianças possam permanecer quando não estiverem sob os cuidados das mães.

3.3 Realização do parto em condições dignas

A 65ª Assembleia da Organização das Nações Unidas (2010) traçou normas internacionais para o tratamento das mulheres encarceradas, chamadas de “Regras de Bangkok”. Esse importante documento reconhece a necessidade de atenção especial às especificidades femininas dentro do sistema prisional. As regras foram elaboradas por representantes da ONU, de governos e da

sociedade civil de diversos países, constituindo-se em uma diretriz legítima para as políticas públicas a serem adotadas pelos países que a validaram.

Nessas regras ficou estabelecido que: “Não se utilizarão de meios de coerção, no caso das mulheres que estejam para dar a luz, nem durante o parto, nem no período imediatamente posterior”. Ou seja, estabelece-se que sejam oferecidas condições mínimas de dignidade para a gestante (ONU, 2010).

Dentre relevantes aspectos ponderados no documento, está a garantia da não utilização de algemas durante o parto e o puerpério. Considerando o que reza a Súmula Vinculante nº11 do Supremo Tribunal Federal acerca do uso das algemas somente em situações que apresentem risco. Acerca disto, resolveu o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, na Resolução nº 3, de 01 de Junho de 2012:

Art. 3º. Considerar defeso utilizar algemas ou outros meios de contenção em presas parturientes, definitivas ou provisórias, no momento em que se encontrem em intervenção cirúrgica para realizar o parto ou se estejam em trabalho de parto natural, e no período de repouso subsequente ao parto (BRASIL, 2012).

Desta forma, garante-se à gestante, condições mínimas de dignidade na hora do parto e no pós-parto, não tendo que a mesma ser constrangida a fazer uso de algemas até mesmo nesse momento que, geralmente, tem um significado muito importante na vida da mesma.

3.4 Do direito ao registro de nascimento

O Pacto de São José da Costa Rica, também conhecido como Convenção Americana de Direitos Humanos, e a Convenção sobre os direitos da Criança das Nações Unidas, dispõe em seus artigos 18 e 7º, que o direito ao nome é um direito humano fundamental de todas as pessoas, verbis:

Artigo 18 – Direito ao nome. Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios se for necessário.

Artigo 7 – 1. A criança será registrada imediatamente após o seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade, e na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles. 2. Os Estados Partes zelarão pela aplicação desses direitos de acordo com sua legislação nacional e com as obrigações que tenham assumido em virtude dos instrumentos internacionais pertinentes, sobretudo se, de outro modo, a criança se tornaria apátrida (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1992)

É notável que o nome e o sobrenome da criança são importantíssimos para que, formalmente, se estabeleça um vínculo existente entre os membros da família com a sociedade e com o Estado. Desta

forma, é fundamental que sejam adotadas medidas necessárias para facilitar o registro da criança imediatamente após o seu nascimento.

3.5 Do direito à amamentação

A amamentação é essencial para a nutrição da criança, além de o contato com a mãe ser importante para o seu desenvolvimento psicológico, físico, e afetivo. Este direito deve ser garantido, no mínimo, até os seis meses de idade do bebê. Devendo esse prazo ser respeitado, também, nos casos em que a mãe está privada de sua liberdade por cumprir pena. Caberá ao estabelecimento prisional oferecer espaços adequados para a permanência das crianças.

A Constituição Federal de 1988, prevê em seu artigo 5º, inciso L que:

Artigo 5 – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes: L- às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (BRASIL, 1988).

Em consonância está o Estatuto da Criança e do Adolescente (2010): “Artigo 9 – O poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mãe submetidas a medida privativa de liberdade.”.

Ainda, são direitos assegurados às mulheres em período de amamentação: tratamento médico especial, bem como, alimentação, tudo no intuito de cuidar da saúde da mãe e, consequentemente, do bebê, pois, não se trata apenas de cuidar dos interesses da criança, mas sim do direito da mulher de cuidar do seu filho, motivo pelo qual o direito ao aleitamento materno é amplamente assegurado.

3.6 Tempo de permanência e momento da separação da mãe e da criança

Quanto ao tempo de permanência da mãe presa com o filho, a Lei de Execuções Penais, estabelece: 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 (art. 83, §2 o da Lei Nº. 7210/84, com as alterações da Lei Nº. 11942/09).

A Lei de Execuções Penais prevê, ainda, em seu artigo 89, como tempo mínimo de permanência o período de 6 meses, e estabelece que as penitenciárias femininas deverão dispor de creche para abrigar crianças maiores de 6 meses e menores de 7 anos, quando estas não tiverem nenhum outro familiar que possa assisti-las enquanto sua mãe estiver presa.

Em consonância, a Resolução nº 04 de 2009 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, estabelece que deve ser garantida a permanência das crianças de, no mínimo, até 1 ano e 6 meses junto às suas mães, visto que:

A presença da mãe nesse período é considerada fundamental para o desenvolvimento da criança. Principalmente no que tange à construção do sentimento de confiança, otimismo e coragem, aspectos que podem ser comprometidos caso não haja uma relação que sustente essa primeira fase do desenvolvimento humano; esse período também se destina para a vinculação da mãe com sua (seu) filha (o) e para a elaboração psicológica da separação, e futuro reencontro (BRASIL, 2009).

A mesma resolução, ainda, aponta que o processo de separação deve ser realizado gradualmente, para que não haja grandes impactos na vida da mãe e de seu filho (a).

3.7 Realização de visitas à mãe encarcerada

A realização de visitas à mãe no cárcere é uma maneira de manter vínculos entre a mulher presa e seus filhos.

Conforme estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 33, § 4º da Lei 8.069/90, com as alterações da Lei Nº. 12.010/2009:

Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais [...] (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, 2009).

As visitas devem ocorrer em espaço adequado e não na cela, para que se garanta o bem-estar de ambos, bem como as crianças e adolescentes deverão ser isentados de procedimentos de revista que violem sua dignidade, nos termos da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

3.8 Destituição do poder familiar

Dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente (2010), em seu artigo 23, parágrafo 2º-A: “§ 2º A condenação criminal do pai ou da mãe não implicará a destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação por crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra o próprio filho ou filha.”

Ou seja, com a condenação criminal, a mãe presa não perde o poder familiar que detém sobre o filho, este poder é somente suspenso, até que a mesma saia do cárcere, exceto nas hipóteses de condenação por crime doloso contra o próprio filho.

Além de ser um direito da mãe, é um direito da criança, estabelecido pela lei supramencionada, em seu artigo 19: “É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.”.

Portanto, o fato de o pai ou a mãe terem sido condenados criminalmente não imputa na destituição do poder familiar dos mesmos, salvo, em casos isolados, vez que, dá-se preferência para que a criança cresça e seja educada no seio de sua família, para que seja garantido seu desenvolvimento integral e seja assegurada a convivência familiar e comunitária.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final do presente trabalho, conheceu-se um pouco mais da realidade vivida pelas mulheres que encontram-se grávidas no cárcere, bem como, os direitos que lhes são garantidos mediante a Constituição Federal, o Código de Processo Penal, a Lei de Execução Penal, Regras das Mínimas para o Tratamento das Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres que Cometem Crimes, as chamadas Regras de Bangkok e ainda, Regras para tratamento de presos estabelecidas pela Organização das Nações Unidas (ONU).

Primeiramente, fez-se necessário entender a teoria da pena, abordadas as teorias absoluta, relativa e mista. Vistas mediante entendimento doutrinário dos juristas: Cesare Beccaria, Guilherme de Souza Nucci, Cezar Roberto Bittencourt e André Estefam. Compreendeu-se que, para a teoria absoluta, a pena é uma consequência e, acima de tudo, um corretivo pelo delito cometido, esgotando-se na ideia de justificada retribuição. Já para a teoria relativa, é atribuída à pena a capacidade de evitar que no futuro se cometam delitos, é chamada também de teoria preventiva, vez que visa prevenir a prática de novos crimes. Esta teoria é subdividida em prevenção geral, em que a mera ameaça psicológica de uma nova pena serve de motivação para que o indivíduo não cometa novos delitos, e a teoria preventiva especial, a qual tem por idealizador a concepção de que a pena é um instrumento de atuação preventiva sobre a pessoa do infrator. Por fim, tratou-se da teoria mista, na qual a pena tem duplo caráter efetivo: a prevenção e a retribuição.

Abordou-se, com ênfase, a teoria preventiva especial, a qual busca evitar a prática de novos delitos, mas de uma forma dirigida, principalmente, ao delinquente, objetivando a este o não

cometimento de outros crimes. Essa teoria possui caráter ressocializador, baseando-se no artigo 1º da Lei de Execução Penal, o qual afirma que a execução penal tem por objetivo proporcionar condições para harmonizar a integração social do condenado. Persegue-se a ressocialização do condenado por meio de sua correção, tentando incidir na personalidade do indivíduo e promovendo sua reinserção na sociedade.

Por conseguinte, foram estudados, por meio da Constituição Federal e demais códex elencados, os direitos garantidos à gestante encarcerada. Primeiramente, analisou-se a possibilidade do juiz conceder a prisão domiciliar à gestante, direito este reafirmado pela recente Lei nº 13.257/2016. Em sequência tratou-se do direito à saúde e do acompanhamento médico na gestação e no parto, garantidos pela Lei de Execução Penal, pelas Regras de Bangkok e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais afirmam o dever estatal em fornecer tratamento adequado às mulheres no período de gestação e no pós-parto.

Abordou-se, ainda, acerca da realização do parto em condições dignas, em que, mediante as Regras de Bangkok, firmadas, ainda, pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, nas quais estabeleceu-se que não se utilizarão de meios coercitivos no caso de mulheres em trabalho de parto, nem no momento posterior a este, ou seja, como condição mínima de dignidade, a mesma não deverá ser constrangida ao uso de algemas. Em seguida, foi abordado acerca do direito ao registro de nascimento da criança, assegurado pelo Pacto São José da Costa Rica, conhecido como Convenção Americana de Direitos Humanos, o qual dispõe o direito ao nome e prenome e o registro da criança, imediatamente após seu nascimento.

O direito à amamentação foi o próximo tópico abordado, garantido pela Constituição Federal em consonância ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), os quais asseguram o direito à amamentação da criança, e ainda o direito a receber tratamento médico especial e boa alimentação, no intuito de cuidar da saúde da mãe e, consequentemente, da criança.

Quanto ao tempo de permanência e o momento de separação da mãe e da criança, a Lei de Execução Penal prevê que as condenadas têm o direito de cuidar dos seus filhos, no mínimo até que a criança complete 6 (seis) meses de idade. Já o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária estabelece que deve ser garantida a permanência de crianças no mínimo de até 1(um) ano e 6(seis) meses junto as suas mães. Com relação às visitas à mãe encarcerada, estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que as visitas devem ocorrer em espaço adequado e não na cela, para que se garanta o bem-estar de ambos, vez que, é a melhor maneira de manter vínculos entre a mulher presa e seus filhos.

Por fim, abordou-se a questão da destituição do poder familiar, esclarecendo que, a condenação do pai ou da mãe não implicará em destituição do poder familiar, exceto em caso de condenação por crime doloso contra o próprio filho. Desta forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente dita que a criança deve ser criada e educada, preferencialmente, no seio de sua família, para que seja garantido o seu desenvolvimento integral e assegurado a convivência familiar e comunitária.

Resta claro, que a vivência da maternidade no encarceramento não é nem um pouco simples para quem a vivencia de perto, tampouco, o convívio de uma mãe longe de seus filhos, mas que, se lhe forem garantidos todos os direitos dispostos legalmente, torna-se um tanto menos dificultoso para ambas as partes. É dever estatal assegurar e aplicar tais normas, visando sempre o bem-estar da mãe, e principalmente, o da criança, para que não se criem problemas futuros.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. De Flório de Angelis. Bauru: Edipro, 1997.

BITTENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. **Lei de Execução Penal**: Lei 7.210. Presidência da República. Casa Civil. Brasília, 1984;

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)** Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, alterada pela lei 12.010 de 3 de agosto de 2009. Presidência da República. Casa Civil. Brasília, 2009.

_____. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Decreto Lei Nº. 99.710, Presidência da República. Casa Civil. Brasília, 1990.

_____. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Pacto de São José da Costa Rica). Decreto No 678. Presidência da República. Casa Civil. Brasília, 1992.

CONDE, Francisco Munoz, WINFRIED, Hassemer. **Introdução à Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ESTEFAM, ANDRÉ. **Direito Penal Parte Geral**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

FUNÇÃO RESSOCIALIZADORA DA PENA, Disponível em: <<http://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/funcao-ressocializadora-pena.htm>> Acesso em 01/05/2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. v.1, 4 ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2011.

MÃES NO CARCERE – Observações técnicas para a atuação profissional em espaços de convivência de mulheres e seus filhos. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/Cartilha-M%C3%A3es-no-C%C3%A1rcere-Leitura.pdf>> Acesso em 08/04/2016.

MALDONADO, M.T. **Psicologia da Gravidez - parto e puerpério.** São Paulo: Saraiva, 2002.

NERY, Déa Carla Pereira. **Teorias da Pena e sua Finalidade no Direito Penal Brasileiro.** Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 20 de jun. de 2005. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/2146/teorias_da_pena_e_sua_finalidade_no_direito_penal_brasileiro>. Acesso em: 07/04/2016

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Regras Mínimas para o Tratamento de Presos,** de 1955, atualizada em 2015.

REGRAS DE BANGKOK. **Regras das Mínimas para o Tratamento das Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres que Cometem Crimes,** (ONU), 2010.

ANEXOS

HABEAS CORPUS CRIME Nº 1069663-2, DE REGIÃO METROPOLITANA DE MARINGÁ - FORO CENTRAL DE MARINGÁ - 4ª VARA CRIMINAL IMPETRANTE : GUSTAVO TULIO PAGANI.

PACIENTE : ANDRESSA DE FÁTIMA VINHAIS.

RELATOR : DES. MARQUES CURY

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. PENDENTE DE CUMPRIMENTO. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO CAUTELAR DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. PACIENTE ESTÁ PRESTES A “DAR A LUZ”. PRECARIEDADE DO CÁRCERE PARA ABRIGAR GESTANTE, INCLUSIVE, RECÉM NASCIDO. LIMINAR CONCEDIDA. OBSERVÂNCIA DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS (ART. 5º, L, CF/88). SITUAÇÃO DE FORAGIDA. IRRELEVÂNCIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 318, INCISOS III E IV DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. ORDEM CONCEDIDA, CONFIRMANDO A LIMINAR. Restou comprovado nos autos que na data da impetração deste writ, a paciente encontrava-se no 8º (oitavo) mês de gestação, prestes a “dar a luz”, mostrando-se possível, então, a concessão da prisão domiciliar, nos termos do artigo III e IV, do Código de Processo Penal, e atentando-se ao princípio da dignidade da pessoa humana.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Crime nº 1069663-2, de Região Metropolitana de Maringá - Foro Central de Maringá - 4ª Vara Criminal, em que é Impetrante GUSTAVO TULIO PAGANI e Paciente ANDRESSA DE FÁTIMA VINHAIS.

O advogado Gustavo Tulio Pagani, impetra Habeas Corpus, com pedido de liminar, em favor de Andressa de Fátima Vinhais, denunciada em 20.12.2012 nas disposições dos artigos 33 e 35, ambos da Lei 11343/06.

Aduz, que a paciente teve em seu desfavor ordem de prisão preventiva decretada e que pleiteou a concessão da prisão domiciliar por encontrar-se no oitavo mês de gestação, bem como por ter uma filha de 06 (seis) anos de idade.

Assevera que está sofrendo constrangimento ilegal em face da decisão que inferiu, sem qualquer análise sobre o mérito, o pedido de concessão da prisão domiciliar.

Assim, requer a concessão da ordem para substituir a ordem de prisão preventiva por prisão domiciliar.

A liminar foi concedida às fls. 58/60 para conceder à paciente o benefício da prisão domiciliar.

Prestadas as informações à fl. 64.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pela concessão da ordem, confirmando-se a liminar (fls. 68/73).

É a breve exposição.

II - VOTO E SUA FUNDAMENTAÇÃO:

A liminar foi deferida às fls. 58/60 para o fim de beneficiar a paciente com a prisão domiciliar, nos seguintes termos:

“A decisão objurgada indeferiu o pedido de prisão domiciliar nos seguintes termos (fls. 42/45):

“Neste diapasão, vale asseverar que o pedido formulado pela douta Defesa às folhas 02/07 merece ser indeferido, como já ressaltado, uma vez que os elementos constantes nos autos estão demonstrando que a requerente teve sua prisão preventiva decretada porque, em tese, de acordo com informações adquiridas por interceptação telefônica, ela, juntamente com seu companheiro Cassiano, chefia uma organização criminosa que pratica o delito de tráfico de entorpecentes na região desta cidade e Comarca de Maringá - Paraná, devendo ser ressaltado que a acusada encontra-se em local incerto.

Vê-se, desta forma, que os elementos colhidos e acostados aos autos são suficientes para a manutenção da decisão que decretou a prisão preventiva, devendo ser observado, para tanto, que nesta fase processual o que se tem como parâmetro é a análise sumária do feito diante dos

elementos acostados e da situação ensejadora da prática da conduta delitiva, uma vez que os outros aspectos da prisão

deverão ser analisados juntamente com o mérito, quando da realização da instrução criminal.

Salutar é esclarecer que se fazem presentes na espécie os pressupostos primários para a manutenção da decisão que decretou a custódia cautelar mencionada, consistentes na prova da existência dos crimes e de sérios indícios de autoria. Quanto aos pressupostos secundários vale ressaltar que o requisito concernente ao resguardo da ordem pública está presente diante do clamor social que a prática dos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e associação para fins de tráfico estão a gerar em nossa sociedade, restando justificada, assim, a necessidade de manutenção da decisão que decretou sua custódia provisória.”

Portanto, deixou de analisar o pleito de prisão domiciliar diante da gravidez comprovada por exame médico.

Com efeito, os artigos 317 e 318, do Código de Processo Penal, modificados pela Lei nº 12.403/2011, assim dispõem: “Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (...) IV gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.”

Existe precedente desta 3ª Camara Criminal, em caso assemelhado, no Habeas Corpus nº 874.858-9, por mim relatado, com a seguinte ementa: “HABEAS CORPUS - CRIME DE ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE AGENTES - ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR EXCESSO DE PRAZO - NÃO CONFIGURAÇÃO AÇÃO PENAL QUE SE ENCONTRA TRAMITANDO REGULARMENTE INEXISTÊNCIA DE DESÍDIA DO JUÍZO CONSTRANGIMENTO ILEGAL AFASTADO PLEITO DE CONCESSÃO DA PRISÃO DOMICILIAR POSSIBILIDADE PACIENTE GRÁVIDA DE APROXIMADAMENTE 07 (SETE) MESES, E QUE POSSUI UM FILHO DE 06 (SEIS) ANOS DE IDADE, QUE REQUER CUIDADOS ESPECIAIS PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 318, INCISOS III E IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ORDEM CONCEDIDA, CONFIRMANDO A LIMINAR. Restou comprovado nos autos que a paciente se encontra prestes a ingressar do sétimo mês de gestação, e que possui um filho de seis anos de idade, que requer cuidados especiais, mostrando-se possível, então, a concessão da prisão domiciliar, nos termos do art. 318, III e IV, do Código de Processo Penal, e atentando-se ao princípio da dignidade humana.”

Assim, visto que o exame ultrassonografia obstétrica do Laboratório Maringá Diagnóstico por Imagem Ltda, às fls.

23, datado de 08 de maio de 2013, revela que a paciente mostra gestação de 36 semanas e 2 dias, estando prestes a dar à luz ao nascituro, concedo a suplicada prisão domiciliar, nos termos do artigo 317 e 318, inciso IV do Código de Processo Penal”.

Compulsando os autos, verifica-se que a ordem merece concessão, em definitivo, conforme passo a demonstrar.

A priori, cumpre-me ressaltar que muito embora as informações prestadas pela autoridade impetrada (fl. 64), revele que a paciente encontra-se foragida, eis que pendente de cumprimento o mandado de prisão expedido em seu desfavor, ainda sim, deve ser mantida a decisão liminar, vez que preenchidos os aspectos de cunho

subjetivo necessários para a concessão da benesse.

A esse respeito, vale destacar as ponderações destacadas no parecer da lavra do d. Procurador de Justiça, Dr. Léo Weber Schiller:

“Não seria racional e nem salutar à paciente e seu filho a manutenção da prisão preventiva. O fato de estar foragida pode ser somente reflexo da decisão imotivada proferida pelo Juízo de primeiro grau, que negou a uma gestante em estágio avançado de gravidez que permanecesse no conforto e na segurança de seu lar” (fls. 69).

A par disso, é imperioso analisar as possibilidades de concessão da prisão domiciliar, consoante dispõe o artigo 318, incisos III e IV do Código de Processo Penal (modificado pela Lei 12.403/2011): “Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco”.

No caso em exame, o impetrante juntou aos autos cópia da “ultrassonografia obstetrícia do Laboratório Maringá Diagnóstico por Imagem Ltda”, revelando que em 08/05/2013 a paciente estaria na 36ª (trigésima sexta) semana de gestação, prestes a dar a luz ao nascituro (fls. 23).

Neste contexto, a prisão domiciliar concedida a gestante prestes a dar à luz atende o preceito Constitucional que dispõe que dentre os direitos e garantias fundamentais, artigo 5º, L, “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”.

Como é sabido, o cárcere não possui condições para abrigar pacientes gestantes e ao nascituro, o que por certo, afrontaria, sem dúvida a dignidade da pessoa humana.

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece em seu artigo 9º, 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”.

Portanto, é dever do Estado zelar pelo melhor interesse da criança, inclusive daquela que está por nascer, e certamente a colocação da paciente gestante em prisão domiciliar atente tal interesse.

Nesse sentido, já decidiu esta c. Câmara:

“FURTO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. PEDIDO SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO CAUTELAR DOMICILIAR INDEFERIDO COM BASE NO ARTIGO 117 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAS. PACIENTE QUE ESTÁ PRESTES A DAR A LUZ. OFÍCIO DA SECRETÁRIA DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO ATESTANDO A FALTA DE ESTRUTURA DO CARCERE PARA ABRIGAR A GESTANTE,

INCLUSIVE APÓS O RECÉM- NASCIDO. LIMINAR CONCEDIDA. OBSERVÂNCIA DOS ARTIGOS 317 E 318 INTRODUZIDOS COM A LEI 12.403/2011. ORDEM CONFIRMANDO A LIMINAR. Com as alterações trazidas pela lei nº12.403/2011 foi introduzido no ordenamento a prisão domiciliar, prevista no art. 317, Código de Processo Penal, a qual objetiva tornar menos desumana a segregação cautelar. 1 Dentre as possibilidades de concessão da prisão domiciliar, o artigo 318, incisos III e IV do Código de Processo Penal prevê que: Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; gestante a partir do 7.º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco. A substituição da prisão cautelar pela prisão domiciliar prevista nos artigos 317 a 318 do CPP não se confunde com a medida prevista no artigo 117 da Lei de Execuções Penais, a qual funciona como modalidade de prisão aberta. (TJPR - 3ª C.Criminal - HCC 873585-7 - Francisco Beltrão - Rel.: Jefferson Alberto Johnsson - Unânime - J.

01.03.2012)”.

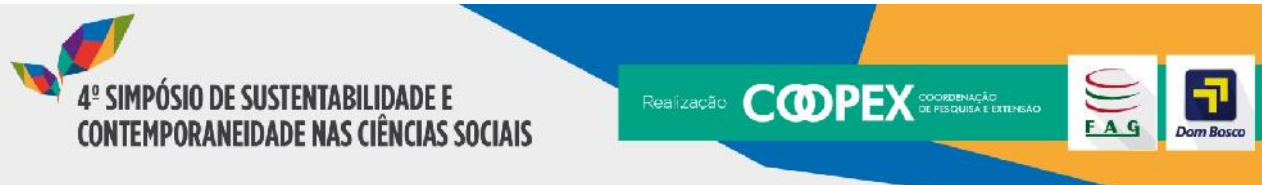
É importante frisar que, possivelmente, na data deste julgamento, a paciente já tenha inclusive “dado a luz”, fato este que corrobora ainda mais a necessidade da concessão do benefício, antes as condições precárias do cárcere.

Portanto, mantenho a decisão liminar que concedeu a prisão domiciliar à Andressa de Fátima Vinhais,

confirmando-a em definitivo.

III - DECISÃO:

ACORDAM os integrantes da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do



Paraná, por unanimidade de votos, em conceder a ordem confirmando a liminar.

O julgamento foi presidido pelo Desembargador Rogério Kanayama, com voto, e dele participou a Desembargadora Sônia Regina de Castro.

Curitiba, 20 de junho de 2013.

Des. MARQUES CURY Relator