

A prisão domiciliar para a maternidade no cárcere: uma garantia de direitos ou uma seleção dele?¹

Letícia Sales (UFF)

Este presente artigo surgiu a partir de um dos capítulos da minha dissertação de mestrado, e tomou forma deixando muitos questionamentos para que a caminhada acadêmica e as pesquisas não parem por aqui.

O interesse no grande tema de pesquisa sobre “maternidade no cárcere” surgiu desde a graduação em Ciências Sociais, com a participação em iniciações científicas e grupos de pesquisa². Desde então, a oportunidade e fazer etnografia³ na Unidade Materno Infantil (UMI), no Rio de Janeiro, com a finalidade de compreender as práticas jurídicas, gestão estatal diante da vida da díade mãe-bebê, vínculos afetivos, rupturas familiares, e todas as re(existências) dessa dupla nesse cenário “hostil”.

Na UMI, permanecem as mulheres encarceradas que tiveram filhos e estão em processo de amamentação: as “internas” ficam com seus bebês, conforme previsão legal até os seis meses de vida dos filhos⁴, que nasceram no sistema prisional. Após esse período as crianças são “desligadas”⁵ das mães/presas e podem ter três destinos: ficar com a família extensa (avós maternos, paternos e tios, tanto da mãe quanto do pai), ir para as casas de

¹ VI ENADIR; GT10. Famílias e as fronteiras da legalidade

² Participei de um programa de iniciação científica, apoiado pela FAPERJ por um ano e três meses². Este projeto estava ligado inicialmente às pesquisas de “Adoção em seus múltiplos sentidos”² e “A genetização do parentesco e o impacto na questão da adoção” e objetivava compreender os significados da filiação adotiva, apreendendo as práticas de justiça (Schuch, 2009) da infância no cenário adotivo, mapeando as razões e os caminhos que levam os integrantes do Poder judiciário (juízes das *VIII*), Promotores da Infância e Juventude e Defensores públicos a buscar a reintegração ou não à família de origem e /ou a adoção. Após seu término participei de outro projeto² que consistia no desdobramento do anterior, contanto com o suporte do CNPq. A proposta dessa nova pesquisa era entender o que oficiais do direito pensavam sobre a adoção, constituição e destituição de laços familiares.

³ Dediquei-me ao trabalho de campo na Unidade em 2016, por três meses, participando do cotidiano das internas e dos bebês, bem como do trabalho ativo do corpo administrativo da instituição.

⁴ Segundo a mesma Constituição Federal Brasileira de 1988 (CF) artigo 5º inciso L, as mulheres presidiárias têm asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação. Além da legislação citada, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/1990, assim como o Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002) também dispõem sobre a díade presa/ filhos.

⁵ O “desligamento” evento crítico assim chamado pela UMI enquanto unidade, acontece de 3 em 3 meses, determinado pelo Juiz. Esse dia as mães e seus filhos são separados; a criança geralmente permanecerá com a guarda provisória e a mãe continuará cumprindo sua sentença de volta ao regime fechado.

colhimento ou para “famílias acolhedoras”⁶, ou em último caso, ser encaminhados para a adoção.

A UMI é uma instituição que acolhe as mulheres-mãe-presas de todo estado juntamente com seus bebês, até geralmente os seis meses de vida. Mesmo anexa à Penitenciária Talavera Bruce (Bangu – RJ), esta é administrada pela SEAP (Secretaria de Estado de Administração Penitenciária).

Seu cenário não se associa a um presídio de fato, possuem árvores, plantas, flores, pássaros, gatos e um espaço grande e com muita grama. No meio desse espaço tem um pedaço coberto cheio de cadeiras e ventiladores, onde as internas ficam sentadas durante o dia, conversando e cuidando de seus filhos, deixando-os “pegarem um pouco de ar fresco”. A primeira impressão que se tem da unidade é que não se parece em nada com um presídio, fazendo reconhecer um hibridismo entre casa e prisão, pois em aspectos físicos tudo é colorido e paisagista, cheio de árvores, flores e sem grades (Sales, 2017).

Aos oito meses de gestação as internas grávidas em seus presídios de origem são transferidas para o Talavera Bruce, para que possam esperar o momento do parto, e em seguida, permanecer na UMI. A unidade tem como finalidade proporcionar o atravessamento do aleitamento materno para mãe e filho ao que indica nos pressupostos da Organização Mundial da Saúde (OMS). De acordo com o Ministério da Saúde⁷ o aleitamento materno é recomendado até os seis primeiros meses de vida como a forma exclusiva de alimentação da criança. Essa premissa permanece nos estabelecimentos penais. Para além disso, a criança deverá permanecer com a mãe no berçário, pelo mesmo período independentemente de haver impossibilidade de amamentação (Sales, 2019).

Na UMI não acontece diferente, os bebês geralmente têm previsão legal de permanecer com suas mães até os seis meses de vida. A instituição faz jus às leis sobre amamentação e incentiva que as mulheres amamentem seus bebês exclusivamente até seus seis meses e conseqüentemente findo o tempo de permanência no local. Sendo assim, mais do que garantir os direitos das mulheres, essa unidade concretiza em suas práticas a biopolítica da vida.

⁶ O Programa “Família acolhedora”, consiste em cadastrar famílias para receberem e acolherem em suas casas, por um determinado período, crianças ou adolescentes em situação de risco pessoal e social, representando possibilidade de continuidade da convivência familiar em ambiente sadio para a criança ou adolescente. A família assume o papel de preparar o acolhido para o retorno da família biológica ou para a adoção definitiva.

⁷ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Saúde da criança: Nutrição Infantil – Aleitamento Materno e Alimentação complementar. Caderno de Atenção Básica, nº 23. 2009. Brasília.

Findo este período, os bebês são desligados de suas mães, e geralmente, ficam com a família extensa. Este trabalho é realizado com cautela pela psicóloga e assistente social da instituição, desde que estes chegam à unidade. Normalmente as internas têm agência pela opção de escolha “sobre com quem irá ficar seu bebê”, e então, essa decisão é trabalhada com as profissionais dispostas às intermediações.

Até aqui, foi descrito brevemente o que é a Unidade Materno Infantil e como esta funciona. Porém, para além do desligamento, temos uma instituição que visa proteger e garantir o vínculo dos laços afetivos via amamentação e presença da mãe-e-bebê. Nesse espaço essas mulheres são mães, mas também são presas; a economia moral reflete em uma prática estatal de compaixão e humanitarismo por aquelas mães, já que elas exercem a maternidade mesmo com todos os sentimentos de sofrimento envolvidos no ato do desligamento mesmo sabendo que esse momento iria acontecer. Os sujeitos a essas práticas estatais não estão inertes, logo a compaixão e repressão que o autor cita, são dois polos dessas práticas estatais, que punem e protegem (Rinaldi e Sales, 2017).

Tendo em vista esse cenário, adentro aqui a questão da Prisão Domiciliar para essa dupla, que apareceu pós decisão do Supremo Tribunal Federal em 2018, como uma tomada de decisão e medida de garantia de direitos, para que mulheres presas possam ficar com seus bebês no seio familiar, e desta forma, não precisarem passar pelo sistema penitenciário.

A lei que já existia e “ninguém sabia”

O deferimento em concessão da prisão domiciliar pelo poder judiciário às mães presidiárias, caso específico a ser tratado aqui, muitas vezes preenchem os requisitos a tal benefício, ainda assim, essas têm seu pedido negado ou limitado a uma pequena duração, e isso se dá diante do discurso facultativo dos juízes a partir da garantia da ordem e segurança pública (Ortega, 2016).

Com o advento da lei 13.257/2016 denominada como “Marco da primeira infância”, basta que a ré esteja grávida para ter direito à prisão domiciliar, não exigindo tempo mínimo de gestação ou riscos da mesma. O inciso V (inexistente antes das alterações da lei 13.257/2016) estabeleceu que uma mulher presa tendo um filho de até 12 anos de idade também pode ser contemplada com a substituição preventiva pela domiciliar. E no inciso VI ao artigo 318 do CPP, estabelece que o réu homem também seja beneficiado pela substituição caso este seja o único responsável pelos cuidados do filho até os 12 anos.

Portanto, ao que pode-se perceber, antes da criação da lei, já havia disposições jurídicas legais para que mães (e pais) encarcerados pudessem ficar com seus filhos pelo direito da prisão domiciliar. Porém, como será encaminhado daqui em diante, este não foi um cenário bem sucedido, dando hipoteticamente a entender que é um direito seletivo.

A decisão do Supremo Tribunal Federal no dia 20/02/2018: um breve panorama

A decisão do Supremo Tribunal Federal sobre dar prisão domiciliar para mulheres presas com filhos, decorreu após o pedido de uma mulher presa em São Paulo, que teve seu filho na prisão e ainda não tinha sentença definida. O *habeas corpus* foi impetrado pela Ordem dos Advogados di Brasil (OAB/SP) em favor desta mulher. Integrantes das comissões de Direitos Humanos, Igualdade Racial, Direitos Infanto-Juvenis e da Mulher Advogada da OAB/SP, pediram ao Tribunal de Justiça de São Paulo a concessão de liminar para o recolhimento domiciliar, onde pudesse cuidar de seu filho, e, a partir do pedido de julgamento da ação da OAB, o Supremo Tribunal Federal se reuniu, com a intenção de que haja um julgamento coletivo desses *habeas corpus* para que possa haver mais substituições de prisões preventivas para prisões domiciliares.

No dia 20 de fevereiro de 2018, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu por maioria de votos conceder *Habeas Corpus* coletivo (HC 143641) pela substituição da prisão preventiva por domiciliar, se tratando de mulheres presas que sejam gestantes ou mães de crianças de zero a doze anos, ou de pessoas com deficiência, em todo território nacional.

Segundo o STF, esta lei está em vigor desde 2016 e o *habeas corpus* foi possível posto existir a lei que determina que essas mulheres aguardem julgamento em exercício domiciliar. O *habeas corpus* coletivo não aplica a crimes de grave ameaça⁸ e crimes contra filhos.

Até aquele momento a prisão domiciliar dependia da interpretação do juiz caso a caso. Após a decisão do STF - mesmo estando em vigor há pelo menos dois anos-, esta lei alcançou todo o estado nacional. É importante ressaltar que além a prisão domiciliar em casos de mulheres mães encarceradas que ainda não foram sentenciadas, é uma faculdade do juiz, o

⁸Art. 344 da lei nº 2848/1940 - Usar de violência ou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral. E importante lembrar que o HC coletivo não menciona crimes hediondos como sendo crimes de grave ameaça; até 2016 6% de mulheres em âmbito nacional foram presas por esse tipo de crime.

qual irá decidir levando em consideração as circunstâncias previstas no artigo 318, do Código do processo penal, somadas às circunstâncias de cada caso, já que, a prisão domiciliar é vista como medida cautelar, e deve ser empregada com cuidado. Portanto, determinados juízes serão a favor da aplicação da lei e outros não, podendo considerá-la um perigo à segurança da ordem pública.

Desde a promulgação do marco legal em 2016, não houve pedido de prisão preventiva capaz de “impactar” moralmente os juízes responsáveis pelo *habeas corpus*, entretanto, em março de 2017, Adriana Anselmo, esposa do ex-governador do Rio de Janeiro, Sergio Cabral, entrou com um pedido de prisão domiciliar, e este concedido.

O julgamento⁹: pela decisão do *habeas corpus* coletivo

A segunda turma¹⁰ do STF que conduziu a decisão, decidiu de forma unânime, que é possível a impetração do *habeas corpus* coletivo. De acordo com o relator presidente, mesmo entendendo que seja indiscutível que várias situações tuteladas por *habeas corpus* dependam de análises individuais pormenorizadas, há outras em que os conflitos possam ser resolvidos coletivamente, como é o caso. A intenção do HC coletivo é o desencarceramento de mulheres mães, principalmente gestantes e lactantes, que estão presas juntamente com outros infratores que já possuem sentença condenatória.

Para o coletivo de Advogados em Direitos Humanos (presentes na sessão de julgamento), que levaram a juízo do *habeas corpus* coletivo, ao deixarem mulheres grávidas em estabelecimentos prisionais precários em situação de prisão preventiva, as tira o acesso e direito a programas de saúde, pré-natal, assistência na gestação e pós-parto, e ainda priva as crianças a condições adequadas ao seu desenvolvimento na primeira infância, solidificando um tratamento desumano, infringindo os postulados constitucionais relacionados à individualização da pena e ainda ao respeito à integridade física e moral da mulher presa, fazendo com que, especialmente nestes casos, seja implementada a substituição de prisão provisória a prisão domiciliar a estas mulheres.

Desde as regras de Bangkok, temos previsões dessas garantias em respeito à saúde da mãe presa e de seu filho bem como a previsão de espaços de creche e berçário, e salvo algumas exceções em estados federativos, há a possibilidade de extensão do tempo de

⁹ Trago algumas passagens de discurso do Relatório de voto do STF, que se encontra digitalizado na página do Senado, disponível online a público.

¹⁰ São estes Ministro Ricardo Lewandowski – Presidente, Ministro Celso de Mello, Ministro Gilmar Mendes, Ministra Cármen Lúcia, Ministro Edson Fachin.

permanência das crianças no cárcere até os sete anos. Mesmo que as leis vigentes prevejam que as crianças devam permanecer até os seis primeiros meses de vida com as mães presas, em muitos outros estados as presas ainda ficam em celas com seus bebês por tempo indeterminado, condicionando seus bebês “a ficarem presos com elas”.

O princípio constitucional da individualização da pena, previsto no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição da República Federativa do Brasil, garante aos indivíduos no momento de uma condenação em um processo penal que a sua pena seja individualizada, isto é, levando em conta as peculiaridades aplicadas para cada caso em concreto. E no caso das mulheres presas que têm seus filhos no cárcere, é necessário salientar que o cumprimento da pena recebida pela mulher que, devendo ser cumprida em regime fechado, não deverá afetar a vida da criança em função da pena recebida por sua genitora, respeitando assim, o princípio da individualização da pena (Silva, 2014).

A efetividade do direito: o acesso à justiça e a prisão preventiva, para qual perfil?

Segundo o mesmo Coletivo de Advogados de Direitos Humanos, a política criminal é responsável pelo expressivo encarceramento feminino, sendo assim, é discriminatório e seletivo, causando impacto de forma desproporcional às mulheres pobres e suas famílias, salientando a ideia que, os estabelecimentos prisionais não são preparados de forma adequada para atender à mulher presa, especialmente a gestante e a que é mãe.

O exercício da reprodução e da sexualidade são mediados pelas relações de poder, marcados por desigualdades sociais, raciais/étnicas e de gênero (Dias, Aquino, 2006). Não só no tocante raça, mas no que se trata das desigualdades social-estrutural, as classes com maior poder econômico e financeiro “ainda acreditam que pobreza é fruto do “inchaço populacional”, e que, portanto, os pobres não devem se reproduzir, não devem ter filhos, sob pena de estarem gerando “futuros bandidos” – uma clara e injusta criminalização da pobreza” (Mattar e Diniz, 2012).

Não só pensar na pobreza (e na raça), mas também no gênero, a multiplicidade de discursos que projetam a maternidade sendo fonte principal de problemas sociais não é recente, e vem desde o século XIX. A ideia do “mito do amor materno”, de Elizabeth Badinter, mostra de que maneira “o discurso psicanalítico contribuiu muito para tornar a mãe o personagem central da família” (1985, p. 295) a partir de um certo ideal de “mulher normal”

e da noção de categoria do apego¹¹, acabando por tornar a mulher mãe como responsável pelo tipo ideal de cuidado, zelo, responsável pela harmonia da família e filhos.

Esse cenário de desigualdade hierarquizada se agrava quando a mulher está presa e tem filho no cárcere¹². Todo o conjunto de desigualdades postos numa hierarquia de poder torna essa mulher incapaz de privilégios, e por consequência, não têm acesso ao direito da prisão domiciliar ou são negadas a este.

Essa soma de privações ao pedido de prisão domiciliar conseqüentemente gera um quadro excessivo de encarceramento preventivo de mulheres pobres e negras, perfil extremamente maçante presente nas prisões. Estas situações remete a ideia de Das (2007) sobre “a violência que desce ao ordinário”, ao mesmo tempo em que permite apreender as diversas tensões que atravessam a ação de mulheres e crianças, destaca-se mais precisamente a maneira pela qual as privações e precariedades habitam o cotidiano dessa díade a partir dessas faltas, falhas, violações, onde, na rotina do dia-a-dia, estas buscam controlar o que é perturbador e desigual.

Para tornar esse cenário “palpável”, trago dados estatísticos do Infopen Mulheres¹³. Em um contexto prisional internacional, o Brasil se encontra na quarta posição mundial no que se trata dos países que mais encarceram mulheres no mundo. No Brasil, a maior parte dos estabelecimentos penais foi projetado para o público masculino, sendo 74% destinadas a homens, 7% a mulheres e outros 16% considerados como mistos, significando que há celas/alas femininas dentro de um estabelecimento originalmente masculino¹⁴.

No que se trata dos estabelecimentos penais que têm cela ou dormitório adequado para gestantes, 16 % dos estados federativos apresentam celas ou dormitórios para gestantes, contando com 55 celas. Nesse contexto, em relação aos espaços adequados para mulheres que permaneçam em contato com seus filhos e possam oferecer cuidados ao longo do período de

¹¹ A categoria “apego” é própria do universo do cuidado. Na dissertação de mestrado (Fernandes, 2011), a autora procura discutir as implicações afetivas e morais em torno das noções de “jeito” de cuidar e “apego”.

¹² Ver Sales (2019).

¹³ O DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional) lança em 2015 a primeira edição do INFOPEN Mulheres, que faz uma análise dos dados disponíveis através da perspectiva da garantia de direitos das mulheres em situação privativa de liberdade, abordando também, marcadores de raça, cor, idade, deficiência, nacionalidade, situação de gestação e maternidade, dentre outros. por meio de um formulário de coleta estruturado e preenchido pelos gestores de todos os estabelecimentos do país.

¹⁴ A separação por gênero desses estabelecimentos penais, também está prevista na Lei de Execução Penal e foi incorporada à Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional, como forma de tornar visível a situação de encarceramento de mulheres em estabelecimentos prisionais, em que a arquitetura e os serviços penais foram projetados para o público masculino e posteriormente adaptados para mulheres (Infopen Mulheres, 2016)

amamentação, apenas 14% das unidades femininas ou mistas contam com berçário ou centro materno-infantil, compreendendo bebês com até 2 anos de idade.

Como podemos perceber, o número de celas que compreendem as mulheres mães e gestantes em âmbito nacional são maiores do que o número de espaços adequados às mesmas. Temos em todo o estado do Rio de Janeiro, em particular, apenas a Unidade Materno Infantil.

No marcador de gênero, num âmbito nacional, 74% das mulheres privadas de liberdade têm filhos, sendo que, dados referentes aos homens para o mesmo período, 53% deles que se encontram no sistema prisional declaram não ter filhos.

No que se trata de mulheres privadas de liberdade pelo tipo de prisão e tipo de regime, 45% das prisões femininas no Brasil em junho de 2016 ainda não haviam sido julgadas e condenadas¹⁵. A categoria “presas sem condenação”¹⁶ trata das mulheres que não foram julgadas e não receberam a decisão condenatória – meu público alvo que poderia receber a prisão domiciliar.

84% das mulheres presas têm mais de um filho, e 45% do número total de mulheres presas (não exatamente mães) estão encarceradas sem sentença condenatória, sendo assim, podemos ter uma quantidade grande de mulheres presas que possuem filhos de zero a doze anos no cárcere, e poderiam estar requerendo pelo direito de prisão domiciliar, quando têm acesso a esse conhecimento.

O cadastro estatístico ainda informa que os crimes relacionados ao tráfico de drogas¹⁷ correspondem a 62% das incidências penais que as mulheres são privadas de liberdade – condenadas ou aguardando julgamento em 2016 -, ou seja, 3 a cada 5 mulheres presas respondem por crimes ligados ao tráfico¹⁸ (Infopen Mulheres, 2016, p. 53).

É de acordo com essa perspectivas e estimativas estatísticas, com números tão altos de mulheres sem sentença e com filhos (na prisão ou fora dela), que o *habeas corpus* tendeu ser

¹⁵ Ver SIMAS, Luciana; VENTURA, Miriam; BAPTISTA, Michelly R.; LAROUZÉ, Bernard. A Jurisprudência brasileira acerca da maternidade na prisão. Revista Direito GV. São Paulo. 11 (2). P. 547-572. 2015. Os autores analisam quantitativamente prisões domiciliares concedidas e negadas a partir de condenações por tráfico de drogas, algo análogo ao que procuro fazer neste trabalho.

¹⁶ Segundo os dados do INFOPEN mulheres segunda edição “Compreender a natureza dos crimes tentados ou consumados pelos quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou ainda aguardam julgamento nos ajuda a formular análises acerca dos fluxos do sistema de justiça criminal, desde sua fase policial até a fase da execução penal, e seus padrões de seletividade, evidenciados na preponderância dos crimes praticados sem violência, crimes contra o patrimônio e crimes ligados ao tráfico de drogas entre os registros das pessoas privadas de liberdade” (p. 53).

¹⁷ Aos crimes de Tráfico de drogas temos o art. 12 da Lei 6.368/76 e art. 33 da Lei 11.343/06; Associação para o tráfico art. 14 da Lei 6368/76 e art. 35 da Lei 11343/06; e Tráfico internacional de drogas art. 18 da lei 6368/76 e art. 33 e 40, inciso I da lei 11.343/06.

¹⁸ O crime de tráfico de drogas que aumentou de 49% em 2005 para 62% em 2016, se comparados em relação a crimes praticados contra a vida (homicídio simples e qualificado), que variou de 8% para 6%.

julgado de caráter coletivo, para que mais casos sejam analisados e mais prisões domiciliares sejam concretizadas.

Há uma economia moral da compaixão (Fassin, 2014) que conduz esses direitos a partir desse corpo que sofre, logo, o caráter de coletividade nos *habeas corpus* está pautado na importância desses corpos, pretendendo dialogar com um humanitarismo que vai julgar mais casos e dar a possibilidade de mais prisões domiciliares. É a partir dessa compaixão pela díade mãe-bebê, que pude compreender a necessidade de que os *habeas corpus* exercessem caráter coletivo.

Defesa da criança, da mulher e da família

Após a apresentação dos dados sugeridos pelo INFOPEN, outro eixo de análise circundam as garantias de direitos materno-infantis da população carcerária.

De acordo com a antropóloga Marylin Strathern (1995), o mundo euro americano compreende o parentesco como construção social de fatos naturais. Sendo assim, de acordo com essa simbólica é necessário que uma criança tenha dois pais identificáveis geneticamente, porém desiguais em termos dos papéis que vão representar. Strathern (1995), no entanto ressalta que:

Os papéis sociais maternos e paternos podem espalhar-se por várias pessoas individuais, ou seja, a criança pode ser educada por diferentes pessoas. Entretanto, por mais numerosas que sejam essas pessoas, algumas serão chamadas de mães ou pais “verdadeiros”, outras de adotivos ou delegados. Creio que tal perspectiva remeta a uma hierarquia de paternidade por meio da qual os pais biológicos estariam no topo e os adotivos na base.

Nesse sentido, retomo o inciso VI ao artigo 318 do CPP, que estabelece que o réu homem também seja beneficiado pela substituição de pena preventiva para a domiciliar caso este seja o único responsável pelos cuidados do filho até os 12 anos, para que, desta forma, possa garantir o melhor interesse da criança conforme o art. 277.

É importante observar que “as hipóteses legais (desconsiderando-se o juízo de valor a respeito da adequação, necessidade ou suficiência da substituição) supõe o atendimento simultâneo a um requisito objetivo (filho até 12 anos) e a um requisito subjetivo (ser o agente **único responsável** pelos seus cuidados)¹⁹”. Dessa forma, o inciso não se limita a permitir que possuir filho até 12 anos possa receber prisão domiciliar, mas também ser o único

¹⁹ Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/49617/art-318-cpp-prisao-domiciliar-sob-a-otica-da-lei-n-13-257-2016>>

responsável pelos cuidados do filho, exercendo sozinho todos os deveres inerentes ao exercício do poder familiar²⁰.

Com essa premissa de que tanto a mãe quanto o pai encarcerados podem ter a substituição de pena, e não na presunção de uma necessidade de pais e de mães (Strathern, 1995), alarga-se o sentido de gênero e família em detrimento à lei do marco da primeira infância. Apostando no melhor interesse da criança a Lei 13.257 não determina um gênero específico, mas sim a garantia dos direitos da criança a partir de seu responsável.

Mesmo falando da igualdade de gênero a ser alcançada neste cenário, em nenhum momento o papel paterno aparece no relatório de voto, pelo contrário, o relator ressalta que os cuidados direcionados à mulher presa direcionam-se também aos seus filhos “que sofrem injustamente as consequências da prisão da mãe”, nesse sentido, certifica-se aqui uma distinção e desigualdade de gênero entre os genitores, onde o pai aparece em um segundo momento, e quando aparece. Dessa forma o relato cita o art. 277 da Constituição que estabelece prioridade absoluta no direito destes:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

E continua sua reflexão dizendo que “não é demais lembrar, em seu art. 5º, XLV, nenhuma pena passará da pessoa do condenado, sendo escusado anotar que, no caso das mulheres presas, a privação de liberdade e suas nefastas consequências estão sendo estendidas às crianças que portam no ventre e àquelas que geraram” (p.39). Neste momento evidencia-se que **a mãe aparece como única e responsável principal de seu filho**, e este não deve permanecer com a mesma no cárcere a partir dos princípios morais de cuidado garantidos pelo estado, portanto, há um predomínio de que a substituição de pena se dê mais para genitoras do que para genitores.

Com tudo, nota-se que mesmo havendo o inciso que certifica a possibilidade da prisão domiciliar para o genitor permanecer com o filho, esta prática está voltada e responsabilizada pelas mães, deixando mais uma vez demarcada a desigualdade de gênero no reconhecimento dessa paternidade presente.

²⁰ A noção de pessoa responsável pelos cuidados do filho pode ser construída pela combinação dos artigos 1.634 do Código Civil, que trata do exercício do poder familiar, com o art. 33 da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que dispõe sobre as obrigações decorrentes da guarda.

No campo atual

A decisão em dar *habeas corpus* coletivo para essas mulheres é uma ação proposta pela instância mais alta do poder judiciário brasileiro, o STF. Visto os pedidos impetrados, a decisão do Supremo tornou-se lei em dezembro de 2018, a fins de fazer justiça a um direito que estas mulheres não recebiam. Não muito diferente do que as normativas anteriores, a lei 13.769/2018 estabelece a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, além de disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação. Na prática, a decisão estabelece parâmetros de interpretação da lei, visando harmonizar as decisões judiciais e determinar sua aplicação **obrigatória** a partir de requisitos objetivos, devendo ser justificada a sua não aplicação.

Há uma pesquisa feita pela Defensoria do Rio, que no período de setembro de 2018 a fevereiro de 2019, vinte mulheres mães de crianças menores de 12 anos de idade, tiveram a detenção domiciliar negada em audiências de custódia promovidas na central de Benfica, RJ. Destas, 14 respondem pelo crime de tráfico, duas pelo de furto e outras quatro por associação criminosa e porte ilegal de armas. As justificativas apresentadas pelos juízes para manter a privação de liberdade vão da “possibilidade de um familiar cuidar da criança e a inaptidão da mulher para exercer a maternidade em razão da prática de um crime até a inadequação do ambiente familiar, onde supostamente o delito teria ocorrido, para a decretação da prisão domiciliar” (Revista Consultor Jurídico. 2019)²¹.

Visto esses dados, o que então acontece para que essas mulheres não recebam o direito à Prisão Domiciliar? Porque não as conceder a substituição de pena visto que estão grávidas e terão que gestar, parir e amamentar seus filhos num presídio?

Considerações finais

A Unidade Materno Infantil como uma instituição que gere a vida da díade mãe-bebê, está suportada pelos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres assim como nos direitos da infância e da juventude. Sendo estes o direito de estabelecimentos penais adaptados para

²¹ Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2019-mar-08/defensoria-rj-stf-pedir-domiciliar-maes-gravidas>>

acolhê-las com seus filhos para que possam amamentá-los por pelo menos os seis primeiros meses de vida.

Há, inclusive nesse cenário, uma interconexão entre o direito da criança e o da mulher encarcerada. Dito de outra forma, por meio do compartilhamento da visão de que a criança é um “sujeito de direitos”, “sujeito em desenvolvimento” e está resguardada pelo princípio do melhor interesse, não deve ser condenada às mesmas penas que a sua genitora, portanto profissionais da Secretaria de Segurança Pública e da Justiça da Infância e da Juventude optam pela ruptura “temporária” do vínculo.

Esse contexto é pautado no princípio constitucional da individualização da pena, que garante aos indivíduos no momento de uma condenação em um processo penal que a sua pena seja individualizada, levando em conta as peculiaridades aplicadas para cada caso em concreto. E no caso das mulheres presas que têm seus filhos no cárcere, é necessário salientar que o cumprimento da pena recebida pela mulher que, devendo ser cumprida em regime fechado, não deverá afetar a vida da criança em função da pena recebida por sua genitora.

Temos um cenário onde especialmente as mulheres lactantes da UMI, não tem acesso ao aparato estatal para legitimar suas situações para recorrer ao direito da prisão domiciliar, bem como, também temos visto a negligência dos campos legislativos e jurídicos quanto à concessão desse direito ao que se entende como direito de família e da preservação desta, principalmente quando se trata dos direitos da criança.

Porém, aqui não me dou por satisfeita, vemos uma hipermaternidade que quer promover a criação de vínculos afetivos para uma hipomaternidade onde esse direito está sendo negligenciado e acaba afastando não só a díade mãe-bebê encarcerada, como também todas as outras mães que possuem filhos até doze anos. Vemos também muitas normativas que promovem em tese o direito de prisão domiciliar, mas na prática não é o que esteve acontecendo, ou ao menos são discursos seletivos – que preconizam principalmente a infância –, morais e que estão longe de promover a proteção da criança no seio familiar que o Estado garante.

Nesse sentido, o que poderia ser feito para que essas mulheres presas consigam o direito à prisão domiciliar, e especialmente as mulheres da UMI que estão em processo de amamentação?

Porque mesmo após diversas legislações os juízes têm impetrado esses *habeas corpus*? Qual o perfil de mulheres presas genitoras têm garantido o direito? Se há a necessidade de um “desencarceramento em massa”, porque presas de perfil pobre e negro não têm acesso de

informação à prisão domiciliar? É um direito seletivo? Ademais, ainda há de se pensar, que no atual governo voltado à defesa do que considera como “valores de família”, levando em consideração às necessidades da família tradicional brasileira, a Ministra Damares Alves não se pronunciou sobre mulheres encarceradas, menos ainda sobre mulheres encarceradas que possuem filhos. Dessa maneira, que modelo de família poderia ser proposto para essa díade mãe-bebê que permanece no cárcere e, que possivelmente, mas não majoritariamente, poderia ganhar prisão domiciliar?

Sei que finalizo aqui com mais perguntas que considerações finais, também sei que não possuo arcabouço etnográfico para responder a pergunta que demanda o título desde artigo; pude traçar um breve panorama da situação do direito a prisão domiciliar para díade mãe-bebê encarcerada, e, mesmo ainda sem muitas reflexões conclusivas, acredito que há um caminho a percorrer para encontrar respostas, questionamentos e possíveis soluções para este cenário, e assim o pretendo fazer no que se segue daqui.

Referências Bibliográficas

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. ANGOTTI, Bruna. Da hipermaternidade à hipomaternidade no cárcere feminino brasileiro. SUR 22 - v.12 n.22 • 229 - 239 | 2015

BRASIL, Rio de Janeiro. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. AMPERJ Legislação. Institui o Código Civil. Parte Geral, livro I: das pessoas.

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

BRASIL. Lei nº 8069 de 1990. ECA. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>

DAS, Veena. Life and Words: Violence and the Descent into the Ordinary. Univ of California Press, 2007.

DAS, Veena; POOLE, Deborah. El estado y sus márgenes: Etnografías comparadas. Cadernos de Antropologia Social, nº 27, pp. 19-52, 2008.

DIAS, A.B.; AQUINO, E.M.L. Maternidade e paternidade na adolescência: algumas constatações em três cidades do Brasil. Cad. Saude Publica, v.22, n.7, p.1447-58, 2006

FASSIN, Didier. Compaixão e repressão: a economia moral das políticas de imigração na França. PontoUrbe, n. 15, 2014. Pp. 2-22.

FERNANDES, Camila. Figuras da Causação: sexualidade feminina, reprodução e acusações no discurso popular e nas políticas de Estado. Tese de Doutorado. PPGAS/MN/UFRJ, 2017.

FOUCAULT, Michel. Nascimento da Biopolítica : curso dado no Collège de France (1978-1979). São Paulo : Martins Fontes, 2008.

MATTAR, L.D.; DINIZ, C.S.G. Jerarquías reproductivas: Maternidad y Desigualdad en El Ejercicio de los Derechos Humanos de las Mujeres. Interface - Comunic., Saude, Educ., v.16, n.40, p.107-19, jan./mar. 2012.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Saúde da criança: Nutrição Infantil – Aleitamento Materno e Alimentação complementar. Caderno de Atenção Básica, nº 23. 2009. Brasília

ORTEGA, Flávia Teixeira. Estatuto da Primeira Infância – entenda as mudanças. Disponível em: <<http://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/319948904/estatuto-da-primeira-infancia-entenda-asmudancas>>.

RINALDI, Alessandra; SALES, Letícia. Um debate sobre os vínculos e rupturas da maternidade no cárcere no Rio de Janeiro. V ENADIR, GT.12- Antropologia, Famílias e (I)legalidades. 2017.

Disponível em <<http://www.enadir2017.sinteseeventos.com.br/arquivo/downloadpublic?q=YToyOntzOjY6InBhcmFtcyI7czoZNDoiYT0xOntzOjEwOiJJRF9BUiFVSzZPIjtzOjM6IjEyOCI7fSI7czoZOXoiJoljtzOjMyOiJhYTNkNGQ5NzYzMGEzNzQ3YmZmYmI2OGZhM2ZIMDFiYiI7fQ%3D%3D>>

SALES, Letícia. Maternidade encarcerada e a gestão da vida da díade mãe-bebê em contexto prisional. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós Graduação em Ciências Sociais da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. 2019.

SALES, Letícia. Vínculos e rupturas: um debate sobre adoção e destituição de poder familiar em faces da maternidade no cárcere. Monografia apresentada ao Curso de Ciências Sociais da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. 2017.

SCHUCH, Patrice. Práticas de Justiça: antropologia dos modos de governo da infância e juventude no contexto pós-ECA. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

SILVA, Ezequiel Aparecido da. *O cárcere e a maternidade – dos direitos mínimos da mãe e da criança*. Ezequiel Aparecido da Silva. 2014. Disponível em <<http://ezequielapsilva.jusbrasil.com.br/artigos/117687982/o-carcere-e-a-maternidade>>.

STRATHERN, Marilyn. Necessidade de pais, necessidade de mães. *Revista de Estudos Feministas*, n.2, 1995.