

EDIÇÃO 21 DEZ/2023 – JAN/2024
ISSN 2675-9403



TJPR

GRALHA AZUL

PERIÓDICO CIENTÍFICO DA EJUD/PR



EJUD-PR
ESCOLA JUDICIAL DO PARANÁ

A PRESUNÇÃO DE IMPRESCINDIBILIDADE DOS CUIDADOS MATERNOS PARA A CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR



Adriano Vottri Bellé¹

O artigo discute a importância da prisão domiciliar, cautelar ou em execução penal, para mães de crianças menores de doze anos. A separação de uma mãe de seu filho normalmente tem consequências significativas no desenvolvimento e no bem-estar da criança, e pode contrariar as disposições do ordenamento jurídico quanto à proteção integral dos infantes. A pesquisa traz aspectos conceituais, humanitários e comparativos do instituto, mas objetiva precisamente verificar se a mãe encarcerada

¹ Mestre em Direito das Relações Internacionais e Integração da América Latina pela Universidad de La Empresa, UDE – Montevideo, Uruguai (Revalidado no Brasil pela Universidade Estácio de Sá – UNESA – do Rio de Janeiro). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE. Pós-Graduado Estrito Sensu em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Internacional UNINTER, em Direito Público pela Faculdade de Estudos Administrativos de Minas Gerais, FEAD, e em Metodologias Ativas de Aprendizagem pela UNYLEYA. Serventuário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Professor do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Paranaense (Unipar). E-mail: adrianobelle@gmail.com.

deve provar que seus cuidados são imprescindíveis para seu filho, ou este requisito é presumido e só pode ser afastado com prova em sentido oposto. Qual seria, então, a melhor prática com vistas a proteger os vínculos familiares e o bem-estar das crianças, e, ao mesmo tempo fornecer, na seara penal, resposta adequada ao crime cometido? É o que se busca analisar a partir do diálogo entre os posicionamentos existentes e com circunstâncias que permeiam essa complexa discussão.

Palavras-chave: prisão domiciliar; requisitos; cuidados maternos; presunção de imprescindibilidade; primeira infância.

THE PRESUMPTION OF THE ESSENTIALITY OF MATERNAL CARE FOR THE GRANTING OF HOUSE ARREST

The article discusses the importance of house arrest, precautionary or criminal execution, for mothers of children under twelve years of age. The separation of a mother from her child usually has significant consequences for the child's development and well-being, and may contravene the provisions of the legal system regarding the full protection of infants. The research brings conceptual, humanitarian and comparative aspects of the institute, but aims precisely to verify whether the incarcerated mother must prove that her care is essential for her child, or this requirement is presumed and can only be ruled out with proof to the contrary. What, then, would be the best practice with a view to protecting family ties and the well-being of children, and, at the same time, providing, in the criminal field, an adequate response to the crime committed? This is what we seek to analyze based on the dialogue between existing positions and circumstances that permeate this complex discussion.

Keywords: house arrest; requirements; maternal care; presumption of indispensability; early childhood.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa parte do pressuposto essencial de que a presença materna é fundamental para garantir o direito da criança de ser criado e educado porque a mãe, em regra, é a principal responsável pela criação dos filhos, sendo decisiva para garantir que as crianças recebam proteção e cuidados adequados, pois em regra a genitora é a principal provedora de apoio emocional e educacional. Essa ideia deve ser exposta desde logo e orientará as discussões posteriores, com enfoque essencial nas crianças, assim entendidas aqueles menores de doze anos de idade, foco essencial da pesquisa.

Naturalmente, contudo, estas primeiras observações por si só não justificariam a confecção de um trabalho, com o desenvolvimento de um estudo mais aprofundado ou mesmo uma discussão entre correntes de pensamento porque isso provavelmente constitui uma compreensão coletiva praticamente unânime. O problema reside, então, na discussão acerca das consequências que podem advir de um contexto em que a mãe se encontra privada de liberdade, seja em decorrência de custódia cautelar, seja devido ao cumprimento de pena aplicada em sentença penal condenatória.

A dicotomia consiste, assim, na coexistência da figura materna, de filhos menores de idade – mormente crianças – e da existência de acusação ou de condenação criminal pela prática de uma infração penal, com a privação da liberdade da ré/sentenciada. Logo, de um lado existe a perspectiva inicialmente trazida acerca da importância da mãe para a proteção dos infantes; e, de outro, a persecução penal e suas inarredáveis consequências, aqui especificamente relacionadas à prisão.

Adiante na análise da problemática proposta, uma breve revisão do ordenamento jurídico atual teria o condão de pôr termo a esta discussão porque, à luz da Constituição Federal (Brasil, 1988), e com o advento do Marco Legal da Primeira Infância, instituído pela Lei nº 13.257 (BRASIL, 2016), promoveu-se alteração no Código de Processo Penal (Brasil, 1941) para inserir três hipóteses adicionais de concessão de prisão domiciliar. Dentre estas previsões, ponderadas com maior atenção no corpo deste artigo, encontra-se a possibilidade de concessão de prisão domiciliar à mulher que tenha filho com menos de doze anos de idade. Com efeito, em função desta disposição legal, a controvérsia proposta teria solução com a concessão do benefício à mãe, uma vez comprovados os requisitos.

No entanto, a discussão ganha ainda outro contorno quando se passa a ventilar a necessidade – ou a desnecessidade – de comprovação, pela mulher privada de liberdade e que seja mãe de filho menor de doze anos de idade, de que seus cuidados são

imprescindíveis para a criança. Significa, pois, indagar: ao requerer o benefício em juízo, deve-se comprovar que não há outra pessoa apta a fornecer os cuidados necessários aos filhos menores de doze anos de idade? Ou, por que não, comprovar que nem ao Estado seria prover tais cuidados sem prejuízo ao desenvolvimento adequado a que têm direito as crianças?

Chega-se, com isso, ao cerne do debate que se pretende apresentar aqui. A questão controvertida vem sendo objeto de decisões judiciais não necessariamente unânimes, e parece oportuno discutir, também na perspectiva acadêmica, os posicionamentos, levando-se em consideração fatores que orbitam a discussão central da dita demonstração de imprescindibilidade dos cuidados maternos para que se defira o benefício da prisão domiciliar. Por razões de síntese, ao menos por ora não serão desenvolvidos estudos casuísticos específicos, senão apresentados embasamentos teóricos com objetivo de enriquecer o debate, nunca de esgotá-lo.

Premissas fixadas, problema central delineado, convém agora tratar da estrutura do trabalho que se apresenta nas páginas ulteriores. O capítulo inaugural traz uma abordagem do instituto jurídico da prisão domiciliar, seus antecedentes legislativos mais relevantes e algumas perspectivas práticas de sua aplicabilidade enquanto claro benefício àqueles que se encontram custodiados em casas de detenção, penitenciárias e afins. É o necessário marco teórico-conceitual do trabalho.

Na sequência, faz-se uma abordagem técnica do instituto e as previsões legais existentes atualmente para sua aplicação. Sem aprofundamento em nenhuma das hipóteses específicas, seja na conjuntura cautelar – durante a persecução penal – ou na execução penal, busca-se delimitar o cenário e observar o ponto de contato entre as hipóteses, verificando-se se existe e qual é o elo entre elas. É um estudo teórico e preparatório de grande importância para o que vem pela frente, notadamente porque permite a compreensão da finalidade central da prisão domiciliar.

Então, no capítulo final, o foco é a inevitável apreciação do questionamento já apresentado: deve-se ou não exigir que a mãe comprove que seus cuidados são imprescindíveis para o filho menor para que lhe seja concedida a prisão domiciliar? Quais são os possíveis entendimentos e as potenciais consequências da adoção destas posturas pelo Poder Judiciário? É possível concluir pela correção ou incorreção de algum entendimento?

Esta estruturação parece permitir que os temas mais relevantes correlatos à matéria em estudo sejam trazidos de forma sequencial e com a clareza de raciocínio apta a permitir ao leitor a imersão necessária para compressão e formação do desejável juízo crítico sobre o tema exposto.

A técnica de pesquisa principal é a documentação indireta, com análise de textos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais – estes últimos com especial relevância para o trabalho – voltados ao estabelecimento e à interpretação das regras voltadas ao instituto da prisão domiciliar. Já metodologia de trabalho centra-se na pesquisa bibliográfica, que permite trilhar as vertentes conceituais, estabelecer parâmetros comparativos e estudar de maneira assertiva as nuances e perspectivas de aplicabilidade do instituto em estudo, com direcionamento para a situação fática proposta.

Como já exposto, o problema central desta investigação consiste na obrigatoriedade ou não de que se demonstre que a presença e os cuidados maternos são imprescindíveis para a criança, filha da mulher presa, para a concessão da prisão domiciliar. De seu turno, estas são as duas hipóteses de pesquisa: a) sim, é necessário que a requerente demonstre que sua presença e seus cuidados são imprescindíveis para que seu filho tenha acesso aos cuidados que lhe garantam a dignidade assegurada pelo ordenamento jurídico, sob pena de indeferimento do pedido; ou b) não se faz necessária a demonstração da imprescindibilidade dos cuidados maternos, representando verdadeira presunção legal de que a criança menor de doze anos de idade tem o direito de acompanhamento materno, independentemente de qualquer outra prova.

Após esta visão geral do conteúdo estruturante do trabalho, passa-se ao estudo de cada uma das etapas propostas, a seguir, a fim de observar os possíveis desdobramentos e as potenciais soluções para esta controvérsia.

1 A PRISÃO DOMICILIAR E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A prisão domiciliar é uma modalidade de cumprimento de reprimenda de caráter penal prevista no ordenamento jurídico, que consiste na restrição da liberdade de uma pessoa, mas com a possibilidade de cumprimento em sua própria residência (Senju; Perez Filho, 2022), de modo que “esta espécie de privação de liberdade pode tanto ser de natureza cautelar quanto pode representar uma forma de cumprimento da pena” (Santos, 2018, p. 17). Durante o cumprimento da prisão domiciliar, o indivíduo fica sujeito a diversas obrigações decorrentes da limitação do espaço de locomoção, como a monitoração eletrônica, o cumprimento de horários determinados, entre outras medidas eventualmente adequadas à situação fática.

Tal instituto está diretamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, matriz capital do Estado Democrático de Direito, e pode ser vislumbrada como alternativa adequada a casos em que a pessoa investigada/condenada possui filhos menores,

que necessitam de cuidados e proteção, sob o fundamento de garantir que a pena não ultrapasse a pessoa do condenado, respeitando o princípio da pessoalidade da pena, insculpido no Art. 5º, inciso XLV da Constituição Federal (Brasil, 1988). Nesses casos, a prisão domiciliar pode permitir que a pessoa presa continue a exercer o papel de cuidador dos filhos menores, com o objetivo de preservar os laços familiares e garantir o bem-estar das crianças.

Logo, constitui-se verdadeira “[...] forma de efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana, além do melhor interesse da criança e o direito a convivência familiar. Destarte, quem goza principalmente dessa substituição é a criança que vai crescer com a presença maternal” (Silva, 2018, p. 45).

Especificamente no que tange à prisão domiciliar para mães de filhos menores de doze anos, pode-se registrar que uma base importante é a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pelas Nações Unidas em 1989 e promulgada no Brasil no ano seguinte (Brasil, 1990), pois reconhece a importância dos laços familiares e da proteção à maternidade. O artigo 9 da Convenção estabelece que as crianças têm direito a não serem separadas de seus pais contra a sua vontade, exceto quando as autoridades competentes decidirem, sujeitas a revisão judicial e em conformidade com a lei e os procedimentos aplicáveis, que tal separação é necessária no interesse superior da criança (Brasil, 1990).

De seu turno, a Lei de Execução Penal (Brasil, 1984) regulamenta o direito de prisão domiciliar para mães de filhos menores de doze anos, com foco direcional ao cumprimento de pena, estabelecendo que é dever do Estado proporcionar às presas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação. Já o Código de Processo Penal (Brasil, 1941) prevê que a prisão preventiva pode ser substituída pela prisão domiciliar quando a mulher for gestante ou mãe de criança menor de doze anos, dentre outras hipóteses previstas nos artigos 318 e seguintes do referido diploma (Santos, 2018).

Essas legislações refletem a preocupação em garantir a proteção dos direitos das mães e dos filhos em contexto de prisão, reconhecendo a importância da convivência e compreendendo que a separação da mãe pode ter impactos significativos no desenvolvimento e bem-estar das crianças. A prisão domiciliar, nesse contexto, pode ser uma alternativa que permita que as mães cumpram suas penas/medidas cautelares sem a necessidade de se separarem de seus filhos e pode ajudar a garantir o direito das crianças à educação e à saúde, ou seja, uma verdadeira aplicação prática do princípio do melhor interesse da criança (Senju; Perez Filho, 2022).

Compreende-se, a propósito, que a aplicação do melhor interesse da criança, no caso da situação em estudo, tem por objetivo assegurar o direito da criança à convivência familiar e comunitária, bem como à proteção integral, pois, como bem observa Colucci (2014), tal princípio deve guiar as políticas públicas e praticamente toda a atuação – estatal ou não – quando se trata de menores de idade.

Logo, quando a mãe é detida pode haver um prejuízo irreparável para a criança, que, por sua vez, pode se ver privada de cuidados essenciais, como alimentação, higiene e afeto e é justamente nesse contexto que a prisão domiciliar pode permitir que a mãe continue a exercer o papel de cuidadora, ainda que de forma restrita, em um ambiente familiar e seguro para a criança. "Logo, a impossibilidade de substituição para prisão domiciliar causaria prejuízo direto às crianças, as quais não podem ser punidas por atos praticados por suas mães" (Senju; Perez Filho, 2022, p. 414).

Cabe aqui formular um juízo crítico que pode dialogar com os preceitos até então apresentados, no sentido de trabalhar sob a perspectiva que pode cobrar das mães certa responsabilidade pela prática da infração penal e sua correlação com o caráter preventivo da reprimenda penal. Sabe-se que o mencionado caráter preventivo da pena é uma das finalidades do sistema penal, ao lado da retribuição e da ressocialização, e tem como objetivo evitar a prática de novos crimes, seja por meio da intimidação do agente, seja pela neutralização de sua periculosidade (Lucas; Brito; Machado, 2022)

Esta perspectiva de prevenção pode ser geral, quando visa a dissuadir a sociedade como um todo de cometer crimes, ou especial, quando busca evitar que o condenado volte a delinquir. Tal finalidade da pena pode ser alcançada por meio de diversas medidas, não devendo constituir "[...] apenas um instrumento utilizado pelo Estado em forma de vingança, assim utilizando a coação psicológica para se ter uma boa razão para não se praticar atos criminais (Lucas; Brito; Machado, 2022, p. 578).

Retomando o raciocínio, pode-se argumentar, em uma interpretação menos garantista do ordenamento jurídico, que as mães deveriam ter se atentado para as possíveis consequências negativas antes da prática da infração penal. Logo, invocar-se-ia a Teoria Preventiva (Rossetto, 2014) para afirmar-se que uma vez que a mulher – genitora – opta por praticar algum ilícito penal, estaria abdicando dos direitos até aqui abordados e, portanto, assumindo o risco de se ver separada de seus filhos em uma eventual prisão. Eis a primeira dicotomia de entendimentos do presente trabalho.

Pois bem, esta perspectiva ainda será retomada em momento oportuno adiante, mas o que já

se pode fixar como elemento interpretativo central é a concepção de que o titular dos direitos tutelados não é, propriamente, a mãe, senão as crianças, que dependem dos cuidados – aliás, já se tratou desta abordagem acima. Ora, por um breve e lógico raciocínio, não parece correto admitir que a mãe – ora presa, imagine-se – renuncie a um direito que, ao fim e ao cabo, não lhe pertence – é do filho. Com efeito, cairia por terra esta primeira oposição, admitindo-se a prisão domiciliar – ainda que se aceite a hipótese de a genitora ter assumido o risco de ser presa em função da prática de infração penal –, desde que seja medida correta e adequada para a situação fática e, obviamente, ao melhor interesse da criança.

Como mencionado, estas são considerações preliminares que adiante serão retomadas e aprofundadas. Mas fazia-se necessário já tratar deste raciocínio porque na sequência serão analisadas as diversas hipóteses de cabimento da prisão domiciliar, sempre destacando que o preenchimento dos requisitos e a compatibilidade da medida devem ser elementos norteadores em qualquer caso.

2 A PRISÃO DOMICILIAR NO BRASIL: ESPÉCIES, CRITÉRIOS E ELEMENTOS CENTRAIS

Apesar de o tema central do trabalho ora proposto ter seu foco voltado a uma específica espécie de prisão domiciliar, já trabalhada inicialmente, reitera-se que o ordenamento jurídico brasileiro traz diversas hipóteses de cabimento do instituto, de modo que parece oportuno abordar sumariamente cada uma delas, sobretudo para buscar um ponto de contato ou algo que possa relacionar como fundamento comum e auxiliar na compreensão do foco central do trabalho.

Adiante, portanto, serão exploradas as demais hipóteses de cabimento previstas no Código de Processo Penal (Brasil, 1941), casos estes que embora inseridos no capítulo voltado à aplicação de medidas cautelares também serve de parâmetro para a concessão de prisão domiciliar em fase de execução penal, dado o alinhamento entre as referidas disposições. Ressalte-se, por oportuno, que esta hipótese de custódia cautelar não consiste em uma possibilidade à prisão em estabelecimento comum porque traz consigo a adjetivação de substitutiva (Gomes Filho; Toron; Badaró, 2021).

A propósito, convém observar que elas foram inseridas gradativamente na legislação e por meio de normas não necessariamente voltadas à persecução penal, mas que inegavelmente representam a expressão da proteção de interesses e direitos tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Esta característica parece conferir maior atualização ao instituto e suas respectivas hipóteses, por isso o cabimento em ambos os contextos.

Inicia-se pela possibilidade – Gomes Filho, Toron e Badaró (2021) ressaltam o aspecto facultativo ao julgador – de concessão de prisão domiciliar a maiores de 80 anos de idade, que tem como objetivo garantir o direito fundamental à dignidade da pessoa humana, já que a idade avançada pode ser um fator que compromete a saúde física e mental do condenado, tornando a prisão mais gravosa e difícil de suportar. Além disso, em muitos casos, a pessoa idosa já não apresenta riscos de reincidência; logo, representa uma medida que busca conciliar a punição do delito com a proteção dos direitos humanos e da dignidade do condenado.

No que toca à prisão domiciliar a alguém preso que se encontre extremamente debilitado por motivo de doença grave, entende-se que a doença grave pode comprometer seriamente a saúde e o bem-estar da pessoa prisão, tornando a prisão uma condição incompatível com a sua condição física, entendendo-se imprescindível a demonstração de falta de estrutura do estabelecimento prisional para atender às necessidades da pessoa presa (Barbosa, 2017). Trata-se, pois, de outra medida de natureza humanitária, que busca conciliar a necessidade de punição com a proteção da integridade física e mental do condenado, podendo-se invocar aqui, também, o direito fundamento previsto no inciso III do art. 5º da Constituição Federal (Brasil, 1988), segundo o qual “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

A prisão domiciliar também representa uma alternativa prevista na legislação brasileira para substituir a prisão em estabelecimento penal quando o preso é indispensável aos cuidados de uma pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência. Aqui, o cumprimento da decisão de prisão ocorre no domicílio, desde que fique comprovado que o indivíduo é responsável pelos cuidados essenciais dessa criança ou pessoa com deficiência que requer atenção especial (Barbosa, 2017).

Já a possibilidade de concessão da benesse para gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou em caso de gravidez de alto risco trata da proteção da saúde física e emocional da gestante, levando em consideração as particularidades da gravidez avançada ou de risco, bem como do nascituro, cujos interesses também se encontram tutelados pela legislação referente a proteção de menores (Barbosa, 2017).

Reconhecendo que o ambiente prisional pode apresentar riscos à saúde da gestante e do feto, bem como dificuldades na assistência médica adequada, a legislação brasileira estabelece a prisão domiciliar como uma alternativa que busca conciliar a necessidade de custódia com a preservação dos direitos e da dignidade da gestante, além de resguardar a saúde e o bem-estar do nascituro, restando

suficiente, em regra, a prova adequada da gravidez (Gomes Filho; Toron; Badaró, 2021).

Os requisitos previstos em lei para a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar no caso de mulheres gestantes, mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência são estabelecidos nos artigos 318-A e 318-B do Código de Processo Penal (Brasil, 1941). Conforme o artigo 318-A, para que ocorra a substituição, a mulher em questão não deve ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa e também não deve ter cometido o crime contra seu filho ou dependente, indicando ao julgador que leve em conta o caso concreto e suas especificidades, sobretudo elementos acerca da gravidade do delito (Gomes Filho; Toron; Badaró, 2021).

De seu turno, o artigo 318-B estabelece que a substituição da prisão domiciliar pode ocorrer concomitantemente com a aplicação das medidas alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal (Brasil, 1941), proporcionando uma maior gama de possibilidades de controle e acompanhamento da pessoa em prisão domiciliar, sem prejudicar o devido processo legal e a efetividade da medida cautelar. Esses requisitos têm como objetivo equilibrar a necessidade de punição do infrator com a proteção dos interesses das crianças, garantindo uma solução adequada dentro do contexto jurídico-penal.

No mais, a permissão de concessão para homem que seja o único responsável pelos cuidados do filho de até doze anos de idade incompletos (Barbosa, 2017) igualmente tem foco capital na proteção dos direitos do infante. Reconhecendo uma vez mais que a privação do convívio familiar pode ser prejudicial ao desenvolvimento emocional e psicológico da criança, a legislação brasileira permite que, em casos excepcionais, o homem possa cumprir a pena em regime de prisão domiciliar, desde que comprovada a sua responsabilidade exclusiva pelos cuidados do filho menor.

Partindo-se desta constatação final, insere no parágrafo anterior, pede-se especial licença ao leitor para suspender momentaneamente o estudo até então engendrado para observar uma minúcia crucial para a interpretação proposta. É que a diferença essencial do texto legal do Código de Processo Penal (Brasil, 1941) quando o assunto é o cuidado de filhos menores de doze anos é exatamente a exigência literal, para o pai, da comprovação da necessidade de que seus cuidados são essenciais ao infante; quando se refere à mãe, há um verdadeiro silêncio eloquente do mencionado dispositivo legal, ou seja, o legislador se absteve de inserir essa exigência às mulheres. E isso não pode ser ignorado.

Em comum, todos estes dispositivos legais parecem englobar a atenção às necessidades de outras pessoas, não necessariamente as características daqueles privados de liberdade. Logo, à exceção do

critério etário – oitenta anos de idade – e daquele que trata da debilidade física da pessoa presa, os demais casos voltam-se para a tutela de direitos e interesses de outrem, notadamente o nascituro, a criança e a pessoa com deficiência (Gomes Filho; Toron; Badaró, 2021).

À vista disso, o ponto comum de todas as perspectivas de concessão da prisão domiciliar parece ser uma expressão prática do princípio da dignidade da pessoa humana, com o fito de evitar, por exemplo, a exposição da pessoa presa – ou de alguém que dela dependa – a situações degradantes decorrentes, direta ou indiretamente, do cumprimento de uma reprimenda penal de privação da liberdade, o que é expressamente vedado pela legislação. Essa tutela, assim, sobressai a punição para aplicar, na prática, o direito fundamental – já tratado aqui – que salvaguarda a pessoa destas circunstâncias incompatíveis.

3 A PRESUNÇÃO DA NECESSIDADE DOS CUIDADOS MATERNOS NA PRISÃO DOMICILIAR

A esta altura do trabalho, algumas premissas já parecem consolidadas o bastante para que se possa conferir o devido aprofundamento ao debate, direcionando-se ao elemento central da proposta. Logo, compreende-se que a proteção dos direitos humanos das mães e filhos em contexto de prisão é uma questão complexa e multifacetada, que requer análise cuidadosa e abrangente, haja vista que a convivência familiar decorre do melhor interesse da criança (Silva, 2018) e constitui um direito fundamental – a ser protegido em todas as circunstâncias, inclusive durante a prisão –, ou seja, inegavelmente mães que estão presas devem ter acesso a meios de manter contato regular com seus filhos, e a legislação deve garantir que as famílias sejam mantidas juntas, sempre que possível (Colucci, 2014).

Além do mais, a saúde (Santos, 2018) e a educação são outros fatores importantes a se sopesar na proteção dos direitos humanos de filhos com as mães em contexto de prisão, razão pela qual a custódia domiciliar pode representar uma solução viável para a proteção correta das crianças envolvidas (Gomes Filho; Toron; Badaró, 2021).

Como visto, a legislação estabelece critérios específicos para a concessão da prisão domiciliar, e um desses critérios é justamente a idade dos filhos, que deve ser menor que doze anos, para que a mãe possa se pleitear tal direito. Ademais, faz-se necessário demonstrar que o crime que ocasionou a custódia foi praticado sem violência ou grave ameaça, bem como que não foi praticado contra os próprios filhos (Brasil, 2022). Até aqui, parece não haver maiores controvérsias.

Todavia, a pergunta elementar é: além dos requisitos acima mencionados, também deve-se exigir que a mãe não tenha outro familiar capaz de cuidar das crianças durante a sua ausência? É dizer: deve a genitora privada de liberdade provar que sua presença em cárcere prejudica sensivelmente a prestação de cuidados a seus filhos porque não há outra pessoa que possa lhe substituir excepcionalmente durante o período de cárcere? Ou, então, esta necessidade do infante seria presumida, de modo que a análise judicial não perpassaria por esta etapa, já superada de antemão?

Em uma primeira observação, o ordenamento jurídico não é necessariamente claro ao tratar da questão em estudo, visto que nem o art. 117 da Lei de Execução Penal (Brasil, 1984), nem o Art. 318 e seguintes do Código de Processo Penal (Brasil, 1941) trazem previsão literal em algum sentido. Cabe, então, ao aplicador conferir a interpretação da norma.

Eis que, então, em decisão de notória importância, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento sob a relatoria da Ministra Rosa Weber (Brasil, 2021), ressaltou a retirada da exigência de comprovação de imprescindibilidade da genitora para os cuidados dos filhos menores de doze anos, enfatizando a preocupação do legislador e do Poder Judiciário em assegurar a proteção dos direitos da criança e a manutenção dos vínculos familiares. A presunção de imprescindibilidade é um elemento fundamental nessa discussão, e foi estabelecida pelo legislador de forma intencional ao retirar a necessidade de comprovação nesse sentido no artigo 318, inciso V, do Código de Processo Penal, sobretudo se comparado ao disposto no inciso VI do mesmo dispositivo (Brasil, 1941), como já aventado no final do capítulo anterior.

Essa presunção reconhece a importância do papel materno no cuidado e na criação dos filhos menores de doze anos, considerando que a convivência e a atenção da mãe são essenciais para o desenvolvimento saudável e adequado das crianças nessa faixa etária. Ao presumir a imprescindibilidade, o legislador busca proteger os direitos e interesses dos menores, reconhecendo que a separação forçada da mãe em virtude de uma prisão poderia acarretar prejuízos emocionais, psicológicos e sociais para as crianças.

Logo, seguindo-se este entendimento, certamente ainda resta necessário demonstrar no caso posto em juízo os demais requisitos autorizadores para a concessão da prisão domiciliar, seja ela de natureza cautelar ou mesmo já em sede de cumprimento da pena. Outrossim, o que restou estabelecido neste importante julgamento foi justamente a presunção de que a presença física da mãe é sobremaneira importante para o desenvolvimento da criança, sem que tal circunstância deva ser comprovada pela requerente. A propósito, convém trazer para este trabalho as

constatações da Ministra Relatora Rosa Weber (Brasil, 2021, p. 7-8):

A ratio da prisão domiciliar nessas hipóteses é a proteção integral das crianças, no sentido de bem estar e ênfase na valorização da família (art. 226 da CF). A imprescindibilidade da mãe para com os cuidados de filho na idade e condições apontadas no presente caso – notadamente quando em cena criança com apenas 03 anos de idade – decorre do próprio poder familiar. Desconstituir essa presunção, para efeitos processuais penais, passa pelas balizas do artigo 318-A do CPP que, no caso, não se concretizam: A lei, em verdade, presume a necessidade e importância do acompanhamento materno ao infante menor de 12 (doze) anos, tanto que propositalmente o legislador retirou da redação do art. 312[8],V do CPP, a comprovação de que seria ela imprescindível aos cuidados do menor, a qual se faz necessária em outros casos do mesmo artigo (HC 187.070, Rel. Min. Edson Fachin).

Dessa forma, a presunção de imprescindibilidade da genitora ao cuidado dos filhos menores de doze anos no contexto da prisão domiciliar reflete a compreensão de que a separação forçada entre mãe e filho pode acarretar prejuízos significativos para o desenvolvimento e o bem-estar da criança, reforçando a importância de se buscar alternativas que conciliem a punição do infrator com a proteção dos interesses das crianças envolvidas. Em contraponto, esta presunção obriga que se demonstre – mediante conjunto probatório – que a presença da mãe não é recomendável para o bem-estar do filho, invertendo-se sensivelmente a sistemática de análise jurisdicional e, claro, privilegiando a requerente genitora.

Todavia, embora haja uma tendência por esta linha de entendimento, não é possível tratar do tema atualmente sob o prisma da total pacificação jurisprudencial, senão porque há eloquentes vozes também em sentido contrário, ou seja, sustentando que ainda se mantém a necessidade de demonstração

fática da necessidade de cuidados, sem a presunção ora aventada.

A propósito, esta divergência consta do próprio julgamento já mencionado linhas acima, proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (Brasil, 2022), no qual o voto vencido foi do Ministro Joel Ilan Paciornik, no sentido de que

[...] a Terceira Seção desta Corte estabeleceu que, para a concessão excepcional, no caso de apenada que seja mãe, exige-se que "tal medida seja proporcional, adequada e necessária e que a presença da mãe seja imprescindível para os cuidados da criança ou pessoa com deficiência" (RHC 145.931/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, DJE 16/3/2022).

Na hipótese, as instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, entenderam pela negativa do pedido de prisão domiciliar, ao fundamento, sobretudo, de que não fora comprovado que a presença da apenada é imprescindível aos cuidados dos seus filhos menores de 12 anos. Para se afastar essa conclusão, é cogente o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus (Brasil, 2022, p. 5, grifos no original).

Ressalte-se que a decisão neste julgamento foi, por maioria, pela concessão da ordem de Habeas Corpus, acompaio dia qunhando o voto do Relator, o Ministro João Otávio de Noronha. Em qualquer caso, vale o registro justamente para que se faça possível dialogar com a perspectiva de que ainda seria exigível a demonstração do critério da necessidade de cuidados – o que, aliás, já havia sido decidido neste mesmo caso nas instâncias anteriores.

O pano de fundo para este contraponto à presunção trazida nesta pesquisa parece se fundamentar no fato de que a concessão da prisão domiciliar para mães de filhos menores de doze anos poderia transmitir a mensagem de que a gravidade do crime é menos relevante quando envolve uma mãe com crianças, ou seja, poderia conduzir a uma interpretação leniente em relação à punição, minando a confiança no sistema de justiça.

Ademais, concessão de prisão domiciliar para mães de filhos menores de doze anos poderia criar precedentes para outros casos limítrofes, ampliando em demasia a demanda por critérios mais amplos de elegibilidade para a prisão domiciliar, pondo em risco a própria credibilidade do instituto, além de poder constituir um estímulo à reincidência.

Embora válidos e reflexivos, estes argumentos foram considerados na decisão do Supremo Tribunal Federal ora em estudo, na qual a Relatora Ministra Rosa Weber concede a ordem de Habeas Corpus à paciente que, diga-se, era reincidente. Todavia, preenchidos os requisitos estudados anteriormente e levando em conta princípios constitucionais do melhor interesse da criança, a ordem foi concedida (Brasil, 2021). A este propósito, é crucial aqui novamente citar o referido julgado, porque outra vez é cirúrgico no diálogo com argumentos contrários, por deixar muito claro o fundamento estruturante da decisão,

[...] assegurando, com absoluta primazia, o direito à convivência familiar.

Além disso, o Brasil é signatário de importantes documentos internacionais voltados à proteção das crianças, de que se pode citar, p. ex., a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança – promulgada, no território nacional, pelo Decreto nº 99.710/1990 –, que consagrou, em seu Artigo 3º, I, o princípio do melhor interesse da criança, além de impor aos Estados partes o compromisso geral de “zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança” (Artigo 9, I) (Brasil, 2021, p. 6, grifos no original).

Portanto, o prisma interpretativo não se volta ao delito ou à acusada/condenada, senão ao infante e aos direitos assegurados por textos supranacionais e de ordem constitucional. Esta conjectura, apta a conferir a pertinência necessária para dar segurança e legitimidade às decisões que enfrentam tal temática, tende a resolver os questionamentos apresentados, sobretudo se constatada a existência de análise casuística criteriosa mesmo em se aplicando a presunção aqui retratada. Não parece plausível imaginar que tal concessão implicaria na mensagem de que o crime compensa para mães, ou que o benefício da prisão domiciliar estaria banalizado a ponto de abrir-se um leque grande demais.

Ademais, notadamente este artigo caminha para sustentar que os cuidados maternos são presumidamente necessários para crianças, devendo ser afastada esta presunção apenas em casos em que houver demonstração fática da incompatibilidade da

medida. Todavia, a par destas perspectiva jurídico-normativa, é igualmente relevante observar que devem desenvolvidas políticas públicas que atuem de forma efetiva no sentido de mitigar essas limitações e desafios enfrentados pelas mulheres em prisão domiciliar, tais como a oferta de assistência social e psicológica, para as mães em prisão domiciliar, a fim de proporcionar um ambiente acolhedor e garantir o bem-estar físico e emocional de todos os envolvidos.

Hodiernamente, as políticas públicas e o sistema jurídico ainda apresentam lacunas e falhas no que tange à proteção dos direitos humanos das mães e filhos em contexto de prisão (Senju; Perez Filho, 2022). Urge, portanto, a implementação de medidas que visem minimizar os impactos negativos desse cenário e garantir a proteção integral dos direitos envolvidos.

Ao fim e ao cabo, é necessário ampliar o diálogo e a cooperação entre os diversos órgãos responsáveis pela implementação dessas políticas, como o sistema de justiça criminal, o sistema de proteção à criança e ao adolescente e as áreas de saúde e assistência social. Somente com uma atuação integrada e coordenada será possível superar os desafios e limitações enfrentados pelas mães em prisão domiciliar e garantir a proteção integral dos direitos humanos envolvidos, em especial o direito da criança a um desenvolvimento pleno e compatível com os preceitos constitucionais já estudados nesta pesquisa.

CONCLUSÃO

Feitas as observações anteriores sobre a temática em estudo, convém neste momento ressaltar desde logo a total despreensão do presente trabalho em formar juízo conclusivo por qualquer das hipóteses da pesquisa, tratados introdutoriamente, ou de quaisquer constatações aventadas no decorrer das linhas anteriores. Ainda que se olvidasse ser o Direito uma ciência social inevitavelmente sujeita a constantes – e ora rápidas – transformações, a própria peculiaridade da temática central abordada tem a eminentemente adjetivação casuística, cuja análise contempla a reserva de jurisdição e a ponderação individual para que se chegue a uma decisão alinhada ao que o ordenamento jurídico brasileiro prevê.

Tanto é assim que os dois julgados que serviram de inspiração para este trabalho – notadamente aquele do Supremo Tribunal Federal sob relatoria da Ministra Rosa Weber, ora homenageada –, não obstante asseverem pela presunção de necessidade de cuidados maternos na análise da possibilidade de concessão da prisão domiciliar a mães encarceradas, trazem em seu bojo a inarredável necessidade de análise dos requisitos legais previstos em Lei para concessão do benefício. Não bastasse isso,

no julgamento do Superior Tribunal de Justiça houve voto divergente, devidamente analisado.

Assim, para além de formar conceitos e encerrar debates, a presente pesquisa buscou fixar marcos conceituais e interpretativos acerca do instituto da prisão domiciliar e de sua função de viés humanístico à seara penal e processual penal. Suas origens, como visto, transcendem os limites brasileiros – não são criações nacionais, como alguém desavisado poderia supor – e ganham contornos ainda mais definidos quando se afunila a discussão para menores de doze anos de idade com mães encarceradas, seja por prisão de natureza cautelar ou já na fase de execução penal.

Nota-se que prisão domiciliar para mães de filhos menores de doze anos pode ter várias vantagens significativas em comparação com a prisão tradicional, sobretudo pela preservação dos laços familiares, aspecto fundamental para o bem-estar emocional e psicológico das crianças. Neste contexto, ao permitir que as mães fiquem em casa com seus filhos, a prisão domiciliar pode ajudar a manter esses laços e minimizar o impacto negativo da prisão na vida das crianças.

Ademais, reputou-se relevante retratar as demais hipóteses previstas para o benefício da prisão domiciliar, com vistas a traçar um perfil comparativo e buscar algo como um denominador comum entre as diversas facetas do instituto. Isso poderia auxiliar na análise e na decisão em casos limítrofes, assim entendidos aqueles em que não há absoluta clareza quanto à possibilidade de deferimento ou indeferimento de pedido, mas no qual se demande uma busca mais profunda pelas origens, pelos objetivos e, em especial, pela razão da existência do instituto.

É com estas referências que se chega, finalmente, ao debate específico que intitula o artigo: afinal, a mulher que se encontra presa e que tem filho menor de doze anos de idade deve demonstrar que seus cuidados são necessários e indispensáveis à sua prole, ou, ao contrário, esta dita imprescindibilidade tem presunção legal e somente pode ser afastada quando demonstrada alguma incompatibilidade? Como tratado na introdução do trabalho, estas são as hipóteses dialógicas da pesquisa.

Assim, foram analisados dois importantes precedentes jurisprudenciais dos Tribunais Superiores da jurisdição brasileira, interligados em sua essência – por discutirem a mesma matéria –, com objetivo máximo de apresentar os pontos fundamentais do debate, aquilo cuja análise incumbe ao Poder Judiciário em sua essência. E como não poderia deixar de ser, a matéria é controvertida, sujeita a posicionamentos divergentes tanto em instâncias jurisdicionais inferiores, quanto no próprio julgamento do Superior Tribunal de Justiça (Brasil, 2022).

Com efeito, restaram analisados os requisitos existentes e os argumentos de ambos as vertentes para observar-se que parece haver um maior alinhamento com o ordenamento jurídico da corrente que defende estar presumida a necessidade de cuidados maternos a filhos menores de doze anos de idade, presunção esta que não é absoluta e, por consequência, admite prova em sentido contrário. Significa, pois, admitir que embora haja necessidade de reprimenda estatal em relação à mulher acusada ou condenada, sobressai o princípio do melhor interesse da criança e a consequente proteção integral assegurada pela Legislação.

Confirma-se, desta maneira, a hipótese de pesquisa segundo a qual existe a presunção de preenchimento deste requisito, alinhada aos já mencionados princípios e disposições legais produzidos pelo legislador brasileiro, além de adequação a normas internacionais das quais o país é signatário. Esta coerência também encontra guarida na interpretação do Código de Processo Penal (Brasil, 1941), pois em outra previsão para prisão domiciliar – pai com filho menor de doze anos de idade, art. 318, inciso VI – existe a previsão expressa de que os cuidados do genitor encarcerado devem ser imprescindíveis à criança, o que não está previsto no inciso V do referido dispositivo.

Observa-se, ainda, que a metodologia de elaboração do trabalho, engajando tanto a problemática norteadora quanto os objetivos do estudo, bem assim as técnicas de pesquisa permitiram a organização e a concatenação da exposição das ideias. Este contexto permitiu a apresentação de conceitos, o estudo do tema sob o prisma dos direitos humanos e das características pertinentes da reprimenda penal, a verificação das demais situações em que a prisão domiciliar é cabível e, finalmente, da discussão do tema central ora proposto.

Por oportuno, já encaminhando para o encerramento destas breves digressões, é necessário observar que embora muito significativa, apenas a concessão da prisão domiciliar à genitora não resolve a problemática porque há uma parcela considerável de famílias vivendo e situação de vulnerabilidade social, de modo que a análise das limitações e desafios enfrentados pelas mães em prisão domiciliar se revela uma tarefa complexa, que envolve múltiplos aspectos e variáveis e que vão além da seara processual. Entre os principais obstáculos encontrados pelas mulheres nessa situação, pode-se mencionar a falta de assistência social e psicológica, que se traduz em uma carência de apoio e orientação para lidar com as dificuldades inerentes à situação de prisão domiciliar, o que tende a agravar ainda mais a sua condição de vulnerabilidade.

Em resumo, a presença materna é essencial para garantir o direito da criança de se desenvolver em

um ambiente saudável e seguro no seio de sua família, sendo determinante que a convivência familiar e comunitária seja assegurada, no contexto que proporcione o desenvolvimento integral do infante. Por isso, é necessário que as políticas públicas e as instituições envolvidas com a proteção da criança trabalhem juntas para garantir que esses direitos sejam respeitados e promovidos, e a concessão do instituto da prisão domiciliar nos casos em estudo, com a presunção de necessidade de cuidados maternos, parece estar alinhada a este contexto de proteção.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Gabriela Urbano. Das novas hipóteses de prisão domiciliar com o advento da Lei nº 13.257 de 2016. 2017. Monografia (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário de Brasília - UniCeub - Faculdade de Ciências Jurídicas Sociais. Brasília, 2017. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/11321/1/21253976.pdf>. Acesso em: 26 maio 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 11 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 9 maio 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 maio 2023.

BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 2 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13257.htm. Acesso em: 11 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 169.406 - Minas Gerais. Crimes de furto qualificado e de associação criminosa. Prisão preventiva. Paciente mãe de filho menor de 12 anos. Flagrante ilegalidade evidenciada. Prisão domiciliar. Substituição. Acusada reincidente. Inexistência de óbice. Imprescindibilidade da mãe. Presunção não desconstituída. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2021]. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200855291&dt_publicacao=23/06/2022. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 731.648 - Santa Catarina. Prisão domiciliar. art. 318, V, do CPP. Mãe com filhos de até 12 anos incompletos. Crime sem violência ou grave ameaça. Não cometimento contra os próprios filhos. Imprescindibilidade de cuidados maternos presumida. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2022]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346238238&ext=.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2023.

COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: doi: 10.11606/D.2.2014.tde-25022015-083746. Acesso em: 26 maio 2023.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gusvato Henrique (coord). Código de processo penal comentado [livro eletrônico] / -- 4. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

LUCAS, Ana Paula Pereira; BRITO, Italo Lucas; MACHADO, Marcos Paulo Goulart. A (in) eficácia do caráter preventivo da pena no Brasil. *Facit Business and Technology Journal*, v. 3, n. 39, 2022. Disponível em: <https://jnt1.websiteseuro.com/index.php/JNT/article/view/1918>. Acesso em: 26 maio 2023.

ROSSETTO, Enio Luiz. Teoria e Aplicação da Pena. São Paulo: Atlas S.A., 2014.

SANTOS, Fabiane Alexandria. Sistema carcerário feminino: presidiárias gestantes. 2018. Disponível em: <http://45.4.96.19/handle/aee/822>. Acesso em: 7 maio 2023.

SENJU, Maria Eduarda Peppe; PEREZ FILHO, Augusto Martinez. Mulheres encarceradas e Direitos Humanos: breves reflexões acerca dos princípios da isonomia e melhor interesse do menor na concessão de prisão domiciliar. In: Anais do Congresso Brasileiro de

Processo Coletivo e Cidadania. 2022. p. 403-421.
Disponível em:
<https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/2836>.
Acesso em 30 abr. 2023.

SILVA, Júlia Estrela de Oliveira Lobo et al. Análise acerca da substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar nos casos de gestantes e mães de menores como forma de efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana. 2018. Disponível em:
<http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/jspui/handle/riufcg/15261>. Acesso em: 26 maio 2023.