

Proponente: Yasmin O. M. Pestana – Defensora Pública, atualmente Coordenadora Auxiliar do Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher

Área: Criminal/execução penal.

I – Súmula

É direito da sentenciada, nos termos dos artigos 41, II, e 126, §1º e 4º da Lei de Execuções Penais, que o período em que a mulher presa estiver afastada do trabalho e/ou do estudo, em razão da gravidez e dos cuidados com a criança, como amamentação, seja reconhecido para fins de remição.

II – Assunto:

As Diretrizes para a Convivência Mãe Filho/a no Sistema Prisional^[1], documento publicado em 2016, pelo Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, dispõe que “durante o pós-parto, deve ser garantida a licença da atividade laboral para que as mulheres que se encontravam trabalhando possam continuar sendo remuneradas e terem remida sua pena”.

As Diretrizes citadas disciplinam uma importante questão que será analisada a seguir, qual seja a possibilidade da mulher que teve um/a filho/a cuidar deste/a e continuar contabilizando a remição de sua pena, de forma a não invisibilizar o trabalho de cuidados e de reprodução.

III - Indicação do(s) item(ns) específico(s) relacionado (s) às atribuições institucionais da Defensoria Pública:

LEI COMPLEMENTAR Nº 988, DE 09 DE JANEIRO DE 2006

“Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

...

III - *representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;*

...

IX - *assegurar aos necessitados, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.*

"LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984 (Lei de Execução Penal)

Art. 81-A. A Defensoria Pública velará pela regular execução da pena e da medida de segurança, oficiando, no processo executivo e nos incidentes da execução, para a defesa dos necessitados em todos os graus e instâncias, de forma individual e coletiva.

Art. 81-B. Incumbe, ainda, à Defensoria Pública:

I - requerer:

a) todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo;

b) a aplicação aos casos julgados de lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado;

e) a detração e remição da pena; (...)"

Deliberação CSDP nº 291, de 14 de fevereiro de 2014.

*Artigo 1º - A política institucional de que trata a presente Deliberação **compreende o atendimento jurídico integral**, em todo o Estado de São Paulo, às mulheres presas que estejam grávidas ou em período de amamentação, bem como àquelas que tenham filhos com menos de 18 anos em situação de vulnerabilidade decorrente da custódia penal de sua mãe ou cujo convívio esteja obstruído*

IV - Fundamentação jurídica e fática:

IV. I – Sobre o direito à "licença-maternidade" das mulheres presas:

As Diretrizes para a Convivência Mãe Filho/a no Sistema Prisional^[2], documento publicado em 2016, pelo Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, estabelecem que "durante o pós-parto, deve ser garantida a licença da atividade laboral para que as mulheres que se encontravam trabalhando possam continuar sendo remuneradas e terem remida sua pena".

Sobre a garantia do direito a licença da atividade laboral às mulheres presas passa-se a expor os fundamentos para a efetivação de tal direito.

A) O direito ao trabalho (art. 41, II, da Lei de Execução Penal):

Segundo o artigo 41, II, da Lei nº 7.210/1984 (LEP), é direito das pessoas presas a "atribuição de trabalho" e sua consequente remuneração. Ainda, dispõe o artigo 6º, *caput*, da CF, que o trabalho consiste em um direito social de todos/as cidadãos/ãs. **Deste modo, é direito da mulher presa poder realizar atividade laboral durante o tempo em que cumpre a pena.**

Considerando a função ressocializadora da pena, o trabalho é uma maneira extremamente útil para que esta possa ser cumprida. Isso porque, ao invés de passar o período da pena apenas trancafiada em uma cela, a mulher poderá, trabalhando, desenvolver habilidades pessoais na realização do trabalho, bem como poderá produzir bens que irão beneficiar a sociedade como um todo. Além disso, espera-se que após a soltura, a egressa possa empregar as atividades laborais que desempenhava em alguma função extramuros.

Assim, o trabalho é uma forma de garantir que a pena cumpra a sua finalidade ressocializadora e para que a mulher presa possa desenvolver diversas capacidades durante o período de prisão, bem como posteriormente.

Para reforçar a importância do trabalho durante a prisão, o legislador possibilitou a remição da pena. Nesse sentido, o artigo 126, §1º, II, da Lei de Execuções Penais (LEP), disciplina que a cada três dias de trabalho seja descontado um dia da pena da presa.

Ainda, dentro do instituto da remição, o **artigo 126, §4º, da LEP** assegura que aquela presa que tenha sofrido um acidente e que, como consequência, tenha ficado impossibilitada de realizar atividades laborais por um determinado período de tempo, possa continuar recebendo o benefício da remição durante a recuperação.

Considerando a previsão legal citada, consistente na possibilidade de continuar a receber a remição da pena nos casos de acidente, tem-se que o mesmo benefício pode ser estendido, por analogia, para as mulheres presas que estiverem no período pós-parto. Isto porque, assim como nos casos de acidente, a presa necessita de um período afastada do trabalho. Após este período, a mulher irá retornar para a atividade laboral.

Desse modo, tendo em vista que não há nenhum impedimento legal para que durante o período de pós-parto a mulher possa continuar a desfrutar da remição da pena e da remuneração oriunda do trabalho, garantir tal direito é uma forma de conferir maior igualdade entre homens e mulheres encarceradas, nos termos do que preconiza o artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal.

Nessa perspectiva, entende-se que o trabalho é um direito da mulher que se encontra presa e deve ser protegido para que esta possa realizá-lo, garantindo-se também o benefício da remição da pena quando está desfrutando do direito à licença-maternidade.

B) O direito à licença-maternidade (art. 7º, XVIII, CF):

Conforme dispõe o artigo 7º, XVIII, da Constituição Federal, que trata sobre os direitos das pessoas trabalhadoras, nos espaços urbanos e rurais, em situação de restrição de liberdade ou não, **a mulher gestante possui o direito a tirar licença por um período de cento e vinte dias, resguardando seu emprego e salário.**

No Brasil, o direito da mulher à licença-maternidade foi introduzido em 1943, pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Estabeleceu-se que a licença gestante era de quatro semanas antes e oito semanas depois do parto; que neste período a mulher tinha direito ao salário integral e, posteriormente, o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento.

No entanto, o ônus financeiro do benefício não era então suportado pela Previdência Social. O salário-maternidade foi incluído entre as prestações da Previdência Social a partir da edição da Lei nº. 6.136, de 7 de novembro de 1974, somente para as seguradas empregadas.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a licença gestante foi ratificada como direito social e passou a ter duração de cento e vinte dias, nos termos do artigo 7º da Carta Magna, para as seguradas empregada (urbana e rural), trabalhadora avulsa e empregada doméstica. Ainda, o texto constitucional, no que se refere à Previdência Social, determinou em seu artigo 201, inciso II, a proteção à maternidade, especialmente à gestante.

Em cumprimento às disposições constitucionais, a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, em sua redação original, estabeleceu que o salário-maternidade era devido por cento e vinte dias, com início 28 dias antes do parto e a ocorrência deste, sem exigência de número mínimo de contribuições (carência), no valor da remuneração integral, sem limite de valor, no caso da segurada empregada e trabalhadora avulsa, e correspondente ao valor do último salário-de-contribuição, no caso da empregada doméstica. O benefício era pago pela empresa, no caso da empregada, que efetivava a compensação quando do recolhimento das contribuições sobre a folha de salários e, nos demais casos, pela Previdência Social.

A Lei nº 8.861, de 25 de março de 1994, estendeu o direito ao salário-maternidade no valor de um salário mínimo para a segurada especial, desde que esta comprovasse o exercício de atividade rural. Tal exercício poderia ter ocorrido de forma descontínua, mas à segurada caberia a comprovação de ao menos 10 meses de trabalho rural nos doze meses imediatamente anteriores ao do início do benefício.

Com a edição da Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999, o salário-maternidade passou a ser devido, também, às seguradas contribuinte individual e facultativa, com carência de dez contribuições mensais. O valor do benefício, nestes casos, corresponderia a um doze avos da soma dos doze últimos salários-de-contribuição, apurados em um período não superior a quinze meses, não podendo ser inferior ao valor de um salário mínimo. A referida Lei estabeleceu que o pagamento do salário-maternidade de todas as seguradas, inclusive da empregada, fosse efetuado pela Previdência Social.

A Lei nº. 10.421, de 15 de abril de 2002, estendeu o salário-maternidade para a segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança. O benefício seria garantido pelo período de cento e vinte dias, se a criança tivesse até um ano de idade; de sessenta dias, se a criança tivesse entre um e quatro anos de idade, e de trinta dias, se a criança tivesse de quatro a oito anos de idade.

Já em 2003, a Lei nº. 10.710/2003, retornou a obrigatoriedade de a empresa pagar o salário-maternidade da empregada a seu serviço, compensando o valor quando do recolhimento das contribuições sobre a folha de salários, mantendo o pagamento do benefício, no caso de adoção ou de guarda judicial para fins de adoção, pela Previdência Social. Também determinou que se observasse, em relação a esse benefício, o disposto no art. 248 da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, limitando o salário-maternidade.^[3]

Atualmente, para ter direito ao salário-maternidade, a beneficiária deve atender aos seguintes requisitos na data do parto, aborto ou adoção: (i) em relação a quantidade de meses trabalhados (carência), são exigidos 10 meses para a trabalhadora Contribuinte Individual, Facultativa e Segurada Especial; (ii) já para as seguradas Empregada de Microempresa Individual, Empregada Doméstica e Trabalhadora Avulsa (que estejam em atividade na data do afastamento, parto, adoção ou guarda com a mesma finalidade) é garantida a isenção da carência; (iii) para as desempregadas é necessário comprovar a qualidade de segurada do INSS e, conforme o caso, cumprir carência de 10 meses trabalhados. Caso tenha perdido a qualidade de segurada, deverá realizar dez novas contribuições antes do parto/evento gerador do benefício.

A duração do benefício dependerá do tipo do evento que deu origem ao benefício. **Serão concedidos 120 (cento e vinte) dias nos casos de parto, adoção ou guarda judicial para fins de adoção, independentemente da idade do adotado que deverá ter no máximo 12 (doze) anos de idade, e nos casos de natimorto.** Já nos casos de aborto espontâneo ou previstos em lei (estupro ou risco de vida para a mãe), serão dados 14 (quatorze) dias de licença-maternidade.^[4]

Além do direito à licença-maternidade, a Lei da Primeira Infância - Lei nº 13.257/2016 veio reconhecer e reafirmar a importância de convivência mãe e filho/a no período que compreende o nascimento do bebê até os 6 anos de idade.

Em relação às mulheres presas, a Lei da Primeira Infância alterou o artigo 318 do Código de Processo Penal que dispõe sobre as hipóteses nas quais poderá haver a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar. A referida Lei incluiu nos incisos IV, V e VI a possibilidade das mulheres gestantes, com filhos de até 12 anos de idade incompletos, ou os homens, nos casos em que for o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos, se beneficiarem da prisão domiciliar.

Esta modificação vem salientar a importância da infância para o desenvolvimento da criança. Portanto, as pessoas responsáveis pelo cuidado destas durante este período devem receber condições especiais para desenvolver a atividade de cuidados. Ou seja, é cuidar de quem realiza o trabalho de cuidados da criança.

Nesse cenário, o direito à licença-maternidade é importante para que a mulher ou o homem que cuide da criança possa exercer essa atividade sem prejudicar sua situação financeira, tendo em vista que deverá afastar-se do trabalho

para tal. **O direito à licença-maternidade, portanto, é essencial para a criança e para aquela pessoa que irá cuidar desta.**

Ainda, nos casos em que a mulher se encontra cumprindo pena restritiva de liberdade e realizando atividade laboral, não deve existir nenhum tipo de diferenciação desta em relação aos homens e às mulheres em situação de liberdade. Senão vejamos.

O exercício da maternidade e dos cuidados com os/as filhos/as é situado historicamente como um trabalho próprio da mulher. A construção, no bojo da sociedade, de papéis de gênero, faz com que determinadas atividades sejam consideradas exclusivas de determinados grupos. Nesse sentido, existe uma diferenciação entre mulheres e homens, uma vez que socialmente se atribui às mulheres a responsabilidade pelo cuidado dos filhos. **Tal diferenciação também atinge as mulheres em situação de restrição de liberdade.**

Aos homens presos com filhos/as, o procedimento institucional é diferente do que aquele concedido à mulher. Para exemplificar, o próprio artigo 318, VI, do Código de Processo Penal, supramencionado, determina que o juiz poderá substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for homem e for único responsável pelos cuidados do/a filho/a de até 12 (doze) anos de idade incompletos. Ocorre que, no mesmo dispositivo legal, quando o agente for uma mulher, não existe nenhuma ressalva de que a prisão somente poderá ser substituída quando não houver outra pessoa responsável pela criança.

Deste modo, além da construção social que atribui à mulher a função de cuidar dos/as filhos/as, a norma legal, ainda que buscando resguardar a primeira infância e o exercício da maternidade, reforça essa concepção. **Essas diferenças se tornam desigualdades, na medida que as mulheres presas são responsabilizadas pelos cuidados com os filhos e perdem o seu direito à trabalho e a remição da pena.**

Os mesmos direitos relativos ao exercício da maternidade devem ser resguardados às mulheres presas ou em situação de liberdade. Assim, dentro da prisão deve existir locais de convivência para filho/a e mãe, acompanhamento médico para a mulher e a criança, local apropriado para a vivência do bebê, etc, conforme *as Diretrizes para a Convivência Mãe Filho/a no Sistema Prisional*^[5], documento publicado em 2016, pelo Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional

O direito à licença-maternidade, possui o objetivo de garantir à mulher o tempo necessário para que possa cuidar da criança recém-nascida que precisa de cuidados. Ainda, é importante para criar vínculos entre a mãe e o/a filho/a. **Portanto, esse período é crucial para o desenvolvimento da criança, sendo a manutenção da remição durante o período equivalente à licença maternidade uma medida justa para compensação dos cuidados que a mãe está dispendendo com seu/sua filho/a.**

Ademais, não considerar o período do pós-parto para fins de remição faz com que a maternidade seja mais uma penalização para as mulheres encarceradas. Isto porque, se a mulher tiver que optar entre

cuidar de seu/sua filho/a recém-nascido/a e continuar trabalhando para remir sua pena, em qualquer uma das escolhas, ela renunciará um direito em detrimento de outro direito. No entanto, o exercício de ambos os direitos pode coexistir com a extensão da licença-maternidade às mulheres presas.

Ante o exposto, entende-se que o direito à licença-maternidade dever ser assegurado inclusive nos casos nos quais a mulher se encontra cumprindo pena restritiva de liberdade.

C) O reconhecimento do trabalho de cuidados e de reprodução:

Para fins de igualdade de gênero, é necessário reconhecer que o exercício de cuidados com o/a filho/a é uma atividade laboral e não apenas de afeto. A função de criar as crianças demanda tempo, responsabilidades e preparo, bem como qualquer outro trabalho. De tal modo, a tarefa de cuidados e educação com a criança possui atribuições e métodos típicos de uma atividade laboral.

Considerando que a atividade de cuidados com uma criança pode ser exercida por terceiros que não os pais, por exemplo em creches, quando um dos pais realiza esta atividade de cuidados, também deve ser reconhecida como um trabalho.

Neste sentido, as teóricas feministas, vêm, ao longo de décadas, reivindicando o reconhecimento do trabalho doméstico enquanto esfera crucial para o desenvolvimento de uma nação.

O trabalho doméstico é aquele desenvolvido no âmbito da residência, no qual atividades de limpeza, educação das crianças e alimentação são realizadas. Esse trabalho reprodutivo detém menos valor social do que o trabalho produtivo, aquele que gera riquezas.

Historicamente, se consolidou uma divisão sexual do trabalho, segundo a qual as mulheres devem desempenhar as atividades que estão atreladas aos cuidados com a casa e as crianças e os homens exercem as atividades ligadas ao âmbito "público". Essa divisão baseia-se na errônea noção de que os aspectos biológicos das mulheres seriam inferiores aos dos homens. Ou seja, criou-se sob esta suposta diferença biológica, uma hierarquia social, forjando relações assimétricas de poder entre homens e mulheres. Nesse sentido:

A divisão sexual do trabalho é a forma de divisão do trabalho social decorrente das relações sociais de sexo; esta forma é adaptada historicamente e a cada sociedade. Ela tem por características a destinação prioritária dos homens à esfera produtiva e das mulheres à esfera reprodutiva e, simultaneamente, a apreensão pelos homens das funções de forte valor social agregado (políticas, religiosas, militares, etc...).

*Esta forma de divisão social do trabalho tem **dois princípios organizadores: o princípio de separação (existem trabalhos de homens e trabalhos de mulheres) e o princípio de hierarquização (um trabalho de homem "vale" mais do que um trabalho de mulher). Eles são válidos para todas as sociedades conhecidas, no tempo e no espaço – o que permite segundo alguns e algumas (Héritier-Augé, 1984), mas não segundo outros (Peyre e Wiels, 1997) afirmar que elas existem desta forma desde o início da humanidade. Estes princípios podem ser aplicados graças a um processo específico de legitimação, a ideologia naturalista. Este processo empurra o gênero para o sexo biológico, reduz as práticas sociais a "papéis sociais" sexuais, os quais remetem ao destino natural da espécie***^[6].

Analisando-se essa cisão de obrigações sociais, verifica-se que o trabalho doméstico e de cuidados é invisibilizado na sociedade e tido como uma atividade desqualificada. As mulheres não são remuneradas pelo trabalho de lavar e passar roupa, fazer a alimentação, limpar a casa, cuidar dos filhos etc. São todas atividades que socialmente são atribuídas às mulheres e não valorizadas, embora estejam diretamente relacionadas com a manutenção da vida.

Mais ainda, o Estado e as empresas ao saberem que os trabalhadores contarão com a força de trabalho das mulheres para realizarem as atividades domésticas economizam, com, por exemplo, a não implementação de creches suficientes, com a falta de refeitórios públicos, com a inexistência de lavanderias públicas etc. Todos esses trabalhos, que poderiam ser coletivizados, são realizados pelas mulheres, sem qualquer contrapartida econômica ou social.

Aprofundando essa argumentação, outro trabalho que não é remunerado, embora seja essencial para a manutenção da mão-de-obra assalariada é a reprodução. Esta atividade demanda muita energia, cuidados e tempo e, apesar da sociedade cultivar o "mito do amor materno", na prática a maior parte das mulheres assumem sozinhas as responsabilidades advindas da maternidade, sem qualquer apoio.

Sob essa perspectiva, para fins de remição, deve-se considerar que o trabalho dispendido pela mulher para cuidar do/a filho/a e a própria reprodução também devem ser equiparados para fins de remição da pena.

Reforça-se que incumbir à mulher presa o trabalho de cuidados com recém-nascido, sem remir sua pena ou oferecer cuidadores/as que permitam que elas trabalhem em algum período do dia, é uma forma de omissão do estabelecimento prisional em relação aos direitos das mulheres presas e de seus/suas filhos/as.

Com base neste entendimento, o trabalho realizado pela mulher antes da gestação seria substituído, durante o período pós-parto, pelo trabalho realizado por esta cuidando do/a recém-nascido/a.

A título de argumentação, considerando o trabalho de cuidados das crianças como uma atividade digna de remição de pena, é possível que esta função seja exercida por outra mulher que não a mãe. Assim, durante o período de pós-parto, a mãe poderia retornar a outros trabalhos dentro da prisão, diferentes da maternidade. Tal entendimento também está previsto nas *Diretrizes para a Convivência Mãe-Filho/a no Sistema Prisional*, do Ministério da Justiça:

Devem ser oferecidas condições para que as mulheres em período de convivência com seus filhos/as retomem atividades laborais após o período de licença maternidade, incluindo a possibilidade de que outras presas atuem como cuidadoras. **Nesse caso, o trabalho como cuidadora deverá ser considerado para fins de remição de pena e, quando possível, remunerado.** (p.23-24 – grifos nossos)

Deste modo, as duas mulheres receberiam a remição de suas penas. As vantagens de existir a figura de cuidadoras para as mães poderem trabalhar e estudar são enumeradas pela Pesquisa "Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão"^[7], publicada no ano de 2015 e financiada pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada):

- evita a convivência ininterrupta e exclusiva entre bebê e mãe, a qual pode levar à consolidação de um vínculo excessivo e pouco saudável;
- duas mulheres podem ganhar remição e reduzir o tempo de sua pena;
- dá à mulher a possibilidade de exercer alguma atividade além do exercício da maternidade;
- possibilita à mulher circular por outros espaços da prisão, reduzindo, assim, eventuais conflitos no espaço de maternagem.

Com efeito, tal perspectiva que considera a atividade de cuidados do/a recém-nascido/a como trabalho, garante a mãe ter mais possibilidades de escolha diante da maternidade e que a gravidez não seja um ônus para esta mulher. Ainda, os direitos da criança serão assegurados, posto que suas necessidades serão atendidas em qualquer uma das possibilidades.

VI- Sugestão de operacionalização:

Se aprovada, a presente tese é de aplicabilidade prática e imediata, especialmente entre os/as Defensores/as Públicos/as que atuam perante as Varas de Execução Penal, realizando pedidos, a partir da fundamentação acima, de reconhecimento, nos termos dos artigos 41, II, e 126, §1º e 4º da Lei de Execuções Penais, de que o período, não inferior a 120 dias, em que a mulher presa estiver

afastada do trabalho, em razão da gravidez e dos cuidados com a criança, seja reconhecido para fins de remição e remuneração.

Yasmin O. M. Pestana

Defensora Pública

[1]Disponível em: . Acesso em: 24.11.16.

[2]Disponível em: . Acesso em: 24.11.16.

[3] Disponível em:http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3_090213-144507-483.pdf. Acesso em: 25.11.16.

[4] Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/servicos-ao-cidadao/todos-os-servicos/salario-maternidade/>. Acesso em: 28.11.16.

[5]Disponível em: . Acesso em: 24.11.16.

[6] KERGOAT, Danièle. Divisão sexual do trabalho e relações sociais de sexo.
Disponível em:
http://poligen.polignu.org/sites/poligen.polignu.org/files/adivisaosexualdotrabalho_0.pdf.

[7] Disponível em: <https://www.justica.gov.br/noticias/201clugar-de-crianca-nao-e-na-prisao-nem-longe-de-sua-mae201d-diz-pesquisa/pesquisa-dar-a-luz-na-sombra-1.pdf>. Acesso em: 23.11.16.