

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

CAMILA DE CARLI

**DESAFIOS CONSTITUCIONAIS: A CONDIÇÃO DAS MÃES-PRESAS NA
EXECUÇÃO PENAL
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Santa Rosa
2017

CAMILA DE CARLI

**DESAFIOS CONSTITUCIONAIS: A CONDIÇÃO DAS MÃES-PRESAS NA
EXECUÇÃO PENAL
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Prof. Ms. Cláudio Rogério Sousa Lira

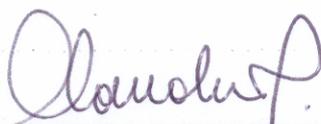
Santa Rosa
2017

CAMILA DE CARLI

**DESAFIOS CONSTITUCIONAIS: A CONDIÇÃO DAS MÃES-PRESAS NA
EXECUÇÃO PENAL
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

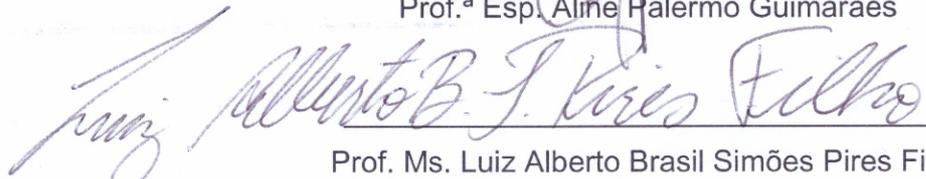
Banca Examinadora



Prof. Ms. Cláudio Rogério Sousa Lira – Orientador



Prof.^a Esp. Aline Palermo Guimarães



Prof. Ms. Luiz Alberto Brasil Simões Pires Filho

Santa Rosa, 29 de novembro de 2017.

DEDICATÓRIA

Dedico ao meu pai, minha mãe e meu irmão, Lucas, pelo amor, incentivo e dedicação durante todas as etapas da minha vida.

À minha amada avó, Albertina, que em vida zelou por mim.

Ao meu companheiro de vida, Rafael, pelo companheirismo e compreensão.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Prof. Ms. Cláudio Rogério Sousa Lira, pelo compromisso e paciência na construção desse trabalho, por ter compartilhado comigo seus conhecimentos e participado da minha formação durante o estágio no Ministério Público.

Àqueles com que tive a satisfação de conviver durante o estágio no Ministério Público, Dr. Ronaldo, Teilor e Maiara.

Costuma-se dizer que ninguém conhece verdadeiramente uma nação até que tenha estado dentro de suas prisões. Uma nação não deve ser julgada pelo modo como trata seus cidadãos mais elevados, mas sim pelo modo como trata seus cidadãos mais baixos.

Nelson Mandela

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso propõe o estudo, a partir de uma perspectiva da legislação, da doutrina e de julgados nacionais acerca da situação da mãe-presa na execução penal, levando-se em consideração a condição do infante no cárcere. Nesse sentido, nota-se a crescente vulnerabilidade dos infantes dessas mães-presas frente ao sistema, que são obrigados a serem gestados e, muitas vezes, a viverem parte de sua infância atrás das grades, como indivíduos, na sua grande maioria, esquecidos pelas autoridades. Desse modo, a problemática desse estudo consiste em aferir a possibilidade de concessão de prisão domiciliar para mães-presas na execução penal, considerando os infantes que vivem nas penitenciárias brasileiras, analisando os pressupostos do Direito Constitucional, bem como as normativas infraconstitucionais e internacionais sobre o tema e, ainda, estudando os fundamentos históricos e doutrinários, as disposições constitucionais e internacionais acerca do tema e, por fim, contextualizando julgados a respeito da situação das mães-presas e seus filhos. Em relação à metodologia, a pesquisa tem como método de abordagem o hipotético-dedutivo e, secundariamente, o método histórico e comparativo. Ademais, o está dividido em três capítulos de forma lógica: o primeiro capítulo contextualiza o tema historicamente e doutrinariamente no Direito Penal e Processual Penal, dispondo acerca dos ordenamentos criminais anteriores e do atual sistema punitivista; o segundo capítulo aborda as normativas constitucionais e infraconstitucionais, bem como os dispositivos nacionais e internacionais de proteção à mãe-presa e aos seus filhos e, por fim, o terceiro capítulo relata a realidade do cárcere brasileiro para as mães-presas e contextualiza julgados dos Estados de São Paulo, Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Distrito Federal. Considerando o exposto durante o presente trabalho, nota-se que há grande violação dos direitos dos infantes, razão pela qual a pesquisa apresenta a concessão de prisão domiciliar às mães-presas como uma medida que dialoga com as premissas de direitos e garantias fundamentais, sobretudo a partir da leitura do princípio da proteção integral da criança e, por analogia, ao disposto no art. 318, incisos IV e/ou V, do CPP cumulado com o art. 117 da LEP.

Palavras-chave: mães-presas – cárcere – prisão domiciliar.

ABSTRACT

The present conclusion work proposes the study, from a perspective of the legislation, doctrine and of national judgments about the situation of the mother-prisoner in the criminal execution, taking into account the condition of the infant in the jail. In this sense, it is possible to note the increasing of vulnerability of the infants that has the mother-prisoner, considering the system, who are forced to be born and, often, to live part of their childhood behind the bars as individuals, in large majority, forgotten by authorities. Thus, the problem of this study is to assess the possibility to grant house arrest to mothers-prisoners in the criminal execution, considering the infants who live in Brazilian prisons, analyzing the assumptions of Constitutional Law, as well as infraconstitutional and international norms about the theme, and also studying the historical and doctrinal foundations, constitutional and international provisions about the subject and, finally, contextualizing judgments about the situation of the mothers-prisoners and theirs children. In relation to methodology, the investigation has as a method of approach the hypothetic- deductive and, secondarily, the historical and comparative method. In addition, the research is divided in three chapters in a logic way: the first one contextualizes the subject historically and doctrinally in Criminal Law and procedures, providing about previous criminal orders and the current punitive system; the second one deals with constitutional and infraconstitutional norms, as well as national and international provisions regarding the protection of the mother-prisoner and her children and, finally, the third one reports the reality of the Brazilian Prisons for the mothers-prisoners and contextualizes judgments of the State of São Paulo, Santa Catarina, Rio Grande do Sul and Federal District. Considering what has been exposed during the present study, it was possible to note that there are a great violation of the rights of the infants, reason why this research presents the granting of house arrest to mothers-prisoners as a measure that dialogues with the premises of rights and fundamentals guarantees, especially from the reading of the principle of the integral protection of the child and, by analogy, the provisions of the art. 318, IV and/or V, of the Code of Criminal Procedure cumulated with the art. 117 of the Law of Criminal Execution.

Keywords: mothers-prisoners – prison – house arrest.

LISTA DE ABREVIações, SIGLAS E SÍMBOLOS

LEP – Lei de Execuções Penais

n. ° - número

D. – Dom

STJ – Superior Tribunal de Justiça

Art. – artigo

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ECI – Estado de Coisas Inconstitucional

PSOL – Partido Socialismo e Liberdade

STF – Supremo Tribunal Federal

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

OEA – Organização dos Estados Americanos

CNPPC – Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária

ONU – Organização das Nações Unidas

INFOPEN – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias

SUSEPE – Superintendência de Serviços Penitenciários

CPP – Código de Processo Penal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DO SISTEMA PUNITIVO.....	13
1.1 DOS ORDENAMENTOS CRIMINAIS	15
1.2 SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO	23
2 RECLUSÃO FEMININA E MATERNIDADE	32
2.1 PREVISÕES CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS.....	36
2.2 DIREITO INTERNO E PROTEÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL.....	43
3 GESTAÇÃO E INFÂNCIA NA PRISÃO	52
3.1 ESTUDO DA MULHER E DO INFANTE NO CÁRCERE.....	57
3.2 ANÁLISE DO CONTEXTO FÁTICO DA MÃE-PRESA E SEUS FILHOS	65
CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS.....	76

INTRODUÇÃO

O sistema penitenciário é um dos grandes problemas que atingem a população em nível nacional. Tal situação é decorrente das constantes violações, no interior dos complexos prisionais brasileiros, de direitos humanos e fundamentais mais básicos do ser humano, garantidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O presente trabalho de conclusão de curso propõe o estudo sobre a situação da mãe-presas¹ na execução penal, levando-se em consideração a condição do infante no cárcere, partindo de uma perspectiva da legislação, da doutrina e de julgados nacionais.

Nesse sentido, em razão da séria problemática do sistema carcerário nacional, que se encontra em *Estado de Coisas Inconstitucional*², nota-se a crescente vulnerabilidade dos infantes dessas mães-presas frente ao sistema, que são obrigados a serem gestados e, muitas vezes, a viverem parte de sua infância atrás das grades. A dificuldade consiste no fato de que a população carcerária feminina é invisível ao governo e, conseqüentemente, os filhos dessas mães-presas são ignorados pela sociedade e esquecidos nos ambientes insalubres das penitenciárias.

Assim, o propósito do presente estudo é o de analisar as previsões do Direito Constitucional, bem como as normativas infraconstitucionais e internacionais sobre o tema e, ainda, investigar historicamente o direito punitivo do País, os princípios e as garantias do ordenamento nacional e internacional e, por fim, avaliar a contextualização da maternidade no cárcere por meio da análise de julgados, a fim de aferir acerca da possibilidade de concessão de prisão domiciliar para mães-presas na execução penal.

¹ A palavra composta “mãe-presas” considerada na presente investigação está posta nessa ordem porque a expressão deve ser levada em conta a partir do paradigma de que, antes de ser presa, a mulher merece ser vista como mãe, portanto, um sujeito de direito diferenciado, dada sua condição de gestante, lactante e dos demais deveres inerentes à maternidade.

² O instituto do Estado de Coisas Inconstitucional foi reconhecido relativamente ao sistema carcerário nacional, por meio do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL).

Em relação à metodologia, levando-se em consideração que o objetivo geral do presente trabalho é o de analisar os pressupostos do Direito Constitucional, bem como das normativas infraconstitucionais e internacionais sobre o tema, caracteriza-se, quanto à natureza, como teórica, pois analisará documentos diretos e indiretos para desenvolvimento da pesquisa. Ademais, o tratamento dos dados será de forma qualitativa, uma vez que a organização e apreciação das informações colhidas torna-se necessária para o pleno desenvolvimento da presente pesquisa. Nesse ponto, o resultado será retratado em forma de relato dos aspectos mais relevantes da pesquisa, a fim de dar ênfase à possibilidade de concessão da prisão domiciliar em favor das mães-presas.

Outrossim, a finalidade da pesquisa é a de apresentar o fenômeno de forma descritiva e exploratória. Nesse ponto, proporcionará uma nova visão a esta manifesta – e para alguns latente – realidade do sistema carcerário brasileiro, com ênfase às mães-presas, que convivem com o sofrimento diariamente junto de seus filhos incorporados ao sistema penitenciário. Assim, nesse estudo, haverá pesquisa bibliográfica por meio da legislação, livros doutrinários e decisões judiciais, bem como será analisado, em momento oportuno, as razões pelas quais as hipóteses levantadas são possíveis e viáveis ao Estado. Ainda, a pesquisa terá como método de abordagem o hipotético-dedutivo, a fim de explicar o fenômeno em destaque e, após, utiliza-se os métodos secundários de abordagem a fim de auxiliar o principal: histórico, para desenhar os fundamentos teóricos da pesquisa; e comparativo, a fim de confrontar os dados gerados a partir dos dados analisados.

Na pesquisa, fundamenta-se o construto teórico por meio de três capítulos que tratam, de maneira lógica, sobre o conteúdo pertinente à problemática proposta. No primeiro capítulo, expõem-se os fundamentos doutrinários referentes ao histórico geral do direito punitivista no Brasil, expondo os ordenamentos criminais vigentes em cada fase do País e, após, a análise do sistema punitivista atual em relação à aplicação da pena e suas questões relacionadas.

No segundo capítulo, apresenta-se uma pesquisa na legislação vigente, com ênfase no Direito Constitucional, legislações infraconstitucionais e internacionais, bem como normativas nacionais acerca do encarceramento feminino e, principalmente, maternidade e infância no cárcere brasileiro. Por fim, no terceiro capítulo, investiga-se a situação da mãe-presas e do infante inserido no cárcere, tal como a contextualização

de julgados dos Estados de São Paulo, Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Distrito Federal.

1 DO SISTEMA PUNITIVO

Os complexos penitenciários são um dos grandes problemas do Estado Brasileiro, sendo alvo de diversas denúncias perante órgãos de defesa dos direitos humanos a nível mundial. Isto porque, são moradas da violação em massa de direitos humanos, desde aos mais básicos, até os específicos de cada indivíduo, garantidos pela Constituição Federativa da República do Brasil de 1988 e pela Lei de Execuções Penais (LEP), a qual regula todo o procedimento de cumprimento da sanção penal fixada.

Com efeito, neste âmbito de violações, surge a figura da reeducanda gestante, ou até mesmo, lactante. Esta, como se não bastassem todos os medos, anseios e dúvidas advindas com a maternidade, necessita (obrigatoriamente) lidar com a segregação de sua liberdade; muitas mulheres, nesta situação específica, pela falta de estudo ou desconhecimento da lei, ignoram o futuro de sua prole, causando – ainda mais – desconforto no cárcere.

O atual discurso acerca do sistema carcerário brasileiro começa, sem dúvidas, no insucesso das políticas públicas do aprisionamento, na ineficácia da Lei de Execuções Penais (Lei n.º 7.210/84) com ênfase da não ressocialização do preso e, ainda, dos nefastos efeitos da prisão no indivíduo, seja socialmente ou psicologicamente. Muitos juristas defendem a revisão do código penal, de modo a acrescentar bens jurídicos tutelados ou, ainda, diminuir a maioria penal. Ocorre que, apesar de todo discurso acerca da prisão, pouco se fala nas pessoas que “vivem” a pena com o apenado, são eles seus familiares.

Assim, é necessário realizar um debate em relação à extensão da pena, a qual atinge, além do condenado – ou condenada -, seus familiares. Apesar da Constituição Federativa da República do Brasil de 1988 prever, no seu artigo 5º, inciso XLV, que a pena não passará à nenhuma pessoa além do condenado (BRASIL, 1988), é visível o descumprimento desta garantia dos familiares da presa. Não há como negar que o atual sistema punitivo fere este preceito, uma vez que os familiares da apenada, em especial, sua prole, sofrem e, muitas vezes, ficam isolados nas cadeias junto destas.

O sistema carcerário brasileiro é reconhecido mundialmente pela sua desatenção com as políticas públicas, bem como com o papel do direito penal e processual penal ao longo do lapso temporal em que o preso (ou presa) é vítima do

sistema. Segundo Nilo Batista, o direito penal tem funções concretas dentro de uma sociedade e, para iniciantes na área jurídica, é de suma importância aprendê-las – e colocá-las em prática –, sob pena de uma compreensão limitada de todo sistema jurídico; ademais, o direito penal tem função política, ou seja, a missão de realizar os fins da sociedade (BATISTA, 2002).

Focando na função do direito penal, é necessário observar o processo legislativo, no qual “ a racionalidade deve alicerçar a atividade do legislador para a tomada de decisões no processo de produção das leis” (LIRA, 2013, p. 126), sobretudo na produção das leis penais, as quais atingem o indivíduo transgressor da lei em sua essência, dependendo da gravidade, atingindo até sua liberdade, garantida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Nesse sentido, o Direito Penal pode ser conceituado como um “[...] conjunto de normas jurídicas que preveem os crimes e lhes cominam sanções, bem como disciplinam a incidência e a validade de tais normas [...]” (BATISTA, 2002, p. 24). As sanções referidas no conceito do jurista podem ser definidas como uma

resposta estatal ao infrator da norma incriminadora (crime ou contravenção), consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do agente. Sua imposição depende do devido processo legal, através do qual se constata autoria e materialidade de um comportamento típico, antijurídico e culpável não atingido por causa extintiva de punibilidade. (CUNHA, 2015, p. 383).

Assim, o sistema punitivo, de modo geral, visa assegurar o cumprimento do disposto na sentença penal condenatória, emanada de um processo judicial que teve regular trâmite no Poder Judiciário. Todavia, o modo de execução da pena privativa de liberdade no Brasil não é um modelo a ser seguido, sendo, por diversas vezes, alvo de denúncias perante os órgãos internacionais de Direitos Humanos.

Logo, uma análise histórica é fundamental para compreender o porquê o sistema carcerário brasileiro não é modelo e referência, apesar da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Código Penal, Código de Processo Penal e Lei de Execuções Penais serem, em sua essência, perfeitas. Com efeito, a grande bagagem histórica trazida pelo País, desde a chegada dos portugueses até os dias atuais, é fonte de toda a marginalização do sistema, eis que o Brasil não se originou de um direito nacional, mas sim, de direitos estrangeiros não aplicáveis a sua realidade, sendo simplesmente impostos pelos colonizadores.

1.1 DOS ORDENAMENTOS CRIMINAIS

Inicialmente, para melhor compreensão do tema, é apresentado um estudo histórico e uma retomada legislativa no âmbito penal, em nível mundial e, com ênfase, no nacional. Cumpre salientar que, o povo brasileiro, desde a chegada dos portugueses no território, muito sofreu com a imposição de legislações que não foram construídas para sua realidade, amplamente distinta da vivenciada por Portugal.

É necessário realizar explanação acerca do Brasil pré-colonial, ou seja, antes do descobrimento do território. O verbo *descobrir* pode constituir uma ideia de que não havia população humana no território, face a existência, quase que ignorada pelos portugueses, da população indígena (FAUSTO, 1995). Nesse momento, os indígenas viviam a chamada vingança privada, marcada pelo direito consuetudinário.

Desse modo, na época pré-descobrimto não havia consonância nas sanções penais; a vingança privada era uma espécie de represália, uma vez que a ofensa não era considerada exclusivamente contra a vítima, mas sim, contra todo o grupo a que pertencia (MASSON, 2011). Ainda, os meios de punição eram marcadas pela tortura e, ainda, castigos físicos (MASSON, 2011). Desse modo, não havia

qualquer proporção entre o delito praticado e a pena imposta, e, nesse sentido, envolvia desde o indivíduo isoladamente considerado até o seu grupo social, com sangrentas batalhas, causando, muitas vezes, a completa eliminação das tribos. (MASSON, 2011, p. 55).

Assim, o território, mais tarde, denominado Brasil foi descoberto pelo povo português em 22 de abril de 1500, mais precisamente por Pedro Álvares Cabral (FAUSTO, 1995). Os colonizadores, ao chegarem na costa brasileira, tomaram posse das terras nacionais que pertenciam aos indígenas. Desde então, os estrangeiros sentiram-se verdadeiros donos do “novo mundo”. Ocorre que, para a nação colonizadora, o Brasil não era uma verdadeira nação, mas sim, simples aventura para busca de riquezas (WOLKMER, 2006).

Ao que tudo indica, o direito nacional teve o mesmo destino da cultura em geral, ou seja, a pura e simples imposição. Com efeito, a evolução legislativa brasileira não foi obra gradual da vivência cotidiana do povo, mas sim, imposição de legislações do povo colonizador, na forma de monopólio (WOLKMER, 2006). O País não teve a

chance de desenvolver, em etapas, um direito brasileiro em sua essência, estando fadado ao desenvolvimento por meio de um direito estrangeiro não amoldado às suas peculiaridades.

Os indígenas, quando da chegada da colonização portuguesa, estavam em um período que pode ser denominado neolítico, momento em que havia grande desordem em relação ao misticismo, direito e divino, fatores usados para a resolução de questões (WOLKMER, 2006). Salienta-se que imperava a vingança privada (PRADO, 2015), modo em que “[...] a reação punitiva partia da própria vítima ou pessoas ligadas ao seu grupo social [...]” (CUNHA, 2015, p. 43).

Posto isto, com o descobrimento do território que mais tarde seria o País Brasil, iniciou-se o período denominado Colonial ou Brasil Colônia. Do ano de 1500 até, aproximadamente, 1535, não ocorreu uma colonização plena, mas somente a exploração da atividade econômica de extração do pau-brasil, mediante troca de objetos com os indígenas (FAUSTO, 1995).

Frisa-se que, a partir de 1500, durante três décadas, não há como falar em um direito propriamente brasileiro (NASCIMENTO, 2009). Ademais, o início da colonização portuguesa foi marcada pela aplicação dos forais, momento em que o território brasileiro foi dividido em Capitânicas Hereditárias, cada uma cedida a um donatário, o qual tinha poder de administrador, legislador e juiz. Nesse sentido, frisa-se que

não havia uma burocratização quanto aos procedimentos e confundia-se em uma só pessoa as funções de legislar, acusar e julgar, ao donatário competia a função de “administrador, chefe militar e juiz ao mesmo tempo; o donatário não repartia com outros o direito de aplicar a lei aos casos ocorrentes, dirimindo os conflitos de interesses e direitos entre os habitantes da capitania. (WOLKMER, 2006, p. 297).

Ocorre que, tal sistema não obteve êxito na colônia brasileira, com exceção das Capitânicas de São Vicente e Pernambuco, as demais não sobreviveram, seja por escassez de recursos ou ataques dos indígenas locais. Assim, houve uma centralização administrativa com a nomeação de um governador-geral. Logo, com a perda da força dos poderes dos donatários, tiveram grande influência as ordenações reais, as quais eram conjuntos das leis vigentes (WOLKMER, 2006).

Neste momento, vigorava em Portugal as Ordenações Afonsinas, promulgadas em 1446 por D. Afonso V (reinado de 1438 – 1481), com caráter religioso (CUNHA,

2015). Logo, também passaram a vigorar no Estado Brasileiro. Salienta-se que, o rei Dom João I iniciou a confecção das leis gerais em 1385, trabalho que somente foi concluído no reinado de Afonso V, fato que motiva a nomenclatura usada para a ordenação.

As Ordenações Afonsinas foram a primeira grande compilação de leis. Encontram-se divididas em cinco livros, quais sejam: o Livro I trata dos cargos da administração e da justiça; o Livro II cuida da relação entre Estado e Igreja; o Livro III discorre sobre o processo civil; o Livro IV trata, em suma, do direito civil e, finalmente, o Livro V versa sobre o processo penal, tipificando os crimes e as sanções.

Salienta-se que, estas Ordenações apresentavam conteúdo de Direito Romano e Direito Canônico (MASSON, 2011). Masson explica alguns traços relevantes em relação às penas desse período, elencadas na compilação, veja-se:

Tinham como traços marcantes a crueldade das penas, a inexistência de princípios sagrados como o da legalidade e o da ampla defesa, predominando a arbitrariedade dos juízes quando da fixação da pena.

A prisão tinha caráter preventivo. Mantinha-se o delinquentes preso para evitar sua fuga até ser julgado, ou para obrigá-lo ao pagamento da pena pecuniária. (MASSON, 2011, p. 66).

Após, em 1521, foram revogadas pelas Ordenações Manuelinas, promulgadas no reinado de D. Manuel I, as quais foram uma espécie de revisão da antecedente, visando um melhor entendimento das técnicas existentes (WOLKMER, 2006). Salienta-se que, durante o período de vigência das Ordenações Afonsinas, houve a necessidade de publicação de novas leis, de modo a regular a sociedade em geral da época. Assim, as Ordenações Manuelinas nada mais foram do que a compilação das leis extravagantes e a legislação presente nas Ordenações Afonsinas (WOLKMER, 2006).

Ademais, nesta compilação de leis, as sanções eram severas ao extremo, correspondiam proporcionalmente à época da vingança privada, além disso, nesse período ainda vigoravam as capitâneas hereditárias, portanto, quem aplicava o direito eram os donatários (MASSON, 2011). Nesse sentido, as Ordenações Manuelinas tinham como objetivo normatizar questões referentes a cargos públicos, guerras, impostos, igrejas, processo civil e penal, dentro outros assuntos importantes; tudo isso, demonstrava a inquietude do monarca D. Manuel I em preservar o ideário de justiça, o que é justificado no prólogo da ordenação (GAMA, [20--]):

Considerando nós quão necessária em todo o tempo é a justiça, assim na paz como na guerra, para a boa governação e conservação de toda a República e estado real: a qual como membro principal e mais que as outras virtudes excelente, assim mais que todas aos príncipes convém, e nela como em verdadeiro espelho de consciência se devem sempre rever e esmerar: porque como a justiça consiste em igualdade, e com justa balança dar o seu a cada um; assim o bom rei deve ser sempre um e igual a todos em retribuir a cada um segundo seus merecimentos. (GAMA, [20--] *apud* ORDENAÇÕES MANUELINAS, p. LXXXVI).

Em seguida, sobreveio o chamado Código de D. Sebastião, o qual compilava diversas leis inacessíveis e de difícil compreensão pela população da época (CUNHA, 2017). Logo, em 1603, sobrevieram as Ordenações Filipinas, as quais subsistiram até 1830, ou seja, período já compreendido como Imperial no Brasil, anteriormente, colonial. O período Imperial é iniciado com a Proclamação da Independência em 07 de setembro de 1822.

Nota-se que as Ordenações Filipinas, em geral, mantiveram as peculiaridades das antecedentes, mostrando-se, mais uma vez, não ligadas aos direitos humanos, desconhecidos naqueles tempos, bem como às penas severas fixadas de maneira desproporcional à conduta humana. Nesse sentido, não havia aplicação de princípios como da legalidade e da personalidade das penas, ficando os descendentes também penalizados pela conduta do ascendente (MASSON, 2011).

Cumprе ressaltar que Tiradentes, ativista político, foi executado sob a vigência deste ordenamento, estendendo a sanção e suas consequências a seus descendentes (MASSON, 2011). Outrossim, o Código Filipino era respaldado em sua integralidade na religião, nessa época o Direito “[...] era confundido com moral e religião, punindo-se rigor os hereges, apóstatas, feiticeiros e benzedores. As penas eram cruéis e desumanas [...]” (CUNHA, 2017, p. 56), com o objetivo único de implantar o temor pela sanção penal.

Posto isto, as Ordenações Filipinas vigoraram no território por mais de 200 (duzentos) anos, ou seja, segundo Masson, até 1830 (MASSON, 2011), sendo a base do direito no período colonial e durante o período compreendido como imperial. Salienta-se que o texto do Código Filipino foi gradativamente revogado por outros com as mesmas influências, sendo que suas normas relativas ao direito civil vigoraram no território até a publicação, em 1916, do Código Civil Nacional (WOLKMER, 2006).

Outrossim, anteriormente à análise acerca das legislações no Período Imperial Brasileiro, é necessário realizar breve análise da Estrutura do Poder Judiciário daquela época, segundo Wolkmer. Primeiramente, destaca-se a figura do ouvidor-geral, maior autoridade da época; após, pode-se citar a primeira instância de julgamento como sendo composta por diversos operadores do Direito, segundo Wolkmer “[...] juizes ordinários, os juizes de fora, os juizes de vintena, os juizes de órfãos [...]” (WOLKMER, 2006, p. 299).

Em relação à segunda instância de julgamento, esta somente foi instituída em 1609 e era composta por desembargadores e exercida nos Tribunais de Relação, o primeiro foi o Tribunal de Relação na Bahia, todavia, não chegou a ser efetivamente estabelecido. Após, surgiu, em 1751, o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, o qual surtiu os efeitos jurídicos da época (WOLKMER, 2006). Logo acima dos Tribunais de Relação, havia a Casa da Suplicação em Lisboa, denominada como a terceira estância de julgamento, o qual somente era acessada em casos peculiares.

Portanto, por conseguinte às Ordenações Filipinas, com efeito, durante sua já parcial vigência, sobreveio importante documento jurídico, a Constituição Imperial de 1824, primeira Constituição Brasileira, a qual determinava em seu artigo 179, XVIII, a elaboração de um Código Criminal (MASSON, 2011). Salienta-se que, isso tudo ocorreu após a Proclamação da Independência, ocorrida em 07 de setembro de 1822, marcando o início da época denominada como Brasil Império (FAUSTO, 1995).

Nesse contexto, surgiu o Código Criminal de 1830, o qual fomentou “[...] um direito penal protetivo e humanitário, permitindo a individualização da pena [...]” (CUNHA, 2017, p. 56). Ademais, este código diferenciava as penas restritivas de liberdade (banimento, desterro) e as penas privativas de liberdade (prisão simples, pena de galés) (PRADO, 2015). Com efeito, a Constituição do Império, em seu artigo 179, item XX, determinava que

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...]

XX. Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infamia do Réo se transmittirá aos parentes em qualquer gráo, que seja. (BRASIL, 1824)

O excerto da Carta Magna acima transcrito é considerada a primeira manifestação do consagrado princípio da personalidade da pena (MASSON, 2011).

Além disso, o Código Criminal de 1830 abordou o Princípio da Legalidade de Cesare Beccaria em seus artigos 1º “Não haverá crime, ou delicto (palavras sinonimas neste Codigo) sem uma Lei anterior que o qualifique.” (BRASIL, 1830) e 33 “Nenhum crime será punido com penas, que não estejam estabelecidas nas leis, nem com mais, ou menos daquellas” (BRASIL, 1830).

Ainda, surgiu nesse período, mais precisamente em 1832, o Código de Processo Criminal de primeira instância, que segundo Koerner, estava baseado em entendimentos de ordem iluminista (KOERNER, 2006) que tinha como sanções a “[...] condenação à morte, à prisão, simples ou com trabalho, às galés, ao degredo, ao banimento, ao desterro, a multas e à suspensão ou perde de emprego público.” (KOERNER, 2006, p. 208). Além disso, neste Código foi instituído o sistema processual misto (MESSA, 2014).

Seguindo a história, em 13 de maio de 1888 foi assinada a “Lei Áurea” por Princesa Isabel, a qual determinou a abolição da escravidão no Brasil e, por conseguinte, ocorreu a Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, momento em que foi necessário um remanejamento da legislação criminal (SILVA, 2016), o que ocorreu antes da Constituição de 1891.

Com efeito, no Período Republicano, sobreveio o Código Criminal de 1890, o qual foi criado às pressas, sem observar o movimento positivista existe na época, segundo Masson, foi uma verdadeira “colcha de retalhos” (MASSON, 2011). Em relação às prisões, este código acolheu a pena de banimento, a qual não foi acolhido pela Constituição de 1891 (PRADO, 2015). Todavia, conforme Silva, é possível elencar algumas características:

consagrou o princípio da reserva legal (art. 1º), a retroatividade da lei mais benéfica (art. 3º), definiu crime e contravenção, bem como a distinção entre dolo e culpa (arts. 7º e 8º), consumação e tentativa (arts. 12 e 13), autoria e cumplicidade (arts. 18 e 21), estabeleceu a responsabilidade pessoal (art. 25), definiu a maioridade penal aos 14 anos ou a partir dos 09 se o agente tivesse discernimento (art. 27), [...], as excludentes de ilicitude (arts. 32 a 35) (SILVA, 2016, p. 60-70).

Ocorre que, em razão das diversas leis extravagantes criadas para suprir as deficiências deste Código, sobreveio a Consolidação das Leis Penais, promulgada em 1932 (MASSON, 2011). Isto porque, surgiu a necessidade de compilar as diversas reformas ocorridas por estas leis esparsas, as quais revogaram diversos dispositivos do Código Criminal de 1890 (SILVA, 2016).

Salienta-se que, todo esse contexto ocorreu durante a vigência da Constituição de 1891, a qual foi a “[...] primeira Constituição da República do Brasil (a segunda do constitucionalismo pátrio) [...]” (LENZA, 2013, p. 107). Ainda, segundo Lenza, essa Constituição foi inspirada na Constituição norte-americana de 1787, determinando o sistema de governo como presidencialista e substituindo a monarquia pela república (LENZA, 2013).

Após, sobreveio a Constituição de 1934, a qual “[...] sofreu forte influência da Constituição de Weimar da Alemanha de 1919, evidenciando, assim, os direitos humanos de 2ª geração ou dimensão e a perspectiva de um Estado social de direito [...]” (LENZA, 2013, p. 113). Além disso, em seu rol de Direitos e Garantias fundamentais, elenca as seguintes em seu artigo 113, considerando a legislação criminal:

Art. 113. [...]

[...]

27) A lei penal só retroagirá quando beneficiar o réu.

28) Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente.

29) Não haverá pena de banimento, morte, confisco ou de caráter perpétuo, ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar, em tempo de guerra com país estrangeiro.

[...]

(BRASIL, 1934).

Em 1937, considerando o governo de Getúlio Vargas, foi promulgada a Carta de 1937, a qual foi denominada “Polaca” em razão inspiração na Constituição Polonesa fascista de 1935 (LENZA, 2013). Esta Constituição assegurou, por exemplo, o direito de liberdade e segurança da pessoa humana, todavia, não teve efetiva aplicação, uma vez que muitos de seus dispositivos permaneceram como puro direito simbólico, ocorrendo uma ditadura (SILVA, 1998).

Por conseguinte, visando uma redemocratização do País, foi promulgada a Carta Magna de 1946, a qual teve como premissas as Cartas de 1891 e 1934; ademais, frisa-se que, conforme José Afonso da Silva essa Constituição “[...] voltou-se [...] às fontes formais do passado, que nem sempre estiveram conformes com a história real, o que constituiu o maior erro daquela Carta Magna, que nasceu de costas para o futuro [...]” (SILVA, 1998, p. 87).

Nota-se, outrossim, que entre as Constituições de 1937 e 1946 sobreveio o atual Código Penal, sancionado em 1940, passando a vigorar desde 1942 até os dias

de hoje. Seu projeto foi apresentado durante o período do Estado Novo, em 1937, por Alcântara Machado (PRADO, 2015), o qual foi alterado pela Lei n.º 6.416/1977 e Lei n.º 7.209/1984. Vale ressaltar que o “[...] projeto foi inspirado no Código Penal italiano, também chamado de “Código Rocco” em homenagem a Alfredo Rocco, que ocupava o Ministério da Justiça na época de sua promulgação” (SILVA, 2016, p. 70).

A primeira alteração, em 1977, por meio da Lei n.º 6.416/77 consistiu em uma atualização “[...] essencialmente sobre a pena, tendo sido estabelecida, ainda, a possibilidade de concessão de perdão judicial no crime de homicídio, na modalidade tentada” (SILVA, 2016, p. 71). A segunda alteração, em 1984, por meio da Lei n.º 7.209/84, reformou a Parte Geral do Código Penal, “[...] modernizando seus conceitos, consolidando um novo sistema de cominação, aplicação e cumprimentos de penas, culminando na possível progressão de regime.” (SILVA, 2016, p. 71).

Ademais, em relação ao Código de Processo Penal, salienta-se que este entrou em vigência no ano de 1942, o qual, segundo Renato Brasileiro de Lima, tem nítida influência do “[...] modelo fascista italiano” (LIMA, 2017, p. 1014). Em sequência, em 1967 foi promulgada nova Constituição, tendo como Presidente da República, na época, o Marechal Arthur da Costa e Silva. Tratou-se de Carta extremamente autoritária, suspendendo direitos e garantias constitucionais, ou seja, diminuiu a autonomia individual (SILVA, 1998). Ainda, foi alterada substancialmente por meio da Emenda Constitucional n.º 01 em 1969, o que pode ser considerado como nova Constituição (SILVA, 1998).

Em 1984, surge a Lei n.º 7.210, denominada Lei de Execuções Penais, a qual, mesmo anterior à Constituição de 1988, idealizou uma execução penal totalmente voltada à efetivação dos direitos humanos aos reeducandos do sistema penal (BRASIL, 1984a). Por fim, sobreveio a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que está em vigência até os dias atuais, na qual o povo brasileiro pode escolher qual forma de governo o Estado adotaria, ou seja, República ou Monarquia; apesar da forma de governo republicano ser cláusula pétrea, a consulta foi possível em razão da Assembleia Nacional Constituinte possuir poderes de constituinte originário (PINHO, 2011). Ademais, com essa Constituição houve uma restauração da democracia e a enaltecimento dos direitos fundamentais da pessoa humana (PINHO, 2011).

Posto isto, é possível observar que, desde o início, com a colonização portuguesa, o território brasileiro sofreu com a intervenção sem limites do povo colonizador. Com efeito, o Brasil não teve a chance de estabelecer um direito propriamente nacional, sendo alvo de pura e simples imposição de legislações não adequadas à sua realidade. Por isso, o estudo histórico acima exposto é de suma importância para compreender a atual realidade brasileira – legislativa e propriamente dita-, a qual compreende um lapso entre o legal e o real sem precedentes, sendo, então, possível depreender que o histórico do País foi culminante para o atual estado de caos vivido pela sociedade.

1.2 SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO

O sistema punitivo brasileiro aplica suas disposições quando um indivíduo comete um fato típico, ilícito e culpável, conforme o conceito analítico de crime (QUEIROZ, 2012). Assim, inicia-se a investigação preliminar da infração penal, por meio de inquérito policial ou termo circunstanciado, fase inquisitória do procedimento penal. Após, começa a ação penal, a qual pode ser conceituada como “[...] o direito de pedir (ou exigir) a tutela jurisdicional do Estado, visando a resolução de um conflito advindo de um fato concreto” (CUNHA, 2017, p. 565).

No ponto, faz-se necessário explicar acerca da aplicação da pena pelo ordenamento jurídico brasileiro. Primeiramente, quando um indivíduo comete uma infração penal, inicia-se, em desfavor deste, uma ação penal para averiguar o modo como os fatos se deram até o cometimento da infração, realizando-se a oitiva de testemunhas, peritos e interrogatório, se possível, do próprio acusado. Somente após esse trâmite, sobrevém sentença penal de condenação ou absolvição. No caso, Renato Brasileiro de Lima bem define a sentença penal condenatória:

Sentença penal condenatória é a decisão judicial que atesta a responsabilidade criminal do acusado em virtude do reconhecimento categórico da prática da conduta típica, ilícita e culpável a ele imputada na peça acusatória (ou aditamento), impondo-lhe, em consequência, uma pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa. Para tanto, há necessidade de um juízo de certeza acerca da existência da infração penal e da respectiva autoria e/ou participação, sendo inviável a prolação de um decreto condenatório com base em um mero juízo de possibilidade e/ou probabilidade, sob pena de violação à regra probatória que deriva do princípio da presunção de inocência. (LIMA, 2015, p. 1491).

Na presente monografia, destaca-se a modalidade de sanção penal de pena privativa de liberdade, eis que intimamente ligada com a execução penal, tema-base para a explanação da problemática aqui analisada e questionada. Masson dispõe um breve e claro conceito acerca da pena privativa de liberdade: “[...] é a modalidade de sanção penal que retira do condenado seu direito de locomoção, em razão da prisão por tempo determinado” (MASSON, 2011, p. 560).

Assim, para a fixação da pena privativa de liberdade, o Código Penal adotou a teoria trifásica para cálculo do *quantum* de pena, disposta em seu artigo 68, *in verbis*: “art. 68 – A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código, em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e aumento” (BRASIL, 1940). Logo, por entendimento do artigo supracitado, o juiz competente analisará as circunstâncias judiciais, após as circunstâncias atenuantes e agravantes da conduta e, por fim, as causas de aumento e diminuição da pena.

Segundo Cunha, este método trifásico proporciona ao acusado um amplo direito de defesa, desenhando os “[...] parâmetros que conduziram o juiz à determinação da reprimenda” (CUNHA, 2017, p. 441). Após a dosimetria da pena, o magistrado determinará o regime inicial de cumprimento da pena, bem como se é o caso de substituir a sanção por medidas alternativas (CUNHA, 2017). Ademais, é um modo de individualizar a pena para cada condenado, assegurando, assim, o direito constitucional previsto no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988).

Em relação à primeira fase da dosimetria da pena, ou seja, na fixação da pena-base, o magistrado analisará todas as circunstâncias elencadas no artigo 59 do Código Penal, quais sejam: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, e comportamento da vítima (BRASIL, 1940). Justamente pelas circunstâncias serem todas de fixação subjetiva, não há *quantum* delimitado para cada uma; nesse sentido, Cunha explica que o entendimento majoritário é o montante de 1/6 a 1/8 para cada circunstância, não reduzindo do patamar mínimo e ultrapassando o máximo abstrato para cada infração penal (CUNHA, 2017).

Inicialmente, a circunstância da culpabilidade pode ser caracterizada como um “[...] juízo de reprovabilidade do comportamento do agente, apontando a maior ou

menor censurabilidade da conduta delituosa” (LIMA, 2017, p. 1519). Já a circunstância dos antecedentes do réu pode ser entendida como todas as informações da vida pregressa do acusado, antes do cometimento do crime a ser punido; nesse sentido, ações penais e inquéritos policiais em andamento não podem ser utilizados como maus antecedentes, é o consagrado pelo Súmula 444 do STJ³, sob pena de violação do princípio da presunção da inocência, garantido pelo artigo 5º, inciso LVII da CF/88 (BRASIL, 1988).

Destarte, a conduta social é definida como o comportamento do agente no meio social, ou seja, na sua comunidade; por conta disto, o magistrado precisa considerar o âmbito em que o réu vive para fixar a pena (QUEIROZ, 2012). Já a personalidade do réu, como pontua Lima, é “[...] síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo. Nesta circunstância, incumbe ao juiz aferir a boa (ou má) índole do acusado [...]” (LIMA, 2015, p.1496). No mais, os motivos do crime devem ser valorados com cautela, eis que seriam uma espécie de o porquê do crime; com efeito, Cunha entende que só devem ser analisados quando não fazem parte do tipo penal, sob pena de violação ao *bis in idem* (CUNHA, 2017).

Em relação às circunstâncias do crime, são compreendidas como as condições de ocorrência do crime, utilizados para melhor individualizar a sanção penal (QUEIROZ, 2012). As consequências do crime são os resultados e/ou efeitos decorrentes deste, não podendo ser confundidas, segundo Lima, com “[...] as consequências naturais tipificadoras do delito praticado” (LIMA, 2015, p. 1497). Por fim, a circunstância do comportamento da vítima

apesar de não justificar a prática delituosa, nem isentar o acusado de pena, o comportamento da vítima pode servir como fator criminógeno determinante para desencadear a prática delituosa. Caso isso ocorra, essa circunstância deve ser apreciada para fixar uma reprimenda mais branda ao acusado. No entanto, se esse comportamento da vítima for alcançado à categoria de eventual circunstância atenuante ou causa de diminuição de pena, não pode ser levado em consideração na fixação da pena-base, sob pena de *bis in idem* [...]. (LIMA, 2015, p. 1497).

Nesta senda, será calculada a pena-base, após análise de as todas as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal acima descritas. Assim, passa o magistrado para a segunda fase da dosimetria da pena a fim de fixar a pena

³ Súmula 444 do STJ – É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

intermediária, consistente na averiguação das circunstâncias atenuantes e agravantes previstas, respectivamente, nos artigos 65 e 61/62 do Código Penal. Conforme Queiroz, “[...] tais circunstâncias constituem dados ou fatos acidentais que, embora não modifiquem a tipificação da conduta, devem ser obrigatoriamente considerados na fixação da pena” (QUEIROZ, 2012, p. 451).

Cabe ressaltar que as circunstâncias agravantes estão enumeradas em um rol taxativo, previstas nos artigos 61 a 64 do Código Penal; todavia, as circunstâncias atenuantes revelam um rol exemplificativo, ou seja, não exaustivo, no artigo 65 do Código Penal (LIMA, 2015), uma vez que o próximo artigo assim dispõe: “Artigo 66 – A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei” (BRASIL, 1940).

Ademais, salienta-se que a legislação não fixou *quantum* para agravar ou atenuar, apesar de a doutrina estipular que o magistrado, ainda nesta fase, está intimamente ligado ao limite de mínimo e máximo da pena em abstrato para a infração penal (CUNHA, 2017). Logo, reconhecendo o magistrado a existência de agravantes, a pena caminha ao máximo legal estipulado; confirmando a existência de atenuantes, a pena caminha ao mínimo legal e, por fim, não havendo circunstâncias, esta válida a pena-base estipulada anteriormente (CUNHA, 2017).

Finalmente, a terceira fase da dosimetria da pena, denominada para fixação da pena definitiva, analisa as causas de aumento e diminuição da pena, também chamadas de majorantes e minorantes, respectivamente (LIMA, 2015). Frisa-se que as causas são naturalmente identificadas pelo Código Penal, uma vez que determinam o *quantum* de aumento e diminuição da pena, geralmente em forma de fração, havendo variação ou montante fixo (CUNHA, 2017).

Outrossim, a grande diferença entre as causas de aumento e diminuição de pena e as circunstâncias atenuantes e agravantes reside no fato de que as primeiras podem elevar a pena além no máximo permitido e diminuir aquém do mínimo permitido, já as segundas estão atreladas a estes limites definidos pela legislação (CUNHA, 2017). Nessa senda, está proporcionalmente fixada a pena definitiva para o delito, passando, agora, ao próximo passo da sentença, ou seja, a fixação do regime penitenciário inicial.

À luz do entendimento de Cunha, este expõe que o magistrado analisará as seguintes condições para fixação do regime inicial: “ (A) espécie da pena; (B)

quantidade da pena definitiva; (C) condições especiais do condenado; (D) circunstâncias judiciais (art. 59, CP) ” (CUNHA, 2017, p. 474). Nota-se que, mesmo havendo a possibilidade de substituição da prisão, o magistrado deve fixar o regime inicial em razão de eventual descumprimento da limitação (LIMA, 2015).

Os regimes iniciais de cumprimento da pena privativa de liberdade são divididos em: fechado, semiaberto e aberto (LIMA, 2015). Segundo a Lei de Execuções Penais (Lei n.º 7.210/84), o regime fechado será realizado na penitenciária, sendo, consoante o artigo 88 da referida lei, o condenado “[...] alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório ” (BRASIL, 1984a). No regime semiaberto, de acordo com o artigo 91 da Lei de Execuções Penais, o cumprimento se dará em colônia agrícola, industrial ou similar; e, no regime aberto, o qual “[...] baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado” (BRASIL, 1940), será realizado em casa de albergado, conforme disciplina o artigo 93 da referida lei.

Assim, publicada a sentença condenatória, após o trânsito em julgado desta, inicia-se a fase de execução penal. Com efeito, há ênfase no estudo da situação da mãe-presa no regime fechado, cumprido nas penitenciárias nacionais. Oportuna a citação de Cessare Beccaria acerca do instituto da prisão:

A prisão é uma pena que, diferentemente das outras, deve, por necessidade, ser precedida pela declaração do crime; mas esse caráter específico não lhe tira outro essencial, de que somente a lei pode determinar os casos nos quais um homem deve ser penalizado. A lei deve, portanto, determinar o crime, a presunção e a prova suficientes para sujeitar o acusado à prisão e ao interrogatório. Sua fama, fuga, confissão extrajudicial, confissão de um cúmplice, ameaças, sua constante inimizade com a vítima, as circunstâncias do crime e outras provas podem ser suficientes para justificar a prisão de um cidadão, mas a natureza dessas provas deve ser determinada pela lei e não pelos magistrados, cujos decretos são sempre contrários à liberdade política, quando não existem condições específicas dentro da máxima geral dos códigos públicos. (BECCARIA, 2012, p. 90).

Dessa maneira, começa a execução penal da mãe-presa dentro das penitenciárias nacionais, marcadas pela insalubridade e violação de direitos humanos. A execução penal pode ser entendida como uma fase do processo penal em que a determinação da sentença condenatória é cumprida pela parte ré, momento em que este cumpre a pena privativa de liberdade, pena restritiva de direitos ou, ainda, a pena pecuniária estipulada no comando judicial (NUCCI, 2015). Em relação à natureza jurídica da execução penal, salienta-se que é “[...] um processo de natureza

jurisdicional, cuja finalidade é tornar efetiva a pretensão punitiva do Estado, envolvendo, ainda, atividade administrativa” (NUCCI, 2015, p. 940).

Nesse sentido, a determinação na sentença penal é denominada pena, a qual detém diversos conceitos por inúmeros juristas. Cunha define pena como “[...] resposta estatal ao infrator da norma incriminadora (crime ou contravenção), consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do agente” (CUNHA, 2015, p. 383). Já para Queiroz, a pena é “[...] a privação ou a restrição de um bem jurídico imposta por uma autoridade judiciária competente ao autor de uma infração penal (crime ou contravenção) [...]” (QUEIROZ, 2012, p. 417).

No Brasil, segundo Cunha, a pena detém tríplice finalidade, qual seja, retributiva, preventiva e reeducativa; nesta senda, é possível aferir que a pena em abstrato possui como finalidade a prevenção geral, realizando juízo de prevenção; em relação à pena em concreto, esta pretende uma prevenção especial negativa, visando evitar a reincidência, e retribuição; já na pena na execução penal, esta busca tornar efetivas as determinações da sentença e, ainda, ressocializar o reeducando (CUNHA, 2015).

Além disso, Masson explica que os fundamentos da pena dizem respeito ao porquê da determinação de uma sanção a um indivíduo, quais sejam: a) retribuição, equivalência entre a conduta e a sanção; b) reparação, recomposição do dano; c) denúncia, prevenção coletiva do delito; d) incapacitação, proteção da coletividade com a segregação do acusado; e) reabilitação, ressocialização do preso e, ainda, f) dissuasão, instrumento de prevenção da prática de ilícitos penais (MASSON, 2011).

Ainda, a pena deve alcançar os objetivos que a sociedade lhe impõe, uma vez que a crise generalizada do sistema carcerária leva a acreditar que a finalidade da pena é somente castigo, e não, ressocializar. Nesse sentido, o Artigo 1º da Lei de Execuções Penais: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.” (BRASIL, 1984a).

No que toca ao objetivo da pena, salienta-se que, teoricamente, este é demasiadamente estudado e delineado. Ocorre que, existe um grande lapso entre o real e o legal pairando sobre o sistema de execução penal brasileiro. Cessare Beccaria, em sua época, já deixava claro o objetivo da pena:

O objetivo da pena, portanto, não é outro que evitar que o criminoso cause mais danos à sociedade e impedir a outros de cometer o mesmo delito. Assim, as penas e o modo de infligi-las devem ser escolhidas de maneira a causar a mais forte e duradoura impressão na mente de outros, com o mínimo tormento ao corpo do criminoso. (BECCARIA, 2012, p. 37).

Outrossim, é necessário frisar que no Brasil, à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o atual Código Penal, existem penas proibidas e permitidas pelo ordenamento. Em relação às proibidas, Cunha destaca cinco hipóteses, quais sejam: a pena de morte, da qual há exceção para o caso de guerra; penas perpétuas, uma vez que o artigo 75 do Código Penal é claro ao expor o tempo de cumprimento de pena privativa de liberdade no máximo de 30 (trinta) anos; pena de trabalhos forçados, vedado pelo artigo 5º, inciso XLVII, alínea “c” da CF/88; pena de banimento, o qual seria a expulsão do nacional do País e, ainda, pena de natureza cruel, ou seja, que ofenda a dignidade da pessoa humana (CUNHA, 2017).

No tocante às penas permitidas, à luz dos mesmos ordenamentos, elenca-se: penas privativas de liberdade, as quais podem ser de reclusão, detenção ou prisão simples; penas restritivas de direito, expostas nos artigos 43 a 48 do Código Penal e, a pena de multa, no qual o condenado paga, ao fundo penitenciário, quantia fixada na sentença, consoante simples leitura do artigo 49 do Código Penal (CUNHA, 2017). Apesar do detalhismo na configuração das modalidades de penas privativas de liberdade, na aplicação fática, os efeitos não são ressocializadores, pelo contrário, somente marginalizam ainda mais o réu que teve sua liberdade segregada.

Importante assinalar o livro “Recordações da casa dos mortos” de Fiódor Mikhailovitch Dostoiévski, o qual relata o cotidiano do preso Alieksandr Pietróvitch, sendo valioso o seguinte excerto:

Os presídios, mesmo com trabalhos forçados, de primeira, segunda ou terceira categoria, isto é, em minhas, em pavimentações, em artesanato e em degredo temporário ou perpétuo, longe estão de reformar o delinquente; são locais puramente de castigo, garantindo teoricamente à sociedade renovação dos indivíduos que são segregados dela. O encarceramento e o trabalho pesado só hipertrofiam no recluso o ódio, a sede de instintos, e complementarmente acarretam indiferença e marasmo espiritual. Não resta dúvida de que o tão gabado regime de penitenciária oferece resultados falsos, meramente aparentes. Esgota a capacidade humana, desfibra a alma, alvita, caleja e só oficiosamente faz do detento “remido” um modelo de sistemas regeneradores. (DOSTOIÉVSKI, 2006, p. 28).

Destarte, a Constituição da República dispõe em seu artigo 5º, incisos XLVIII, XLIX e L, respectivamente: “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de

acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”, “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” e “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação” (BRASIL, 1988). Todavia, é notório e sabido que todas as disposições acima citadas não são cumpridas pelo sistema de execução penal nacional.

Da mesma forma, o artigo 3º da Lei de Execuções Penais garante que “[...] ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela Lei” (BRASIL, 1984a). Ocorre que o Estado deixa de efetivar diversas garantias e direitos dos apenados, deixando de lado a visão humanitária e garantista do cumprimento da sentença penal condenatória, sendo omissivo na questão da salubridade mínima dos presídios nacionais e na ressocialização dos presos.

Outrossim, em relação aos direitos que não são atingidos pela condenação, assinala-se o seguinte artigo do Código Penal: “Art. 38 - O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral” (BRASIL, 1940). Logo, a simples leitura do dispositivo acima citado pode parecer utopia e mero direito penal simbólico, uma vez que a realidade da execução penal brasileira é contrária, em todos os aspectos, à legislação vigente.

A Lei de Execuções Penais também assegura ao preso, em seu artigo 11, assistências: “I – material; II – à saúde; III – jurídica; IV – educacional; V – social; VI – religiosa” (BRASIL, 1984a). No entanto, é necessário frisar o enorme lapso entre real e legal, uma vez que é notória a

dificuldade de se ter, na prática, o seu programa realizado de forma que corresponda às expectativas, tanto de quem as oportuniza, quanto de quem as recebe. Assim, busca-se, tão somente, dar o mínimo para que sobrevivam os condenados, diante da realidade fática, esses dispositivos legais, o que, por muitas vezes, descaracteriza a própria condição de pessoa humana do preso ou internado. (PRADO; HAMMERSCHMIDT; MARANHÃO; COIMBRA, 2013, p. 69-70).

Com efeito, as penitenciárias brasileiras são grandes aglomerados de pessoas em situação de vulnerabilidade. Essa situação de risco é consequência da constante violação dos direitos mais básicos e fundamentais dos seres humanos, garantidos pela Carta Magna de 1988. A problemática se agrava a partir do momento em que, juntamente dos presos, há mulheres encarceradas grávidas ou lactantes.

Além disso, há a violação de inúmeros direitos e princípios constitucionais inerentes ao bem-estar físico e psicológico do infante e de sua genitora encarcerada. Faz-se necessária a aplicação da prisão excepcional na espécie domiciliar para presas gestantes ou lactantes, na execução penal, a fim de evitar possíveis danos à criança e a si mesma nos aspectos físicos e psicológicos.

Nessa senda, a Lei de Execuções Penais é clara ao relacionar os direitos dos presos, em seu artigo 41, conforme expõe Nucci: “[...] alimentação suficiente e vestuário, [...], assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, [...], igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena [...]” (NUCCI, 2015, p. 945-946).

Do mesmo modo, mostra-se impossível a criação saudável de infante no atual cenário carcerário. Por óbvio, no momento do “encarceramento” do infante, a pena atribuída à genitora é automaticamente repassada a este, violando, então, o princípio constitucional da personalidade da pena. Nesse momento, o infante encontra-se em estado de vulnerabilidade junto de sua genitora, eis que dentro do presídio não há atendimento médico especializado ou qualquer tipo de atendimento às necessidades básicas, além de ser submetido diretamente aos graves problemas do cárcere.

Doravante, é necessária a realização de uma análise aprofundada acerca desse tema pouco debatido no ordenamento jurídico nacional, de modo a reformular as diretrizes básicas para o melhor entendimento da atual situação das penitenciárias brasileiras e, com isso, reestabelecer os parâmetros para que as presas grávidas ou lactantes, bem como seus filhos, tenham acesso aos seus direitos mais básicos violados pelo Estado.

2 RECLUSÃO FEMININA E MATERNIDADE

Primeiramente, nota-se que, apesar da vasta legislação nacional e internacional vigente no Brasil, o sistema de execução penal não respeita os patamares mínimos de garantias e de direitos fundamentais das presas e de seus filhos. É por isso que Simões considera inviável o estudo isolado da situação dos filhos, nascituros ou já concebidos, das mulheres segregadas de liberdade, uma vez que, intimamente ligados com as circunstâncias das mães-presas no atual sistema carcerário nacional (SIMÕES, 2013).

Ademais, consoante o Relatório Infopen Mulheres, de Junho de 2014, nesse ano, havia 579.781 (quinhentos e setenta e nove mil setecentos e oitenta e um) custodiados no sistema penitenciário nacional (excluindo-se as pessoas detidas nas delegacias do País), e, desses, 37.380 (trinta e sete mil trezentos e oitenta) eram mulheres, parcela esquecida do sistema (BRASIL, 2014a). Frise-se que, consoante Cerneka, apesar das necessidades peculiares da população feminina, na lista de itens com entrada permitida nas prisões do Rio Grande do Sul, em 2008, constavam somente cuecas – não calcinhas e sutiãs, nem mesmo absorventes, informações concedidas por agentes da Pastoral Carcerária (CERNEKA, 2009).

Desse modo, a situação do atual cenário penitenciário feminino, em nível mundial, é assombroso, uma vez que a ausência de política de gênero na execução penal. Aliás, o mapeamento de dados do estudo denominado *World Female Imprisonment List*, realizado pelo *Institute for Criminal Policy Research* em *Birkbeck, University of London*, no ano de 2015, mostra que a população feminina, em números absolutos, ultrapassa 700.000 (setecentos mil) custodiadas, dentre essas *pretrial* (espécie de presa temporária), presas provisórias, bem como as mulheres já condenadas definitivamente (WALMSLEY, 2015).

Já em âmbito nacional, consoante o Relatório Infopen Mulheres, de Junho de 2014, a taxa de aprisionamento, em geral, aumentou 119% (cento e dezenove por cento), nos anos de 2000 a 2014, enquanto que a taxa de aprisionamento feminino, no mesmo período, aumentou 460% (BRASIL, 2014a). Considerando esse acréscimo, deve-se considerar também que essas presas estão, muitas vezes, acompanhadas de seus filhos, que, necessariamente, têm seus direitos fundamentais violados pelo simples fato de permanecer junto com a mãe-presa nos complexos penitenciários.

Nesse contexto, é visível que as prisões femininas não foram arquitetadas com o objetivo único de aprisionar mulheres (por mais contraditório que possa soar), mas, sim, se apresentam como meras multiplicações dos esboços das prisões masculinas, ou seja, não atendem o mínimo necessário às particularidades das mulheres (SIMÕES, 2013). Ressalta-se o seguinte relato jornalista Aline D'Eça, em seu livro acerca do tema:

[...] quando privadas de liberdade, as mulheres enfrentam problemas específicos, que se relacionam com sua própria condição biológica, tendo necessidades diferenciadas das dos homens. Elas menstruam, engravidam, precisam de cuidados específicos durante a gestação e, ao parir, devem conciliar a maternidade com a condição de presa, amamentar e cuidar de seus filhos... O próprio fato do nascimento e permanência de crianças no interior da prisão, ainda que somente durante o período legal da amamentação, acarreta situações que vão além da condenação legal, apresentando reflexos sociais na ultrapassagem da pena para os familiares. (D'EÇA, 2010, p. 82).

Não se pode esquecer que o convívio materno é de suma importância para o pleno desenvolvimento da criança, e tal premissa se inicia antes do parto, isto é, durante a gestação, “[...] a partir das primeiras relações e identificações da mulher, relacionadas às experiências da infância e da adolescência, o desejo de ter um filho e a gravidez” (MELLO, 2016, p. 59). Portanto, desde a concepção, o nascituro passa pelas mudanças biológicas que a mãe-presa disponibiliza em seu corpo, nutrindo-se fisicamente e emocionalmente de absolutamente todos os sentimentos e situações experimentadas pela gestante.

Ademais, como se não bastasse a situação das mulheres no cárcere, surge a problemática do gênero, intimamente ligado com a ideia de maternidade. Logo, é notório que o universo criminalístico é masculino – apesar de todas as mudanças sociais atuais –, sendo, portanto, a prisão feminina enfrentada como vergonha pelos familiares, uma vez que “[...] a expectativa da sociedade é ver as mulheres “no seu lugar”, obedientes e recatas” (VARELLA, 2017, p. 271). Não raras as vezes, a mulher criminosa é julgada, sem contraditório e ampla defesa como uma má mãe, tudo isso agregado aos elementos culturais e – infelizmente – tradicionais da sociedade, nesse sentido:

As mães que têm filhos na prisão são consideradas irresponsáveis, as que os tiveram fora da prisão, abandonadoras e as que não querem vê-los cruéis. Percebe-se que o direito a exercer a sexualidade, ter filhos e poder escolher,

ou não, constituir uma relação amorosa com eles é, para essas mulheres, objeto de contestação.

No imaginário institucional, essas mães são vistas, e tratadas, como “naturalmente” más, desatentas, descuidadas e incapazes de amarem seus filhos.

A naturalização da maldade nas mães presas é uma das mais contundentes construções de gênero. Seu poder e influência na determinação das relações sociais pode ser identificado para além do espaço das prisões, mas é sobremaneira nesses espaços que sua reedição tem servido de justificativa para a manutenção do precário atendimento dispensado a essas mulheres e seus filhos. (LOPES, 2004, p. 149)

Por isso, não mais incomoda a pecha de que as mulheres presas são vítimas de um preconceito que não atinge os presos homens, qual seja, o de gênero. O pior é que essa situação não é encontrada somente no momento da segregação, mas também no próprio sistema do crime, uma vez que, segundo Varella, “[...] elas ocupam a base que deve subserviência aos chefes; poucas conseguem chegar aos escalões intermediários” (VARELLA, 2017, p. 269).

Cabe ressaltar neste ponto que foi proposta a CPI do Sistema Carcerário (Ação Parlamentar n.º384), no ano de 2008, com o objetivo de analisar o sistema penitenciário brasileiro. Analisando a legislação pertinente a essa modalidade investigativa, conforme o art. 1º, *caput* da Lei n.º 1.579/1952 (alterada pela Lei n.º 13.367/2016), a CPI detém o poder de investigação e tem como finalidade de “[...] apurar fato determinado e por prazo certo” (BRASIL, 1952). O Regimento Interno da Câmara dos Deputados conceitua, em seu art. 35, §1º, fato determinado da seguinte forma: “§1º Considera-se fato determinado o acontecimento de relevante interesse para a vida pública e a ordem constitucional, legal, econômica e social do País, que estiver devidamente caracterizado no requerimento de constituição da Comissão” (BRASIL, 1989).

Por isso, a CPI é uma forma de investigar questões públicas e coletivas brasileiras, devendo ser explicitamente delineado, no ato de constituição, o fato objeto da apuração. Todavia, questões de origem com restrição à ordem privada ou pessoal não podem ser analisadas por esta medida (LENZA, 2013). Assim, nota-se a grande relevância da CPI em questão, uma vez que a atual situação do sistema carcerário está intimamente ligada com a ordem constitucional brasileira. Com fins no estudo da mulher presa e sua prole, excerto do livro desenvolvido e disponibilizado pela Câmara dos Deputados acerca da Ação Parlamentar n.º 384 (CPI do Sistema Carcerário):

Gabriel, apesar de tudo, ainda é um filho de presos privilegiado, porque o local onde está é limpo, arejado e com muitos brinquedos à disposição. Não têm a mesma sorte centenas de outras crianças que ficam literalmente presas com as suas mães, vivendo atrás das grades, em celas coletivas, imundas, fétidas, úmidas, sem condições para gente grande, quanto mais para gente pequena. Muitas são as cadeias que não têm creches: os filhos das presas ficam mesmo é na cela, na cadeia. Na base do improvisado, celas são transformadas: lá se colocam algumas camas, um varal para pendurar fraldas, um ventilador velho. Ficam 10, 12 mulheres e seus bebês que sofrem com o calor, os ruídos que os acordam constantemente. Em Porto Velho, o que era um barracão, nos fundos da cadeia, foi transformado em “creche”. Grades foram colocadas nas janelas e cerca de 8 mães-presas e seus filhos estavam lá. A mesma situação foi encontrada em Florianópolis, onde um barracão, do lado de fora da cadeia, foi gradeado. Algumas camas (não há berços) foram colocadas, o local apertado, e as mães dormem com seus filhos. Não há dormitórios individuais nestas cadeias. No Presídio Feminino de Brasília, uma cela coletiva abrigava 12 mães com seus filhos no colo. Crianças inocentes literalmente presas, cujo único crime foi o de terem nascido. (BRASIL, 2009a, p. 310).

Cabe referir, ainda, que o Estado do Rio Grande do Sul, à época da investigação da CPI, não detinha nenhum projeto voltado ao aprisionamento feminino (BRASIL, 2009a). Com isso, no ano de 2015, foi apresentado o Relatório Final da referida investigação, pelo Deputado Sérgio Brito, o qual foi aprovado por unanimidade. Tal relatório apontou diversos problemas e sugeriu soluções para – alguns – problemas do Sistema; dentre eles, foi sugerido pela Deputada Carmen Zanotto um Projeto de Lei com o objetivo de alterar o prazo mínimo de permanência da criança com a mãe na prisão, passando a ser de 08 (oito) meses (atualmente, consoante o art. 83, §2º da Lei n.º 7.210/84, o prazo é de 06 (seis) meses de vida).

Não bastasse isso, o sistema penitenciário brasileiro se afigura incompatível com a Constituição Federal de 1988, de forma a violar diversos preceitos fundamentais inerentes ao ser humano. Nesse sentido, o legislador buscou proteger estes preceitos por meio da medida denominada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, prevista no art. 102, §1º da CF/88 e regulamentada pela Lei n.º 9.882/99. Com efeito, por meio do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), foi reconhecido o instituto do ECI (estado de coisas inconstitucional) relativamente ao sistema carcerário nacional, em razão das péssimas condições de superlotação e violação dos direitos mais fundamentais – e básicos - dos presos.

Por ocasião daquele julgado, a Ministra Cármen Lúcia, em seu voto, destacou o direito constitucional à existência digna e o comparou ao atual estado do sistema penal brasileiro (objeto da referida medida julgada) no sentido de que, apesar de estar

previsto no art. 170 da Constituição Federal, que trata da ordem econômica, o existir de um indivíduo deve ser digno, independentemente de sua situação. Isso reforça o argumento de que, nas penitenciárias brasileiras, não há dignidade no existir cotidiano, mas sim uma completa abstenção desta (BRASIL, 2015a). Na mesma linha do decidido pela colega, em seu relatório, o Ministro Marco Aurélio apresentou o atual panorama do sistema penitenciário brasileiro da seguinte forma:

Argumenta serem as prisões “verdadeiros infernos dantescos”. Destaca as seguintes situações: celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos de higiene básicos, homicídios frequentes, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos [...], ausência de assistência judiciária adequada, bem como acesso à educação, à saúde e ao trabalho. (BRASIL, 2015a, p. 9).

Não é difícil compreender que, a partir do que prevê a Lei de Execuções Penais, em seu art. 3º, *caput*—“ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei” (BRASIL, 1984a), nota-se a grave violação aos direitos fundamentais das presas/mães e de seus filhos, uma vez que são, por consequência, segregados junto de suas mães, de modo a ferir o primordial princípio da personalidade da pena, constitucionalmente previsto no art. 5º, inciso XLV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, *in verbis*: “XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado” (BRASIL, 1988).

Dessa maneira, é necessário tecer uma linha de argumento jurídico acerca do atual cenário de garantias e de princípios atinentes às mulheres reclusas e dos filhos delas, considerando, primordialmente, as normas constitucionais presentes na Carta Magna de 1988, o atual Código Penal e Código de Processo Penal, a Lei de Execuções Penais (Lei n.º 7.210/84), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90), o denominado Estatuto da Primeira Infância (Lei n.º 13.257/16), além das normativas internacionais e esparsas no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 PREVISÕES CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS

O primeiro parâmetro para se investigar o sistema jurídico que normativiza os deveres e direitos das pessoas reclusas é a Constituição da República. Nesse aspecto, constata-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, vigente no atual Estado Democrático de Direito, define diversos princípios, garantias,

direitos e deveres aos cidadãos, sobretudo, aos cidadãos segregados de liberdade (aqui, o termo cidadão refere-se ao seu sentido geral, não remetendo à palavra ao sentido de gênero masculino).

Nesse sentido, Marcelo Novelino teoriza que o termo Constituição, em sentido jurídico, pode ser conceituado como um “ [...] conjunto sistematizado de normas originárias e estruturantes do Estado que têm por objeto nuclear os direitos fundamentais, a estruturação do Estado e a organização dos poderes. ” (NOVELINO, 2013, p. 82). Logo, levando-se em consideração que a Constituição estabelece os direitos fundamentais, é de suma importância a sua análise para o estudo da mãe-presa e de seus filhos, uma vez que o estado vivenciado por esses indivíduos é violador de seus direitos indispensáveis à vida digna.

Inicialmente, já no art. 1º, inciso III, da Carta Magna de 1988 está claramente exposta a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988). Em relação a este fundamento, Alexandre de Moraes assim leciona:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2013, p. 61).

Nessa perspectiva, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aceita pelo Brasil por meio da Resolução n.º 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas no ano de 1948, também declara, em seu art. 1º, a dignidade do ser humano, *in verbis*: “Art. 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade” (ONU, 1948).

Por conseguinte, a Carta Magna de 1988, enumera em seu art. 3º, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre esses, o inciso IV é um dos mais relevantes ao presente estudo, dada sua previsão de: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. (BRASIL, 1988). Este objetivo, diz respeito, sobretudo, à grande

desigualdade de gênero presente no sistema penitenciário em relação à mulher presa e, agravando-se no momento em que esta permanece com seus filhos dentro da prisão.

Em seguida, o Título II da Constituição Federal prevê os Direitos e as Garantias Fundamentais, bem como, subdividem o mesmo em cinco capítulos distintos, quais sejam: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e dos partidos políticos. Nesse estudo, relevante é o apontamento dos direitos individuais e coletivos, bem como os sociais, em razão de que, mesmo segregado, o indivíduo somente tem suspenso seu direito à liberdade e, como bem lançado pela escritora Aline D'Eça: “As detentas estão, por lei, privadas do direito à liberdade, não do da maternidade...” (D'EÇA, 2010, p. 30).

Outrossim, o art. 5º da Constituição Federal, em seu *caput*, refere que todos são iguais perante a Lei, garantindo, primordialmente, a todos o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (BRASIL, 1988), frisa-se, com exclusão da liberdade, todos serão assegurados – em tese – aos reclusos; além disso, o inciso III traz a vedação ao tratamento desumano ou degradante, incluindo, precipuamente, o ambiente carcerário. Igualmente importantes para o estudo da mãe-presa e seu filho, são os incisos XLV, XLVIII, XLIX e L, todos do art. 5º do supramencionado Diploma:

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

[...]

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

[...]

(BRASIL, 1988).

Do mesmo modo, o art. 6º da Carta define os Direitos Sociais aplicáveis aos cidadãos, os quais são parcelas que devem ser implantados pelo Estado com o objetivo de buscar a equidade social entre os indivíduos, a fim de melhorar suas respectivas circunstâncias de sobrevivência (LENZA, 2013). Conforme o excerto a seguir, são direitos sociais: “[...] a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a

moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados [...]” (BRASIL, 1988).

Ainda, em relação ao infante encarcerado junto de sua genitora, a Carta Magna definiu que é obrigação da família, Estado e sociedade garantir, com primazia, “[...] 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 [...]” (BRASIL, 1988), bem como desviá-lo de qualquer tipo de agressão, seja ela moral ou física, isto à luz do art. 227, *caput*, da Constituição Federal (referido artigo teve sua redação modificada pela Emenda Constitucional n.º 65, de 13 de julho de 2010).

Analogamente, a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul vai ao encontro da Carta Magna de 1988, de modo a permitir a permanência da criança no estabelecimento penal, junto de sua mãe, com o preenchimento de alguns requisitos (MELLO, 2016). É o que estabelece o art. 139 do referido Diploma: “Art. 139. Todo estabelecimento prisional destinado a mulheres terá, em local anexo e independente, creche atendida por pessoal especializado, para menores de até seis anos de idade.” (RIO GRANDE DO SUL, 1989).

Assim, de fato, em uma sociedade estabelecida pelo primado do Estado (Democrático) de Direito, a lei é instrumento de mudanças e administração do meio social, sendo necessária para a efetivação da vida comum (NUNES, 2015); da mesma forma, a Constituição Federal é a base para a confecção – e aceitação – das demais legislações. Todavia, é notório o grande lapso entre o legal e real no sistema de efetivação dos direitos fundamentais, assim:

Ainda que em matéria de direitos fundamentais seja sempre preferível pecar pelo excesso do que pela timidez ou omissão na busca de sua efetivação, não se poderá ter a ilusão de que nos direitos fundamentais (notadamente, na sua previsão meramente formal em tratados internacionais e nas Constituições em geral) resida a panaceia de todos os males da humanidade. A busca de soluções não pode estar divorciada da evolução internacional, seja no plano do direito constitucional comparado, seja na esfera do direito internacional comum e convencional, já que não devemos esquecer que os direitos fundamentais integram o patrimônio comum da humanidade. Todavia, sob pena de se aprofundar [...] o abismo por vezes já quase intransponível entre norma e realidade, já que se ter como referência permanente os valores supremos e as circunstâncias de cada ordem constitucional (material e formal), razão pela qual deverá prevalecer, também aqui, a noção do equilíbrio e da justa medida. (SARLET, 2015, p. 478).

Além disso, por decorrência lógica dos incisos XLVIII e L do art. 5º da Carta Magna e, levando-se em consideração que referido Diploma é vértice para as demais

legislações, o Código Penal Brasileiro estabelece, em seu art. 37 que as mulheres terão à sua disposição estabelecimento penal específico para cumprimento da pena, bem como atendimento integral às suas condições pessoais (CUNHA, 2012). Salienta-se que, este dispositivo teve sua redação dada pela Lei n.º 7.209/84, a qual reformou a Parte Geral do Código Penal.

Em relação à parte processual, ou seja, ao Código de Processo Penal, há alguns dispositivos que merecem destaque no presente estudo. Em virtude do advento da Lei n.º 13.434/17, o parágrafo único do art. 292 foi acrescentado ao Diploma Legal com o seguinte texto: “É vedado o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato” (BRASIL, 1941). Na verdade, a referida lei somente serviu de amparo para o entendimento já consolidado no Supremo Tribunal Federal no tocante ao uso de algemas, consoante a Súmula Vinculante n.º 11 do STF⁴.

Outrossim, o Estatuto da Primeira Infância (Lei n.º 13.257/16) – cujo texto legal será posteriormente analisado - apresentou nova redação ao inciso IV, bem como incluiu o inciso V, ao art. 318 do Código de Processo Penal. Com efeito, referido artigo está inserido no capítulo referente à prisão domiciliar e, tais mudanças, acarretaram na substituição da prisão preventiva pela domiciliar às presas provisórias gestantes (inciso IV) e às mulheres com filhos de até 12 (doze) anos incompletos (BRASIL, 1941). No que tange às mudanças, assim dispõe Osvaldo Capelari Júnior e Nefi Cordeiro:

No exame das disposições acerca da prisão da gestante e da proteção a seu filho, é esse método imprescindível, pois mesmo introjetadas no Código de Processo Penal, as alterações pouco tiveram como discussão sua proposta, objetivos, teleologia e destinatários. Perigosa daí é a superficial apreciação como normas de proteção exclusivamente à presidiária, quando em verdade se constata a proteção à própria criança. É proteção constitucional, mormente na hipótese de crianças como sujeitos de direitos e pessoas em desenvolvimento onde a proteção integral e o melhor interesse da criança constituem prioridade absoluta. (CAPELARI JÚNIOR; CORDEIRO, 2016).

⁴ Súmula Vinculante 11 – Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Paralelamente, há, também, a Lei de Execuções Penais (Lei n. ° 7.210/84), a qual pormenoriza a situação da maternidade no cárcere na legislação brasileira. Tal lei foi alterada em 2009 pela Lei n. ° 11.942, que trouxe inovações às mulheres presas e seus filhos. Inicialmente, houve a inclusão do §3º no art. 14 da LEP no sentido de proporcionar à mulher e ao recém-nascido, atendimento pré e pós-parto. Ainda, deu nova redação ao §2º do art. 83 com a finalidade de incluir berçários nos complexos penais para abrigarem os filhos das presas-mães até os 06 (seis) meses de idade; sobre isto, sob o vértice da realidade brasileira, dispõe a Jornalista pesquisadora Aline D'Eça:

Para não expor crianças indefesas a este e outros tipos de risco, como a de contaminação por doenças contagiosas como a pneumonia e tuberculose, a Lei de Execuções Penais (Lei n. ° 7.210 de 11 de julho de 1984) prevê a obrigatoriedade de inclusão de berçários e de creche nos presídios femininos. Mas o Conjunto Penal Feminino não atende tal requisito. O prédio foi projetado e construído em 1990, já para ser uma penitenciária exclusivamente feminina, mas não incluiu a instalação de berçário e/ou creche, desprezando, desta forma, a Lei instituída seis anos antes. A própria assistente social do Conjunto Penal Feminino, Silene Castro, que trabalha na penitenciária desde a sua inauguração, há dezesseis anos, ao entende porque não incluíram o berçário no projeto. (D'EÇA, 2010, p.80).

No excerto acima, a jornalista aborda o contexto do Conjunto Penal Feminino no Complexo Penitenciário do Estado da Bahia, cujo quadro – infelizmente – não é diferente do restante do País. Ademais, a creche referida no trecho citado tem sua justificação no disposto no art. 89, *caput*, da LEP, que prevê tal estabelecimento para abrigar as crianças maiores de 06 (seis) meses e menores de 07 (sete) anos; “[...] isso com o intuito de permitir que durante o período de amamentação, as mães possam ficar com seus filhos, o que por outro lado, também traz benefícios ao recém-nascido” (PRADO, HAMMERSCHMIDT, MARANHÃO, COIMBRA, 2013, p. 134).

Além disso, há o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. ° 8.069/90) vigente no Estado Democrático de Direito. Com efeito, a “[...] doutrina da proteção integral e o princípio do melhor interesse são duas regras basilares do direito da infância e da juventude que devem permear todo tipo de interpretação dos casos envolvendo crianças e adolescentes.” (ISHIDA, 2015, p. 02). Não se pode olvidar que, anteriormente a este estatuto, a matéria era regida no ordenamento jurídico nacional pelo denominado Código de Menores (Lei n.º 6.697/79).

Acerca do Estatuto da Criança e do Adolescente, nota-se que o art. 3º, *caput*, e parágrafo único, aduz que, a todas as crianças e adolescentes são assegurados os direitos fundamentais, sem detrimento da proteção integral já garantida, bem como que não haverá distinção para aplicação de tais normas. Sendo assim, o Estatuto da criança e do adolescente se aplica, em sua integralidade, às crianças segregadas junto de suas mães, as quais têm suas garantias e direitos violados pela situação de cárcere.

Por conseguinte, o Título II, Capítulo I, do ECA, traz o direito fundamental à vida e à saúde, salientando-se que, com exceção dos artigos 7º e 10, incisos I a V, os demais foram alterados ou incluídos pelo novel Estatuto da Primeira Infância (Lei n.º 13.257/16). Ademais, o referido capítulo pormenoriza como será realizada a assistência à gestante, neste caso estudo, à gestante segregada de liberdade; para melhor compreensão, *in verbis* alguns artigos relacionados:

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Art. 8º É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde.

§ 1º O atendimento pré-natal será realizado por profissionais da atenção primária.

§ 2º Os profissionais de saúde de referência da gestante garantirão sua vinculação, no último trimestre da gestação, ao estabelecimento em que será realizado o parto, garantido o direito de opção da mulher

§ 3º Os serviços de saúde onde o parto for realizado assegurarão às mulheres e aos seus filhos recém-nascidos alta hospitalar responsável e contrarreferência na atenção primária, bem como o acesso a outros serviços e a grupos de apoio à amamentação.

§ 4º Incumbe ao poder público proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal.

§ 5º A assistência referida no § 4º deste artigo deverá ser prestada também a gestantes e mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção, bem como a gestantes e mães que se encontrem em situação de privação de liberdade.

[...]

§ 10. Incumbe ao poder público garantir, à gestante e à mulher com filho na primeira infância que se encontrem sob custódia em unidade de privação de liberdade, ambiência que atenda às normas sanitárias e assistenciais do Sistema Único de Saúde para o acolhimento do filho, em articulação com o sistema de ensino competente, visando ao desenvolvimento integral da criança.

Art. 9º O poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade.

[...] (BRASIL, 1990).

Nesse vértice, o novel Marco Legal da Primeira Infância, assim denominada a Lei n.º 13.257/16, reitera o princípio fundamental do melhor interesse da criança, bem como dispõe acerca dos privilégios da Primeira Infância, lapso temporal esse compreendido como a idade entre 0 (zero) e 72 (setenta e dois) meses de vida da criança (BRASIL, 2016a). Outrossim, a referida normativa afirma que a sociedade compartilha com o Estado e a família a proteção integral da criança, à luz do art. 12, *caput*, e, além disso, as gestantes e famílias com crianças na fase de primeira infância receberão auxílio acerca de maternidade e paternidade conscientes, na forma do art. 14, §3º do referido Marco.

Em síntese, conforme inicialmente aduzido, o ordenamento jurídico brasileiro é vasto no tocante aos direitos e garantias da gestante ou mãe presa, bem como dos infantes de tenra idade custodiados junto destas. Ocorre que, em razão dos diversos problemas sociais e políticos do País, os infantes têm seus direitos fundamentais violados, em razão das péssimas condições das prisões brasileiras às quais estão inseridos.

2.2 DIREITO INTERNO E PROTEÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL

O propósito deste item é analisar o direito em comparação com as normas internacionais que regulamentam a questão da mãe-presa. Neste ponto, nota-se que o direito interno do Estado Brasileiro é amplo no tocante à proteção dos direitos humanos, com ênfase, à mulher presa e seus filhos. Além disso, no âmbito internacional, a legislação ratificada e aderida pelo Estado Brasileiro, também compreende diversos fatores protetores da maternidade no cárcere. Com efeito, em razão das diversas denúncias à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA (Organização dos Estados Americanos), necessário apresentar o seguinte excerto do livro *Elements of International Law* do renomado jurista americano Henry Wheaton:

Every state, as a distinct moral being independent of every other, may freely exercise all its sovereign rights in any manner not inconsistent with the equal rights of other states. Among these is that of establishing, altering, or abolishing its own municipal constitution of government. Not foreign state can lawfully interfere with the exercise of this right, unless such interference is

authorized by some special compact, or by such a clear case of necessity as immediately affects its own independence, freedom, and security. (WHEATON, 1836, p. 95).

O trecho acima pode ser entendido, no direito interno, como uma elucidação da jurisdição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA (Organização dos Estados Americanos) em relação às violações de competência explicitada na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em setembro de 1992, e aceitação da competência da Corte, em outubro de 1998 (OEA, 1998). Além disso, a interferência autorizada a que menciona o excerto pode ser entendida como a contextualização do art. 62 da referida Convenção, o qual consente acerca da jurisdição da Corte nos casos de aplicação e interpretação da norma ratificada pelo Brasil (OEA, 1969).

Logo, a intervenção – com anuência do Estado Brasileiro – ocorre em razão de expressa anuência no âmbito internacional, inicialmente com a ratificação da Convenção Internacional e, após, aceitação da jurisdição nos casos aplicáveis. Com efeito, a norma brasileira, especialmente a Constituição Federal de 1988 (base de todo o ordenamento jurídico brasileiro), assegura diversos direitos ao indivíduo, bem como deveres do Estado para com o cidadão. Todavia, há um grande lapso entre o real e o teórico no sistema brasileiro. Por isso, a grande importância da adesão a tratados internacionais consiste no fato de serem imprescindíveis para a efetivação – em tese - dos direitos humanos, positivando o que era somente costume internacional (PIOVESAN, 2013).

Com efeito, tratado internacional “[...] é todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos” (REZEK, 2010, p. 14). É salutar referir que o Estado Brasileiro ratificou a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em 2009 – com ressalvas descritas no Decreto n.º 7.030/2009 -, a qual dispõe, em seu art. 26 que: “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé.” (BRASIL, 2009b).

Em relação ao *status* dos tratados internacionais no âmbito interno, frise-se que, à luz de precedentes do STF, tratados que não versem acerca de direitos humanos detêm *status* legal, ou seja, de lei ordinária no plano do ordenamento jurídico brasileiro, pois tal entendimento originou-se do julgamento do Recurso Extraordinário 80.004/SE. Entretanto, quando o tratado versar sobre direitos humanos, terá *status*

supralegal e, se aprovado conforme o disposto no art. 5º, §3º da Carta Magna de 1988, deterá *status* de emenda constitucional (MAZZUOLI, 2015).

Dessa maneira, o Brasil adotou, em 1955, as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, no Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes. Tais regras tinham por finalidade “[...] estabelecer os princípios e regras de uma boa organização penitenciária e as práticas relativas ao tratamento dos reclusos.” (BRASIL, 1955). Cabe aqui ressaltar a Regra 23, a qual trata do objeto deste estudo:

23.

1) Nos estabelecimentos penitenciários para mulheres devem existir instalações especiais para o tratamento das reclusas grávidas, das que tenham acabado de dar à luz e das convalescentes. Desde que seja possível, devem ser tomadas medidas para que o parto tenha lugar num hospital civil. Se a criança nascer num estabelecimento penitenciário, tal fato não deve constar do respectivo registro de nascimento.

2) Quando for permitido às mães reclusas conservar os filhos consigo, devem ser tomadas medidas para organizar um inventário dotado de pessoal qualificado, onde as crianças possam permanecer quando não estejam ao cuidado das mães. (BRASIL, 1955).

Na verdade, estas Regras possuem correlação intrínseca com a Lei de Execuções Penais (Lei n.º 7.210/84), Resolução n.º 14, de 11 de novembro de 1994, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCC) e, ainda, com as atuais Regras de Mandela, traduzidas pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2016. Dessa maneira, cada normativa foi elaborada com vista à antecedente, sendo que, as normativas de direito internacional e as de direito interno condicionam, em cada uma, o motivo de sua elaboração, ou seja, a existência da uma está diretamente relacionada com a outra.

Portanto, por meio da leitura da Exposição de Motivos n.º 213, de 09 de maio de 1983, da Lei de Execuções Penais, nota-se que tais normas levaram em consideração o texto das Regras Mínimas no momento de sua elaboração, uma vez que, nos motivos 41 e 73, constam as regras mínimas da ONU, bem como se constata que seu texto é claro ao garantir tratamento humano à pessoa reclusa (BRASIL, 1984b). Igualmente, a Resolução n.º 14/94 do CNPCC fixou as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil, estabelecendo, dentre outras garantias, condições para a presa permanecer com seu filho durante a amamentação e, ainda, a criação de creches e de berçários (BRASIL, 1994).

Além resolução anteriormente citada, é salutar mencionar a Resolução n.º 03, de 15 de julho de 2009, do CNPCP (Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária), cuja finalidade é orientar a estada, permanência e posterior encaminhamento dos filhos (as) das apenadas. Tal resolução dispõe que será garantida a estada mínima de 1 (um) ano e 06 (seis) meses da criança junto da mãe, em razão do substancial desenvolvimento infantil, podendo ser o período ser estendido até os 07 (sete) anos de idade, desde que preenchidos os requisitos das unidades materno-infantis (BRASIL, 2009c).

Inclusive, o Ministério da Justiça estabeleceu o programa denominado Política Nacional de Atenção às Mulheres em situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional, por meio da Portaria Interministerial n.º 210, de 16 de janeiro de 2014, instituindo diversas metas, objetivos e diretrizes básicas para o acompanhamento da mulher custodiada, como, por exemplo, atenção específica à maternidade, inserindo tais indivíduos em locais adequados e salubres (BRASIL, 2014b).

É salutar mencionar o Decreto de 12 de abril de 2017, assinado pelo Presidente da República, Michel Temer, o qual concedeu indulto e comutação de pena, em razão do Dia das Mães, às mulheres presas. Tal decreto determina requisitos para a concessão do indulto em seu art. 1º e incisos, bem como define proporções de comutação de pena aplicáveis às mulheres presas no art. 2º e incisos (BRASIL, 2017). Outrossim, segundo a criminalista Maíra Fernandes, em entrevista à página eletrônica *Conjur*. “[...] o decreto presidencial atende a uma luta antiga de muitos movimentos feministas. Diz ainda que a medida é muito importante para diminuir o encarceramento feminino.” (GRILLO, 2017).

Em relação às Regras de Mandela, conhecidas como uma atualização das Regras Mínimas para Tratamento dos Reclusos de 1955, essas dispõem sobre a necessária reestruturação do sistema penal, com a finalidade de humanizar esta área do direito. Neste estudo, destaca-se a importância das Regras 28 e 29, as quais, em meio às diversas normas de caráter geral, tratam da presa gestante e de seu filho, *in verbis*:

Regra 28

Nas unidades prisionais femininas, deve haver acomodação especial para todas as necessidades de cuidado e tratamento pré e pós-natais. Devem-se adotar procedimentos específicos para que os nascimentos ocorram em um

hospital fora da unidade prisional. Se a criança nascer na unidade prisional, este fato não deve constar de sua certidão de nascimento.

Regra 29

1. A decisão de permitir uma criança de ficar com seu pai ou sua mãe na unidade prisional deve se basear no melhor interesse da criança. Nas unidades prisionais que abrigam filhos de detentos, providências devem ser tomadas para garantir:

(a) creches internas ou externas dotadas de pessoa qualificado, onde as crianças poderão ser deixadas quando não estiverem sob o cuidado de seu pai ou sua mãe.

(b) Serviços de saúde pediátricos, incluindo triagem médica, no ingresso e monitoramento constante de seu desenvolvimento por especialistas.

2. As crianças nas unidades prisionais com seu pai ou sua mãe nunca devem ser tratadas como presos (BRASIL, 2016b).

As regras de Mandela dispõem, igualmente, sobre a revista íntima – ou vexatória – realizada nos visitantes para a entrada nas unidades prisionais. Tal normativa está disposta na Regra 60, cujo texto veda a prática em crianças. Todavia, a realidade não é esta. Segundo livro-relato denominado “Filhos do Cárcere” não importa a idade, cor ou sexo, todos os visitantes são submetidos à visita vexatória, inclusive, as crianças são obrigadas a presenciar seu acompanhante – seja pai, mãe, avó ou tutor – nu, sem qualquer cautela (D’EÇA, 2010). Outrossim, a Resolução n.º 05, de 28 de agosto de 2014, do CNPCP e a Lei n.º 13.271/16, não recomendam – e a segunda veda – a prática de tal revista em pessoas do sexo feminino (BRASIL, 2014c; BRASIL, 2016c).

Além das Regras de Mandela, as quais detém caráter geral acerca do sistema penal, existem também as Regras de Bangkok, cuja normativa sobreveio como um meio de complementar as Regras Mínimas de Tratamento de Reclusos (as Regras de Bangkok são anteriores às de Mandela). Em vista disso, as referidas regras foram criadas com vista às especificidades do gênero feminino, tendo como objetivo suprir a legislação que, em sua maioria, é direcionado aos prisioneiros masculinos (CERNEKA, 2012).

Assim, destaca-se a Regra 24, que dispõe: “Instrumentos de contenção jamais deverão ser usados em mulheres em trabalho de parto, durante o parto e nem no período imediatamente posterior” (BRASIL, 2016d). De fato, essa regra vai ao encontro do novel parágrafo único do art. 292 do Código de Processo Penal (acrescentado pela Lei n.º 13.343/2017) que veda o uso de algemas nos atos pré, durante e pós-parto, bem como no período de puerpério (BRASIL, 1941). Ainda, necessário citar as Regras 48 a 52, pertinentes à temática abordada:

Regra 48

1. Mulheres gestantes ou lactantes deverão receber orientação sobre dieta e saúde dentro de um programa a ser elaborado e supervisionado por um profissional da saúde qualificado. Deverão ser oferecidos gratuitamente alimentação adequada e pontual, um ambiente saudável e oportunidades regulares de exercícios físicos para gestantes, lactantes, bebês e crianças.
2. Mulheres presas não deverão ser desestimuladas a amamentar seus filhos/as, salvo se houver razões de saúde específicas para tal.
3. As necessidades médicas e nutricionais das mulheres presas que tenham recentemente dado à luz, mas cujos/as filhos/as não se encontram com elas na prisão, deverão ser incluídas em programas de tratamento.

Regra 49

Decisões para autorizar os/as filhos/as a permanecerem com suas mães na prisão deverão ser fundamentadas no melhor interesse da criança. Crianças na prisão com suas mães jamais serão tratadas como presas.

Regra 50

Mulheres presas cujos/as filhos/as estejam na prisão deverão ter o máximo possível de oportunidades de passar tempo com eles.

Regra 51

1. Crianças vivendo com as mães na prisão deverão ter acesso a serviços permanentes de saúde e seu desenvolvimento será supervisionado por especialistas, em colaboração com serviços de saúde comunitários.
2. O ambiente oferecido para a educação dessas crianças deverá ser o mais próximo possível àquele de crianças fora da prisão.

Regra 52

1. A decisão do momento de separação da mãe de seu filho deverá ser feita caso a caso e fundada no melhor interesse da criança, no âmbito da legislação nacional pertinente.
2. A remoção da criança da prisão deverá ser conduzida com delicadeza, e apenas quando alternativas de cuidado da criança tenham sido identificadas e, no caso de presas estrangeiras, com consulta aos funcionários/as consulares.
3. Uma vez separadas as crianças de suas mães e colocadas com familiares ou parentes, ou sob outras formas de cuidado, serão oferecidas às mulheres presas o máximo de oportunidades e condições para encontrar-se com seus filhos e filhas, quando estiver sendo atendido o melhor interesse das crianças e a segurança pública não for comprometida. (BRASIL, 2016d).

Em vista disso, nota-se que as Regras de Bangkok são utilizadas como fundamentação de decisões pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, de modo expresso. Tal fundamentação decorre da necessidade de aplicação de medidas não privativas de liberdade, voltadas às mulheres presas gestantes ou lactantes, tendo em vista as especificidades da mulher encarcerada e sua situação de mãe no sistema carcerário, como ocorreu no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 126.107/SP, o qual concedeu, de ofício, a substituição da prisão preventiva pela domiciliar à paciente em questão (BRASIL, 2015b).

Ademais, não se pode esquecer, ainda, as Regras de Tóquio, as quais implementam uma nova política de desencarceramento, cuja finalidade é a de aplicar penas não privativas de liberdade. No tema estudado, esse tipo de pena seria uma das soluções para o impasse acerca da presença de bebês e de crianças no espaço

prisional, uma vez que, aplicando-se medidas alternativas à prisão, ao infante estaria assegurado, em tese, seus direitos e garantias. Nesse sentido, o Ministro Ricardo Lewandowski, na apresentação da versão traduzida pelo Conselho Nacional de Justiça das Regras de Tóquio, assim refere:

Tendo em conta a preocupação das Nações Unidas com a humanização da justiça criminal e o fortalecimento das ações capazes de garantir a proteção dos direitos humanos, as **Regras de Tóquio**, cuja proposta é consolidar uma série de princípios comprometidos com a promoção e estímulo à aplicação, sempre que possível, de medidas não privativas de liberdade, são o divisor de águas entre uma cultura exclusivamente punitivista e a construção de um modelo mais humanizado de distribuição da justiça, na medida em que propõem a valorização de formas e resultados menos danosos do que aqueles decorrentes da utilização da prisão. (BRASIL, 2016e).

Logo, medidas não privativas de liberdade seriam uma espécie de solução – não sem a efetivação de políticas públicas nacionais – para o problema do encarceramento infantil em decorrência da segregação da genitora. Daí porque não é desarrazoado sustentar que o Estado precisa oferecer uma ampla gama de penas alternativas à prisão (desde a pena provisória/preventiva até a fase posterior à sentença), a fim de “[...] assegurar a maior flexibilidade, compatível com a natureza e gravidade da infração, com a personalidade e os antecedentes do infrator e com a proteção da sociedade, e ainda para evitar o recurso desnecessário ao encarceramento [...]” (BRASIL, 2016e).

Em relação ao atendimento da presa gestante no ambiente prisional, destaca-se o disposto na Resolução n.º 04, de 18 de julho de 2014, a qual aprova as Diretrizes Básicas para Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade do Sistema Prisional, estabelecendo diversas garantias no atendimento de saúde das pessoas segregadas de liberdade. Isso se coaduna com o que prevê o tópico 2.13, no sentido de que “Será garantida ambiência adequada e salubre ao binômio mãe-filho segundo as normas e recomendações da Vigilância Sanitária” (BRASIL, 2014d).

Outrossim, no tocante ao infante, consoante Pereira (2000, *apud* SIMÕES, 2013, p. 148), com a admissão da Convenção dos Direitos da Criança de 1989, por meio do Decreto n.º 99. 710/90, da Presidência da República, o complexo de normas brasileiras passou a enfrentar dois conceitos: o inicialmente adotado pela Convenção, em inglês denominado *the best interest*, e a compreensão nacional do interesse superior da criança, sempre em conformidade com as normas constitucionais e com

os demais ordenamentos jurídicos vigentes no País. Sobre isso, *in verbis* o art. 3 da Convenção de Direitos da Criança (em inglês):

Article 3

1. In all actions concerning children, whether undertaken by public or Private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.

2. States Parties undertake to ensure the child such protection and care is necessary for his or her well-being, taking into account the rights and duties of his or her parents, legal guardians, or other individuals legally responsible for him or her, and, to this end, shall take all appropriate legislative and administrative measures.

3. States Parties shall ensure that the institutions, services and facilities responsible for the care or protection of children shall conform with the standards established by competent authorities, particularly in the areas of safety, health, in the number and suitability of their staff, as well as competent supervision.

(UN, 1989).

Dessa maneira, considerando que o Brasil adotou o texto da convenção em sua integralidade, nota-se que o País ratificou o princípio do melhor interesse da criança em todas as legislações posteriores, a exemplo do já citado Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90) que, em seu art. 1º, já dispõe acerca da proteção integral à Criança e ao Adolescente. Em relação à proteção integral, tal premissa “[...] há de ser entendida como aquela que abranja todas as necessidades de um ser humano para o pleno desenvolvimento de sua personalidade” (ELIAS, 2010, p. 12).

Por fim, necessário registrar o exemplo positivo no âmbito do Estado de São Paulo (onde serão analisados alguns julgados em momento oportuno), quando o Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado expediu a Deliberação n.º 291, de 14 de fevereiro de 2014, a fim de estabelecer, consoante o art. 1º:

“[...] 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” (CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2014).

Nota-se, conforme o dispositivo acima, que a proteção explicitada pela Defensoria Pública de São Paulo é de suma importância, tanto para a mulher e/ou mãe presa, quanto para o infante segregado junto de sua mãe. Portanto, considerando

que “No Brasil a lei é ótima, mas as condições para se fazer cumpri-las são precárias [...]” (D’EÇA, 2010, p. 85), verifica-se a necessidade de mudanças no cenário penitenciário nacional, de modo a se adequar e cumprir as disposições internacionais, pertinente à matéria, relacionando-as com o direito interno positivado.

3 GESTAÇÃO E INFÂNCIA NA PRISÃO

Uma das dificuldades mais recorrente para quem faz pesquisa científica é o acesso e a confiabilidade de dados, sobretudo quando se pretende investigar problemas relacionados à quantidade de pessoas. Isso não é difícil na área do Direito. Inclusive, há pesquisadores que preferem coletar dados de fontes não governamentais do que diretamente dos sítios eletrônicos do governo (LIRA, 2015). A questão se agrava ainda mais quando o assunto é o sistema de execução penal. É o que acontece nesta pesquisa, porque, em âmbito nacional, são insuficientes as informações acerca da criminalidade feminina, no sentido de existirem poucos estudos acerca do aprisionamento feminino por si só, estando sempre inserido no aprisionamento em geral (FRINHANI; SOUZA, 2005). Além disso, se já são escassos os dados científicos acerca da mulher segregada de liberdade, em menor proporção ainda são os debates sobre as crianças em situação de cárcere junto de suas genitoras.

Inicialmente, é de se registrar que o aprisionamento feminino é crescente e sem precedentes. Segundo o relatório denominado “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres – Junho de 2014”, a população de mulheres segregadas perfaz o montante de 37.370 (trinta e sete mil, trezentos e setenta) presas, aproximadamente 6,4% (seis vírgula quatro por cento) da população prisional total. Somente entre os anos de 2000 e 2014, o aprisionamento feminino aumentou 567% (quinhentos e sessenta e sete por cento) (BRASIL, 2014a). Ainda, consoante os dados do Departamento de Segurança e Execução Penal da SUSEPE, a população prisional geral do estado do Rio Grande do Sul totaliza 37.424 (trinta e sete mil quatrocentos e vinte e quatro) pessoas, enquanto que a população feminina é de 2.677 (dois mil seiscentos e setenta e sete) mulheres (atualização em 25/10/2017) (SUSEPE, 2017).

Embora o momento atual clame pela priorização das prisões em resposta à insegurança pública, o encarceramento feminino em massa não deve justificar a máxima de aumentar a segurança pública. Isso porque a mulher com perfil sujeito à criminalidade – ou seja, as hipossuficientes, consoante será explicado a seguir – geralmente é a única responsável pela sobrevivência de seus filhos. Todavia, o assunto não é explorado devidamente, nem no meio acadêmico e, muito menos, no meio jurídico-prático. Nesse sentido:

O encarceramento atende o desejo generalizado de retirar das ruas os que oferecem perigo aos cidadãos e à ordem social. Apesar de ser um procedimento adotado desde a antiguidade, seus efeitos e consequências continuam mal elucidados. Teoricamente, teria duas finalidades: reintegrar à vida comunitária os transgressores da lei e puni-los pelos crimes cometidos. No Brasil, a superlotação e os índices de reincidência atestam que nossos presídios se prestam apenas à função de castigar os apenados. (VARELLA, 2017, p. 266).

A invisibilidade do tema é preocupante e, muitas vezes, provoca sentimento de insatisfação. Diferentemente do aprisionamento feminino, o aprisionamento masculino é por deveras simples (apesar da atual situação de calamidade das prisões), em razão de não haver crianças envolvidas no cárcere. Os homens, em sua maioria, não precisam se preocupar com a guarda dos filhos. Nesse sentido, Dráuzio Varella, em seu livro *Prisioneiras*, relata a história de um paciente que atendia no Carandiru, o qual possuía vários filhos com companheiras diferentes, indivíduo esse que se dava o direito de ignorá-los. Diante da situação, o médico refere em seu livro: “Mulher nenhuma consegue o mesmo distanciamento; o amor materno é visceral, arraigado ao instinto de mãe” (VARELLA, 2017, p. 270).

Assim, é preciso tecer um perfil da mulher encarcerada no Brasil, a fim de sistematizar qual é a camada da população mais afetada. Nesse sentido, não há como falar acerca da maternidade ou infância no cárcere brasileiro sem antes delimitar o perfil da mulher encarcerada, com o escopo de referir qual a camada da população é a mais afetada nessa problemática. Nessa perspectiva

No passado, a presença feminina no ambiente prisional ficava restrita a furtos, repentes passionais e um ou outro assalto. Participação em quadrilhas era rara. Com o crescimento das cidades e o desenvolvimento econômico das últimas décadas, esse quadro mudou, porque a estrutura familiar se tornou mais dispersa e os benefícios e direitos que as mulheres impuseram ao modelo patriarcal da sociedade brasileira não se distribuíram de forma homogênea pelas classes sociais. (VARELLA, 2017, p. 268).

Segundo Mello, a idade média das presas é de 25,87 (vinte e cinco vírgula oitenta e sete) anos, sendo que a maioria das participantes possuía idade entre 21 (vinte e um) e 30 (trinta) anos, ou seja, 66,7% (sessenta e seis vírgula sete por cento), coadunando-se com o exposto no estudo Infopen Mulheres de Junho de 2014, o qual mostra que 68% (sessenta e oito por cento) das apenadas possuem entre 18 (dezoito) e 34 (trinta e quatro) anos de idade (MELLO, 2016; INFOPEN, 2014). Em relação à

raça, cor e etnia, destaca-se que 68% (sessenta e oito por cento) das mulheres custodiadas são negras e apenas 31% (trinta e um por cento) são brancas; ainda, no tocante à escolaridade, nota-se que 50% (cinquenta por cento) possui ensino fundamental incompleto, enquanto que apenas 1% (um por cento) possui ensino superior completo (INFOPEN, 2014).

Também, é de se destacar as espécies dos crimes tentados/consumados praticados pelo sexo feminino, constituindo o crime de tráfico como de maior incidência, com 68% (sessenta e oito por cento) das apenadas; frisa-se que os crimes graves detêm a menor incidência, como, por exemplo, quadrilha ou bando, com 1% (um por cento) e roubo com 8% (oito por cento) (INFOPEN, 2014). Nesse sentido, considerando que as mulheres constituem pequena parcela da criminalidade brasileira, importante a linha de raciocínio lançada pelo médico Dráuzio Varella:

O que a sociedade ganha trancando essas mulheres por anos consecutivos? O que representa, no volume geral do tráfico, a quantidade de droga que cabe na vagina de uma mulher? Que futuro terão crianças criadas com mãe e pai na cadeia? Quantas terão o mesmo destino?

As mulheres-ponte flagradas todos os fins de semana nas portarias poderiam ser condenadas a penas alternativas e a sanções administrativas, com a proibição de entrar nos presídios do estado. O preso a que se destina a encomenda poderia ser punido com a perda de benefícios e a extensão da pena.

Qualquer solução seria mais sensata do que a atual: elas vão para a cadeia, os filhos ficam abandonados em situação de risco e o homem que encomendou a droga arranja outra ponte para manter o fluxo de caixa. (VARELLA, 2017, p. 209).

Daí porque é razoável inferir que as mulheres aderem ao crime, em sua maioria, por envolvimento com drogas, seja por uso, relacionamentos com criminosos ou a fim de auferir renda para sobrevivência da família. Em verdade, elas ocupam o menor segmento no mundo do crime, sendo submissas aos chefes do tráfico (VARELLA, 2017). É também por isso que se evidencia o machismo e a violência de gênero presentes no âmbito do tráfico de drogas, principalmente porque a contribuição para o fomento desta prática é mínima quando comparada com a prática pelos criminosos do gênero masculino.

No tocante à propriamente dita gestação e maternidade no cárcere, segundo dados do estudo da Doutora em Ciências Criminais, Daniela Canazaro de Mello, 88,3% (oitenta e oito vírgula três por cento), ou seja, 53 mulheres (cinquenta e três) mulheres têm filhos e, apenas 11,5% (onze vírgula cinco por cento), isto é, 7 (sete)

estão esperando seus primeiros filhos (MELLO, 2016). Dessa maneira, o perfil das mulheres encarceradas não foge do geral, são “jovens, pobres e negras”, sendo que a maioria pratica crimes relacionados com o patrimônio (furto, por exemplo) e tráfico de drogas, ou seja, intimamente ligados com sua situação de hipossuficiência, tanto psicológica quanto financeira (GOMES, 2013).

Além de tudo, as presas necessitam enfrentar sozinhas o aprisionamento, pois, segundo dados da CPI do Sistema Carcerário (Ação Parlamentar n.º 384), em âmbito masculino, 86% (oitenta e seis por cento) deles recebem visitas da família, enquanto que, no âmbito feminino, apenas 37,94% (trinta e sete vírgula noventa e quatro por cento) são visitadas (BRASIL, 2009a). Tudo isso em decorrência da violência de gênero em relação ao papel da mulher na sociedade brasileira, que, como sustenta Vogeli (2003, p. 30 *apud* ARMELIN; MELLO; GAUER, 2010, p. 06) “da mulher espera-se, segundo a cultura ocidental, graça, passividade, paciência, tolerância”. Nesse seguimento:

De todos os tormentos do cárcere, o abandono é o que mais aflige as detentas. Cumprem suas penas esquecidas pelos familiares, amigos, maridos, namorados e até pelos filhos. A sociedade é capaz de encarar com alguma complacência a prisão de um parente homem, mas a da mulher envergonha a família inteira. (VARELLA, 2017, p.38).

Aliás, segundo Aragão, Brazelton & Cramer, Klaus & Kennel, Missonnier & Solis- Ponton, Szejer & Stewart e Stern (2006, 1992, 1992, 2004, 1997, 1997, respectivamente, *apud* PICCININI *et al*, 2008) a constituição da maternidade ocorre antes da fecundação propriamente dita, ou seja, já na infância, seguido da juventude, da vontade de ter um filho e da gravidez em si, assim como dos aspectos culturais acerca do papel da mulher. É por isso que Bowlby (1960, p. 11) argumenta que “considera-se essencial para a saúde mental do recém-nascido e da criança de pouca idade, o calor, a intimidade e a relação constante com a mãe (ou quem, em caráter permanente, a substitua)” (*apud* ARMELIN, 2010, p. 03).

Ademais, a mulher, por si só, já detém diversas especificidades que as diferem dos homens, sendo que, estas especificidades se afloram no momento em que a mulher se torna gestante. Com efeito, em decorrência do aprisionamento, há diversos fatores de ordem física e psicológica que se alteram, assim

pode-se pensar que no decorrer do período gestacional a mulher passa por diferentes mudanças, que interferem em seu mundo intrapsíquico e relacional. Altera-se significativamente a visão que ela tem de si mesma e de sua relação com o mundo. Os sentimentos que as gestantes apresentaram em relação às transformações físicas e emocionais refletem sua percepção de que já não são as mesmas, de que agora seu corpo e sua função no mundo mudaram. Pode-se entender este momento como um dos principais da maternidade – sem esquecer que antes disto, obviamente, ela nasceu mulher, foi filha e brincou de ser mãe - o que foi contribuindo para a constituição da maternidade, que também é fortemente influenciada por determinantes biológicos, psíquicos e culturais. Mas agora ela é a mãe, atenta para o seu mundo interno e se reorganiza, uma vez que já não mais se vê como única, e sim, com um bebê. Todas as transformações - tanto individuais como relacionais - que acontecem na vida da gestante fazem-se necessárias na constituição do espaço psíquico do bebê, e mesmo que muitas delas sejam temporárias e/ou não estejam ainda bem-estruturadas, já denotam a importância que têm para a constituição da maternidade. (PICININI, 2008, p. 70).

Quer dizer, a gestação, na vida da mulher, é um evento sem precedentes. As diversas alterações físicas e psicológicas induzem o início do comportamento materno, mesmo sendo mães pela primeira vez. Com efeito, a relação mãe-filho vai depender das circunstâncias em que a mulher vivencia a gravidez, tal como o contexto social a qual está inserida; por isto, sendo essa etapa da vida da criança tão importante, faz-se necessário uma proteção à mãe-presas desde o início da gestação, a fim de proporcionar a proteção integral da criança, mesmo que ainda na condição de feto (MELLO, 2016).

Além de toda a situação biológica da mulher, existe a problemática de quando o infante, após o nascimento, permanece com a mulher no ambiente prisional. É de se registrar que, embora haja um aumento (leve, em relação a anos anteriores) de estudos acerca da maternidade no meio prisional, são escassos os dados estatísticos de quantas mulheres e crianças residem no sistema carcerário nessa situação. A Defensoria Pública do Estado de São Paulo quantificou que, em 2014, uma a cada cinco mulheres presas possui filho – dentro ou fora da prisão – ou, ainda, está grávida; frisa-se, ademais, que não importa a unidade prisional brasileira, a maternidade exercida no cárcere é vulnerável (BRAGA; ANGOTTI, 2015). Ademais,

[...] quando privadas de liberdade, as mulheres enfrentam problemas específicos, que se relacionam com sua própria condição biológica, tendo necessidades diferenciadas das dos homens. Elas menstruam, engravidam, precisam de cuidados específicos durante a gestação e, ao parir, devem conciliar a maternidade com a condição de presa, amamentar e cuidar de seus filhos... O próprio fato do nascimento e permanência de crianças no interior da prisão, ainda que somente durante o período legal da amamentação, acarreta situações que vão além da condenação legal,

apresentando reflexos sociais na ultrapassagem da pena para os familiares. (D'EÇA, 2010, p. 84).

No ponto, cabe se questionar o que esperar de um Estado Democrático de Direito que não cumpre, ao menos, as diferenças de gêneros nas prisões? É evidente a diferença abissal entre a teoria e a realidade no âmbito prisional brasileiro, no sentido de que a arquitetura das prisões femininas se encontra em péssimas condições, comparados com os masculinos, em razão dos escassos recursos disponibilizados, uma vez que o Estado ignora a crescente taxa de criminalidade feminina (SIMÕES, 2013). Logo, a mulher e a criança se encontram em estado de extrema vulnerabilidade nas prisões, já que o Estado não disponibiliza os meios necessários a suprir suas necessidades peculiares, violando, assim, seus direitos fundamentais. Neste ponto, a jornalista Nana Queiroz relata a situação das gestantes nas celas prisionais:

A caridade geral varia de lugar a lugar. Em alguns, vale a ordem de chegada para definir quem dorme na cama e quem não. Em outros, a hierarquia de poder é que conta. Em outros ainda, felizmente para as grávidas, existe um código de caridade que faz com que as presas cedam seus lugares para que elas durmam com mais conforto. Também é comum que não recebam tratamento pré-natal.

A maioria das detentas grávidas já chega grávida na cadeia. Algumas, já no fim da gestação, nunca passaram por um obstetra pois eram pobres e desinformadas demais. Como em todo o país só existem 39 unidades de saúde e 288 leitos para gestantes e lactantes privadas de liberdade, na maioria dos presídios e cadeias públicas, elas ficam misturadas com a população carcerária e, quando chega a hora do parto, *geralmente* alguém leva para o hospital. Já nasceu muita criança dentro do presídio porque a viatura não chegou a tempo, ou porque a polícia se recusou a levar a gestante ao hospital, já que provavelmente não acreditou – ou não se importou – que ela estava com as dores de parto. Aconteceu, em alguns casos, conta Heidi, de as próprias presas fazerem o parto, ou a enfermeira do presídio. (QUEIROZ, 2015, p. 74).

Portanto, a maternidade na prisão não pode ser enfrentada como mais um problema do sistema carcerário, é um problema sério que necessita de reparo com urgência. Sem dúvidas, o sistema prisional é, essencialmente, masculino, fazendo com que a invisibilidade do público feminino seja crescente (MELLO, 2016). Com efeito, políticas públicas efetivas necessitam controlar o sistema como um todo, a fim de proporcionar uma melhor condição de vida às gestantes e crianças em situação de cárcere.

3.1 ESTUDO DA MULHER E DO INFANTE NO CÁRCERE

O objetivo deste tópico é analisar como se procede a maternidade no âmbito do cárcere, antes, durante e após a gestação, bem como se as medidas dispostas na legislação são cumpridas pelo sistema. É salutar enfatizar que a criminalidade e o aprisionamento feminino ainda são temas controversos na sociedade brasileira. A situação é agravada quando tais mulheres são, também, mães. Com efeito, o entendimento prevalente, em nível mundial, é de que os filhos têm permissão do Estado para permanecerem com suas genitoras na prisão, todavia, não há uniformidade no tocante ao tempo de permanência destas crianças na prisão (MELLO, 2016). Os dados do Diagnóstico Nacional denominado Mulheres Encarceradas, em relação à maternidade submissa ao cárcere, são preocupantes:

A maior parte das prisões (representada por 58,09%) autoriza a permanência de crianças até os seis meses de vida. Entretanto, com relação à estrutura para gestantes, verificou-se que 27,45% das prisões exclusivas para mulheres possuem estruturas específicas para custódia de mulheres grávidas, bem como 19,61% dos estabelecimentos possuem berçários ou estruturas separadas das galerias equivalentes e, apenas 16,13%, possuem creche. Outro dado alarmante é que 51,61% das prisões femininas têm locais improvisados para atendimento aos filhos. Já em relação à estrutura de atendimento à criança, as opiniões são divergentes, pois se de um lado tem-se a necessidade fundamental do amparo materno para com seus filhos, de outro, tem-se a preocupação da permanência de crianças em ambientes impróprios e, muitas vezes, insalubres e privados, tendo em sua maioria estruturas mínimas de acomodação para crianças. (2008 *apud* MELLO, 2016, p.84-85).

A condição da mulher grávida ou com filhos na prisão é muito bem delimitada pelo seguinte excerto do livro do jurista alemão Rudolph Von Ihering: “Ninguém sofre com isso além da pessoa que teve seus direitos invadidos” (IHERING, 2012, p. 109). Desta forma, ninguém mais sente as dores experimentadas pelas mães encarceradas do que elas mesmas, uma vez que, em razão da falta de infraestrutura para acomodar gestantes e crianças, a condição especial as torna vulneráveis à insalubridade do sistema carcerário.

O sistema penitenciário brasileiro possui diversos problemas de infraestrutura, contando com superlotação e insalubridade – o que favorece a proliferação de doenças -, em sua maioria, as enfermarias não improvisadas, sem profissionais qualificados e, até mesmo, equipamentos – pré-natal é praticamente inexistente - e medicamentos básicos, limitando o tratamento de doenças a medicamentos sintomáticos (GUSTIN, 2011). Então, não há como pressupor a efetivação dos direitos

e garantias fundamentais da mãe-presas e de seus filhos – sujeitos de direitos que, em razão de suas especificidades, são vulneráveis – quando inseridos em um ambiente nocivo como o cárcere brasileiro.

Frisa-se que as enfermarias alocadas dentro dos presídios não possuem o aporte básico para atendimento da gestante, limitando-se a meras consultas ambulatoriais; no meio prisional não é raro encontrar uma futura mãe que, no quinto mês, não realizou nenhuma ecografia (situação que, em liberdade, ocorreria nas primeiras semanas após a descoberta da gravidez) (PEREIRA; ÁVILA, 2014). Como se não bastasse todo o sofrimento de gerar uma criança atrás das grades e, muitas vezes, nascer já preso, há a violência em face das gestantes. Veja-se os relatos das presas entrevistadas pela jornalista Nana Queiroz é frequente:

- Bater em grávida é algo normal para a polícia – respondeu Aline. – Eu apanhei horrores e tava grávida de seis meses. Um polícia pegou uma ripa e ficou batendo na minha barriga. Nem sei qual foi a intenção desse doido, se era matar o bebê ou eu. A casa penal me mandou pro IML para fazer corpo de delito, mas não deu nada.

Relatos de outras presas confirmaram o que disse Aline. Michalle, já de barrigão protuberante, apanhou de uma escrivã, outra mulher. Na hora da detenção, Mônica recebeu socos de um policial, que disse que filho de bandida tinha que morrer antes de nascer.

Já Tamyris foi presa com Luca no colo, aos três meses e meio. Com ela, no aeroporto, foi apanhado mais um traficante. Na viatura meteram os três e distribuíram porrada sem discriminar em quem. Sobrou até para o pequeno Luca, que foi acertado na lateral do olho, que sangrou e inchou. (QUEIROZ, 2015, p. 118).

É salutar enfatizar a invisibilidade da mãe-presas e de seus filhos em situação de cárcere, uma vez que, tais acontecimentos não são difundidos na sociedade e, muito menos, estudados no meio acadêmico. Uma das “justificativas” apresentadas por Varella é a de que talvez “[...] a prisão de uma filha ou da mãe envergonhe mais do que a de um filho ou do pai, já que a expectativa da sociedade é ver as mulheres ‘no seu lugar’, obedientes e recatadas” (VARELLA, 2017, p. 271).

Ademais, em relação à criança, esta necessita de cuidados de terceiros para sobreviver e, à luz da teoria do psicólogo Bowlby (1960, p.11 *apud* ARMELIN, 2010, p. 03), “considera-se essencial para a saúde mental do recém-nascido e da criança de pouca idade, o calor, a intimidade e a relação constante com a mãe (ou quem, em caráter permanente, a substitua)”. Desse modo, a relação mãe-bebê deve ser fortalecida e constante desde os primeiros anos de vida, de uma maneira saudável e

equilibrada a fim de efetivar o princípio da proteção integral, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como na legislação internacional adotada pelo Brasil.

Ainda, há o paradoxo composto pela *hipermaternidade* e *hipomaternidade* no sistema penitenciário feminino. Com efeito, a *hipermaternidade*, se dá no período de convivência entre a genitora e o bebê na unidade, *hiper* uma vez que não conseguem realizar outras atividades a não ser cuidar exclusivamente do recém-nascido. Já a *hipomaternidade* inicia no momento em que cessa o período de convivência, ou seja, há uma abrupta ruptura de laços (BRAGA; ANGOTTI, 2015). Quer dizer, na primeira, há um excesso de convivência entre os indivíduos, impedindo o convívio social da genitora, enquanto que, na segunda, há uma maternidade quase nula, sem convivência e com a cessação de laços sem um período adaptativo.

Não é difícil compreender que, para um bebê, por óbvio, o ideal não é viver encarcerado. Todavia, os efeitos são menos nefastos do que se fosse separado de sua mãe logo ao nascer (QUEIROZ, 2015). Ainda, consoante a teoria de Kurowsky (1990, p. 14 *apud* ARMELIN, 2010, p. 04), “o primeiro e o mais persistente de todos os vínculos é o entre mãe e filho pequeno, que frequentemente persiste até a idade adulta. Cada membro deste par vinculado tende a manter-se na proximidade do outro e a suscitar, no outro, o comportamento de manutenção da proximidade”. Semelhantemente é argumento de psicóloga Cristina Magadan, no livro “Presos que menstruam”, quando afirma que:

- Nos primeiros meses de vida, a relação do bebê com a mãe é simbiótica. E durante todo o primeiro ano de vida, continua indispensável. Claro, eles perdem muito em conhecimento de mundo quando não têm familiares que podem leva-los para passear, mas, em geral, vemos que a convivência com a mãe ajuda esses bebês a serem relativamente calmos e saudáveis. A dificuldade está em não estender a pena da mãe à criança – uma medida difícil de atingir. O último levantamento do Ministério da Justiça mostrava que 166 crianças viviam no sistema prisional no país. Destas, só 62 estavam em locais dignos como Cássia. As demais moravam em presídios mistos, com pouca ou nenhuma adaptação para recebê-las. [...] quando nascem em locais assim, as crianças vivem em celas superlotadas, úmidas e malcheirosas, chegando até mesmo a dormir no chão com as mães. Apiedadas pelos filhos, muitas presas preferem devolvê-los à família ou entregar para adoção à vê-los vivendo em tais condições. (QUEIROZ, 2015, p. 116-117).

Outra situação em relação ao infante, quando não há parentes aptos a ficarem com a guarda, após o período determinado por cada estabelecimento prisional para permanência com a mãe-presa (cada estabelecimento penal determina um período limite, seguindo ou não a Lei de Execuções Penais e demais Resoluções do Conselho

Nacional Criminal e Penitenciária), os infantes são institucionalizados. O psicólogo Bowlby (2002 *apud* ARMELIN, 2010, p.04) aduz que os infantes que vivem em uma instituição não são capazes de lidar com o cotidiano familiar e não compreendem interações sociais com adultos. Por isso,

Toda criança e adolescente que vive em um abrigo, por melhor que seja a instituição, está com seu direito à convivência familiar e comunitária violado. Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu artigo 19, “toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes”. Ainda de acordo com o texto legal, o abrigamento de crianças em instituição é uma medida de proteção, quando seus direitos forem ameaçados ou violados por ação ou omissão da sociedade e do Estado, ou por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável. É, porém, uma medida provisória e excepcional, tendo-se sempre como objetivo último o retorno da criança ou do adolescente abrigado à sua família de origem. (D’EÇA, 2010, p. 69-70).

Em consonância com tal entendimento, novamente, Bowlby (200, p. 156 *apud* ARMELIN, 2010, p. 04) explica que “nunca será demais enfatizar que, nem com toda boa vontade do mundo, uma creche residencial não poderia oferecer um ambiente emocional satisfatório para bebês e crianças pequenas”. É o que ocorre no Centro Nova Semente, no Estado da Bahia, mantido pela Igreja Católica e coordenado pela Irmã Adele Pezone, local em que ficam abrigadas crianças com pai e mãe presos, desconhecidos ou que não possuem parentes aptos a cuidá-las; apesar de todo cuidado e zelo demonstrado pela Irmã, jamais aquelas crianças saberão o que é um lar em sentido genuíno (D’EÇA, 2010).

O Comitê das Nações Unidas confeccionou *Recomendaciones e buenas prácticas* sobre os direitos das crianças, em um estudo denominado *Convictos Colaterales: niños y niñas de progenitores presos*. Tal estudo indica a importância de um diagnóstico individualizado para cada criança, acerca da viabilidade de permanecer com a mãe (ou o pai, em raros casos) (MELLO, 2016). Nota-se que, a recomendação apresentada abaixo expõe a relevância do princípio do melhor interesse da criança, desconsiderando (se não afetar a criança diretamente) as circunstâncias do ilícito praticado pela genitora:

Las decisiones sobre si los menores deben vivir en la prisión o abandonarla y cuándo deben hacerlo, deberán basarse en un análisis individualizado, caso por caso, del mejor interés del menor. Ni el lugar de nacimiento, ni el hecho de ser adoptado, como tampoco el género del progenitor, deben ser puntos

pertinentes a tomar en cuenta en dichas decisiones. Factores como el tipo de delito, duración de la sentencia, comportamiento en la cárcel y otros puntos similares deben tomarse en cuenta sólo en la medida en que afecten el interés superior del menor y no deberán excluir automáticamente a los progenitores de la posibilidad de conservar a sus niños y niñas con ellos en la cárcel. (ROBERTSON, 2012, p. 23).

É de ressaltar que o objetivo do presente estudo não é eximir a mãe-presas de sua pena imposta, ao contrário, o entendimento é o de que a presa deve receber a sanção cabível para o tipo penal praticado. O que ocorre é que, quando a gestação ou a maternidade se dá no cárcere, ocorre a transcendência da pena para o infante, violando a premissa, exposta na Carta Magna, em seu art. 5º, inciso XLV, de que a pena não passará da pessoa do condenado (BRASIL, 1988).

Então, como aceitar que uma gestação se desenvolva dentro do cárcere? Como permitir que um nascituro (já detentor de personalidade jurídica e proteção integral em razão de sua incapacidade), que não tem ligação nenhuma com os atos ilícitos praticados por sua genitora, seja gestado encarcerado em um sistema em *Estado de Coisas Inconstitucional*? No capítulo anterior, restou claro que a substituição por prisão domiciliar é admitida somente para mães gestantes ou com filhos de até 12 (doze) anos de idade incompletos que estejam cumprindo a prisão preventiva, o que caracteriza uma prisão cautelar (não definitiva ou sem sentença condenatória transitada em julgado).

Nesse sentido, faz-se a seguinte pergunta: qual a diferença entre o nascituro gestado pela presa preventivamente e o nascituro gestado pela presa definitivamente? Partindo da premissa de que a Carta Magna garante (em tese) que todos são iguais perante a lei, não há razão para tratamento diferenciado com os nascituros, porquanto ambos fazem jus aos direitos e às garantias inerentes à pessoa humana, bem como – e principalmente - à proteção integral assegurado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e legislação internacional adotada pelo Estado Brasileiro.

Portanto, plenamente aplicável a prisão domiciliar para presas gestantes, não somente às presas preventivamente, mas, também, às presas definitivamente (com sentença condenatória transitada em julgado). Essa premissa pode ser assim justificada: segundo o art. 317 do CPP, a prisão domiciliar “[...] consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial”. (BRASIL, 1941). Além disso, o art. 318 do CPP, igualmente, elenca as hipóteses de substituição da prisão preventiva pela domiciliar,

dentre essas quando a agente for gestante ou mulher com filho de até 12 (doze) anos incompletos (BRASIL, 1941).

Nessa perspectiva, a prisão domiciliar tem como finalidade “[...] tornar menos desumana a segregação cautelar, permitindo que, ao invés de ser recolhido ao cárcere, ao agente seja imposta a obrigação de permanecer em sua residência” (LIMA, 2013, p. 973). Por esse motivo, com aplicação analógica do art. 318, incisos IV e/ou V do CPP, cumulado com o art. 116 da Lei n.º 7.210/84 (Lei de Execuções Penais), para a gestante ou mãe-presa com filhos de tenra idade (não importando se for presa preventiva ou definitiva), é medida de justiça e efetivação de direitos e garantias a decretação da prisão domiciliar, em razão das especificidades enfrentadas durante a gestação, bem como, a condição de incapaz com proteção integral, consoante a legislação vigente.

Importante ressaltar o que dispõe o art. 116 da Lei n.º 7.210/84 (Lei de Execuções Penais): “O Juiz poderá modificar as condições estabelecidas, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da autoridade administrativa ou do condenado, desde que as circunstâncias assim o recomendem” (BRASIL, 1984a). Assim, consoante os dados expostos neste trabalho, as circunstâncias das mães-presas e seus filhos são degradantes, de notória insalubridade nos presídios nacionais, não sendo possível a permanência desses indivíduos no sistema atual.

Em contrário, a realidade encontrada no ordenamento jurídico é diferente. Isso porque a simples leitura do CPP e da Lei de Execuções Penais permite concluir que o tratamento para apenadas com sentença condenatória definitiva é mais gravoso, sendo somente aplicada a prisão domiciliar quando a presa atingir o regime aberto, à luz do art. 117, incisos III e IV da Lei de Execuções Penais (AURORA, [20--]). Assim, a prisão na modalidade domiciliar se justifica pelo fato de não estender a pena da genitora ao nascituro ou infante, de modo que

Recentemente, alguns ativistas têm sugerido que as mães de bebês até um ano fiquem em prisão domiciliar, com tornozeleiras eletrônicas, enquanto amamentam. Assim, a criança vive em um ambiente mais saudável, não perde em vivência familiar e pode ser levada a passeio por parentes e vizinhos com mais facilidade. Ao fim do período, a mãe voltaria a cumprir pena em regime fechado, se assim determinasse a sua sentença.

Uma preocupação, porém, é a de que este tipo de benefício levasse as presas a engravidar propositalmente. Cristina ri da suposição.

- O que vejo aqui são mulheres abandonadas que nem conseguem visita íntima, iam engravidar como? (QUEIROZ, 2015, p. 117).

A alegação de que as presas engravidariam somente para obter a prisão domiciliar carece de um fundamento de razão. Além da visita íntima ser rara em presídios femininos, a visita (em geral) é rara de igual forma. Com efeito, aproximadamente 2% (dois por cento) das presas utilizam o benefício da visita íntima (QUEIROZ, 2015). Ademais, além de todas as infelicidades do meio prisional, “[...] o abandono é o que mais aflige as detentas. Cumprem suas penas esquecidas pelos familiares, amigos, maridos, namorados e até pelos filhos.” (VARELLA, 2017, p. 38).

Outrossim, existe ainda a problemática da revista íntima realizada para a entrada nos presídios. Muitas presas aconselham familiares a não as visitarem, tudo em razão da revista íntima (melhor denominada: vexatória), a qual expõe, além dos adultos, as crianças porque todas as pessoas devem se submeter ao exame. Não obstante as vedações na realização em infantes, as revistas continuam ocorrendo, segundo Varella, sem considerar a idade, “[...] as mulheres passam pelo constrangimento de sentar num banquinho detector de metais, além de tirar a calcinha e agachar sobre um espelho colocado no chão, para que a funcionária inspecione os genitais.” (VARELLA, 2017, p. 62).

Assim, visível que as presas não suportam tamanha humilhação com seus familiares próximos e, principalmente, com seus filhos. É por isso que elas acabam sugerindo a cessação das visitas, de modo a evitar tamanha exposição dos entes amados. Em contrapartida, as mães-presas acabam esquecidas na prisão, sem o mínimo de dignidade no sistema penitenciário que se encontra em *Estado de Coisas Inconstitucional*. A seguir, trecho, citação do médico Dráuzio Varella:

“Nem todas, no entanto, são traficantes profissionais, muitas o fazem por razões mais nobres. São mães, esposas, namoradas, tias, avós ou irmãos de presos que juram estar condenados à morte caso não paguem dívidas contraídas com assassinos implacáveis, chantagem que muitas vezes serve apenas para lhes garantir crédito adicional com traficantes internos ou obter lucro com a venda da mercadoria. (VARELLA, 2017, p. 206).

Outra variável que agrava a condição das mães-presas é ausência de higiene no sistema prisional. Isso porque a infraestrutura dos presídios é péssima e não atende as peculiaridades do atendimento à gestante e à criança, principalmente na área da saúde, consoante já explicitado no momento oportuno. Em relação à estrutura, os presídios são, em sua essência, masculinos e foram adaptados para receber as mulheres e seus filhos, ou seja, o aprisionamento feminino ocorre em

espaços masculinos que não possuem condições especiais para recebê-las (sem creche, berçário, atendimento ginecológico e pediátrico, entre outras especificidades do público feminino e infantil) (ANDRADE, 2011; BRASIL, 2007 *apud* PEIXOTO, 2017).

Então, é evidente a situação de caos do sistema penitenciário, tanto o masculino quanto o feminino, com ênfase neste último em razão das especificidades das mães-presas em situação de gestação ou com a guarda de seus filhos infantes. Daí porque é perfeitamente aceitável a tese de que o sistema carcerário não está preparado para receber esses indivíduos com diversas especificidades em razão de sua condição, sendo, conseqüentemente, a prisão domiciliar a medida ideal para atender particularidades dos infantes em processo de desenvolvimento, com aplicação analógica do disposto no art. 318, incisos IV e V, do CPP.

3.2 ANÁLISE DO CONTEXTO FÁTICO DA MÃE-PRESA E SEUS FILHOS

Neste tópico, cumpre analisar o cenário em relação às decisões judiciais no sentido de aplicar, ou não, a prisão domiciliar para mães-presas, fundamentando, por analogia, no art. 318, incisos IV e/ou V do CPP cumulado com o art. 116 da Lei n.º 7.210/84 (Lei de Execuções Penais). É salutar referir que, consoante análise de decisões no âmbito nacional (decisões do Estado de São Paulo, Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Distrito Federal) raras são as decisões no sentido de conceder a prisão domiciliar para mães-presas com sentença definitiva.

Nota-se que, a maioria das decisões acerca do tema tratam somente das presas custodiadas sob a prisão preventiva, as quais, em sua maioria, são concedidas as benesses da prisão domiciliar a fim de proporcionar o bem-estar do infante envolvido. Com o escopo de realizar uma análise lógica da situação atual, começo percorrendo decisões no âmbito da 1º instância (Juízes de Direito nos Foros e Varas das Comarcas), 2º instância (Desembargadores atuantes nos Tribunais de Justiça dos Estados), 3º instância (Ministros atuantes do Superior Tribunal de Justiça) e, por fim, na última instância de julgamento (Ministros atuantes no Supremo Tribunal Federal).

Em 1º estância, foram analisadas duas decisões, no âmbito do Estado de São Paulo e Santa Catarina. Em São Paulo, foi analisada a decisão originária do processo n.º 005198-29.2016.8.26.0496, cujo pedido foi de benefício excepcional da prisão

domiciliar para mãe-presa, com sentença condenatória definitiva, em razão de possuir dois filhos infantes (08 e 11 anos de idade) e ambos serem totalmente dependentes dos cuidados da requerente, quando se alegou, ainda, a aplicação analógica às presas definitivas do disposto no art. 318 do CPP (SÃO PAULO, 2016a). Salienda-se que a determinação da sentença foi no sentido de conceder a prisão domiciliar, em favor da requerente e principalmente de seus filhos de tenra idade, no sentido de efetivar os direitos e garantias dos infantes (SÃO PAULO, 2016b). Assim dispõe o Juiz de Direito Luís Augusto Freire Teotônio:

Com base nas mudanças trazidas pelo Estatuto da Primeira Infância, correspondente a Lei n.º 13.257/16, não é mais necessário que o reeducando se encontre cumprindo pena em regime aberto para gozar da prisão domiciliar, como anteriormente disposto no artigo 117 da Lei de Execução Penal. Uma vez provados os requisitos imprescindíveis para a precisão deste benefício excepcional, é viável que presos preventivos usufruam desta possibilidade. E, verificando a efetivação de direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstas, pode-se ir além, analogicamente, aplicando a determinada regra para demais presos que comprovem a real necessidade deste auxílio. (SÃO PAULO, 2016b).

Outrossim, destaca-se que o julgador fundamentou que tal medida é a ilustração da individualização da pena, uma vez que cada presa detém suas peculiaridades e, bem como, que estas devem ser analisadas a fim de não ferir o princípio da personalidade da pena, ou seja, de modo que a sanção penal não seja transferida para o desenvolvimento saudável do infante, em virtude de incorreções que não os pertencem (SÃO PAULO, 2016b). Nota-se que a decisão acima citada é reflexo de um entendimento além do punitivismo puro, mas, sim, levando em consideração os direitos e garantias dos infantes de tenra idade para um desenvolvimento saudável.

Já no Estado de Santa Catarina, foi analisada a decisão originária do processo n.º 0002363-46.2013.8.24.0038, cujo pedido de concessão do benefício da prisão domiciliar invocou o princípio da absoluta prioridade da criança. Inicialmente, o julgador reconheceu os problemas sociais do País, bem como que estava ciente das Regras de Bangkok, que incita a discussão acerca dos problemas de gênero (SANTA CATARINA, 2016). Ademais, o Juiz de Direito João Marcos Buch assim decidiu:

Mutatis mutantis, conforme tem orientado o Supremo Tribunal Federal, “tendo em conta as precárias condições materiais em que se encontram as prisões brasileiras, de um lado, e, de outro, considerada a delicada situação

orçamentária na qual se debatem a União e os entes federados, esta Suprema Corte concluiu que os juízes e tribunais estão autorizados a determinar ao administrador público a tomada de medidas ou a realização de ações para fazer valer, com relação aos presos, o princípio da dignidade humana e os direitos constitucionais a eles garantidos, em especial o abrigado no art. 5º, XLIX, da Constituição Federal ” (STA 807/RJ; Relator: Ministro Presidente Ricardo Lewandowski; Julgamento: 23.11.2015).

Com base nos fundamentos supra, resta com clareza meridiana a solução que melhor se amolda ao caso concreto: **a concessão da prisão domiciliar**. Isso nada mais é do que admitir e reafirmar, sempre, que a pessoa da condenada e sua família jamais perderão sua natureza humana e por este motivo serão sempre merecedoras de irrestrito respeito em seus direitos e garantias fundamentais. Este salto ético já foi dado e o atual padrão de civilidade assim exige, bem como a humanidade em paz agradece. (SANTA CATARINA, 2016).

Nesse sentido, resta frisar que as decisões acima citadas são de suma importância para o tema abordado, vez que vão ao encontro do entendimento defendido durante o presente trabalho. Tais decisões, bem lançadas, levam em consideração não só os direitos humanos (básicos) das mães-presas, mas, primordialmente, o princípio do melhor interesse da criança. Com efeito, diante do atual caos do sistema penitenciário – em *Estado de Coisas Inconstitucional* –, o entendimento explanado nas decisões de 1º instância é o mais adequado ao caso das mães-presas custodiadas durante a gestação ou no momento de cuidados dos filhos de tenra idade, mostrando-se a prisão domiciliar a solução adequada para resolução da problemática em questão.

Além disso, as decisões demonstram um elevado senso de humanidade por parte dos julgadores de 1º instância, de modo a explanarem a proximidade com o caso das mães-presas, explicando o porquê de a prisão domiciliar ser tão importante para o desenvolvimento da criança, bem como o porquê de a prisão nas unidades prisionais ser tão devastadora, de modo a ensejar a transferência da pena para a pessoa do infante. Ainda, expôs fundamentos jurídicos pertinentes (art. 318, incisos IV e/ou V do CPP cumulado com o art. 116 da Lei n.º 7.210/84), salientando que “[...] é possível para os presos provisórios e por óbvio também a todos os demais presos, independentemente do regime, com requisitos como se vê mais flexíveis.” (SANTA CATARINA, 2016).

No âmbito dos Tribunais de Justiça, em 2º instância, constata-se que a realidade – ou até mesmo, ilusão – não é a exposta nas decisões de 1º grau. No Tribunal de Justiça de São Paulo, foi analisado o *Habeas Corpus* n.º 0086345-18.2013.8.26.0000, cujo pedido parte de uma mãe-presa, condenada definitivamente, que deu à luz na

prisão à infante, que se encontrava junto da mãe, na cela (em razão do aleitamento). Alegou, em síntese, que o espaço prisional não é adequado à criança de tenra idade, destacando que sua prisão domiciliar não oferecia perigo à sociedade (SÃO PAULO, 2013).

Essa ordem foi denegada, sob o fundamento de que as unidades prisionais proporcionam local adequado para o aleitamento (art. 5º, inciso L, da Constituição Federal), bem como disponibilizam creches e seções adequadas para gestantes. É salutar citar o seguinte trecho da decisão:

Diante de todo esse quadro, não tendo sido alegado desamparo da criança e nem descumprimento das ordens legais e regulamentares quanto a assistência do menor, não há como dar acolhida a pretensão feita em nome da paciente.

Ademais, como se sabe, a prisão domiciliar constitui faculdade do juiz e não direito subjetivo da acusada, o que poderia ser concedida se ela preenchesse os requisitos do artigo 318 do CPP (o que não é o caso), desde que houvesse ainda a oportunidade, merecimento e conveniência para tal, quando então ela poderia ser inserida em prisão domiciliar. (SÃO PAULO, 2013).

A simples leitura do excerto acima leva a crer que a decisão não averiguou a atual situação do cárcere brasileiro. Por certo, tal entendimento somente levou em consideração a legislação vigente acerca da execução penal, não se atentando ao *Estado de Coisas Inconstitucional* presente no sistema carcerário - cuja palavra *insalubridade* é por deveras limitado para definir o sistema - que não apresenta as mínimas condições de receber gestantes e infantes que precisam de atendimento diferenciado. É por isso que emerge a questão de como permitir que um infante, inocente, viva encarcerado em razão dos erros de sua genitora ocorridos anteriormente ao seu nascimento?

É de se referir que, com o advento do Estatuto da Primeira Infância (Lei n.º 13.257/16), o processo para a decretação da prisão domiciliar em favor de presas provisórias em condições específicas (gestantes ou com filhos de tenra idade) foi facilitado, estando de modo expreso na legislação (art. 318, incisos IV e/ou V, do CPP). Por conseguinte, cumulando tal artigo do CPP com o 116 da Lei n.º 7.210/84 (Lei de Execuções Penais) é, por óbvio, possível a extensão do benefício em favor das presas com sentença condenatória transitada em julgado, levando-se em consideração que os infantes nascidos de mães provisórias e mães com sentença definitiva possuem as mesmas garantias no ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda, foi analisado o acórdão n. ° 70071873244, oriundo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cujo objeto foi a impetração de *Habeas Corpus* com a finalidade de conceder a prisão domiciliar para mulher presa gestante, segregada preventivamente, no sétimo mês de gravidez. O argumento foi o de que, em tal estágio da gravidez, somente realizou uma consulta pré-natal, não sendo suas solicitações acolhidas pela Secretaria de Saúde, bem como que dividia a cela com outras presas, todas fumantes (RIO GRANDE DO SUL, 2016). Em resposta à pretensão da custodiada, a Justiça Gaúcha proferiu decisão no acórdão abaixo, substituindo a prisão preventiva pela domiciliar da paciente:

Ementa: HABEAS CORPUS. CRIMES DE HOMICÍDIO TENTADO E CONSUMADO. DEFERIMENTO PARCIAL DE LIMINAR. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR. QUANDO DO DEFERIMENTO DA LIMINAR, ASSIM ME POSICIONEI, MEDIANTE DECISÃO ABAIXO PARCIALMENTE REPRODUZIDA: "Trata-se de pedido de reconsideração de liminar em habeas corpus, formulado pelo impetrante em favor de JOSIANE PINHEIRO CORNEAU. Às fls. 64/69, indeferi a liminar pleiteada, pelos seguintes fundamentos: (...) O impetrante, agora, através do pedido de reconsideração, acompanhado de Relatório Psicossocial, emitido por uma Assistente Social e uma Psicóloga, lotadas no Presídio Regional de Sarandi, sustenta que a manutenção da paciente no cárcere, coloca-a em situação de risco. Creio que a decisão indeferitória da liminar é de ser reconsiderada, diante das circunstâncias que agora se apresentam. Com efeito, consta do Relatório Psicossocial, datado de 22NOV2016, que a paciente, atualmente com 07 (sete) meses de gravidez, passou por apenas uma consulta pré-natal, realizada para investigação de quadro hemorrágico, sendo que as solicitações de acompanhamento médico encaminhadas para a Secretaria de Saúde, ainda não foram atendidas. Ficou consignado, ainda, que a paciente habita uma cela de aproximadamente 15 m2, com outras 08 (oito) mulheres, todas fumantes, bem como o encaminhamento de Josiane à Penitenciária Feminina Madre Pelletier restou prejudicado, uma vez que paciente não possui familiares residindo na Capital ou Região Metropolitana. Registram, ainda, que a paciente relatou estar sofrendo dispnéias frequentes e desmaios Como se vê, a paciente, embora já se encontrar no 7ª mês de gravidez, não vem recebendo tratamento médico adequado dentro do estabelecimento prisional em que se encontra, uma vez que todas as solicitações de acompanhamento médico encaminhadas à Secretaria Municipal de Saúde não foram atendidas. Além disso, Josiane compartilha uma cela de 15 m2, com outras 08 (oito) apenadas, todas fumantes, o que compromete ainda mais a gravidez. Assim, não obstante a gravidade da imputação, verifico, agora, a partir do relatório psicossocial, que a paciente se encontra na previsão legal para que, na condição de gestante, usufrua do benefício da prisão domiciliar, em homenagem a dignidade da pessoa humana, à proteção integral à criança e, também, ao estabelecido no artigo 318 do Código de Processo Penal. À vista disso, reconsidero a decisão de fls. 64/69, para o fim substituir a prisão preventiva da paciente por prisão domiciliar até o julgamento do presente remédio heróico, autorizando, desde logo, eventuais saídas para acompanhamento da gestação e tratamento de saúde, mediante a devida comprovação. Alerta-se à acusada que o descumprimento da prisão domiciliar importará o restabelecimento da custódia preventiva, como também poderá ser esta novamente decretada, se sobrevir situação que configure a exigência da cautelar mais graves outro

motivo não estiver presa. Intime-se a paciente a respeito da condição de sair da residência somente mediante autorização judicial expressa". Em suma, as circunstâncias do caso viabilizam a concessão da ordem, motivo pelo qual reitero os argumentos acima expostos, concedendo a ordem impetrada, ratificando a liminar anteriormente deferida, que concedeu a prisão domiciliar à paciente. LIMINAR RATIFICADA E ORDEM CONCEDIDA EM PARTE. (Habeas Corpus Nº 70071873244, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em 15/12/2016) (grifo meu). (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

No caso acima exposto, a mãe-presa se amolda perfeitamente ao caso previsto na legislação que enseja a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, previsto no art. 318, inciso IV, do CPP, bem como dialoga com o fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana e a proteção integral à criança (RIO GRANDE DO SUL, 2016). Retornando à questão central, pode-se questionar qual a diferença entre o infante gestado por uma mãe-presa provisoriamente e uma com sentença condenatória transitada em julgado? À luz do direito humanitarista, não há nenhuma distinção, porém, os julgados levam a crer que os infantes não são iguais perante a lei.

Por conseguinte, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a decisão proferida no *Habeas Corpus* n.º 375.774/SC vai ao encontro do entendimento defendido neste trabalho de conclusão de curso. Trata-se de pedido de prisão domiciliar durante a execução provisória da pena, em razão da mãe-presa possuir 04 (quatro) filhos menores de 12 (doze) anos, inclusive, um deles com apenas alguns meses de vida. Salienta-se que, nesse caso, o pedido foi atendido, com fundamento (por analogia) no art. 318, inciso V, do CPP cumulado com o art. 117, da LEP (BRASIL, 2016f). Como forma de se compreender melhor, segue a transcrição da ementa do referido julgado:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO DOMICILIAR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A hipótese vertente diz respeito a execução provisória da pena, razão pela qual o juiz, ao conceder a prisão domiciliar, valeu-se tanto do art. 318, V, do CPP (que se aplica à prisão preventiva, como in casu, já que não se trata de condenação transitada em julgado) quanto do art. 117, III, da LEP. 2. A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que "a melhor exegese do art. 117 da Lei n.º 7.210/1984, extraída dos recentes precedentes da Suprema Corte, é na direção da possibilidade da prisão domiciliar em qualquer momento do cumprimento da pena, ainda que em regime fechado, desde que a realidade concreta assim o imponha" (HC 366.517/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 27/10/2016). 3. Muito embora haja posicionamento doutrinário no sentido de não serem automáticas as hipóteses de prisão domiciliar (Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer: Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 645-646), sendo necessário analisar as circunstâncias do caso

concreto para saber se a medida será suficiente, o juízo de primeiro grau logrou demonstrar ser o caso de concessão da prisão domiciliar à ora paciente, notadamente em razão da necessidade de cuidar de 4 (quatro) filhos, todos menores de 12 (doze) anos de idade - 1 (um) deles com apenas alguns meses de vida. O magistrado acrescentou, ainda, que o parecer técnico do estudo social recomendou a medida. 4. Ordem concedida, confirmando a liminar, para restabelecer a decisão de primeiro grau que havia concedido à paciente a prisão domiciliar, mediante o cumprimento das seguintes condições: 1) recolhimento domiciliar em período integral, autorizando-se apenas eventuais saídas para acompanhamento e tratamento de sua saúde e dos filhos; 2) comparecimento em Juízo sempre que requisitada; e 3) comunicação prévia de mudança de endereço. (BRASIL, 2016f).

Salienta-se que tal julgado é coerente e leva em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como a proteção integral da criança. Nesse sentido, nota-se que a prisão domiciliar, nesses casos, não beneficia a mãe-presa, mas, em verdade, os filhos dela de tenra idade, os quais necessitam da presença materna para seu pleno desenvolvimento. É bom que se diga que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, consoante exarado no recurso acima citado e, precedentemente, no *Habeas Corpus* n.º 366.517/DF, é de que “a melhor exegese do art. 117 da Lei n.º 7.210/1984, extraída dos recentes precedentes da Suprema Corte, é na direção da possibilidade da prisão domiciliar em qualquer momento do cumprimento da pena, ainda que em regime fechado, desde que a realidade concreta assim o imponha” (BRASIL, 2016g).

Por fim, encaminhando o encerramento da investigação jurisprudencial proposta, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, foram encontrados alguns julgados relevantes acerca da concessão da prisão domiciliar em favor de mães-presas. Todavia não foram constatados julgados acerca da concessão da prisão domiciliar para as mães-presas com sentença condenatória transitada em julgado, limitando-se às mães-presas preventivamente. Apesar disso, o estudo dos fundamentos utilizados pelos julgadores do Supremo Tribunal Federal é de extrema importância para o estudo de tal problemática de nosso País.

No julgamento do *Habeas Corpus* n.º 142.593/SP, cujo pedido era o de prisão domiciliar para mãe-presa preventivamente, os julgadores, para conceder a ordem, levaram em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio do melhor interesse da criança – ao considerar dispositivos do ECA e Marco Legal da Primeira Infância (Lei n.º 13.257/16) – e, ainda, as normativas internacionais das

Regras de Bangkok (BRASIL, 2016d). Outrossim, no julgamento do *Habeas Corpus* n. ° 134.069/ DF, o Ministro Gilmar Mendes assim referiu:

Não obstante as circunstâncias em que foi praticado o delito, a concessão da prisão domiciliar encontra amparo legal na proteção à maternidade e à infância, como também na dignidade da pessoa humana, porquanto prioriza-se o bem-estar do menor, como também do nascituro, principalmente em razão dos cuidados necessários em seu nascimento e na futura fase de amamentação, crucial para seu desenvolvimento. (BRASIL, 2016h)

Em vista disso, é possível perceber que os julgados que concederam a ordem e determinaram a concessão da prisão domiciliar vão ao encontro dos princípios e garantias da mãe-presa e, principalmente, dos infantes de tenra idade que ainda habitam as unidades prisionais brasileiras. Ademais, é salutar referir que as decisões judiciais devem, sem sombra de dúvidas, seguir a legislação pátria. Todavia, deparando-se com casos excepcionais – como é o caso das mães-presas no sistema carcerário brasileiro –, deve-se realizar uma análise detalhada de cada caso, a fim de aplicar, por exemplo, a analogia entre os dispositivos pertinentes, com a finalidade única de efetivar os direitos e garantias dos infantes em tais situações.

CONCLUSÃO

A legislação brasileira é vasta ao demonstrar o interesse do Estado Brasileiro em efetivar os direitos e garantias da pessoa humana. Todavia, a realidade não é a apresentada nas normativas internas e externas (aceitas pelo Estado Brasileiro). O grave problema das mães-presas com seus filhos é latente e há muito carece de solução pelo Estado Brasileiro, sendo constantemente reivindicado por organismos internacionais acerca da catástrofe do sistema carcerário nacional.

A busca de soluções é árdua e necessita de especial atenção das autoridades nacionais. Considerando que o Estado se encontra em crise, a solução que apresenta menos impacto econômico é a concessão da prisão domiciliar para as mães-presas, sempre ponderando o melhor interesse do infante envolvido na questão. Ademais, ao analisar o Direito Constitucional e as demais normativas nacionais e internacionais aceitas pelo Brasil, deduz-se que a prisão domiciliar efetiva o princípio de proteção integral do infante, evitando a invisibilidade de tais indivíduos frente às autoridades.

Nesse sentido, a pesquisa demonstrou que a criminalidade feminina é crescente e, conseqüentemente, os infantes em situação de cárcere estão aumentando em igual proporção, uma vez que não há como falar em infantes no cárcere sem relacionar com o encarceramento feminino em si. Nota-se, também, que em razão do “aprisionamento” desses infantes, ocorre a transcendência da pena para estes, uma vez que intimamente ligados com a destinatária de tal medida, suas mães. Portanto, há grave violação ao inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal, trazendo diversos prejuízos ao desenvolvimento da criança envolvida.

Outrossim, a contextualização histórica dos ordenamentos criminais vigentes em cada época do Brasil foi de suma importância para entender, desde o início, o porquê dos problemas relacionados à má organização: o Brasil começou de forma errada, não obtendo, desde o princípio, legislações próprias que condissessem com sua realidade fática. Ademais, o estudo do encarceramento feminino mostra-se, de igual forma, atrelado à problemática dos infantes na prisão, vez que são, na maioria

das vezes, gestados dentro das unidades prisionais e vivem parte de sua infância segregados de liberdade.

Nessa perspectiva, notou-se que o reconhecimento dos direitos humanos pelas autoridades é recorrente, citando, por exemplo a confirmação do *Estado de Coisas Inconstitucional* do sistema penitenciário nacional (ADPF n.º 347) e a Ação Parlamentar n.º 384 denominada CPI do Sistema Carcerário. Todavia, a concretização desses direitos – ou seja, a solução – não é efetivada, uma vez que depende de grande dispêndio financeiro por parte das autoridades governamentais. Assim, o reconhecimento dos direitos humanos é latente, principalmente em relação ao atual estado do Sistema Carcerário, porém, a concretização caminha a passos lentos, não havendo previsão para a efetiva resolução dos problemas do sistema.

Ainda, as informações obtidas durante a pesquisa foram essenciais para o desenvolvimento de um pensamento humanitarista e garantista em relação aos direitos dos infantes, com ênfase no princípio da proteção integral, previsto no ECA. Ora, na verdade a reação não poderia ser diferente, os infantes devem ser protegidos, uma vez que são hipossuficientes e vulneráveis em nível máximo, não podendo, ninguém - nem mesmo o Estado, que é o que vem ocorrendo - dispor de seus direitos mais básicos. Com efeito, aprisionar o infante junto de sua genitora custodiada, sem dúvidas, é violar os direitos fundamentais das crianças envolvidas, não importando se é nascituro ou infante propriamente dito.

O presente estudo pretende contribuir para a visibilidade dos infantes no ambiente prisional, vez que são parcela da população prisional oculta (além da população feminina que é ignorada pelas autoridades), necessitando de atenção integral e de atendimento especializado, principalmente aos nascituros e infantes de tenra idade. Com efeito, a proposta apresentada para reflexão acadêmica da presente problemática é acerca do entendimento de que a concessão da prisão domiciliar para tais mulheres seria a maneira mais satisfatória de efetivar os direitos e garantias dos nascituros e infantes.

Apesar da legislação não prever expressamente esse raciocínio, é possível a aplicação, por analogia, do art. 318, incisos IV e/ou V do CPP, cumulado com o disposto no art. 116 da LEP, a fim de efetivar os direitos e garantias dos infantes previstos na legislação. Por fim, conclui-se que os nascituros/infantes gestados por mães-presas provisoriamente e os gestados por mães-presas definitivamente são

iguais perante a legislação, não podendo ser alvo de desigualdades e violações de direitos em razão de sua situação social.

REFERÊNCIAS

ARMELIN, Bruna Dal Fiume; MELLO, Daniela Canazaro de; GAUER, Gabriel José Chittó. **Filhos do cárcere: estudo sobre as mães que vivem com seus filhos em regime fechado**. Revista da Graduação, 2010. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/graduacao/article/viewFile/7901/5586>>. Acesso em: 16 out. 2017.

AURORA, Sophia. **A vida gestada no cárcere em “estado de coisas inconstitucional”: acerca da prisão cautelar e a prisão contida na lei de execuções penais –necessária adequação da lei 7.210 de 1984 às garantias fundamentais**. Prêmio Patrícia Acioli – AMAERJ. 20---. Disponível em: <http://amaerj.org.br/premio/wp-content/themes/premio_patricia/inscricoes/210917_141934.pdf>. Acesso em: 31 out. 2017.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8. ed. Rio De Janeiro: Revan, 2002.

BECCARIA, Cessare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Hunter Books, 2012.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes; ANGOTTI, Bruna. **Da hipermaternidade à hipomaternidade no cárcere feminino brasileiro**. SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, dez. 2015. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/101231/hipermaternidade_hipomaternidade_carcere_braga.pdf>. Acesso em: 27 out. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Regimento Interno, estabelecido pela Resolução n.º 17, de 1989. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/18847/regimento_interno_18ed.pdf?sequence=68>. Acesso em: 13 out. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. **Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos**. Genebra, 1955. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html>>. Acesso em: 25 out. 2017.

_____. **Código Criminal de 1830**. Rio de Janeiro, 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 05 jul. 2017.

_____. Código de Processo Penal. **Decreto-Lei 3.689/1941**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 03 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Código Penal. **Decreto-Lei 2.848/1940**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em: <

_____. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. **Ação Parlamentar n.º 384**. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2701/cpi_sistema_carcerario.pdf?sequence=5>. Acesso em: 25 out. 2017. (a)

_____. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. **Regras de Tóquio: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade**. 1. ed. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2017. (e)

_____. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. **Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras**. 1. ed. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2017. (d)

_____. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. **Regras de Mandela: Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos**. 1. ed. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2017. (b)

_____. Conselho Nacional De Política Criminal E Penitenciária. Resolve fixar as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil. **Resolução n.º 14, de 11 de novembro de 1994**. Disponível em: <<http://www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/regras-minimas-para-tratamento-dos-presos-no-brasil.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2017.

_____. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Resolução n.º 04, de 18 de julho de 2014**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/resolucoes/resolucoes-arquivos-pdf-de-1980-a-2015/resolucao-no-4-de-18-de-julho-de-2014.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2017. (d)

_____. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Resolução n.º 03, de 28 de agosto de 2009**. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/noticia/13345-Resolucao-do-CNPCP-disciplina-situacao-de-filhos-de-mulheres-encarceradas>>. Acesso em: 05 nov. 2017. (c)

_____. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Resolução n.º 05, de 15 julho de 2014**. Disponível em: <http://www.lex.com.br/legis_25910835_RESOLUCAO_N_5_DE_28_DE_AGOSTO_DE_2014.aspx>. Acesso em: 13 nov. 2017. (c)

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934)**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm >. Acesso em: 05 jul. 2107.

_____. Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 03 out. 2016.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil (1824)**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm >. Acesso em: 05 jul. 2017.

_____. **Decreto n. ° 7.030/2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 dez. 2009. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm >. Acesso em: 28 set. 2017. (b)

_____. **Decreto de 12 de abril de 2017**. Concede indulto especial e comutação de penas às mulheres presas que menciona, por ocasião do Dia das Mães, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 abr. 2017. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/dsn/Dsn14454.htm >. Acesso em: 06 dez. 2017.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei 8.069/1990**. Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm >. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. **Exposição de Motivos da Lei de Execuções Penais**. Lei n.º 7.210 de 11 de julho de 1984. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html> >. Acesso em: 11 out. 2017. (b)

_____. Lei 13.257/2016. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 08 mar. 2016. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm >. Acesso em: 20 out. 2017. (a)

_____. Lei 13.271/2016. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 15 abr. 2016. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13271.htm >. Acesso em: 13 nov. 2017. (c)

_____. Lei 7.210/1984. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 11 jul. 1984. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm >. Acesso em: 05 jul. 2017. (a)

_____. Lei n.º 1.579/1952. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 18 mar. 1952. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1579.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Infopen Mulheres**. Jun. 2014. Disponível em: < <http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf> >. Acesso em: 19 set. 2016. (a)

_____. Ministério da Justiça. Institui a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional, e dá outras providências. **Portaria interministerial n.º 210, de 16 de janeiro de 2014**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/mulheres-1/anexos-projeto-mulheres/portaria-interministerial-210-2014.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2017. (b)

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n.º 366.517 (DF)**. Paciente: Benedito Augusto Domingos. Relator: Rogério Schietti Cruz. Brasília, 11 dez. 2016. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1545613&num_registro=201602113020&data=20161027&formato=PDF>. Acesso em: 08 nov. 2017. (g)

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n.º 375.772 (SC)**. Paciente: Bruna de Lima Andrade. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 13 dez. 2016. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1562636&num_registro=201602777922&data=20161219&formato=PDF>. Acesso em: 08 nov. 2017. (f)

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347**, Brasília, DF, 09 set. 2015. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 16 out. 2017. (a)

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 134.069 (DF)**. Paciente: Jessica de Fatima de Souza. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, 21 jun. 2016. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11303460>>. Acesso em: 08 nov. 2017. (h)

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 126.107 (SP)**. Paciente: Renata Gonçalves Cardoso. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 08 jan. 2015. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=307928325&tipoApp=pdf>>. Acesso em: 20 out. 2017. (b)

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 142.593 (SP)**. Paciente: Thais Gabriela Martins Batista da Silva. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, 20 jun.

2017. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13792086>>.
 Acesso em: 08 nov. 2017.

CAPELARI JÚNIOR, Osvaldo; CORDEIRO, Nefi. **Natalidade e encarceramento feminino no Brasil: a revisão necessária para um futuro de dignidade mínima às crianças filhas de mães em unidades prisionais**. XXV Congresso do CONPEDI. Florianópolis, 2016. Disponível em:
 <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/2153uj07/tzWKbk9Ib7jpo98r.pdf>
 >. Acesso em: 20 out. 2017.

CERNEKA, Heidi Ann. **Homens que menstruam: considerações acerca do sistema prisional às especificidades das mulheres**. Jan. – Jun. 2009. Veredas do Direito – Belo Horizonte. Disponível em: <
<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/6/5> >. Acesso em: 09 out. 2017.

_____, Heidi Ann. **Regras de Bangkok – está na hora de fazê-las valer!** Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, mar. 2012. Boletim 232. Disponível em: <
https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2133478/mod_resource/content/1/Boletim232_heidi.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017.

CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Organiza a política institucional de atendimento às mulheres presas visando assegurar gestação segura e o exercício da maternidade durante o período da custódia penal, bem como a garantia, com prioridade absoluta, dos direitos das crianças e dos adolescentes. **Deliberação n. ° 291**, 14 fev. 2014. Disponível em: <
<https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=49534&idModulo=5010>>. Acesso em: 26 out. 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. **Código Penal para concursos**. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017.

D'EÇA, Aline. **Filhos do cárcere**. Salvador: EDUFBA, 2010.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor Mikhailovitch. **Recordações da casa dos mortos**. Martin Claret, 2006.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8069, de 13 de julho de 1990**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FRINHANI, Fernanda de Magalhães Dias; SOUZA, Lídio de. **Mulheres encarceradas e espaço prisional: uma análise de representações sociais**.

Revista Psicologia: Teoria e Prática, 2005. Disponível em: < <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/ptp/v7n1/v7n1a06.pdf> >. Acesso em: 19 out. 2017.

GAMA, Angélica Barros. As Ordenações Manuelinas, a tipografia e os descobrimentos: a construção de um ideal régio de justiça no governo do Império Ultramarino português. **Revista Navigator**. Disponível em: < http://www.revistanavigator.com.br/navig13/dossie/N13_dossie2.pdf >. Acesso em: 05 jul. 2017.

GOMES, Camila de Magalhães. Mulheres e prisão. **Blogueiras Feministas**, 27 fev. 2013. Disponível em: < <http://blogueirasfeministas.com/2013/02/mulheres-e-prisao/>>. Acesso em: 26 out. 2017.

GRILLO, Brenno. **Indulto de Dia das Mães alcança avós e grávidas com gestação de risco**. Consultor Jurídico, abr. 2017. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-abr-13/indulto-dia-maes-alcanca-avos-mulher-gravidez-risco> >. Acesso em: 06 dez. 2017.

GUSTIN, Eduardo Crosara. **Mulher e Saúde na prisão: a realidade nacional**. Anais do Encontro Nacional do Encarceramento Feminino. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/eventos/encarceramentofeminino/apresentacao.educar.docrossara.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2017.

IHERING, Rudolph Von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Hunter Books, 2012.

ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

KOERNER, Andrei. **Punição, disciplina e pensamento penal no Brasil do Século XIX**. Lua Nova, 2006. Disponível em: acesso em 26 jun. 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17. ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói: Impetus, 2013.

_____, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

LIRA, Cláudio Rogério Sousa. **Direito Penal na pós-modernidade: a Racionalidade Legislativa para uma Sociedade de Risco**. Curitiba: Juruá, 2013.

_____, Cláudio Rogério Sousa. **Direito penal na pós-modernidade: a racionalidade legislativa para uma sociedade de risco**. 2ª ed., revista e atualizada com a Nova Lei do Femicídio (Lei 13.104 de 09.03.2015). Curitiba: Juruá, 2015.

LOPES, Rosalice. **Prisioneiras de uma mesma história: o amor materno atrás das grades**. 2004. 245 f. Tese (Doutorado em Psicologia) - Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2004.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquemático – parte geral – vol. 1**. 5. ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Método, 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Daniela Canazaro de. **A maternidade no Meio Prisional: vivências de mães encarceradas na realidade brasileira e portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MESSA, Ana Flávia. **Curso de Direito Processual Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 9.ed. atual. até a EC n.º 71/12. São Paulo: Atlas, 2013.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de História do Direito**. 15. ed. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 12. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUNES, Rizzatto. **Manual de filosofia do direito**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

OEA. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Ratificação**. 10 dez. 1998. Disponível em:
<http://www.cidh.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

_____. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Costa Rica, 1969. Disponível em:
<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 dez. 1948. Disponível em:
<<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2017.

PEIXOTO, Paula Carvalho. **Vítimas encarceradas: histórias de vidas marcadas pela violência doméstica e pela criminalidade feminina**. São Paulo: IBCCRIM, 2017.

PEREIRA, Larissa Urruth; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Aprisionamento feminino e maternidade no cárcere – uma análise da rotina institucional na penitenciária feminina Madre Pellentier**. 2014. Disponível em: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina36337.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2017.

PICININI, Cesar Augusto; LOPES, Rita Sobreira; GOMES, Aline Grill; NARDI, Tatiana De. **Gestação e a constituição da maternidade**. Psicologia em Estudos, v.13, n.1, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-73722008000100008&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 27 out. 2017.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Da organização do Estado, dos Poderes, e histórico das Constituições**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm >. Acesso em: 05 jul. 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____, Luiz Regis; HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, Mário. **Direito de Execução Penal**. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

_____, Paulo. **Curso de Direito Penal – parte geral – volume 1**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. **Constituição do Estado do Rio Grande do Sul**. 03 out. 1989. Disponível em: <http://www2.al.rs.gov.br/dal/LinkClick.aspx?fileticket=9p-X_3esaNg%3d&tabid=3683&mid=5358>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. **Habeas Corpus n.º 70071873244**. Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em 15/12/2016. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70071873244&ano=2016&codigo=2431631>. Acesso em: 08 nov. 2017.

ROBERTSON, Oliver. **Convictos colaterales: niños y niñas de progenitores presos**. Recomendaciones y buenas prácticas del Comité de la Naciones Unidas sobre los Derechos de la Niñez, en el Día de Debate General 2011, Quaker United Nation Office, Geneva, 2012. Disponível em: <http://www.quono.org/sites/default/files/resources/ESPAN%CC%83OL_Collateral%20

Convicts_Recommendations%20and%20good%20practice.pdf>. Acesso em: 31 out. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de justiça. **Autos n.º 0002363-46.2013.8.24.0038**. Sentença proferida pelo Juiz de Direito João Marcos Buch da 3ª Vara Criminal da Comarca de Joinville, Joinville, SC, 16 mar. 2016.

SÃO PAULO. **Habeas Corpus n.º 0086345-18.2013.8.26.0000**. Décima Sexta Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator: Pedro Menin, Julgado em 16/07/2013. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=6866513&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_f379db5064b6420f940d0f88fa1bcc8e&vlCaptcha=BFXF&novoVICaptcha=>>. Acesso em: 30 out. 2017.

_____. Tribunal de justiça. **Autos n.º 0005198-29.2016.8.26.0496**. Sentença proferida pelo Juiz de Direito Luís Augusto Freire Teotônio da Unidade Regional de Departamento Estadual De Execução Criminal da 6ª RAJ da Região de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, SP, 2016.

_____. Tribunal de justiça. **Autos n.º 0005198-29.2016.8.26.0496**. Pedido de prisão domiciliar excepcional confeccionado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo Unidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, SP, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, Davi André Costa. **Manual de Direito Penal – parte geral**. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

SIMÕES, Vanessa Fusco Nogueira. **Filhos do cárcere: limites e possibilidades de garantir os direitos fundamentais dos filhos das mulheres privadas de liberdade no Brasil**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013.

SUSEPE. **Departamento de Segurança e Execução Penal**. Disponível em: <<http://www.susepe.rs.gov.br/capa.php>>. Acesso em: 27 out. 2017.

UN. **Convention on the Rights of the Child**. 20 nov. 1989. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>>. Acesso em: 25 set. 2017.

VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

WALMSLEY, Roy. **World Female Imprisonment List**. Institute for Criminal Policy Research. Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_female_imprisonment_list_third_edition_0.pdf>. Acesso em: 25 set. 2017.

WHEATON, Henry. **Elements of international Law: with a sketch of the history of the science.** Philadelphia: Carey, Lea and Blanchard, 1836.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de história do direito.** 3. ed. 2. tir. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.