



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE
Faculdade de Direito

Trabalho de Conclusão de Curso

Da possibilidade de concessão de prisão domiciliar à apenada gestante e/ou lactante, à luz do princípio de humanidade das penas e do princípio do melhor interesse do menor

Jéssyca Ramos Pereira

Rio Grande, RS

2015

JÉSSYCA RAMOS PEREIRA

Da possibilidade de prisão domiciliar da apenada gestante ou lactante, à luz do princípio de humanidade das penas e do princípio do melhor interesse do menor

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito, da Universidade Federal de Rio Grande – FURG, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a MSc. Rita de Araujo Neves

Rio Grande, RS

2015

Pereira, Jéssyca Ramos

Da possibilidade de prisão domiciliar da apenada gestante e/ou lactante, à luz do princípio de humanidade das penas e do princípio do melhor interesse do menor / Jéssyca Ramos Pereira, 2015. 85 fls.

Orientadora: Rita de Araujo Neves

Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande. Rio Grande, RS, 2015.

1. Execução penal. 2. Direitos fundamentais. 3. Presas gestantes.
4. Presas lactantes. I. Universidade Federal do Rio Grande. II. Título

FOLHA DE APROVAÇÃO

Da possibilidade de prisão domiciliar da apenada gestante e/ou lactante, à luz do princípio de humanidade das penas e do princípio do melhor interesse do menor

Trabalho de conclusão apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande.

Aprovado pela Banca Examinadora em 09 de novembro de 2015.

Banca Examinadora:

Prof.^a MSc. Rita de Araujo Neves (Orientadora)

Prof.^a Dra. Simone de Biazzi Avila Batista da Silveira – (Membro da banca – FURG)

Prof.^a Dra. Simone dos Santos Paludo – (Membro da banca – FURG)

DEDICATÓRIA

Ao meu querido avô, a pessoa mais linda que eu já conheci, Oswaldo Tavares Pereira, que partiu há pouco tempo, mas não sem antes me ensinar que o amor, a alegria e a humanidade sempre devem estar presentes. Eternas saudades.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Janete e Silvío, os quais, ainda muito jovens, me trouxeram ao mundo e abdicaram de muitas coisas em prol da minha vida e da vida de minha irmã. A eles, pois sempre foram presentes e me ensinaram que, tudo o que queremos é possível, basta o esforço e basta querer. Em retribuição, eu dou-lhes todo o meu amor.

À minha menina dos olhos, Sandy, minha irmã. A pessoa que eu mais amo nesta vida, a minha eterna companheira.

Agradeço também à minha querida professora orientadora, Rita, a qual, seja nas aulas de Estatuto da Criança e do Adolescente ou de Processo Penal, seja na orientação deste TCC, sempre exerceu um brilhante trabalho.

Aos meus colegas, que tornaram esta jornada de graduação muito mais interessante, em especial, à Cibele, Ivana, Mariana, Cássia, Cristina, Ana Júlia, ao Cleber, Bruno e Christian: vocês sempre estarão em meu coração.

Às mulheres mães, privadas de liberdade, as quais, gentilmente, me concederam as entrevistas que foram basilares ao presente trabalho, contando-me suas histórias: a elas, minha gratidão e compromisso.

À juíza da Vara de Execuções Penais desta comarca, que prontamente me recebeu e posicionou-se perante o defendido neste trabalho.

Aos meus chefes e colegas de estágios exercidos juntos às Defensorias Públicas da querida comarca de São José do Norte e da comarca de Rio Grande, à Vara de Família do Tribunal de Justiça e ao escritório de advocacia Veríssimo & Dombkowitz. Todos eles, de uma forma ou de outra, contribuíram com ensinamentos da prática jurídica, os quais foram fundamentais para que eu me apaixonasse pela profissão que escolhi exercer.

*"É cada vez mais urgente não se alienar do mundo, porque corre-se o risco de se alienar da humanidade."
(Hannah Arendt)*

RESUMO

No ordenamento jurídico brasileiro, tanto o Código de Processo Penal (em seus arts. 317 e 318) quanto a Lei de Execução Penal (em seu artigo 117) preveem o instituto de prisão domiciliar, sendo que no primeiro diploma legal o recolhimento domiciliar substitui a prisão preventiva, como medida cautelar, e no segundo a previsão se dá em relação à substituição da casa de albergado, ou seja, substitui a prisão-pena quando o condenado se encontrar em regime aberto e inexistir, no estabelecimento prisional onde se encontra, estabelecimento de albergue. Conforme se percebe, a Lei de Execução Penal apenas prevê a possibilidade de prisão domiciliar aos apenados que cumprem pena em regime aberto. Dessa forma, surge um embate entre a norma mencionada e a realidade de mulheres grávidas, que não estão em regime aberto e que, em que pese a peculiaridade porque passam física e psicologicamente, acabam por passar a gravidez em ambientes prisionais insalubres e sem os cuidados necessários. Ademais, tal embate se estende também às apenadas lactantes, que não cumprem pena em regime aberto, e que são separadas de seus filhos logo após a maternidade, não exercendo a fase de lactância e os primeiros contatos com seu bebê recém-nascido, fase inicial fundamental para mãe e filho. Dentro desse contexto, a problemática do presente trabalho consubstancia-se na violação de direitos fundamentais, os quais estão previstos na Constituição Federal e regulamentados em legislação ordinária, de mães e crianças em fases de gravidez e lactância, perante o cumprimento de pena privativa de liberdade da genitora. Dessa forma, por meio da pesquisa bibliográfica e da pesquisa de campo, a qual se deu mediante entrevistas com genitoras apenadas em prisão domiciliar por conta da gravidez e da lactação, se buscou demonstrar a possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade em prisão domiciliar, a fim de proteger à maternidade, o vínculo materno e o melhor interesse do menor.

Palavras-chave: Execução penal, direitos fundamentais, gestantes, lactantes, prisão domiciliar.

Sumário

1 INTRODUÇÃO.....	10
1.1 A execução penal no Brasil: natureza jurídica, objeto e objetivos.....	11
1.1.1 Considerações Gerais.....	11
1.1.2 Contexto Histórico.....	13
1.1.3 Natureza Jurídica.....	18
1.1.4 Objetivos.....	20
1.1.5 Espécies de Pena.....	24
1.1.6 Das Penas Privativas de Liberdade: Regimes de Cumprimento.....	25
1.1.7 Das Penas Privativas de Liberdade: Dos Estabelecimentos Penais.....	28
1.1.8 Da Prisão Domiciliar.....	30
1.2 A Realidade do Sistema Carcerário Brasileiro.....	32
2 A EXECUÇÃO PENAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	37
2.1 Os Direitos Fundamentais e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	37
2.2 A Constitucionalização da Execução Penal.....	39
2.3 Do Princípio da Humanidade das Penas.....	43
2.4 Do Princípio da Pessoalidade das Penas.....	44
2.5 Do Princípio da Individualização das Penas.....	45
2.6 Do Princípio da Vedação da Dupla Punição.....	45
2.7 Da Proteção à Maternidade e à Infância.....	46
2.7.1 Do Direito ao Exercício Digno da Maternidade.....	47
2.7.2 Do Princípio do Melhor Interesse do Menor.....	53
2.7.3 Da Importância dos Primeiros Contatos entre Mãe e Filho.....	58
3 DA POSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR PARA A APENADA GESTANTE E/OU LACTANTE – UM ESTUDO DE CASO NA COMARCA DE RIO GRANDE/RS.....	66
3.1 Da atuação jurisdicional – Visão da Juíza da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Rio Grande/RS.....	67
3.2 Da realidade prisional – Visão de genitoras apenadas em situação de prisão domiciliar concedida em razão da gestação e/ou lactância.....	71
4 CONCLUSÃO.....	79
REFERÊNCIAS.....	82

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca tratar acerca da possibilidade de concessão de prisão domiciliar para a mulher gestante e/ou lactante, que cumpre pena privativa de liberdade, independente do regime prisional em que ela se encontra. Isso porque a Lei de Execução Penal brasileira (BRASIL,1984), em seu artigo 117, apenas prevê a possibilidade do aprisionamento em domicílio da apenada gestante que cumpre pena de prisão no regime aberto, dispositivo que claramente se descola, especialmente, dos princípios da humanidade das penas e do melhor interesse da criança e que viola direitos fundamentais da mãe e do menor, à luz da Constituição Federal (1988) e de legislação ordinária.

O princípio da humanidade das penas é norteador da execução penal, sendo adotado pela Constituição Federal de 1988 a qual dispõe, entre outras garantias, no rol de direitos fundamentais, a não existência de penas cruéis e o asseguramento aos presos de respeito à integridade física e moral (art 5º, XIX, XLIX). No mesmo sentido, a Lei de Execução Penal (LEP – Lei nº. 7.210 de 1984), em seu art. 3º prevê que: *“Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”*.

Entretanto, em especial no que concerne à pena privativa de liberdade, o princípio da humanidade – o qual preconiza o respeito aos direitos fundamentais do condenado – foi deixado de lado. Sendo assim, os ambientes prisionais tornaram-se verdadeiros depósitos de seres humanos, tornando a reprimenda – a qual por si só já acarreta grande sofrimento ao indivíduo – em uma verdadeira tortura.

Dentro desse contexto, se destaca a situação das mulheres presas, em particular as que se tornam gestantes, as quais tem o sofrimento da pena intensificado durante toda a gestação – tendo em conta as características peculiares por que passa o corpo feminino durante a gravidez – por estarem em um ambiente insalubre e sem os cuidados médicos necessários. Como se não bastasse, após o parto – período que seria de amamentação do bebê – mãe e filho são brutalmente separados, sendo ambos tolhidos de direitos mínimos já garantidos constitucionalmente e em legislação ordinária. Com efeito, isso ocorre quase que na totalidade dos presídios brasileiros, posto que praticamente inexistem ambientes carcerários propícios a manter uma gestante e, muito menos, um recém-nascido.

Assim, dentro dessa realidade, a concessão da prisão domiciliar à gestante e/ou lactante é medida justa que assegura, em parte, a humanização da pena e a especial proteção da criança.

Para tanto, o primeiro capítulo deste estudo traz os aspectos históricos do Direito de Execução Penal no Brasil, além de tratar a respeito da natureza jurídica, objeto e objetivos da execução da pena. Outrossim, traz dados que revelam a situação desumana vivenciada nos cárceres brasileiros.

Já o segundo capítulo trata acerca do necessário respeito aos direitos fundamentais do apenado, decorrência lógica da constitucionalização da execução penal a partir da Constituição de 1988. Com isso, abarca a proteção da maternidade e da infância, do que decorre a necessária defesa do direito ao exercício da maternidade e do princípio do melhor interesse da criança. Ademais, trata a respeito dos princípios de dignidade da pessoa humana e, bem assim, de outros princípios que circundam a execução da pena.

Por fim, no terceiro capítulo, é abordada, de fato, a atuação jurisdicional acerca da possibilidade de prisão domiciliar para a apenada gestante e/ou lactante, a partir de uma visão da realidade prisional na Comarca do Rio Grande/RS, a qual é revelada nas entrevistas clínicas despadronizadas ou desestruturadas¹⁴ com genitoras apenadas que estejam em prisão domiciliar concedidas em razão da gestação e/ou lactância. Igualmente, é apresentada a entrevista realizada com a Juíza da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Grande/RS, a fim de que essa manifeste a respeito de seu posicionamento no presente problema.

1.1 A execução penal no Brasil: natureza jurídica, objeto e objetivos

1.1.1 Considerações Gerais

¹⁴Entrevista despadronizada ou não estruturada: O entrevistado tem liberdade para desenvolver cada situação em qualquer direção que considere adequada. É uma forma de poder explorar mais amplamente uma questão. Em geral, as perguntas são abertas e podem ser respondidas dentro de uma conversa informal. [...] Entrevista clínica: Trata-se de estudar os motivos, os sentimentos, a conduta das pessoas. Para esse tipo de entrevista pode ser organizada uma série de perguntas específicas." (MARCONI e LAKATOS, 2002, p. 94)

A execução da pena constitui parte do sistema penal, o qual, nas palavras de Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 69), conceitua-se como o “controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena [...]”

Nesse sentido, importante trazer à tona o conceito de Direito Penal, o qual é, ainda na lição de Zaffaroni e Pierangeli (2011), por um lado, a própria legislação penal, que preconiza quais os bens jurídicos a serem tutelados por ela mesma, configurando o delito, quando da sua violação, e tendo esse como consequência uma coerção jurídica. E, por outro lado, Direito Penal é o “saber do direito penal”, ou seja, o sistema de interpretação da legislação penal.

Por muito tempo a execução da pena não possuiu regramento e princípios próprios, contudo, a autonomia do Direito de Execução Penal, em relação ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal, foi reconhecida com o advento da Lei 7.210 de 1984, a Lei de Execuções Penais (BRASIL, 1984), a qual explicitou que:

A execução das penas e das medidas de segurança deixa de ser um Livro do Código de Processo Penal para ingressar nos costumes jurídicos do País com a autonomia inerente à dignidade de um novo ramo jurídico: O Direito da Execução Penal.” (Exposição de Motivos, item 12)

Nesse sentido, Nucci (2011, p. 998) leciona que:

[...] a Lei de Execução Penal cuida de temas muito mais abrangentes do que a simples execução de penas privativas de liberdade em presídios. Logo, ao regular as penas alternativas e outros aspectos da execução penal, diversos da pena privativa de liberdade, tais como o indulto, a anistia, a liberdade condicional, entre outros, enfraquece-se o seu caráter de direito penitenciário, fortalecendo-se, em substituição, a sua vocação para tornar-se um Direito da Execução Penal.”

Infere-se, assim, que a fim de se empreender historicamente acerca da execução penal, se faz necessário igualmente compreender o processo histórico do próprio Direito Penal, até porque, conforme já exposto, a divisão entre esses dois ramos do direito se deu de forma relativamente recente.

1.1.2 Contexto Histórico

Pode-se dizer que o processo histórico do Direito Penal, o qual é chamado pela doutrina de vingança penal, se deu em três estágios, quais sejam vingança divina, vingança privada e vingança pública e, além disso, existe o período de tendências humanistas, entendido como reformador no direito penal. (BITTENCOURT, 2011).

Entretanto, primeiramente, se faz necessário esclarecer que esses estágios da chamada vingança penal não se tratam de um sistema evolutivo ou de progressão com características bem definidas em cada um dos três períodos.

A esse respeito:

Embora não se possa falar de uma continuidade histórica do direito penal, pode reconhecer-se na sua história uma luta da qual vai surgindo, arduamente a concepção do homem como pessoa, isto é, como um ser dotado de autonomia moral. Esse conceito não surge de um só golpe e tampouco de forma progressiva ininterrupta, mas se gesta em uma sucessão de marchas e contramarchas [...] Os assassinatos políticos com auspício oficial, o processo Mindzenty, os tribunais “especiais”, a reclusão de “dissidentes” em manicômios, o “direito penal nazista”, o “esquadrão da morte” e outros exemplos nos servem para demonstrar que, no plano do real, o caminho não é tão linear nem tão “evolutivo”, e sim uma luta permanente e constante; e que vingança privada, vingança pública e tendências humanistas são termos que encontramos em todas as épocas. (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2011, p. 163 e 164)

Apesar disso, é importante, ao menos para título de ilustração no presente trabalho, que se entenda o que caracterizou cada uma dessas fases da historicidade do Direito Penal, para a qual os ensinamentos de Bitencourt (2011) serão utilizados.

A fase denominada de vingança divina foi marcada pela forte influência exercida pela religião na cultura dos povos antigos, podendo ser chamado também de direito penal teocrático. Nesse período, os sacerdotes aplicavam os castigos cruéis e desumanos, função que se acreditava ser delegada pelas divindades. O infrator era punido a fim de satisfazer a entidade divina que tinha sido ofendida pelo crime ocorrido no grupo social. Além dessa satisfação ao ser divino, o castigo

aplicado visava coibir a prática de outros crimes bem como purificar a alma do indivíduo criminoso.

Exemplos de legislações típicas desse período se deram na Índia (Código de Manu), no Egito (Cinco Livros), na China (Livro das Cinco Penas), na Pérsia (Avesta), em Israel (Pentateuco) e na Babilônia, além de outros povos da Antiguidade.

Após, adveio a fase que pode se chamar de vingança privada, na qual o próprio grupo social punia um de seus membros quando do cometimento de uma infração. Ainda, poderia ocorrer uma guerra entre tribos diferentes, ou seja, entre o grupo prejudicado pela infração e o grupo do qual o infrator fosse pertencente, como forma de busca da punição e de resolução do conflito causado.

Mais adiante, houve o advento da lei de talião: olho por olho, dente por dente, preconizando uma reação um pouco mais proporcional à infração realizada e, bem assim, visando evitar uma dizimação das tribos, diante de tantas mortes ocorridas pelas guerras. A lei de talião foi adotada pelo Código de Hamurabi, na Babilônia, no Êxodo, pelos hebreus e na Lei das XII Tábuas, pelos romanos. Com a inaplicabilidade dessa lei, passou-se à composição, sendo esse tipo de resolução considerada um dos antecedentes da reparação civil e das penas pecuniárias do atual Direito Penal.

Com o Estado passando a deter a função de manter a ordem e a segurança social, surge o período chamado de vingança pública. Num primeiro momento e durante muito tempo ainda existiu forte ligação com a religião, pela qual se justificava a sanção penal, que visava à proteção do soberano ou monarca.

No que tange à legislação penal greco-romana, se pode afirmar que ela introduziu aspectos da secularização do poder punitivo, além de uma limitada atenuação na crueldade das penas (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2011).

Importante também mencionar a importância do Direito Germânico e do Direito Canônico no processo histórico do Direito Penal², entretanto, no presente trabalho apenas se frisar que o Direito Canônico contribuiu para o surgimento da

²Para mais, ler em: BITTENCOURT (2011)

prisão na concepção que se tem hoje, inclusive no que tange ao ideal de tratamento/reforma do delinquente, sendo o crime fortemente ligado à moral, vez que era considerado pecado contra as leis divinas e humanas.

Ademais, conforme ensina Zaffaroni *et al* (2006, p. 393), essa ideia de crime como pecado e de soberano como o ofendido - e não a própria vítima -, trouxe um período de intensa “perseguição da heresia”, dentro dos séculos XII até o XIX, mediante um processo inquisitório, sendo o infrator considerado um inimigo do soberano, estando a Igreja no controle desse sistema.

Com efeito, a prática do arbítrio judiciário, nesse período inquisitivo, se fez presente tanto na delimitação dos crimes, como na aplicação das penas cruéis, as quais perfaziam a pena capital e os castigos corporais, como forca, fogueira, esquartejamento, mutilações, etc. (BITENCOURT, 2011).

Em meados do século XVIII - o chamado século das luzes - alguns pensadores como Montesquieu, Voltaire, Rousseau, Beccaria, Bentham, entre outros, passaram a defender ideias de razão e humanismo, preconizando as liberdades individuais e a dignidade humana, em contramão ao sistema punitivo vigente à época. Essas ideias formaram o movimento chamado de Iluminismo, o qual atingiu seu ápice com a Revolução Francesa. (BITTENCOURT, 2011).

Zaffaroni *et al* (2006), acerca da intenção do pensamento iluminista, afirma que o advento do industrialismo no século XVIII trouxe a necessidade de não mais eliminar os indivíduos infratores, mas sim explorá-los e submetê-los ao poder industrial. De efeito, é nesse período que a pena privativa de liberdade se expande, reduzindo-se os castigos corporais e, bem assim, as penas capitais.

Ademais, afirma que esse modelo industrial necessitava de certeza e previsibilidade – daí a codificação penal em ascensão em vários países. Outrossim, explicam que a classe industrial que estava em ascensão necessitava limitar o poder da nobreza, a qual se utilizava do poder punitivo como meio por excelência de exercer esse seu poder.

Depreende-se, portanto, a real intenção das ideias iluministas, contextualizada em um período de ascensão do industrialismo e do capitalismo,

período que necessitou submeter as massas para exploração de sua mão de obra e, ainda, que pregou o racionalismo como forma de efetivar seus objetivos.

Sobre o advento da prisão, Mirabete afirma que:

Antes do século XVII, a prisão era apenas um estabelecimento de custódia, em que ficavam detidas pessoas acusadas de crime, à espera da sentença, bem como doentes mentais e pessoas privadas do convívio social por condutas consideradas desviantes (prostitutas, mendigos, etc.) ou questões políticas. No final do referido século, a pena privativa de liberdade institucionalizava-se como principal sanção penal e a prisão passa a ser, fundamentalmente, o local da execução das penas. (MIRABETE, 1997, p.26).

Entretanto, independente das intenções dos pensadores iluministas, os quais são chamados de “reformadores” (BITTENCOURT, 2011), é inegável que o século das luzes marcou o campo penal, trazendo os princípios de humanidade, liberdade individual, proporcionalidade das penas e de dignidade da pessoa humana ao sistema punitivo e racionalizando o poder punitivo.

A partir das ideias de Pavarini e Giamberardino (2012), passa-se a abordar o processo histórico do Direito Penal no Brasil, período compreendido entre a Colônia até a promulgação da Constituição Federal no ano de 1988.

Durante a Colônia, período compreendido entre 1500 e 1822, as Ordenações das Filipinas, assim como na metrópole – Portugal, vigiam no território brasileiro. Cumpre frisar que existiram ordenações anteriores, porém, as Ordenações das Filipinas foram as de maior significância e aplicabilidade no território brasileiro, permanecendo vigentes no âmbito penal até o ano de 1830 – quando se deu a edição do Código Criminal do Império.

Ainda nesse interregno, se tem que a prisão tida como pena era inexistente, posto que as principais penalidades eram de morte, castigos corporais e de degredo. A prisão apenas era utilizada como um instrumento de cobrança de dívidas ou de custódia ao indivíduo que aguardava o cumprimento de sua pena.

Em que pese houvesse esse quadro normativo nesse período (Ordenações Filipinas), não se pode considerar essa legislação, a ponto de se entender o Brasil

Colônia ligado a uma legalidade oficial, uma vez que o “poder de punir” era exercido em âmbito privado, dentro de cada unidade territorial e marcado por violência e submissão política.

Já no Código Criminal de 1830 restou prevista, pela primeira vez, a pena de prisão, permanecendo, além de outras penas, a capital. Não obstante, cumpre salientar que no Brasil ainda vigorava o regime escravagista, fato que não condizia com a efetiva implantação de um sistema penitenciário, vez que a pena de prisão está intimamente ligada à noção de liberdade.

Em 1850, surge a primeira penitenciária no Brasil, denominada Casa de Correção da Corte, mesmo ano em que foi proibido o tráfico de escravos no país. Ademais, considerando que o Código Criminal de 1830 em nada se manifestou acerca do sistema penitenciário a ser adotado, concomitantemente à criação da Casa de Correção surge essa discussão, tendo sido adotado primeiramente o *sistema de Filadélfia* e, após, o *de Alburn*.

Nesse sentido, Pavarini e Giamberardino ensinam que:

[...] o *sistema de Filadélfia* foi o primeiro modelo penitenciário a se desenvolver, em 1775, na Pensilvânia/EUA, com os *quakers*, caracterizando-se pelo absoluto isolamento [...], visando o arrependimento e a conversão do condenado. O isolamento total foi rapidamente percebido como prejudicial e contraprodutivo, o que levou ao *sistema de Alburn*, em Nova Iorque, entre 1816 e 1820, no qual se trabalha durante o dia – ainda sem comunicação entre os presos – ficando o isolamento apenas para o período noturno [...] (PAVARINI e GIAMBERARDINO, 2012, p. 168).

Em 1874, passou a ser adotado o sistema progressivo irlandês, embora ainda não com previsão legal, o qual visava uma reintegração social do condenado, dependendo de sua “recuperação”, a qual dava sinais através do comportamento do apenado, controlado por critérios da administração penitenciária. Com efeito, esse sistema foi incorporado no Código Penal Republicano de 1890, permanecendo até os dias atuais.

Em 1940, após a ditadura do Estado Novo, o país conhece um novo Código Penal, no qual restaram instituídos os regimes fechado, semiaberto e aberto de

cumprimento de pena. Mais adiante, dentro de um período de instabilidade política e de governos autoritários, no interregno de 1940 até a Reforma de 1984, se tentou no país efetivar uma codificação relativa à execução penal, sem êxito.

Em 1984, foi redigida a Lei de Execução Penal – LEP, a qual é vigente até os dias atuais.

Finalmente, em 1988, a Constituição Federal inaugurou a reabertura democrática do Brasil e trouxe a constitucionalização da execução punitiva ao mesmo tempo em que estabeleceu direitos fundamentais ao indivíduo que cumpre pena.

1.1.3 Natureza Jurídica

A doutrina divide o seu entendimento acerca da natureza jurídica da execução penal sob três aspectos: administrativo, jurisdicional e misto.

Acerca desse embate³, destacamos que, embora relevante, não é este o foco da pesquisa apresentado no presente estudo, o qual ocupa-se apenas do posicionamento majoritário e, bem assim, da necessária crítica ao modelo executivo, pertinentemente realizada por Salo de Carvalho.

A Lei de Execução Penal (BRASIL,1984) trouxe a jurisdicionalização da execução da pena, definindo a competência ao juízo da execução. Entretanto, igualmente preconizou o cunho administrativo da execução, atribuindo ao poder executivo funções e participação na execução penal.⁴ Em sendo assim, se pode afirmar que a natureza jurídica da execução da pena no Brasil é de caráter misto, corroborando o entendimento de doutrinadores como Nucci (2011) e Mirabete (1997).

Com efeito, a execução da pena possui natureza jurídica que deve ser vista como mista, abarcando o aspecto jurisdicional e o administrativo, sendo o primeiro

³A respeito dos posicionamentos que envolvem a natureza jurídica da execução penal: válida a leitura de CARVALHO (2008, p. 162-166)

⁴Acerca dos órgãos da execução penal: v. artigos 61 e seguintes da LEP

exercido pelo Poder Judiciário, ou seja, pelo juízo da vara de execuções penais⁵, através do PEC – processo de execução criminal, autônomo e jurisdicional. Assim, compete ao Poder Judiciário, através do processo de execução, nas palavras de Lopes Jr. (2007, p. 381) ser “um verdadeiro controlador da legalidade da execução.”

No que tange ao cunho administrativo, se tem que a execução da pena fica sob a responsabilidade do Poder Executivo, na pessoa do diretor do estabelecimento penal, o qual respalda pelo cumprimento dos preceitos dispostos na sentença.

Ocorre, que o caráter administrativo da execução penal possibilita maiores chances de violação dos direitos dos apenados, na medida em que retira do âmbito jurisdicional parte do controle da pena e permite ao administrador, em nome da manutenção da disciplina no cárcere, tomar decisões pautadas apenas nos critérios de conveniência e oportunidade, sem quase (ou nenhuma) limitação ou regulamentação de sua legalidade, tornando o ambiente carcerário, o qual já é hostil, em um ambiente agravado pela quase total ausência da jurisdição.

A esse respeito, Salo de Carvalho comenta que:

A divisão das esferas na execução diria respeito fundamentalmente à necessidade imperiosa, por parte da administração, de regular disciplinarmente a ‘massa carcerária’, enquanto caberia ao judiciário conceder/restringir ‘benesses legais’. Pode-se afirmar que a concepção ilustrada por Espínola Filho corresponde à estrutura formal da execução penal em nosso país até a reforma legal de 1984. (CARVALHO, 2008, p. 164-165)

Ainda nesse sentido, o mesmo autor leciona:

É que é da natureza dos procedimentos administrativos (inquérito e execução penal) que orbitam o direito processual penal regerem-se pela inquisitorialidade. [...] No que tange à execução penal, sua estrutura híbrida (administrativo-jurisdicional) subordina os direitos e as garantias do apenado aos procedimentos disciplinares. Representam, dessa forma, momentos nos quais inexistem qualquer controle da legalidade, diferentemente do que ocorre nas estruturas judicializadas. Desde este ponto de vista, a alternativa de tornar o controle (mais) administrativo incapacita a tutela mínima realizada pelo direito e pelo processo penal, instaurando sistemas totalmente

⁵ Outros órgãos igualmente fazem parte da execução da pena: v. art 61 da LEP.

desregulamentados. É que em sendo o direito penal e processual mecanismos de limitação, sua abolição implicaria o desaparecimento das barreiras impostas pelo Estado ao seu próprio poder de coação direta. (CARVALHO, 2007, p. 3-28)

No entanto, em que pese os aspectos negativos decorrentes do sistema híbrido, é notório o caráter misto da natureza jurídica da execução da pena no Brasil. Dessa forma, cabe ao judiciário aumentar o seu controle da legalidade da execução penal, garantindo os direitos fundamentais dos presos e, bem assim, tornando o espaço carcerário também um espaço de direito.

1.1.4 Objetivos

Antes de se passar a discussão dos objetivos da execução penal no Brasil, necessário tratar, ainda que brevemente, a respeito das teorias da função da pena entendidas pelos doutrinadores e aplicadas ao longo dos tempos. Para isso, utiliza-se das lições de Bittencourt (2011) e Zaffaroni *et al* (2011).

As teorias da pena são divididas em absolutas (teorias retribucionistas) e relativas (teorias preventivas), que se subdividem em prevenção geral negativa e positiva e prevenção especial negativa e positiva.

As teorias absolutas consistem nas teorias retributivas da pena. Conforme já exposto anteriormente, na transição do Estado absolutista - em que o soberano era o Rei e no qual se concentrava o Estado, o poder legal e o próprio Deus – para o Estado burguês, houve a necessidade de se ter um ordenamento não mais identificado com leis divinas, mas sim, com leis feitas pelos homens.

Com efeito, a teoria do contrato social fundamenta esse Estado burguês, no qual o povo é o soberano, sendo o Estado a expressão disso. Quem violasse esse contrato, ou seja, violasse as leis desse ordenamento jurídico, seria punido. Em sendo assim, sobre um aspecto bem sucinto, a pena possui, então, para as teorias absolutas função puramente de retribuição à delinquência, sem levar em conta qual seria a função da pena para o infrator ou para a sociedade.

As teorias relativas da pena possuem como objeto as teorias preventivas da pena, quais sejam, a teoria da prevenção geral e a teoria da prevenção especial e possuem sua maior expressão em Feuerbach. Elas surgem, assim como as teorias absolutistas, no período de transição do Estado absolutista para o Estado burguês, buscando a legitimação da pena nessa fase de laicização do Estado.

As teorias preventivas entendem a função da pena não como retribuição à delinquência, mas sim como maneira de prevenir o cometimento de novos delitos. Nessa seara, a teoria da prevenção geral almeja, com a cominação da pena, intimidar a sociedade a praticar crimes (prevenção geral negativa) e, caso falhe essa intimidação e ocorra o delito, ainda assim, a pena possui a função de prevenção quando da sua aplicação, vez que concretiza a ameaça antes existente apenas com a sua previsão na lei. Nesse momento, a pena aplicada serve como exemplo aos outros indivíduos da sociedade para que não venham a delinquir.

Como se percebe, a teoria da prevenção geral é passível de muitas críticas, sendo que a única que o presente trabalho menciona é a de que tal teoria funda-se na racionalidade e no livre-arbítrio do indivíduo, o qual deve pautar-se nelas para decidir pela não delinquência. No entanto, se sabe que, acerca da racionalidade do homem, bem como de seu suposto livre-arbítrio, muito se discute acerca das suas reais existências e, sobre isso, carecem demonstrações científicas.

Já a teoria da prevenção especial, ao contrário da teoria de prevenção geral, não objetiva a prevenção de novos delitos através da pena dirigindo-se à sociedade. Essa teoria, visa à prevenção do crime voltando-se diretamente ao infrator, senão vejamos: A teoria da prevenção especial positiva dirige a função da pena incidindo diretamente sobre o delinquente, o qual, já condenado, passa por um processo de reeducação, correção e ressocialização para que não retorne a delinquir. Nesse sentido, a função da pena é vista como um tratamento ao indivíduo.

Já a teoria da prevenção especial negativa, igualmente busca a prevenção do delito, incidindo sobre o delinquente, entretanto, entende a função da pena como um meio de retirar o indivíduo da vida em sociedade, impedindo que ele cometa outros

delitos. Nesse diapasão, se percebe também o anseio de defender a sociedade do indivíduo criminoso, considerado como perigoso ao meio social.

Entretanto, resta importante esclarecer o caráter de legitimação que possuem essas teorias da pena, as quais, nas palavras de Salah Khaled Jr. e Alexandre Morais da Rosa são:

[...] teorias que fazem do “por que punir?” um “porque punir.” e com isso programam discursivamente um fim estranho ao objetivo de contenção do Estado de polícia e desenvolvimento ao Estado Democrático de Direito. Teorias que depositam sua crença na bondade do poder punitivo e na sua aptidão para promover o bem, enquanto ele é capacitado para a catástrofe. (DA ROSA e KHALED JR., 2014, p.95)

No Brasil, o objetivo da execução penal está compreendido no artigo 1º da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), o qual prevê que “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.”

Conforme se percebe, além de fazer cumprir a decisão judicial, ou seja, o título executivo do processo penal, a execução penal objetiva a integração social do apenado, ou seja, se pode dizer que a pena busca tratar o apenado, almejando o seu retorno ao meio social por intermédio de instrumentos que ela dispõe, optando, assim, a função da pena de prevenção especial positiva.

No entanto, se pode afirmar que é uma contradição a pretensão de “reintegrar”, “reeducar”, “ressocializar” ou “readaptar” alguém que se encontra preso e sem contato com o mundo exterior, principalmente nos meios carcerários desumanos existentes. Em que pese o sistema progressivo da pena almeje o contato pouco a pouco do indivíduo com a sociedade, é indubitável que a pena privativa de liberdade estigmatiza o indivíduo, ou seja, além de a pena não ressocializar o apenado, contribui ainda mais para a sua exclusão.

A esse respeito:

A prisão não ressocializa. Ela dessocializa. Ela não integra, mas segrega. Se ela ensina algo, são estratégias de sujeição e sobrevivência na própria prisão. O que a prisão efetivamente faz é neutralizar seletivamente quem comete crimes como se inimigo fosse, mesmo que isso coloque em questão o Estado Democrático de Direito, o que é comprovado pelos últimos séculos de atividade do poder punitivo. (DA ROSA e KHALED JR., 2014, p. 100)

Ainda nesse sentido, importante trazer à tona a teoria agnóstica da pena, na qual Zaffaroni (2003) informa desconhecer qual a real função da pena e abdica desse propósito. Pelo contrário, nessa teoria, Zaffaroni não busca legitimar a pena, mas sim, partindo da sua existência, almeja conter o poder punitivo e ampliar o poder. Trata-se de uma teoria de redução de danos causados pela pena e que “assume o compromisso real de proteger os que são efetivamente ameaçados pelo crescimento incontrolado do poder punitivo.” (ZAFFARONI *et al*, 2006, p. 111).

Partindo disso, se pode afirmar que a Constituição Federal de 1988 ao menos sinaliza ir ao encontro dessa teoria agnóstica da pena. Infere-se, assim, que a Constituição Federal não preconiza uma função legitimadora da pena, ao contrário da LEP. Nesse sentido, a Carta Magna apenas traz, em seu artigo 5º, inciso XLV e seguintes, dispositivos que são patamares básicos a serem respeitados no cumprimento da pena, limitando o poder punitivo e reduzindo os danos da reprimenda.

Destarte, se deve abdicar da discussão acerca da ressocialização da pena prisão no Brasil, vez que, consoante já demonstrado, é objetivo inócuo e utópico não apenas perante a realidade carcerária existente, mas também pelo motivo de que é impossível educar alguém para a liberdade, quando este está preso.

Ademais, o objetivo de ressocialização parte da ideia de que o infrator foi dessocializado, não está educado para viver em sociedade. Nesse sentido, a pena não explica como é um ser socializado e quais os parâmetros para se verificar isso.

Com efeito, tornar o condenado um objeto a ser ensinado configura uma interferência individual, obrigando o infrator a submeter-se a um programa educativo que nem sequer sabe-se se ele quer participar.

Dessa forma, uma execução penal voltada ao respeito dos direitos individuais do condenado, baseada em uma visão constitucional de redução de danos, é o que deve pautar um Estado Democrático de Direito, abdicando-se de qualquer justificação da pena que acabe por deixar de lado a visão do indivíduo como não possuidor de direitos fundamentais.

1.1.5 Espécies de Pena

O Código Penal (BRASIL, 1940), em seus artigos 32 e seguintes, trata acerca das espécies de pena, prevendo que as espécies existentes são pena privativa de liberdade, pena restritiva de direitos e pena de multa. Ademais, cabe referir que a LEP (BRASIL, 1984) ocupa-se da forma de execução dessas penas em seus artigos 105 e seguintes. Dessa base legal é que se depreenderá a maioria das informações contidas nesse subcapítulo.

A pena privativa de liberdade é subdividida em pena de reclusão e pena de detenção, sendo a primeira aplicada a delitos mais graves. A principal diferença entre elas consiste no regime inicial de cumprimento da sanção, sendo apenas na reclusão que se admite o regime inicial como o fechado. Cumpre salientar que, na detenção, o regime de cumprimento será o fechado somente na hipótese de necessidade de transferência do apenado para tal regime (art. 33 do CP). Pormenores da pena privativa de liberdade e, bem assim, dos regimes de cumprimento de pena serão tratados em item posterior.

A pena restritiva de direito compreende a prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana (art. 43 do CP).

A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou à entidade pública ou privada com destinação social (art. 45, § 1º do CP), possuindo, nas palavras de Bittencourt (2011, p. 564) “caráter indenizatório”.

Já a perda de bens e valores refere-se a pertences do condenado e será a favor do Fundo Penitenciário Nacional (art. 45, § 3º do CP), sendo chamado por

Bittencourt (2011, p. 566) de “pena de confisco”, entendendo o autor que a possibilidade dessa pena é um verdadeiro retrocesso.

A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas tem por objeto a atribuição de tarefas gratuitas ao condenado (art. 46, § 1º do CP).

A pena de interdição temporária de direitos pode se dar na proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo, na proibição de exercício de profissão, atividade ou ofício, que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público, na suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo, na proibição de frequentar determinados lugares, bem como na proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos (art. 47 do CP).

A pena de limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado (art. 48 do CP).

As hipóteses de aplicação das penas restritivas de direito encontram-se no artigo 44 do Código Penal, sendo que o presente trabalho não irá deter-se nesse aspecto. Ainda, cumpre referir que, aplicada uma PRD, a mesma será convertida em pena privativa de liberdade em caso de o condenado a descumprir injustificadamente. Outrossim, pode o juízo da execução realizar essa conversão em caso de o apenado ser condenado em PPL, posteriormente à condenação da PRD (art. 44, § 4º e § 5º do CP).

Por fim, no que tange à pena de multa, cabe dizer que a mesma funda-se no pagamento ao fundo penitenciário de quantia calculada em dias-multa, sendo de no mínimo 10 (dez) e no máximo 360 (trezentos e sessenta) dias-multa (art. 49 do CP).

1.1.6 Das Penas Privativas de Liberdade: Regimes de Cumprimento

Considerando que o presente trabalho trata acerca da possibilidade de concessão da prisão domiciliar à apenada gestante ou lactante que cumpre pena

privativa de liberdade (PPL), necessário abranger mais a fundo no que diz respeito à PPL.

A pena privativa de liberdade pode ser cumprida nos regimes fechado, semiaberto ou aberto, os quais estão previstos nos artigos 34 a 36 do CP e, bem assim, a LEP os trata nos artigos 87 a 95, bem como nos artigos 110 a 119. Dessa base legal é que se extrairá a maioria das informações contidas neste subcapítulo.

Ademais, a PPL também pode ser cumprida no denominado regime disciplinar diferenciado (RDD), instituído pela Lei 10.792/2003 e previsto no artigo 52 da LEP, quando da prática de fato previsto como crime doloso que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas do estabelecimento penal ou quando existam fundadas suspeitas de envolvimento do apenado em organizações criminosas, quadrilha ou bando. Tal regime limita o número de visitas ao preso, bem como o banho de sol diário, além de o manter em cela individual. Tal regime pode ter duração de 360 dias, sendo possível a sua repetição, desde que não ultrapasse um sexto do total da pena cumprida.

O regime de cumprimento da pena do condenado é estabelecido na sentença, observando-se os termos do artigo 33 do CP, o qual leva em conta a espécie e a quantidade da pena, além da existência ou não de reincidência por parte do apenado (art. 110 da LEP).

Outrossim, para decidir qual regime inicial de cumprimento da reprimenda, o juiz analisará a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade, os motivos do agente, bem como as circunstâncias e consequências do crime e o comportamento da vítima, itens elencados no artigo 59 do CP, ou seja, a lei abre um enorme leque de possibilidades para o julgador aplicar o regime inicial que entender, vez que o artigo 59, pelo que se vê, possui grande abrangência.

No Brasil, é adotada a forma progressiva de cumprimento da pena privativa de liberdade, ou seja, o apenado possui direito a progredir para um regime menos rigoroso, mediante a implementação de dois requisitos, quais sejam, o cumprimento de certo lapso temporal, que é determinado em lei e a ostentação de bom

comportamento no cumprimento de sua pena, que é informado pela administração do estabelecimento penal (art. 112 da LEP).

Em contrapartida, existe também a possibilidade de regressão ao regime mais rigoroso, o que ocorre quando: a) o condenado pratica falta, tida como grave, dentro do estabelecimento prisional ou, ainda, da prática de outro crime que seja doloso; b) o apenado sofre nova condenação, por crime cometido anteriormente, e a soma dessa nova pena à que está sendo cumprida torne incabível o regime e c) estando o condenado no regime aberto, frustrar a execução da pena ou não pagar, ainda que possuindo condições, a multa cumulativamente imposta (art. 118 da LEP).

O regime fechado é cumprido em penitenciárias de segurança máxima ou média. Nesse regime de cumprimento de pena, o preso trabalha durante o dia dentro do estabelecimento penal ou, em caráter externo, em serviços ou obras públicas, desde que cumpridos 1/6 da pena, ressalva feita pelos artigos 36 e 37 da LEP. Durante o repouso noturno, o apenado fica em isolamento, em cela individual, previsão que, nas palavras de Bittencourt (2011, p. 518) “não passa de 'mera carta de intenções' do legislador brasileiro, sempre tão romântico na fase de elaboração dos diplomas legais”, considerando a superpopulação carcerária.

No que diz respeito ao regime semiaberto, se tem que o mesmo é cumprido em colônias agrícolas, industriais ou estabelecimentos similares, nos quais o apenado trabalha durante o dia, sendo admissível o trabalho externo e, bem assim, é possível ao apenado frequentar cursos supletivos profissionalizantes, de segundo grau ou superior.

O regime aberto, por fim, resume-se ao cumprimento da sanção na casa de albergado ou estabelecimento adequado ou, ainda, em prisão domiciliar, apenas em casos específicos previstos no art. 117 da LEP. Tal regime baseia-se na “autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado” (art. 36 do CP, caput), devendo o apenado trabalhar externamente, frequentar algum curso ou exercer outra atividade autorizada, tudo sem vigilância (frise-se aqui a palavra “deverá”, que é aplicada no art. 36, §1º, preconizando a obrigatoriedade do trabalho externo ou do

estudo). E, durante o período noturno e nos dias de folga, há o recolhimento do apenado no estabelecimento penal.

1.1.7 Das Penas Privativas de Liberdade: Dos Estabelecimentos Penais

Os estabelecimentos penais estão previstos na LEP, nos artigos 87 a 104, consistindo em penitenciárias, colônias agrícolas, industriais ou similares, casas do albergado, cadeias públicas e centros de observação e hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, sendo que os últimos dois retromencionados⁶ não serão tratados neste trabalho, porquanto não adentram ao foco do presente estudo, que trata apenas das pessoas condenadas ao cumprimento de penas privativas de liberdade.

O artigo 88 da LEP preconiza que o apenado que cumpre pena em penitenciária possuirá cela individual com dormitório, aparelho sanitário e lavatório, além de estabelecer como requisitos da unidade celular a salubridade do ambiente e a área mínima de 6m².

Além disso, o artigo 89 do mesmo diploma legal prevê que a penitenciária destinada a mulheres possuirá seção para gestante e parturiente, além de creche para abrigar os filhos das presas, que necessitem do amparo maternal e que contem com mais de 6 (seis) meses e menos de 7 (sete) anos de idade.

Nesse mesmo sentido, o artigo 37 do CP trata acerca de um “regime especial” para as mulheres que cumprem pena, preconizando que a mesma deve se dar “em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal [...]”. Outrossim, o artigo 5º, inciso L, da Constituição Federal (1988) prevê, como garantia fundamental, que “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.” (grifo nosso).

⁶ Sobre os Centros de Observações e Hospitais Psiquiátricos e de Custódia v. arts. 96 a 101 da LEP

A Colônia Agrícola, Industrial ou o estabelecimento similar serão formados por compartimentos coletivos, com seleção adequada de presos e limite de capacidade máxima “que atenda os objetivos de individualização da pena” (art. 92, b, do CP).

A Casa do Albergado, além de destinar-se ao cumprimento da PPL em regime aberto, consoante já referido anteriormente, também tem como objeto o cumprimento da pena restritiva de direito de limitação de fim de semana. Tal estabelecimento “deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga.” (art. 94 da LEP).

Além disso, a LEP prevê que deverá haver uma Casa de Albergue em cada região, “a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras.”

Por último, existem as Cadeias Públicas, nas quais ficam recolhidos os presos provisórios, ou seja, os que ainda não possuem condenação definitiva. Nesse diapasão, a LEP prevê que cada comarca possuirá ao menos um estabelecimento penal desse tipo, próximo a centro urbano, com os requisitos mínimos do artigo 88, visando a “permanência do preso em local próximo ao seu meio social e familiar.” (art. 103 da LEP).

Pelo todo ora exposto, tanto no que tange aos regimes de cumprimento, como no que diz respeito aos estabelecimentos penais, se nota claramente que o que é previsto em lei não faz parte da realidade da execução penal no Brasil, inexistindo condições estruturais ou humanas que permitam a correta aplicação da lei e a obediência às garantias fundamentais dos apenados.

Nessa linha e a título de exemplo, se verifica que em muitas comarcas praticamente não há para o apenado a diferença entre os regimes de cumprimento de pena fechado, semiaberto ou aberto, porquanto não existem os estabelecimentos correspondentes ao regime cumprido, isso sem falar na superpopulação carcerária, na falta de estrutura, na total ausência de salubridade e condições mínimas de dignidade dentro de tais estabelecimentos, conforme se demonstrará mais adiante.

1.1.8 Da Prisão Domiciliar

A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indivíduo, seja ele indiciado, acusado ou apenado, em residência particular. No ordenamento jurídico brasileiro, tanto o Código de Processo Penal, em seus arts. 317 e 318, quanto a Lei de Execução Penal, em seu artigo 117, preveem o instituto de prisão domiciliar, sendo que no primeiro diploma legal o recolhimento domiciliar substitui a prisão preventiva, como medida cautelar, e no segundo a previsão se dá em substituição à prisão pena, em casos que o condenado se encontrar em regime aberto. A última hipótese é a que o presente trabalho busca discutir.

Nessa linha, importa transcrever a base normativa acima mencionada:

Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

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

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante a partir do 7^o-(sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

I – condenado maior de 70 (setenta) anos;

II – condenado acometido de doença grave;

III – condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;

IV – condenada gestante.

Conforme se percebe, a Lei de Execução Penal prevê a possibilidade de prisão domiciliar à condenada gestante ou com filho menor. Entretanto, essa previsão abrange apenas as apenadas que estejam cumprindo pena em regime aberto, o que, de forma clarividente, vai de encontro a direitos fundamentais da reclusa e de seu filho.

Isso porque, por óbvio, a mulher que é mãe e apenada, mesmo que se encontre em regime de pena mais rigoroso, não deixa de sofrer as peculiaridades da maternidade e, ademais, não deixa de ser titular do direito subjetivo de exercer, dignamente, a maternidade. Outrossim, o nascituro ou o recém-nascido necessita de cuidados integrais e do amparo maternal, tanto quando se encontra no ventre da genitora, como quando do seu nascimento. Acerca de tais direitos, infere-se que serão pormenorizados mais adiante.

Para um breve histórico do instituto da prisão domiciliar, as lições de Mirabete (1997) são válidas. Nessa linha, se tem que a Lei nº 5.256 de 1967 trouxe ao ordenamento brasileiro o instituto da prisão domiciliar, a qual era permitida aos presos provisórios que possuíam direito à prisão especial e que se encontravam em localidades onde não houvesse estabelecimento adequado nesse sentido.

Em 1977, o regime aberto é introduzido na legislação penal com a Lei nº 6.416 e, diante da inexistência das casas de albergado em várias comarcas do país, a prisão domiciliar passou a ser concedida aos apenados que se encontrassem em regime aberto em localidades sem o estabelecimento penal adequado, sendo chamada de “prisão albergue domiciliar” (MIRABETE, 2011, p. 273).

Em 1984, a Lei de Execução Penal, sob o argumento de defesa social e de cessação da impunidade, passa a restringir as possibilidades de concessão da prisão domiciliar somente às hipóteses do artigo 117, tendo tais como taxativas, proibindo a flexibilização como foi anteriormente alcançada pelos juízes e tribunais.

Ocorre que a inércia do Estado em prover a estrutura necessária para a correta aplicação da reprimenda não pode possibilitar que os indivíduos condenados sejam tolhidos em seus direitos dignos de cumprimento de pena. Além disso, direitos individuais preconizados constitucionalmente, igualmente, não podem ser violados sob o argumento de defesa dos direitos da sociedade, ou seja, de proteção a um hipotético direito coletivo que legitima a violação de direitos individuais e que consente com a barbárie da execução das penas no Brasil.

Acerca disso, Pavarini e Giamberardino comentam que:

[...] o entendimento jurisprudencial prevalente, embora não pacífico, resolve o conflito a favor do condenado, considerando que a inadimplência do Estado não pode ser suportada pelo indivíduo. Logo, não se admite a manutenção em regime mais rigoroso apenas devido à falta de vagas ou inexistência de estabelecimento adequado, o que configura constrangimento ilegal. Por isso, admite-se a prisão domiciliar em casos não previstos pelo rol do art. 117 da LEP, que não é taxativo. (PAVARINI e GIAMBERARDINO, 2012, p. 217)

Nesse sentido, atualmente, os tribunais pátrios têm entendido acerca da possibilidade da concessão da prisão domiciliar como prisão albergue domiciliar, nos moldes anteriormente praticados, o que, de certa forma, vai ao encontro do efetivo respaldo a um cumprimento de pena mais digno.

Destarte, se tem que, a fim de tornar a execução penal garantida pelo viés dos direitos fundamentais, é cabível o deferimento da prisão domiciliar ao apenado, mesmo que não implementadas as hipóteses do artigo 117 da LEP, o que abrange, especialmente, a possibilidade de prisão domiciliar da apenada gestante/lactante, mesmo que ela não esteja cumprindo sua pena no regime aberto.

1.2 A Realidade do Sistema Carcerário Brasileiro

Pelo todo exposto até aqui, especialmente no que tange aos subcapítulos que trataram a respeito dos regimes de cumprimento e dos estabelecimentos penais, se pode extrair que a LEP (1984) busca uma execução penal digna ao condenado.

Entretanto, esse objetivo apenas fica restrito ao texto da lei, vez que o plano fático demonstra a inexistência de uma estrutura mínima ao adequado cumprimento da pena, situação agravada pela superlotação carcerária e que é ainda mais acentuada, ao que tudo indica, pelo descaso do Poder Executivo.

Nesse sentido, em possuindo a Execução Penal cunho administrativo e jurisdicional, cabem aos dois entes, de forma conjunta, empenharem-se para a concretização de uma execução da pena que obedeça ao previsto em lei.

Dessa forma, a fim de discutir a situação do cárcere brasileiro, importa trazer à tona dados atuais do sistema prisional.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2015, o quadro carcerário nacional está alicerçado em 2.774 estabelecimentos penais, os quais contam com 378.007 vagas e suportam, no momento, 605.315 presos, tendo no ano de 2014 ultrapassado o número de 700 mil. Assim, o *deficit* de vagas atinge o número de 227.308, o que evidencia a superlotação do cárcere brasileiro e torna o estabelecimento penal um verdadeiro depósito de seres humanos.

A esse respeito, Khaled Jr. e Moraes da Rosa pertinentemente chegam a comparar o aparelho prisional brasileiro ao holocausto:

[...] convivemos rotineiramente com instituições que funcionam como verdadeiros depósitos de gente. A questão penitenciária brasileira retrata um inominável cenário de barbárie que se aprofundou de forma cada vez mais aguda nas últimas décadas: se existe algo que se aproxima do título de holocausto penitenciário, certamente é a estrutura punitiva brasileira. (KHALED JR. e DA ROSA, 2014, p. 86)

No tangente à população carcerária feminina, os dados mais recentes são datados de 2013, provindos do Departamento Penitenciário Nacional, que apontam para o número de mais de 36 mil mulheres encarceradas no Brasil.

Do total de estabelecimentos penais existentes (2.774), apenas 82 são destinados a abrigarem mulheres, havendo, ainda, um *deficit* de vagas que ultrapassa a marca de 14 mil.

Dentro desse cenário, as mulheres presas acabam por serem recolhidas em estabelecimentos penais masculinos, os quais não suportam de forma digna nem o sexo masculino, quanto mais o feminino, que é envolto por necessidades específicas naturais ao gênero.

A esse respeito, a coordenadoria do Projeto Mulheres, do Departamento Penitenciário Nacional aponta que

poucas unidades hoje têm espaço para construção de creches ou berçários. O que há hoje são lugares separados e nada a ver com o que se preconiza nessa área. Há estado que não tem creche e, quando tem, é entre aspas. (BANDEIRA, 2013)

Ademais, neste ano, houve o lançamento de um importante livro que denuncia as atrocidades ocorridas no aprisionamento feminino dentro dos cárceres brasileiros. A jornalista Nana Queiroz, em seu livro “Presos que Menstruam: A brutal vida das mulheres – tratadas como homens – nas prisões brasileiras”, traz a análise do sistema carcerário brasileiro realizada ao longo de quatro anos, período em que a autora conversou com apenas de várias partes do país, colhendo seus depoimentos acerca da vida na prisão.

No livro, Queiroz (2015) denuncia o esquecimento dessas mulheres presas pelo Estado, relatando que os presídios brasileiros carecem de condições materiais, inclusive de papel higiênico e de absorventes, informando que as apenas chegam até mesmo a utilizarem-se de miolo de pão como forma de conter o fluxo menstrual.

Aduz igualmente que xampus, condicionador e outros produtos são moeda de troca dentro dos cárceres, assim como o sexo, tanto entre as apenas, como entre as presas e os agentes penitenciários, denuncia a jornalista.

Outrossim, Queiroz (2015) relata que muitas crianças que nascem em presídios – e ali ficam com as mães até os seis meses de idade – não conhecem a família e desenvolvem comportamentos limitados. Informa, também, que existem casos, por exemplo, em que os filhos dormem no chão da cela das genitoras, sem maiores aconchegos. Como se não bastasse, denuncia que já ocorreram vezes de bebês de apenas grávidas terem nascido no banheiro.

Ademais, a autora relata que ao entrevistar uma apenas, esta lhe informou que foi torturada com o filho de três meses no colo: enquanto policiais a agrediam fisicamente, uma algema atingiu o supercílio do bebê.

Assim, resta evidenciado que praticamente inexistente no Brasil a possibilidade de a mãe presa enfrentar uma gestação saudável e, menos ainda, a possibilidade de um recém-nascido ficar junto dela, dentro do cárcere.

Em conformidade com o resto do país no que diz respeito à falta de estrutura e superlotação, o Estado do Rio Grande do Sul, conta com 98 estabelecimentos penais, sendo que desses apenas 05 são destinados a mulheres, os quais possuem capacidade de abrigar 1.175 mulheres, o que, por óbvio, não suporta o total da

população gaúcha feminina, a qual supera o número de 2.011 mulheres, segundo dados do InfoPen de 2011⁷.

Conseqüentemente, muitos dos estabelecimentos masculinos acabam por tornarem-se mistos, abrigando mulheres em alas improvisadas que não atendem aos direitos mínimos preconizados ao cumprimento da pena privativa de liberdade.

Toda essa realidade de falta de estrutura do sistema carcerário se reflete em todas as comarcas de todos os estados do país. Com efeito, na comarca de Rio Grande, segundo dados do CNJ, datados de 2015, a Penitenciária Estadual de Rio Grande (PERG) é exclusivamente masculina, contando com 568 vagas.

Ocorre, que em que pese a total inexistência de estrutura, a penitenciária acaba por também manter 50 mulheres reclusas, divididas em duas galerias que não possuem unidade materno-infantil e, claro, não atendem às distinções de sexo.

Outrossim, denunciando ainda mais a falta de estrutura do sistema carcerário brasileiro, se pode mencionar que a PERG mantém reclusos que cumprem pena em todos os tipos de regime – fechado, semiaberto e aberto -, pois na comarca não existe colônia agrícola ou industrial. Ainda, em que pese exista casa de albergado, ela é anexa à penitenciária e conta com poucas vagas, motivo pelo qual muitos presos em regime aberto cumprem pena como se estivessem no regime fechado: dentro da penitenciária.

Atualmente, está em construção a Cadeia Pública Feminina de Rio Grande⁸, a qual contará com berçário para permanência de crianças de até seis meses de idade. Tal obra possuía, inicialmente, previsão para término em outubro deste ano, entretanto, de acordo com informações da juíza da VEC desta comarca, a obra, hoje, tem previsão para conclusão de um a dois anos.

Abaixo, segue tabela que melhor reflete o acima descrito:

⁷ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>> e <<http://portal.mj.gov.br/depen>>. Acesso em 01 de jul. 2015. 11:40.

⁸ Disponível em: <<http://gaucha.clicrbs.com.br/rs/noticia-aberta/cadeia-publica-feminina-de-rio-grande-ficara-pronta-em-outubro-de-2015-120090.html>>. Acesso em 01 jul. 2015. 11:06.

	Brasil	Rio Grande do Sul	PERG – Comarca de Rio Grande
Número Total de Estabelecimentos Penais	2.774	98	-
Número Total de Estabelecimentos Penais Femininos	82	05	-
Número Total de Vagas	378.007	22.152	568 masculinas
Número Total Vagas Femininas	20.231	1.175	0
Total da População Carcerária	605.315	28.995	1.004
Total da População Carcerária Feminina	Mais de 36 mil	Mais de 2.000	50
Total do <i>Deficit</i> Vagas	227.308	6.843	436
Total do <i>Deficit</i> Vagas Femininas	Mais de 14 mil	Mais de 800	-

Fontes: Conselho Nacional de Justiça e Departamento Penitenciário Nacional⁹

Depreende-se, portanto, que em que pese a Constituição Federal e, bem assim, a legislação infraconstitucional preconizem um cumprimento da pena privativa de liberdade na forma que respeite a dignidade do preso, que é um ser humano, essa não é a realidade do sistema carcerário brasileiro, onde o apenado é esquecido dentro de um depósito sem ter seus direitos consubstanciados e, quando muito, sobrevive indignamente.

⁹Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>> e <<http://portal.mj.gov.br/depen>>. Acesso em 01 de jul. 2015. 11:40.

2 A EXECUÇÃO PENAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Após a digressão travada a respeito da execução penal no Brasil, ainda impende tratar acerca da necessária efetividade dos direitos fundamentais durante o cumprimento da pena privativa de liberdade, direitos esses que são a base do presente trabalho.

2.1 Os Direitos Fundamentais e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Os direitos fundamentais “nasceram como direitos naturais e inalienáveis do homem, sob o aspecto de expressão de sua condição humana”, estando hoje “incorporados ao patrimônio jurídico da humanidade”. (SARLET, 2015, p. 55 e 53).

Tais direitos em muito se aproximam aos direitos humanos, sendo estes universais, de todos os homens, e os direitos fundamentais são os positivados pela Constituição, os quais, assim como os direitos humanos, são também inalienáveis e irrenunciáveis. Tal positivação assume maior amplitude a partir da Declaração Universal da ONU, de 1948, quando “constata-se a existência de uma nova fase, caracterizada pela universalidade [...] - na seara do Direito Internacional – de direitos fundamentais reconhecidos a todos os seres humanos, e não apenas (mas também) aos cidadãos de determinado Estado.” (SARLET, 2015, p. 56).

Nessa esteira, sem adentrar na historiografia dos direitos fundamentais, bem como de suas gerações¹⁰, depreende-se que tais direitos compreendem os direitos individuais, os sociais, os coletivos, os políticos e aqueles que interessam a toda a humanidade (SARLET, 2015).

Por óbvio, são direitos básicos e essenciais a todos os seres humanos e, na lição de SARLET (2015), possuem íntima ligação com a ideia de Constituição, sendo tidos também como fundamentação do poder estatal, ao mesmo tempo em que limitam normativamente esse poder, além de servirem de parâmetro interpretativo ao

¹⁰No que tange à perspectiva histórica dos direitos fundamentais: válida a leitura de SARLET (2015, p. 36-58).

ordenamento jurídico. Com efeito, em caso de conflito entre as normas, deve ocorrer o deslinde mediante a interpretação com base nos direitos fundamentais, prevalecendo, assim, a Constituição.

A esse respeito:

os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, jurídicos e executivos. [...] os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais [...] operam não propriamente com princípios e garantias nas relações entre indivíduos e Estados, mas transformam-se em princípios superiores do ordenamento jurídico-constitucional considerado em seu conjunto, na condição de componentes estruturais básicos da ordem jurídica. SARLET (2015, p. 149).

De toda sorte, a dignidade da pessoa humana é o princípio de suporte de todo o ordenamento jurídico, sendo, conseqüentemente, também basilar dos direitos fundamentais. Segundo Salo de Carvalho (2008), a ideia de dignidade representa que a personalidade do ser humano deve ser reconhecida em qualquer lugar que este se encontre, tornando-se ele, dessa forma, um sujeito de direitos. Ademais, o autor afirma que a dignidade “nasce com a pessoa e é seu patrimônio indisponível e inviolável” (p. 156 e 157), tratando-se de “valor fundamental expresso nas cartas políticas, sendo diluído nas normas concretas, porque, ao desconhecer a dignidade do homem, o Estado desconheceria a existência e universalidade dos demais direitos humanos.” (Idem, p. 157).

Sarlet (2015), acerca da origem da ideia de dignidade da pessoa humana, contribuindo para a conceituação de tal valor, leciona que a mesma possui suas raízes no pensamento clássico e na ideologia cristã, na qual se tinha o homem como imagem de Deus, entendendo o ser humano como dotado de valor próprio, não podendo, então, ser objeto ou instrumento. No mesmo período, a filosofia estoica defende que a dignidade é valor inerente ao ser humano, sendo o que distingue-o das demais criaturas. No século XVI, o espanhol Francisco de Vitoria, referindo-se

ao processo de colonização dos índios, aduz que o ser humano, por sua natureza, deve ser respeitado como sujeito de direito, sendo, em princípio, livre e igual, independente de ser católico, cristão ou protestante. Já nos séculos XVII e XVIII, passa a ocorrer uma laicização e racionalização da concepção de dignidade da pessoa humana, tornando-se tal valor “noção fundamental da igualdade de todos os homens” (Idem, p. 99). Nesse período, Kant trata a autonomia ética do homem como fundamento de sua dignidade, o que implica na impossibilidade de o mesmo ser tratado como mero objeto.

Dessa forma, infere-se que, independente de sua delimitação conceitual, a dignidade da pessoa humana é pertencente ao homem em decorrência simplesmente da sua condição biológica, lhe sendo inerente e tornando-lhe titular de direitos que devem ser não só respeitados, mas também protegidos por todos os outros homens e órgãos estatais.

2.2 A Constitucionalização da Execução Penal

A Constituição Federal trata em seu título I acerca dos princípios fundamentais, trazendo no artigo 1º a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a qual constitui-se Estado Democrático de Direito.

Sobre isso, Ingo Sarlet afirma que:

Com o reconhecimento expresso, no título dos princípios fundamentais, da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático (e Social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o Constituinte de 1987/88, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal. [...] é o Estado que passa a servir como instrumento para garantia e promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas. (SARLET, 2015, p. 99)

Em seguida, no título II, há a previsão dos direitos e garantias fundamentais, tratando primeiramente dos direitos e deveres individuais e coletivos fundamentais (capítulo I – artigo 5º) e logo após trazendo os direitos fundamentais sociais. Mais a frente, outros direitos fundamentais são tratados, nos quais o presente trabalho não irá deter-se, posto que não são pertinentes ao proposto pelo tema.

Com a constitucionalização da execução penal, em 1988, houve grande avanço na forma de cumprimento das penas, vez que, sendo um instrumento de reconhecimento dos direitos fundamentais e de interpretação da legislação ordinária, a Constituição mantém o condenado como um sujeito de direitos, devendo a punição do apenado nortear-se pelos direitos individuais e sociais preconizados pelo ordenamento maior.

Dessa constitucionalização, decorrem importantes princípios penais, como o da humanidade das penas, da pessoalidade e da individualização das penas, os quais, em virtude de serem basilares ao presente trabalho, serão tratados de forma mais pormenorizada nos próximos subcapítulos.

Nesse diapasão, importa mencionar que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, direciona acerca da forma de cumprimento das penas. No inciso II, aduz que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante. Além disso, nos incisos XLV ao LXVII a Constituição trata acerca do cumprimento de penas, preconizando que não haverá penas perpétuas ou cruéis (inciso XLVII), assegurando aos presos o respeito à integridade física e moral (inciso XLIX) e, bem assim, prevendo que às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período da amamentação (inciso L). (*Grifo nosso*).

Dessa forma, em possuindo a Constituição supremacia em todo o ordenamento jurídico, tornando-se, com os seus princípios, o fio condutor que permeia toda a legislação ordinária, não se pode permitir que norma infraconstitucional, que conflite com o preconizado pela Lei Maior, prevaleça.

Acerca de tal tema, Andrei Zenkner Schmidt, brilhantemente ensina que:

Uma primeira decorrência dessa Constituição Cidadã é o fato de o apenado não ser um objeto de execução, mas sim o sujeito da execução, portando direitos idênticos (salvo as exceções antes vistas) aos dos demais cidadãos. Assim, possui ele, por um lado, o direito de respeito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade, e, por outro, o direito de exigir educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência (direitos fundamentais = direitos de liberdade + direitos sociais). Isso tudo faz com que o Estado – goste ou não – esteja vinculado a não-lesar os direitos de liberdade (*stricto sensu*) do preso, além do que esteja obrigado a satisfazer os mesmos direitos sociais destes apenados. Isto é uma decorrência do regime político adotado pelo constituinte originário, ou seja, por regime democrático de direito deve-se entender uma democracia (substancialmente concebida) que impõe, ao Estado, a atuação com respeito negativo e positivo, respectivamente, de direitos individuais e sociais [...]. (SCHMIDT, 2007, p. 221)

Nessa linha, em reconhecendo a Constituição Federal, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, que ninguém será tratado de forma desumana ou degradante; que não haverá penas cruéis; que será assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral e, além disso, entendendo pela necessidade de permanência da genitora apenada com seu filho no período de lactância, a não oportunidade pela legislação ordinária da prisão domiciliar para as condenadas mães, gestantes e/ou lactantes, quando estas se encontrarem em regime de cumprimento fechado ou semiaberto, fere frontalmente a Lei Maior e, assim, deve ser tida como inconstitucional,

cabendo ao juiz proceder a uma interpretação conforme a Constituição, atendendo ao que CANOTILHO chama de princípio da prevalência da Constituição, optando pelo sentido que apresente uma conformidade constitucional. (CANOTILHO, 1996, p. 229 *apud* LOPES JR., 2007, p. 399)

Isso porque, em que pese a LEP tenha previsto acerca da existência de penitenciárias femininas que possibilitem o aleitamento materno, pelo todo exposto até aqui, restou evidenciado que, no plano fático, as prisões não possuem as mínimas condições de manterem sob seu abrigo uma apenada gestante ou a condenada e seu bebê recém-nascido, ocorrendo a bruta ruptura entre mãe e filho.

Ademais, ainda que existisse ou que exista em algumas comarcas a possibilidade da manutenção da gestante ou da mãe e seu filho em fase de lactância

recolhidos junto à penitenciária, mesmo que em boas condições salutar, é desumano manter uma gestante, que passa por peculiares aspectos físicos e psicológicos, bem como de uma mãe e seu filho ainda bebê, cerceados de liberdade. Por óbvio, a pena de prisão, ainda que fosse em um ambiente salutar e bem estruturado, ainda assim, é prisão. E é prisão em um ambiente forçado, que não é o lar da apenada. Dessa forma, a prisão domiciliar se torna a melhor saída, como forma de efetivar os direitos fundamentais da genitora e da criança recém-nascida.

Ainda, impende frisar que um ser humano, ao ser condenado a uma pena privativa de liberdade, apenas perde esse direito: o da liberdade, além dos direitos políticos, consoante previsto pela Constituição e pela legislação ordinária. Ou seja, o apenado e a apenada mantêm TODOS os seus demais direitos, exceto os atingidos pela sentença.

Nesse sentido o próprio Código Penal e a própria LEP preveem que:

Art. 38 do CP – O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda a liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.

Art. 3º LEP – Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Parágrafo único – Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

Destarte, a efetivação de todos os direitos dos presos, inclusive e principalmente os direitos fundamentais, é medida que deve se impor nos cárceres brasileiros, não se restringindo apenas às hipóteses elencadas no artigo 41 da LEP¹¹.

¹¹ Art. 41 da LEP - Constituem direitos do preso:

- I - alimentação suficiente e vestuário;
- II - atribuição de trabalho e sua remuneração;
- III - Previdência Social;
- IV - constituição de pecúlio;
- V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
- VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
- VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
- VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

Outrossim, consoante já mencionado, a Lei de Execução Penal é enfática ao prever que as pessoas condenadas ao cumprimento de pena não poderão sofrer nenhuma mitigação de direitos que não tenha sido determinada na própria sentença ou na lei. Assim, no caso dos condenados à pena privativa de liberdade, estes conservam todos os demais direitos de que são titulares, como o direito à vida, à dignidade, ao exercício da maternidade, à saúde física e mental e à alimentação.

2.3 Do Princípio da Humanidade das Penas

Consoante já referido, a constitucionalização da execução penal trouxe uma base principiológica que permeia o cumprimento das penas. Nesse contexto, o princípio da humanidade das penas remete ao fato de que, independente de ter sido condenado ao cumprimento de uma reprimenda, através de uma sentença, o apenado ainda continua na condição de pessoa, de ser humano. Em que pese isso pareça óbvio, a condição humana do apenado parece não ser relevada nas prisões brasileiras.

Nessa linha, o princípio da humanidade das penas norteia que nenhuma pena pode interferir na dignidade do condenado ou lesionar sua constituição física ou psicológica. Disso, se extrai que todo o regramento constitucional e infraconstitucional voltado à execução das penas é corolário do princípio da humanidade das penas, preconizando que as penas não sejam cruéis ou degradantes, devendo ocorrerem de forma digna ao condenado.

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI - chamamento nominal;

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

Além disso, tal princípio informa que nenhuma pena pode ser de caráter perpétuo e, aqui, se entende a questão da perpetuidade não apenas em relação a duração da pena, mas também refere-se à qualquer consequência que possa ser perpétua na vida do condenado, causada pela pena, como, por exemplo, a ruptura afetiva entre a mãe apenada e seu filho.

Acerca de tal princípio, Zaffaroni afirma que:

O princípio constitucional de humanidade da pena emerge da Constituição e dos tratados internacionais, cujas normas têm como destinatárias tanto as agências políticas quanto as judiciais. [...] A jurisdição não pode dizer o direito dizendo o antijurídico, e as agências políticas não podem obrigar os juizes a dizer o contrário do preceituado pela Constituição. O direito de ser tratado como pessoa humana não pode ser alterado por leis aparentemente indiferentes perante essa exigência constitucional. (ZAFFARONI, 2006, p. 236).

2.4 Do Princípio da Pessoalidade das Penas

O princípio da pessoalidade das penas trata acerca da intranscendência da condenação, ou seja, “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” (art. 5º, inciso XLV, Constituição Federal).

Assim, tal princípio constitucional preconiza que a reprimenda aplicada em virtude do cometimento de um delito apenas irradiará seus efeitos ao infrator, sem transgredir tal barreira.

Dessa forma, a criança recém-nascida que necessita ficar junto à sua genitora - seja pelo motivo de precisar do afeto, seja por necessitar da amamentação -, não pode, em virtude de tal princípio, sofrer as consequências da pena que sua mãe cumpre. No entanto, é o que ocorre no sistema executório brasileiro: a pena da apenada transcende para o seu filho, quando este lhe é separado brutalmente ou quando ele passa a “cumprir” a pena privativa de liberdade juntamente com sua mãe ao ser abrigado pelo cárcere.

2.5 Do Princípio da Individualização das Penas

No processo histórico do Direito Penal já aqui demonstrado, o julgador, que possuía enorme poder arbitrário, passa a ter limites em seu poder punitivo, devendo a lei regular a individualização das sanções (art. 5º, inciso XLVI, Constituição Federal).

Nesse diapasão, o Código Penal (arts. 59 a 68) delimita patamares mínimos e máximos à dosagem da pena, a qual deve ser aplicada de forma fundamentada ao caso concreto. Tal orientação é tida como individualização da pena a qual, nos ensinamentos de Bittencourt (2011) se dá em três fases, quais sejam, individualização legislativa – fixação dos fatos puníveis, com a cominação das sanções e seus critérios e limites-, individualização judicial – fixação da pena na sentença – e, por fim, a fase da individualização executória – que ocorre na execução da pena já cominada.

Com efeito, a pena deve ser individualizada às circunstâncias de cada apenado, adequando-se concretamente às suas particularidades humanas. A despeito disso, a Constituição impôs restrições no que tange ao público dos estabelecimentos penais, preconizando em seu art. 5º, inciso XLVIII que a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado. Outrossim, conforme se percebe, igualmente individualiza a questão do cumprimento da pena diante das diferenciações de sexo (inciso L).

2.6 Do Princípio da Vedação da Dupla Punição

Nos ensinamentos de Nucci (2011), o princípio da vedação da dupla punição preconiza que ninguém será duplamente punido pelo mesmo fato, sendo abuso de direito do poder estatal sancionar uma pessoa duas vezes pela mesma conduta, configurando lesão à dignidade da pessoa humana.

Nessa senda, impende reconhecer que a mulher condenada que cumpre pena privativa de liberdade é duplamente sancionada ao ser impedida de exercer a maternidade: ela é ceifada no seu direito fundamental individual à liberdade e no seu direito fundamental social de estar junto ao filho, do exercício de ser mãe.

Destarte, se percebe que toda a base principiológica decorrente da constitucionalização da execução penal é suportada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, valor que norteia todo o ordenamento jurídico. Assim, todos os direitos do apenado não atingidos pela condenação devem ser respeitados na execução da pena, o que se efetiva diante do respeito a condição do condenado de ser humano, com a individualização da pena e com a limitação dos efeitos dessa, a qual, por si só, já causa enorme sofrimento.

2.7 Da Proteção à Maternidade e à Infância

A proteção à maternidade e à infância é preconizada pelo artigo 6º da Constituição Federal, revelando, dessa forma, que o exercício digno da maternidade é um direito social fundamental e que o melhor interesse da criança é princípio que permeia todo o ordenamento jurídico.

Segundo Schmidt (2007), os direitos sociais, ao contrário dos direitos individuais, implicam ao Estado uma obrigação de fazer, enquanto que estes últimos significam uma limitação ao atuar do Estado, ou seja, os direitos sociais exigem uma prestação positiva, um agir do Estado em prol de garantir tais direitos.

Consequentemente, dada a condição de sujeito da pessoa apenada, os direitos fundamentais preconizados pela Constituição possuem aplicação na execução da pena, cabendo ao Estado viabilizar as condições materiais dentro dos cárceres brasileiros para o exercício desses direitos. No entanto, em caso de não cumprimento dessa obrigação, cabe ao Judiciário, como garantidor dos direitos fundamentais, asseverar tais garantias mediante os instrumentos processuais específicos, os quais, na execução penal, se dão com o PEC (processo de execução criminal) e seus incidentes.

Todavia, é clarividente que o plano fático destoa dos enunciados teóricos, principalmente no tangente ao ambiente prisional, consoante já demonstrado. Nos cárceres brasileiros tal prestação praticamente inexistente, conforme já demonstrado. Acerca disso, Andrei Zenkner Schmidt comenta que:

A atual situação carcerária brasileira dispensa-nos de demonstrar que os direitos arrolados no art. 6º, na grande maioria dos casos, são simplesmente ignorados positivamente pelo Estado. Aliás, a satisfação de direitos sociais na execução da pena atravessa uma crise bem mais acentuada em relação ao desrespeito dos direitos individuais nessa mesma matéria. Ocorre que, em relação aos direitos individuais, a sociedade não-desviada acaba, ainda que não de um modo geral, sendo garantida contra o não-fazer lesivo do Estado, embora o mesmo não se possa afirmar em relação à sociedade-desviada, objeto da execução penal [...] Já os direitos sociais, contudo, sequer são plenamente satisfeitos em relação à sociedade não-desviada, ou seja, não existe, atualmente, uma grande preocupação com a satisfação dos direitos à saúde, à moradia, ao lazer etc., e isso no ambiente social “não-prisional”; o que se dizer, então, do ambiente prisional? (SCHMIDT, 2007, p. 232)

Em sendo assim, questionamentos acerca de como (não) ocorre o exercício da maternidade na prisão, quais os reflexos disso na vida da genitora e do seu bebê e qual a solução entre o encarceramento da gestante, da lactante e da criança ou a separação de mãe filho, são reflexões que devem ser respondidas sempre com o plano de fundo das garantias constitucionais de proteção à maternidade e à infância, bem como de intranscendência das penas, além do princípio do melhor interesse da criança e, sempre, com base na humanização das penas, enxergando a apenada como o ser humano que é.

2.7.1 Do Direito ao Exercício Digno da Maternidade

O exercício da maternidade se inicia com a gestação. E, visando assegurar dignidade a esse momento tão peculiar na vida da mulher, o sistema normativo brasileiro prevê em vários dispositivos formas que efetivam a proteção constitucional da maternidade e da infância.

A esse respeito, voltando-se ao aspecto das mulheres que cumprem pena privativa de liberdade, a CF, o ECA e a LEP preveem a manutenção conjunta de mãe e filho a fim de ser procedido ao aleitamento materno:

Art. 5º L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

Art. 9º ECA 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.

Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva.

§ 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.

Art. 89 LEP. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

Parágrafo único. São requisitos básicos da seção e da creche referidas neste artigo:

- I – atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e
- II – horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável.

Além disso, recentemente houve três importantes modificações legislativas, no sentido de garantir o exercício de maternidade pela mulher privada de liberdade, quais sejam: a Lei nº. 11.942/09, que assegura às mães reclusas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência no exercício da maternidade; a Lei nº. 12.403/11, que estendeu às gestantes e mães, presas provisórias, o direito à prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva e, por fim, a Lei nº. 12.962/14, que regula sobre o convívio entre pais em situação de prisão e seus filhos.

Outrossim, a Resolução nº. 3 do Conselho de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) de 15 de julho de 2009 disciplina a situação de filhos de mulheres encarceradas e institui o prazo mínimo de um ano e seis meses de manutenção das crianças junto às genitoras.

Toda essa base legislativa é justificada pela importância da relação entre mãe e filho, tanto no âmbito físico e psicológico, principalmente nas fases iniciais, que correspondem à gestação e aos primeiros contatos maternos. De acordo com LANA (2001), a mulher, durante a gestação, acaba acumulando uma série de preocupações, como aquelas inerentes ao nascimento propriamente dito, referentes por exemplo à anestesia, à internação hospitalar, às dores e ao tempo do parto. O pós-parto é considerado um período emocional sensível para a mãe recente, podendo ela ficar apreensiva e deprimida, em graus variados e esses sentimentos maternos são, sem dúvida, os maiores influenciadores do que irá ocorrer em relação à amamentação, período de suma importância na relação mãe e filho.

Nesse diapasão, para se garantir um mínimo de dignidade ao exercício da maternidade, a mulher, na gestação e no pós-parto, deve estar em um ambiente salutar, bem como ter como suporte um acompanhamento médico além de, muitas vezes, também psicológico.

Em conformidade com isso, o ECA e a LEP asseguram acompanhamento médico à mulher no período pré e pós-natal:

Art. 8º É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal.

§ 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.

Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

§ 3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.

Já no âmbito internacional, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em dezembro de 2010, aprovou as Regras de Bangkok, que tratam acerca das regras mínimas para tratamento da mulher presa e medidas não privativas de liberdade, tendo sido o Brasil signatário. Dessas regras, destaca-se as de nº 48 e nº 50:

Regra nº. 48 Mulheres presas não deverão ser desestimuladas a amamentar seus filhos, salvo se houver razões de saúde específicas para tal.

1. Mulheres grávidas ou lactantes deverão receber orientação sobre dieta e saúde dentro de um programa a ser traçado e supervisionado por um profissional da saúde qualificado. Deverá ser fornecida gratuitamente alimentação adequada e pontual para gestantes, bebês, crianças e lactantes em um ambiente saudável e com a possibilidade para exercícios físicos regulares [...];

3. As necessidades médicas e nutricionais das mulheres presas que tenham recentemente dado a luz, mas cujos filhos não se encontram com elas na prisão, deverão ser incluídas em programas de tratamento.

Regra nº. 50 - Mulheres presas cujos filhos estejam na prisão deverão ter o máximo de oportunidades possíveis de passar tempo com eles.

Nesse sentido, importa trazer à tona a pesquisa intitulada “Dar à Luz na Sombra – Condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão” – realizada no âmbito do Projeto Pensando o Direito, da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ), em parceria com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) -, a qual problematizou os principais entraves que impossibilitam a materialização desses direitos às mulheres em privação de liberdade. Além disso, tal pesquisa apresentou propostas concretas para o exercício desses direitos, dentre as quais estão a concessão da medida de prisão domiciliar, de forma não atrelada apenas ao período de aleitamento - tendo em conta a relevância da genitora estar junto ao filho nos primeiros períodos de sua vida - bem como que a separação de ambos acomete à mulher sofrimento e angústia.

A despeito disso, os pesquisadores argumentam que:

Uma das saídas desse (falso) paradoxo, entre institucionalizar a criança ou separá-la da mãe, seria a prisão domiciliar, essa opção choca com a cultura do encarceramento e a priorização do “combate ao crime” presente nos discursos e práticas do sistema de justiça. O aumento do encarceramento feminino, e logo do número de gestantes, puérperas e mães encarceradas demonstra que o sistema de justiça criminal vem ignorando recomendações de organizações internacionais contra o uso de prisão para essas mulheres. Concluímos que uma melhor possibilidade de exercício de maternidade ocorrerá sempre fora da prisão e, se a legislação for cumprida, tanto em relação à excepcionalidade da prisão preventiva como no tangente à aplicação da prisão domiciliar, grande parte dos problemas que afetam a mulher no ambiente prisional estarão resolvidos. (BRASIL, 2015, p. 79)

A esse respeito, a pesquisa conclui que todo o exercício da maternidade ocorrido dentro do cárcere ocorre de forma vulnerável, argumentando que as mulheres que cometeram delitos, por irem de encontro à falácia da natureza feminina de pessoa passiva e cuidadora, são as que mais exercem maternidades vulneráveis e gestações de risco (BRASIL, 2015 *apud* MATTAR e DINIZ, 2012).

Ainda nesse sentido:

As pesquisadoras Laura Mattar e Simone Grilo Diniz apontam para a existência de hierarquias reprodutivas que determinam a legitimidade e aceitação social das maternidades. A seu ver, aspectos como raça, classe social, faixa etária, parceria sexual e reprodutiva são fatores que podem tornar maternidades mais ou menos aceitas, sendo “a somatória e a interação entre os diferentes aspectos da mulher o que vai determinar o grau de aceitação social a determinada maternidade” [...] Para as autoras é possível traçar uma pirâmide de hierarquias reprodutivas, na qual: quanto maior o número de aspectos ditos negativos presentes na mulher ou no casal, ao exercitarem maternidade e/ou a reprodução e cuidado com os filhos, mais próximos estarão da base da pirâmide hierárquica e, ainda, menor será o exercício de direitos humanos – o que revela, a exclusão social a que estão submetidos. O mesmo vale no sentido oposto: quanto maior o número de aspectos vistos como ‘positivos’ que uma mulher e/ou casal tenha, mais valorizada será a maternidade e/ou a reprodução e cuidado com os filhos, bem como mais frequente o exercício de seus direitos humanos. Dentre as maternidades apontadas por Mattar e Diniz como as menos aceitas, logo mais vulneráveis, estão aquelas exercidas por “infratoras, sobretudo as mulheres que estão presas, já que foram contra a ‘dita natureza feminina’, ou seja, de pessoa passiva e cuidadora, jamais transgressora. (BRASIL, 2015, p. 29 *apud* MATTAR e DINIZ, 2012, p. 114)

Outrossim, essa visão estigmatizadora da mulher acaba por acarretar em uma criminalidade entendida como praticada apenas por homens, trazendo consequências ao âmbito executivo da pena, posto que ela volta-se apenas ao público masculino e, assim, não leva em conta as especificidades inerentes ao mundo feminino, afastando garantias mínimas do direito penal, especialmente os princípios da individualização das penas e da vedação da dupla punição, acima tratados.

Acerca disso:

A construção do 'homem médio', do 'erudito' e do 'corpo assexuado' fundamentam e sustentam os padrões políticos e as práticas institucionais. Não prever a diferença das mulheres na política prisional é reproduzir um modelo masculino e gerar uma dupla punição. Essa não-previsão, além de fazer com que a execução penal de homens obedeça ao modelo preestabelecido, estende a mulheres este modelo, afinal, a criminalidade é algo público e masculino. (BUGLIONE, 2007, p. 148)

Outrossim, a pesquisa aponta que o exercício da maternidade dentro da prisão ocorre de forma mediada e controlada pelas instituições de controle, denominando de “maternidade vigiada controlada” o exercício da vivência da maternagem em contextos restritivos e permanentemente vigiados (BRASIL, 2015, p. 22 *apud* SANTOS, 2011, p. 60).

Como se percebe, a visão da mulher como pessoa não transgressora e cuidadora, vivificada através de um contexto histórico sociocultural de gênero, acarreta na maior vulnerabilidade do exercício da maternidade por mulheres que cometeram delitos e estão em situação de prisão. Essa vulnerabilidade somada à um sistema punitivo criado para o público masculino, além da constante vigília e monitoramento das instituições de controle que, nas prisões, se dão principalmente pela administração penitenciária, retiram a dignidade do exercício de ser mãe, direito fundamental da mulher.

Por óbvio, essas são questões que permeiam a maternidade nas prisões, porém, além desses fatores, outros também impedem o exercício digno da maternidade. A falta de estrutura das penitenciárias que possibilitem a permanência saudável do bebê junto à genitora, a insalubridade, a falta de condições materiais, a ausência de atendimento médico pré e pós-natal e a separação de mãe e filho quando do término da amamentação ou logo do nascimento do pequeno – quando inexistente possibilidade de mantê-lo junto à mãe dentro do cárcere, fato que por si só viola direitos da mulher e da criança – também são entraves que ensejam a um não exercício digno da maternidade.

Conforme se denota, entende-se que ocorre a violação do exercício da maternidade de forma digna mesmo diante da manutenção do filho junto ao cárcere com a mãe, posto que a criança acaba cumprindo uma pena que não lhe foi

imposta, além de ser ceifado do contato com o mundo exterior, tão importante nesse período de crescimento. Entretanto, em que pese esse entendimento, importa frisar que, por razões claras, é preferível que exista a estrutura materno-infantil durante o aprisionamento feminino, que ocorra a separação entre mãe e filho recém-nascido.

Assim, como melhor saída para esse impasse, defende-se a concessão da prisão domiciliar da apenada gestante e mãe recente, como forma de permitir o livre exercício digno da maternidade – ao menos dentro do lar, junto ao filho em seus primeiros contatos, com o apoio de familiares e com acesso médico. Dessa forma, será efetivada a legislação brasileira, além de ser implementado o direito social fundamental de proteção à maternidade e à infância, assegurado constitucionalmente.

2.7.2 Do Princípio do Melhor Interesse do Menor

A partir dos ensinamentos de Aragão (2005), se conclui que é apenas na segunda metade do século XX que a criança passa a ser vista como um sujeito de Direitos, sendo ela, antes disso, vista como “coisa”. Isso porque, é nesse período, em 1959, que a Assembleia Geral da ONU aprovou a Declaração dos Direitos Criança, entendendo este pequeno ser humano como possuidor dos direitos subjetivos como educação e saúde, por exemplo, e como sujeito em desenvolvimento especial que necessita de proteção de toda a sociedade. Em que pese essa carta de intenções, poucas mudanças ocorreram nas legislações relativas às crianças nesse período, situação visualizada principalmente no Brasil, momento em que estava em vigor legislação que apenas visava à assistência dos menores, ainda não os elencando como cidadãos, situação também visualizada no Código de Menores, de 1979, o qual se restringia apenas a disciplinar os menores que estavam em situação irregular.

Mudando os rumos dessa situação e trazendo uma maior efetivação dos direitos da criança, em 1989 a ONU aprovou a Convenção sobre os Direitos da Criança, “a qual tem forma coercitiva e exige uma tomada de decisão por parte de

cada Estado que a subscreveu e ratificou”, tornando-se um “instrumento jurídico internacional [...] para a promoção e o exercício dos Direitos da Criança” (ARAGÃO, 2005, p. 9) e fazendo que a criança passe, efetivamente, a ser um sujeito de direitos.

Acerca de tal tema, Aragão leciona que:

[...] a escola de Proteção Integral foi adotada pelo Estatuto. Para seus seguidores, a criança e o adolescente devem ter seus direitos reconhecidos universalmente. Crianças e adolescentes são definidos como pessoas em desenvolvimento, daí a necessidade de direitos sociais e específicos. Por isso, as leis internas e o direito de cada sistema nacional devem zelar e assegurar a total realização das pessoas até os 18 anos de idade. Esta garantia não fica limitada apenas ao aspecto penal [...], mas, acima de tudo, ao seu direito à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à convivência, à profissionalização e ao respeito. [...] A adoção da Proteção Integral induz a uma tutela indiscriminada que aproveita a qualquer criança ou adolescente, independente de qualquer diagnóstico jurídico-social. (ARAGÃO, 2005, p. 12)

É nesse sentido que o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069 de 1990, institui a proteção integral da criança e do adolescente, entendendo-os como pessoas em desenvolvimento que, independentemente da situação em que se encontrem, seja em situação irregular ou não, estarão protegidas em todos os seus direitos pelo ECA, sendo elas a prioridade. Cumpre referir que Tavares (2005, p. 17) define “pessoa em desenvolvimento”, como a “pessoa humana em fase de imaturidade biopsíquico-social por ser menor de 18 (dezoito) anos de idade, segundo a presunção legal.”

Em sendo assim, se tem que o Estatuto regulou o artigo 227 da Constituição Federal, o qual prevê que:

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

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

- I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;
- II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

Nesse diapasão, o artigo 3º do ECA prevê a criança e o adolescente como titulares de direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, assegurando-lhes de todas as formas o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Ademais, o Estatuto estabelece no artigo 4º que a família, a comunidade, a sociedade e o poder público devem assegurar a efetivação dos direitos dos menores, tratando-lhes como prioridade absoluta, sem discriminação:

Art. 4º - É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Impende-se também reconhecer que o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente e estipula princípios norteadores para o especial tratamento que devem receber da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público. Destacam-se os princípios da proteção integral e da absoluta prioridade, sendo que

nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais. (art. 5º)

Em consonância com o princípio da proteção integral, está o princípio do melhor interesse do menor, do qual, na lição de Barros (2010), se depreende que em caso de problemas que envolvam o interesse de crianças e adolescentes, a lei deverá ser aplicada de forma a garantir de forma precípua seus interesses, ou seja, a resolução deve se dar na forma que lhes for mais benéfica.

Importante também demonstrar que o Estatuto levou em conta a condição peculiar dos pequenos seres humanos como pessoas em desenvolvimento, preconizando, assim, a proteção prioritária dos direitos dessas crianças, a fim de que se desenvolvam de forma sadia, harmoniosa e em condições de dignidade (art. 7º). Ainda, cumpre salientar que na interpretação do Estatuto

levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. (art. 6º)

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.

Destarte, denota-se que a teoria da proteção integral, provinda da Constituição Federal e a teoria do melhor interesse do menor, são basilares à proteção dos direitos das crianças, preconizando-as como sujeitos de direitos fundamentais e em condições especiais que acarretam na necessidade de prioridade. Dessa forma, a família, a sociedade e o Estado, sem realizarem qualquer forma de discriminação, possuem a obrigação de proteger a criança e efetivar os seus direitos.

Ademais, consoante anteriormente exposto, o ECA, em seus artigos 8º e 9º, assegura à gestante o atendimento médico pré e perinatal, bem como o acompanhamento no período pós-natal, garantindo, ainda, o direito à amamentação, inclusive no caso de mães privadas da liberdade, o que revela também a preocupação do Estatuto com o nascituro e com o recém-nascido.

Além disso, o artigo 19 prevê o direito da criança à convivência familiar e comunitária, em consonância com o artigo 226 da Constituição Federal, que assegura a proteção à família, o livre planejamento familiar, bem como a paternidade responsável:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

[...]

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Art. 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.

Ademais, o ECA, nos artigos 15 ao 17, apregoa a proteção à liberdade da criança, o que consiste, dentre outros aspectos, na participação da vida familiar e comunitária, sem discriminação. Outrossim, preconiza o respeito à dignidade desses infantes, entendendo-os como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais, garantidos pela CF e pelas leis.

Além disso, garante que todas as crianças possuem o direito ao respeito, o que abarca, além de outros direitos, a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral.

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;

II - opinião e expressão;

III - crença e culto religioso;

- IV - brincar, praticar esportes e divertir-se;
- V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;
- VI - participar da vida política, na forma da lei;
- VII - buscar refúgio, auxílio e orientação.

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Destarte, pelo todo exposto, é imperioso reconhecer que os princípios do melhor interesse da criança, da proteção integral e da prioridade absoluta, permeiam todo o ordenamento jurídico, devendo ser levados em conta sempre que situações envolvam os direitos das crianças.

Em sendo assim, visualizar o bebê recém-nascido, filho da apenada, como um sujeito de direitos, assim como todas as crianças o são, igualmente parece óbvio, porém, ao serem separados de suas genitoras logo ao nascerem, fato que os impossibilita de serem amamentados e de usufruírem do afeto materno, demonstra o desrespeito ao melhor interesse do menor.

Dessa forma, deve ser priorizada a manutenção do vínculo familiar e os direitos da criança, evitando, dessa forma, o binarismo da escolha que leva a criança a viver na prisão ou longe da mãe, já que nas duas alternativas é evidente a violação dos direitos do infante.

Logo, em prevalecendo a Constituição sobre todo o ordenamento, é clarividente que ela também prevalece inclusive intramuros no cárcere. Em decorrência disso, a proteção à maternidade e à infância, preconizados nos direitos fundamentais sociais constitucionais, igualmente devem se fazer presentes na execução penal.

2.7.3 Da Importância dos Primeiros Contatos entre Mãe e Filho

A manutenção do bebê junto à sua genitora traz implicações fisiológicas e psicológicas tanto ao pequeno infante, como à recente mãe. Tais consequências ocorrem principalmente no campo da saúde mental de tais indivíduos e um simples

estudo nessa área da psicologia, ainda que não aprofundado, é capaz de demonstrar o quão importantes são esses estágios iniciais de convivência para mãe e filho. Para tanto, utiliza-se basicamente dos conhecimentos de WINNICOTT (2002), em que pese outros autores tenham igualmente tratado desse tema, como Bowlby, Bion e Melanie Klein.

Donald Winnicott foi pediatra, psicanalista e psiquiatra infantil, tornando-se referência sobretudo na teoria psicanalítica, principalmente no que tange aos estudos da criança e da importância do contato desta com a genitora, bem como tratou acerca das necessidades mínimas de todo bebê e da amamentação como forma de comunicação.

Ele afirma que é fundamental o papel exercido pela genitora no desenvolvimento emocional inicial do bebê, uma vez que é a mãe que possui o conhecimento intuitivo ao prestar cuidados ao seu pequeno filho, o qual é “[...] um ser humano, imaturo e extremamente dependente, e também um indivíduo que está tendo e armazenando experiências.” (WINNICOTT, 2002, p. 55).

Esse conhecimento que a mãe possui ao lidar com o seu bebê é natural e auxilia, de forma principal, na formação da base da saúde mental do indivíduo. Winnicott (2002, p. 30) chama isso de “preocupação materna primária”, período que acomete à mulher grávida durante os últimos meses da gestação e podem permanecer após alguns meses do nascimento do infante.

Neste estado, as mães se tornam capazes de colocar-se no lugar do bebê, por assim dizer. Isto significa que elas desenvolvem uma capacidade surpreendente de identificação com o bebê, o que lhes possibilita ir ao encontro das necessidades básicas do recém-nascido, de uma forma que nenhuma máquina pode imitar, e que não pode ser ensinada. (WINNICOTT, 2002, p. 30)

Ainda no tangente à identificação entre mãe e bebê, principalmente nas primeiras fases de contato, é lecionado que:

Dizemos que o apoio do ego materno facilita a organização do ego do bebê. Com o tempo, o bebê torna-se capaz de afirmar sua própria individualidade, e até mesmo de experimentar um sentimento de identidade pessoal. Tudo

parece muito simples quando vai bem, e a base de tudo isso encontra-se nos primórdios do relacionamento, quando a mãe e o bebê estão em harmonia. Não há nada de místico nisso. A mãe tem um tipo de identificação extremamente sofisticada com o bebê, na qual ela se sente muito identificada com ele, embora, naturalmente, permaneça adulta. O bebê, por outro lado, identifica-se com a mãe nos momentos calmos de contato, que é menos uma realização do bebê que um resultado do relacionamento que a mãe possibilita. (WINNICOTT, 2002, p. 09)

Nessa senda, Winnicott (2002, p. 32) explica que o desenvolvimento emocional primitivo do bebê abrange três pontos essenciais, quais sejam, a “integração do eu, a psique que habita o corpo e a relação objetal”, necessidades essas que são implementadas pelas três funções da genitora de, “segurar, manipular e apresentar o objeto”.

Acerca de tais principais funções maternas, importante salientar que, para Winnicott, *segurar* não se restringe apenas ao restrito sentido do termo, como *tornar seguro, firmar, amparar, impedir que caia*, etc... Mas abrange também todos os cuidados dispensados pela genitora, a qual exerce seu papel de mãe de forma natural, sendo capaz de pôr-se no lugar de seu pequeno infante e entender suas necessidades.

As funções de segurar a manipular são de suma importância para o desenvolvimento saudável da criança e consolida as bases da personalidade e de seu psiquismo. Tal tarefa só pode obter êxito se ocorrer em um contexto de confiança, o que, claramente, a mãe pode propiciar de forma especial e peculiar.

Nesse sentido:

Segurar a manipular bem uma criança facilita os processos de maturação, e segurá-la mal significa uma incessante interrupção destes processos, devido às reações do bebê às quebras de adaptação. [...] A maioria dos bebês têm a sorte de serem bem segurados na maior parte do tempo. A partir daí, eles adquirem confiança em um mundo amigável, mas, o que é ainda mais importante, por terem sido segurados suficientemente bem, tornam-se capazes de atravessar bem todas as fases de seu desenvolvimento emocional muito rápido. A base da personalidade estará sendo bem assentada se o bebê for segurado de uma forma satisfatória. (Winnicott, 2002, p. 54)

Outrossim, no tangente à função de *apresentar o objeto*, correspondente ao item de *relação objetal*, Winnicott (2002, p. 55) afirma que tal relação tem início com a amamentação, vez que a alimentação é atividade principal na vida de um pequenino. De efeito

[...] quando a mãe e o bebê chegam a um acordo na situação de alimentação, estão lançadas as bases de um relacionamento humano. É a partir daí que se estabelece o padrão da capacidade da criança de relacionar-se com os objetos e com o mundo. (WINNICOTT, 2002, p. 55)

Além dessa função fundamental de formação da base emocional do indivíduo, a amamentação tem papel essencial como promotora do vínculo afetivo entre a criança e sua mãe, momento em que o bebê experimenta a identificação com sua genitora, envolvendo em tal ato a sua personalidade. Com efeito, a proximidade corporal e a sensação pele a pele desencadeadas no ato da amamentação são vias de comunicação entre mãe e filho, oportunizando experiências únicas e importantes para o desenvolvimento físico e psicológico da criança.

Ainda, no momento do aleitamento, a genitora, a qual passou pelas peculiaridades da gravidez, experimenta a realização de poder usar parte de seu corpo para alimentar o seu pequeno bebê e isso se trata de uma sensação humana que não pode ser ceifada da mulher que é mãe.

Nesse sentido, Winnicott ensina que

Creio ser quase desnecessário fazer referência a este grande tema para tentar descrever a sensação de realização que a mãe pode sentir quando a fisiologia e a anatomia, que talvez tenham sido para ela um grande incômodo, de repente fazem sentido e lhe permitem lidar com o medo de que o bebê vai comê-la ao descobrir que ela de fato tem algo chamado leite, com o que pode acalmá-lo temporariamente. [...] a satisfação da mulher capaz de usar uma parte de seu próprio corpo desta forma é algo totalmente diferente. A satisfação está ligada às suas próprias experiências como bebê, e experiência toda remonta ao início dos tempos, quando os seres humanos mal haviam superado a postura dos animais mamíferos. (WINNICOTT, 2002, p. 25)

Ademais, quando da amamentação, o bebê, por muitas vezes, morde, arranha, chuta ou puxa os cabelos da mãe, a qual sobrevive a essas agressões. O

pequeno, com o tempo, passa a entender essa situação como definidora de um novo significado de amor: a genitora não apenas sobreviveu às suas tentativas de destruição, mas também, não se tornou uma pessoa vingativa e nem partiu para retaliações, passando a criança a sentir-se parte do mundo, porém, não mais um mundo protegido, criado pela mãe anteriormente. Isso, traz ao bebê grandes consequências para seu desenvolvimento futuro. Tal situação ocorre principalmente quando a criança está em torno de seus dois anos de idade, mas também perpassa a mente do infante mesmo quando é recém-nascido.

Logo, a amamentação deve ocorrer de forma livre, permitindo à mãe e ao bebê criarem sua rotina de aleitamento, porquanto a genitora, naturalmente, mediante contato com seu filho, acaba por saber lidar com tal situação. Entretanto:

[...] seus instintos naturais não conseguirão se desenvolver se ela estiver amedrontada ou não vir seu bebê quando ele nascer, ou ainda se o bebê só lhe for trazido em momentos preestabelecidos pelas autoridades como sendo ideais para a alimentação. Desta forma, as coisas simplesmente não funcionam. O leite da mãe não flui como uma excreção; é uma resposta a um estímulo, e este estímulo é a visão, o cheiro e o tato de seu bebê, e o choro do bebê, que expressa necessidade. É tudo uma coisa só: o cuidado que a mãe toma com o bebê, e a alimentação periódica que se desenvolve como se fosse um meio de comunicação entre ambos – uma canção sem palavras. (WINNICOTT, 2002, p. 69)

Além das implicações no desenvolvimento mental e emocional do bebê, o aleitamento materno acarreta em importantes benefícios aos aspectos fisiológicos da criança. Nesse sentido, amamentar não significa somente nutrir um bebê, mas também protegê-lo de doenças e da morte, além de contribuir de forma primordial para a consolidação dos laços afetivos entre mãe e filho.

Outrossim, de acordo com LANA (2001), o bebê que é amamentado é mais saudável, uma vez que o leite materno, além de constituir nutrição completa ao pequeno, armazena as defesas contra qualquer tipo de infecção que a mãe tenha adquirido durante toda a vida, possuindo imunoprotetores a doenças que a criança pode desenvolver na fase infantil e também na vida adulta. Ademais, o aleitamento

cria possibilidades de um maior processo intelectual, criando condições favoráveis ao aprendizado.

Segundo REGO (2001), a mãe, em torno do sétimo mês de gestação, por estímulos hormonais, começa a produzir um líquido especial, que flui das mamas, denominado colostro, um leite com alta concentração de anticorpos e nutrientes, protegendo o bebê contra doenças logo do seu nascimento.

Ainda no tangente ao período de amamentação, importa referir que a Organização Mundial da Saúde (OMS), bem como o Ministério da Saúde do Brasil recomendam o aleitamento materno exclusivo até o sexto mês de vida, bem como a introdução de alimentos complementares nutricionalmente adequados a partir daí, com a manutenção da amamentação até os dois anos de vida.

Todos esses contatos são substanciais na formação do indivíduo e devem ocorrer no contexto de um ambiente que facilite os estágios iniciais de amadurecimento do bebê. Tal ambiente é propiciado pela mãe e deve ser saudável, com características humanas e pessoais, que possibilite as interações naturais do bebê com o meio em que vive, inclusive para que possa absorver o legado cultural.

Nessa esteira, em sendo o bebê extremamente dependente de outro ser humano, para se desenvolver, deve o ambiente que o circunda corresponder a essa dependência, o que se dá principalmente mediante o contato com a genitora. Em não sendo isso propiciado a essa pequena criança, ocorre o que Winnicott (2002, p. 77) chama de “falha ambiental”, causando na vida da criança um prejuízo concreto, quase impassível de reparação.

Na melhor das hipóteses, o bebê que está se tornando uma criança ou um adulto leva consigo a memória latente de um desastre ocorrido com o seu eu, e muito tempo e energia são gastos em organizar a vida de tal forma que esta dor não volte a ser experimentada. Na pior das hipóteses, o desenvolvimento da criança como pessoa é distorcido para sempre, e em consequência a personalidade é deturpada, ou o caráter é deformado. Há sintomas que provavelmente são experimentados como algo desagradável, e a criança pode sofrer com as pessoas que pensam que punição, ou treinamento corretivo são capazes de curar o que é, na verdade, um fato solidamente assentado, consequência de uma falha do meio ambiente. Pode ser, também, que a criança enquanto pessoa esteja tão perturbada

que é feito um diagnóstico de doença mental seguido pelo tratamento de uma anormalidade que deveria ter sido evitada. (WINNICOTT, 2002, p. 77)

Infere-se, assim, que é essencial ao desenvolvimento do indivíduo ficar junto à sua genitora, principalmente, nos estágios iniciais de sua vida, momento em que o vínculo afetivo é consolidado. A mãe, de forma natural e intuitiva oferece cuidados ao filho que são formadores da personalidade e individualidade do pequenino, sendo a base de sua saúde mental e desenvolvimento emocional, oportunizando à criança a sua autopercepção, além de um relacionamento criativo com o mundo ao seu redor. Ademais, corrobora também para o desenvolvimento fisiológico da criança, através do aleitamento, fonte de nutrientes e anticorpos.

Dessa forma, o presente trabalho defende igualmente que, ainda que a genitora não consiga amamentar o seu filho, a presença dela junto ao infante, de forma clara, ainda é essencial, pelos motivos já expostos.

A ausência da mãe, a imposição de barreiras que dificultam o contato harmonioso entre mãe e filho, impedindo o bom exercício da função de segurar e manipular, bem como o aleitamento, por exemplo, pode acarretar em inúmeras consequências no psiquismo da criança e à sua saúde fisiológica, consoante anteriormente explicado.

Acerca dessa interferência no exercício da maternidade:

Quando uma mãe é capaz de ser mãe com toda a naturalidade, jamais devemos interferir. Ela será capaz de ser mãe com toda naturalidade, jamais devemos interferir. Ela será incapaz de lutar por seus direitos, pois não terá uma compreensão dos fatos. Tudo o que saberá é que foi ferida. A única diferença é que o ferimento não é um osso quebrado ou um corte em seu braço, mas sim a personalidade mutilada do bebê. É muito comum que uma mãe passe anos de sua vida tentando curar este ferimento, que na verdade foi causado por nós quando, desnecessariamente, interferimos em algo que, de tão simples, não parecia ser importante. (WINNICOTT, 2002, p. 11)

Nesse sentido, a vivência da maternidade na prisão é rodeada por perdas, sofrimento e inseguranças para o futuro. A quebra do vínculo com o filho ou a

possibilidade de tal rompimento acarreta consequências eternas na vida das mães e seus pequenos.

Por tais razões, o encarceramento da gestante, que está em peculiar fase de preparação para receber a criança, além da separação da mãe apenas de seu filho recém nascido, impedem o desenvolvimento de sensações tão humanas, porque passam genitora e bebê nesse período, que é fundamental para a consolidação do vínculo afetivo, da realização do papel de mãe e do bom desenvolvimento fisiológico e psicológico da criança, obstando a efetivação de direitos fundamentais tanto maternos, quanto infantis.

Ainda nesse sentido, manter crianças encarceradas em alojamentos prisionais materno-infantis, igualmente impede o vivenciamento desse período tão único e tão peculiar para a recente mãe e para o bebê, vez que tal espaço, de forma clarividente, não proporciona o relacionamento da criança com o mundo, além de trazer barreiras ao pleno exercício do papel materno.

Por óbvio, é impossível o desenvolvimento fisiológico e psicológico de forma saudável de um indivíduo aprisionado, bem como é inviável a plena realização do sentido de *ser mãe* dentro de uma prisão, ainda mais em fase tão delicada que é para a mulher o período pós-natal, o qual é marcado por muita sensibilidade.

3 DA POSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR PARA A APENADA GESTANTE E/OU LACTANTE – UM ESTUDO DE CASO NA COMARCA DE RIO GRANDE/RS

Durante estágio realizado pela autora, no ano de 2013, junto à Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, Comarca de Rio Grande, na Vara de Execuções Criminais, eram realizados atendimentos semanais aos apenados dentro da Penitenciária Estadual de Rio Grande - PERG, bem como aos seus familiares, na sede local da Defensoria Pública.

Dentre esses contatos, a autora conheceu Teresa¹², mulher gestante que cumpria pena no regime semiaberto e que gostaria de usufruir da prisão domiciliar, posto a sua condição. Ao proceder à pesquisa para realizar a petição junto ao juízo da VEC, a autora deparou-se com a falta de previsão legal de possibilidade de concessão da prisão domiciliar para a apenada gestante que cumpre pena em regime fechado ou semiaberto.

Entretanto, com base em alguns argumentos, que foram neste trabalho igualmente lançados, a autora peticionou junto à VEC, em favor de Teresa, e o juízo deferiu o pedido de prisão domiciliar, partindo desse caso concreto a inspiração ao presente trabalho.

A pesquisa de campo foi procedida através de entrevistas clínicas despadronizadas realizadas com a juíza da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Rio Grande/RS, uma vez que o juízo da execução da é um dos órgãos da execução penal (Art. 61 da LEP). Ainda, foram procedidas à entrevistas com duas apenadas que usufruem da prisão domiciliar pelo mesmo motivo defendido no presente estudo. Tal pesquisa de campo busca revelar acerca da importância do instituto da prisão domiciliar de apenadas gestantes e lactantes e da possibilidade dessa prática ocorrer, mesmo para presas que cumprem pena em regimes fechado e semiaberto. Salienta-se que tais entrevistas, bem como os termos de

¹² Nome fictício.

consentimento das entrevistadas, encontram-se, na íntegra, na posse da pesquisadora.

Para realização de tal pesquisa, primeiramente, buscou-se junto à Defensora Pública da VEC, Dra. Dani Accorsi Teles os números dos PECs de apenadas que estivessem em prisão domiciliar pelo motivo de gestação ou lactação, o que foi prontamente atendido. Em posse dos n^{os} dos PECs, foi realizada consulta das Cartas Guias das apenadas no Portal PEC – sistema do TJRS, fato que possibilitou o encontro dos endereços das presas.

Assim, as duas mulheres apenadas foram procuradas para realização do convite à participação voluntária na pesquisa, sendo que elas aceitaram e foram muito solícitas, o que igualmente ocorreu com a juíza da Vara de Execuções Criminais. As apenadas e a juíza, que aceitaram participar da pesquisa, foram entrevistadas individualmente. Antes de iniciar o procedimento foi explicado o objetivo da pesquisa e a garantia do anonimato. Foi apresentada a carta de informação às entrevistadas, sujeitos de pesquisa, e o termo de consentimento livre e esclarecido. Após leitura e explicação fornecidos pela pesquisadora, as entrevistadas aceitaram e assinaram, dando início à entrevista.

Destarte, adiante, apresenta-se o resultado das entrevistas realizadas.

3.1 Da atuação jurisdicional – Visão da Juíza da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Rio Grande/RS

Na entrevista com a juíza da VEC buscou-se saber acerca de seu posicionamento da possibilidade de prisão domiciliar da genitora apenada, gestante ou lactante, na sua Comarca de atuação.

A magistrada exerce o cargo há, aproximadamente, oito anos, atuando na Vara de Execuções Criminais desta Comarca desde o mês de abril deste ano.

A juíza conhece a realidade prisional da PERG e se mostra empenhada, conjuntamente com a Administração penitenciária, em melhorar cada vez mais o quadro existente, demonstrando o caráter misto da execução da pena – jurisdicional-

administrativo -, entendendo também ser o juízo da execução um garantidor dos direitos fundamentais do apenado.

[...] Tenho uma boa visão da PERG e desde que cheguei, há três meses, no início, até mês passado, nós fazíamos audiências semanais dentro da PERG, pro Procedimento Administrativo Disciplinar, e uma vez por mês é feito o mutirão carcerário, uma vez por mês eu atendo todo o pavilhão, pavilhão 1, pavilhão 2 e agora no final de julho vai ser atendido o pavilhão 3, junto com o feminino, e em agosto o pavilhão 4. Além disso, além desses atendimentos e das visitas, eu eventualmente vou em alguma inauguração de algum projeto, com o administrador de lá. Nós fizemos a inauguração do EJA, que é o estudo de 2º grau, final do 1º grau e de 2º grau dos apenados, agora teve a sala de revistas com os scanners com detectores de metais, scanners nos objetos que são entregues com as visitas [...] a gente faz o que dá, dentro das limitações orçamentárias que nós temos. A gente tem uma preocupação minha, e também de toda minha equipe, vejo isso também na Administração da PERG, com a dignidade mínima deles. Agora nessa época de inverno, de umidade, de frio... todos são vacinados contra a gripe. A gente tá erradicando a tuberculose, a gente tem só uns 4 ou 5 casos, dos 40 que tinham inicialmente. Tá erradicando. Tem o controle do HIV, a gente faz o exame no ingresso deles e depois faz o acompanhamento com a medicação, eles são separados, quem tem HIV pro tratamento e fazem. Faz o controle de entrega dos cobertores e colchões, como a gente tem um presídio superlotado, não tem cama pra todos, mas pelo menos a gente consegue entregar colchões e cobertores. Faz a entrega de material, higiene e saúde pra aqueles que não tem visita, que não tem família, a gente faz campanha de agasalho, deixa roupa lá com a assistente social, quando faz atendimento e verifica que eles tã com frio, entrega roupa... Cobra da Administração e essa entrega é feita por eles. [...] Dentro da execução criminal somos muito mais administradores, junto com o executivo, do que propriamente um juiz de carreira para aplicar o que tá escrito na Lei de Execuções Penais. E se não tiver essa colaboração e presencial, me parece que fundamental para surtir algum resultado prático, buscar uma forma, além da punição desses apenados, buscar uma ressocialização dessas pessoas, é essa presença física do juiz, dentro do presídio, conversando com eles, tentando também conversar com algum familiar deles, tentando de alguma forma orientá-los, ouvi-los e mostrar a eles que são sim, merecedores de atenção, de garantias mínimas, de dignidade humana, de busca de saúde mínima, de um vestuário, com entrega do material de higiene, com o cobertor, com o colchão... E esse contato tem que ser presencial. Se não for feito diretamente lá dentro, esse contato com os agentes penitenciários, com o administrador da penitenciária, conversando com eles, mostrando que estamos lá juntos com eles, pra colaborar, pra somar esforços e melhorar o resultado lá na frente e de certa forma também para fiscalizar esse trabalho que é feito por eles... [...] em algum momento, eles vão sair de lá. Se eles saírem um pouco melhores, é bom pra todos. E pra que isso aconteça depende muito de cada um de nós. E me parece que a Vara de Execução tem um papel fundamental nisso e tem que se engajar, tem que e comprometer com essa ideia, com essa iniciativa, tem que se fazer presente lá. E me parece que,

sim, tem que acontecer e de minha parte a gente faz isso, semanalmente. (Grifo nosso).

Outrossim, a magistrada confirma inexistir possibilidade de abrigar um bebê recém-nascido dentro da PERG, salientando que está sendo construído na comarca de Rio Grande um presídio especificamente feminino. Assim, visando manter o vínculo familiar entre mãe e filho, bem como o aleitamento materno, ela entende por ser possível a construção prática de concessão da prisão domiciliar para gestantes em final da gestação até o fim da amamentação ou quando a criança completar 1 (um) ano de idade, mesmo para apenas aquelas que cumprem pena em regime fechado ou semiaberto.

Ademais, salienta a função de pena que é o benefício da prisão domiciliar, sendo também fiscalizada e existindo a clara proibição das apenas de saírem de suas casas, sob qualquer hipótese:

A Penitenciária Estadual de Rio Grande, hoje, ela é um presídio masculino. São 4 pavilhões, cada pavilhão com duas galerias, todos masculinos. Como nós temos um contingente de presas mulheres e hoje há no Estado, específica feminina, em [...] Guaíba e Porto Alegre e também em Camaquã uma ala e também em Canguçu uma ala, mas presídios femininos com capacidade pra abrigar criança, gestante e bebês... só Guaíba e Porto Alegre. [...] Aqui no Estado são duas, Madre Peletier em Porto Alegre e a Penitenciária Estadual Feminina de Guaíba. Essas penitenciárias ficam muito longe de Rio Grande, afastar a mulher apenas de toda sua família, e a gente tem total consciência e eu tenho muita convicção de que se quiser ressocializar alguém, não pode tirar de perto da família. A única chance que a gente tem de recuperar uma pessoa é contar com a proximidade da família para que receba aqui fora. Se deixar eles sozinhos e isolados, não tem como... Então seria uma desumanidade muito grande afastar de casa. Hoje tá em construção em Rio Grande o Presídio Feminino de Rio Grande, as obras já iniciaram, tá em terraplanagem, a previsão a SUSEPE, hoje, é em torno de 1 ou 2 anos pra inaugurar. A gente sabe que tá uma crise muito grande no Estado e nem sabe se isso vai acontecer de fato. Mas por enquanto, o que nós temos são duas galerias improvisadas pra abrigar mulheres, cada galeria tem 5 celas, então nós temos 10 celas femininas, improvisadas, dentro do Pavilhão 3, dentro da PERG, que abriga, elas não são superlotadas, abriga de 2 a 3 mulheres por cada cela, mas elas não tem condições de abrigarem um bebê. [...] É uma construção prática que se faz, pela lei, só pode dar prisão domiciliar pra gestante ou lactante no regime aberto. [...] a gente como não tem como abrigar uma criança na PERG, hoje, e também não quer tirá-las daqui pra Guaíba ou Porto Alegre, acaba permitindo que fique em casa durante o período de amamentação. Final da gestação e amamentação, até os 12 meses, geralmente, de vida da criança

a mãe fica em casa. Quando ela para de amamentar o filho ou a criança fechou 1 ano de idade, ela retorna pro presídio, pro regime onde cumpria pena. [...] Eu ainda não deferi nenhuma prisão domiciliar pra gestante. Eu sei que nós temos apenas em casa amamentando, temos acho que pelo menos duas apenas que eu lembre, a gente tá com, hoje, não chega a 50 mulheres na PERG... 40 e poucas, é um número até razoável, não é muito alto. Dessas eu sei que pelo menos duas gestantes, em início de gravidez que estão cumprindo pena ainda na PERG, mas quando chegar num momento mais avançado da gravidez vai ser deferida a prisão domiciliar e a gente tenta fazer um acompanhamento, pelo menos um monitoramento. A prisão domiciliar é pena, elas são proibidas de sair de casa para qualquer hipótese, até pra consultar tem que ter autorização da VEC. São cientes que se descumprirem, retornam para a penitenciária. E a gente tenta fazer uma fiscalização pelo menos uma vez por mês até à casa. A Brigada Militar fica avisada para fiscalizá-las dentro de casa. Pra que fiquem longe de qualquer situação irregular e do crime [...] (*Grifo nosso*).

Ainda a esse respeito, evidencia-se ainda mais a importância da concessão de prisão domiciliar para a gestante e lactante, porquanto, ao menos na presente comarca, não é permitida a entrada de crianças menores de 01 (um) ano na penitenciária, nem mesmo para a amamentação e, no tangente às crianças que contam com 01 e 03 anos de idade, os casos de possibilidade de entrada na PERG são analisados concretamente. Isso porque a magistrada entende não ser saudável para uma criança estar dentro de um estabelecimento prisional:

[...] a gente evita ao máximo que criança pequena visite a penitenciária. A gente entende que não é lugar pra criança, talvez algum jovem... Mas também entende que não pode afastar dos pais, então... É, são dois bens de total relevância, o vínculo familiar que deve ser preservado e se tem interesse em preservá-lo e a proteção dessa criança, por que nem sempre se dá a total proteção pra eles lá dentro. Então crianças muito pequenas a gente tem evitado permitir assim. Crianças de 1 ano a gente tem... Tá fazendo muito caso a caso... Menos de 1 ano, em nenhuma hipótese entra no presídio. De 1 a 3 anos, é caso a caso. Acima de 3 anos, é permitido desde que se tenha um responsável e o responsável tem que ter a guarda dessa criança. Pra levar. Se mãe não concorda que vá visitar o pai no presídio, como exemplo, a mãe tem a guarda e não quer que visite, a gente não tá autorizando o irmão do pai, ou a avó paterna ir contra a vontade da mãe, que é guardiã, que conhece, que sabe que a realidade lá é difícil... Esse pai às vezes fica um tempo privado do convívio com o filho pra preservar essa criança do ambiente prisional e assim que esse pai tiver uma progressão de regime para um semiaberto, uma saída temporária, vai poder visitar o filho fora da penitenciária. Porque infelizmente a gente não tem total controle do que tá acontecendo lá dentro. Eles ficam com acesso às galerias, às vezes acontece algum risco de situação de uma briga, um desentendimento... [...] A gente não permite que bebês ainda em fase de

amamentação frequentem à PERG, pra protegê-los, mas autoriza que a mãe faça esse contato com o filho, amamentando em casa, longe da PERG. (Grifo nosso).

Em sendo assim, se tem que é possível a concessão da prisão domiciliar para a apenada gestante e/ou lactante pelo juízo da execução criminal, sendo uma prática jurídica garantidora dos direitos fundamentais da mãe apenada e da criança.

3.2 Da realidade prisional – Visão de genitoras apenadas em situação de prisão domiciliar concedida em razão da gestação e/ou lactância

A primeira apenada a ser entrevistada foi Bárbara¹³, a qual recebeu a pesquisadora em sua casa, onde cumpre prisão domiciliar em razão da gestação e por ser mãe recente, aceitando participar da pesquisa.

Bárbara foi condenada em uma pena total de 22 anos e 3 meses, pelo delito de latrocínio, sendo que em janeiro de 2016 possuirá direito à concessão de livramento condicional. A apenada reside sozinha com sua bebê, uma vez que seu companheiro, pai da menina, o qual também cumpria pena junto à PERG, faleceu antes da pequena nascer. Ele estava em regime semiaberto e trabalhava durante o dia, retornando à penitenciária para dormir, quando, em um desses dias de trabalho, sofreu um tiro – fato que a apenada emociona-se ao relatar.

Estando sozinha e possuindo a bebê para criar, a apenada realiza, dentro de sua residência, serviços de costura e trabalhos de artesanato, como forma de sustento.

Quando do deferimento da prisão domiciliar, Bárbara já cumpria pena no regime semiaberto, exercia atividades laborais externas à penitenciária e contava com, aproximadamente, 6 meses de gestação. Hoje, sua filha, a pequena Luana¹⁴, conta com 1 ano e 3 meses de idade, sendo ainda amamentada pela genitora e aparenta ser uma criança saudável.

Destacamos, a seguir, um trecho de sua entrevista:

¹³ Nome fictício.

¹⁴ Nome fictício.

E tu teve o bebê... tivesse a prisão domiciliar um pouquinho antes de ter o bebê?

Um pouquinho antes. Acho que uns três meses antes. Porque eu tive outros problemas também, né. A gravidez foi tranquila, mas eu perdi o pai dela...

Ele faleceu? Foi antes do nascimento?

Três meses antes de ela nascer... aí o pai dela morreu. Aí em função de não ficar muito lá dentro, lá... Poderia né... Gerar algum problema. Aí me largaram antes.

Ele tava preso também?

Tava no regime semiaberto.

Ele saía pra trabalhar? Foi quando aconteceu?

Foi quando aconteceu. Aí ele morreu com um tiro.

Tá... Ficou quanto tempo na PERG? E como é que foi a gravidez pra ti lá dentro, assim, foi complicada... como foi?

É que eu fui pro regime semiaberto, né. Minha gravidez, no caso, eu passei na rua. Eu só ia pra dormir. Trabalhava no PAC da Ambiental e eu só retornava pra dormir.

Trabalhava no PAC e voltava só pra dormir... Passava o dia inteiro...?

Isso. Passava o dia inteiro.

Aí tu trabalhou até o sexto mês mais ou menos?

Ah é... Até eu ganhar a domiciliar eu trabalhei.

[...]

E ela (a filha) foi amamentada por quanto tempo?

A Luana? Ela mama até hoje. Ela tá com 1 ano e 3 meses e não larga o "tetê" dela.

Bárbara demonstra que não teve muita dificuldade durante a gestação, mesmo estando presa. E isso, aparentemente, parece estar atrelado ao fato de ela possuir boa relação com as agentes penitenciárias, fato possibilitado pela sua disciplina. Além disso, o Conselho da Comunidade – um dos órgãos da execução da pena¹⁵ – demonstra estar bastante presente dentro da PERG, oferecendo assistência ao preso.

Entretanto, revela que foi fundamental a concessão da prisão domiciliar para ela e para a bebê, porquanto, além da importância do contato entre mãe e filho e do processo de aleitamento, a genitora é a única pessoa que poderia proceder aos cuidados da pequena Luana. Isso porque Bárbara é natural da cidade de Pinheiro

¹⁵Acerca do Conselho da Comunidade: v. art. 80 da LEP

Machado/RS e não possui nenhum familiar nesta comarca, sendo ela quem, integralmente, sustenta e cuida da bebê.

E o que foi mais difícil pra ti, estando grávida e estando lá dentro do presídio?

Difícil... bom... eu não tive dificuldade, né. Porque os guardas todos gostavam de mim. Todo mundo me tratava bem, né. Então... Não houve dificuldade.

E quando tavas lá dentro, assim, tu tinhas medo que quando o bebê nascesse tu ficasse longe... O que tinhas mais medo, assim?

Ah, é... A tensão é bárbara, né. Até conseguir a prisão domiciliar eu... eu sempre na expectativa né, de ter que abandonar ela, né.

Sim. De ela nascer e ela não poder ficar contigo...

É.

Qual o nome dela?

É Luana. Que mesmo que eu tivesse no regime semiaberto eu veria ela durante o dia, né. Mas e à noite?

Com quem ela ia ficar?

Com quem ia ficar? Não ficava com ninguém, por que eu não tenho familiar aqui. Não tenho nada aqui. Então...

Tu é da onde?

Sou de Pinheiro Machado.

E daí ela não teria com quem ficar aqui?

Não teria com quem ficar, por que por ela sou só eu mesmo.

Como é que é a estrutura lá dentro da PERG? Assim, eu atendia lá dentro da PERG também, tá... É que eu nunca entrei lá dentro, eu ficava ali pelos corredores, né. Como é que é lá dentro, quais as condições?

Bom... a gente tem ajuda do Conselho da Comunidade, né. Assim... eu não sei... Pra mim não teve dificuldade, por que o tempo que eu fiquei lá dentro eu fiquei sempre trabalhando. Claro que teve alguns erros meus, né. Que eu foragi, antes... Aí regrediu o regime, mas eu sempre trabalhando, sempre trabalhando... É assim: te ajuda que Deus te ajuda, né. Lá dentro é assim. Se tu manter a disciplina, tu tem as tuas regalias, né. Que não são muitas regalias, mas dentro do possível, né... E o Conselho da Comunidade sempre ajudando. A Dona Luiza mesmo, sempre levou sabonete, absorvente. Se a Dona Luiza não levasse, as guardas também alcançavam... E alimentação é o que todo mundo come, né. Porque não vais querer... Não tem luxo, né. Mas tu come, tu tem o teu fogão, tu esquenta a tua comida. Então eu, pra mim... não houve dificuldade né. E aí quando eu engravidei ainda não tive dificuldade nenhuma de comer uma fruta, de comer um legume, por que me alcançavam né.

E era apertado, assim, as camas... Como é que era?

Ah... São beliches né. Aí... bom...

Sim. Dentro do possível era...

Sim, era o que tinha né. Não era muito apertado, muito apertado não. Mas é uma cela, né.

[...]

E tu achas que foi importante esse período de amamentação, em tu tá junto dela?

Sim, por que eu não tenho ninguém por ela, né. Eu faço minhas costuras, eu faço as minhas coisas aqui... E no caso eu mantenho ela na fralda, eu mantenho ela nas frutas dela... Eu que levo ela no postinho...

Sim. Tu cuidas dela totalmente.

É eu que tenho que cuidar dela, né. Eu não tenho ninguém por ela aqui.

O que tu sonhas daqui pra frente? Quais são os planos que tens pra ti e pra tua filha?

Ah, é muitos planos... Ah, ano que vem eu já vou começar a trabalhar. Já vou poder dar mais as coisas pra ela. Ela já tem as coisinhas dela direitinha, né. Tem o bercinho, tem as coisinhas dela. Mas eu quero dar mais. O mais que eu puder dar pra ela [...]

Com efeito, a concessão da prisão domiciliar, em um período tão peculiar da vida de Bárbara, que foi a gestação, lhe possibilitou, ainda que dentro da situação de pobreza em que vive, o que lhe acarreta muitas dificuldades, a constituição de uma família e a consolidação do vínculo afetivo com sua filha recém-nascida.

A outra apenas a ser entrevistada foi Teresa, a mulher que inspirou o presente trabalho. Ela cumpre pena de 8 anos e meio, pelo delito de tráfico de drogas e implementou o requisito temporal para concessão do livramento condicional em fevereiro de 2014. Desde o mês de abril deste ano, quando realizou a petição em seu PEC, ela aguardava a decisão acerca da concessão do livramento condicional, sendo que, quando da conclusão deste texto, já havia uma resposta do Poder Judiciário: a liberdade condicional foi concedida em 22/07/2015.

Quando do deferimento do aprisionamento em domicílio, a apenas estava no sétimo mês gestacional e já cumpria pena junto à PERG no regime semiaberto, trabalhando como empregada doméstica durante o dia e retornando à penitenciária para dormir.

A apenada reside juntamente com seus três filhos e com seu esposo, o qual também cumpriu pena junto à PERG e está em livramento condicional há pouco tempo.

O filho da apenada que ensejou à concessão da prisão domiciliar é Rafael¹⁶, o qual conta com, aproximadamente, 01 ano e meio de idade. Ele foi amamentado até os três meses de idade, pela razão de alguns problemas de saúde que acometeram ao pequeno. Atualmente, Rafael aparenta ser uma criança saudável.

O papai do bebê mora aqui contigo?

Mora comigo. Meu esposo. Estamos juntos há 14 anos.

Ah, legal! Ai de filhos vocês tem só o Rafael?

Não, tem outro. Tá ali, os três, ali ó (neste momento Teresa me mostra um retrato onde estão os seus três filhos). Os dois meninos são dele, a mais velha não é dele. A mais velha foi dum outro relacionamento. O Rafael é o do meio, foi o que eu ganhei a prisão domiciliar. Tinhoso...

No tangente à importância da concessão da prisão domiciliar, Teresa revela que foi fundamental para que procedesse aos cuidados de seu filho, porquanto, assim como Bárbara, ela também não contava com a ajuda de ninguém que tomasse conta do pequeno. Isso porque, quando do nascimento de Rafael, o esposo de Teresa também estava preso. Ela relata que sentiu medo de ser separada de seu filho, informando que, quando estava presa na PERG, presenciou um caso de uma criança, filha de uma apenada, que foi recolhida ao abrigo de menores, uma vez que não possuía familiares que pudessem exercer seus cuidados.

Além disso, a apenada denuncia a inexistente possibilidade da Penitenciária Estadual de Rio Grande em manter abrigada, de forma saudável, uma gestante, porquanto, além das precárias condições físicas, a penitenciária não oferece atendimento médico ginecológico e, muito menos, acompanhamento pré-natal.

E como é que foi a gravidez pra ti, estando lá dentro?

Horrível. Horrível, por que tu não tens acesso a nada, né. Tu não tens acesso a médico, a pré-natal decente. Só tu ganhando a domiciliar mesmo, tu saindo pra rua. Eu tive a sorte que eu já estava no semiaberto, eu não

¹⁶ Nome fictício.

passsei a minha gravidez lá dentro. Inteiramente lá dentro. Quando eu descobri que tava grávida, eu já tava no semiaberto. Eu engravidei lá dentro e quando eu saí pro semiaberto eu descobri que tava grávida. Eu saí pro semiaberto em novembro e em dezembro eu engravidei. Em janeiro eu já fui... em dezembro mesmo eu já fui pro semiaberto. Então eu não passei lá dentro. Mas eu tenho relatos de pessoas que engravidam lá e não tem acesso, e não consegue a domiciliar... (Grifo nosso).

E não tem tratamento lá dentro com médico?

O médico que tem é os... os tarados, que são presos, que é médico... Mas é clínico geral, não é uma pessoa especializada, que possa te tratar. Medicação lá dentro é horrível que tu tá com dor, alguma coisa, é um remédio por preso, é um sacrifício. Tudo lá dentro é inacessível, entendeu? Então é muito difícil. Tipo... se tu não consegue a domiciliar, tu ganha teu bebê e tem que arrumar alguém pra ficar com ele. Eu no meu caso, não ficaria com ninguém. Por que eu não tenho mãe, a minha sogra... não me dou muito bem com minha sogra.

Não é a mesma coisa que tá com a mãe também né?

É! Minha mãe já é falecida faz sete anos, entendeu? Então aí o meu filho ia ficar... Por que meu marido tava preso também junto comigo, né. Ia, pra que? Pro Conselho Tutelar, ia pra um abrigo... até eu sair...

[...]

Aí então tinhas esse medo, assim, de ser separada do teu filho? Além da condição ruim, lá, também tinha isso...

Ah, é, de ter que ficar longe né. Tem casos que acontecem né, de pessoas que não tem ninguém pra correr atrás pra elas aqui fora, ficam lá dentro, aí... eu quando tava lá, teve um caso de uma menina que a criança foi recolhida, né. Por que não tinha com quem deixar. Não tinha pai, não tinha mãe.

Por que lá também não tem estrutura pra manter a criança lá dentro, né?

Não tem como. Lá... Tem prisões até, de Porto Alegre pra cima, Uruguaiana, eu acho né? O Madre Peletier que a criança fica até um certo tempo com a mãe, né. Mas aí eles já não tavam também não querendo deixar mais porque não é um ambiente sadio pra criança, né. É complicado...

[...]

O teu filho foi amamentado? Por quanto tempo?

Foi. Durante três meses. Porque até mesmo ele tava na encubadora, eu tinha que tirar o leite e ele tomava na seringa, lá, entendeu? Difícil acesso... Aí depois ele veio pra casa, amamentou um pouco...

E os problemas de saúde dele... tinha que estar sempre em função, né?

Aham. Sim, aham, até foi por isso mais que ela (juíza da VEC) me deu a domiciliar, né. Ele ficou internado um mês e depois tinha que ir periodicamente ao médico, ele nasceu com problema cardíaco também, né.

Sopro no coração, problema respiratório, uma função... Mas agora tá tudo bem, graças a Deus.

Tu acha que foi importante esse período tu estar junto do teu filho?

Com certeza. Se não, como ele ia ficar?

[...]

Tás com uma vida estruturada, já, né?

Já, já. Tenho meus filhos, minha casinha, tenho minha vida. Só quero um servicinho agora, já tenho dois em vista. Pra manter, pra eu ter meu dinheirinho, né. Nada como a gente ter nosso dinheiro, né. Vou ver se volto a estudar, também. Quero voltar a estudar. Porque esses aqui já tão grande (referindo-se aos filhos).

Que idade que eles tão?

A Sofia¹⁷ tá com 14, o Vinícius¹⁸ tem 9. Então é só o Rafael mesmo, agora quero ver se ele dá mais uma crescidinha e quero ver se volto a estudar, trabalhar...

A apenas Teresa igualmente demonstra a importância da concessão da prisão domiciliar, principalmente quando do nascimento de seu bebê, instituto que lhe possibilitou proceder aos cuidados do filho, de consolidar o vínculo afetivo com ele, amamentá-lo e de exercer o seu papel de mãe.

Hoje, o esposo de Teresa, pai de Rafael, é quem trabalha e sustenta a família, pelo menos enquanto a apenas ainda restava proibida de sair de casa por conta da prisão domiciliar. Assim, ela procede ao integral cuidado de seu pequeno filho, o qual, após um nascimento conturbado no tangente à sua saúde, é uma criança saudável. Dessa forma, tal situação demonstra a fundamental relevância da manutenção da prisão domiciliar da apenas que é mãe recente não só no período de amamentação, mas também nos períodos que sucedem ao aleitamento, fases iniciais da vida do infante.

Porém, importante tratar acerca da discrepância existente entre os depoimentos das entrevistadas apenas no que tange às condições da Penitenciária Estadual de Rio Grande. Bárbara transparece perceber o ambiente carcerário da PERG de forma mais tranquila que Teresa, afirmando não ter tido

¹⁷ Nome fictício.

¹⁸ Nome fictício.

dificuldades dentro da prisão, mesmo quando estava grávida. Por outro lado, Teresa claramente afirma ser “horrrível” o ambiente prisional, carecedor de qualquer estrutura para manter uma pessoa abrigada, muito menos uma gestante ou um bebê.

Dentro desse contexto, a pesquisadora entende ter ocorrido tal resultado pelo fato de existir grande discrepância no tempo de cumprimento das penas das presas. Bárbara passou quase doze anos reclusa, assim, ao que tudo indica e salvo melhor juízo, acabou por ambientar-se ao presídio e a acostumar-se com as condições existentes, fazendo amizades e sujeitando-se à disciplina imposta. Por sua vez, Teresa ficou bem menos tempo reclusa, ou seja, pouco mais de dois anos, não se habituando com a prisão, a qual, segundo até mesmo as palavras da juíza da VEC, é uma penitenciária masculina e que não oferece condições estruturais completas de abrigar uma mulher e, menos ainda, uma gestante ou uma criança recém-nascida.

4 CONCLUSÃO

No presente trabalho desenvolveu-se uma discussão acerca da possibilidade de concessão de prisão domiciliar para a apenada que cumpre pena privativa de liberdade gestante e/ou lactante, independente do regime prisional em que ela se encontre, seja fechado, semiaberto ou aberto, indo de encontro ao que prevê a Lei de Execução Penal (1984), a qual possibilita a concessão do instituto de prisão domiciliar, como forma de substituição da prisão-pena, apenas quando a condenada gestante se encontrar em regime aberto e inexistir, no estabelecimento prisional onde se encontra, estabelecimento de albergue.

Isso porque, conforme verificamos após a pesquisa realizada, os estabelecimentos prisionais brasileiros não possuem as mínimas condições de manter uma apenada gestante, não oferecendo, quase na totalidade, o acompanhamento pré-natal. Ademais, são raros os cárceres voltados ao público feminino, o que, além de não oferecer tratamento diferenciado, decorrente das especificidades inerentes ao gênero, impedem a mulher de exercer a maternidade, porquanto praticamente inexistem berçários nos ambientes prisionais. Entretanto, ainda que existam os espaços materno-infantis, igualmente se entende que encarcerar uma criança não é a melhor saída, em que pese seja preferível à separação entre mãe e filho.

A teoria agnóstica da pena, de Zaffaroni, conforme estudado, demonstra que a sanção penal inevitavelmente acomete dor ao indivíduo condenado, entretanto, deve ser cercada de garantias mínimas que visem à redução dos danos que a pena acarreta. Tal teoria foi preconizada no presente trabalho, entendendo-se o aprisionamento domiciliar como forma de reduzir os danos da pena privativa de liberdade da mulher gestante e/ou lactante.

Outrossim, a constitucionalização da execução penal assegura às pessoas apenadas todos os direitos fundamentais, exceto o de liberdade e os políticos, devendo todos os outros serem preservados. Nesse sentido, entender a apenada como um ser humano é basilar para a humanização da pena, devendo ela ter

proteção de seus direitos mínimos, dentre os quais estão o exercício digno da maternidade.

No outro viés, igualmente se faz substancial entender o bebê recém-nascido, filho da mulher cerceada de liberdade, como um sujeito de direitos, em pé de igualdade com qualquer outra criança, que possui prioridade absoluta e que deve ter o seu melhor interesse sempre levado em consideração, tudo em conformidade com a Constituição Federal (1988) e com o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990).

Pelo exposto, se denota o quão peculiar é a fase gestacional na vida da mulher, bem como os primeiros contatos com o filho, tanto no âmbito físico, quanto psicológico, motivo pelo qual a CF e a legislação protegem a maternidade, prevendo a necessidade de acompanhamento médico durante a gestação e a necessidade de manutenção conjunta de mãe e bebê, principalmente na fase de lactação. Tal importância dos primeiros contatos igualmente se estende ao infante, para o qual são essenciais as fases iniciais de contato com a genitora, a fim de desenvolver de forma saudável seus âmbitos fisiológico e psicológico, além de consolidar o vínculo afetivo com sua mãe.

Nesse sentido, manter encarcerada a mulher gestante, separar o filho recém-nascido de sua mãe ou encarcerar o pequeno infante são situações que descolam-se claramente do princípio constitucional de proteção à maternidade e à infância e da proteção à família, do princípio da humanidade, da individualização, da pessoalidade das penas, além do princípio da vedação da dupla punição. Ora, mesmo na possibilidade de manter o recém-nascido junto da mãe, dentro do cárcere, é clarividente a violação dos direitos da criança, o que vai de encontro ao princípio da pessoalidade das penas, segundo o qual a pena não passará da pessoa do condenado. Outrossim, ceifar a mãe de exercer a maternidade, de forma digna, por conta da pena de prisão, é puni-la duas vezes, violando o princípio da vedação da dupla punição.

Da pesquisa de campo realizada, mediante entrevistas, se infere que é possível tal construção prática pelo juízo da execução penal, o qual é um garantidor dos direitos fundamentais da pessoa apenada. Uma das mães apenadas

entrevistadas, Teresa, a qual cumpria pena privativa de liberdade junto à Penitenciária Estadual de Rio Grande, revelou a substancial relevância que teve na relação com seu filho recém-nascido, denunciando a falta de estrutura da PERG, que é um cárcere masculino, em manter uma gestante, vez que sequer oferece atendimento ginecológico ou acompanhamento pré-natal. Outrossim, a própria Juíza da VEC revela que a PERG, realmente, é um presídio masculino, impossibilitado de oferecer um acompanhamento gestacional.

Assim, é preciso que o cárcere seja evidenciado. Ele faz parte da sociedade e não pode ser esquecido ou tratado como um depósito. É preciso entender os presos como seres humanos, consequência lógica do princípio da humanidade das penas, tendo o Estado o dever de assegurar-lhes todos os direitos não tolhidos pela condenação.

Dessa forma, a concessão da prisão domiciliar pelo juízo da Vara de Execução Criminal, pode ser a saída para o embate entre a norma mencionada e a realidade de mulheres grávidas presas, as quais, em que pese a peculiaridade porque passam física e psicologicamente, acabam por passar a gravidez em ambientes prisionais insalubres e sem os cuidados necessários. Ademais, o instituto da prisão domiciliar igualmente pode ser concedido às apenas lactantes, a fim de que não sejam separadas de seus filhos logo após o nascimento, o que acarreta no não exercício da fase de lactância e dos primeiros contatos entre genitora e bebê recém-nascido, fase inicial fundamental para a mãe e para o filho.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Selma Regina. VARGAS, Angelo Luis de Sousa. **O Estatuto da Criança e do Adolescente em face do Novo Código Civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

AVILA, Karoline. Cadeia Pública Feminina de Rio Grande ficará pronta em outubro de 2015. 2014. **Clic RBS**, Porto Alegre, publicado em: 17 out. 2014. Disponível em: <<http://gaucha.clicrbs.com.br/rs/noticia-aberta/cadeia-publica-feminina-de-rio-grande-ficara-pronta-em-outubro-de-2015-120090.html>>. Acesso em 01 jul. 2015. 11:06.

BANDEIRA, Regina. **Executivo e Judiciário discutem política para mulheres detentas**. Publicado em: 07 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/59891-exec-e-judic-discutem-politica-para-mulheres-detentas>>. Acesso em 01 de julho de 2015.

BARROS, Guilherme Freire de Melo Barros. **Estatuto da Criança e do Adolescente/Lei nº 8.069/1990**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte Geral 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição Federal**, de 05/10/88. Atualizada com as Emendas Constitucionais Promulgadas.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Portal do Planalto**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm> Acesso em: 24 de julho de 2015.

BRASIL. Lei nº 7.210. Lei de Execução Penal, de 11 de julho de 1984. **JusBrasil**, Brasília, DF. Disponível em: <<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/109222/lei-de-execucao-penal-lei-7210-84#>> Acesso em: 15 de abril de 2015.

BRASIL. Lei nº 8069. Estatuto da Criança e do Adolescente, de 13 de julho de 1990.

JusBrasil, DF. Disponível em:

<<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91764/estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-lei-8069-90>> Acesso em: 15 de abril de 2015.

BRASIL. Lei nº 11.942, de 28 de maio de 2009. Dá nova redação aos arts. 14,83 e 89 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal. **JusBrasil**, Brasília, DF. Disponível em:

<<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/231741/lei-11942-09>> Acesso em: 15 de abril de 2015.

BRASIL. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. **JusBrasil**, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/26333234/lei-n-12403-de-04-de-maio-de-2011>> Acesso em: 15 de abril de 2015.

BRASIL. Lei nº 12.962, de 8 de abril de 2014. Altera a Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente. **Portal do Planalto**, Brasília, DF.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12962.htm> Acesso em: 23 de maio de 2015.

BRASIL. **Dar à luz na sombra**: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015. 92 p.: il. – (Série Pensando o Direito, 51). Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/2014lugard-crianca-nao-e-na-prisao-nem-longe-de-sua-mae2014-diz-pesquisa/pesquisa-dar-a-luz-na-sombra-1.pdf>> Acesso em: 15 de maio de 2015.

BRASIL. **Resolução nº 3 do Conselho de Política Criminal e Penitenciária** (CNPCCP) de 15 jul. 2009. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/noticia/13345-Resolucao-do-CNPCCP-disciplina-situacao-de-filhos-de-mulheres-encarceradas>> Acesso em: 25 de julho de 2015.

BUGLIONE, Samantha. O Dividir da Execução Penal: Olhando Mulheres, Olhando Diferenças. In.: CARVALHO, Salo de. (Org.) **Crítica à execução penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 139-158.

CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à execução penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DA ROSA, Alexandre Morais. KHALED JR, Salah H. **In dubio pro hell**: profanando o sistema penal. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LANA, A.P.B. **O livro de estímulo à amamentação**: uma visão biológica, fisiológica e psicológica comportamental da amamentação. São Paulo: Atheneu, 2001.

LOPES JR., Aury. Revisitando o Processo de Execução Penal a partir da instrumentalidade garantista. In: CARVALHO, Salo de. (Org.) **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 371-406.

MARCONI, Marina de Andrade. LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de Pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**: comentários à Lei 7.210, de 11-7-84. 8. ed. São Paulo: Atlas S.A., 1997.

MATTAR, Laura Davis; DINIZ, Carmen Simone Grilo. Hierarquias reprodutivas: maternidade e desigualdades no exercício de direitos humanos pelas mulheres. **Revista Interface**: comunicação, saúde, educação, Botucatu, SP, v. 16, n. 40, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PAVARINI, Massimo. GIAMBERARDINO, André. **Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**: a brutal vida das mulheres – tratadas como homens – dentro da prisão. 1. ed. São Paulo: Record, 2015.

REGO, J.D. Aleitamento Materno. In: Teruya, K.; COUTINHO. S.B.; **Sobrevivência infantil e aleitamento materno**. São Paulo: Atheneu, 2011, p. 5-17.

REGRAS DE BANGKOK. **Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras** (Regras de Bangkok - tradução não oficial). Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/Tradu%C3%A7%C3%A3o-n%C3%A3o-oficial-das-Regras-de-Bangkok-em-11-04-2012.pdf>> Acesso em: 22 de julho de 2015.

SANTOS, Raquel Costa de Souza. **Maternidade no cárcere**: reflexões sobre o sistema penitenciário feminino. Dissertação. 2011. 121 f. (Mestrado em Política Social). Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2011.

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

SCHMIDT, Andrei Zenkner. A crise da legalidade na execução penal. In.: CARVALHO, Salo de. (Org.) **Crítica à Execução Penal**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ZAFFARONI, Raúl. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual do direito penal brasileiro**: volume 1: parte geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

WINNICOTT D.W. **Os bebês e suas mães**. 10. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.