

## **Mães presidiárias e o direito da criança e adolescente**

### **Principal mothers and the rights of children and adolescents**

---

*Ivan Alles Guimarães Araújo  
Ronaldo Figueiredo Brito*

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.4

## RESUMO

No direito brasileiro, em tal grau com o Código de Processo Penal (CPP) quanto a Lei de Execuções Penais (LEP), prescreve sobre a prisão domiciliar, sendo que aquela prevê o recolhimento domiciliar como substituição a prisão preventiva, como medida cautelar, e esse revê que se dá em relação a substituição da casa de albergado, isto é, na inexistência da casa de albergado, substitui a prisão pena quando o transgressor estiver em regime aberto. É nítido que, a Lei de Execuções Penais apenas preveja que só cumprirá a prisão domiciliar aquele que estiver cumprindo a pena em regime aberto. À vista disso, nasce um conflito entre a norma e o fato vivido pelas gestantes que não se encontra no regime aberto e que, devido à gravidade de sua periculosidade, acabam por passar a sua gestação em presídios nocivos à saúde e sem o devido cuidado necessário. Assim sendo, por meio de uma pesquisa bibliográfica, se buscou constatar a viabilidade de converter a pena privativa de liberdade em prisão domiciliar, com a finalidade de defender à maternidade, o vínculo materno e o melhor interesse do menor.

**Palavras-chave:** execução penal. direitos fundamentais. gestantes. lactantes. prisão domiciliar.

## ABSTRACT

Without the right to such degree with the Criminal Procedure Code (CPP) as for the Penal Executions Law (LEP), it prescribes on house arrest, with the one provided for house arrest as a replacement for preventive detention, as a precautionary measure, and This reviews that occurs in relation to the replacement of the sheltered house, that is, in the absence of the sheltered house, substitution of the prison sentence when the transgressor is in an open regime. It is clear that the Penal Executions Law only provides that only those who serve their sentence in an open regime will serve house arrest. In view of this, a conflict arises between the norm and the health experienced by pregnant women who are not in the open regime and who, due to the seriousness of their dangerousness, end up spending their pregnancy in prisons in the necessary care and without due care. Therefore, through a bibliographic research, we sought to verify the feasibility of converting a sentence deprived of liberty into house arrest, with the purpose of defending motherhood, maternal bond and the best interest of the minor.

**Keywords:** Penal execution. fundamental rights. pregnant women. lactating women. house arrest.

## INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem como objetivo geral debater o cenário vivido pelas mulheres detidas no sistema penitenciário, bem como a existência do convívio entre a mãe-bebe em um contexto bastante peculiar. A partir disso buscou-se compreender a existência do convívio entre a mãe-bebe em um contexto bastante peculiar, tendo em vista as redes de proteção social, por uma ótica na família como unicidade de proteção social à presa.

Além disso, visou-se investigar, ainda, a relevância da consolidação da ligação familiar para as mulheres no o período que em que cumpriam pena e para seu regresso à sociedade, bem como as especificidades experimentadas por elas nesse período.

Sendo assim, no espaço da Psicologia e da Psiquiatria ainda é muito escasso esse assunto. O que é mais visto são as explorações nas ciências jurídicas, que versam principalmente da instituição em si e dos indivíduos presos, em sua grande maioria sendo homens. As mulheres e crianças são as mais prejudicadas, pois não tem uma atenção voltadas para elas.

Contudo, no ordenamento jurídico brasileiro, várias leis versam e asseguram o direito da mãe permanecer com seu filho na cadeia. A Constituição Federal descreve que será garantido à mulher presa circunstâncias para que consigam permanecer com seus filhos durante a amamentação. Segundo a Lei de Execuções Penais – Lei 7210 de 1984, as presas têm o direito de cuidar e amamentar os filhos até os seis meses de idade, no mínimo.

Atualmente, existem 53 penitenciárias femininas no país, mas muitas mulheres são mantidas em delegacias de polícia, em carceragens superlotadas e com estrutura inadequada. Isto porque os presídios femininos carecem de locais específicos.

## **DESENVOLVIMENTO**

### **Evolução histórica dos espaços prisionais femininos**

Antigamente, no Brasil, os espaços prisionais femininos eram compartilhados com os homens, não se tinha qualquer distinção de separação e estes prevaleciam em número e espaço. Sendo assim, o Código Penal de 1940 foi o primeiro que legislou sobre um estabelecimento específico para alojar mulheres, ou que tivesse um ambiente diferente dos estabelecimentos prisionais masculino.

A Lei de Execuções Penais de 1984, vigorando até os dias atuais, e a Constituição Federal de 1988 também menciona a separação feminina da masculina em seus presídios, conforme preconiza o artigo. 5º, XLVIII: “A pena será cumprida em estabelecimento distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”.

Neste sentido, nota-se que foi a partir do século XIX que as penitenciárias começaram a se modernizar. Destarte, ratifica-se conforme relata Alencastro (2015, p.10) que “somente no século XIX se edifica o modelo penitenciário moderno, a prisão passa a assumir uma função tripla: Punir, defender a sociedade - isolando o malfeitor para evitar contágio - e corrigir o culpado para reintegrá-lo à sociedade”.

Portanto, vale ressaltar que a 1ª penitenciária feminina foi sediada na Cidade de São Paulo, no início da década de 1940, onde era organizado por um grupo religioso, a Congregação de Nossa Senhora da Caridade do bom pastor. Essa penitenciária contava com apenas 7 (sete) internas. Durante esse período, ocorreu a inauguração da primeira creche, onde abrigava seus filhos menores de 3 (três) anos de idade, objetivando que as crianças não cometessem os mesmos erros de suas mães.

Diante disso, compreende-se que o “Presídio de Mulheres” não seria apenas diferente dos modelos institucionais e estruturais masculinos, mas, uma instituição de características específica, cujas funções e a própria natureza divergiria dos presídios da época (ARTUR, 2009).

## Especieis de pena

No ordenamento jurídico Brasileiro, o artigo 32 e seguintes do Código Penal aborda as espécies de pena, pressupondo as penas privativa de liberdade, pena de multa e pena restritiva de direitos (BRASIL, 1940). A Lei de Execuções Penais (LEP) no artigo 105 e seguintes, trata das formas de execução dessas penas.

Da pena privativa de liberdade, decorre duas espécies: Pena de Reclusão (mais grave) e a pena de Detenção. A diferença é que na Pena de Reclusão, o detento pode começar a cumprir sua pena no regime fechado. Ao passo que na pena de detenção, o detento pode ser transferido para o regime fechado, nas hipóteses do Art. 33 do Código Penal que:

De acordo com a Lei Penal (Art. 33, § 1º / CP), considera-se regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; regime semiaberto, a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; aberto, a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequando. (GRECO, 2017, p.133).

Quanto a pena de multa, o pagamento deve ser feito em dinheiro à vítima, aos dependentes ou à entidade pública privado com distinção social (artigo 45,§ 1º / CP). Já a pena restritiva de direitos, abrange a prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária dos direitos e limitação do fim de semana (artigo 43/CP).

## Da prisão domiciliar

Na estrutura jurídica Brasileira tem-se o Código de Processo Penal (CPP), nos artigos 317 e 318, quanto a Lei de Execuções Penais (LEP), no artigo 117, prescrevem a concessão de prisão domiciliar, sendo que no CPP o recolhimento domiciliar substitui a prisão preventiva como medida cautelar, e na LEP se dá em substituição à prisão pena, nos casos de regime aberto.

É importante transcrever os artigos acima mencionados para compreender o que presidem.

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:

- Maior de 80 (oitenta) anos;
- Extremamente debilitado por motivo de doença grave;
- imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;
- gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo está 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

Neste sentido, ressalva-se que prisão domiciliar baseia-se no recolhimento do indivíduo em residência particular. Assim, é perceptível que a Lei de Execuções Penais exalta e permite a possibilidade de prisão domiciliar à condenada gestante ou com filho menor.

Contudo, essa possibilidade engloba apenas as apenadas que estejam cumprindo pena em regime aberto que, de forma perspicaz e sutil, vai de encontro aos direitos fundamentais da reclusa de seu filho. Isso porque a mulher que é mãe e apenada, mesmo que esteja cumprindo pena em regime mais rigoroso, acaba sofrendo as peculiaridades da maternidade. Além disso, a mãe apenada não deixa de ser titular do direito subjetivo de exercer, dignamente, a maternidade.

De tal modo, ressalta-se que o nascituro ou o recém-nascido carece de cuidados integrais e do suporte maternal, tanto quando se encontra na barriga da mãe, como quando do seu nascimento. Acerca de tais direitos, entende-se que serão pormenorizados mais adiante.

Portanto, quanto ao tipo de prisão a essas mulheres, ver-se que devido à falta de casas de albergados em várias cidades do país, o regime aberto foi incluído na legislação penal no ano de 1977, nas localidades que não tivesse o estabelecimento penal adequado para o cumprimento da pena, chamado de “prisão albergue domiciliar” (MIRABETE, 2011, p. 273).

Deste modo, verifica-se que a ausência do Estado em providenciar a estrutura adequada para a eficiência na aplicação da reprimenda, não pode possibilitar que os direitos fundamentais dos condenados sejam cerceados no cumprimento da pena. Isto porque os direitos individuais recomendados na Constituição Federal, 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 (2012) 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. (p. 217)

Nos dias atuais, os tribunais superiores têm entendido pela autorização do cumprimento da prisão domiciliar como prisão albergue domiciliar. Isso pode ser percebido a partir da fala do Min. Celso de Melo:

Sendo assim, e pelas razões expostas, defiro o pedido de medida cautelar e autorizo a conversão da prisão preventiva da ora paciente em prisão domiciliar, a ser cumprida no endereço residencial constante da petição inicial (Travessa Batista Carlos, nº 1395, Bairro Virgilino Jaime Zinn, na cidade de Cachoeira do Sul/RS), se por al não estiver presa, até o julgamento definitivo deste processo de “habeas corpus”, devendo o Juízo processante de primeiro grau estipular as condições pertinentes à fruição do benefício em causa, sem prejuízo da adoção, por esse mesmo Juízo, de outras medidas de cautela, como, p. ex., o monitoramento eletrônico. (HC 152090 MC / RS)

Corroborando no mesmo pensamento, o Min. Ricardo Lewandowski relata:

É um momento histórico que exige que prestigiemos este vetusto instrumento de proteção dos direitos fundamentais, que é o habeas corpus. Lembro do caso recente da homologação do acordo dos planos econômicos – atingimos universo de 650 mil ações em trâmite. Nós três [Gilmar e Toffli], de forma pioneira e corajosa, prestigiamos um instrumento que não tem originalmente abrangência coletiva, prestigiamos solução abrangente para situação que vinha se arrastando há duas décadas. E tratava-se de direitos meramente

patrimoniais. É chegada a hora de exercermos um pouco de coragem. Entendo que este remédio, como apresentado, na sua dimensão coletiva, é efetivamente cabível. O STF tem admitido os mais diversos institutos que logram lidar mais adequadamente com situações em que direitos de determinadas coletividades estão sob risco de lesões graves.

Conseqüentemente, se tem que, os direitos fundamentais devem garantir a execução penal, adequando o beneplácito da prisão domiciliar a gestante, mesmo que não esteja nos moldes do artigo 117 da Lei de Execuções Penais (LEP), o que engloba, principalmente, a viabilidade da gestante/lactante cumprir a pena de prisão domiciliar, mesmo não estando no regime aberto.

## **Da possibilidade da concessão de prisão domiciliar para a apenada gestante e/ou lactante**

Ao refletir sobre a mãe que cumpre a pena privativa de liberdade e que está grávida, é imprescindível proporcionar uma atenção diferenciada, pois tem-se que analisar o real contexto desta apenada. Assim, a princípio, deve-se dar a importância necessária à criança que está por nascer em um ambiente totalmente diverso daquele que uma criança carece, pois as penitenciárias brasileiras não são dotadas do espaço digno para tal necessidade. Continuamente, é preciso uma atenção especial aos cuidados da gestante quanto à saúde, alimentação, higiene, dentre outros aspectos, respeitando, desse modo, o direito das detentas e tendo em consideração o interesse da criança que está em evolução.

Neste sentido, atentar-se a estes pontos é atender aos princípios da dignidade da pessoa humana. Assim sendo, é dever do Estado olhar para que o mínimo de direitos e garantias sejam respeitados, tanto da recolhida, quanto ao recém-nascido para que todos os direitos propostos pela Constituição sejam colocados em prática.

Nesse cenário, é importante que políticas públicas possam ser trabalhadas. Assim, além de serem garantidos as especialidade em relação as mulheres presas, como, a separação da penitenciária masculina e feminina; se possa, também garantir as especificidade quando essas apenas são mães.

Destarte, de acordo com o a cartilha “Mães do Cárcere: Observações técnicas para a atuação profissional em espaços de convivência de mulheres e seus filhos”, publicado pela Defensoria Pública de São Paulo diz que “o direito à saúde é garantido constitucionalmente e deve ser usufruído por todas as mulheres, estando ou não sob a pena privativa de liberdade” (Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 2012, p.1).

Portanto, compreende-se que o maior direito fundamental é a vida, não unicamente de quem já nasceu, mas também de quem ainda vai nascer, detendo os mesmos direitos garantidos em lei, o artigo 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8089, de 13 de julho de 1990) ressalva que:

Ao estado, por meio do Sistema Único de Saúde, cabe assegurar a gestante o atendimento pré-natal e perinatal, além de fornecer alimentação adequada e assistência psicológica – inclusive às mães que manifestam interesse de entregar seus filhos para adoção.

Sendo assim, com o propósito de que a criança possa nascer com o mínimo de dignidade e com saúde, é de suma importância que a mãe se cuide durante o período gestacional, pois a gravidez é um momento que exige muito da mulher, tanto psicologicamente, como fisicamente e, muito mais, quando a mulher está presa, influenciando em seu emocional.

Vale ressaltar, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro leciona vários direitos às presas, por exemplo, o direito a assistência médica profissional ao longo de sua gestação. Essa cautela com a saúde da grávida e de seu filho é de extrema importância para a saúde do pós-parto. Com o acompanhamento médico correto, fica mais fácil de detectar algum problema que possa ocorrer, não agravando a saúde da mãe e de seu filho. Quando não se tem um acompanhamento adequado, em que as detentas não são impostas ao acompanhamento do pré-natal, pode-se descobrir algumas doenças – geralmente doenças transmissíveis – após o parto.

Logo, como mãe e bebê estão sob a tutela do Estado, é indispensável que esse efetue uma assistência adequada quanto à saúde, alimentação, higiene, dentre outros aspectos, respeitando, desse modo, o direito das detentas e tendo em consideração o interesse da criança que está em evolução.

## **Do direito ao exercício digno da maternidade**

A realização da maternidade tem o seu início com a gestação. Então, objetivando garantir a dignidade da mulher nesse momento tão importante, o sistema jurídico brasileiro leciona em diversos dispositivos e formatos que protege constitucionalmente de forma eficaz a maternidade e a infância.

Neste sentido, voltando ao assunto das mulheres que estão cumprindo pena restritiva de liberdade, a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do

Adolescente e a Lei de Execuções Penais preveem o amparo simultâneo da mãe e do filho com a finalidade de garantir a aleitação maternal.

Art. 5º - 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 desse amparo previsto por estas leis acima, ressalta-se que há pouco tempo ocorreram três modificações no nosso ordenamento jurídico no entendimento em relação a garantia do exercício pela mulher que cumpre pena privativa de liberdade, quais sejam: Lei 11942/09, que assegura às mães reclusas e ao recém-nascidos condições mínimas de assistência no exercício da maternidade; Lei 12403/11, que acrescentou às presas provisórias, gestantes e mães, a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar e, finalmente, a Lei 12962/14, que assegura a convivência da criança e do adolescente com os pais privados da liberdade.

Do mesmo modo, ainda tem-se a Resolução nº 3 do Conselho de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) – de 15 de julho de 2009 – que trata das condições dos filhos de mulheres presas e estabelece o tempo mínimo de um ano a seis meses de convívio das crianças juntas

de suas mães.

Todo esse amparo jurídico justifica-se na importância de manter a relação entre a mãe e seu filho, tanto no âmbito físico quanto psicológico, tendo preferência nas fases iniciais, que representa à gestação e os primeiros contatos maternos. Conforme a Lana (2001), durante a gestação, a gestante acaba produzindo uma série de dificuldades, como aquelas pertinentes ao nascimento propriamente dito, tendo como exemplo à anestesia, à internação hospitalar e dores durante o parto. O pós parto é visto como um momento emocionante e sensível para a nova mamãe, correndo o risco de ficar deprimida e angustiada. Esses são os maiores problemas enfrentados no período materno, os maiores influenciadores do que irá ocorrer em relação à amamentação, período mais importante da relação.

Nesse contexto, para que seja garantido um respeito digno ao funcionamento da maternidade, a mulher, durante a gestação e pós parto, deve permanecer num lugar adequado, ambiente higiênico, bem como ter um acompanhamento médico de qualidade e, muitas vezes, psicológico.

Em concordância com isso, o ECA e a LEP, lecionam em respeito a esses direitos, assegurando à assistência médica à mulher no período pré e pós parto:

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.

Tratando-se de sistema jurídico internacional, a Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU), em dezembro de 2010, aprovou as Regras de Bangkok, que prescrevem a respeito das regras mínimas para tratamento da mulher presa e medidas não privativas de liberdade, sendo que o Brasil foi subscritor. Dessas regras, destaca-se os de nº 48 e nº 50, vejamos:

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 seguimento, é importante destacar uma pesquisa nominada “Dar a luz na sombra – Condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão”. Esta pesquisa foi realizada no contexto 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), em que mostrou problemas e os principais obstáculos que impedem a concretização desses direitos às mulheres privada de sua liberdade.

Além disso, os resultados desta pesquisa apontaram algumas recomendações para a execução desses direitos, dos quais estão a concessão da medida de prisão domiciliar, não somente no período de aleitamento materno, tendo em vista a importância da mãe permanecer



junto do seu filho durante os primeiros meses de vida. Assim, notou-se que a desagregação de ambos traz sofrimento e angústia para a mãe.

Ademais, 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).

Nesse sentido, o estudo concluiu que é muito desamparado o exercício da maternidade dentro de um presídio, demonstrando que as mulheres que feminina de pessoa passiva e cuidadora, são as que mais exercem maternidades vulneráveis e gestação de risco.

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).

Da mesma maneira, essa visão negativa da mulher acaba por causar um crime que geralmente é entendida como praticada somente pelos homens, acarretando repercussões na esfera da pena, sendo que ela volta-se exclusivamente ao gênero masculino e, assim, deixando de levar em consideração as especificidades ao gênero feminino, retirando garantias mínimas do direito penal, particularmente aqueles que tratam dos princípios da individualização da pena, acima tratados.

## **O princípio do interesse superior da criança**

Foi a partir da Constituição Federal de 1988 no contexto da Proteção integral e do Princípio do Interesse Superior da Criança, que a criança começou a ser melhor amparada pela lei. O artigo 227 da CF/88 foi o pioneiro em fixar a criança e o adolescente como detentor de direitos, e passando a olhar os pontos de uma legislação especial, que é o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Com o advento dessa legislação, procurou-se, cada vez mais, melhorar o interesse desses menores, possibilitando uma melhor qualidade de vida, que até pouco tempo eram imperceptíveis pela sociedade.

Deste modo, o caput do artigo 227/CF descreve:

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

A partir desse momento se fizeram presentes os princípios deste Estatuto, em que os novos direitos dessa população ficaram em meio a um novo padrão, e assim os menores tiveram uma maior atenção. Isso trouxe sustentação nas situações de instabilidade referindo-se a esse grupo. Contudo, Alencastro (2015) aponta que,

no caso dos princípios da propriedade absoluta e do melhor interesse da criança, ambos possuem uma estreita relação com os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, mais do que simples direitos, crianças e adolescentes passara, a desfrutar de garantias fundamentais que decorrem exatamente da condição especial de que ostenta a peculiar condição da pessoa em movimento. (p. 6).

Com o início do reconhecimento dos direitos fundamentais desses menores, o artigo 4º do ECA expõe que lhes são assegurados o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária. Isto quer dizer que a criança detém o direito de viver decentemente desde sua geração até sua formação. Nessa perspectiva, Amen (2010) certifica que “hoje não podemos conceder dignidade da pessoa humana sem pensarmos na proteção do ser humano de forma integral: integridade física, psíquica e intelectual.” (p. 86)

É importante destacar a seriedade da harmonia familiar e comunitária diante do recolhimento prisional dos menores, bebês e crianças, com sua genitora. Essa proteção é presente desde o nascimento do bebê, visando o proveito de ficar sob as cautelas de sua mãe, até a sua evolução, em que é nesse estágio que deve existir o laço familiar de quem está esperando do lado de fora. Como citado a cima, a criança detém o direito de permanecer no anseio da sua família de origem, permitindo que tenha uma relação de afeto.

Ademais, e não menos importante, destaca-se o artigo 5º que defende a criança de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão sendo penalizado qualquer violação a sua liberdade básica.

Já no artigo 6º do ECA menciona que os fins sociais deverão sempre ser considerado, como, as imposições do bem comum, os direitos fundamentais e as condições de seu desenvolvimento. É nessa situação que, se faz fundamental, pesquisar o melhor interesse do menor, assegurando os direitos elencados no artigo 4º e nos demais artigos, onde os legislados cita a relevância e a necessidade que a criança tem em relação as condições dignas e humanas para o seu crescimento.

Neste sentido Amin (2014, p. 112), declara que, “a criança e o adolescente no seu desenvolver necessitam de vários estímulos emocionais, sociais, culturais, educacionais, motores, enfim, todo o arcabouço necessário para a sua formação”. Isto é, de acordo com a autora, as liberdades individuais devem sempre ser respeitadas e serem praticado, principalmente.

## O desrespeito das regras e a permanência dos menores nos presídios

É perceptível que os presídios brasileiros apresentam-se cada vez mais sobrecarregados. Isto é consequência de uma grande carência de vaga no sistema, sem falar da falta de estrutura. À vista disso, o sistema prisional tem passado por muitos problemas em função de sua instabilidade.

Assim, comparando essa prática com as diferenças de gênero, conclui-se que, os presídios femininos deveriam receber um tratamento diferenciado devido a sua circunstância especial, visto que as mulheres têm a necessidade de produtos higiênicos específicos e exames ginecológicos. Todavia, na maior parte dos casos, essas necessidades não são colocadas em práticas, o que as deixam desprotegidas a qualquer vulnerabilidade.

Quando se debate em relação a presidiaria brasileira, verifica-se, também, sua situação durante o período gestacional, segundo determina o relatório da Organização dos Estados Americanos (OEA 2007):

A exigência de uma atenção diferenciada às mulheres nessas situações específicas decorre, portanto, das próprias condições inerentes à gestação e lactância, e deve ser observada em quaisquer espaços – público ou privado – quanto mais ainda em estabelecimentos de total confinamento sob custódia direta do Estado, como são os cárceres. Essa é, por exemplo, uma das especificidades de gênero que se deve levar em conta em uma política pública voltada para a população feminina encarcerada, política essa que ainda é inexistente no Estado Brasileiro (p. 37).

Nota-se, portanto, que no período gestacional as imposições do relatório da OEA são descumpridas, não tendo garantia alguma de que as mães receberão atendimento médico e, muitas vezes, não realizam os exames indispensáveis para a sua saúde e do bebê.

Existem vários relatos de que as mães dão a luz ao seu filho dentro das celas, sem o amparo necessário, pois as vezes faltam viaturas e agente para levá-las a um hospital. Muitas vezes, as maiores vítimas dessa conjuntura são os bebês, que, por sua vez, sequer chegam ao mundo com vida, e quando chegam, nascem no chão dos presídios e não lhe são garantidos os cuidados básicos.

Não obstante, quando se torna capaz de levar a gestante ao hospital para que possa ter o mínimo de dignidade na hora do parto, elas continuam algemadas durante o procedimento. Isso acontece mesmo com o uso de algemas sendo proibido nesses momentos, ferindo o que diz a súmula vinculante de nº 11, ofendendo a dignidade da mulher.

Ainda sobre a vulnerabilidade que mães e bebês vivenciam no sistema prisional, adverte-se que, muitas vezes, a mãe não recebe diversas informações que são necessárias nesse período, como por exemplo, dicas de como deve atuar com a amamentação. Além disso, outros amparos são negados, em que essas mães não recebem um tratamento alimentar, visto que careça de vitaminas para amamentar o bebê; o acompanhamento médico é outro setor que falha e os ambientes apropriados não existem.

Sendo assim, nota-se que não existem condições dignas quando se fala nesse contexto. Observa-se, portanto, que não é respeitado o artigo 5º, inc. L da Constituição desse país que garante: “às presidiarias serão asseguradas condições para que possa permanecer com os seus filhos durante o período de amamentação”, pois a realidade, muitas vezes, é que as detentas já

receberam injeção para secar o leite materno.

A disputa acerca da incerteza é real e as alterações sabe-se que são devagar, mas cabe ainda, um importante conflito acerca das permanências dos bebês nos presídios, conforme analisa Azambuja (2013):

Temos, de um lado, o direito do bebê à convivência familiar, à amamentação e ao desenvolvimento de um vínculo seguro e estável, afirmado nos documentos internacionais e na legislação. De outro, temos uma mãe que se encontra em situação de extrema restrição, vivendo em um ambiente muitas vezes insalubre e inapropriado para garantir dignidade e proteção ao seu filho (p. 60).

Esse é um fato contraditório, pois de um lado tem-se que o laço mãe-bebê é de suma importância nos primeiros meses de vida da criança, carregando em conta um desenvolvimento saudável com a amamentação e sendo substancial o afeto psicológico. Ao passo que por outro lado, os presídios não são locais capazes para a permanência desses menores, pois são lugares doentios, violentos, que não detém boas condições de vida. Este lugar pode gerar prejuízos irreparáveis na vida desses menores, afetando a sua saúde mental.

Destarte, o direito a harmonia familiar e comunitária, da criança e adolescente não seria contrariada, mas, sim, posto em prática. Em relação a omissão do Estado diante dos direitos de que o menor é signatário, faz-se imprescindível, mais uma vez, que não seja apenas colocado na legislação, mas, sim, que tais direitos e garantias, sejam concretizadas. Assim, precisa-se de políticas públicas que levem em conta a peculiaridade da mulher presa, assim como, de seus filhos, que convivem num ambiente insalubre e que está longe de ser um lugar que prevê a Constituição Federal, Lei de Execuções Penais, Regras de Bangkok, Regra para tratamento de presos no Brasil, dentre tantas outras prenuncia como regras que necessitam de ser obedecidas.

## **HC 143641**

A segunda turma do Supremo Tribunal Federal (STF), decidiu no dia 20/02/2018 conferir prisão domiciliar a todas as mulheres que estejam grávidas ou que sejam mães de criança de até 12 anos. A votação desse HC foi por quatro votos a um, tendo como relator o Ministro Ricardo Lewandowski, que entendeu que a concessão se ponderou diante da realidade infame das mulheres nas prisões brasileiras. Viu-se presas sem atendimento hospitalar e casos de prisão que dão à luz algemadas. Aqui, um trecho do voto do Ministro Lewandowski:

Em face de todo o exposto, concedo a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício. A fim de se dar cumprimento imediato a esta decisão, deverão ser comunicados os Presidentes dos Tribunais Estaduais e Federais, inclusive da Justiça Militar Estadual e federal, para que prestem informações e, no prazo máximo de 60 dias a contar de sua publicação, implementem de modo integral as determinações estabelecidas no presente julgamento, à luz dos parâmetros ora enunciados juízes responsáveis pela realização das audiências de custódia, bem como aqueles perante os quais se processam ações penais em que há mulheres presas preventivamente, deverão proceder à análise do cabimento da prisão, à luz das diretrizes ora firmadas, de ofício. Embora a provocação por meio de advogado não seja vedada para o cumprimento desta decisão, ela é dispensável, pois o que se almeja

é, justamente, suprir falhas estruturais de acesso à Justiça da população presa. Cabe ao Judiciário adotar postura ativa ao dar pleno cumprimento a esta ordem judicial. Nas hipóteses de descumprimento da presente decisão, a ferramenta a ser utilizada é o recurso, e não a reclamação, como já explicitado na ADPF 347.

Lewandowski enfatizou que somente 34% das prisões tem celas para gestantes, 30% possuem berçários e 5% tem creche. O entendimento do relator foi acompanhado pelos ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Melo. O ministro Edson Fachini teve voto contrário, alegando que a prisão domiciliar para lactantes deve ser analisada caso a caso. De acordo com o último levantamento feito pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça), 622 mulheres presas em todo o país estavam grávidas ou amamentando até o dia 31/12/2017.

Nesse sentido, conclui-se que é capaz a concessão da prisão domiciliar para a penitenciada gestante/lactante pelo viés da execução criminal, sendo uma prática jurídica que é garantida pela ótica dos direitos fundamentais da mãe apenada e da criança.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho mostra a distinção no acolhimento das mulheres presas em relação aos homens, suas condições a partir das primeiras penitenciárias femininas brasileiras, bem como os impedimentos atingidos pelas encarceradas através do convívio misto dessas prisões. Esses aspectos infringem, por diversas vezes, os direitos fundamentais das mulheres encarceradas e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Concluiu-se que após a desagregação de gênero nas penitenciárias, passou-se a existir novas problemáticas, por exemplo, o abandono dos familiares da apenada, companheiro e filhos que estão externamente, assim como a angústia de amamentar seu filho num ambiente tão degradante como a cela de um presídio. Isto porque muitas vezes elas são, em sua maior parte, são vítimas de violência física, psíquica e emocional.

Desse modo, existe a necessidade, perante desse trabalho, em uma melhor imposição do Estado, com a finalidade de que a mulher presa tenha o mínimo dos seus direitos garantidos, objetivando um fiel cumprimento de suas penalidades.

Além disso, é ver-se necessário garantir às gestantes e puérperas, uma certa tranquilidade durante sua vida gestacional e maternal, com um convívio maior da família, desejando um progresso saudável de seu filho, evitando que a pena privativa de liberdade não passe da mulher presa para seu filho.

Igualmente, fortaleceu-se um debate acerca da viabilidade da permissão da prisão domiciliar da presa que cumpre pena privativa de liberdade, independente do regime que ela esteja, seja fechado, semiaberto ou aberto. Isso permite que a Lei de Execução Penal (1984) seja cumprida, que proporcione a mulher a autorização para cumprir sua pena na prisão domiciliar, substituindo-a a pena privativa de liberdade somente quando a presa gestante estiver em regime aberto e inexistir, no presídio, a casa de albergado.

## REFERÊNCIAS

ARTUR, Angela Teixeira. “Presídio de Mulheres”: as origens e os primeiros anos de estabelecimento. In: ANPUH – XXV SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, São Paulo, 2009

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988

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, Diário Oficial da União, Brasília, DF.

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, Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L12962.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12962.htm)

BRASIL. Lei nº 7.210. Lei de Execução Penal, de 11 de julho de 1984. Jus Brasil, Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/109222/lei-de-execucao-penal- lei-7210-84>

BRASIL. Lei nº 8069. Estatuto da Criança e do Adolescente, de 13 de julho de 1990. Diário Oficial da União, JusBrasil, DF. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10619725/lei-n-8069-de-13-de-julho-de-1990>

BRASIL. Resolução nº 3 do Conselho de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) de 15, Diário Oficial da União, jul. 2009. Disponível em: Acesso em: 25 de julho de 2015.

CARVALHO, Salo de. (Org.) Crítica à Execução Penal. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

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

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.

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

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

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: Acesso em: 22 de julho de 2015.