

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO – UAD

MARÍLIA RUTH GOMES LOPES

MÃES ENCARCERADAS COM FILHOS RECÉM-NASCIDOS: UMA ANÁLISE À LUZ
DA EXECUÇÃO PENAL E DOS PRINCÍPIOS DE DIREITOS HUMANOS

SOUSA – PB

2015

MARÍLIA RUTH GOMES LOPES

MÃES ENCARCERADAS COM FILHOS RECÉM-NASCIDOS: UMA ANÁLISE À LUZ
DA EXECUÇÃO PENAL E DOS PRINCÍPIOS DE DIREITOS HUMANOS

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Iranilton Trajano da Silva

SOUSA – PB

2015

MARÍLIA RUTH GOMES LOPES

MÃES ENCARCERADAS COM FILHOS RECÉM-NASCIDOS: UMA ANÁLISE À LUZ
DA EXECUÇÃO PENAL E DOS PRINCÍPIOS DE DIREITOS HUMANOS

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Iranilton Trajano da Silva

Data da aprovação: ____/____/____

Banca examinadora:

Orientador: Prof. Prof. Dr. Iranilton Trajano da Silva

Examinador(a)

Examinador(a)

Dedico este trabalho ao meu irmão Mateus, por toda a cumplicidade, paciência e fonte de inspiração fornecidas durante toda a graduação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, que em sua infinita bondade esteve ao meu lado em todos os momentos da minha vida, me ensinando sempre e me mostrando que a minha capacidade não está restrita às limitações impostas por mim mesma. Por todas as vezes que realizou maravilhosas bênçãos e verdadeiros milagres em minha vida.

À minha mãe, por ser a pessoa exemplar que é, que me trouxe ao mundo, por todo o exemplo de vida, por toda a amizade e lealdade prestadas a mim, em momentos que nem mesmo mereci, esteve sempre ao meu lado, me ajudando a trilhar os caminhos com retidão, me ensinou os princípios e valores que formam meu caráter. Sempre me aconselhado pelo bem, que nunca desistiu de mim e sempre acreditou no meu potencial.

Ao meu irmão mais velho, Mateus, que, muitas vezes, atua como pai para mim. Pelo brilhante profissional que é, tido por mim como exemplo. Pelos ensinamentos, por acreditar que eu venceria todos os desafios a mim impostos durante estes longos anos de academia.

À minha amada vizinha, Raimunda, mulher de uma garra exemplar, que me ensina a cada dia, os conceitos de humildade, paciência e perseverança.

Aos demais membros da minha família, meu irmão Gabriel e meu pai Márcio, que dentre os milhares de ensinamentos proporcionadas, me mostrou o real significado e prática da honestidade.

Aos amigos verdadeiros que estiveram presentes nos momentos de sufoco e de alegria, àqueles que compartilharam desses anos maravilhosos ao meu lado, e ainda, àqueles que levarei pra sempre comigo, sejam os de infância ou os conquistados durante a graduação.

Ao professor que tive a honra de ser sua orientanda, Iranilton Trajano da Silva, que, através de muita paciência e compreensão me auxiliou e aturou meus incômodos ao longo da construção de todo este trabalho, me passando seus conhecimentos de maneira serena e contínua.

Aos grandes amigos: Mirele Barros, Carolina Gurgel, Ana Emília Moreira, Evelyne Sevi, Thaís da Rocha, Renan Queiroga, Leonardo Ventura e Danrley Abrantes, pela

influência e contribuição, cada uma à sua maneira, para que eu conseguisse alcançar meus objetivos até aqui estabelecidos.

Aos colegas da Defensoria Pública: Rhuana, Ludmyla, Louisiany, Thiago, Adolfo e à Dra. Rosa, por todo o conhecimento compartilhado, tudo foi de grande valia para minha formação profissional.

Às grandes mulheres da Superintendência de Infraestrutura da UFRN, nas pessoas de: Leonete Medeiros, Daniele Eufrásio e Ilzenete Menezes, pelas várias vezes que, com paciência, me dedicaram ensinamentos não só profissionais, mas humanos.

Finalmente, aos demais professores e funcionários do CCJS, que me auxiliaram nesta conquista que muito representa para mim.

A todos vocês, muito obrigada!

“Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

(Declaração Universal dos Direitos Humanos).

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo a situação das mães encarceradas com filho recém-nascido, a partir do diagnóstico dos princípios gerais de Direitos Humanos, fundamento basilar da Constituição Federal de 1988, da Lei de Execução Penal Brasileira, bem como das Regras de Bangkok, relacionando tais normas com a dura realidade em que se encontra o sistema carcerário brasileiro que, frequentemente, demonstra uma verdadeira violação às imposições legais. Além disso, apresentar possíveis soluções para essa problemática, que compromete a dignidade humana da mulher reclusa no que tange seu vínculo materno, em caráter especial, aquelas que sobrevivem com filhos recém-nascidos na própria prisão. Ressaltando-se, desde já, a necessidade de idealização de uma alternativa eficaz, no sentido de consumir a função da pena, qual seja, punir e prevenir a infração cometida pela mãe, evitando, porém, que se imponham severas e, por que não dizer, desumanas punições às crianças filhas de mães encarceradas. Como método de procedimento, foram utilizados: o dedutivo, partindo-se de concepções gerais para aplicação do tema específico; histórico, monográfico, e bibliográfico; usando como técnica de pesquisa as fontes indiretas. Constatando-se, finalmente, a necessidade de políticas públicas interessadas em resolver essa problemática, bem como a solução que está sendo adotada pelos Tribunais Pátrios, no sentido de resguardar os direitos fundamentais tanto da mãe encarcerada como do filho recém-nascido.

Palavras-chave: Mães Encarceradas. Direitos Humanos. Lei de Execução Penal.

ABSTRACT

This work is based on the situation of incarcerated mothers with newborn son, from the diagnosis of the general principles of human rights, basic foundation of the Constitution of 1988 of the Brazilian Penal Execution Law, as well as the Bangkok Laws, relating these standards with the harsh reality that is the Brazilian prison system that often demonstrates a real violation of legal requirements. In addition, to present possible solutions to this dispute, which compromises human dignity of women incarcerated regarding his maternal bond, especially, those who live with newborn children on prison. Emphasizing the need for idealization of an effective alternative in order to consummate the function of punishment, that is, punishing and preventing infringement committed by the mother, avoiding, however, to be imposed severe and, why not say, inhuman punishments to the children of incarcerated mothers. As a procedure method, it was used the deductive one, starting from general concepts to the application of specific subject; historical, monographic, comparative, hermeneutic and literature; using as research technique the direct and indirect sources. It was found, finally, the need for public policies interested in solving this problem, and the solution being adopted by Higher Courts in order to protect the fundamental rights of both the mother and the newborn child.

Keywords: Incarcerated Mothers. Human Rights. Criminal Law Enforcement.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS	12
2.1 Conceito de Direitos Humanos	15
2.2 Os direitos fundamentais da primeira dimensão	17
2.3 Direitos fundamentais de segunda dimensão	18
2.4 Os direitos fundamentais de terceira dimensão	20
2.5 Direitos fundamentais de quarta e de quinta dimensão	21
2.6 O princípio da dignidade da pessoa humana	22
3 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL	26
3.1 Evolução histórica dos sistemas prisionais	26
3.2 Conceito de prisão e finalidade das penas	29
3.3 Das regras mínimas da ONU para o tratamento de prisioneiros e sua influência na Lei de Execução Penal	33
3.4 Análise do sistema prisional brasileiro	35
3.4.1 Princípios e garantias da execução penal	36
3.4.2 Caracteres do sistema prisional brasileiro	39
4. ANÁLISE JURÍDICO-SOCIAL DA SITUAÇÃO DA MULHER ENCARCERADA COM FILHO RECÉM-NASCIDO	42
4.1 Observações acerca da prática delituosa feminina	43
4.2 O sistema carcerário feminino e suas peculiaridades	46
4.2.1 Lei de Execução Penal em relação ao cárcere feminino associado às Regras de Bangkok	48
4.3 A lactante no ambiente penitenciário	52
5 CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS	61

1 INTRODUÇÃO

Com o crescimento da população carcerária feminina e a consequente possibilidade de nascimento de crianças nos espaços prisionais, inicia-se uma preocupação em elaborar políticas que deem visibilidade e atendimento a essas pessoas. A Lei nº 11.942, de 27 de maio de 2009 que dá nova redação aos artigos 14, 83 e 89 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal, asseguram às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência.

Importante se ressaltar as chamadas “Regras de Bangkok” (Regras mínimas da ONU para o tratamento de mulheres presas), verdadeiro marco normativo internacional de proteção as mulheres encarceradas. Aprovada na 65ª Seção da Assembleia Geral das Nações Unidas, em outubro de 2010, as Regras de Bangkok foram editadas em razão do aumento das percentagens de mulheres reclusas e da consideração de que as mulheres presas são um grupo vulnerável que tem necessidades especiais.

Dentre os diversos dispositivos que as *Regras de Bangkok* trazem e que tratam especificamente da temática das mães no cárcere, destacamos, inicialmente, o direito da mulher, no momento da prisão, de poder definir como dispor sobre seus filhos e de ter acesso e reunir-se com seus familiares, possibilitando-se, inclusive, a suspensão da reclusão por um período razoável em função do melhor interesse da criança (Regra 2).

O presente trabalho monográfico analisa a situação da mulher encarcerada com filho recém-nascido, a partir, principalmente, dos dispositivos universais dos direitos humanos, protagonizados pelo princípio da dignidade humana, bem como a aplicação, na execução penal, conforme os dispositivos da Lei de Execuções Penais, da Constituição Federal, além dos dispositivos relacionados no Estatuto da Criança e do Adolescente, e ainda confrontando essas normas com a realidade sistema carcerário brasileiro.

Pretende-se desenvolver o presente trabalho tendo-se por base os métodos: dedutivo, partindo-se de concepções gerais para aplicação do tema específico; histórico, monográfico, e bibliográfico; usando como técnica de pesquisa as fontes indiretas.

O trabalho foi dividido em três tópicos. Inicialmente, composto por uma descrição da evolução histórica dos direitos humanos, entendendo as dimensões dos mesmos.

Na sequência, tem-se um estudo acerca do sistema prisional, partindo-se da evolução dos sistemas prisionais, passando pelo conceito de prisão e finalidade das penas, bem como analisando a influência das Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros da ONU na Lei de Execução Penal Brasileira, e ainda, analisando-se os caracteres do sistema carcerário brasileiro

Por fim, no terceiro capítulo, uma análise mais profunda acerca da situação do filho recém-nascido da mulher presa, amparado pelos princípios de direitos humanos, pelos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, além das regras internacionais, a violação dos seus direitos, dada a pouca estrutura das unidades prisionais e a possível remediação da problemática que vem sendo adotada pelos Tribunais Pátrios.

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

Os Direitos Humanos, da maneira como são vistos atualmente, são fruto de uma lenta, gradual e longa construção histórica. Ou seja, é com o decorrer do tempo que se visualiza a evolução no pensamento no sentido de analisar a essência humana, com o intuito de assegurar a cada pessoa, os seus direitos fundamentais.

Percebe-se, pois, a importância e complexidade do reconhecimento dos direitos fundamentais, já que são frutos de uma marcha contínua, não se sabe ao certo como iniciaram as discussões.

Como observa Moraes (2011, p. 2-3):

Os direitos humanos fundamentais, em sua concepção atualmente conhecida, surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosóficos-jurídicos, das ideias surgidas com o cristianismo e com o direito natural. (...) Assim, a noção de direitos fundamentais é mais antiga que o surgimento da ideia de constitucionalismo, que tão somente consagrou a necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito, derivado diretamente da soberana vontade popular.

A ideia de Direitos Humanos, gradativamente, tornou-se de fundamental análise, tendo sua concepção construída ao longo dos últimos três milênios.

Nesse sentido, Afonso da Silva (1992, p. 137), afirma que:

O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, em enunciados explícitos das declarações de direitos, é coisa recente, e está longe de se esgotarem suas possibilidades, já que cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos. Mais do que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira entre proprietários e não proprietários.

Ou seja, o processo de elaboração doutrinária dos direitos humanos é fruto de uma progressiva recepção de direitos, liberdades e deveres individuais, desde os primórdios até os dias atuais.

Observa-se no período axial, a presença de filósofos contribuintes para os princípios e as diretrizes dos direitos humanos, como: Zaratustra na Pérsia, Buda na Índia, Lao-Tsé e Confúcio na China, Pitágoras na Grécia e o Dêutero-Isaías em Israel que, cada qual ao seu modo, contribuíram para uma tendência de

racionalização do pensamento, já que, nesse período, nasce a ideia de igualdade entre os seres humanos, onde o ser humano começa a ser tratado pela sua essencialidade, como um ser que possui liberdade e razão, apesar das diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais.

Como aponta Comparato (2011, p. 24): “Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes”.

Percebe-se ainda, grande influência do pensamento religioso na construção desses direitos, pois se começa a adotar a convicção de que todos os seres humanos têm direito a ser igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade.¹

Nota-se, inclusive, que o Cristianismo em muito contribuiu para com a ideia de igualdade entre os indivíduos, uma vez que, pregava a igualdade entre todos os serem humanos, por serem todos filhos de Deus. No entanto, vale ressaltar que, apesar do que pregava, admitia a desigualdade em algumas situações, como por exemplo, admitia a escravidão e a superioridade do homem em relação a mulher.

É de suma importância observar que o surgimento das leis escritas também se elenca no rol de fatos ensejadores da positivação dos direitos humanos, trazendo regras gerais e uniformes aplicáveis a todos os indivíduos.

Imperioso ressaltar que, no século XVII, ocorreu um vasto questionamento das certezas tradicionais, nos diversos setores: artístico, político, além da ciência, momento conhecido como crise da consciência europeia, onde se percebe uma nutrição do sentimento de liberdade e resistência à tirania e, ainda, a preocupação referente aos perigos de um poder absoluto.

No Iluminismo, o princípio da igualdade essencial dos seres humanos foi estabelecido sob o prisma de que todo homem tem direitos resultantes de sua própria natureza, ou seja, estabeleceu-se a noção de que o homem possui certos direitos inalienáveis e imprescritíveis, decorrentes da própria natureza humana e existentes independentemente do Estado.

A Independência Americana e a Revolução Francesa são responsáveis, dentre outras coisas, pela noção de garantia institucional da proteção das liberdades civis.

¹ Comparato, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 24.

Nesse sentido, Comparato (2011, p. 62), afirma:

O artigo I da Declaração que “o bom povo da Virgínia” tornou pública, em 16 de junho de 1776, constitui o registro de nascimento dos direitos humanos na História. É o reconhecimento solene de que todos os homens são igualmente vocacionados, pela sua própria natureza, ao aperfeiçoamento constante de si mesmos. A “busca da felicidade”, repetida na Declaração de Independência dos Estados Unidos, duas semanas após, é a razão de ser desses direitos inerentes à própria condição humana. Uma razão de ser imediatamente aceitável por todos os povos, em todas as épocas e civilizações. Uma razão universal, como a própria pessoa humana.

Esses movimentos configuram-se num grande marco na consolidação dos direitos humanos, sendo a Revolução Francesa considerada o mais importante acontecimento histórico, inspirada pelos ideais iluministas de Liberdade, Igualdade e Fraternidade, servindo de influência no mundo todo, transpondo barreiras no sentido da luta pela liberdade e dignidade da pessoa, representando uma independência do indivíduo diante dos grupos sociais aos quais estava submetido: a família, ao clã ou as organizações religiosas. Configurando-se, principalmente, como influenciadora do modo de pensar ocidental.

Percebe-se, ao longo da história, que a construção da ideia de dignidade humana e de seus direitos deve-se, em grande parte, a surtos de violência ou sofrimento moral. Dessa maneira, observa-se no período Pós 2ª Guerra, a manifestação no que tange à internacionalização dos direitos humanos, subdividindo-se em, basicamente, três setores, humanitário, regulação de direitos dos trabalhadores e, ainda, luta contra a escravidão.

Além disso, ressalte-se que, ao término da 2ª Guerra Mundial, tornou-se mais intensiva a busca dessa internacionalização dos direitos humanos, já que foram realizadas dezenas de convenções internacionais destinadas a debater, exclusivamente, esse tema de suma importância. Vale lembrar que a proteção internacional dos direitos humanos tem como objetivo a proteção ao indivíduo sem se preocupar com a sua nacionalidade ou com o país de sua origem.

Assim como os fatos, os documentos de proteção aos direitos humanos foram surgindo progressivamente ao longo da história da humanidade, inicialmente com a Magna Carta do Rei João Sem Terra, em 1215, tem-se ainda a *Petition of Rights*, editada em 1628, a Lei de Habeas Corpus de 1679, de suma importância até os dias atuais, responsável pela instituição de um dos instrumentos mais importantes no tocante à garantia da defesa da liberdade de locomoção de todos os indivíduos.

Tem-se ainda, no ano de 1689, a edição da *Bill Of Rights*, a Declaração de Direitos do Estado da Virgínia de 1776, A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, assim como a Constituição Federal de 1787. Com a Revolução Francesa em 1789, foi aprovada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que garante os direitos referentes à liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão.

Em seguida, esses direitos passaram a positivar-se nas diversas constituições, como na Constituição Mexicana de 1917, na Constituição de Weimar de 1919, além da presença nos acordos internacionais, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, representante da manifestação universal do reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens.

Acerca da Declaração Universal dos Direitos Humanos, Comparato (2011, p. 238), aduz que:

Tecnicamente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem é uma recomendação que a Assembleia Geral das Nações Unidas faz aos seus membros [...]. Reconhece-se hoje, em toda parte, que a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos poderes estabelecidos, oficiais ou não.

Ou seja, por tudo que foi explanado, percebe-se a gradual conquista dos direitos humanos, ao longo da evolução histórica, como algo inerente a todos os povos, a toda a humanidade. Desta maneira, a busca pela conquista da dignidade do homem é reconhecida pelas autoridades políticas competentes no sentido de buscar alcançar uma maior segurança nas relações sociais, buscando, garantir ao homem, à segurança dos princípios inerentes a preservação da vida e da liberdade, direitos fundamentais inalienáveis e indisponíveis.

2.1 CONCEITO DE DIREITOS HUMANOS

O conceito de Direitos Humanos, por sua própria natureza e como explicado anteriormente, é passível de constante mutação, constituem um termo de uso comum, mas não categoricamente definido. Esses direitos são concebidos de forma

a incluir aquelas reivindicações morais e políticas que, no consenso contemporâneo todo ser humano tem ou deve ter perante sua sociedade ou governo; reivindicações estas reconhecidas como de direito e não apenas por amor, graça ou caridade.

No entendimento de Herkenhoff (1997, p. 30), os direitos humanos são “aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente”.

Já Aragão (2000, p. 105), conceitua como sendo direitos em função da natureza humana, reconhecidos universalmente pelos quais indivíduos e humanidade, em geral, possam sobreviver e alcançar suas próprias realizações.

Na mesma ótica, Alexy (2007, p. 94), entende que os direitos humanos podem ser definidos a partir de cinco características, a saber: “a universalidade, a fundamentalidade, a abstratividade, a moralidade e a prioridade”.

Para Piovesan (2004, p. 18), o conceito de direitos humanos é dotado de universalidade, pois possui extensão universal, pois basta possuir condição de pessoa para ser titular de direitos. Portanto, o ser humano é visto como um ser essencialmente moral com unicidade existencial e dignidade.

Nesse sentido Bobbio (1992, p. 5), afirma que:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Em linhas gerais, denominam-se direitos humanos, o conjunto de faculdades e instituições que buscam, cada uma ao seu momento histórico, concretizar os ideais de dignidade, liberdade, igualdade, fraternidade e solidariedade humana, os quais devem ser reconhecidos positivamente em todos os níveis.

Esses direitos são dotados de características próprias, quais sejam: universalidade, visto que possui como sujeito ativo todo e qualquer ser humano, sem distinções; inviolabilidade, não podendo esses direitos ser descumpridos por quem quer que seja; indisponibilidade, por serem direitos que não podem ser renunciados; imprescritibilidade, por terem caráter eterno; complementariedade, já que não há hierarquia entre eles, ou seja, devem ser interpretados em conjunto; historicidade, por serem uma conquista ao longo da história; inalienabilidade, dada a impossibilidade de sua transmissão; efetividade, já que buscam mecanismos no

intuito de efetivar esses direitos; limitabilidade, já que não configuram-se como direitos absolutos; e ainda concorrência, visto que podem ser exercidos concomitantemente aos demais direitos.

Vale ressaltar que, com as mutações histórico-ideológicas no entendimento e sedimentação de novos valores, os Direitos Humanos vão se agrupando em algumas dimensões, o que não quer dizer que uma se sobreponha à outra, mas sim, que, juntas, constituem o rol de direitos humanos, ressalte-se que, sempre passível de acréscimo, já que essas dimensões não constituem um rol taxativo de direitos.

Nessa ótica, a doutrina constitucional reconhece três dimensões de direitos fundamentais, entretanto, alguns doutrinadores, como Paulo Bonavides, defendem a existência de uma quarta e de uma quinta dimensão, no entanto, estas últimas dimensões ainda não se encontram consagradas na esfera do direito internacional nem nas ordens constitucionais pátrias.

2.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PRIMEIRA DIMENSÃO

Os direitos fundamentais de primeira dimensão que enfatizam o princípio da liberdade, configurando os direitos civis e políticos, foram recepcionados nas primeiras Constituições escritas, influenciados, especialmente, na doutrina iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, segundo as quais, o fundamento basilar do Estado é a realização da liberdade do indivíduo, mais especificamente, como direito de defesa, firmando uma zona de não intervenção do Estado e uma de autonomia individual em face de seu poder. Por esse motivo, são tratados como direitos “negativos”, visto que, são dirigidos a uma não conduta positiva por parte dos poderes públicos.

Essa primeira dimensão remete ao artigo II da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, anunciada na França em 26 de agosto de 1789, segundo o qual: o fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais que são imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

Ao afirmar que o fim de toda associação é a conservação de direitos naturais, percebe-se que estes possuem um garantidor, qual seja, o Estado.

De acordo com Hobbes (2003, p. 115), quando alguém transfere o seu direito, ou a ele renuncia, o faz em consideração a outro direito que reciprocamente lhe foi transferido. Logo:

Há alguns direitos que são impossíveis de se admitir que alguns homens, por quaisquer palavras ou outros sinais, possam abandonar ou transferir. Em primeiro lugar, ninguém pode renunciar ao direito de resistir a quem o ataque pela força para lhe tirar a vida, pois é impossível admitir que com isso vise algum benefício próprio. O mesmo se pode dizer dos ferimentos, das cadeias e do cárcere, tanto porque desta resignação não pode resultar benefício – como há quando se resigna a permitir que outro seja ferido ou encarcerado, mas também porque é impossível saber, quando alguém lança mão da violência, se com ela pretende ou não provocar a morte. Por último, o motivo e fim devido ao qual se introduz esta renúncia e transferência do direito não é mais do que a segurança da pessoa de cada um, quanto à sua vida e quanto aos meios de preservá-la de maneira tal que não acabe por dela se cansar. Portanto, se por palavras ou outros sinais um homem parecer despojar-se do fim para que esses sinais foram criados, não se deve entender que é isso que ele quer dizer, ou que é essa a sua vontade, mas que ele ignorava a maneira como essas palavras e ações iriam ser interpretadas.

Inaugura o movimento constitucionalista, fruto dos ideários iluministas do século XVIII. Os direitos defendidos nessa geração cuidam das liberdades públicas, civis e direitos políticos. Como exemplos de direitos de primeira dimensão, temos o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à liberdade de expressão, à liberdade de religião, à participação política, etc.

Importante mencionar que esses direitos não eram destinados a qualquer pessoa do povo, visto que os seus ideais de formação são advindos das revoluções burguesas. Portanto, como eram direcionados à classe burguesa, apenas os integrantes desta classe podiam reclamar o cumprimento desses direitos.

2.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO

Os direitos fundamentais de segunda dimensão foram instituídos ao longo do século XIX, pelos movimentos do proletariado, buscando a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, tendo como marco inicial a Revolução Industrial.

Segundo Lafer (1998, p. 127), os direitos de segunda dimensão são os de trabalho, saúde, educação, dentre outros, informando que o sujeito passivo é o Estado, o qual tem o dever de realizar prestações positivas aos seus titulares, os

cidadãos, ao contrário da posição “negativa” quando da reivindicação dos direitos de primeira dimensão.

Nesse sentido, Sarlet (2012, p. 47), disserta que:

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a construção de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera de liberdade individual.

Logo, não se trata mais da liberdade do indivíduo perante o Estado, mas sim, da liberdade proporcionada pelo Estado. Ou seja, caracterizam-se por oferecerem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, etc, traduzindo-se numa mudança das liberdades formais abstratas para as matérias concretas². Além disso, convém mencionar que, foi no período após a 2ª Guerra que esses direitos foram recepcionados nas Constituições e ainda, foram sujeitos dos diversos pactos internacionais, buscando-se, sempre, dirimir as desigualdades sociais no sentido de oferecer uma proteção mais significativa aos mais fracos.

Vale à pena ressaltar que, esses direitos não englobam apenas aqueles considerados positivos, mas também, as chamadas “liberdades sociais”, como demonstram: a liberdade de sindicalização, o direito de greve e os direitos fundamentais dos trabalhadores, como férias, salário mínimo, repouso semanal remunerado e a jornada de trabalho limitada.

Por fim, percebe-se que esses direitos, dada a sua dimensão positiva, se destacam pela busca do direito ao bem-estar social. Sendo assim, passou-se a entender que tão importante como propiciar a liberdade dos indivíduos o é também despertar a conscientização da proteção do indivíduo por parte do Estado no sentido de diminuir as divergências sociais, na tentativa de nivelar as condições econômicas. Os direitos relacionados à dignidade da pessoa humana, não são taxativos ou limitados e sua permanência e continuidade vincula o respeito do Estado para o homem e deste para com seu semelhante, por uma questão natural.

² Sarlet, Ingo Wolfrang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 47.

2.4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIRA DIMENSÃO

Os direitos fundamentais de terceira geração possuem característica de titularidade difusa, foram criados visando a proteção da coletividade. São direitos voltados ao ser humano como coletividade, dirigidos a essência humana.

Surgem, pois, como uma necessidade de alargamento dos direitos do homem, bem como do conceito da dignidade humana, afirmando o caráter universal do indivíduo perante os regimes políticos e ideologias.

Sarlet (2012, p. 48), entende que:

Os direitos fundamentais da terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. Para outros, os direitos da terceira dimensão têm por destinatário precípua “o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.

Pode-se afirmar que esses direitos de terceira dimensão correspondem ao terceiro elemento idealizado na Revolução Francesa: a fraternidade, no sentido de proteger os direitos de uma sociedade modernamente organizada.

Ainda, de acordo com Sarlet (2012, p. 49):

A nota distintiva destes direitos da terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção. A atribuição da titularidade de direitos fundamentais ao próprio Estado e à Nação (direitos à autodeterminação, paz e desenvolvimento) tem suscitado sérias dúvidas no que concerne à própria qualificação de grande parte destas reivindicações como autênticos direitos fundamentais.

Como direitos de terceira dimensão temos: direito ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, direito de comunicação, de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e direito à paz, ou seja, direitos transindividuais.

Ou seja, os direitos fundamentais de terceira dimensão, por serem dotados em sua essência de universalidade, não se destinam, especificamente, à proteção

exclusiva do direito de um indivíduo ou de um grupo certo de indivíduos, ou ainda de um Estado, mas sim, tendo como sujeito o gênero humano, na sua totalidade, dispõe-se à proteção dos direitos coletivos em sentido amplo.

Após a explanação acerca dos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensões, percebe-se que os mesmos correspondem ao lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

2.5 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE QUARTA E DE QUINTA DIMENSÃO

Esses direitos são considerados recentes, não se encontrando consagrados na esfera do direito internacional e das ordens constitucionais internas. Sendo assim, ainda é questionável a existência de uma nova dimensão dos direitos fundamentais diante das incertezas que o futuro reserva. Ou seja, tratam-se daqueles direitos relacionados à engenharia genética.

Também explicando os direitos de quarta dimensão, como defensor dessa categoria, com aspecto introduzido pela globalização política, relacionados à democracia, à informação e ao pluralismo, Bonavides (2009, p. 571), explicita que:

A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores. (...) Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. (...) A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. É direito de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. (...) os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia.

Logo, percebe-se que essa quarta dimensão cuida da defesa dos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, distinguindo-se das demais dimensões por não buscar apenas as reivindicações dos clássicos direitos de liberdade e sim, cada vez mais, a máxima universalidade dos direitos.

De acordo com Sarlet, (2012, p. 51):

A dimensão da globalização dos direitos fundamentais, como formulada por Bonavides, longe está de obter o devido reconhecimento no direito positivo interno e internacional, não passando, por ora, de justa e saudável esperança com relação a um futuro melhor para a humanidade, revelando, de tal sorte, sua dimensão (ainda) eminentemente profética, embora não necessariamente utópica, o que, aliás, se depreende das próprias palavras do autor citado, para quem os direitos de quarta dimensão compreendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade dos povos.

Ou seja, além dos direitos de quarta dimensão, quais sejam: o direito à democracia, os direitos à informação, direito ao pluralismo e o direito à vida, existem autores defendendo a existência dos direitos da quinta dimensão, que se configura no direito à paz.

Por fim, vale ressaltar que, conforme explanado acima, as diversas dimensões dos direitos fundamentais, têm seu conteúdo material aberto e mutável.

Sendo possível constatar-se, por exemplo, que alguns nos direitos clássicos de primeira e até mesmo de segunda dimensão estão sendo revitalizados, em virtude das novas formas de violação aos valores tradicionais já incorporados ao patrimônio jurídico da humanidade.

2.6 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Para o Cristianismo, o conceito de dignidade proveniente da Bíblia Sagrada, equivale a um valor intrínseco da personalidade humana, não podendo ser dissociada e transformada em mero objeto.

Na antiguidade, por sua vez, os primeiros passos no sentido de estabelecer a defesa da dignidade, encontram-se respaldados no Código de Hamurabi, da Babilônia e da Assíria e no Código de Manu, na Índia, lembrando-se que, nessa época, a dignidade humana associava-se à posição que o indivíduo ocupava na sociedade, ou seja, o homem era mais ou menos digno de acordo com o seu status dentro da sociedade.

De acordo com Pérez-Luño, (2002, p. 24-25):

O traço básico que marca a origem dos direitos humanos na modernidade é precisamente seu caráter universal; o de serem faculdades que deve reconhecer-se a todos os homens sem exclusão. Convém insistir neste aspecto, porque direitos, em sua acepção de status ou situações jurídicas

ativas de liberdade, poder, pretensão ou imunidade existiram desde as culturas mais remotas, porém como atributo de apenas alguns membros da comunidade (...). Pois bem, resulta evidente que a partir do momento no qual podem-se postular direitos de todas as pessoas é possível falar em direitos humanos. Nas fases anteriores poder-se-ia falar de direitos de príncipes, de etnias, de estamentos, ou de grupos, mas não de direitos humanos como faculdades jurídicas de titularidade universal. O grande invento jurídico-político da modernidade reside, precisamente, em haver ampliado a titularidade das posições jurídicas ativas, ou seja, dos direitos a todos os homens, e em consequência, ter formulado o conceito de direitos humanos.

Para o pensamento estóico, a dignidade humana fundamentava-se como requisito diferenciador do ser humano em relação às outras criaturas, afirmando-se que o ser humano possui a liberdade de decidir como construir sua própria existência.

Logo, entende-se que, a dignidade da pessoa humana é um conceito extremamente abrangente e de difícil definição, tendo sido alvo de diversos debates ao longo da história, encontrando, no século XXI, status de valor supremo, apresentando-se como uma conquista da razão ético-jurídica.

Nesse aspecto, Sarlet (2013, p. 18), aduz que:

Uma das principais dificuldades, todavia – e aqui recolhemos a lição de Michael Sachs – reside no fato de que no caso da dignidade da pessoa, diversamente do que ocorre com as demais normas jus fundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc.), mas, sim, de uma qualidade tida por muitos – possivelmente a esmagadora maioria – como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade – como já restou evidenciado – passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade, pelo menos na sua condição jurídico-normativa.

Vale ressaltar que, mesmo possuindo status de valor supremo, a dignidade deve ser limitada, no sentido de não ser possível que a dignidade de um afete a de outrem. No direito internacional, as referências à dignidade humana encontram-se, geralmente, nos preâmbulos, como na Carta das Nações Unidas de 1945, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966, no Estatuto da UNESCO de 1945, entre outros. No Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana, configura-se como fundamento basilar na Carta Cidadã de 1988, conforme é demonstrado a seguir:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana;

Ressalte-se que, a dignidade como princípio fundamental do Estado Democrático, serve de base para os demais princípios e normas constitucionais, e ainda, das infraconstitucionais.

É válido, ainda, mencionar que a dignidade, constitui-se como um valor universal, apesar das diversidades socioculturais dos povos. Ou seja, apesar das diferenças, todos os seres humanos são detentores de igual dignidade, composta por um conjunto de direitos existenciais, cuja titularidade, por ser decorrente da própria condição humana dispensa a autoconsciência de sua própria existência.

Um dos pilares essenciais ao entendimento da dignidade é o pressuposto de igualdade entre os seres humanos. O respeito ao princípio da dignidade humana, não constitui ato de generosidade, mas dever de solidariedade. Dever que a todos é imposto pela ética, além de o ser pelo direito ou pela religião. Outro pilar, também essencial à dignidade é a liberdade, que permite ao indivíduo exercer plenamente os seus direitos existenciais, liberdade esta que encontra limites em outros direitos integrantes da personalidade humana, tais como a honra, a intimidade, a imagem. Liberdade exige responsabilidade social, porque sem ela constitui simples capricho³.

Levando-se em consideração a filosofia Kantiana, percebe-se que a dignidade humana não consiste num meio para conquista de determinados resultados, mas, sim, num fim, um atributo exclusivo da personalidade humana. Desse modo, essa filosofia configura-se se suma importância no processo de evolução dos direitos humanos.

Nesse sentido, Kant (2004, p. 33), afirma:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente, mas quando uma coisa está acima de todo preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade [...]. Esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo preço. Nunca ela poderia ser posta em

³ Andrade, André Gustavo Corrêa de. **O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e sua concretização judicial.** Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=5005d7e7-eb21-4fbb-bc4d-12affde2dbbe&groupId=10136>. Acesso em 23 jan. 2015.

cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade?

A partir dessa posição filosófica, a dignidade humana cristalizou-se nos textos jurídicos, como no Brasil, onde alcançou caráter fundamental junto a Constituição Federal de 1988, devendo, essencialmente, o Estado constitucional respeitar e proteger os indivíduos pela dimensão de sua dignidade.

Analisando o princípio da dignidade, Sarlet (2013, p. 142), disserta:

A dignidade da pessoa humana é a “primeira qualidade da pessoa humana”. Ao desenvolver isso, nós podemos descobrir as duas dimensões da dignidade. Há uma dignidade fundamental, substancial, que é dividida de forma igual entre todos os homens, qualquer que seja a sua situação ou os seus danos à realidade externa. Essa dignidade fundamental exige, porém a realização de atos, manifestando estes a dignidade que chamamos “atuada”. Dessa forma, se o princípio é absoluto, não se trata de um conceito estático. A dignidade é inalienável e ela é chamada a se realizar. É por isso que querer opor a dignidade à liberdade ou à igualdade não faz sentido. A expressão “respeitar a dignidade da pessoa humana” deve ser tomada em toda sua amplitude. Eis o que torna a sua utilização bastante difícil no direito.

Sendo assim, o respeito pela dignidade deve ser reconhecido como direito absoluto do indivíduo, sendo esse direito o mais fortemente impregnado nas visões ideológicas e políticas. Finalmente, é válido salientar que, os titulares da dignidade são todos os seres humanos, não existindo possibilidade, nem admissibilidade de perda da mesma.

3 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

O sistema carcerário ou prisional é o instituto onde é realizada a execução das penas privativas de liberdade, com o intuito de promover, entre outras coisas, a ressocialização do indivíduo, buscando propiciar circunstâncias favoráveis para reconduzi-lo à sociedade, respeitando-se, principalmente, as normas de direitos humanos.

3.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS SISTEMAS PRISIONAIS

Os sistemas prisionais foram alvo de diversas mudanças no decorrer da história. Nesse aspecto, temos, na antiguidade clássica, mais precisamente, no direito penal grego, a pena como sendo uma forma de retribuição pelo mal cometido, visando, além de atemorizar o réu para que este não voltasse a delinquir, exemplificar aos demais cidadãos com o objetivo de impedir que estes praticassem tais condutas censuradas. Importante mencionar que, como herança dessa época histórica, tem-se o início dos debates por parte dos filósofos gregos acerca da finalidade da pena e o direito de punir do Estado.

Seguindo raciocínio similar, o direito penal romano também atribuía ao Estado a responsabilidade pela aplicação das penalidades, sendo ele o zelador da paz e da segurança pública.

Em seguida, na Idade Média, encontram-se relatos onde se realizaram as penas mais cruéis, não respeitando o princípio da legalidade, o juiz, com plenos poderes, aplicava penalidades que não estavam anteriormente previstas.

Neste período, eram realizados dois tipos de prisões, uma prisão custódia, onde o indivíduo era encarcerado enquanto aguardava sua condenação final, podendo até ser perdoado, e a outra prisão tinha um cunho religioso, mais conhecido como prisão eclesiástica, na qual era aplicada a penitência aos clérigos rebeldes objetivando que estes refletissem e se arrependessem de seus atos. É ainda nessa época que se começa a utilizar o termo, penitenciária, visto que, a Igreja, chamava as penalidades de penitências, que eram aplicadas no sentido de

fazer com que o indivíduo pagasse pelo pecado cometido, sendo assim, seria ela necessária para que o infrator se arrependesse e retornasse à sociedade. Ou seja, surge então a ideia de ressocialização. Ressalte-se que, neste momento histórico predominava o medo perante a sociedade, pois as penitências eram aplicadas sem que se respeitasse os princípios da dignidade humana e da legalidade que ainda começavam a ser debatidos.

Por volta do século XVI, diante de um quadro social onde predominava a pobreza, além da frequente prática delinvente, e percebendo-se que as penas de morte não estavam alcançando o fim de repreender e amedrontar os criminosos desenvolve-se a criação das prisões com o intento de corrigir os réus, como por exemplo, a construção da *House of Correction*, em Londres, ambicionando a reeducação dos delinquentes através de disciplina e trabalhos rigorosos.

Nesses moldes, foram construídas, em Amsterdã, uma prisão especial para homens e uma para mulheres. Com o êxito destes sistemas prisionais, os demais países europeus passaram a adotá-los, contemplando uma importante mudança da prisão-custódia para a prisão-pena. Foram esses avanços que deram origem ao chamado sistema penitenciário.

Nessa perspectiva, surgem nos Estados Unidos do século XVII dois sistemas: o Alburniano e o Celular Pensilvânico, neste, o preso era mantido completamente isolado, não sendo a ele permitida a comunicação com os demais, nota-se, portanto, grave violação ao princípio da dignidade humana, tornando este sistema alvo de inúmeras críticas. No sistema Alburniano, o isolamento ocorria a noite, enquanto que, durante o dia os presos exerciam trabalhos, porém, deveriam cumprir com suas tarefas em absoluto silêncio, sendo negados a eles o lazer, as visitas e as práticas de exercícios.

Importante reportar-se a uma grande influenciadora da humanização nos sistemas prisionais, a Revolução Francesa de 1789, responsável pelo debate e luta por um sistema prisional que respeitasse a dignidade dos encarcerados.

No final do século XIX, na Inglaterra e com profunda influência do sistema Alburniano, bem como, da Revolução Francesa, começa-se a falar num tipo de sistema que buscava um maior respeito aos anseios humanitários, o sistema progressivo, nele, os encarcerados tinham seus registros individuais, onde eram feitas anotações de acordo com o seu comportamento nas atividades diárias, bem como, nas suas condutas regulares.

Sobre esse sistema, Assis (2007, p. 02), aponta sua análise:

A ideia de um sistema penitenciário progressivo surgiu no final do século XIX, mas, no entanto, sua utilização generalizou-se através da Europa só depois da I Guerra Mundial. A essência desse regime consistia em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um deles os privilégios que o recluso poderia desfrutar, de acordo com sua boa conduta e do avanço alcançado pelo tratamento reformador. Outro aspecto importante era o fato de possibilitar ao recluso reincorporar-se à sociedade antes do término da condenação. Basicamente, o sistema progressivo tinha como fundamento dois princípios: estimular a boa conduta do recluso e obter sua reforma moral para uma futura vida em sociedade. O avanço considerável obtido pelo sistema progressivo justifica-se pela importância por ele dada à vontade do recluso e de que ele diminuiria o rigor excessivo na aplicação da pena privativa de liberdade. Da filosofia original do sistema progressivo surgiram várias variantes e peculiaridades em outros sistemas, o que na verdade se constituíam num aperfeiçoamento do próprio sistema progressivo. As primeiras mudanças decorreram do surgimento do sistema progressivo inglês, desenvolvido pelo capitão Alexandre Maconochie, no ano de 1840, na Ilha de Norfolk, na Austrália. Esse sistema consistia em medir a duração da pena através de uma soma do trabalho e da boa conduta imposta ao condenado, de forma que a medida que o condenado satisfazia essas condições ele computava um certo número de marcas (mark system), de tal forma que a quantidade de marcas que o condenado necessitava obter antes de sua liberação deveria ser proporcional à gravidade do delito por ele praticado. A duração da pena baseava-se então da conjugação entre a gravidade do delito, o aproveitamento do trabalho e pela conduta do apenado.

Sendo assim, o sistema progressivo, era baseado em três etapas, na primeira o encarcerado era isolado tanto durante o dia como a noite, além da possível imputação ao trabalho obrigatório. Na segunda etapa era submetido a jornada de trabalho comum e isolamento noturno. Na terceira era realizada avaliação dos prontuários, podendo, em casos positivos, autorizar a liberdade condicional do prisioneiro. Importante legado desse sistema é a possibilidade concreta de reinserção dos presos na sociedade.

De acordo com Beccaria (1999, p. 03), a justiça dos homens se modifica conforme a política predominante na época:

A justiça divina e a justiça natural são, por sua essência, constantes e invariáveis, porque as relações existentes entre dois objetos da mesma natureza não podem mudar nunca. Mas, a justiça humana, ou, se quiser, a justiça política, não sendo mais do que uma relação estabelecida entre uma ação e o estado variável da sociedade, também pode variar, à medida que essa ação se torne vantajosa ou necessária ao estado social. Só se pode determinar bem a natureza dessa justiça examinando com atenção as relações complicadas das inconstantes combinações que governam os homens.

Ou seja, a justiça depende da política adotada pelo homem, julgando ser necessária ou não a punição, conforme suas diretrizes acerca de determinadas condutas. Além disso, dada a concentração de poder por parte do Estado, tem-se a criação da pessoa do legislador, no intuito de ser ele o responsável por tipificar as condutas censuradas.

Com o surgimento da Comissão Penitenciária Internacional, posteriormente transformada na Comissão Penal e Penitenciária no ano de 1929, ensejou-se a estruturação das Regras Mínimas da Organização das Nações Unidas (ONU), e após a 2ª Grande Guerra, inicia-se em diversos países a instauração de suas Leis de Execuções Penais, a exemplo da França, Argentina, Espanha, Brasil, e os demais estados-membros da ONU.

3.2 CONCEITO DE PRISÃO E FINALIDADE DAS PENAS

O conceito de prisão é definido de diversas maneiras pela doutrina, já que, cada doutrinador explica de acordo com o seu ponto de vista. Na esfera penal, a prisão constitui ferramenta estatal que objetiva o cumprimento de uma sentença transitada em julgado, ao passo que, na esfera processual, traduz-se num instrumento cautelar de que se vale o juiz no processo para impedir novos delitos pelo acusado, aplicar a sanção penal ou para evitar a fuga do processado, além de outros motivos e circunstâncias ocorrentes em cada caso concreto⁴.

Definindo a prisão, Nucci (2013, p. 616), afirma:

Prisão é a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana no cárcere. Não se distingue, nesse conceito, a prisão provisória, enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta de cumprimento de pena. Enquanto o Código Penal regula a prisão proveniente de condenação, estabelecendo as suas espécies, forma de cumprimento e regimes de abrigo do condenado, o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Em regra, a prisão deve alicerçar-se na decisão do magistrado competente sendo ela devidamente fundamentada, ou quando suceder a um flagrante delito,

⁴ VILAR, Eduardo Franco. **Direito Penal Brasileiro -PRISÃO - Conceito - Aspectos Históricos**. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/artigos/3022403>>. Acesso em: 01 fev. 2015.

hipótese na qual, qualquer pessoa pode concretizá-la. Estas modalidades encontram-se previstas no artigo 5º, LXI da Constituição Federal de 1988, que diz: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de prisão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Em outras palavras, prisão é a medida legal ou administrativa, de caráter punitivo, pela qual o indivíduo tem restrita a sua liberdade de locomover-se, por prática de ilícito penal ou por ordem de autoridade competente, nos casos previstos em lei.

As prisões, de acordo com a doutrina pátria, são elencadas em várias espécies, são elas:

- Prisão-pena: é a decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado, consiste na consagração do direito de punir do Estado;
- Prisão processual: possui natureza cautelar, objetivando o bom desenvolvimento da instrução processual, impossibilitando, inclusive, que o réu, se solto, volte a cometer crimes. Estão inseridas nessa modalidade a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária;
- Prisão civil: referente ao não cumprimento de uma obrigação civil, atualmente, só é cabível nos casos de inadimplemento de prestações alimentícias, prevista no artigo 733, § 1º do Código de Processo Civil (CPC);
- Prisão administrativa: conforme a Súmula 280 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), esta modalidade de prisão foi revogada pelos incisos LXI e LXVII da atual Constituição;
- Prisão disciplinar: prevista na vigente Carta Magna, é utilizada nas hipóteses de transgressões disciplinares e crimes militares próprios.

No entanto, dissertando sobre as espécies de prisão, Távora e Alencar (2012, p. 545), afirmam que:

A prisão é o cerceamento da liberdade de locomoção. É o encarceramento. Pode advir de decisão condenatória transitada em julgado, que é a chamada **prisão pena**, regulada pelo Código Penal, com o respectivo sistema de cumprimento, que é verdadeira prisão satisfativa, em resposta estatal ao delito ocorrido, tendo por título a decisão judicial definitiva. No transcorrer da persecução penal, contudo, é possível que se faça

necessário o encarceramento do indiciado ou réu, mesmo antes do marco final do processo. Isto se deve a uma necessidade premente devidamente motivada por hipóteses estritamente previstas em lei, traduzidas no risco demonstrado de que a permanência em liberdade do agente é um mal a ser evitado. Surge assim a possibilidade de **uma prisão sem pena**, também conhecida por prisão cautelar, provisória ou processual, que milita no âmbito da excepcionalidade, afinal, a regra é que a prisão só ocorra com o advento da sentença definitiva, em razão do preceito esculpido no art. 5º, inciso LVII da CF, pois “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (*grifos dos autores*).

Ou seja, para os referidos autores, a prisão se emoldura em apenas duas espécies, valendo salientar-se que, na esfera das prisões sem pena, encontram-se: a prisão em flagrante, a preventiva, a temporária, a administrativa, a decorrente de pronúncia e a decorrente de sentença condenatória recorrível.

Na tentativa de solucionar a problemática da criminalidade, tem-se diversas propostas, que buscam explicar a finalidade da pena, através de teorias, logo, as três correntes básicas são: a teoria absoluta, a relativa e a mista.

Na teoria absoluta, percebe-se o caráter retributivo, quando o Estado busca retribuir a conduta ilícita e o mal causado num terceiro, a pessoa do condenado, aqui, não se objetiva outra coisa a não ser a punição do delinquente. Ou seja, imputa-se uma sanção, como justa punição e retribuição, ao indivíduo por ter cometido um crime, buscando que o delinquente reflita sobre seus atos, ao saber que, praticando atos ilícitos, será ele castigado, e por esse castigo, passe a evitar a prática de tal conduta.

Já a teoria relativa, tem como pressuposto a prevenção de novas infrações, não se importando com a punição como forma de retribuição pela lesão causada pelo infrator. Nesse sentido, Beccaria (1997, p. 27), defendendo a ideia de prevenir novos delitos, afirma que:

É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males da vida.

Além disso, na teoria relativa, também chamada de preventiva, percebe-se uma subdivisão, qual seja: a teoria preventiva especial e a geral. Na especial, existe a destinação especificamente ao condenado, no intuito de coagi-lo a refletir a não praticar mais infrações, investindo, assim, na ressocialização do mesmo. Enquanto

que, na teoria preventiva geral, tem-se como destinatária a coletividade, buscando o controle da violência. É o que argumentam Zaffaroni e Pierangeli (2013, p. 115):

Dentro da prevenção geral, cabe citar a antiga teoria da intimidação, uma versão um pouco mais moderada, que foi a teoria da “coação psicológica”, sustentada por FEUERBACH. Para essa teoria a pena é uma ameaça que deve ter a suficiente entidade para configurar uma coação psicológica capaz de afastar do delito todos os possíveis autores.

A teoria mista, por sua vez, une os principais ideais das teorias anteriores, buscando, primordialmente, não só a repressão do infrator, como também a prevenção de novos delitos, além da ressocialização. Esta é a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme o caput do artigo 59, do vigente Código Penal (CP), *In verbis*:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

A Lei de Execução Penal, em conformidade com o Código Penal, adotou a teoria mista, na qual defende que a natureza retributiva da pena não tem como prerrogativa apenas a prevenção, mas também a humanização. Isto é, punir e humanizar são os objetivos da execução.

Ou seja, conserva a caracterização retributiva, decorrente da teoria absoluta, uma vez que, por mais amena que seja a pena, permanece como um castigo apropriado àquele que cometeu uma infração, retribuindo-se a ele uma lesão em resposta àquela por ele praticada. Ao passo que, influenciada pela teoria relativa, objetiva, com a aplicação da pena, evitar a prática de novos delitos, tentando mostrar à sociedade o caráter ilícito de tais condutas para que os demais indivíduos evitem-nas, bem como, o restabelecimento social do condenado, ou seja, sua reinserção social.

Finalmente, deve-se atentar para o fato de que a finalidade da pena e os objetivos da execução penal são duas coisas diferentes, já que, enquanto a pena tem por fim prevenir, reprimir e reintegrar socialmente o condenado, o processo de execução destina-se a consagrar o cumprimento da sentença penal condenatória, além de buscar a realização da recuperação do apenado.

3.3 DAS REGRAS MÍNIMAS DA ONU PARA O TRATAMENTO DE PRISIONEIRO E SUA INFLUÊNCIA NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Como precedentes das Regras Mínimas, encontram-se as disposições do Congresso de Londres, e as da reunião de Berna, de 1872 e 1926, sucessivamente. Publicadas no ano de 1929 no Boletim da Comissão Internacional Penal Penitenciária e examinadas, um ano após, no Congresso de Praga, foram aprovadas na Assembleia Geral da Liga das Nações em setembro de 1934. Após a 2ª Guerra Mundial, multiplicaram-se os debates sobre um reexame a respeito dos direitos dos presos.

Finalmente, em agosto de 1955, foram aprovadas as novas regras mínimas durante o I Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Delito e Tratamento do Delincente, ocorrido em Genebra. Posteriormente, em 25 de maio de 1984, através da resolução 1984/47, o Conselho Econômico e Social autorizou treze procedimentos para a aplicação efetiva das Regras Mínimas para o tratamento de reclusos.

Estas regras têm a finalidade de consolidar os princípios e as regras da organização das penitenciárias, assim como do tratamento dos prisioneiros, respeitando sua dignidade, em conformidade com o artigo 6º da Declaração Universal dos Direitos humanos, que assim dispõe: “Todo homem tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei”.

Assim, a LEP, em concordância com as finalidades das supracitadas regras, objetiva a harmônica integração social do condenado e do internado, é o que se afirma em seu artigo 1º: “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”.

Em relação à primeira parte das regras mínimas, nota-se que são aquelas de aplicação geral a todos os tipos de presos, sendo vedada qualquer tipo de discriminação. É o entendimento também da LEP, que proíbe qualquer prática discriminatória durante a execução, quando em seu artigo 3º, diz:

Art. 3º 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.

Com essa declaração de que não se deve existir distinção, seja ela de natureza racial, social, religiosa ou política, aprecia-se o princípio constitucional da isonomia, previsto no caput do artigo 5º de nossa Carta Política.

Dando prosseguimento à análise, observa-se que, tanto nas regras mínimas, como na LEP, existe a previsão quanto à separação e classificação dos prisioneiros, nas regras mínimas levando em consideração o sexo, a idade, seus antecedentes, as razões da detenção e o tratamento que lhes deve ser aplicado, enquanto que, na LEP essa classificação é feita de acordo com os antecedentes e a personalidade, no intuito de orientar a individualização da execução.

Em seguida, com relação aos locais onde os prisioneiros devem cumprir suas penas, é correlato tanto na LEP como nas regras mínimas, que esses locais devem obedecer às exigências de higiene, conforme os seguintes dispositivos da LEP:

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

- a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
- b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).

Art. 92. O condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, observados os requisitos da letra a, do parágrafo único, do artigo 88, desta Lei.

Parágrafo único. São também requisitos básicos das dependências coletivas:

- a) a seleção adequada dos presos;
- b) o limite de capacidade máxima que atenda os objetivos de individualização da pena.

Art. 104. O estabelecimento de que trata este Capítulo será instalado próximo de centro urbano, observando-se na construção as exigências mínimas referidas no artigo 88 e seu parágrafo único desta Lei.

Art. 99. O Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico destinam-se aos inimputáveis e semi-imputáveis referidos no artigo 26 e seu parágrafo único do Código Penal.

Parágrafo único. Aplica-se ao hospital, no que couber, o disposto no parágrafo único, do artigo 88, desta Lei.

Vale ressaltar que, a higiene pessoal e a limpeza da cela são atribuições do preso, bem como, o zelo por seus pertences, cabendo à Administração Penitenciária propiciar os meios fundamentais para que possam cumprir com estas funções. Além disso, cabe elencar como responsabilidade da Administração, conforme estabelecido nas regras mínimas e na LEP, o ônus da alimentação,

devendo esta ser de boa qualidade, bem preparada e servida, cujo valor nutricional seja suficiente para a manutenção de sua saúde e de suas forças.

Em relação à preocupação com a saúde, e já que não dispõem de sua liberdade de locomoção, têm os presos, o direito, garantido tanto na LEP como nas regras mínimas, de receber todo e qualquer atendimento médico de que necessitar, sendo o Estado o responsável pela integridade física e moral do apenado.

É de salutar importância, destacar o direito, autorizado nas legislações aqui analisadas, das mulheres reclusas em receber tratamento adequado nas penitenciárias, bem como a existência de creches, pois o recém-nascido necessita de amamentação. Nesse sentido, as chamadas Regras de Bangkok, que serão apreciadas no Capítulo 4, trazem as regras das Nações Unidas para o tratamento, especificamente, das mulheres presas.

3.4 ANÁLISE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

No Brasil, as primeiras legislações foram baseadas nas portuguesas, como as provenientes das Ordenações Afonsinas, de 1446, proclamadas por D. Afonso V, sendo substituídas, após decorridos cerca de 70 anos, pelas Ordenações Manuelinas, que se configuraram como definitivas leis do período colonial. Na verdade, estas leis focavam-se em defender os direitos de uma parcela da população, os donatários, implicando na permanência dos abusos, das desigualdades e injustiças sociais.

Em seguida, existiu a mais duradoura das Ordenações, as Filipinas, caracterizadas por imputarem penas extremamente severas e desproporcionais às condutas, muitas vezes irrelevantes. Sendo elas executadas na forca, na fogueira e, em alguns casos, mutilando partes do corpo dos condenados, como por exemplo no caso de Tiradentes. Além da disparidade de tratamento entre os delinquentes, e na distorção que se fazia entre direito, moral e religião.

A partir da Independência e da Carta Magna de 1824, substituiu-se a legislação vigente, possuindo como penas: a prisão perpétua, temporária, a possibilidade de trabalhos forçados, bem como a de morte. Assim, esse Código de normas que estabelecia tais regras, tornou-se lei em 1830, perfazendo-se como o primeiro Código Penal da América Latina. Ademais, influenciada pelos ideais

iluministas, a Constituição de 1824 preocupou-se em esboçar os direitos e garantias individuais.

Em seguida, com a Proclamação da República, potencializou-se o anseio por uma reforma na legislação penal, já que esta já encontrava-se vigente há cerca de 60 anos, após vários debates, em 1940, instituiu-se o novo Código, influenciado pelos Códigos Italiano e Suíço. Após, aproximadamente, 20 anos, o governo determinou que fosse elaborada uma nova reforma, junto com a qual, depois de alguns anos, convencionou-se, a criação da Lei de Execução Penal, de 1984.

Atualmente, o processo de execução das penas é disciplinado tanto na Carta Magna, nos Código Penal e de Processo Penal, bem como na Lei das Execuções Penais (Lei 7.210 de 11/07/1984), objetivando, sempre, a ressocialização do presidiário.

3.4.1 Princípios e garantias da execução penal

A execução penal é regida por princípios próprios e constitucionais que devem, indubitavelmente, ser obedecidos dada a sua importância perante as demais normas do direito. Entre esses princípios, um dos mais importantes é aquele que foi analisado no tópico 2.6 deste estudo, o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III da Carta Magna Brasileira, considerado como valor supremo que deve ser respeitado por toda a sociedade. Dessa forma, como não poderia deixar de ser, a LEP, em consonância com a ordem constitucional, esboça em seu artigo 40: “Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios”. Além disso, existe a preocupação no sistema penal brasileiro no sentido de não violar esse fundamento basilar, logo, a LEP tem os seus dispositivos inspirados pelo princípio da humanização, em sintonia com o da dignidade humana.

Acerca da humanização, Távora e Alencar (2012, p. 1313), discorrem:

Decorre do princípio da humanização da pena a sujeição legal do condenado a “direitos e deveres, que devem ser respeitados, sem que haja excesso de regalias, o que tornaria a punição desprovida da sua finalidade. Esses direitos e deveres previstos na Lei de Execução Penal [...] também encontram enlace na Constituição do Brasil, notadamente por garantir o respeito à integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIV), pela previsão de que a pena deve ser cumprida em estabelecimentos diversos em compasso com a natureza do crime, idade, e sexo do condenado (art. 5º,

XLVIII) e por preconizar que as presas têm direito a condições que assegurem a permanência com seus filhos enquanto estiverem amamentando (art. 5º, I). Como se depreende, a Constituição Federal alberga um modelo constitucional de processo, que se aplica não só ao direito penal e processual penal, mas também ao direito de execução penal.

Servindo como instrumento de controle do direito de punir do Estado, com influência nos fundamentos liberais do Iluminismo, encontra-se o princípio constitucional da legalidade, do qual decorre a ideia de irretroatividade da lei, conforme previsto na Carta Cidadã de 1988, que assim dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

[...]

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Decorrente do princípio da legalidade, o princípio do devido processo legal, garante ao indivíduo que ele só poderá ser processado e condenado se existir uma lei penal anterior tipificando uma conduta e imputando-lhe pena, esta cláusula mantém-se no processo de execução penal, decorrente do inciso LIV, artigo 5º, da Constituição do Brasil, que enuncia: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Importante ressaltar o princípio da isonomia, já mencionado no tópico “3.3” deste trabalho, que, conjuntamente com o princípio da dignidade, e em concordância com o princípio da legalidade, consagra-se como base do Estado Democrático de Direito, ao defender tratamento igualitário a todos os apenados e aos submetidos à medida de segurança que estejam em condições semelhantes.

Além disso, não se deve olvidar do princípio da individualização da pena, quando a sanção penal deve ser individualizada em relação ao seu modo de cumprimento, levando-se em consideração o caráter retributivo da pena e sua finalidade ressocializadora, por isso, após a emissão da guia de execução penal, deve ser realizado o exame quanto aos antecedentes e à personalidade do condenado. Importante mencionar que, apesar da individualização gerar tratamento

divergente aos apenados, esta não se confunde com qualquer tipo de discriminação. É o que entende Marcão (2013, p. 49):

Ao contrário do que se poderia concluir de uma leitura menos atenta à Lei de Execução Penal, a individualização da pena não representa discriminação, de qualquer forma, ainda que em razão dela alguns apenados venham a receber tratamento diferenciado dos outros. Garantia constitucional (art. 5º, XLVI, da CF), a individualização visa classificar o condenado, dando a cada um a possibilidade de receber tratamento condizente com sua particular situação frente ao Estado e às normas reguladoras do processo de execução. Aliás, a distribuição da Justiça, também em sede de execução, pressupõe tratar desigualmente os desiguais, o contrário seria, aí sim, forma de discriminação às avessas, decorrente do trato indiscriminado de todos, sem respeitar a individualidade reinante em cada um.

O contraditório e a ampla defesa constituem-se como princípios importantes nos processos de execução penal. Garantem, portanto, a necessidade de defesa técnica ao apenado, quando da instauração de procedimento administrativo que aplique sanção em virtude do cometimento de falta grave ou perante a oportunidade de suspensão de algum benefício ou, ainda, de regressão de regime, sob pena de nulidade. Previstos na Constituição, em seu artigo 5º, inciso LV, que dispõe: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Por fim, em consonância com o inciso XLV, artigo 5º da Lei Maior, que assim, dispõe:

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.

Destarte, percebe-se, claramente, a elucidação do princípio da personalização da pena, inserido entre os direitos e garantias fundamentais, e dele se infere que a responsabilidade deve ser individual, posto que ninguém pode responder criminalmente além dos limites da própria culpabilidade⁵.

⁵ Rede de ensino Luiz Flávio Gomes. **O que se entende pelo princípio da personalidade da pena?** Disponível em: <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1329433/o-que-se-entende-pelo-principio-da-personalidade-da-pena>> Acesso em 04 fev. 2015

3.4.2 Caracteres do sistema prisional brasileiro

Apesar das disposições legais em compatibilidade com as normas constitucionais, e ainda, com as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros, conforme analisado no item anterior, infelizmente, o sistema carcerário brasileiro encontra-se em crise. Nota-se uma profunda dificuldade em solucionar os problemas existentes, bem como em obedecer o que estabelece o ordenamento jurídico, além do desrespeito aos princípios e garantias fundamentais que foram fruto de uma árdua e duradoura conquista histórica e ainda, o fracasso em relação à sua principal função: a ressocialização do apenado.

De acordo com Nucci (2012, p. 996):

Na prática, no entanto, lamentavelmente, o Estado tem dado pouca atenção ao sistema carcerário, nas últimas décadas, deixando de lado a necessária humanização do cumprimento da pena, em especial, no tocante à privativa de liberdade, permitindo que muitos presídios se tenham transformado em autênticas masmorras, bem distantes do respeito à integridade física e moral dos presos, direito constitucionalmente imposto.

Um dos fatores mais preocupantes é, sem dúvidas, a superpopulação, característica presente na grande maioria dos presídios brasileiros, constituindo-se em verdadeira afronta aos princípios fundamentais e ao que estabelece a LEP, como se vê a seguir:

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.
Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:
a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).

Esta norma pragmática até hoje não é visualizada no sistema carcerário brasileiro, onde as celas, além de insalubres e superlotadas, em regra, não passam de compartimentos construídos sem a preocupação de seguir as diretrizes da LEP. A superlotação no sistema penitenciário impede que possa existir qualquer tipo de ressocialização e atendimento à população carcerária, o que faz surgir forte tensão, violência e constantes rebeliões⁶.

⁶ ARRUDA, Sande Nascimento de. **Sistema carcerário brasileiro: A ineficiência, as mazelas e o descaso presentes nos presídios superlotados e esquecidos pelo poder público**. Disponível em:

Rogério Greco, chama atenção para a situação de crise em que encontra-se o sistema prisional brasileiro, ao afirmar que, atualmente, ainda é possível visualizar práticas medievais nos presídios. Atentando, ainda, para outra enorme dificuldade que são as brigas e desentendimentos entre os detentos no interior dos estabelecimentos penais, além do fato de que, grande parte dos diretores dessas casas de detenção não tem o preparo específico para administrar tais estabelecimentos, muitas vezes, ocupando esses cargos apenas por decisões políticas. Ou seja, para ele, com o desrespeito e a falta de interesse à dignidade dos apenados, o Estado acaba por cumprir com o oposto da finalidade principal que é a de ressocialização. (Informação verbal⁷).

Renato Marcão (2013, p. 116-117), também preocupado com a atual situação, assim declara:

No Brasil, a esmagadora maioria dos estabelecimentos penais não atende às especificações da LEP, o que contribui negativamente com o ideal de readaptação social.

Essas situações devem ser retratadas nos relatórios de visita periódica a que estão obrigados por lei o Promotor de Justiça, o Defensor Público e Juiz da Execução, e, de consequência, providências devem ser adotadas visando coibir as ilegalidades.

Compete ao Juiz da Execução “inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade” (LEP, art. 65, VII), bem como interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos da LEP (art. 65, VIII).

É atribuição do Ministério Público e também da Defensoria Pública promover ação civil e/ou representar ao Juiz da Execução com vistas ao cumprimento da LEP e da CF. O que não dá para aceitar é a omissão de todos (onde ocorre).

O cenário do sistema prisional encontra-se tão precário que há, inclusive, julgados dos Tribunais Superiores concedendo indenizações por danos morais aos apenados em estado desumano, senão vejamos:

REsp 873039 MS 2006/0167518-5 PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DANOS MORAIS. PRESIDÁRIO. CARCERAGEM. LOTAÇÃO DESARRAZOADA. CONFIGURAÇÃO DA NEGLIGÊNCIA ESTATAL. SÚMULA N.º 07 DO STJ. HONORÁRIOS DE ADVOGADO DEVIDOS PELO ESTADO À DEFENSORIA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. [...] O Estado é responsável pela construção e administração do sistema

<<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advoogados-leis-jurisprudencia/59/sistema-carcerario-brasileiro-a-ineficiencia-as-mazelas-e-o-213019-1.asp>>. Acesso em: 04 fev. 2015.

⁷ Palestra proferida por Rogério Greco no I Congresso Jurídico Online de Ciências Criminais em 22 de novembro de 2014.

penitenciário, especialmente pela boa manutenção e regular funcionamento dos estabelecimentos prisionais, cabendo, portanto, observar que, ao exercer o direito de punir e de restringir a liberdade dos indivíduos que transgridem as leis, passa a ter o dever de custódia sobre eles. [...] De flui da Constituição federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual".

Além disso, existe, em muitos casos, a corrupção dos agentes públicos como uma realidade habitual no âmbito das penitenciárias. Isso constitui-se uma das principais maneiras através das quais os apenados conseguem certas vantagens de dentro dos presídios, seja pelo através do uso de celulares, drogas, inclusive, comumente se vê em telejornais escândalos de detentos controlando o tráfico de dentro das prisões. Há, ainda, a falta de condições favoráveis e estímulos, em grande parte das penitenciárias, para o trabalho dos apenados.

Contudo, é válido mencionar que, provavelmente, é possível solucionar essas dificuldades, mas, como se trata de um problema mais político que legislativo, por ser visível o efetivo descumprimento das normas, é importante que a sociedade colabore, buscando uma urgente mudança de mentalidade, já que a grande maioria das pessoas tem o pensamento no sentido de que basta prender para solucionar, fato que, conforme visto acima não faz sentido, e ainda um desarraigamento do preconceito e falta de oportunidade existente em relação a pessoa do egresso. É possível uma mudança benéfica no sistema penitenciário brasileiro, resta interesse de agir por parte dos responsáveis.

4 ANÁLISE JURÍDICO-SOCIAL DA SITUAÇÃO DA MULHER ENCARCERADA COM FILHO RECÉM-NASCIDO

Considera-se relativamente recente a participação feminina no cometimento de crimes, além disso, é perceptível a menor quantidade de mulheres no cárcere, em relação ao sexo masculino. Este fato foi explicado, durante muito tempo, pela criminologia tradicional, como um atraso biológico feminino, cuja mentalidade não teria evoluído tanto quanto a masculina e, portanto, estava menos propensa a cometer crimes. Além disso, entendia-se que as mulheres, quando delinquiram, o faziam sob a influência de fenômenos biológicos ou naturais.

Conforme afirma Sohiet (1989, p. 98):

A mulher normal, portanto, apresentaria graves defeitos em proporção superior àqueles do homem, porém sua fraca inteligência, frigidez sexual, fraqueza das paixões, dependência, unidos ao sentimento maternal, mantinham-na como uma "semicriminalóide inofensiva". Ao contrário, aquelas dotadas de erotismo intenso, com sensibilidade sexual superior à das mulheres normais, dotadas de forte inteligência, se revelavam extremamente perigosas; eram as criminosas natas, cujas tendências para o mal eram mais numerosas e variadas que as do homem, algumas prostitutas natas e as loucas.

Em consonância com esse pensamento, durante muito tempo, alegou-se justamente isso, que as mulheres que exibiam sua conduta sexual estavam mais propensas ao cometimento de crimes. Sendo assim, percebe-se uma profunda ligação da criminalidade feminina com as prostitutas, já que eram as que mais estavam propensas a tais práticas.

No Brasil, a população carcerária feminina aumentou 256% nos últimos 12 anos, de acordo com um levantamento realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen)⁸. Analisando os dados mais recentes disponibilizados pelo Ministério da Justiça, percebe-se, claramente, que apesar do constante crescimento, o total de mulheres presas ainda configura-se, largamente, menor que o total de homens apenados. Além disso, nota-se que, até dezembro de 2013, o número de mulheres presas, em regime de cumprimento de pena fechado, perfazia um total de

⁸ Ministério da Justiça. GOVERNO FEDERAL. **Numero de mulheres presas aumentou 256% em 12 anos**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/numero-de-mulheres-presas-aumentou-256-em-12-anos>>. Acesso em: 13 fev. 2015.

14.281, em regime semiaberto, 5.734 e em regime aberto 1260. Logo, pode-se afirmar que, representam, aproximadamente, 6,3 % do total da população carcerária.

Vale ressaltar que, na maioria dos casos, a delinquência feminina encontra-se associada com o tráfico de drogas, constituindo raridade a associação das mulheres a crimes praticados com violência.

Nesse contexto, se faz presente a preocupação no atendimento e desenvolvimento de políticas, em especial, às mulheres encarceradas com filhos recém-nascidos. Já que, dentre os direitos humanos assegurados expressamente pela Constituição Federal, estão o direito social à proteção da maternidade e da infância e o direito das mulheres encarceradas de permanência com seus filhos durante a fase de amamentação.

4.1 OBSERVAÇÕES ACERCA DA PRÁTICA DELITUOSA FEMININA

Constata-se que o cometimento de crimes por parte das mulheres, começou a ser analisado a partir do século XIX, quando se observa uma desobediência delas às leis. Obviamente, já havia delinquido anteriormente, no entanto, foi no referido período que seus atos assumem caracteres específicos, até então, não vislumbrados na sociedade.

Dessa análise, começou-se a enquadrar as mulheres em grupos, sem se importar com as questões culturais, levando-se em consideração apenas as questões biológicas, conforme explanado anteriormente. Assim, existia o grupo das criminosas natas, que seriam aquelas mais perversas delinquentes. Havia também o grupo das criminosas por ocasião, que teriam tendência a praticar crimes em variados níveis. E, por fim, o grupo das criminosas por paixão, caracterizado pelas mulheres que estavam propensas a cometer delitos de acordo com as suas paixões.

Em relação à origem do entendimento da criminalidade feminina, em maior destaque, encontram-se a prática de bruxaria e prostituição, comportamentos que afrontavam os papéis socialmente designados às mulheres. Dessa maneira, a concepção do surgimento das prisões no Brasil, encontra-se vinculada aos ditames da moral e da religião.

Ressalte-se que a criminalidade da mulher, continuamente, foi analisada em relação a dos homens, sendo ela, muitas vezes, vista como vítima, agindo, muitas

vezes, influenciada por algum homem, já que, ao seguir o comportamento a ela estabelecido, estaria sempre encoberta de um caráter honesto, por serem, em grande parte, mães e esposas.

Acerca dessa estigmatização, Martins (2009, p. 120), afirma:

Esse discurso postula a não estigmatização tanto do criminoso nato, com tendências perigosas, quanto da vítima em sua honestidade. Isso porque, da mesma forma que apenas alguns grupos são criminalizados, apenas algumas mulheres que correspondem à figura da mulher honesta são consideradas vítimas. A seletividade ocorre para os dois lados e o discurso criminológico feminista propõe-se a desconstruir ambos.

Ou seja, a mulher, ao cometer algum delito, se desviava da figura de caráter honesto, em cumprimento ao papel a elas esperado socialmente. Sendo assim, percebe-se, claramente, que a mulher está, ao longo da história, subordinada aos padrões impostos pela sociedade, justificados como padrões naturais, ou seja, biológicos.

Desta feita, nota-se que, nos primeiros estabelecimentos penais, existia a preocupação, por parte dos gestores prisionais, de transformação dos valores dessas mulheres que se distanciaram dos seus valores naturais.

De acordo com Soares e Ilgenfritz (2002, p. 58):

Dedicadas às prendas domésticas de todo tipo (bordado, costura, cozinha, cuidado da casa e dos filhos e marido), elas estariam aptas a retornar ao convívio social e da família, ou, caso fossem solteiras, idosas ou sem vocação para o casamento, estariam preparadas para a vida religiosa.

Importante mencionar que, o resultado desse objetivo de “domesticação” das apenadas foi exatamente o oposto, visto que elas acabavam por se tornar, cada vez mais, rebeldes e ferozes. Podendo ressaltar ainda que, esse aspecto moral e religioso predominante no sistema prisional feminino representa ato discriminatório, legado que produz efeitos até os dias atuais. Já que, em relação a sua punição, além do objetivo de castigo pelo delito praticado, ela tem que se conscientizar da obrigação de se emoldurar no papel a ela designado pela sociedade.

Em relação aos tipos de crimes comumente praticados, tem-se uma mudança, já que, os primeiros relatos são de crime de bruxaria, prostituição e vadiagem. Enquanto que, nos dias atuais, além de outros crimes, a grande maioria

está relacionada aos crimes de tráfico e consumo de drogas, geralmente influenciadas pelos cônjuges, filhos, irmãos ou amigos.

Nessa seara, Pimentel (2008, p. 3-4), afirma:

A forma como as mulheres compreendem os seus papéis nas relações afetivas as leva a não se reconhecerem como criminosas quando se tornam traficantes em nome do amor que sentem por seus companheiros e pela família é no contexto das relações sociais com o homem traficante e a partir das representações sociais que formulam acerca do papel feminino na relação afetiva, que as mulheres traficantes justificam suas práticas relacionadas ao crime, mais precisamente ao tráfico de drogas, ainda que esse envolvimento seja esporádico ou relacionado ao uso de drogas.

Isto é, a mulher, frequentemente, apesar de saber que o tráfico de drogas é crime, se deixa influenciar, muitas vezes, por chantagens, sejam de seus parceiros ou de familiares.

Além disso, nessa modalidade de crime, não se exige qualificação de mão de obra, muito menos experiência; deste modo, constituindo-se numa proposta tentadora para aquelas mulheres que não possuem emprego, ou que estão em busca de auxiliar os seus companheiros nas despesas do lar; além disso, vale lembrar que, é uma atividade muito lucrativa e com retorno financeiro rápido e facilitado; portanto, a grande maioria, acaba, cedendo, e praticando tais condutas. Acrescente-se ainda, a maior facilidade que possui em propagar-se com a droga, em razão de não se configurar como foco preponderante da atuação policial; logo, propiciando a prática deste crime.

Cumprе ressaltar, ainda, que o aumento significativo dos casos de delinqüência feminina, encontra-se associado às conquistas de igualdade, garantindo uma ampliação considerável de sua participação em todos os segmentos da sociedade. Sendo assim, é de salutar importância o desenvolvimento de políticas voltadas às peculiaridades femininas, como por exemplo, a maternidade, situação a qual toda mulher está sujeita e ainda necessita de muita reflexão no sentido de desenvolver um pensamento que suscite essa problemática. A conscientização social e legal sobre determinadas condutas, também poderá auxiliar no entendimento de que o crime não compensa e que a paz e a tranquilidade ainda é o melhor caminho.

4.2 O SISTEMA CARCERÁRIO FEMININO E SUAS PECULIARIDADES

Sabe-se, conforme explanado em item anterior, que as mulheres, assim como os homens, sempre cometeram crimes, no entanto, além de ser em menor escala, em razão de estarem restritas ao âmbito de seus lares, já que eram encarregadas das obrigações domésticas e, motivadas, muitas vezes pela emoção, não se dava maior visibilidade a tais práticas, visto que, dadas as características destes delitos, os mesmos eram de difícil constatação. Fato que começou a se transformar a partir da modificação das atribuições sociais da mulher.

Assim, como atualmente a mulher conseguiu maior espaço na sociedade, importante conquista no sentido de igualdade em relação aos homens, e não se restringe mais apenas ao âmbito de seus lares, passando a ocupar em maior quantidade diversos setores, em especial o mercado de trabalho, natural é que aconteça o mesmo em relação a outro setor: a criminalidade. Logicamente esse aumento da criminalidade feminina não está associado apenas ao fato da mulher estar ocupando maiores espaços na sociedade, mas sim, de um conjunto de fatores socioeconômicos.

Consequentemente se configura preocupante esse fato, já que, apesar da proporção de mulheres criminosas serem bem menor que a de homens, constata-se que, a cada ano, a quantidade de mulheres presas aumenta numa velocidade considerável.

Entretanto, apesar da constante luta e das diversas conquistas por uma igualdade entre os gêneros, nota-se uma disparidade em relação aos estabelecimentos prisionais, visto que, as necessidades femininas vão além das masculinas, ademais, cumpre mencionar que os presídios foram pensados com foco no sexo masculino, como já fora explanado até aqui.

Com referência a essa desigualdade, Buglione (2000, p. 1), declara:

No caso das mulheres presas percebe-se um protecionismo discriminatório quando se trata da sexualidade feminina, refletindo a expectativa social do devido comportamento da mulher. A mulher presa é desestimulada em sua vida sexual face a burocratização para o acesso à visita conjugal. A importância e atenção dirigida à reprodução, e por consequência à sexualidade e à moral feminina, são resultados de todo um processo histórico que tem na família, não apenas a raiz social, mas o meio naturalmente legal de transmissão da propriedade e dos bens.

Em relação a essa problemática, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP, através da Resolução nº 01 de 30 de março de 1999, faz uma recomendação aos Departamentos Penitenciários Estaduais ou órgãos congêneres, no sentido de assegurar o direito à visita íntima às pessoas de ambos os gêneros que se encontram recolhidos em estabelecimentos prisionais, por entender que essa prerrogativa trata-se de um direito constitucionalmente assegurado às pessoas sob privação de liberdade.

Acerca desse assunto, Leal (2012, p. 262- 263), leciona que:

Em trâmite no Congresso Nacional, o Projeto de Lei 107, de 1999, de autoria da Deputada Maria Elvira, altera o art. 41 da LEP, inclui o inciso XI (visita íntima) e modifica a numeração dos subsequentes. Na justificação, assevera que dita visita deve ser vista como um direito e não como uma recompensa e aduz que a abstenção sexual, sendo forçada, causa danos e pode gerar um desequilíbrio no indivíduo, aumentar a violência, a belicosidade, as condutas disruptivas e o clima de tensão na unidade. Em 1999, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária recomendou, mediante Resolução, que fosse: “*assegurado o direito de visita íntima aos indivíduos de ambos os sexos, recolhidos nos estabelecimentos penais*”. Depois de considerar que a visita íntima é um “*direito constitucionalmente assegurado aos presos*”. [...] Note-se que a Resolução versa sobre a visita íntima de presos ou reclusas, intentando-se com isso opor-se a discriminações que, a despeito do princípio da igualdade, ainda podem existir quanto às mulheres. Entretanto, nem todos os Estados brasileiros autorizam a visita íntima nas penitenciárias femininas, já que existe o receio que as internas possam engravidar. Por outra parte, não é mencionada a opção sexual.

A colocação da mulher no cárcere, inevitavelmente, enseja uma complexa exclusão, em virtude de a mesma ocupar a essência do centro familiar, em especial, a deficiência do referencial materno dos filhos, sem falar na dificuldade de contato com o restante da família, além de, frequentemente, os presídios estarem localizados em lugares distantes dos seus lares.

Ademais, a principal fonte de desigualdade entre os gêneros (masculino e feminino), consiste exatamente na condição natural do que é mulher e o seu modo de atuação perante as atividades societárias que se perfazem no próprio ambiente carcerário: que é ser mãe, responsável por motivar uma atenção especial no ambiente carcerário; pois, se fazem necessários o acompanhamento pré-natal, os diversos cuidados durante a gestação, além do período de aleitamento materno.

4.2.1 Lei de Execução Penal em relação ao cárcere feminino associada às Regras de Bangkok

Conforme explanado, o princípio constitucional da igualdade propõe que todos são iguais perante a lei, no entanto deve-se analisar as desigualdades entre os indivíduos, como no caso do sistema carcerário que foi idealizado por homens e para homens. Sendo assim, é recente a normatização legal que estabelece, que devem existir estabelecimentos penais diferentes para ambos os gêneros, atendendo as especificidades de cada um.

A Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984, ou Lei de Execução Penal – LEP é responsável pela regularização do cumprimento de pena, e inovadora, no seu caráter garantista, ao respeitar o amplo rol de direitos relacionados às recomendações internacionais. Visto que, foi idealizada em harmonia com a Declaração dos Direitos Humanos, tendo como um dos fundamentos basilares, o constante no artigo 1º desta Declaração, qual seja: “Art. 1º 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”.

Além disso, a LEP reúne outros documentos importantes, constituindo-se norma fundamental para a execução punitiva, nesse sentido e de forma explicativa, Leal (2012, p. 148), aponta que:

A Lei de Execução Penal se somam outros documentos como o Plano Nacional de Política Penitenciária, elaborado pelo CNPCP em 04.04.2001, onde se propõe, à maneira de exemplo: promover a imediata retirada de todos os presos que se encontram recolhidos em Delegacias de Polícia e construir Centros de Detenção Provisória; integrar as universidades no processo de assistência ao preso, mediante convênios que viabilizem o atendimento por intermédio de estágios nas áreas jurídica, médica, odontológica, de educação física, assistência social, psicológica, etc.; promover a melhoria das condições humanas nos cárceres, nos planos médico, educacional e laborativo, com a formação e qualificação profissional, inclusive mediante o concurso de empresários e órgãos públicos, envolver entidades religiosas, associações profissionais, clubes de serviço e outros órgãos congêneres no processo de reinserção social do internado ou condenado; apoiar a criação e implantação, nas unidades federativas, de quadros de carreira de servidores penitenciários, especialmente de agentes prisionais.

Nesses termos, percebe-se, claramente, a preocupação da norma em relação à consolidação das disposições da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Preconizando, ainda, diversas maneiras de assistência, conforme o artigo 11 da LEP, que diz: “A assistência será: I- material; II- à saúde; III- jurídica; IV- educacional; V- social; VI- religiosa.

De acordo com Marcão (2012, p. 50-51):

Estabelece o art. 10 da Lei de Execução Penal que “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”. E arremata o parágrafo único: “A assistência estende-se ao egresso”. Tem por objetivo evitar o tratamento discriminatório e resguardar a dignidade da pessoa humana. Preso, evidentemente, é aquele que se encontra recolhido em estabelecimento prisional, cautelarmente ou em razão de sentença penal condenatória com trânsito em julgado. Portanto, preso provisório ou definitivo. A lei não restringe a assistência apenas e tão somente aos condenados definitivamente. [...] O objetivo da assistência, como está expresso, é prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. A assistência aos condenados e aos internados é exigência básica para conceber a pena e a medida de segurança como processo de diálogo entre os destinatários e a comunidade.

Em relação à assistência à saúde, especificada no artigo 14 da Lei de Execução Penal, sabe-se que, por estar o preso privado de sua liberdade de locomoção, constitui-se dever do Estado a responsabilidade pela integridade física e moral do mesmo.

No entanto, essa assertiva não condiz com a realidade atual e a integridade que se refere à lei, resta prejudicada em todos os sentidos, caracterizada no aspecto omissivo estatal, tanto no critério material como pessoal. Para Renato Marcão (2012, p. 52-53):

A realidade nos mostra, entretanto, que os estabelecimentos penais não dispõem de equipamentos e pessoal apropriados para os atendimentos médico, farmacêutico, e odontológico. [...] Ocorre, entretanto, que também a rede pública, que deveria prestar tais serviços, é carente e não dispõe de condições adequadas para dar atendimento de qualidade mesmo à camada ordeira da população que também necessita de assistência estatal. O Estado não conseguiu efetivar tais direitos. Não os assegura, de fato, ainda hoje. [...] Diante de tal quadro, tribunais têm decidido que, demonstrada “a necessidade de tratamento e acompanhamento médico do preso, face à doença que o acomete, e carecendo os hospitais do órgão de unidade de tratamento intensivo, autoriza-se a prisão domiciliar”, e que “o preso tem direito à assistência médica adequada, podendo permanecer em sua residência pelo tempo que se fizer necessário ao completo restabelecimento de sua saúde, nos termos do art. 14, § 2º, da Lei n. 7210/84”.

No tocante à situação das especificidades que se demonstram em relação às mulheres presas, tem-se uma preocupação no que se refere à questão da amamentação, da infância e da saúde da mulher.

A proteção da maternidade, da infância, e o direito das mulheres privadas de liberdade, de permanência com seus filhos durante a fase de amamentação, encontram-se resguardados na Constituição Federal de 1988, como dispõem o artigo 5º, inciso L, e o artigo 6º, caput. Senão vejamos:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

A Lei de Execução Penal, nos artigos 83 a 89, busca assegurar, expressamente, às mulheres presas o direito de cuidar e amamentar seus filhos por, no mínimo, 6 (seis) meses, prevendo ainda que as penitenciárias de mulheres deverão obrigatoriamente dispor de espaços adequados ao acolhimento de gestantes e parturientes, como se pode observar:

Art. 83. § 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. 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.

É reconhecido, portanto, que o aleitamento materno é de crucial relevância no que tange ao crescimento sadio da criança. Já que, além de conter os nutrientes essenciais para a saúde da criança, ainda constitui-se como importante intensificador do vínculo afetivo entre a mãe e o bebê.

Nesse aspecto, aponta Moraes (1998, p. 244-245):

Trata-se de inovação em termos de direitos humanos fundamentais garantir-se o direito às presidiárias de amamentarem seus filhos. A destinação dessa previsão é dúplice, pois ao mesmo tempo que garante à mãe o direito

ao contato e amamentação com seu filho, garante a este o direito à alimentação natural, por meio do aleitamento.

Às mães fica a difícil decisão sobre a situação dos filhos, uma vez que sua permissão em inserir as crianças no ambiente carcerário é algo bastante complexo, que irá expor a criança a um ambiente extremamente inseguro, perigoso, ausente de liberdade e carente de direitos. Já sua abdicação ao convívio com o bebê nos primeiros meses de vida acarreta o distanciamento ou inexistência da relação fundamental entre a mãe e o recém-nascido, cessando a possibilidade de amamentação garantida constitucionalmente e de grande importância para o desenvolvimento saudável do bebê.

O aleitamento materno traz vantagens tanto do ponto de vista físico quanto emocional, como se observa no Manual de aleitamento materno elaborado pela Unicef (2008, p. 07):

O aleitamento materno tem vantagens para a mãe e para o bebê: o leite materno previne infecções gastrintestinais, respiratórias e urinárias; o leite materno tem um efeito protetor sobre as alergias, nomeadamente as específicas para as proteínas do leite de vaca; o leite materno faz com que os bebês tenham uma melhor adaptação a outros alimentos. A longo prazo, podemos referir também a importância do aleitamento materno na prevenção da diabetes e de linfomas. No que diz respeito às vantagens para a mãe, o aleitamento materno facilita uma involução uterina mais precoce, e associa-se a uma menor probabilidade de ter cancro da mama entre outros. Sobretudo, permite à mãe sentir o prazer único de amamentar. E esse fato apenas demonstra a necessidade dessa relação entre a criança e a mãe nos primeiros dias do nascimento.

Ademais, consideradas as peculiaridades notáveis do gênero feminino, é importante ressaltar que, os estabelecimentos prisionais voltados a esse sexo devem ser dotados de seção para gestante e parturiente, além disso, o artigo 89 da LEP, conforme citado, prevê a necessidade de construção de creche para acomodar crianças maiores de seis anos e menores de sete, com o intuito de auxiliá-las, no caso de desamparo, estando a sua genitora presa.

Cumpram-se ainda, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, e as chamadas Regras de Bangkok, aprovadas pela ONU, em dezembro de 2010. Estas regras, referem-se ao tratamento específico de mulheres presas, logo abrangem a situação das mães e dos filhos recém-nascidos, e o direito de definir como irá dispor de seus filhos ou da possibilidade de ver seus familiares, no momento da prisão, e tudo em função do que for melhor para a criança, se depreende da Regra 2.

Configurando-se como precaução essencial no intuito de evitar o desamparo das crianças, quando da prisão da mãe, sendo assim, de acordo com a Regra 3, a autoridade policial deve indagar a mulher sobre a existência de filhos e, ainda, em caso positivo, se existe alguém na família que possa se responsabilizar pelos cuidados da criança. Abrindo, inclusive, a possibilidade de, no caso de não existir quem cuide do filho, que a mãe o faça em liberdade, durante um certo tempo.

Os direitos estabelecidos pela legislação em destaque, devem ser ofertados a todas as mulheres e seus filhos indistintamente. Com o crescimento constante da população carcerária feminina e a possibilidade de nascimento de crianças nos estabelecimentos carcerários, constata-se uma atenção especial no sentido de pensar em políticas que deem evidência ao atendimento das necessidades dessas pessoas. No entanto, esses direitos, ainda não se configuram como uma realidade nos espaços prisionais.

Busca-se, assim, uma associação das Regras de Bangkok com o ordenamento jurídico brasileiro, aliado a sensibilização de profissionais na área, no intuito de consagrar, na prática, as disposições, garantindo o contato das mães com seus filhos.

4.3 A LACTANTE NO AMBIENTE PENITENCIÁRIO

Por mais que se executem esforços no sentido de assemelhar o estabelecimento prisional a um lar, não é recomendável que as crianças filhas de mulheres presas permaneçam nos estabelecimentos prisionais por longos períodos, "cumprindo pena" ao lado de suas progenitoras. Além disso, subsiste a preocupação do impacto causado pela ausência da mãe na vida de uma criança.

Ademais, ressalte-se que, infelizmente, a realidade do sistema carcerário não consegue cumprir com o estabelecido nas legislações. Trazendo uma grande preocupação no que tange ao respeito pela dignidade humana tanto da mãe, como do filho, visto que, ao ser colocado em ambiente impróprio, estaria em situação de cárcere, ou seja, privado de sua liberdade, desrespeitando-se, obviamente, o princípio da personalidade ou pessoalidade da pena. Uma vez que, vislumbrar-se-ia um contágio da pena em relação ao recém-nascido.

O Estatuto da Criança e do Adolescente defende que nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punindo, na forma da lei, qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais (artigo 5º), impondo ao Poder Público, às instituições e aos empregadores o dever de propiciar condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas à medida privativa de liberdade (artigo 9º).

Nesta seara, o ECA, assegura, ainda, à gestante o atendimento médico pré e perinatal, e também acompanhamento no período pós-natal, garantindo, o direito à amamentação, inclusive no caso das mães privadas da liberdade. Conforme se infere a seguir:

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

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

§ 1º A gestante será encaminhada aos diferentes níveis de atendimento, segundo critérios médicos específicos, obedecendo-se aos princípios de regionalização e hierarquização do Sistema.

§ 2º A parturiente será atendida preferencialmente pelo mesmo médico que a acompanhou na fase pré-natal.

§ 3º Incumbe ao poder público propiciar apoio alimentar à gestante e à nutriz que dele necessitem.

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

§ 5º A assistência referida no § 4º deste artigo deverá ser também prestada a gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção”.

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

Diante dos inúmeros casos nos quais as mulheres vêm sofrendo mitigação dos seus direitos, em virtude da falta de estrutura dos estabelecimentos penais, a Jurisprudência vem admitindo, por analogia às hipóteses do artigo 117 da Lei de Execução Penal, uma espécie de prisão domiciliar especial, conforme se identifica nos seguintes julgados:

O preso não pode ser punido pela falta de estrutura carcerária do Estado. Habeas corpus é instrumento apto a sanar tamanha ilegalidade. Se não há vagas no regime de cumprimento de pena adequado - e determinado pelo Juízo da Execução -, assiste ao sentenciado o direito de aguardar em

regime aberto pela determinada. Fixado o prazo de 48 horas para a transferência do sentenciado para o regime adequado. Caso não seja cumprido, será expedido alvará de soltura para que aguarde no regime aberto a vaga apropriada” (TJSP. Habeas Corpus nº. 990.09.297.697-4 7ª Câmara de Direito Criminal. Rel. Des. Christiano Kuntz. DJ: 04/02/2010).

“EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. REGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO. RÉU MANTIDO EM ESTABELECIMENTO INCOMPATÍVEL. AUSÊNCIA DE VAGA EM COLÔNIA AGRÍCOLA. REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. I - Constitui constrangimento ilegal submeter o apenado a regime mais rigoroso do que aquele para o qual obteve a regressão. Vale dizer, é flagrante a ilegalidade se o condenado cumpre pena em condições mais rigorosas que aquelas estabelecidas no regime para o qual regrediu. Se o caótico sistema prisional estatal não possui meios para manter os detentos em estabelecimento apropriado, é de se autorizar, excepcionalmente, que a pena seja cumprida em regime mais benéfico, in casu, o aberto. O que é inadmissível é impor ao apenado, regredido ao regime semiaberto, o cumprimento da pena em regime fechado, por falta de vagas em estabelecimento adequado (Precedentes).

De todo modo, a prisão domiciliar prevista no artigo 117 da Lei de Execução penal pode e deve ser estendida, independentemente do regime de cumprimento da pena, àquelas mulheres que têm filhos em tenra idade ou em fase de amamentação sempre que a unidade prisional não oferecer as condições necessárias à efetivação do convívio familiar entre mãe e filho.

Em relação ao disposto no artigo 117 da Lei de Execução Penal, disserta Marcão (2013, p. 299):

Reconhecendo que a prisão-albergue não se confunde com a prisão domiciliar, a LEP declara, para evitar dúvidas, que o regime aberto não admite a execução da pena em residência particular, salvo quando se tratar de condenado maior de setenta anos ou acometido de grave doença e **de condenada com filho menor** ou deficiente físico ou mental ou, finalmente, de condenada gestante (art. 117). Trata-se, aí, de exceção plenamente justificada em face das condições pessoais do agente. (Grifo nosso).

Isto é, entende-se, nos casos em tela, a aplicação analógica à situação da mãe encarcerada em estabelecimento penal que não cumpre com as exigências normativas em respeito ao oferecimento de lugar adequado para permanência digna de seus filhos no cárcere. Visto que, não podem ser punidos pela falta de estrutura oferecida, ou seja, pela omissão do Estado no tocante ao cumprimento às diretrizes firmadas na LEP.

Nucci (2013, p. 318-319), ao analisar a possibilidade da prisão domiciliar a que se faz referência ao artigo 318 do Código de Processo Penal, afirma que:

A prisão domiciliar constitui faculdade do juiz – e não direito subjetivo do acusado. Por óbvio, não significa dizer que sua concessão se submete ao capricho do magistrado, algo afrontoso à legalidade. Se o sujeito, cuja preventiva é decretada, preenche alguma das hipóteses do art. 318 do CPP, havendo oportunidade, merecimento e conveniência, o juiz pode inseri-lo em prisão domiciliar. [...] Não somente a gravidez espelha a necessidade de prisão domiciliar, mas o alto risco de haver complicações ou o estágio avançado, a partir do sétimo mês. Trata-se de concessão exclusiva à mulher presa e, mesmo assim, se o juiz reputar conveniente. Afinal, há previsão legal para dar guarida à gestante no cárcere, inclusive, para a amamentação do filho.

Cuida-se de interpretação informada pelo fundamento da dignidade humana. Tal princípio, conceituado ao longo deste estudo, encontra-se consagrado logo no artigo 1º, inciso III da nossa Constituição, conforme se vê:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...]
III – a dignidade da pessoa humana.

Em nome deste princípio, percebe-se uma tendência dos Tribunais Pátrios em estender uma espécie de prisão domiciliar especial à mãe encarcerada em estabelecimento prisional que não oferta as condições mínimas exigidas na legislação. Conforme se infere do seguinte julgado:

HABEAS CORPUS Nº 115.941 - PE (2008/0207028-0) EMENTA EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS . 1. PRESA PROVISÓRIA. NECESSIDADE DE AMAMENTAÇÃO DE FILHO RECÉM-NASCIDO. DETENÇÃO EM COMARCA DIVERSA DE ONDE RESIDE E ONDE SE ENCONTRA A CRIANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL. RECONHECIMENTO. 2. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 117 DA LEP. POSSIBILIDADE. MEDIDA EM NOME DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E PROPORCIONAL NO CASO CONCRETO. 3. ORDEM CONCEDIDA. 1. Mesmo às presas provisórias devem ser garantidas condições de permanecer com o filho no período de amamentação (artigo 5º, L, CR). Não é razoável que a paciente fique presa em comarca diversa da que residia com a criança, ainda mais se já se encontra condenada em primeiro grau e não mais subsiste qualquer interesse probatório na sua proximidade física com o local dos fatos. 2. É possível a aplicação analógica do artigo 117 da Lei 7.210/84, ao caso ora sob exame, mostrando-se proporcional e razoável que a paciente fique em regime domiciliar para dar maior assistência a seu filho, já que não há estabelecimento adequado para estas circunstâncias na Comarca de Juazeiro. 3. Ordem concedida para que a paciente seja colocada em prisão domiciliar até o trânsito em julgado da ação penal, devendo o juízo de primeiro grau estipular as suas condições. VOTO MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora): Nos termos do artigo 3º da Lei de Execução Penais, "ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou lei". Assim, quanto mais em relação ao preso provisório, deverá ser-lhe

assegurado o exercício destes mesmos direitos. No caso, tem a mãe o direito de amamentar e prestar assistência à criança que gerou. Se não há na Comarca de Juazeiro local adequado para que possa estar perto de sua família e amamentar e cuidar do bebê, ainda que estando recolhida em estabelecimento prisional, penso que deve ser-lhe assegurado o direito de permanecer em prisão domiciliar. Ora, trata-se de direito individual fundamental insculpido no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil o direito das presidiárias de "permanecer com seus filhos durante o período de amamentação". Nota-se na Lei de Execução, da mesma forma, uma preocupação do legislador em deixar o preso próximo ao seu meio social e familiar, como forma de integração social, fim máximo da execução penal, nos termos do artigo 1º deste mesmo diploma. Dispõe, ainda, o artigo 103 da Lei de Execução Penal que "cada comarca terá, pelo menos, uma Cadeia Pública a fim de resguardar o interesse da administração da justiça criminal e a permanência do preso em local próximo ao seu meio social e familiar". Trata-se de artigo aplicável, por óbvio, também ao preso provisório. Há, é verdade, o interesse da administração da justiça em que a paciente fique na comarca em que cometido o delito (Trindade/PE), como ressaltado pelo juízo de primeiro grau. Todavia, o interesse da administração da justiça também há que ser sopesado em relação ao interesse do menor lactente em ter a assistência da mãe nestes primeiros anos de vida. Por outro lado, com a prolação da sentença, penso que não se verifica mais qualquer razão para que a paciente seja mantida na Comarca em que teria sido cometida a infração criminal. Considerando que o regime inicial aplicado em sentença condenatória à paciente foi o regime semi-aberto, é possível a aplicação analógica do artigo 117 da Lei 7.210/84, ao caso ora sob exame, mostrando proporcional e razoável que a paciente fique em regime domiciliar para dar maior assistência a seu filho, especialmente diante da notícia de que a avó da criança, a quem incumbiam os seus cuidados, ficou viúva recentemente, com a morte de seu marido em 6 de novembro de 2008. Como bem ressaltado no parecer da Subprocuradoria-Geral da República: "É notório que a prisão domiciliar só deve ser concedida aos presos condenados no regime aberto (art. 117, da Lei de Execução Penal). Porém, a rigidez da regra deve ser relativizada quando está em jogo o direito da criança. Estabelece o art. 227 da Constituição que 'é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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'. (...) No caso concreto, a criança, que se encontra em outro Estado e sob os cuidados da avó (que também está em situação difícil, em razão da senilidade e da perda recente do esposo), precisa da proteção materna, de modo que, entendo cabível a prisão domiciliar" (fls. 179/180). Esta Sexta Turma tem admitido a concessão da prisão domiciliar mesmo em casos de presos provisórios ou de condenados ao regime semi-aberto, quando a medida se mostrar necessária diante das peculiaridades do caso concreto, em nome da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito: "(...) 1. Constitui constrangimento ilegal submeter o paciente a condições incompatíveis com a dignidade humana, um dos fundamentos sobre o qual repousa a República Federativa do Brasil, bem como em local mais gravoso que o estabelecido na condenação. 2. Se o sistema prisional mantido pelo Estado não possui meios para manter o detento em estabelecimento apropriado, é de se autorizar, excepcionalmente, que a pena seja cumprida em prisão domiciliar. 3. O cidadão, mesmo condenado e cumprindo pena, é titular de direitos e estes não podem ser desrespeitados pelo próprio Estado que os conferiu. 4. Ordem concedida." (STJ, Sexta Turma, HC 96719/RS, Relator(a) Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), j.

15/04/2008, DJ de 28/04/2008) "(...) 4. Ainda que não satisfeitos os requisitos específicos do artigo 117 da Lei de Execução Penal, a prisão domiciliar também pode ser concedida a preso provisório cujo estado de saúde esteja débil a ponto de não resistir ao cárcere, em respeito à dignidade da pessoa humana. Precedentes. 5. Nessa hipótese, o benefício deve perdurar apenas enquanto a saúde do agente assim o exigir, cabendo ao Juízo de 1º Grau a fiscalização periódica dessa circunstância, o mesmo podendo ocorrer na hipótese de os hospitais credenciados ao sistema penal virem a oferecer os serviços de saúde dos quais necessitam o agente. 6. Recurso parcialmente provido." (STJ, Sexta Turma, RHC 22537/RJ, Relator(a) Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), j. 15/04/2008, DJ de 12/05/2008) Ante o exposto, concedo a ordem para que a paciente seja colocada em prisão domiciliar até o trânsito em julgado da ação penal, devendo o juízo de primeiro grau estipular as suas condições. É como voto.

A ausência de ambientes apropriados para atender as necessidades das mães e dos seus filhos, faz com que em muitos casos estes fiquem acomodados juntamente com suas mães em situações subumanas, aumentando ainda mais o sofrimento das apenadas que vê refletido nas crianças consequências de sua sanção penal imposta, uma vez que seus filhos são privados de receber condições favoráveis para o desenvolvimento proveitoso.

As omissões do Estado no cumprimento do estabelecido na Constituição Federal, na Lei de Execução Penal e nas demais legislações que asseguram direitos especiais as mães encarceradas, acarreta em uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, restando a responsabilidade do Estado por tal descumprimento.

A obediência ao Princípio da Dignidade Humana, fundamento basilar do Estado Brasileiro, requer seja idealizada urgentemente uma solução para essa problemática que atinge uma quantidade exorbitante de mães no cárcere. Atualmente, a maneira, provável e mais adequada ao cumprimento dos direitos tanto das mães como, principalmente, de seus filhos, é a concessão da prisão domiciliar, nos casos de inexistência de vaga em estabelecimento adequado à sua condição.

Sendo, de fundamental importância o empenho por um desenvolvimento de políticas voltadas a solucionar essa situação, de maneira que as mães encarceradas possam usufruir do convívio de seus filhos recém-nascidos de modo sadio e seguro, sendo que para tanto, haja o bom senso das autoridades em conceder o benefício da prisão domiciliar, independente do regime de pena, sempre que na unidade penal, não disponha de estrutura adequada a tal função, tudo voltado ao bem estar da criança, bem como da própria detenta, que certamente, pensará melhor na

família, nos atos praticados e volte ao convívio social mais madura e convincente de que o amor familiar deve prevalecer sobre a tentação do crime.

5 CONCLUSÃO

Com o árduo objetivo de analisar a situação do encarceramento feminino, em especial, a situação das mulheres com filhos recém-nascidos, requereu-se todo um estudo acerca das particularidades que permeiam a execução deste gênero, no sentido de examinar o respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, bem como as disposições internacionais que retratam o tema. Destacando-se, ainda, a dificuldade do estudo, por existirem escassas fontes de análise da criminalidade feminina e a forma com que, só recentemente, busca-se a integralização de políticas voltadas a essa temática.

A pesquisa estruturou-se partindo de uma análise a respeito das conquistas históricas da afirmação dos direitos humanos, averiguando-se as dimensões dos direitos fundamentais, e focando-se, especialmente, no princípio essencial da Dignidade da Pessoa Humana. Percebe-se que, há uma vasta normatização protetiva da dignidade humana, preocupando-se, inclusive, com a situação da pessoa colocada em cárcere, e os reflexos na sociedade.

Em seguida, analisou-se a atual situação do sistema carcerário brasileiro, a partir da evolução histórica dos sistemas prisionais, abarcando os conceitos referentes à finalidade precípua das penas, além do estudo da Lei de Execução Penal, bem como dos dispositivos constitucionais, dos Códigos de Penal e de Processo Penal, ademais, demonstrando e analisando as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiras, tudo em combinação com a obediência aos princípios norteadores da execução penal, demonstrando a realidade visualizada nas unidades prisionais brasileiras.

Diante do exposto até aqui, percebe-se que, apesar das legislações buscarem uma perfeita sintonia com as diretrizes humanas internacionais, o que se observa, na prática, é uma desobediência por parte do Estado em cumprir com os dispositivos legais. Conforme foi possível notar ao longo da explanação do capítulo 4.

Sendo assim, cabe uma reflexão acerca da problematização do desrespeito à dignidade humana das mães e dos filhos recém-nascidos no contexto do cárcere. Configurando urgência no pensamento de políticas públicas voltadas a resolver essa supressão das garantias fundamentais dessas pessoas, que precisam de cuidado especial, principalmente, em se tratando de crianças em fase de crescimento.

Finalmente, diante da falta de soluções concretas, demonstrou-se que, a solução encontrada pelos tribunais pátrios, em diversos julgados demonstrados no decorrer da pesquisa, está sendo adotada, por analogia, a colocação em prisão domiciliar especial. Fato que, entendemos ser a maneira mais aceitável, do ponto de vista dos direitos e garantias fundamentais.

Logicamente, não se esgota aqui a análise e busca para efetivação da punição e prevenção da mulher infratora, sem que se contamine a pena aos filhos da mesma. Ou seja, é de salutar importância, o interesse pela busca da maneira mais aceitável de se punir a mulher que cometeu o crime, sem que, com isso, transporte a pena aos filhos recém-nascidos das mesmas, dado o caráter pessoal da pena, e, mais importante, o respeito à dignidade da criança.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALMEIDA, Sandra Maciel de; ARAUJO, Adriane Matos de; MATTOS, Carmen Lúcia Guimarães de. **Filhos e filhas de mulheres presas e vulnerabilidade socioeducacional**: um estudo de abordagem etnográfica. Disponível em: <http://www.encontro2014.andhep.org.br/resources/anais/1/1398299264_ARQUIVO_Filhosfilhasdemulherespresas.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2015.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial**. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=5005d7e7-eb21-4fbb-bc4d-12affde2dbbe&groupId=10136>. Acesso em: 23 jan. 2015.

ARAGÃO, Selma Regina. **Direitos Humanos**: do Mundo Antigo ao Brasil de Todos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

ASSIS, Rafael Damaceno de. **A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro**. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos908/a-realidade-atual/a-realidade-atual.shtml>>. Acesso em: 24 jan. 2015.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 1ª ed. São Paulo: Edipro, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. 11ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

_____. **Política e cultura**. Torino: Giulio Einaudi, 1955.

_____. **A era dos direitos**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 fev. 2015.

_____. Congresso Nacional. **Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984**. Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 18 fev. 2015.

_____. Congresso Nacional. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 18 fev. 2015.

_____. Congresso Nacional. **Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996**. Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm>. Acesso em: 18 fev. 2015.

_____. Congresso Nacional. **Código Penal brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 20 fev. 2015.

BUGLIONE, Samantha. **A mulher enquanto metáfora do Direito Penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 38, 1 jan. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/946>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica Dos Direitos Humanos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DECLARAÇÃO universal dos direitos humanos. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em 20 fev. 2015.

HERKENHOFF, João Baptista. **Direitos Humanos: A construção Universal de uma utopia**. São Paulo: Ed. Santuário, 1997.

HOBBS, Thomas. Leviatã: Ou matéria, Forma e Poder de uma República Eclesiástica e Civil. Organizado por RICHARD TUCK. Tradução de JOÃO PAULO MONTEIRO e MARIA BEATIZ NIZZA DA SILVA. Tradução do Aparelho Crítico de CLAUDIA BERLINER. Revisão da Tradução de EUNICE OSTRENSKY – São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. JURISPRUDÊNCIA. STJ - Habeas Corpus: HC 115941 PE 2008/0207028-0. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6063478/habeas-corpus-hc-115941-pe-2008-0207028-0/inteiro-teor-12199786>> Acesso em 23 fev. 2015.

_____. JURISPRUDÊNCIA. STJ - Habeas Corpus: HC 125359 PR 2008/0286998-3. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062864/habeas-corpus-hc-125359-pr-2008-0286998-3>> Acesso em 23 fev. 2015

_____. JURISPRUDÊNCIA. TJ-SP - Habeas Corpus: HC 990092976974 SP. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7239200/habeas-corpus-hc-990092976974-sp>> Acesso em 23 fev. 2015.

_____. JURISPRUDÊNCIA. STJ - Recurso Especial: REsp 873039 MS 2006/0167518-5. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7093516/recurso-especial-resp-873039-ms-2006-0167518-5-stj>> Acesso em 23 fev. 2015.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**; tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LEAL, César Barros. **Execução Penal na América Latina à Luz dos Direitos Humanos**: Viagem pelos caminhos da dor. 1ª ed. Curitiba. Juruá Editora. 2012
MARCÃO, Renato. **Lei de Execução Penal Anotada**. 4ª ed. reform. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013

MANUAL de aleitamento materno da UNICEF. Disponível em <http://www.unicef.pt/docs/manual_aleitamento_2012.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2015.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 10ª ed. rev., ampl., atual. São Paulo: Saraiva. 2012.

_____. **Lei de Execução Penal Anotada**. 4ª ed. refor., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS, S. **A mulher junto às criminologias: de degeneradas à vítima, sempre sob controle sócio penal.** Fractal: Revista de Psicologia, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais.** 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais.** São Paulo, Atlas, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Código de Processo Penal Comentado.** 12ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **La universidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional.** Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2002.

PIMENTEL, E. **Amor Bandido:** as teias afetivas que envolvem a mulher no tráfico de drogas. VI Congresso Português de Sociologia. Universidade Federal de Alagoas, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos:** desafios e perspectivas. In: BALDI, César Augusto (Org.). Direitos humanos na sociedade cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SARLET, Ingo Wolfrang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Dimensões da dignidade:** Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SOARES, Bárbara Musumeci e ILGENFRITZ Iara. **Prisioneiras:** vida e violência atrás das grades. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SOHIET, Rachel. **Condição feminina e formas de violência:** mulheres pobres e ordem urbana, 1890-1920. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 7ª ed. rev., ampl., atual. Salvador: Editora Juspodivm. 2012.

VILAR, Eduardo Franco. **Direito Penal Brasileiro: Prisão - Conceito - Aspectos Históricos.** Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/artigos/3022403>>. Acesso em: 01 fev. 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro:** parte geral. 10ª ed. rev., atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2013.