

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

THAÍS BAETA SANTOS

O DIREITO DA CRIANÇA EM CONVIVER COM A MÃE DETENTA E A
CONFIGURAÇÃO DA ATUAL POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA: ANÁLISE DO
HABEAS CORPUS 143.641.

UBERLÂNDIA

2019

THAÍS BAETA SANTOS

O DIREITO DA CRIANÇA EM CONVIVER COM A MÃE DETENTA E A
CONFIGURAÇÃO DA ATUAL POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA:
ANÁLISE DO HABEAS CORPUS 143.641.

Monografia apresentada como requisito parcial para a
obtenção do título de Bacharel em Direito, pela
Universidade Federal de Uberlândia, Faculdade de
Direito Prof. Jacy de Assis, *campus* de Santo Mônica.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Garrido da Silva

UBERLÂNDIA
2019

O DIREITO DA CRIANÇA EM CONVIVER COM A MÃE DETENTA E A
CONFIGURAÇÃO DA ATUAL POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA: ANÁLISE DO
HABEAS CORPUS 143.641.

Monografia aprovada para a obtenção do título de
Bacharel em Direito na Universidade Federal de
Uberlândia, Faculdade Prof. Jacy de Assis, pela banca
examinadora formada por:

Uberlândia, 06 de Dezembro de 2019.

Prof. Dr. Alexandre Garrido da Silva

Prof. Raoni Macedo Bielschowsky

Prof.^a Fernanda Pantaleão Dirscherl

A todos aqueles que veem o direito, a pesquisa e o ensino como agente de transformação da realidade social na tentativa de atenuar as muitas desigualdades deste país.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, antes de tudo, àquele que tem o lugar de maior importância em toda a minha vida, ao meu Deus, único Deus que preparou com amor e misericórdia cada um dos meus dias até hoje.

Agradeço à minha abençoada família: meu pai, exemplo de homem justo, reto, vencedor, que contra todas as dificuldades impostas a ele, conseguiu alcançar seus sonhos e mostrar que é possível; minha mãe, que me ensinou a ter força, garra e batalhar por cada objetivo, a não desistir por nada e tudo isso sem nunca me esquecer do amor e compaixão por aqueles que cruzam meu caminho; meu irmão Thiago, que sempre me encorajou e apoiou em todos meus desafios, sendo meu alicerce, porto seguro e amigo; ao meu irmão Lucas, que sempre me protegeu do mundo, sempre me amou mais que tudo, meu companheiro em todas as horas e foi essencial para que eu fosse quem sou hoje; às minhas cunhadas Débora e Thaís por todo o carinho e orações até hoje; às minhas avós Valdetina e Aparecida, mulheres fortes em quem me espelho e que ensinaram que mulheres são capazes de vencer qualquer dificuldade.

Agradeço ao meu namorado Marcelo, por ser meu maior fã, por me apoiar e amar em todos os momentos. Agradeço ainda aos meus amigos, que cada um à sua maneira, me sustentaram emocionalmente em todos as fases desta graduação, fazendo dessa experiência a melhor que já tive.

Agradeço por fim, aos meus professores, chefes e colegas de estágio, por ensinar o Direito bonito dos livros, mas também a realidade da justiça em nosso país, vocês me inspiraram e motivaram a ser alguém que não conta a história, mas que a transforma.

Nenhuma vitória ou conquista é completa se não quando compartilhada com as pessoas que amamos.

RESUMO

Esta pesquisa propõe-se promover a reflexão sobre a forma como o Estado brasileiro lida, por meio do Direito, com a problemática da convivência entre mães encarceradas e seus filhos menores de idade no contexto da atual política criminal. Tal reflexão é pretendida por meio da análise da realidade prisional brasileira, com dados e estudos sobre o histórico e a atualidade do cárcere no Brasil, análise do ordenamento jurídico pátrio no que diz respeito aos direitos fundamentais e ao direito da criança de convivência, bem como as normas de política criminal, colidindo tais exposições com o exame de como tais normas juntamente com as escolhas políticas e sociais se refletem nas decisões judiciais de casos concretos como o HC coletivo 143.461, que colocou em prisão domiciliar as mulheres com filhos com menos de doze anos que não tenham cometido crime violento. O presente trabalho busca responder ao problema que surge quando há o choque entre o dever estatal de punir pelo crime com o direito e os benefícios da convivência entre a criança e a mãe.

Palavras-Chaves: Direitos Fundamentais; Estado Punitivista, Mães-no-cárcere; Filhos-do-cárcere; Convivência-familiar; HC 143.461; Jurisprudência.

ABSTRACT

This research aims to promote reflection on the way the Brazilian State deals, through law, with the issue of coexistence between imprisoned mothers and their underage children in the context of the current criminal policy. Such reflection is intended as a means of analysis of the Brazilian prison reality, with data and studies on the history and current status of prison in Brazil, analysis of the national legal system regarding the fundamental rights and the right of the child to live together, as well as criminal policy norms, colliding with such exposures by examining how such norms coupled with social and political choices are reflected in the court rulings of concrete cases such as collective HC 143,461 which placed women under 12 years of age under house arrest. have committed violent crime. The present work seeks to answer the problem that arises when there is a clash between the state duty to punish the crime with the right and the benefits of coexistence between the child and the mother.

Keywords: Fundamental Rights; Punitivist State, Mothers in jail, Children of jail; Family living; HC 143,461; Jurisprudence.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. CONCEITUAÇÃO TEÓRICA E HISTÓRICA À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO	12
2.1. <i>Jus puniendi e o Estado Democrático de Direito.....</i>	12
2.2. Política Criminal Brasileira e a tensão com o direito de convivência da criança.....	17
2.3. Conflitos entre o Punitivismo e os Direitos e Garantias Fundamentais	31
3. MATERNIDADE NAS PRISÕES BRASILEIRAS.....	35
3.1. Escorço histórico do sistema penitenciário brasileiro.....	36
3.2. Mães e gestantes no cárcere: dados e estatísticas	43
3.3. Mães detentas e a convivência com seus filhos	53
3.3.1. <i>A ausência da convivência mãe-filho no cenário prisional: consequências para as mães</i>	53
3.3.2. <i>Da necessidade da convivência e seus frutos: perspectiva dos filhos.....</i>	54
3.3.3. <i>Como a lei prevê a garantia desse direito.....</i>	57
3.3.4. <i>Como acontece na prática: relatos</i>	59
4. ANÁLISE DO HABEAS CORPUS COLETIVO 143.641.....	62
4.1. A decisão do STF e sua repercussão social	62
4.2. A jurisprudência brasileira sobre o tema	66
4.3. A efetividade da decisão	70
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	72
REFERÊNCIAS	76

1. INTRODUÇÃO

Vivemos em um estado Democrático de Direito, e segundo nossa Carta Maior é dever do Estado garantir aos seus cidadãos condições dignas de vida e acesso a direito fundamentais. Entretanto, na atual conjuntura penal do país há claramente uma colisão entre dois interesses primordiais do Estado, o interesse de garantir a ordem social por meio da punição de fatos típicos, antijurídicos, e culpáveis, frente ao seu dever garantidor da dignidade da pessoa humana e de acesso a direitos básicos, preservando ainda acima de tudo o interesse do menor.

A realidade do sistema prisional brasileiro como um todo, desde a política criminal adotada até as superlotações e condições subumanas suportadas pela população carcerária, é um problema público, notório e muito debatido. Diante desse contexto, surgem algumas soluções rasas para o problema, como o abrandamento de crimes, ou ainda implantações de mais medidas alternativas. Entretanto, o fato é que o Estado investe pouco e mal nas estruturas prisionais e nos serviços de garantia de direitos fundamentais a população carcerária. Inserido nesse plano geral, de um sistema fraco e falho, estão mulheres-mães submetidas ao cárcere.

É sabido que, desde sua concepção, o sistema prisional teve seus olhos voltados para as condições masculinas, possuindo serviços e políticas que ignoram a realidade e as necessidades femininas no cárcere. Nas últimas décadas a inserção feminina no cárcere teve aumentos significativos, de acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de 2018 (INFOPEN Mulheres)¹, o Brasil está quarto lugar no ranking dos países com maior aprisionamento feminino, ficando atrás apenas de Estados Unidos, China e Rússia. Com este novo panorama no cárcere brasileiro surge a necessidade de adaptações no modelo criado para o homem, para que agora a mulher tenha espaço digno e pensado para suas necessidades no ambiente prisional.

Importante frisar que, o aumento da população carcerária feminina está diretamente relacionado a emancipação da mulher e sua maior participação na vida social e econômica.

¹ Criado em 2004, o INFOPEN compila informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro, por meio de um formulário de coleta estruturado preenchido pelos gestores de todos os estabelecimentos prisionais do país. Ao longo de sua existência, o processo de coleta e análise dos dados do INFOPEN foi continuamente aprimorado, em um processo de valorização da cultura de análise de dados como uma ferramenta estratégica para a gestão prisional.

Atualmente muitas mulheres assumem o papel antes majoritariamente masculino de provedoras da casa, chefes de família, e muitas vezes por não terem acesso à educação ou à qualificação não são absorvidas pelo mercado de trabalho e acabam recorrendo ao crime, principalmente o tráfico de drogas, como solução do sustento familiar ou até mesmo, como meio de complementação de renda.

Diante disso, surge um novo fator de debate, tais mulheres também são mães, e vivem a realidade do sistema prisional com todos os seus cerceamentos de direitos, somado a privação de convivência familiar com seus filhos.

Talvez, para uma linha de pensamento mais punitivista, o fato da mãe ter cometido um crime e estar reclusa já seria um pressuposto de que deveria também ser privada da companhia do filho, afinal, culpada, deve sofrer a dureza da pena diante do mal que sua conduta causou à coletividade, mal esse que o Estado tem direito de punir.

Entretanto, o presente estudo não visa analisar ou valorar a culpabilidade ou reprovabilidade da conduta da mãe ou se deve esta ser punida e com qual graduação, mas sim analisar a garantia do direito do filho menor, garantia esta constitucionalmente prevista, e se a pena extrapola a pessoa do condenado para atingir seus familiares.

Ao observarmos como o Estado tem se relacionado com o tema, nos deparamos com o caso de Jéssica Monteiro, que foi presa por tráfico e deu à luz a seu filho na cela de uma delegacia, e após audiência de custódia, fora decido que ela e o bebê deveriam voltar para a cela, onde haviam homens presos, sem qualquer condição de higiene, e lá passaram mais três dias. A partir da publicidade dada ao caso de Jéssica, subiu ao nosso Tribunal Maior um Habeas Corpus Coletivo 143.641² impetrado pelo Coletivo de Advogados em Direitos Humanos, e outros, com o intuito de determinar a substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas, em todo o território nacional, que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal (CPP). Em decisão liminar histórica fora deferido pelo relator a conversão em prisão domiciliar de todas as presas que se

² Em novembro de 2015, as integrantes do Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos (Cadhu) distribuíram entre si a tarefa de refletir e construir um habeas corpus coletivo em favor de todas as mulheres encarceradas no Brasil. O movimento se iniciou antes mesmo da aprovação da Lei 13.257/2016, o Marco Legal da Primeira Infância, e se insere entre as ações da sociedade civil no enfrentamento da questão carcerária tal como ela se manifesta no Brasil, em sua tendência de crescimento, em sua seletividade racial, em sua precariedade e violência.

enquadravam na hipótese acima, resta saber se de fato tal medida judicial e paliativa é a melhor solução para garantir o Direito dos filhos menores conviverem com suas mães.

A decisão final do referido *habeas corpus* foi um marco importante para o tema aqui estudado e na história da garantia dos direitos da criança, passível de detalhada análise conjuntamente com análise de outros julgados e observação do modo como processualmente se garante o acesso ao direito da criança de convivência com a mãe, bem como as justificativas utilizadas para afastar a aplicação do benefício da prisão domiciliar para as mães incluídas na situação descrita no HC.

Esse trabalho pretende colocar na balança se a pena da mãe como resposta do Estado ao risco social gerado pela sua conduta deve prevalecer em detrimento do direito da criança à convivência materna, analisando seus riscos e consequências, bem como expor e analisar o modo como esse problema tem sido trabalhado na realidade processual e nos presídios brasileiros a partir de dados, relatos e julgados.

2. CONCEITUAÇÃO TEÓRICA E HISTÓRICA À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

2.1. *Jus puniendi* e o Estado Democrático de Direito

Para o filósofo Aristóteles (1973), o Estado é uma instituição natural, necessária, decorrente da própria natureza humana. Sua configuração é resultante dos movimentos naturais de coordenação e harmonia social. A priori, sua finalidade seria a segurança da vida em sociedade, e a regulamentação da convivência entre os homens, e em um segundo momento, a promoção do bem-estar coletivo.

Já para o pensador contratualista Jean-Jacques Rousseau citado por Ribeiro (2019), em sua teoria acerca do surgimento do Estado, afirma que o homem nasceria bom, mas a sociedade o corromperia, e de semelhante modo, o homem nasceria livre, mas se acharia impedido de exercer a plena liberdade por fatores como sua própria vaidade, fruto da corrupção do coração. O indivíduo se vivesse nesse estado de liberdade se tornaria escravo de suas necessidades e das necessidades daqueles que o rodeiam, relacionando-se com uma busca por reconhecimento e status.

Assim, a questão que se colocava diante desses fundamentos era: de que forma poderia assegurar a liberdade natural do homem e de semelhante modo garantir a segurança e o bem-estar da vida em sociedade? De acordo com Rousseau, tal resultado seria possível por meio de um contrato social, no qual prevaleceria a soberania da sociedade e a soberania política da vontade coletiva, pois a busca pelo bem-estar seria o único objetivo que em determinados momentos poderia fazer o indivíduo agir em conjunto com seus semelhantes, entretanto o homem abriria mão de parcela da sua liberdade, e não poderia mais agir única e exclusivamente em busca dos seus interesses.

Assim, nesse contrato social deveria ser definida a igualdade entre todos, bem como a disposição e comprometimento igual de todos. Se de uma parte a vontade individual seria a particular, de outra a vontade do cidadão deveria ser o interesse no bem comum.

Conclui-se que para Rousseau o Estado seria fruto de um contrato social criado a partir da necessidade do homem de garantir a preservação da liberdade do indivíduo, que nascera

bom e livre e que seus anseios pessoais não permitiam que vivessem em sociedade, pois o mais forte eliminaria o mais fraco, e ao mesmo tempo se buscava o bem-estar coletivo, ou seja, a segurança de que haveria sobrevivência pacífica entre todos, garantindo-se a igualdade. A partir da criação da figura do Estado e do contrato social, coube àquele o exercício do *jus puniendi*, ou o direito de punir, visando garantir o bem-estar coletivo.

O termo *jus puniendi*, de acordo com a doutrina, pode ser entendido como o direito de punir do Estado, aludindo ao poder sancionador que o Estado tem frente aos seus cidadãos. Tal direito surge da tutela do estado dos interesses sociais fundamentais, interesses esses garantidos pelo Estado democrático de Direito por meio da constituição dos chamados direitos fundamentais.

Assim, podemos dizer que o exercício do direito de punir do Estado ocorre por meio do direito penal e processo penal, que são responsáveis pelo conjunto de normas, regras e princípios, que regem o modo como essa punição pode e deve ocorrer, ou seja, por meio desses dois ramos do direito são formadas as regras do jogo, que de um lado tem o infrator e do outro o estado tutelando o bem da vida lesado.

Cumprido ressaltar, que direitos penais devem estar mais ou menos coerentes com determinados modelos de estado adotados pelo seu país de origem, alinhados a processos valorativos que partem de uma raiz própria de cada Estado, no qual a política criminal adotada, nada mais é que um conjunto de escolhas políticas e princípios fundados na investigação científica do direito e da eficácia da pena no combate ao que o direito definir como crime.

O Estado criado por meio de um contrato social, no qual os indivíduos lhe outorgam poder de punir em prol do bem-estar coletivo fazendo nascer o direito penal, tem uma forma, um modelo pré-estabelecido. No Brasil, o modelo adotado é o Estado Democrático de Direito, conforme consta do artigo primeiro, caput e parágrafo único, da nossa Constituição Federal:

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:

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988).

Em uma definição mais ampla, Estado de Direito é a possibilidade da organização do estado que se desenvolveu no pós-absolutismo, decorrente das Revoluções Burguesas dos séculos XVII e XVIII, sobretudo a Francesa, com as quais originou-se o constitucionalismo.

O Estado de Direito nascia com a ideia de existência de prevalência da lei, divisão dos poderes e pela garantia dos direitos individuais, não se confundindo com o conceito de Estado Legal, para o qual não existe o compromisso com as ideologias, a realidade política, social ou econômica, mas somente com a determinação do texto forma legal.

O Jurista Duguit (1996), acerca da construção jurídica do Estado, leciona que os homens que detêm o poder devem observar o direito a ele ligado. Assim, o Estado está submetido ao Direito; é segundo a expressão alemã o denominado Rechtsstaat, um Estado de Direito.

Dessa maneira, em uma análise mais aprofundada, podemos dizer que o gérmen do Estado de Direito é a Magna Carta, que consignava os elementos essenciais do constitucionalismo moderno, quais sejam, a limitação do poder do Estado e a declaração dos "Direitos Fundamentais da Pessoa Humana". Para tal modelo constitucional o poder constituinte, é o ente que legitima todo o poder político, e vem para se contrapor ao modelo Absolutista, por não mais permitir a confusão entre o poder e aquele que o exerce. Frisa-se que há uma clara supremacia da Constituição, isto é, existe um caráter vinculante dos direitos fundamentais, caracterizando o Estado Constitucional.

Pode-se definir Estado de Direito no entendimento do mestre Canotilho como “Estado ou forma de organização político-estadual cuja atividade é determinada e limitada pelo direito.” (CANOTILHO, 1999, p. 11).

Importante é não confundir Estado de Direito e Estado Democrático de Direito, vez que o primeiro se contenta com o respeito à lei, sendo um reflexo do espírito liberal que aspirava uma prestação estatal negativa, caracterizado pelo Direitos Fundamentais de primeira dimensão. Lado outro, o Estado Democrático de Direito se caracteriza por conjugar, a um só tempo, direitos humanos em sucessivas dimensões, comportando também, por isto, uma postura positiva do Estado, preocupado em assegurar os valores sociais e os princípios fundamentais da Constituição.

Seguindo na definição do modelo adotado por nosso Estado, a democracia, elemento constituinte desse modelo, é vista como realização de valores de convivência humana, tem maior abrangência conceitual que o Estado de Direito, que surgiu como expressão jurídica da democracia liberal. O Estado Democrático de Direito deriva da união dos princípios do

Estado Democrático e do Estado de Direito, entretanto, não apenas, fazendo nascer um conceito novo que os supera, vez que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*.

Desse modo, o conceito de Estado Democrático de Direito refere-se a um Estado em que existe o respeito e garantia dos direitos humanos e fundamentais. Deve existir a proteção dos direitos políticos, dos direitos individuais e coletivos, e dos direitos sociais. Podemos traduzir que, para que um Estado atinja o escopo de ser considerado um Estado democrático de direito, os direitos dos cidadãos devem ter proteção jurídica e ser garantidos constitucionalmente pelo Estado, por meio de seus governos.

É relevante frisar que, a construção de um conceito de Estado Democrático de Direito, da maneira como atualmente o direito tem, decorre dos acontecimentos do pós década de 30, não nos afastando da observância da sua evolução histórica ‘dividida’ em Estado Liberal de Direito; Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito.

Em conclusão, a partir do exposto em consonância com o texto do artigo 1º da Constituição Federal do Brasil de 1988, podemos sintetizar didaticamente o Estado Democrático de Direito adotado hoje em nosso país como:

Estado que deve reger-se por normas democráticas, assegurando a justiça social e fundado no princípio máximo da dignidade da pessoa humana, com eleições livres, periódicas e pelo povo, respeitando as autoridades públicas, os direitos e garantias fundamentais e o meio ambiente. (CALAÇA, 2015)

Agora sim, a partir da definição do que seria o modelo de Estado adotado no Brasil, passa-se a sua caracterização.

No Estado democrático de direito, os governantes devem respeito ao que é previsto no ordenamento jurídico, ou seja, deve ser respeitado e cumprido o que é definido pela lei, observando-se a hierarquia das normas que, segundo Kelsen (1987), poderia ser comparado a uma pirâmide na qual a constituição seria a ponta, e todo o resto do ordenamento estaria a ela subordinado. Isso significa que, as decisões políticas de quem detém o poder, no caso da nossa estrutura, os chefes de estado representado pelo poder executivo, não podem ser contrárias ao que diz a constituição e as normas infraconstitucionais, dessa maneira, os direitos fundamentais dos cidadãos são protegidos.

Diante disso, conclui-se que o princípio da legalidade é um princípio basilar desse Estado; é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade

democrática; sujeita-se ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais.

Além do princípio já citado, também são princípios atinentes ao Estado democrático de Direito o Princípio da constitucionalidade, o princípio democrático, o princípio do sistema de direitos fundamentais, da divisão de poderes, da justiça social, da igualdade, e da segurança jurídica.

A partir de todo o esforço conceitual traçado até aqui e avocando o debate para a temática central, convém expor o resultado do encontro entre o direito do estado de punir, *jus puniendi*, e o modelo organizacional adotado pelo Brasil, Estado Democrático de Direito. Dois são os princípios que emanam desse encontro e possuem aplicação direta ao Direito Penal, o Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e Princípio da Humanidade da Pena, ressaltando-se que ambos os princípios citados retiram seu fundamento diretamente do texto constitucional.

Quanto ao primeiro princípio, pode-se valer do conceito elaborado por Alexandre de Moraes (2002):

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, que constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento. (MORAES, 2002).

Assim, toda relação que envolve a pessoa humana, seja ela entre indivíduos ou indivíduos e a instituição estado está subordinada a esse princípio máximo que rege todo nosso ordenamento, incluindo o direito penal e processual penal. Ressalta-se aqui que o princípio da afetividade e a relação paterno-filial contemplam, dentre outros aspectos, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Sarlet (2007), ao desenvolver o conceito sobre o tema, ensina que dignidade da pessoa humana é:

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando,

neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2007).

Nesse sentido, pode-se afirmar que o respeito à autonomia de vontade, o respeito à integridade física e moral, a não coisificação do ser humano e a garantia do mínimo existencial, são inerentes à dignidade humana. Por óbvio, a dignidade é uma qualidade de todo e qualquer ser humano, pura e simplesmente por ser humano, e não é, e não poderia ser, privilégio de um grupo de indivíduos escolhidos por razões diversas (culturais, econômicas, sociais, étnicas).

Quanto ao segundo princípio, pode-se dizer que decorrem dele algumas restrições diretas que a constituição faz quando se trata do indivíduo submetido ao sistema penal, visando garantir sua observância, são exemplos: a vedação a tortura e ao tratamento desumano ou degradante (art.5º, inciso III, da CF); a vedação ao Tribunal de exceção, a partir do qual se defende que a todos deve ser garantido um julgamento imparcial e de acordo com regras de competências estabelecidas em momento anterior ao fato cometido pelo agente infrator (art.5º, inciso XXXVII da CF); a vedação as penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis (art.5º, inciso XLVII, da CF); a vedação de que a pena ultrapasse a pessoa do condenado (art.5º, inciso XLV); a garantia da integridade física e moral dos presos (art. 5º, inciso XLIX).

Por fim, pode-se observar que em um Estado Democrático de Direito o *Jus puniendi* é exercido pelo Estado de maneira a respeitar as leis, que são criadas em consonância com os princípios constitucionais, como o princípio da dignidade humana, na busca pelo bem-estar coletivo, assegurando a todos os indivíduos, independente de serem infratores de normas penais ou não, acesso aos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. Nesse contexto se insere a realidade teórica do Brasil quanto as normas de direitos, entretanto, verifica-se que na prática a realidade destoa em muito do ideário constitucional e jurídico.

2.2. Política Criminal Brasileira e a tensão com o direito de convivência da criança

No início da modernidade, aqueles que teriam ideais mais penderes para a esquerda, diziam que a criminalidade era fruto da desigualdade social associada ao modelo capitalista, e que, portanto, seria resolvido com a adoção de outro modelo que minimizasse as desigualdades. Já aqueles que com pensamentos mais à direita utilizavam-se do rigor penal como via de solução do problema. Por óbvio, o rigor penal quanto solução se revelou insuficiente e a direita se rendeu ao discurso da esquerda fazendo com que a pobreza se confundisse com criminalidade, assim, continuou tratando o problema do crime como uma questão de polícia, mas valia-se da justificativa de que enquanto não se acabar com a desigualdade social a criminalidade não cessaria, para responder ao fracasso de seu modelo.

Na atualidade, em um cenário político polarizado e extremista, quanto as questões pertinentes à política criminal, os dois lados misturam opinião, tratando a problemática como uma questão de polícia, apesar de declararem que se trata de uma questão social. Assim, como consequência dessa contradição, o Estado se põe a criar e modificar leis penais, tornando-as mais severas, mais policiais nas ruas, cadeias superlotadas, pobres nas cadeias, sem com que haja de fato uma preocupação teleológica e científica para justificar ou repensar a efetividade dessas normas e a alteração da realidade social do país pretendida com elas, então, se torna patente a necessidade da criação de uma política criminal concreta que defina parâmetros, objetivos e conceitos a serem observados pelo estado ao criar normas e ao punir o infrator dessas normas penais.

Alia-se a esse contexto a manipulação feita por meio das grandes mídias em cima de questões de violência no país, gerando o fenômeno do populismo penal midiático e reforçando um punitivismo vingativo, que tem como consequência a criação do chamado direito penal simbólico, um Direito Penal no qual está ausente a capacidade instrumental de prestar segurança de maneira eficaz à sociedade e aos indivíduos que a integram. Entretanto, mesmo ciente desta incapacidade, o legislador é estimulado a criar novos tipos penais que, mesmo que não tenham aplicação, tem como finalidade produzir uma falsa sensação de que o Estado está realmente empenhado em resolver os problemas de segurança pública.

Apresentado o panorama geral no qual está incluído nossa temática, importante se faz uma conceituação teórica.

O doutrinador Garcia (2008, p.37), define a Política criminal como a ciência e a arte dos meios preventivos e repressivos que o Estado dispõe para atingir o fim da luta contra o crime. Examina o Direito em vigor e, em resultado da apreciação de sua idoneidade na

proteção contra os criminosos, trata de aperfeiçoar a defesa jurídico-penal contra a delinquência, sendo o seu meio de ação, portanto, a legislação penal.

Zaffaroni (2015, p.132), por sua vez, afirma que a Política Criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos) que devem ser tutelados jurídica e penalmente e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos.

Em síntese, a Política Criminal, Aníbal (1967, p. 41), é instrumento por meio do qual o Estado se vale para criar estratégias e meios de controle social da criminalidade (caráter teleológico). Ressalta-se que sua principal característica é a relação com o direito vigente, vez que, enquanto ciência de fins e meios, sugere e orienta reformas à legislação positivada. Fica evidente um duplice caráter da Política Criminal: no primeiro momento uma ação, que visa efetivar a tutela dos bens jurídicos, e após uma postura crítica, como forma de aprimorar referida tutela, buscando fornecer orientação aos legisladores acerca de meios adequados para que o combate à criminalidade.

A partir dessa conceituação pode-se dizer que no modelo atualmente vivido no país, que possui altas taxas de criminalidade conforme dados extraídos do Atlas da violência (2019)³, não tem se mostrado o mais adequado a nossa realidade, nem podemos dizer que de fato há uma política criminal elaborada e definida, e tampouco parece estar o Estado preocupado com esse fato.

Nos últimos tempo observa-se um crescimento e endurecimento do Direito Penal brasileiro, não como consequência dos desmandos de regimes totalitários, mas sim pela necessidade de uma política que responda às reivindicações populares, dentro do próprio Estado de Democrático de Direito. O escopo da Política Criminal diante deste cenário é mais complexo, frente ao distanciamento do paradigma tradicional, com suas funções

³ O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) analisou 310 municípios brasileiros com mais de 100 mil habitantes em 2017 e fez um recorte regionalizado da violência no país. O Atlas da Violência – Retrato dos Municípios Brasileiros 2019, elaborado em parceria com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, mostra que houve um crescimento das mortes nas regiões Norte e Nordeste influenciado, principalmente, pela guerra do narcotráfico, a rota do fluxo das drogas e o mercado ilícito de madeira e mogno nas zonas rurais. O estudo identifica uma heterogeneidade na prevalência da violência letal nos municípios e revela que há diferenças enormes entre as condições de desenvolvimento humano nos municípios mais e menos violentos.

modificadas com impulso da opinião pública e sua execução feita por um poder político legitimado democraticamente.

Ao analisar os dados e legislações recentes, bem como os rumos políticos do Brasil, todo o aparato de combate à criminalidade está apoiado na produção de legislações de emergência, o que nos parece estar mais preocupado em atender o clamor público do que na mudança efetiva da realidade brasileira com a quebra do ciclo pobreza-criminalidade. Ressalta-se ainda que a experiência já demonstrou que a reafirmação da cultura do medo e do punitivismo, conhecida como Direito Penal do Inimigo, não solucionou as questões de segurança pública.

É de conhecimento geral que os presídios brasileiros, superlotados, com condições sub-humanas, são verdadeiras “Escolas do crime”, nas quais o indivíduo entra no sistema condenado por um crime, tem seu direito de liberdade tolhido sob o fundamento mítico da ressocialização e retorna para a sociedade pior do que quando entrou. “Ninguém nasce criminoso”, como pretendia Lombroso (2010)⁴ e sua teoria do homem delinquente, “torna-se criminoso”. A partir disso, a conclusão é que não precisamos de mais leis ou leis mais rigorosas, é fundamental que tenhamos uma política criminal definida que respeite os direitos humanos, tanto para determinar o que é crime como para pensar a execução, que não estigmatize determinadas camadas sociais e que forneça as estratégias necessárias para que a vida do crime não se torne vantajosa ou vital para os mais pobres, de fato ressocializando o infrator após cumprimento da pena. Por óbvio, se não mudar as bases e diretrizes do sistema punitivo, os resultados obtidos não serão diferentes dos atuais. A falta de políticas públicas com intuito de uma eficaz repressão à criminalidade faz com que a tenha-se índices exorbitantes, que tem como resposta unicamente medidas penais, capazes de satisfazer momentaneamente os anseios por segurança, mas, cujo principal efeito é eleitoreiro. Na esfera política, o Direito Penal tem se mostrado uma arma eficaz, já que atende aos anseios da população, ao mesmo tempo em que garante uma repercussão favorável em eleições futuras.

Pode-se dizer que há uma sensação subjetiva de insegurança no cidadão brasileiro, potencializada e estimulada pelos meios de comunicação, desproporcional ao nível de risco

⁴ Lombroso é creditado como sendo o criador da antropologia criminal e suas ideias inovadoras deram nascimento à Escola Positiva de Direito Penal, mais precisamente a que se refere ao positivismo evolucionista, que baseava sua interpretação em fatos e investigações científicas.

objetivo, constituindo uma marca da expansão dessa legislação penal simbólica. Assim, essa cultura de necessidade e a prática da exceção são, diretamente, responsáveis pela decadência do ordenamento jurídico-penal, que se mostra numa nova roupagem dos velhos modelos penais pré-modernos, como a adoção exacerbada de práticas inquisitivas e métodos de intervenção típicos da atividade da polícia e do direito penal do inimigo.

Deve-se lembrar que confecção de qualquer norma jurídica surge de uma decisão política. Desse modo, legislação penal, como integrante da legislação em geral, também é fruto de uma decisão política, e por conseguinte, o bem jurídico a ser tutelado pela norma penal tem sua escolha determinada por fatores políticos. Nos dizeres de Juarez Tavares:

A norma, portanto, deixaria de exprimir o tão propalado interesse geral, cuja simbolização aparece como justificativa do princípio representativo para significar, muitas vezes, simples manifestação de interesses partidários, sem qualquer vínculo com a real necessidade da nação" (TAVARES, 2000).

Depreende-se que, a Política Criminal é parte da política geral, e deve ser entendida dentro de seus parâmetros, frisando que o modo como se trata o delinquente, e a própria legislação penal como um todo é objeto de barganha política e de legitimação do poder.

A Política Criminal deve ser entendida e desenvolvida frente a realidade social do país, onde os 10% mais ricos da população tem uma renda, em média, 30 vezes maior do que a renda dos brasileiros mais pobres, que representam 40% da população. Mais de 64 milhões de brasileiros são pobres e 36 milhões vivem abaixo da linha de pobreza. A exclusão socioeconômica acaba se tornando um fator desencadeante da violência e os gastos com esta são alarmantes. O Brasil perde por ano 10,5% de seu PIB com a violência. É um gasto altíssimo, que acaba inviabilizando os próprios investimentos sociais. (JAIME, 2006).

Frisa-se que a Política Social acaba por se tornar um pré-requisito e uma parceira da Política Criminal. Só é possível pensar em segurança pública na medida em que se aproximem as duas realidades tão distintas na sociedade brasileira: os extremamente ricos e os extremamente pobres. A enorme discrepância entre esses dois segmentos, acaba transformando a segurança pública em forma de repressão e de contenção da grande massa de excluídos. Sem que se aproximem essas duas nações, não há solução possível para a violência e a criminalidade.

Esperar que a Política Criminal, sozinha, possa conduzir a sociedade a um "oásis de paz e segurança" é conferir a ela encargos que ela não tem, e que pertencem, antes, às Políticas Econômica e Social. É muito confortável, em períodos de grave comoção pública, utilizar-se da edição de leis penais severas para acalmar e satisfazer a população que clama por medidas urgentes. No entanto, tal atitude não passa de um tênue véu, que objetiva turvar a visão, impedindo que se enxerguem os verdadeiros males que violentam a sociedade: a ausência de investimentos na área social e o descaso político para com parcela significativa da comunidade.

Deste modo, a Política Criminal procura meio de atingir uma real segurança pública. Esta tem sua ideia associada à repressão policial. A tendência moderna é a ampliação do conceito de segurança pública para abranger Políticas Sociais eficazes. Não há como dissociar as duas Políticas: Social e Criminal. O sucesso desta apenas pode ser alcançado ao se trilharem satisfatoriamente os caminhos daquela. Somente através de uma Política Social eficiente se atinge o objetivo da Política Criminal: segurança pública.

Ao abordar conceitualmente o tema e analisar seus desdobramentos, faz-se oportuna uma breve explanação sobre os principais movimentos da Política Criminal da atualidade. Estes se dividem em três correntes: a Nova Defesa Social, o Movimento da Lei e da Ordem, e a Nova Criminologia ou Política Criminal Alternativa.⁵

A primeira é a Nova Defesa Social, caracterizada fundamentalmente pela multidisciplinariedade, a mutabilidade e a universalidade. Não se pauta na estabilidade do corpo doutrinário, mas é um movimento multidisciplinar, que abarca as diversas posições. Pode-se elencar como principais postulados: o exame crítico constante das instituições vigentes, com objetivo de atualização e melhoria e, quando necessário, sua reforma ou abolição; a visão multidisciplinar, integrando-se todas as áreas do saber humano, contribuindo para uma completa e profunda análise do fenômeno criminal; a Instituição de um sistema de política criminal garantidor dos direitos humanos e promovedor dos valores essenciais da humanidade.

⁵ Cf. ARAÚJO Jr. 1991:65:79. ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. (org.). Os Grandes Movimentos de Política Criminal de Nosso Tempo – Aspectos. In: SISTEMA PENAL PARA O TERCEIRO MILÊNIO (atos do colóquio Marc Ancel). Rio de Janeiro: Revan, 1991., p. 65 a 79

A segunda corrente é o Movimento da Lei e da Ordem, que relaciona o aumento da criminalidade ao tratamento excessivamente benigno que a lei dedica ao criminoso. A violência somente pode ser reprimida pelo recrudescimento do sistema penal, com a edição de leis mais severas e imposição de penas privativas de liberdade mais longas e, até, pena de morte. Seus postulados são: a pena retoma o caráter de castigo e retribuição que apresentava no seu início histórico; crimes graves requerem punições severas (longa privação de liberdade ou morte), a serem cumpridas em estabelecimentos penais de segurança máxima, em regime especial de severidade; resposta imediata ao crime, com ampliação da prisão provisória; a execução da pena deve ficar a cargo, quase que exclusivamente, da autoridade penitenciária, restringindo-se o controle judicial.

A terceira e última corrente a ser elencada é a da Nova Criminologia, um movimento que abriga as mais diversas tendências: Criminologia Crítica, Criminologia Radical, Criminologia da Reação Social, Economia Política do Delito, são algumas das linhas que têm em comum o repúdio à Criminologia Tradicional e a busca da construção de uma teoria materialista da criminalidade, ou seja, “de uma criminologia de inspiração marxista”. São seus postulados: abolição da pena privativa de liberdade, inútil como meio de repressão do delito e como forma de ressocialização do delinquente. A prisão funciona apenas enquanto seu caráter estigmatizante; a criminalidade deve ser considerada segundo a classe social de que provenha – proletária ou dominante, e a Política Criminal deve ser orientada nesse duplo sentido; a adoção de um processo de socialização alternativo, um projeto gradual e intenso de descriminalização, despenalização e desjudicialização, transferindo do Estado para a comunidade o controle das condutas criminosas de natureza leve; criminalização dos comportamentos que causem dano ou ameacem os interesses essenciais da comunidade: criminalidade ecológica, econômica, ofensas à qualidade de vida, à saúde pública, à segurança e higiene no trabalho e outras condutas assemelhadas; intensa propaganda, visando a denúncia das desigualdades do sistema vigente, e a obtenção do apoio popular aos métodos e à ideologia da Nova Criminologia.

A partir de todo o panorama da atual política criminal brasileira exposto, bem como sua conceituação teórica, perpassando-se pelas correntes doutrinárias vigentes, observa-se que a mesma se faz presente desde a criação do tipo penal, perpassando pelas regras de processo para a definição da pena adequada à infração, garantidos os direitos fundamentais do acusado, até o momento da execução da pena, objetivando a ressocialização e que cumpra seu papel

preventivo, repressivo e educativo, faz-se necessário a abordagem da intersecção entre a política criminal e o direito da criança em conviver com a mãe reclusa. Esta intersecção se dá nesse terceiro momento de atuação da política, momento da execução da pena privativa de liberdade, no qual a condenada é tolhida de seu direito à liberdade, permanecendo-lhe assegurado os demais direitos fundamentais, bem como o direito pertencente às crianças e adolescentes de ser criado e educado no seio da sua família, conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Importante ressaltar que houve alteração legislativa quanto a esse direito em específico, em abril de 2014, quando foi sancionada a Lei nº 12.962, que inclui alguns artigos ao texto do ECA, com intuito de assegurar a convivência de crianças e adolescentes com pais privados de liberdade. De acordo com o texto da nova lei, a condenação criminal do pai ou da mãe não implicar a automática destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação por crime contra o próprio filho ou filha, e a convivência será mantida por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial. Entretanto, os presídios terão que submeter sua organização e estruturas de maneira a adequar a visitação para receber crianças, pois apesar de a lei permitir que filhos visitem os pais, muitas unidades de cumprimento de penas não têm organização mínima para receber crianças e adolescentes.

Como inovações relevantes cumpre destacar que de acordo com a nova norma, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio do governo federal. E segundo a nova lei ainda, em casos em que seja possível a perda do poder familiar, a lei estabelece que os pais presos devam ser citados pessoalmente, o que caracteriza na visita de um oficial de Justiça no local onde o pai ou a mãe estiver preso para citá-lo. Nesse caso, o oficial deverá perguntar se o pai ou mãe deseja nomear um defensor para representá-lo no processo. A autoridade judicial também ficará obrigada a requisitar a presença dos pais presos para oitiva nas ações de perda de poder familiar.

Nesse sentido, analisando o contexto em que essa alteração legislativa está inserida devemos destacar as recorrentes decisões judiciais no sentido de reconhecer que tanto a ausência como o descaso e até a rejeição dos pais em relação ao filho gera a violação de sua honra, que a assistência material não esgota outros deveres implícitos no poder familiar

dos pais, e que a guarda e educação dos filhos extrapolam o dever de escolaridade e sustento, para se tornar um dever de convivência familiar, em que se faz presente o afeto, o amor, o respeito, a dignidade, a participação, a presença constante no desenvolvimento da criança. Não raras as decisões de condenações em danos morais de pais que praticaram além do abandono financeiro o abandono efetivo, gerando dano concreto e permanente na formação daqueles indivíduos.

Privar a criança do convívio com o outro genitor é tão nocivo e tão grave quanto o abandono, cuja conduta deve ser reprimida pela Justiça, punindo severamente a mãe ou o pai que comete este tipo de negligência, sem motivo justificável, começando por severa indenização por dano moral até uma possível inversão de guarda, como ocorre em outros países com o genitor-guardião que priva o filho de conviver com o outro genitor.

Não significa que todos os filhos que sofrem a ausência do pai ou da mãe estão fadados ao comportamento violento ou distúrbios de personalidade, mas pode facilitar uma série de situações que influenciam no seu comportamento. Em outras palavras, a qualidade de vida da criança não é garantida pela manutenção do núcleo familiar original.

O artigo 5º da Lei Maior reafirma que todos, sem distinção, são pessoas humanas que possuem direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, assegurando que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Em uma interpretação sistemática do artigo 227 da Constituição traduz a existência de uma prioridade nova a ser protegida constitucionalmente: o direito da criança, que diz:

Art. 227. 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-la a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

Deste modo, a Constituição Federal de 1988, inaugurou a proteção aos direitos da criança, baseado na doutrina da proteção integral, por meio da elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), com a prioridade absoluta, reconhecendo as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, devendo-se garantir-lhes as condições e os meios necessários a um desenvolvimento sadio. Assim, nessa posição de equidade com o adulto, vê-se a criança como pessoa humana, portadora de direitos subjetivos que podem ser exigidos judicialmente, como prevê o artigo 3º do ECA:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (BRASIL, 1990).

Considerar a criança e o adolescente sujeitos de direitos, garantia constitucional que quer dizer garantir a efetivação de políticas públicas que estimulem positivamente o seu desenvolvimento, prioritariamente, e colocá-lo a salvo de qualquer negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Cumprе ressaltar, que em linguagem técnica-jurídica, o ECA é um estatuto, e como tal é uma lei que disciplina direitos e deveres de uma específica categoria de determinadas pessoas, ou seja, tem sua incidência e sujeitos da proteção legal bem definidas. Assim, o diploma disciplina os direitos e deveres de crianças e adolescentes, e para efeitos legais, as crianças são todas as pessoas naturais que contam com até 12 anos de idade, incompletos, e os adolescentes são as pessoas naturais com idade entre 12 e 18 anos. Ressalta-se que em casos excepcionais, previstos expressamente em lei, aplicar-se-á o ECA para pessoas de idade entre 18 a 21 anos.

No rol dos direitos da criança e do adolescente podemos elencar o direito à convivência familiar é reconhecido constitucionalmente (art. 227), e assegurado, no plano infraconstitucional, pelo art. 19 do ECA. Assim, a criança ou o adolescente tem o direito de ser criado pela sua própria família, como regra geral, e excepcionalmente, por família substituta. Por conta disso, inclusive, a criança ou o adolescente que estiver, por qualquer motivo, retirado do convívio da família, em razão de programa de acolhimento familiar ou institucional, deverá ter sua situação reavaliada, no máximo a cada seis meses, cabendo ao juiz decidir pela sua reintegração familiar, ou colocação em família substituta. Essa decisão deve ser fundamentada, com base nos laudos e relatórios de uma equipe multidisciplinar.

Entende-se por família o menor núcleo social em que o indivíduo pode se inserir, conceituada como a reunião de pessoas ligadas pelo casamento, pela união estável, pelo parentesco e afinidade, assim, entidade familiar é aquela composta pelo casamento, pela união estável e também por qualquer dos pais com seus descendentes. A nossa Constituição reconhece a família como a base da sociedade e prevê sua especial proteção, no art. 226. O Supremo Tribunal Federal (STF) ainda reconhece como família, com muita propriedade, aquela composta por casais de mesmo sexo. Entretanto, devemos, pois, entender “família”

como um conceito amplo, o mais amplo possível, não limitado por questões políticas, ideológicas ou religiosas, que ampara significações não só jurídicas, mas também sociais e psicológicas.

Para o ECA são espécies de família: A Família natural, aquela família onde a criança foi gerada e vive com seus pais e mães naturais, nos termos do art. 25 do ECA, formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. Isso decorre de disposição constitucional; A Família extensa, é um tipo de família natural, na qual se agregam, à família original, parentes próximos que mantém convivência familiar estreita com a criança ou adolescente, como avós, tios, primos, outros filhos do mesmo genitor, filhos do novo companheiro do genitor, prevista no parágrafo único do art. 25 do ECA; e a Família substituta, é a família que não é a natural, mas que recebe a criança ou o adolescente na ausência ou impossibilidade da família natural, conforme dispõe o art. 28 do ECA, a colocação da criança ou do adolescente em família substituta será por meio de guarda, tutela ou adoção.

Outro direito da criança é o direito a convivência familiar, que se relaciona com o poder familiar exercido pelo pai e pela mãe igual e concomitantemente. É o que dispõe o art. 21 do ECA, quando diz que “o poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe...” O Código Civil também trata da questão do poder familiar nos arts. 1630 e 1631:

Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Para Diniz (2012, o poder familiar pode ser definido como sendo:

o conjunto de direitos e obrigações quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho. (DINIZ, 2012).

Deste poder familiar confiado aos pais decorrem alguns deveres. Assim, conforme disposto no art. 22 do ECA, “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.” Assim, os pais devem cuidar de seus filhos menores proporcionando sustento – material e afetivo – viabilizando seu desenvolver de uma maneira

sadia, e promover-lhes a educação e preparando-os para a vida, para que sejam adultos corretos e úteis à sociedade.

O Código Civil, no art. 1634, também estabelece outros deveres dos pais em razão do poder familiar:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

O poder familiar é ínsito aos pais e, por isso mesmo, ele é irrenunciável e inalienável, ou seja, não está disponível por manifestação. Em decorrência disso, a perda do poder familiar só se dará nos casos previstos em lei, e por decisão judicial, conforme dispões o art. 24 do ECA. Os motivos para a perda do poder familiar estão previstos no art. 1638 do Código Civil.

Como vimos acima, a guarda é um dos deveres decorrentes do poder familiar (ECA, art. 22), deste modo, geralmente, a guarda de crianças ou adolescentes é exercida pelos pais. Entretanto, existem situações em que a guarda da criança ou do adolescente é passada a outra pessoa, como nos casos de falecimento dos pais ou quando não possuem capacidade de gerir a própria vida. Tanto a obtenção da guarda, como sua revogação, depende de decisão judicial, e não implica em perda ou suspensão do poder familiar. A obtenção da guarda obriga o guardião na prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo-lhe o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais e confere à criança ou ao adolescente a condição de dependente, para fins fiscais, previdenciários e sociais.

Nesse âmbito, temos também o poder de tutela, que pode ser entendido como a forma legal de proteção ao incapaz. A tutela é o poder conferido a alguém, para gerir a vida de um

incapaz e administrar seu patrimônio, substituindo o poder familiar. Ela é regulada pelo Código Civil. O próprio art. 36 do ECA, que trata da tutela, diz que ela será deferida nos termos da lei civil. Na definição de Diniz (2012) “a tutela é um instituto de caráter assistencial, que tem por escopo substituir o poder familiar. Protege o menor não emancipado e seus bens, se seus pais faleceram, foram declarados ausentes, suspensos ou destituídos do poder familiar”.

É importante frisar que a tutela somente será deferida a pessoa com 18 anos incompletos. Assim, alcançada a maioridade civil (Código Civil, art. 5º), a pessoa não mais será submetida à tutela de ninguém. O deferimento da tutela pressupõe, sempre, a perda do poder familiar. Assim, somente se poderá deferir a tutela com a prévia decretação do poder familiar. A tutela obriga o tutor nos deveres inerentes à guarda.

Ainda no rol dos direitos da criança, o artigo 7º da Lei nº 8.069/90 (ECA) prevê que a criança tem direito à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas públicas sociais que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. Tão logo em seu artigo 8º, referida lei assegura a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e às gestantes nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-parto integral no Sistema Único de Saúde.

Nesse sentido, cumpre destacar o papel da primeira infância, que é o nome dado aos primeiros anos de vida de uma criança, os quais são permeados por fortes processos de desenvolvimento. É uma fase determinante para a capacidade cognitiva e social do ser humano. Uma primeira infância com dedicação, amor, carinho, cuidado, estímulo e oportunidade reveste o caminho para que a criança usufrua de todo seu potencial, para que, futuramente, se torne em um adulto saudável e equilibrado.

Apesar da extensa matéria legislativa que cuida e prioriza o cuidado com a criança, muitas são as barreiras que as separam um contexto ideal em que possam amplificar todo seu potencial e receber o afeto que necessitam. Tais obstáculos advêm das mais diversas áreas – socioeconômicas, educacionais, saúde ou políticas públicas. Em alguns casos os desafios iniciam-se logo ao nascimento, quando se trata de criança nascida de mãe presa.

Ao manter imoderadamente a prisão de uma mulher gestante e/ou mãe de criança menor de 12 anos de idade, justificando em “caso excepcionalíssimo”, a autoridade judiciária viola, também, o princípio da impessoalidade da pena. O princípio da impessoalidade da pena está consagrado no artigo 5º, inciso XLV, da CRFB/88, que preconiza que “nenhuma pessoa passará da pessoa do condenado”. Este princípio garante que somente quem atuou no crime será por ele responsabilizado, não cabendo a privação de liberdade para quem não concorreu ao tipo penal. Logo, percebe-se que, ao não converter a prisão preventiva nos casos permitidos por lei, o magistrado impõe ao nascituro e/ou à criança uma pena que não lhe cabe: a de viver em um ambiente insalubre, sem atenção aos seus direitos e garantias fundamentais.

Trata-se de uma violação contra a humanidade, o cárcere é o local de doenças como sífilis, da tuberculose, local de violência, de abusos, de tortura, e em meio a tudo isso pelos menos 600 mulheres estão gestando no cárcere, pelo menos 400 mulheres amamentando, e 1.800 crianças instaladas nas prisões com suas mães. Atualmente, 10.600 mães têm direito de esperar julgamento em prisão domiciliar.

A complexidade processual faz com que determinados grupos sociais vulneráveis, dentre eles, o dos presos, deixem de reclamar certos direitos. Pode-se apontar uma clara deficiência estrutural no sistema prisional que resulta em mulheres grávidas e mães de crianças e as próprias crianças vivendo em condições degradantes, privadas de cuidados médicos pré-natal e pós-parto, ou seja, privadas de acesso a saúde.

Conforme artigo 8º, §10º do Estatuto Juvenil, incumbe ao Poder Público a garantia à gestante e à mulher com filho na primeira infância presas uma ambiência que atenda às normas sanitárias e assistenciais do Sistema Único de Saúde para o acolhimento do filho. Salienta-se que o cuidado com a saúde maternal é considerado como uma das prioridades que deve ser observada em diversos países do mundo, conforme a Organização das Nações Unidas. Ainda, a Lei nº 11.942/2009 alterou a Lei de Execução Penal, passando a assegurar:

O acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido”; “os estabelecimentos penais destinados às mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade; “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, inclusive à presa provisória. (BRASIL, 2009).

É de conhecimento geral que os partos de mulheres presas ocorrem nas celas e nos pátios das unidades prisionais, deste modo, fica claro o desprezo do Estado aos direitos fundamentais das mulheres grávidas privadas de liberdade. O sistema cria potencialidade de dano, a probabilidade de perdas irreparáveis às mulheres e seus filhos.

Em suma, para exemplificar todo o exposto, cumpre expor a conclusão que o estudo sobre maternidade no sistema prisional realizado pelo Ministério da Justiça e o IPEA promoveram, em 2015: “Uma das saídas desse (falso) paradoxo, entre institucionalizar a criança ou separá-la da mãe, seria a prisão domiciliar, essa opção choca com a cultura do encarceramento e a priorização do ‘combate ao crime’ presente nos discursos e práticas do sistema de justiça”.

2.3. Conflitos entre o Punitivismo e os Direitos e Garantias Fundamentais

O atual cenário político, econômico e social vivido no Brasil gera na população um estado de incerteza e insegurança, fazendo-os enxergar que a democracia brasileira talvez enfrente sua pior crise desde que promulgada a atual constituição. Em referido contexto em que a instabilidade apresentada é evidenciada pelos altos índices de criminalidade, explorados e proclamados a plenos pulmões pela mídia, muitas vezes de forma apressada e irresponsável. Os discursos de ódio e clamores punitivistas, tão comuns na atualidade conquistam cada vez mais adeptos e audiência, propagando opiniões prontas e infensas a qualquer reflexão crítica.

Essa onda justiceira deteriora os alicerces do Estado de Direito, muito além da instauração de uma dita “cultura do medo”, ao passo que de maneira direta influencia os discursos e ações daqueles que aplicam a lei, afastando seus olhares dos limites os quais deveriam observar, ressalta-se que o respeito à lei é justamente uma característica marcante de um Estado de Direito, ou seja, de um Estado que busca seu fundamento e que autolimita o exercício de seu poder a partir da lei posta. E é pontualmente na esfera do sistema penal, em que o poder estatal se traduz de forma mais enérgica — o *jus puniendi* enquanto expressão do poder soberano de privar o cidadão de sua liberdade — que essa subordinação ao ordenamento jurídico deve ocorrer de maneira mais efetiva, de modo a furta-se da intervenção repressiva e evitar que se converta em mal maior do que aquele causado pela conduta antijurídica transpassados os limites racionais da lei, o poder em que o Estado está investido,

se transfigura em crime, traindo o Estado de Direito e as bases que legitimam e estruturam a Justiça pública.

Segundo o professor associado de Direito Processual Penal da UERJ Afrânio Silva Jardim (2018), o Punitivismo e Estado Democrático de Direito são incompatíveis e se excluem. Referido autor, em texto deste título, diz que ao tratar da função do processo penal, costuma pontuar que o Estado Democrático de Direito, de caso pensado, sabe que vai assumir o risco concreto de absolver culpados, vislumbrando-se as garantias legais do acusados de um modo geral, embora ele também saiba que não pode assumir igual risco de condenar inocentes, fato que gera para a sociedade danosa insegurança jurídica. Assim, o Estado Democrático de Direito é de igual modo privilegiado quando, para não infringir a Constituição e o ordenamento jurídico, absolve um culpado, ou seja, todos saem ganhando quando se observa o “devido processo legal”, se respeitam os princípios do processo penal democrático, em suma, quando “ o Direito ganha da sanha punitivista.”

Por óbvio, a profanação do sistema legal causa maior prejuízo e de maneira mais difusa do que deixar o criminoso sem sua punição, não sendo vantajoso punir a qualquer preço. Os valores da democracia brasileira, resultado de um trabalhoso e lento processo civilizatório, não podem ser ignorados em nome de um ingênuo e simbólico combate à criminalidade. Já ficou mais que comprovado que a eficácia baseada na intimidação do Direito Penal é muito tênue, razão pel/a qual não se traduz em uma solução adequada para os problemas sociais. Fora isso, pode-se dizer que ao menos em parte a criminalidade é fruto da sociedade de consumo, lastreada no lucro de uma sociedade de massa e competitiva. Difícil não concordar com os pensadores de esquerda do início da modernidade, pois fica fácil identificar que a criminalidade exacerbada dos dias atuais é mesmo inerente a uma sociedade de classes tão diferenciada como a brasileira.

Ante o exposto, uma suposta flexibilização dos direitos fundamentais e sociais contidos na Constituição, deve ser veementemente rechaçada, ao invés de flexibilizar, deve o Estado adaptar-se aos direitos e garantias fundamentais e não o contrário, isto é, os direitos e garantias fundamentais não devem se adaptar ao Estado. O que se preza é seja respeitada a ordem jurídica, requer-se que a Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário se submetam ao “direito posto”, respeitem o Estado Democrático de Direito, quando no exercício do poder de punir do estado, quanto braços do poder político democraticamente eleito. Sarlet (2007) argui que, o cunho eminentemente principiológico dos direitos fundamentais e seu tratamento no

ordenamento jurídico como mandados de maximização, demandam do poder estatal um conjunto de medidas que lhes assegurem.

Diante disso, é preocupante a verificação de uma adesão progressiva aos apelos midiáticos e clamores públicos desprovidos de criticidade por parte das autoridades, tal fato acarreta uma conversão do sistema penal em instrumento de consumação de vinganças privadas, fazendo lembrar a lei de talião em uma roupagem modernizada que busca exteriorização no *jus puniendi* estatal, que ao inobservar a lei nada mais se torna do que o exercício do poder do mais forte.

Ante a pena de se tornar criminoso, deve-se exigir do estado um compromisso com os padrões de racionalidade nos quais são alicerçada a Justiça pública, exatamente para comedir um poder que inclina-se a transpor os limites, colocando em risco sua estrutura, qual seja o modelo do Estado de Direito elencado pela constituição, ao ser violento como a violência que busca reprimir, buscando legitimidade na medida em que a controla.

Frisa-se que diante das altas taxas de criminalidade é o respeito à lei que protege da anomia, asseverando a subsistência das garantias fundamentais do homem, assim, caso sobressaia essa violência desmedida ultrapasse o limite da lei, haverá um controle visando a manutenção e assecuridade desses direitos. Assim, se as próprias autoridades não se submetem à lei, não têm legitimidade para aplicá-la em punição àqueles que também não o façam. Nas palavras de Costa (2016):

Se não houver quem zele pelo templo da razão do qual a lei é símbolo, interpretando-a e aplicando-a com os olhos voltados à dimensão transcendental do interesse público — que diz de todos e de cada um —, o crime terá fluxo livre e linear, igualando na imanência autoridades e delinquentes. É o que não se pode admitir, sob pena de se fomentar um processo em que o Estado termina por se integrar à espiral de violência que deveria conter, deixando de reger “de cima” — do lugar “terceiro” da lei — a relação entre os cidadãos. (COSTA, 2016)

Aquela sensação de segurança conhecida de tempos atrás jamais fora resultado do rigor penal, ou da mitigação de garantias, devia-se muito mais a padrões éticos sustentados por instituições e autoridades hoje desacreditadas, do que propriamente a severidade de intervenção penal. Desse modo, no momento atual, extraímos que não será a truculência policial, ou as prisões provisórias excessivas e revestidas de arbitrariedade, ou ainda as condenações antecipadas pela mídia que irão salvar a lavoura. A impunidade vista hoje não advém do respeito a garantias fundamentais ou a demora inerente ao devido processo legal, claro que nos limites da razoabilidade ao perigo de se converter a Justiça pública em um

sistema de institucionalização de vinganças privadas. Nesse sentido precavia Zaffaroni (2007), nos subterrâneos do Estado de Direito espreita o Estado de polícia, pronto a expandir sua violência e assim afirmar-se à menor oportunidade.

Claramente a democracia e o Estado de Direito se mostram como as únicas alternativas para a contenção do estado de insegurança generalizada, refletido pelos nossos índices de violência. E ainda a observância das leis, a contenção diante de suas garantias e a racionalidade em sua aplicação, é dever que se impõe a todas as instituições e funções que interagem estruturando o sistema penal. E frise-se: ao lutar pela aplicação estrita da lei e pelo respeito a garantias fundamentais, combate-se aquele que talvez seja o pior dos crimes, exatamente o cometido pelo Estado quando, no exercício de seu poder, não se contém diante do direito por ele próprio posto.

Em uma república democrática constituída em Estado de Direito, o império da impunidade não deve interessar a ninguém, tampouco o atropelo a garantias fundamentais. E, nas dinâmicas de equalização desse tensionamento, os fins não justificam os meios. Pelo contrário, em uma democracia republicana alicerçada no Direito, é justamente o respeito aos meios racionalizados que legitima o exercício do poder para alcance dos fins constitucionalmente definidos.

Em análise ao atual contexto político pode-se dizer que quem adere à cultura punitivista pressupõe que nunca será uma de suas vítimas. Quem adere a essa cultura do linchamento pressupõe que nunca será uma de suas vítimas. Normalmente, divide as pessoas entre as “de bem” e as “outras”, e, evidentemente, o seu lugar no primeiro grupo parece garantido. A expectativa da sociedade alimenta agentes estatais que assumem uma postura de heróis. O problema é que esse não é o papel do Poder Judiciário. As decisões judiciais não devem ser orientadas pelo calor de uma plateia ávida por punições exemplares e decretadas num cenário de “vale-tudo”. Nós, o povo, conferimos aos juízes importantes garantias de independência (vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de subsídios), justamente para que possam julgar com base nas leis e na constituição, ainda que isso contrarie maiorias ocasionais e parte da opinião pública (não raro deturpada por alguns meios de comunicação). Daí falarmos em uma função contra majoritária (e não necessariamente antidemocrática) das cortes.

Nessa senda, tem intensificado o uso do conceito “populismo judicial” na linguagem política brasileira para denunciar práticas em que a decisão judicial parece estar sobretudo

motivada por razões majoritariamente política, e não jurídicas. Ao contrário, ao invés de cederem ao populismo judicial, os magistrados deveriam lembrar à sociedade que direitos e garantias individuais existem para proteger qualquer pessoa, e não somente aquelas por quem nutrimos simpatia e admiração.

O momento histórico vivido pelo Brasil é preocupante, seguimos aplicadíssimos no punitivismo e do Direito Penal do inimigo. A população aceita pacificamente a incompetência do Estado brasileiro, sem perceber que está sendo-lhe retirado parte dos direitos conquistados com a Constituição cidadã de 1988. O absurdo de que a prisão após a condenação em segunda instância é fundamental para o combate à impunidade e a repressão à criminalidade somente demonstra os problemas da prestação jurisdicional no Brasil. O que se faz é transferir a responsabilidade da lentidão do judiciário para o cidadão, vez que decisão nesse sentido apenas tira-lhe a presunção de inocência, porquanto a justiça brasileira não consegue julgar os processos e recursos dentro de um tempo aceitável e com celeridade.

Em um Estado Democrático, como é o Brasil, a lei deve ser aplicada e obedecida por todos, inclusive pelo Estado, para não virarmos, conforme expressão do STF um “Estado de Coisas Inconstitucional”. Assim, antes que o Poder Judiciário mitigue o princípio da presunção da inocência, é preciso que passe a cumprir o princípio da razoável duração dos processos. Na prática é evidente o conflito entre os direitos fundamentais do acusado e a visão punitivista da sociedade, embasada em legislação severa.

Diante da dura realidade punitivista apresentada, engloba-se mulheres presas cujos filhos são impedidos de vê-las pois, em nome do punir a qualquer custo, porque a população está avida por segurança, não há que se falar em direito da criança de conviver com a mãe, já que a mesma é criminosa, ela merece ser privada do convívio, pois, se realmente se importasse com a criança, não teria infringido a lei, e ainda também óbvio que muitas vezes o sustento da casa e da criança não dependiam do dinheiro do crime, claro que não, não há desigualdades sociais no Brasil, gente honesta e de bem tem trabalho garantido, o Estado é um excelente garantidor de acesso a saúde e educação.

3. MATERNIDADE NAS PRISÕES BRASILEIRAS

3.1. Escorço histórico do sistema penitenciário brasileiro

Para que a paz e o interesse da maioria fossem assegurados, emanou da vida em sociedade o direito de punir do estado, criando-se regras comuns que possibilitassem a convivência e a conseqüente punição àqueles que a infringissem. A finalidade da pena imposta ao transgressor das regras penais sempre foi uma preocupação na história do Direito Penal. Em seu desenvolvimento histórico a pena sofreu um processo de evolução simultâneo às modificações das relações humanas e, constatando que a punição com a pretensão exclusiva de castigar o infrator e vingar o mal por ele praticado sempre culminou em crise, de modo que modificou-se a tendência penal estritamente repressiva, dando azo às penas alternativas à prisão.

Na antiguidade a pena impunha sacrifícios e castigos desumanos ao condenado e hodiernamente não havia proporção entre a conduta delitiva e a respectiva punição, sobrepondo-se o interesse do mais forte. Com a Lei de Talião, registrada pelo Código de Hamurabi, em 1680 a.C., estabeleceu-se, embora de forma precária, a proporcionalidade entre a conduta do infrator e sua punição, exemplificada pela famosa frase “olho por olho e dente por dente”. Mostrou-se assim, a equivalência entre a ofensa e a sanção penal, porém as penas continuavam aviltantes, públicas e degradantes, marcadas pela infâmia, as agressões físicas e a pena de morte.

Após este momento histórico, a pena que era de ordem privada foi submetida à esfera pública, com o escopo de garantir a segurança e os interesses do Estado. A prisão passou a ser utilizada para preservar os réus até os julgamentos definitivos, sem a significação de sanção penal, remanescendo a punição com intenso teor vingativo, impondo-se de maneira rigorosa ao acusado. Assim, castigos como amputação de membros, guilhotina, forca, eram uma forma de espetáculo à população, para servir de exemplo amedrontador. Entretanto, conforme destaca Foucault (1987), nunca gerou aceitação entre os homens (*apud* DOTTI, 1977, p. 58):

Assim, não havia aceitação pública, pelo caráter de espetáculo da execução das penas, sendo que as pessoas eram estimuladas e compelidas a seguir o cortejo até o local do sacrifício, e o preso era obrigado a proclamar sua culpa, atestar seu crime e a justiça de sua condenação. (FOUCAULT, 1987 *apud* DOTTI, 1977, P.58).

Em um próximo momento histórico, a punição ganhou uma implicação de vingança e de castigo espiritual, que por meio dessa sanção seria possível se regenerar com a divindade, purificando-se novamente a alma do infrator, assim, foram cometidas atrocidades e violências

em nome de Deus. Na Idade Média, a punição foi motivada pelos Tribunais de Inquisição, com penas eram cruéis e desumanas que envolviam condenações em formas de tortura.

O combate a esse modelo cruel e perverso de direito penal só ocorreu com o movimento Humanitário, cujos expoentes foram Cesare Bonesana "Marquês de Beccaria", John Haward e Jeremias Bentham, surgido como símbolo da reação liberal aos absurdos do panorama penal da época. As convicções revolucionárias formaram a base do direito penal moderno e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na Revolução Francesa.

Cumprе ressaltar que devido ao panorama histórico vivido pela Europa nesse momento, não só os ideais liberais que norteavam o período motivaram a aplicação da prisão como pena autónoma, substituindo a pena de morte e as violações a integridade física do homem, mas foi também consequência da expansão da criminalidade por toda Europa, decorrente das guerras e do aumento da população nas cidades, que geraram um vulto de violência e pobreza, consequentemente também o crescimento da delinquência. Assim, a pena de morte verificou-se insuficiente e inadequada, tornando conveniente a aplicação de penas privativas de liberdade, que se solidificou como principal modalidade de punição, entretanto a execução dessa pena permaneceu primária e desumana.

De semelhante modo, no início do século XIX, a pena de prisão revelou-se um meio mais adequado a correção do infrator penal, uma evolução para época, entretanto nas últimas décadas não tem se mostrado mais uma maneira tão eficiente. O panorama mais recente em relação as penas privativas de liberdade e sua eficácia já era esperado, vez que o cárcere é a antítese da sociedade livre, e trabalha de maneira antinatural conduzindo à criminalidade. Desse modo, tal qual sucedeu com a pena de morte e outros suplícios, a decadência da pena de prisão foi inevitável, já que não ocasionou o fim da criminalidade, e ainda privilegia desumanidades, estimulando a reincidência delitiva.

Diante disso, a atualidade faz uma nova reflexão em torno da punição, ocasionando o uma notória preocupação aos pensadores penais em associar a punição feita pelo estado à efetiva reabilitação do ser humano, por meio de sanções que não privem a liberdade do condenado. Tal intento encontra respaldo na verificação de que o cárcere acarreta a perda das diretrizes de uma vida saudável em coletividade, já que impõe um cotidiano estático, monótono, em que estão ausentes estímulos positivos. Dessa maneira, tais reflexões tem o objetivo de adequar as modalidades punitivas à tendência moderna do direito penal, privilegiando a reabilitação interior do criminoso, preservando-se sua dignidade, já que as

punições que agiram externamente, agredindo e castigando os infratores, resultaram negativamente.

As prisões que surgiram como forma de humanização das penas, na verdade acabaram por se tornar um depósito de lixo humano. A pena continua a ser encarada por todos como mero ato de vingança. Muitos até entendem que a situação ideal seria torná-la até mais rigorosa.

O sistema carcerário, na configuração dada pela sociedade capitalista, especialmente no Brasil, é extremamente desumano, bárbaro, não só simplesmente pelo confinamento físico, mas ainda porque corrói a subjetividade do homem, vez que não proporciona ao apenado possibilidade de racionalização da situação em que se encontra. Segundo Foucault (1987 *apud* DOTTI, 1977, p. 58), a prisão também se embasa no papel de “aparelho para transformar os indivíduos”, prestando-se desde os primórdios a uma:

[...] detenção legal [...] encarregada de um suplemento corretivo, ou ainda uma empresa de modificação dos indivíduos que a privação de liberdade permite fazer funcionar no sistema legal. Em suma o encarceramento penal, desde o início do século XIX, recobriu ao mesmo tempo a privação de liberdade e a transformação técnica dos indivíduos”. (FOUCAULT, 1987 *apud* DOTTI, 1977).

No Brasil, em uma perspectiva histórica o sistema penitenciário, desde sua concepção, enxerga a prisão como local de exclusão social e questão preterida pelas políticas públicas, consequência a falta de construção ou a edificação adequada dos edifícios penitenciários, na maioria das vezes improvisados. Desde o Brasil colônia, nos códigos portugueses, se decretava a Colônia como “presídio de degredados”, e a utilização do território colonial como local de cumprimento das penas persistiu até 1808, ano marcado por mudanças significativas rumo à autonomia legal e aos anseios de modernidade.

A primeira prisão brasileira, conhecida como Casa de Correção no Rio de Janeiro é datada de 1769, estabelecida pela Carta Régia daquele ano. Aponta-se ainda a Cadeia construída na cidade de São Paulo entre 1784 e 1788, conhecida simplesmente como Cadeia, localizada onde hoje é a Praça João Mendes. Era um grande casarão em que funcionava também a Câmara Municipal, em seu piso inferior havia as salas destinadas à prisão e, no piso superior, os espaços da Câmara. Lá ficavam recolhidos os indivíduos que cometiam infrações, inclusive escravos, e inclusive era onde aguardavam a condenação a penas como o açoite, a multa e o degredo; já que não existia ainda a pena de prisão. Nesse passo, cumpre ressaltar que a primeira prisão feminina foi criada no Rio de Janeiro em 1942 e tinha nome

de reformatório especial. Ela ficava afastada das prisões masculinas e sob a administração de freiras, que cuidavam da higiene, a disciplina e a educação das detentas.

Em 1824, a Constituição já previa, em seu art. 179, que as prisões deveriam ser seguras, limpas, arejadas, com a separação dos réus de acordo com a natureza de seus crimes. O Código Criminal de 1830 inaugurou a pena de prisão com trabalho, resultando na construção de Casas de Correção com celas individuais e oficinas de trabalho, com estrutura pensada para a pena privativa de liberdade. No início do século XIX, houve grande crescimento populacional e econômico do país, proporcionado pelo café e a industrialização, entretanto as casas de recolhimento prisional da época, mostravam condições extenuantes, e num mesmo local recolhiam-se escravos, menores e loucos.

O Código Penal de 1890 concebeu novas modalidades de penas: banimento, prisão celular, reclusão, prisão disciplinar, prisão com trabalho obrigatório, interdição, suspeição e perda do emprego público cumulado com multa. Tal código já vedava a condenação a penas perpetuas e coletivas, conforme artigo 44, assim, as penas restritivas de liberdade tinham caráter temporário e não poderiam exceder a trinta anos, suas modalidades eram: prisão celular, prisão com trabalho obrigatório, reclusão e prisão disciplinar. O modelo de prisão celular, foi inspirado no sistema pensilvânico, no entanto, o aumento constante da população prisional confrontou-se com as limitações de espaço desse modelo de cárcere, tornando inviável a utilização de celas individuais.

A população carcerária brasileira atingiu a marca de 711.463 presos, enquanto nos presídios a capacidade é de 415 mil, fora isso, o Brasil também conta com 20.532 jovens que estão cumprindo medidas socioeducativas. Os números apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a representantes dos tribunais de Justiça brasileiros levam em conta as 147.937 pessoas em prisão domiciliar, colocam o Brasil entre os três países com a maior população carcerária em números absolutos, segundo dados do ICPS⁶. As prisões domiciliares fizeram o Brasil ultrapassar a Rússia, que tem 676.400 presos. Considerando apenas os recolhidos em estabelecimentos prisionais o Brasil é o quarto país do mundo em número de presos e o único desses quatro em que o número só cresce, representado nos últimos quatorze anos um aumento de 267,32% , de acordo com dados divulgados no relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), produzido pelo Ministério da Justiça e o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). Destaca-se que o

⁶ Sigla em inglês para Centro Internacional de Estudos Prisionais, do King's College, de Londres.

Brasil excede a média mundial de número de presos por habitantes, atualmente, a proporção é de 306 pessoas presas para cada 100 mil habitantes, enquanto a média mundial é de 144 para cada 100 mil.

Essa população significativa que vive no cárcere é constituída, em sua maioria, por pessoas negras, jovens, pobres e com baixa escolaridade que respondem por crimes contra o patrimônio (roubos e furtos) e pela lei de drogas (porte ou tráfico), conforme dados extraídos do INFOPEN de junho de 2018.

Quanto à superlotação dos presídios, estatísticas recentes demonstram que o sistema prisional brasileiro apresenta um déficit de mais de 220 mil vagas, fato que demonstra a absoluta incapacidade por parte do estado de garantir o cumprimento dos direitos dos presos de estar em uma cela individual arejada, que contém um dormitório, aparelho sanitário e lavatório com área mínima de 6 m². No relatório da CPI do sistema prisional brasileiro foi averiguado que nenhum presídio brasileiro cumpria as exigências prescritas na Lei de Execução Penal Brasileira (CPI, 2009), sem mencionar os relatórios da ONU, entre outros. Cumpre destacar que 40,1% dos presos aguardam julgamento, são presos provisórios, ou seja, não foram condenados e pode ser que ao fim da persecução penal sejam absolvidos, frisa-se que este dado não leva em consideração os presos nas delegacias de polícia, que via de regra, estão presos também de maneira provisória.

É público e notório que o sistema carcerário no Brasil está falido. A precariedade e as condições subumanas vivenciadas pelos detentos são deprimentes e um cenário de extrema violência. Os presídios se tornaram depósitos humanos superlotados, onde há toda espécie de violência, inclusive violência sexual entre presos, o que acarreta proliferação de doenças graves entre outros, o tráfico de drogas interno as vezes é mais letal do que aquele fora da cadeia.

O previsto no artigo 5º, XLIX, da Constituição Federal, é que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”, fora isso a Lei de execução penal prevê várias medidas para viabilização dessa segurança, entretanto, não adianta a previsão legal já que o Estado não garante a execução da lei. Deste modo, diante do panorama perverso, urge-se mudanças radicais. Seja pelo descaso do estado ou da sociedade, as penitenciárias se transformaram em verdadeiras bomba-relógio que o judiciário brasileiro criou no passado a partir de uma

legislação que hoje não pode mais ser vista como modelo primordial para a carceragem no país.

Dentre as necessidades do atual cenário está a modernização física dos presídios bem como a construção de novas cadeias, aumentando o número de vagas, melhoria de assistência médica, ampla assistência jurídica e separação entre presos primários e reincidentes. No campo sócio emocional é necessária assistência psicologia e acompanhamento na reintegração à vida social. Vale ressaltar que é dever moral ressocializar o criminoso, e a sociedade somente se sentirá protegida quando o preso for recuperado.

Mais uma reflexão salutar sobre o tema é a reincidência como consequência da ineficácia da ressocialização. A comprovação de que a pena privativa de liberdade é ineficaz para ressocializar o homem preso se dá pelo elevado índice de reincidência dos criminosos. Em números não oficiais, calcula-se que no Brasil, 90% dos ex-detentos que retornam à sociedade voltam a cometer crimes e, via de consequência, retornam à prisão. Tal fato é reflexo do tratamento e das condições a que o condenado foi submetido no ambiente prisional somadas ao sentimento de rejeição e de indiferença sob o qual ele é tratado pela sociedade e pelo próprio Estado ao readquirir sua liberdade.

Anteriormente, acreditava-se que somente a prisão proporcionaria transformação aos indivíduos apenados, vez que iriam refletir e repensar sua existência e resignados, voltariam à sociedade, entretanto, não é o que de fato ocorre. Os índices de criminalidade e reincidência não diminuíram e a prisão demonstrou-se na realidade e em seus efeitos o “grande fracasso da justiça penal”. (FOUCAULT, 1987 apud DOTTI, 1977).

Na atualidade se observa o descaso das políticas públicas com a ressocialização no interior dos sistemas penitenciários, entretanto, continuamos apresentando a prisão como a solução para o problema da criminalidade que ela própria contribui para sedimentar.

No interior dos presídios, várias garantias fundamentais são desrespeitadas, o preso sofre agressões tanto dos outros presos como dos agentes penitenciários. Tais abusos e agressões cometidas geralmente ocorrem como forma de repressão, chamada de “correição”, na realidade o que ocorre é o espancamento daqueles que se rebelaram, um tipo de castigo. Um famoso exemplo marcado na história brasileira é o “massacre” do Carandiru, em São Paulo, no ano 1992, no qual oficialmente foram executados 111 presos.

No ano de 2017 houve a morte de mais de 100 detentos devido a uma guerra de facções criminosas dentro de presídios brasileiros, fato que expôs a fragilidade do sistema penitenciário nacional. No mesmo anos, três episódios ocorreram, o dia 1º de janeiro, pelo menos 60 presos foram mortos durante a rebelião que durou 17 horas em Manaus (AM). Na mesma semana, houve um tumulto em uma penitenciária em Roraima, onde 33 presos foram mortos; e no dia 14, Rio Grande do Norte, pelo menos 26 presos foram mortos em rebelião na Penitenciária Estadual de Alcaçuz.

Nesse quadro infame, caracterizado pelo déficit de vagas e ausência de estrutura adequada, surge a necessidade urgente do Estado cumprir as normas já estabelecidas na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984). Essa Lei é tida como um dos mais avançadas no campo democrático, pois fundamenta-se na ideia de que a execução da pena privativa de liberdade deve ter por base o princípio da humanidade, sendo que qualquer de punição desnecessária, degradante ou cruel é vista como contrária ao princípio da legalidade.

A Lei de Execução Penal (LEP) visa regulamentar os regimes prisionais, assim como elencar sobre os direitos e deveres do apenado, dos estabelecimentos penais e sobre a integração social do egresso. Infelizmente, nossa Lei de Execução Penal não passa de uma "carta de intenção". Na realidade, as condições precárias do sistema prisional acabam acarretando uma difícil probabilidade de ressocialização. Nesse sentido, Zaffaroni (2007) afirma que: “colocar uma pessoa numa prisão e esperar que ela aprenda a viver em sociedade é como ensinar alguém a jogar futebol dentro de um elevador”.

Assim vimos que o Sistema Penitenciário brasileiro tem se mostrado falho, sendo visto como um depósito de indivíduos “indesejáveis” (SIMON, 2007), já que não há como se falar em ressocialização em um ambiente degradante como o aqui narrado. Assim pode-se concluir que a Lei de Execução Penal, no âmbito prático não tem sido cumprida como deveria e a sua ineficiência tem levado ao aumento da violência.

Vê-se também que a estrutura do sistema carcerário está voltada totalmente para o punir, já que os direitos do preso reiteradamente violados. Se os rigores positivados da pena e da execução fossem eficazes no combate à violência e à criminalidade, não as veríamos mais na nossa sociedade, entretanto, a violência e a criminalidade são, na realidade, filhas das injustiças sociais.

A intenção ao garantir que sejam asseguradas aos presos os direitos previstos em lei, não é o de tornar a prisão um ambiente agradável e cômodo ao preso, excluindo o caráter retributivo da pena de prisão. Entretanto, o Estado e a própria sociedade não podem continuarem negligenciando a realidade do preso e tratando as prisões como um depósito de lixo, porque se não o problema de segurança pública e da criminalidade como um todo tende a se agravar. A sociedade tende a esquecer que 95% do contingente carcerário, advém da classe dos excluídos sociais, pobres, desempregados e analfabetos, e que esses, pela realidade social e econômica, na maioria das vezes, foram compelidos ao crime por necessidade.

Cumpre frisar que o que se pretende com a efetivação e aplicação das garantias legais e constitucionais na execução da pena, assim como o respeito aos direitos do preso, é o cumprimento da lei, fundamento do Estado Democrático de Direito, tendo como objetivo maior o de se instrumentalizar a função ressocializadora da pena, visando a reintegração do recluso ao meio social, visando assim obter a pacificação social, premissa maior do Direito Penal.

3.2. Mães e gestantes no cárcere: dados e estatísticas

“Nenhum ser humano merece ser tratado dessa forma.”

“ Se eu fosse traficante, viveria no luxo. Na hora da prisão, até jogaram as roupas do meu bebê no chão — disse ela, reiterando: — Foi humilhante.”

“Fui presa no sábado, grávida ainda. Quando cheguei na delegacia, já estava com dor. Dormi no chão. Com o nervosismo por estar naquele lugar, no fedor, com bichos, só piorou. Acabei entrando em trabalho de parto. Pediram para eu ter calma, não ter filho naquela hora”

“ Estava tão estressada que entrei em trabalho de parto. Estava em uma cela suja, cheia de barata. Comecei a perder líquido. Meu psicológico ficou muito abalado — disse Jessica.”

“ Queriam que eu entregasse o meu filho para a minha família, mas expliquei que um recém-nascido não pode ficar sem a mãe. O Enrico não tinha que ter passado por isso — afirmou a jovem.”

“ Não tenho passagem pela polícia, mas algumas pessoas me julgaram muito, achavam que eu merecia estar naquela situação. Agora, só quero ficar com os meus filhos.” (OGLOBO, 2018)

As frases acima proferidas são de Jessica Monteiro em entrevista dada ao jornal o globo, a jovem, de 24 anos, foi recolhida ao 8º Distrito Policial do Brás, em São Paulo após uma operação, acusada de tráfico de drogas, após a Polícia invadir a ocupação onde vive e

encontrar 90 gramas de maconha. Em seis frases podemos fazer um esboço como o sistema penitenciário, a política criminal e o estado têm tratado a situação da maternidade no cárcere brasileiro.

Podemos elencar como precariedade do nosso sistema carcerário o fato das mulheres sofrerem intervenção punitiva de modo semelhante à dos homens, demonstrando uma suposta isonomia formal, pois não se pode promover o tratamento desigual aos indivíduos. Ocorre que, a igualdade substancial não é atingida dessa forma, já que esta desconsidera as diferenças para atingir a justiça equiparativa real. Nesse plano, clareia Celso Antônio Bandeira de Mello:

“O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações” (MELLO, 2005, p.12,13).

Ressalta-se que a própria lei que exprime a isonomia ao aplicar o Direito, sendo sua obrigação conceder o tratamento diferenciado. Entretanto, não prática, se ignora as diferenças necessárias de tratamento em relação as mulheres, como por exemplo, em relação à maternidade, saúde, menstruação e outros cuidados específicos. Talvez, tal descaso tenha sido resultado de não haver índice de criminalidade cometido por mulheres significativos por muito tempo, de modo que como não havia uma grande parcela de mulheres presas, não houve preocupação com a garantia de direitos específicos às suas diferenças psicobiológicas. As prisões, não só no Brasil, não foram pensadas para o público feminino, mas tendo em vista o alto número de mulheres encarceradas, fica claro que elas fazem parte da realidade, marcada pela violência e exclusão social (MIRANDA; VARGAS; VIANA, 2004). Contudo, a mulher quando presa é colocada em lugares com maior vulnerabilidade, a qual fica exposta a precariedade e superlotação. Conforme Barcinski (2012), as mulheres que são mães, sujeitam-se as instituições precárias e rejeitam estar em instituições com mais recursos e afastadas, para não perderem os vínculos com os seus familiares.

No Brasil, a Lei de Execução Penal (Lei. 7.210/84), foi estabelecida com o intuito de propiciar condições de integração social do condenado, e desde 1981 garantia mulheres apenas direitos comuns a qualquer preso. Nessa seara só em 2009, houveram significativas conquistas femininas quanto à situação de detentas, decorrentes de duas alterações inseridas

por meio das leis nº 11.942/09 e nº 12.121/09, dentre essas está a garantia que determina que os estabelecimentos penais destinados a mulheres sejam dotados de berçário, onde as detentas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamenta-los, no mínimo até seis meses de idade, e ainda, tais estabelecimentos deverão possuir exclusivamente agentes do sexo feminino. Ademais, o artigo 89 da LEP, dispõe que a penitenciária deverá também ser dotada de seção para gestante e parturiente e de creche que abrigue crianças de seis meses até sete anos.

O aumento das mulheres e mães cumprindo pena privação de liberdade é uma realidade, que gera uma demanda pela intervenção do poder público quanto ao tratamento diferenciado aos detentos do sexo feminino. Nesse âmbito, a Defensoria Pública de SP, conjuntamente com a Secretaria de Estado de Administração Penitenciária (SAP) e a Pastoral Carcerária, fundaram o projeto “Mães do Cárcere”, que busca identificar e assessorar mães e gestantes que estejam sob custódia em presídios estatais. “O projeto decorre de demandas levantadas pela Pastoral Carcerária, que culminou em um seminário realizado em agosto de 2011, na sede do Tribunal de Justiça do Estado (TJ-SP). Promovido pela Defensoria, em parceria com especialistas, juristas, integrantes do Executivo e da sociedade, o evento teve o objetivo de discutir caminhos para a garantia da convivência familiar de mulheres presas e seus filhos.” (BRASIL, 2011).

Diante de requerimentos feitos pelo Grupo de Estudos e Trabalho “Mulheres Encarceradas” entregues a Comissão do Conselho Nacional de Política Criminal de Penitenciária (CNPCP), esta apresentou o Relatório Final com a proposta de indulto e comutação para mulheres presas à Presidência da República. Nos dizeres do IBCCRIM (2016):

As mulheres representam 8% da população carcerária, com alta porcentagem de mães presas (cerca de 70 a 80%) e que se encarregam de cuidar dos filhos. Com base no diagnóstico de dados do Infopen/2014 e outras pesquisas, o CNPCP analisou vários impactos para embasar a proposta de decreto para mulheres encarceradas, identificando: 37.380 mulheres encarceradas, sendo 9.565 em ambientes superlotados, mais de 50% por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, sendo que o delito que mais encarcera é o tráfico doméstico; 36.271 à disposição da Justiça Estadual e 1.102 da Justiça Federal, o que evidencia que menos de 5% diz respeito ao tráfico internacional ou transnacional; mães e mulheres em situações de maior vulnerabilidade, e que em tese, poderiam cumprir suas penas em condições mais humanas, como é o caso de 342 mães com filhos menores de 6 anos em estabelecimento penal, 188 mães lactantes; dentre outros dados. (IBCCRIM, 2016)

Desse modo, é fácil identificar os prejuízos causados pela prisão em relação a violação de direitos da criança quando submetida a locais precários, além da desestruturação familiar a que se sujeitam, enquanto as mães cumprem penas por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, em condições de mero castigo, sem a mínima participação em processo de ressocialização.

Uma boa solução para minimizar os problemas relativos às discrepâncias do tratamento penal dado às mães presas, surgiu do parecer do Dr. Rômulo de Andrade Moreira, Procurador do Ministério Público do Estado da Bahia, que bem fundamentou sua favorabilidade à substituição da prisão preventiva (art. 312 do CPP) por prisão domiciliar (art. 317 do CPP), em caso de a mulher ter dois filhos menores de 12 anos. Conforme a Lei nº. 13.257/16, que alterou o art. 318 do Código de Processo Penal, no sentido de que o magistrado deverá substituir a prisão preventiva pela domiciliar se o agente for gestante; mulher com filho de até doze anos de idade incompletos ou homem, em caso de ser o único responsável pelos cuidados do filho de até doze anos de idade incompletos.

Nesse sentido, embora haja uma legislação expansiva em promover a reinserção social e à humanização das mulheres-mães presas, a prática está longe da teoria, de forma que não podemos depositar na legislação toda a esperança de mudança na sociedade. Há necessidade de repensar as políticas carcerárias no sentido de privilegiar a isonomia e tratamento penal dispensado às mães em cárcere, a fim de que se possa dispensar o tratamento adequado a elas e aos seus filhos, com intuito de se materializar a dignidade (art. 1º, III) de ambos como parâmetro fundamental da CF de_88, evitando-se o rompimento dos laços familiares e afetivos durante o período de encarceramento.

As apenadas são afastadas de sua prole, que na maioria das vezes ficam aos cuidados de familiares. Os dados apresentados pelo Ministério da Justiça (2014) demonstram a exclusão e discriminação sofridas pelas mulheres reclusas, embora haja diversos documentos internacionais e regionais que cobrem do Estado brasileiro mudanças em relação a essa degradante situação.

Assim que a mulher adentra ao sistema prisional, recebe um formulário do Convive, assessoria técnica de gestão informacional da defensoria pública com perguntas acerca de filhos e familiares. A partir dessas informações a defensoria investiga onde estão os filhos, e a assistência social, por exemplo, vai à residência, verifica a documentação das crianças e procura encaminhá-las aos parentes mais próximos ou pessoas indicadas pela mãe.

Em nosso país, filhos de mães presas já nascem com seus direitos violados, é crescente o número de crianças que nascem em presídios, aprisionadas entre o colo provisório das mães e as celas do Estado. Para demonstrar a realidade fática dos presídios nacionais passemos a expor e analisar as estatísticas referentes ao público feminino e materno em situação de cárcere a partir dos dados extraídos do relatório do INFOPEN Mulheres de 2016, o mais recente, publicado em 2018 referente a população feminina carcerária brasileira.

O panorama aqui apresentado quanto a população prisional feminina é datado de 30/06/2016 e diz respeito a 1.418 unidades prisionais, distribuídas entre estabelecimentos penais masculinos, femininos e mistos do sistema penitenciário estadual. As unidades que participaram do levantamento somam 27.029 vagas disponibilizadas para mulheres, o que compõe uma taxa de ocupação de 156,7%¹³ e um déficit global de 15.326 vagas, somente entre mulheres. Ao analisarmos os dados gerais do Levantamento de Informações Penitenciárias referentes a Junho de 2016, podemos afirmar que existem 726.712 pessoas privadas de liberdade no Brasil, distribuídas entre aquelas que se encontravam custodiadas em carceragens de delegacias (um total de 36.765 pessoas) e aquelas que se encontravam em estabelecimentos do sistema prisional (689.947 pessoas, no total).

Quanto às informações relativas às unidades prisionais, coletadas através do Levantamento do INFOPEN, verifica-se que existem 41.087 mulheres privadas de liberdade nos estabelecimentos penais que compõem o sistema prisional estadual. A taxa de aprisionamento, referente ao número de mulheres presas para cada grupo de 100 mil mulheres, é de 40,6, colocando o Brasil na terceira posição entre os países que mais encarceram, atrás dos Estados Unidos e da Tailândia. Frisa-se que em 16 anos, entre 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento de mulheres aumentou em 455% no Brasil. Em um comparativo, no mesmo período, a Rússia diminuiu em 2% o encarceramento feminino.

Os dados coletados mostram que em junho de 2016 a população prisional feminina chegou a 42 mil mulheres privadas de liberdade, o que representa um aumento de 656% em relação aos anos 2000, quando haviam menos de 6 mil mulheres no sistema prisional. No mesmo período, a população prisional masculina cresceu 293%, passando de 169 mil homens para 665 mil homens encarcerados.

Há uma variação significativa no número de mulheres presas entre os Estados, por exemplo, o estado de São Paulo concentra 36% de toda a população prisional feminina do

país, com 15.104 mulheres presas, seguido pelos estados de Minas Gerais, Paraná e Rio de Janeiro, que juntos somam 20% da população prisional feminina.

Nas estatísticas acerca da natureza da prisão e tipo de regime mostra que 45% das mulheres presas no Brasil em junho de 2016 não haviam sido ainda julgadas e condenadas, tal número ainda deve ser mitigado tendo em vista a ausência de dados sobre mulheres em carceragens de delegacias. Nesses cenários, os estados que apresentam o maior percentual de presas sem condenação são Amazonas, Sergipe, Ceará, Bahia, Ceará, Pará e Piauí, nos quais pelo menos 6 em cada 10 presas não foi ainda julgada.

Em relação à destinação dos estabelecimentos por gênero, verifica-se que a maior parte dos estabelecimentos penais foi projetada para o público masculino: 74% das unidades prisionais destinam-se aos homens, 7% ao público feminino e outros 16% são caracterizados como mistos, o que significa que podem contar com alas/celas específicas para o aprisionamento de mulheres dentro de um estabelecimento originalmente masculino.

Quanto aos números referentes a infraestrutura e garantia de direitos, observa-se que entre os direitos da pessoa presa, preconizados pela Lei de Execução Penal, em seu artigo 41, encontra-se o direito a receber visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados pela autoridade responsável. Outro direito previsto na LEP é o do exercício da visita íntima, garantida aos presos de ambos os sexos recolhidos em estabelecimentos prisionais, ainda que formalmente garantido, o exercício do direito à visita íntima, com observância à dignidade e privacidade da pessoa presa, encontra limitações determinadas pela infraestrutura dos estabelecimentos penais. Em relação às unidades femininas, 41% dos estabelecimentos contam com local específico para realização da visita íntima e, no caso dos estabelecimentos mistos, apenas 34% das unidades podem oferecer este espaço às pessoas privadas de liberdade.

Entre os eixos que compõem uma análise sobre a relação entre a infraestrutura prisional e a capacidade de assegurar os direitos básicos da mulher presa, encontra-se a questão do exercício da maternidade no ambiente carcerário. Nesse sentido, são contemplados pelo levantamento os dados relativos à existência de celas adequadas para gestantes, além da existência de berçário, creche e centro de referência materno-infantil. Apenas 55 unidades em todo o país declararam apresentar cela ou dormitório para gestantes, o que corresponde a 16%.

Em relação à capacidade de oferecer espaço adequado para que a mulher privada de liberdade permaneça em contato com seus filhos e possa oferecer cuidados ao longo do período de amamentação observou-se que apenas 14% das unidades femininas ou mistas contam com berçário e/ou centro de referência materno-infantil, que compreendem os espaços destinados a bebês com até 2 anos de idade. As unidades que declararam ser capazes de oferecer este espaço somam uma capacidade total para receber até 467 bebês. Apenas 3% das unidades prisionais do País declararam contar com espaço de creche, somando uma capacidade total para receber até 72 crianças acima de 2 anos. Na seção deste relatório relacionada ao perfil da população prisional serão apresentados dados sobre o número de mulheres que têm filhos e a quantidade de crianças ou bebês que se encontram dentro do sistema prisional, junto a suas mães.

Quanto ao perfil sociodemográfico da população prisional feminina, a informação sobre faixa etária da população prisional feminina estava disponível para 30.501 mulheres (ou 74% da população feminina total). A partir da análise da amostra de mulheres sobre as quais foi possível obter dados acerca da idade, podemos afirmar que 50% da população prisional feminina é formada por jovens, conforme Gráfico 10, consideradas até 29 anos, segundo classificação do Estatuto da Juventude (Lei nº 12.852/2013). Diante disso verificou-se que Ainda que a concentração de jovens persista em todos os estados, destacam-se os casos de Acre, Pará, Rio Grande do Norte, Sergipe e Tocantins, em que a população de mulheres entre 18 e 29 anos dentro do sistema prisional excede a marca de 70% da população total.

A informação sobre a raça, cor ou etnia da população prisional feminina estava disponível para 29.584 mulheres (ou 72% da população prisional feminina). A partir da análise da amostra de mulheres sobre as quais foi possível obter dados acerca da raça, cor ou etnia, podemos afirmar que 62% da população prisional feminina é composta por mulheres negras. Se projetarmos a proporção de mulheres negras e brancas observada na parcela da população prisional que dispunha de informação sobre raça, cor ou etnia para o total da população prisional, teríamos uma estimativa de 25.581 mulheres negras em todo o sistema prisional e 15.051 mulheres brancas.

Foram obtidas ainda informações acerca da escolaridade para 73% da população feminina privada de liberdade no Brasil (ou 29.865 mulheres), na qual 66% da população prisional feminina ainda não acessou o ensino médio, tendo concluído, no máximo, o ensino fundamental. Apenas 15% da população prisional feminina concluiu o ensino médio.

Em relação ao estado civil da população prisional, foi possível obter informações para 62% do total de mulheres privadas de liberdade (o que equivale a 25.639 mulheres). Entre esta população, destaca-se a concentração de pessoas solteiras, que representam 62% da população prisional.

Quanto ao número de filhos, disponibilidade de informação sobre o número de filhos, permanece baixa em todo o país e foi possível analisar dados referentes a apenas 7% da população prisional feminina em junho de 2016, o que corresponde a uma amostra de 2.689 mulheres sobre as quais se tem informações. Dada a baixa representatividade da amostra coletada, não é possível extrair conclusões para a totalidade da população prisional feminina no Brasil. Os dados coletados deverão ser analisados com suas ressalvas metodológicas. Temos que 74% das mulheres privadas de liberdade têm filhos. Ao analisarmos os dados referentes aos homens para o mesmo período, temos que 53% dos homens que se encontram no sistema prisional declararam não ter filhos.

Segundo o INFOPEN, a população prisional feminina é notoriamente marcada por condenações por crimes de drogas, categoria composta por tráfico de drogas e associação para o tráfico, sendo responsáveis por 64% das penas das mulheres e claramente a questão social está diretamente ligada ao tráfico. A falta de oferta de emprego leva muitas mulheres ao tráfico já que é fácil se inserir nele, pois não é preciso agredir ninguém ou utilizar-se de armas.

Assim, podemos dizer que o aumento do encarceramento feminino se deu muito em parte de recente alteração legislativa quanto a lei de drogas. Antes da sanção da nova Lei de Drogas, o país tinha 47 mil presos por tráfico de entorpecentes. Hoje, a cifra chegou a 138 mil – ou um a cada quatro presos. No caso das mulheres presas, a situação é ainda pior: 64% delas estão ligadas ao tráfico. O crescimento de detentos nesse período teria relação com a nova legislação.

Quanto ao tempo de pena, obtivemos informações relativas a 39% da população feminina privada de liberdade. O tempo total da pena, declarado pelos gestores, deve ser analisado principalmente à partir do Art. 33, parágrafo segundo, do Código Penal, que prevê que: pessoas condenadas a penas superiores a 8 anos devem sempre iniciar o cumprimento da pena em regime fechado; condenados não reincidentes, que foram sentenciados ao cumprimento de penas acima de 4 anos, mas que não excedam 8 anos no total, poderão, desde o início, cumprir pena em regime semiaberto; e, por fim, condenados não reincidentes, que

tenham penas iguais ou inferiores a 4 anos, poderão, desde o início, cumpri-la em regime aberto. Destacamos determinadas disparidades: embora 29% da população prisional feminina seja condenada a penas inferiores a 4 anos, apenas 7% das mulheres encarceradas no Brasil em junho de 2016 cumpria pena em regime aberto. Da mesma forma, temos 41% da população condenada a penas entre 4 e 8 anos e o regime semiaberto contempla apenas 16% do total da população prisional feminina.

Segundo o departamento penitenciário nacional, hoje temos dois tipos de adequação ao aprisionamento de grávidas e lactantes, temos presídios com estruturas adaptadas para berçários e creches e temos centros de referência a grávidas e lactantes. Diante disso, o Conselho Nacional de Justiça elaborou relatório estatístico com dados e informações a partir de visitas de ‘inspeção’ a estabelecimentos penais para a verificação das condições de custódia das mulheres grávidas e lactantes privadas de liberdade e dos filhos destas que se encontravam no interior das unidades prisionais visitadas.

Foram realizadas visitas a 34 estabelecimentos penais no período de janeiro a maio de 2018, em 26 Estados da Federação. O único Estado não visitado pela equipe do CNJ foi o Amapá, pois não havia presas grávidas ou lactantes até o encerramento do trabalho.

Em um panorama geral os resultados colhidos nas visitas são: nas 34 unidades prisionais visitadas havia presídios com até três tipos de regime. Em sua maioria, os estabelecimentos prisionais estão em pleno funcionamento (85,29%), com apenas 3 interditados parcialmente (8,82%) e 2 sem informações disponíveis (5,88%). Mais de 75% dos estabelecimentos apresentaram condições gerais de conservação inadequadas (26 estabelecimentos - 76,47%). 30 estabelecimentos são destinados exclusivamente às mulheres (88,24%). Destes, 25 (83,33%) possuem a segurança das dependências internas exclusivamente feita por agentes femininos. 28 (82,35%) estabelecimentos não estão adequados à condição pessoal de mulheres.

Todos os 34 estabelecimentos visitados asseguram acompanhamento médico à mulher grávida, especialmente no pré-natal e pós-parto. Havia 212 mulheres grávidas e 176 lactantes nestes estabelecimentos, representando, respectivamente, 1,28% e 1,06% do total de mulheres nos locais visitados. Havia 181 lactentes vivendo com as mães em 19 dos estabelecimentos visitados. A disparidade entre o número de crianças em relação ao número de mães deve-se à

existência de 3 pares de gêmeos na Penitenciária Feminina da Capital (SP), 1 no Presídio Feminino Santa Luzia (AL) e 1 no Centro de Reeducação Feminino de Ananindeua (PA).

Na maioria dos estabelecimentos, foi declarada a existência de acompanhamento psicológico da mulher grávida (27 estabelecimentos – 79,41%). Mais da metade (20 – 58,82%) dos estabelecimentos possui berçário. Pouco mais da metade (18 - 52,94%) possui seção para gestante e parturiente. Todos os partos são realizados em hospitais públicos fora dos estabelecimentos prisionais. 20,6% dos estabelecimentos não assegura o cumprimento da Lei 13.434/2017, que veda o uso de algemas durante o parto e durante a fase de puerpério imediato 14,71% (5 estabelecimentos) não faz o registro imediato dos filhos das mães custodiadas no estabelecimento penal. Foram encontradas 33 crianças sem registro de nascimento.

Dentre os respondentes, estabelecimentos (50%) permitem que a criança permaneça no local até os seis meses, 5 (27,78%) entre 9 e 12 meses, 2 (11,11%) entre 13 e 18 meses e 2 (11,11%) até os 24 meses. Os que não responderam não têm crianças no seu interior ou porque após o parto as mães são transferidas para outra unidade ou porque são colocadas em prisão domiciliar. Nenhum estabelecimento visitado é dotado de creche para abrigar crianças maiores de 6 meses e menores de 7 anos desassistidas e desamparadas cuja responsável esteja presa. 9 estabelecimentos (26,47%) não comunicam imediatamente nem ao Juizado e nem ao Conselho Tutelar o nascimento das crianças cujas mães estão custodiadas no estabelecimento penal visitado. Depois do período de amamentação, 92,3% dos estabelecimentos entregam as crianças à família de um dos genitores dos 34 estabelecimentos visitados, 85,29% possuem médicos, 64,71% possuem enfermeiros, 67,65% possuem técnicos de enfermagem, 82,35% possuem assistentes sociais, 76,47% possuem psicólogos, 50,00% possuem dentistas e 14,71% auxiliares de dentistas. Apenas 12 (35,29%) dos presídios estão com a lotação dentro da capacidade projetada.

Dos estabelecimentos visitados, 4 extrapolam mais do que o dobro da sua capacidade. Na maioria dos estabelecimentos, os agentes penitenciários são predominantemente do sexo feminino. 23 estabelecimentos (67,6%) têm assistência jurídica gratuita prestada no estabelecimento prisional pela Defensoria Pública. Em 2 (5,88%), a assistência é prestada por agentes penitenciários. Levantamento parcial realizado das informações prestadas pelas 388 mulheres ouvidas durante as visitas, registrou que aquelas mulheres, além das crianças que estavam consigo ou dos quais estavam grávidas, são mães de, pelo menos, outros 638 filhos,

em sua maioria crianças e adolescentes que estão sob os cuidados da avó materna, e, em raramente, do pai, da avó paterna ou outros familiares.

3.3. Mães detentas e a convivência com seus filhos

O presente tópico visa explicar didaticamente os efeitos da convivência com as mães detentas e seus filhos, bem como apresentar os parâmetros segundo a legislação para a ocorrência dessa convivência e explicar como tal vínculo ocorre na realidade por meio de narrativas extraídas de entrevistas com mães e familiares que vivenciam essa realidade.

3.3.1. A ausência da convivência mãe-filho no cenário prisional: consequências para as mães

As consequências da pena privativa de liberdade não atingem apenas a mulher detenta, elas recaem também sobre sua família. As repercussões da condição de presidiária podem acarretar problemas de ordem financeira, nas relações de amizade e na escolaridade dos filhos, além de gerar um estigma social sobre esses, que passam a ser vistos como pessoas que podem perpetuar as condutas ilícitas dos pais e, dessa forma, passam a ser excluídos socialmente.

Há situações em que as pessoas que assumem a guarda do filho da mãe detenta são parentes distantes ou amigos, ou, em certos casos, a criança é designada para uma casa de acolhimento. Nessas hipóteses, a perda de uma figura materna de referência pode prejudicar diretamente o desenvolvimento da criança, sendo extremamente importante o papel daquele que assume tal incumbência.

Segundo estudos de Poehlmann, Schlafer e Maes (2008), verificou-se que as crianças eram mais propensas a se adaptar quando os cuidadores eram contínuos e escolhidos pela mãe, sendo estas pessoas as responsáveis pela narrativa da história materna. Quando questionados acerca da realidade da mãe, há tanto aqueles que preferem falar a verdade quanto aqueles que preferem alimentar uma história fantasiosa de que a mãe está trabalhando em outra cidade ou coisa semelhante. Fato é que, segundo Valente, Hadler e Costa (2012), muitas crianças vivenciam a sensação de abandono por não conhecerem a verdade.

Segundo a pesquisa de Diuana, Correa e Ventura (2017), as mães encarceradas consideram que a prisão não constitui uma punição apenas para elas, mas também para seus filhos, que sofrem as consequências sem merecerem. Não poder acompanhar o desenvolvimento e crescimento da criança, ou saber que ela está sob a guarda de alguém que a mãe não concorde com os cuidados e orientações é algo extremamente revoltante para a presidiária.

Os reflexos da separação entre mãe e filho podem gerar preocupação, raiva, solidão, confusão, medo e diversos outros sentimentos negativos na criança, o que contribui para o prejuízo de seu desenvolvimento social e escolar. Conforme estudo realizado por de Poehlmann, Schlafer e Maes (2008), 63% das crianças filhas de mulheres presas apresentam relacionamentos inseguros com suas mães e cuidadores.

Além do estresse gerado pela própria separação com os filhos, as mulheres, por sua vez, ainda precisam lidar com as condições nada favoráveis da vida da prisão. Por considerarem o ambiente que vivem degradante e hostil, muitas mulheres preferem manter distância das crianças, ainda que se preocupem e sintam saudade delas. Esse fato acaba por inviabilizar o estreitamento dos laços afetivos entre mãe e filho e podem acarretar até mesmo no prejuízo da saúde mental das presidiárias que, além da vida na prisão, forçam-se a manter distância de suas crianças.

3.3.2. Da necessidade da convivência e seus frutos: perspectiva dos filhos

O vínculo afetivo se desenvolve por meio de laços duradouros criados pela convivência, através da capacidade emocional e psicológica da criança e, também, pelos cuidados dispensados às emoções delas por parte de seus cuidadores. O apego tem objetivo de estabelecer segurança, e é considerado um mecanismo básico, porque tem o papel de oferecer, respostas que supram as necessidades da criança. Tanto o vínculo quanto o apego são estados internos, representados por figuras significativas, pois é nos primeiros anos de vida que a criança começa a se autorregular. A mãe representa segurança e limite, orienta o bebê, dá espaço, permite e restringe impulsos primitivos, a qual será levada para toda a vida (OLIVEIRA, 2000).

Deste modo, para que o indivíduo cresça mentalmente saudável o recém-nascido precisa experimentar um ambiente aconchegante, intimista, de relacionamento contínuo com a mãe ou cuidadora, em que ambas encontrem satisfação e prazer. É no primeiro ano de vida

que a criança se constitui para se tornar independente e a figura materna é a principal para essa independência, sendo recíproca entre elas tal ligação, que pode ser notada pelo sugar, pelo agarrar e por meio de sinalizações como o sorriso e o choro (BOWLBY,1989).

3.3.2.1. *Função materna na constituição do psiquismo do indivíduo*

De acordo com Freud (1900), para ter um filho é necessário amar o que somos o que fomos e o que gostaríamos de ser, assim como amar aqueles que de nós cuidaram, para poder investir narcisicamente numa criança. É sabido que os pais exercem cuidados permanentes sobre os filhos, mesmo após eles terem construído certo grau de desenvolvimento e independência em suas vidas, bem como que a família tem como obrigação, além de suprir necessidades básicas, proporcionar um ambiente em que a criança possa desenvolver com maior facilidade suas atividades físicas, mentais e sociais. A maneira como as mães demonstram seus sentimentos com seus filhos deriva das experiências pessoais que tiveram ou ainda estejam vivenciando com seus pais. É por meio deste relacionamento parental que se percebe como os pais se vinculam aos filhos, suprimindo ou não as necessidades físicas e emocionais da criança.

Segundo Zimerman (2001), há vida psíquica intrauterina e o feto sente os estímulos propagados pela mãe, tanto os internos como os externos. O bebê responde aos estímulos por meio de movimentos no útero materno, bem como responde também ao toque dos dedos da mãe no ventre. Tais movimentos servem para que a mãe possa atribuir significado à gravidez e para que se estabeleça comunicação entre o bebê e ela. No decorrer da gestação (ARAGÃO, 2007) o bebê é um estranho para mãe, e nesse período ela passa a projetar suas idealizações por meio da sua história de infância para incluir o feto como parte do seu corpo. O momento em que a mãe o reconhece e passa a lhe dar todo o suporte necessário é decisivo para o desenvolvimento do psiquismo do bebê, porque ele se inicia com as interações entre, assim, essa constituição inicial deve ocorrer da melhor forma possível, podendo a mãe lhe oferecer confiança, segurança, amor e ternura para que seu psiquismo se desenvolva saudável, pois ele inicia na infância e irá perdurar por toda a vida do indivíduo (BOWLBY 1989; MONDARDO; VALENTINA, 1998).

Assim, tendo em vista que a maioria dos bebês interage mais com a mãe do que com o pai, nos primeiros anos de vida o relacionamento que o bebê constitui com a mãe é o que exerce maior influência sobre ele, porque começa a construir suas primeiras representações

mentais. Essa interação entre mãe e filho vai dando forma ao psiquismo do bebê, pois oferece qualidade, consistência, certeza e estabiliza o afeto entre eles, necessários para a sua existência.

3.3.2.2. *A percepção sobre a maternidade*

De acordo com dados de entrevistas com as mães encarceradas, percebe-se que o sentido da maternidade se evidencia na percepção de que o afastamento decorrente do encarceramento enfraqueceu os vínculos entre mãe e filhos e comprometeu a relação de cuidado, pois o vínculo se constitui a partir de laços duradouros com pessoas muito próximas e se desenvolve pela capacidade emocional e psicológica da criança, advindos dos cuidados. O modo como os cuidadores tratam a criança é fundamental para o seu desenvolvimento saudável.

O processo de separação entre mãe e filho, caracteriza a maternidade como dolorosa e gera sentimento de perda e de impotência. As mães se sentem incapazes e com medo de perder seus filhos, pois temem não ser reconhecidas e que sejam esquecidas como mães. Segundo Oliveira (2000), é nos primeiros meses de convivência entre mãe e filho que a mãe desenvolve sua percepção sobre a maternidade e surge a ânsia pela vincularidade. Diante disso, a sua ausência em relação à filha está gerando perdas referentes à figura de apego, já que a criança precisa se sentir cuidada para estabelecer a chamada “base segura”, a qual vai lhe proporcionar uma estrutura que será observada até a fase adulta.

Ressalta-se que as mães presas, de maneira defensiva, para aliviar a dor da ausência dos filhos, terceirizam as funções maternas e justificam que os filhos estão bem por estar longe daquele lugar perigoso e hostil.

3.3.2.3. *Cuidado com os filhos*

Em relação ao cuidado com os filhos percebe-se que as mães encarceradas utilizam a negação como meio de defesa psicológica. A responsabilidade materna e as questões familiares são evitadas, para tentar amenizar o sofrimento e a saudade, vez que se sentem culpadas pelo fato de privarem seus filhos de cuidados de mãe por estarem presas, como se eles fossem penalizados por seus erros.

3.3.2.4. *Os filhos motivam na superação da pena*

As mães encarceradas expressam que após serem presas sentem-se sozinhas, abandonadas pelos familiares e sofrem, principalmente, com o afastamento dos filhos. Assim, os filhos se tornam os principais motivadores para as mães lutarem pela saída da prisão. Buscam trabalhar dentro da prisão como cozinheiras, nos serviços gerais ou como artesãs para ajudar na redução da pena, na intenção de superar o tempo perdido e recuperar os laços entre mãe e filho o mais rápido possível. O vínculo materno devolve a esperança de vida nova e retomada frente aos obstáculos que a situação prisional apresenta.

3.3.2.5. *Perspectiva de futuro*

Em relação à perspectiva de futuro, as mães têm medo de no futuro, não serem uma figura representativa para os filhos. Isso gera desconforto, sofrimento e sentimento de perda, já que devido o afastamento dos filhos não conseguem exercer os cuidados necessários e, muito menos, realizar a manutenção dos vínculos duradouros. Dalbem e Dell'Aglio (2005) afirmam que, as crianças que dispõem de cuidadores atentos e afetivos quando são separados das suas figuras de apego se sentem incomodadas e inseguras, demonstrando a necessidade e interesse de recuperar a relação numa perspectiva de futuro.

A perspectiva de futuro circula em torno do cuidado e da manutenção dos vínculos com os filhos. As mães pretendem sair da prisão e conviver com os filhos, tendo a esperança de construir um bom vínculo com os mesmos. Assim, as mães numa perspectiva de futuro podem se tornar ou voltar a serem as principais figuras de apego e com vínculos sólidos para eles.

3.3.3. Como a lei prevê a garantia desse direito

É de conhecimento amplo que a política penal encarceradora no Brasil não promove a ressocialização e reintegração, mas sim geram estigmatização e exclusão social. O próprio sistema carcerário brasileiro opera a partir de uma lógica punitivista, que contribui para a violência e para a violação de direitos dos detentos. Dentro dessa realidade, as mulheres são um grupo ainda mais fragilizado, o que faz com que seja necessário que suas especificidades sejam levadas em consideração pela política penal vigente.

Algumas condições, tais como a maternidade, fazem das mulheres um grupo especialmente vulnerável, que podem sofrer de maneira mais rigorosa as consequências do cárcere. A legislação brasileira reconhece essa especificidade, como podemos observar no art.

318 do Código de Processo Penal: “Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (...) III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV - gestante; V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;”, e no art. 318-A do mesmo código: “A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.”

Cumpramos mencionar alteração legislativa recente sobre o tema com a lei nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018, que incluiu os artigos 318-A e 318-B ao Código de Processo Penal, com intuito de regulamentar de uma melhor forma a condição da mulher-mães detenta, ratificando o entendimento firmado pelo STF na decisão do HC 143.461.

Podemos perceber a proteção à gestante também na Lei de Execução Penal: “Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: (...) condenada gestante”. (Art. 117, IV, Lei nº 7.210/1984). Dessa forma, é possível observar que tanto os órgãos do sistema de justiça quanto o próprio legislador reconhecem a existência de condições específicas aos quais as mulheres estão submetidas e, portanto, visando o princípio da equidade, promovem medidas diferenciadas em função dessas condições.

No entanto, isso não é o suficiente. É importante ressaltar que enquanto a pena privativa de liberdade for uma realidade, os estabelecimentos prisionais devem promover adequações em sua estrutura física e em seus procedimentos, a fim de assegurar que todos os direitos das mulheres, em especial as gestantes ou com filhos nas unidades prisionais, não sejam negligenciados ou afetados por esse tipo de pena. A simples separação dessas mulheres e seus filhos em espaços diferentes não constituem uma política adequada para este grupo, sendo necessário levar em consideração especificidades relacionadas à saúde, alimentação e horários diferenciados para os procedimentos de convivência familiar.

Temos ainda, no aspecto normativo, o “Plano de diretrizes para a convivência mãe/filho no sistema prisional”, publicado em 2016 pelo departamento penitenciário nacional que estabelece alguns princípios essenciais para os casos de mães detentas, tais como: a

garantia dos direitos fundamentais das mulheres encarceradas e de seus filhos; atenção integral às mulheres e o respeito a sua autonomia, a promoção da cidadania das mulheres e seus filhos, além da efetivação do direito à convivência familiar. A convivência é um direito tanto das crianças quanto da mãe, de forma que ofertar as condições para sua efetivação é um dever do Estado, seja promovendo a permanência da criança na unidade prisional em condições adequadas, seja flexibilizando horários de visita que permitam a real integração e estabelecimento de um vínculo entre mãe e filho. O adequado registro dessas medidas, realizado pelos agentes da administração penitenciária são de fundamental importância para a obtenção de informações e consequente adoção de medidas por parte do Estado. Assim, a promoção de um ambiente carcerário que seja menos lesivo à mulher e suas condições específicas dependem de uma atuação diligente e incisiva de todos os órgãos estatais envolvidos, devendo estes buscarem sempre a melhor maneira de adequar o sistema carcerário às especificidades das mães detentas.

3.3.4. Como acontece na prática: relatos

Os relatos abaixo são partes de matérias jornalísticas acerca de mães presas e convivência com filhos, e foram extraídos da revista *ÉPOCA* e do *Jornal de Brasília*, servindo para ilustrar o sofrimento provocado pela violação do direito a convivência.

João Pedro

“Levei o João Pedro para conhecer a mãe quase um ano e meio depois de ele ter deixado a penitenciária, com sete meses de vida”. Conta a avó, Claudia Pereira dos Santos, 47 anos. A mãe está presa desde agosto de 2014, e teve que se separar do filho pouco tempo depois do nascimento, conforme determinação da Vara de Execução Criminal (VEC). Como efeito, teve que suportar o fato de não ser reconhecida pelo próprio filho, e perder parte da infância dele. João Pedro nasceu em 27 de agosto de 2014, 15 dias depois de sua mãe, e seu pai, serem presos por tráfico de drogas. Ela passou mal no presídio e foi levada para a maternidade. “Não tenho do que reclamar do hospital, minha filha foi muito bem assistida. No caminho para a unidade, porém, os agentes a colocaram na caçamba. Achei uma falta de respeito não deixarem ela ir sentada no banco, mesmo em trabalho de parto”, comenta Claudia. Na Colmeia, o bebê também foi bem tratado, mas poderia ter sido melhor, cobra a avó. “A proposta de deixar as crianças com as mães até os dois anos é ótima, mas desde que

existam condições para recebê-las, com atendimento médico periódico”. O menino hoje vive em Sobradinho na casa dos avós paternos. Sua avó materna vive em Águas Lindas (GO) e assim quase não tem contato com o neto. “João Pedro mora muito distante de mim. Por isso, o reencontro dele com a mãe demorou tanto. Além disso, o pai não pode entrar no presídio por ser ex-detento. Esse dia era muito esperado pela minha filha. Combinei de encontrar meu neto na entrada da Colmeia e entrei com ele”, diz Claudia Pereira. A detenta é mãe de outras duas crianças e lamenta a ausência dos filhos, afirma a avó. Como é reincidente e cumpre regime fechado de nove anos e seis meses de reclusão. “Ela chora o tempo todo. No Dia das Crianças, desabou. João Pedro não reconhece mais a mãe, ficou muito tempo longe. Quando foi visitá-la pela primeira vez, não queria ficar na penitenciária”, acrescenta Claudia, emocionada ao detalhar o momento do neto com a única filha. “Na hora de ir embora, ele se despediu com um beijo no rosto”, conta. (ROLIM, 2017).

Rebeca e Midiã

A cela não tem mais de 10 metros quadrados, com objetos cobertos por mantas, uma cama protegida por um mosquiteiro e um guarda-roupa aberto com roupas de bebê dobradas. Existem brinquedos espalhados pelo chão. As paredes são decoradas com adesivos e mantas encobrem as grades de ferro. Esta é a ala da amamentação na Penitenciária Feminina de Pirajuí, em São Paulo. Nesse cenário dormem Rebeca, de 7 meses, e sua mãe, Jaquelina. A criança só tem contato com o mundo exterior ao ser levada para consultas pediátricas. Normalmente, passa o tempo todo com a mãe. A penitenciária fica a menos de dez minutos do centro de Pirajuí e possui mais de 1.200 presas (quase o dobro de sua capacidade), que estão em quatro pavilhões, uma ala de amamentação e um espaço para quem cumpre pena em regime semiaberto. Predominam as condenadas por tráfico de drogas. Jaquelina foi presa pela primeira vez em 2012, com 7 gramas de maconha, acusada de tráfico – e estava grávida da filha mais velha, Midiã, “Quando descobri, parece que abriu um buraco em mim. Tinha o sonho de ser mãe, mas não dentro deste lugar”, diz. Em 2014, saiu em liberdade condicional e deu à luz um menino, Adryan. Em 2016, foi presa novamente, sentenciada a pouco mais de cinco anos, após recorrer da condenação e perder. Midiã (hoje com 4 anos), demorou a despertar na mãe o afeto. Enquanto a menina crescia em seu ventre, ainda sentia raiva por estar presa e somente após o parto da filha, descreve ela, sentiu “amor de mãe”. Midiã não completou nem seis meses com a mãe, que é tempo mínimo de estada do bebê com a mãe na prisão, estabelecido por lei. Na prática, vem sendo aplicado como prazo máximo. Assim, teve de entregar a menina à avó. Midiã separou-se da mãe aos gritos, para um colo ainda

desconhecido. Na segunda vez em que a mãe foi presa, Midiã e o irmão mais novo visitavam-na mensalmente por algum tempo. A família interrompeu as visitas por considerá-las muito dolorosas. Os sintomas da separação se manifestaram nas crianças. Midiã, quando saiu da cadeia com poucos meses, não aceitava mais ser amamentada. O irmão dela, Adryan, estava aprendendo a falar quando a mãe foi presa pela segunda vez. Simplesmente parou no meio do caminho. Com 3 anos, ele se expressa mais com acenos de cabeça do que com palavras. Na primeira visita à mãe, colocou o braço no rosto para tapar os olhos – e nada o fez mudar de ideia. “Não me deu um abraço. Fui tentar pegar e ele bateu em mim. Não quis ficar comigo de jeito nenhum”, diz Jaquelina. Agora em regime semiaberto, ela visita a família no interior, a cerca de duas horas de Pirajuí, durante a “saidinha” nos feriados. Aos poucos, reaproximou-se dos filhos. Em uma dessas saídas, ao terminar a visita à família, despediu-se do filho. O menino correu atrás dela – queria ir junto. “Ele ficou chorando tanto que deu dó. Fiquei com a cabeça atordoada de deixar ele daquele jeito”, diz. “Não queria dar esse trabalho todo para a minha família.” No final do ano, será a vez de Rebeca ser entregue aos cuidados da avó. (VARELLA, MOURA e AMORIM, 2017).

Aissata

Assim que chorou na prisão Aissata queria saber da filha, mas não sabiam informar ou ela não conseguia compreender. Ela foi transferida para a Penitenciária Feminina da Capital, no bairro de Santana, onde outras imigrantes a entendiam melhor. Continuava separada da filha e o leite lhe vazava dos seios. “Não sabia se a minha filha estava bem, se ela estava com fome, se estava chorando.” Mas passou um período calada. “Fiquei três meses sem ver minha filha, não falava português, era muito complicado. Quase fiquei louca”, diz. Um dia, foi chamada pela assistente social para uma conversa. Passou por um bebê sem dar atenção. “Não reconheceu a sua filha?”, perguntaram. “Não podia acreditar. Olhei e reconheci a manchinha que ela tinha no braço”, diz. Sophia crescera. Estavam separadas havia três meses. Dali em diante, poderia receber a visita uma vez por mês. Um funcionário do serviço de acolhimento levava Sophia. Ainda assim, Aissata preocupava-se por não poder acompanhar o crescimento da menina. Oito meses após a prisão preventiva, o juiz entendeu que a medida se estendia por tempo demasiado e deu a Aissata o direito de responder ao processo em liberdade. Ela precisa se apresentar à Justiça mensalmente até que sua sentença seja definida. Mudou-se para perto do abrigo da filha, em Brasilândia. Podia vê-la todo dia, banhá-la e colocá-la para dormir. Aos poucos, a criança passou a reconhecê-la. As regras para a mãe levar a menina consigo em alguns finais de semana tornaram-se mais flexíveis, até que uma decisão da Vara da Infância e

da Juventude, no final de novembro, permitiu o “desacolhimento” da menina, que passou a morar com a mãe. A decisão da Justiça ainda não saiu. O Ministério Público pediu a absolvição de Aissata por entender que não há prova de participação dela no crime. Após a apresentação da defesa, o juiz dará a sentença sobre o destino de Aissata – e, consequentemente, de Sophia. (VARELLA, MOURA e AMORIM, 2017).

4. ANÁLISE DO HABEAS CORPUS COLETIVO 143.641

4.1. A decisão do STF e sua repercussão social

O famoso habeas corpus das mães, como ficou conhecido na mídia, trata-se do *Habeas Corpus* coletivo 143.641/SP, em tramite perante a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, impetrado pelo Coletivo de Advogados de Direitos Humanos (CADHu), visando assegurar o direito de prisão domiciliar em favor de todas as mulheres gestantes, puérperas ou mães com crianças com até 12 anos de idade, submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, bem como adolescentes gestantes e mães em internação provisória acusadas de crimes.

Cumprido dizer que o remédio constitucional *habeas corpus* é destinado a tutelar a liberdade de locomoção, o direito de ir, vir, ficar ou voltar, mas diretamente relacionado ao indivíduo. Nas palavras do Ministro Celso de Mello:

a ação penal de *habeas corpus*, enquanto instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, configura um poderoso meio de cessação do injusto constrangimento ao estado de liberdade de locomoção física das pessoas. Se essa liberdade não se expõe a qualquer tipo de cerceamento, e se o direito de ir, vir ou permanecer sequer se revela ameaçado, nada justifica – por não estar em causa a liberdade de locomoção física – o emprego do remédio heroico do *habeas corpus*. (HC nº 86878/SP, j. em 25/10/2005).

Explicado o contexto do objeto em análise, passemos a fazê-la partindo de sua ementa:

HABEAS CORPUS COLETIVO (HC 143.641/SP)

EMENTA: HABEAS CORPUS COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DOUTRINA BRASILEIRA DO HABEAS CORPUS. MÁXIMA EFETIVIDADE DO WRIT. MÃES E GESTANTES PRESAS. RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUROCRATIZADAS. GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS. ACESSO À JUSTIÇA. FACILITAÇÃO. EMPREGO DE REMÉDIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI

13.300/2016. MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA. PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INADMISSIBILIDADE. PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉ-NATAL E PÓS-PARTO. FALTA DE BERÇARIOS E CRECHES. ADPF 347 MC/DF. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO. DETENÇÕES CAUTELARES DECRETADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL. INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS ENCARCERADAS. OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. REGRAS DE BANGKOK. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. APLICAÇÃO À ESPÉCIE. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO.

Os impetrantes defenderam, em suma, que a prisão preventiva de mulheres grávidas em unidades prisionais precárias retira-lhes o acesso a programas de saúde pré-natal, assistência regular na gestação e no pós-parto, e priva as crianças de condições adequadas ao seu pleno e sadio desenvolvimento, constitui tratamento desumano, cruel e degradante, o que infringe os preceitos constitucionais relacionados à individualização da pena, à vedação de penas cruéis e, ainda, ao respeito à integridade física e à integridade moral da presa. Arguem ainda, que a política criminal responsável pelo significativo encarceramento feminino é seletiva e discriminatória, impactando desproporcionalmente as mulheres pobres e suas famílias.

Destacamos aqui que, o tema em volga já fora enfrentado pela corte em vários momentos, e por diversas vezes, a 2ª Turma do STF concedeu *habeas corpus* para substituir a prisão preventiva de pacientes gestantes e lactantes por prisão domiciliar.

Preliminarmente, aquele órgão colegiado analisou a possibilidade da impetração do *habeas corpus* coletivo e a confirmou por unanimidade. Ademais, além de cabível, o *mandamus* neste caso concreto tinha como respaldo a deplorável situação vivenciada pelas mães e gestantes brasileiras encarceradas nas instalações prisionais de todo o país e sua impetração em via coletiva, seria capaz de receber maior visibilidade por propiciar atuação mais objetiva do STF, seria apto a economizar tempo e refletir maior efetividade.

Ademais, as decisões de remédios processuais coletivos têm sido utilizadas para solucionar problemas ligados a relações sociais massificadas e burocratizadas, prevenindo-se assim lesões a direitos de grupos vulneráveis. Ressalta-se o fato ainda de que tramitam no

Brasil mais de cem milhões de processos para pouco mais de dezesseis mil juízes, o que torna as soluções de natureza coletiva uma via para a eficácia adequada da razoável duração do processo e ao princípio da efetividade da prestação jurisdicional.

A dúvida central, em sua predominância, circundava a interpretação do artigo 5º, L, da Constituição Federal, quanto a necessidade de se garantirem às presidiárias condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação, e ainda às disposições dos incisos IV e V do artigo 318 do Código de Processo Penal, no quais há previsão da possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar quando as encarceradas estiverem gestantes ou forem mães de crianças de até 12 anos de idade.

De semelhante modo, merecem atenção as Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras, conhecidas por Regras de Bangkok. Tais normas visam a dar atenção às especificidades de gênero no encarceramento feminino. Um exemplo é a Regra 42, que diz: “O regime prisional deverá ser flexível o suficiente para atender às necessidades de mulheres gestantes, lactantes e mulheres com filhos/as”. Com isso, perceptível é o cuidado da comunidade internacional em tutelar, de forma especial e específica, os direitos dos nascituros/filhos das gestantes/mães encarceradas, para que esses não sofram injustamente as consequências das mazelas do sistema prisional brasileiro.

Igualmente, a Constituição Federal brasileira protege os direitos das crianças e jovens. Em seu artigo 227 a Constituição Federal prevê os direitos das crianças/adolescentes/jovens 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, atribuindo não só ao Estado, mas também às respectivas famílias, o dever de assegurar, com prioridade absoluta, o exercício dessas garantias às crianças e jovens. Lei maior atribui ainda especificamente aos pais “o dever de assistir, criar e educar os filhos menores”. Merece destaque, ainda, o fato de que a proteção à maternidade e à infância é expressamente prevista no artigo 6º da Constituição Federal enquanto direito social dos brasileiros.

Assim, a eficácia dos referidos dispositivos constitucionais são inviabilizados pela prisão das mães e gestantes. Já que, na prática, ou há a separação da genitora e seu filho, ou há o aprisionamento também da criança. Desse modo, é absoluto que tanto em uma hipótese quanto na outra as mães ficam impossibilitadas de cumprir seus deveres consignados na

Constituição no que diz respeito a proteção às garantias de seus filhos, que têm a sua esfera de direitos individuais diretamente violada pelo encarceramento de suas genitoras.

É relevante adicionar a equação a situação desumana dos presídios brasileiros, o que evidencia a transgressão de garantias constitucionais. Ainda, o próprio STF, no julgamento da ADPF 347, em 2015, reconheceu uma violação sistêmica e generalizada de direitos fundamentais da população carcerária do país, ao declarar que o sistema penitenciário brasileiro vivia um “estado de coisas inconstitucional”, decorrente de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, que submetem os presos a condições degradantes.

Diante desses argumentos, embasados em estudos e estatísticas sobre o tema, amparado na necessidade de existência de proteção integral dos direitos de crianças e jovens, o Supremo Tribunal Federal consignou, por maioria de votos, em 20 de fevereiro de 2019, ao julgar o Habeas conceder a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas que estivessem gestantes, puérperas ou fossem mães de crianças e/ou deficientes sob sua guarda, exceto na hipótese de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça contra seus descendentes ou, ainda, em outras situações excepcionalíssimas, as quais só poderiam vir a impedir a substituição prisional por meio de fundamentação judicial apropriada. Para que a decisão do STF produza efeitos céleres e satisfatórios, comunicou-se aos Presidentes dos tribunais estaduais e federais, inclusive da Justiça Militar estadual e federal, para que prestem informações e, no prazo máximo de 60 dias a contar da publicação do *decisum*, implementem de modo integral as determinações estabelecidas.

Cumprе mencionar que os avanços e desafios da implementação da decisão histórica do STF converteu-se em um livro, *Pela Liberdade - a história do habeas corpus coletivo para mães e crianças*, lançado pelo Programa do Instituto Alana e Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos (CADhu), em Brasília. O livro destaca a trajetória de diversas organizações brasileiras que pediram ao Supremo Tribunal Federal (STF) o deferimento do habeas corpus, bem como suas consequências e efetividade, é composto por dados e pesquisas, traz artigos produzidos por especialistas de diversas organizações que participaram e contribuíram para o julgamento do STF. A publicação expõe as situações precárias às quais mulheres e seus filhos e filhas são submetidos dentro do sistema prisional brasileiro; traz relatos de uma mulher contemplada pela decisão, textos temáticos de cada instituição que atuou no caso; e o acórdão do habeas corpus coletivo, com votos dos ministros do STF,

deferido em fevereiro do ano passado. Nas palavras de Pedro Hartung, coordenador do programa Prioridade Absoluta e um dos autores do livro:

Não é possível assegurar os direitos das crianças sem permitir que essas mães possam cuidar adequadamente de seus filhos e filhas. *Pela liberdade* mostra a urgência de romper esse ciclo de violência na vida de todas as crianças com mães em prisões, já que mantê-las dentro do sistema carcerário ou separá-las prejudica severamente o desenvolvimento infantil, e viola a regra da prioridade absoluta do melhor interesse das crianças brasileiras, prevista na Constituição. O livro reúne as informações fundamentais que justificam essa decisão histórica e nos faz refletir que, apesar dos avanços conquistados, ainda há muito a ser feito por essas mães e suas crianças, para que seus direitos sejam assegurados. (HARTUNG, 2019)

Concluimos que a decisão do STF nesse HC é de imensurável conquista para o campo dos avanços sociais na tentativa de solução do caos que se encontra o nosso sistema penitenciário, vez que de forma ampla e simbólica, atribuiu maior efetividade à tutela de direitos tão fundamentais das mães e gestantes brasileiras, bem como concedeu maior concretude às garantias constitucionalmente asseguradas a seus filhos. É notório o impacto social da decisão, afinal, ela produz impacto não apenas na situação de todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, mas também na situação das próprias crianças. Ademais, decisão é que o *Habeas Corpus* coletivo serviu de precedente para decisões posteriores sobre o tema, como veremos no próximo tópico

4.2. A jurisprudência brasileira sobre o tema

O modo como o caso concreto é constituído nas narrativas processuais tem um papel determinante nas decisões judiciais. Nos últimos tempo, duas pesquisas com enfoque nas narrativas jurisprudenciais, divulgadas pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC), revelam a carência com que processos criminais consideram a prisão de mulheres para familiares, e seus impactos especialmente na vida dos filhos e dependentes. Ademais, nos poucos casos em que há essa informação no processo, percebe-se um aprofundamento moral da força do poder punitivo por meio da forma como é mobilizada a maternidade de mulheres aprisionadas.

A pesquisa “A jurisprudência brasileira sobre maternidade na prisão” realizou uma coleta de acórdãos proferidos no STF, STJ e em 4 Tribunais Estaduais. Diante dessa pesquisa, referente a um período de dez anos, (2002/2012), verificou-se que há uma invisibilidade do tema da maternidade nas narrativas construídas nos processos judiciais, principalmente nos

criminais, vez que foram encontradas apenas 122 jurisprudências de casos. Se confrontarmos esses números com os dados obtidos no Se INFOPEN 2014, que diz que 80% das mulheres presas são mães, verificaremos uma assimetria entre realidade e processo. Tal fato demonstra ausência de reconhecimento dessa abordagem pelos operadores do sistema de justiça (inclusive Defensorias) como um aspecto primordial para a busca do desencarceramento feminino.

Em um panorama geral, magistrados e promotores de Justiça propagam a ideia de que uma mulher que é mãe está no sistema penitenciário não é uma boa mãe. Destaca-se que o controle das maternidades legítimas também se baseia em fatores de raça e classe, como por exemplo, o papel que muitas mulheres desempenham no tráfico de drogas, via de regra permite um “melhor” desempenho da maternidade, já que muitas vezes abandonadas por seus companheiros, a prática criminalizada ajuda a complementar a renda para sustento dos filhos. Entretanto, como se observa da referida pesquisa, o Judiciário configura o comércio de drogas como um atestado de uma maternidade irresponsável, na maioria das vezes.

A conclusão da pesquisa de que a gestação no sistema prisional é uma gestação de risco por conta das inúmeras condições precárias e insalubres de atendimento médico. O pré-natal, entre outras necessidades de saúde, quando realizado, é feito fora da unidade prisional, o que depende da disponibilidade de escolta para transporte da mulher. Apesar disso, de forma geral os magistrados e as magistradas optam por ignorar as condições materiais e exigem atestados médicos para concessão de prisão albergue domiciliar por conta de gravidez de risco.

Diante do exposto, para exemplificar o já dito, colaciono a seguir quatro julgados que representam como os tribunais têm tratado o tema no caso concreto:

1) EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E FURTO. PACIENTE EM REGIME FECHADO. ART. 117 DA LEP. PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. FILHOS MENORES DE 10 (DEZ) ANOS. IMPRESCINDIBILIDADE DA GENITORA AO DESENVOLVIMENTO ADEQUADO DAS CRIANÇAS. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA, DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA PRIORIDADE ABSOLUTA E MELHOR INTERESSE DO MENOR. EXCEPCIONALIDADE. MEDIDA DE CUNHO HUMANITÁRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. O entendimento jurisprudencial dos Tribunais superiores, diante da necessária evolução, vêm

superando a interpretação literal de determinados comandos previstos na Lei de Execução Penal, a fim de abarcar e de dar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana na individualização da pena. 3. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que "a melhor exegese do art. 117 da Lei n. 7.210/1984, extraída dos recentes precedentes da Suprema Corte, é na direção da possibilidade da prisão domiciliar em qualquer momento do cumprimento da pena, ainda que em regime fechado, desde que a realidade concreta assim o imponha" (HC 366.517/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 27/10/2016). 4. No caso dos autos, embora reclusa no regime fechado, verifica-se que a paciente possui 4 filhos, sendo certo que duas delas possuem menos de 10 anos de idade e, consoante versa os relatórios escolares (e-STJ, fls. 30-34), estão sofrendo problemas de convivência face à ausência da mãe, sendo passível, excepcionalmente, a aplicação do disposto no art. 117, III da Lei de Execuções Penais. 5. Os princípios da proteção integral à criança, da dignidade da pessoa humana, da prioridade absoluta e do melhor interesse do menor ensejam a concessão da prisão domiciliar como medida de cunho humanitário lastreada pelo disposto no art. 227 da Constituição Federal no ECA e, ainda, na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Decreto Presidencial n. 99.710/90. 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de determinar a imediata transferência da paciente para a prisão domiciliar, com monitoramento eletrônico ou não, a critério do juiz singular; devendo aquele Juízo adotar as medidas necessárias e as devidas cautelas para o cumprimento dessa decisão, com a advertência de que a eventual desobediência das condições impostas para a custódia domiciliar tem o condão de ensejar o restabelecimento da constrição.

(STJ - HC: 417665 MG 2017/0245896-8, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 26/06/2018, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/08/2018)

2) EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO CRIMINAL - PRISÃO DOMICILIAR - GESTANTES E MÃES DE FILHOS MENORES DE DOZE ANOS - HC COLETIVO 143.641/SP - APLICAÇÃO RESTRITA ÀS PRESAS PROVISÓRIAS - EXECUÇÃO DA PENA - INAPLICABILIDADE. - As diretrizes fixadas pelo STF no HC Coletivo nº 143.641/SP e da norma do art. 318-A do CPP que preveem a substituição da prisão cautelar por domiciliar, não são aplicáveis às presas em execução provisória de pena, que é aquela decorrente de decisão de segundo grau e antes do seu trânsito em julgado - No HC nº 152932/SP pontuou-se que, havendo tão somente a condenação pelo juízo singular, a prisão não perde seu caráter cautelar, aplicando-se, "in totum", o entendimento fixado no HC coletivo 143.641/SP - Não sendo essa a situação da apenada que já conta com decisão condenatória transitada em julgado, de se afastar a tese de extensão dos efeitos do HC coletivo 143.641/SP - A eventual concessão de prisão domiciliar em cumprimento de pena deve pautar-se pelas normas assentadas pela Lei de Execuções Penais, especificamente aquelas elencadas no art. 117 - A instância superior não pode conhecer originariamente de pedido não submetido à apreciação do Juízo de primeiro grau, sob pena de supressão de instância - Recurso conhecido em parte e não provido.

(TJ-MG - AGEPN: 10000190741991000 MG, Relator: Lílian Maciel, Data de Julgamento: 17/10/2019, Data de Publicação: 22/10/2019)

3) HABEAS CORPUS - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES, E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO COM ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTES (LEI N. 11.343/2006, ARTS. 33, CAPUT, C/C ART. 40, VI E 35, CAPUT)- PLEITO DE PRISÃO DOMICILIAR INDEFERIDO. PRISÃO DOMICILIAR - PRESA QUE É GENITORA - CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO PERMITEM A FLEXIBILIZAÇÃO DO CÁRCERE - MÃE QUE UTILIZAVA DA MORADA FAMILIAR COMO PONTO DE VENDA DE DROGAS - EXERCÍCIO REITERADO DO ATO ILÍCITO - GENITORA, ADEMAIS, QUE TINHA COMO MODUS OPERANDI CORROMPER MENORES AO CRIME, A EXEMPLO DE SUA PRÓPRIA

FILHA E ENTEADO, AMBOS ADOLESCENTES - CÁRCERE QUE MERECE SER MANTIDO NO SEU ALCANCE MAIS RIGOROSO. I - Segundo precedente estabelecido em habeas corpus coletivo em sede da Suprema Corte, impende-se substituir a prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício (STF, HC n. 143.641/SP, Rel. Min. Ricardo Levandowski, j. 20.02.2018, DJe n. 39 de 01.03.2018). II - Nada obstante, a prisão domiciliar é medida que deve ser aferida segundo o princípio da adequação, ou seja, caberá de ser cogitada apenas se mostrar-se compatível com o caso concreto, ainda que o agente eventualmente tenha satisfeito os elementos previstos na lei processual penal, o que realmente não se percebe no caso concreto, onde a mãe, conquanto geradora de quatro filhos menores, faz do tráfico associado atividade contumaz, utiliza a própria residência familiar como ponto de venda de entorpecentes e, pior, corrompe adolescentes à mercancia, inclusive pessoas aos seus cuidados, tal com sua filha e enteado menores. WRIT DENEGADO.

(TJ-SC - HC: 40029787220198240000 Braco do Norte 4002978-72.2019.8.24.0000, Relator: Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Data de Julgamento: 21/02/2019, Quarta Câmara Criminal)

4) EMENTA: DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PEDIDO DE REVOGAÇÃO DE TERMO DE RESPONSABILIDADE EXPEDIDO PELO CONSELHO TUTELAR. SENTENÇA DE EXTINÇÃO. INCONFORMISMO DA AUTORA. APELANTE PRESA PREVENTIVAMENTE. FILHAS, MENORES DE IDADE (4 E 6 ANOS), ENTREGUES AOS CUIDADOS DA AVÓ MATERNA E DA TIA PATERNA. POSTERIOR CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR. GENITORA QUE RELATA ENFRENTAR DIFICULDADES EM CONVIVER COM AS MENINAS, MESMO APÓS SUA SAÍDA DO CÁRCERE PRIVADO. INFORMAÇÃO DE QUE FORA APROVADA EM CONCURSO PARA O CARGO DE MERENDEIRA E DESEJA CONSTITUIR LAR COM SUA PROLE EM APARTAMENTO POR SI ALUGADO. AÇÃO QUE BUSCA O RESTABELECIMENTO DA RESPONSABILIDADE MATERNA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. AUTORA QUE NÃO PERDEU A GUARDA DAS FILHAS, TAMPOUCO TEVE SUSPENSO OU EXTINTO O PODER FAMILIAR. TERMO DE RESPONSABILIDADE COM CARÁTER EMERGENCIAL E PRECÁRIO. CRIME COMETIDO QUE SE ENCONTRA FORA DO ESCOPO DO ARTIGO 23, § 2º, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. LEI ESPECIAL QUE, ADEMAIS, RESGUARDA A CONVIVÊNCIA DE PAIS E MÃES CONDENADOS COM SEUS FILHOS DESDE A ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI N. 12.962/2014. ENTENDIMENTO CORROBORADO NO HABEAS CORPUS COLETIVO N. 143.641/SP, PROFERIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO JUDICIAL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. De acordo com a redação do artigo 23, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que teve sua redação alterada pela Lei n. 12.962/2014, "[a] condenação criminal do pai ou da mãe não implicará a destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação por crime doloso sujeito à pena de reclusão contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente".

(TJ-SC - AC: 03006021820198240030 Imbituba 0300602-18.2019.8.24.0030, Relator: Marcus Tulio Sartorato, Data de Julgamento: 20/08/2019, Terceira Câmara de Direito Civil)

4.3. A efetividade da decisão

Diante dos impactos sociais e jurídicos demonstrados acerca da decisão em comento, faz-se essencial uma abordagem acerca do resultado que a prestação jurisdicional entregou a sociedade, ou seja, da efetividade do que foi determinado pelo STF. Assim, superado o furor causado pelo conteúdo humanístico da decisão, a decisão deve ser analisada sob o viés jurídico.

Observe-se, no *Habeas corpus* coletivo (HC 143.641) tem-se como pacientes “todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional” que exibem “a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade”, além das próprias crianças que porventura estivessem reclusas junto de suas mães. O suporte fático para a concessão da ordem consistiu na comprovação de que mulheres grávidas e mães de crianças (compreendidas no sentido legal conferido pelo art. 2º do ECA: até doze anos incompletos) estavam sendo submetidas a prisões preventivas em situação degradante, não dispunham de cuidados médicos pré-natais e pós-parto e não contavam com berçários e creches para seus filhos, fato esse que caracteriza situação degradante, bem como o cerceamento de direitos constitucionalmente previstos.

Diante disso, determinou-se “a substituição da prisão preventiva pela domiciliar – sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP – de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício”. Ainda fora estendida a referida ordem, *ex officio*, a todas as demais presas gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, e também às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas que se encontrassem na mesma situação daquelas beneficiadas diretamente pela impetração.

In decusum foi firmado o prazo máximo 60 (sessenta) dias da publicação do acórdão para que os Presidentes dos Tribunais Estaduais e Federais, inclusive da Justiça Militar Estadual e Federal, cumpram de modo integral as determinações estabelecidas no julgado, à

luz dos parâmetros enunciados. Também, fora determinado ao DEPEN que informasse os Juízos sobre mulheres detentas para a aplicação e que da ordem já nas audiências de custódia.

A lei processual penal já prevê a possibilidade prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva para gestantes e mulheres com filho de até doze anos de idade incompletos (art. 318, IV e V), o que é muito mais criterioso do que uma ordem de *habeas corpus* coletivo –, observa-se que o próprio STF estabeleceu limitações: que o crime em razão do qual a mulher se encontra presa cautelarmente não tenha sido cometido com violência ou ameaça contra seus próprios descendentes e que não se trate de situações excepcionais que exijam a prisão (ausentes os requisitos do art. 312 do CPP).

É no mínimo incoerente avaliar a substituição da prisão preventiva apenas baseando-se na condição pessoal do preso. O fato de uma mulher presa de maneira preventiva ser gestante ou ter filhos é um fator que adiciona alguns cuidados à análise de sua condição processual, mas isso não pode ser o bastante para determinar se ela deve ou não permanecer presa. A prisão preventiva tem requisitos, pressupostos e fundamentos estritos, que, preenchidos, indicam que o agente deve ser recolhido preso porque, pois, indicam que sua liberdade traz riscos concretos à sociedade. Desse modo, verificamos que são situações *concretas* que justificam o encarceramento preventivo, e tais situações não podem ser simplesmente desconsideradas somente pela condição pessoal do processado.

Nesse sentido, destacamos que o STJ já negou provimento ao recurso em *habeas corpus* considerando que o caso concreto se subsumia à exceção a que se referiu o próprio STF no HC 143.641. No referido julgado, a recorrente estava sendo acusada de tomar parte em homicídios qualificados cometidos em circunstâncias de violência acima do comum, o que motivara a prisão preventiva.

Destaca-se, por fim, que a decisão do STF não abrange a prisão domiciliar disciplinada no art. 117 da Lei de Execução Penal, aplicável durante a execução da pena. Esta espécie de prisão domiciliar não tem natureza cautelar, mas sim incidental, e seu cabimento ocorre para beneficiar, dentre outros, as condenadas gestantes ou com filho menor ou deficiente físico ou mental que cumpram pena em regime aberto. Embora seja concedida referido benefício também aos presos em regime fechado e semiaberto, conforme tem decidido o STJ, seus requisitos são específicos e não se confundem com a situação das mulheres presas preventivamente.

Como pode-se notar, a decisão tomada pelo STF deve ser aplicada sob critérios rígidos que tenham em consideração a eficácia das medidas cautelares no processo penal. Não é possível, a pretexto de conferir ao processo um caráter pretensamente humanitário, considerar apenas um fator dentre os inúmeros que normalmente envolvem os acusados de crimes, sob pena de tornar-se ainda mais ineficaz nosso já combalido sistema penal.

Há ainda que discutir sobre possível ilegalidade ou o abuso de poder tutelado pela referida decisão, vez que, por meio do habeas corpus coletivo houve verdadeira alteração do artigo 318, do Código de Processo Penal, para especificar casos em que o magistrado resta obrigado a conceder a liberdade provisória. Repisando-se: os termos do *decisum* não deixam dúvidas de que se está diante de uma demonstração de ativismo judicial por parte do STF, que assim o faz sem nenhuma pretensão de deixar apenas subentendida tal ilação. Do contrário, evidenciou-a.

Como defensores da preservação de direitos legítimos, como os tutelados por essa decisão, esperamos que tal julgado não estimule gestações indesejadas, planejadas para um contexto de habitualidade criminal.

Para finalizar a análise do julgado, cumpre mencionar que, para alguns, o STF legislou em sua decisão, invadindo competência constitucional do Poder Legislativo vez que a própria decisão instituiu uma espécie de "vacatio", determinando-se prazo para cumprimento das determinações (ou "os princípios e regras", como destacado no voto do Relator) pelos Presidentes dos Tribunais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho trouxe reflexões acerca da concepção jurídica e social do Direito de punir do Estado, de como se dá pena, da pessoa em situação de prisão, da estrutura, ou falta de estrutura do sistema penitenciário nacional, da ausência de uma política criminal pensada para a mulher e sobretudo, a mulher mãe. Perpassou-se também, por meio de dados, legislação e relatos de vida pelo direito a maternidade e o direito de convivência da criança, sua importância, necessidade e garantia. Por fim ainda, analisou-se processualmente o impacto que decisões que visam assegurar e garantir acesso a direitos fundamentais.

No capítulo dois tratou-se acerca da conceituação de Estado, e este legitimado para punir por meio do *jus puniendi* advindo de um contrato social em prol do bem comum. Mas não apenas isso, este estado exerce esse poder dentro dos muros do Estado democrático de direito, modelo adotado pelo nosso país que garante aos indivíduos direitos fundamentais.

Viu-se também que a confecção de qualquer norma é antes de tudo uma decisão política, e não diferente disso as normas que regem as sanções estatais aos infratores penais, sejam elas normas de direito material, ou processual, incluindo-se aquele referente a execução da pena. E nesse cenário nasce a política criminal, que no país parece não estar bem alicerçada com parâmetros definidos, o que se traduz em um direito penal simbólico feito apenas para suprir os anseios sociais mediante a insegurança generalizada.

Frente a essa elucidação foi exibida a problemática do direito fundamental da criança e do adolescente, notadamente quanto ao convívio com pais que se encontrem em condições de privação de liberdade, frente ausência de preocupação jurídico penal com a efetividade desse direito por meio da confecção de uma legislação pensada e congruente com tais anseios por meio de uma política criminal efetiva.

Por fim, apresentou-se ao debate a questão do punitivismo exacerbado que assola a nação, frente ao dever do Estado democrático de Direito, que tem de garantir os direitos fundamentais aos que infringem as normas penais e o embate travado entre os dois extremos.

No terceiro capítulo observou-se em dados históricos e atuais como o sistema penal não foi pensado para a mulher e suas necessidades, menos ainda em relação a maternidade. Por meio de relatório do Ministério da justiça e do Departamento penitenciário ficou mais que comprovado o descaso com acesso aos direitos mínimos que deviriam ser dever do estado proporcionar, mais ainda por atingir o direito de quem prioritariamente o estado deveria cuidar, como o do menor. A entrada da mulher que é mãe no sistema carcerário brasileiro envolve uma mudança drástica na rotina, não só na vida dessas mulheres, mas também na da família, especialmente na organização do cotidiano dos filhos. Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN (BRASIL, 2018), 74% das presas têm filhos, o que significa que, na maioria dos casos de prisão, há crianças e adolescentes que são separados de suas mães.

Ressalta-se que, pessoas que estão privadas de liberdade no Brasil, de um modo geral, têm um histórico de carência educacional, delinquência juvenil, uso de drogas e envolvimento

com o tráfico. No contexto feminino, destacam-se realidades de violência, abandono e associação ao crime, como consequência de relacionamentos com homens delinquentes, assim, a pobreza e a dependência química são os fatores mais apontados como resultantes do engajamento das mulheres no crime. Ademais, estar preso influencia a condição humana, vez que gera várias rupturas com o meio social e familiar, uma vez que o cárcere promove o afastamento da família, filhos, parceiros, amigos e do ambiente social. Apesar disso, o número de estudos brasileiros com mãe presidiária tem apresentado um crescimento lento e gradativo. No Brasil, as publicações recentes que versam sobre as mulheres que gestam e ganham seus filhos durante o cumprimento da pena em regime fechado destacam-se por revelar o panorama nacional quanto à saúde materno-infantil no contexto prisional.

Verificou-se ainda que o cárcere gera os impactos a vida psicológica, social e afetiva. As mães recolhidas para cumprir pena em regime fechado encontram dificuldades para manter os vínculos com os filhos, o que compromete os cuidados exercidos sobre eles e enfraquece suas relações familiares. Ressalta-se ainda o que a ausência da mãe acarreta no desenvolvimento da criança, principalmente na primeira infância, o que nos demonstra quão criminoso é o fato de lhe ser negligenciado tal direito. Tudo isso fica ainda mais evidente ao nos depararmos com as histórias reais, narradas com dor e sofrimento pela mãe e familiares, refletindo tudo o que os estudos e as estatísticas mostram, mas tornando palpável o tamanho da desumanidade.

Conclui-se a partir de todo o exposto, que vivemos em um país em que as garantias fundamentais são asseguradas pela constituição e dever do Estado, entretanto, este estado ao exercer o direito de punir pelo qual é legitimado não o faz observando tais direitos, e diante de um caso concreto em que colidem normas criminais com direitos fundamentais, são privilegiadas as primeiras em detrimentos das últimas com objetivo de transmitir uma falsa sensação de segurança por meio de punitivismo forte e nascido do clamor popular. Isso ao invés de se construir um política criminal que contemple os direitos fundamentais daqueles recolhidos ao sistema prisional, bem como o das crianças e a adolescentes cujos pais encontram-se nessa condição, tornando efetiva a tutela dos bens da vida por parte do estado que não deixará de punir sem que seja negligenciada a asseguridade dos direitos fundamentais. Ainda bem que o Punitivismo e Estado Democrático de Direito são incompatíveis. O aumento do encarceramento feminino, e logo do número de gestantes, puérperas e mães encarceradas demonstra que o sistema de justiça criminal vem ignorando recomendações de organizações internacionais contra o uso de prisão para essas mulheres.

No quarto capítulo fora feita análise por meio das narrativas processuais e como os magistrados e ministros tem dito o direito sobre o tema, pois apesar de haver legislação, muitas vezes é necessário recorrer ao judiciário para a sua aplicação. Nesse contexto analisamos o HC 143.461, marco histórico em relação ao tema aqui debatido, que não só garantiu acesso aos direitos já previstos mas estabeleceu formas de aplicação dele.

Desse modo, pode-se afirmar que a melhor possibilidade de exercício de maternidade ocorrerá sempre fora da prisão, bem como que se a legislação for cumprida, tanto em relação à excepcionalidade da prisão preventiva como no tangente à aplicação da prisão domiciliar, grande parte da problemática que envolve a mulher no cárcere será resolvida. Estender o período da criança na prisão configura uma violação de direitos. No entanto, o rompimento dessa convivência para a retirada da criança também representa uma violência.

Diante disso, é imprescindível que haja mudança por parte da sociedade quanto a situação desses filhos, é necessário fomentar discussões e novas políticas públicas com o objetivo de diminuir os efeitos iatrogênicos da prisão materna na vida dos filhos, pois sem a presença da mãe, muitos núcleos familiares, não conseguem atender à sua função, qual seja, de cuidado e proteção das crianças e dos adolescentes.

Para o problema social aqui tratado, propõem-se como solução mais investimentos no sentido de melhorar o ambiente prisional, tanto em relações interpessoais como no espaço físico, no qual as presas recebem seus filhos. Assim, pretende-se obter condições mais favoráveis que poderão estimular a presença das crianças/adolescentes nos dias de visita e, conseqüentemente, contribuir para o fortalecimento do vínculo mãe-filho(a). Acredita-se que esse vínculo é um subsídio valioso para minimizar a repercussão negativa da prisão na vida afetiva, educacional e social dos filhos, assim como poderá ser um fator preditivo para reorganização do sistema familiar após o cumprimento da pena.

Portanto, sugere-se que novos estudos longitudinais vislumbrem avaliar os benefícios de investimentos na relação mãe-filho(a) no contexto prisional, além de buscar identificar o papel do(a) cuidador(a) responsável diante da relação mãe presa-filhos. Assim, pesquisadores e as experiências narradas por mulheres presas acrescentarão conhecimentos primordiais para a fundamentação das discussões públicas sobre o tema no Brasil. É necessário e urgente a elaboração de diretrizes nacionais para atender a realidade da gestação e da convivência familiar das mães com seus/suas filhos/as, desde a entrada, permanência até a saída do

ambiente prisional, em consonância com os princípios e diretrizes da Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade.

Pretendeu-se com o presente trabalho trazer conscientização e alerta quanto a realidade aqui expostas na busca de que o Direito da criança seja sopesado com direito do Estado de punir e seja encontrado demasiadamente em prioridade em um futuro próximo.

REFERÊNCIAS

AINSWORTH, M. D. S. Anexos além da infância. Departamento de Psicologia da Universidade de Virginia. **Associação Americana Psicologia**. 44(4), pp. 709-716. 1989.

ASSIS, R. D. A Realidade Atual do Sistema Penitenciário Brasileiro. **Revista CEJ**, Brasília, 2(39), pp. 74-78. 2007.

ARAGÃO, R. O. **O bebê, o corpo e a linguagem**. São Paulo: Casa do psicólogo. 2004.

_____. **A Construção do Espaço Psíquico Materno e seus Efeitos Sobre o Psiquismo Nascente do Bebê**. Dissertação de Mestrado em Psicologia Clínica. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2007.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel Valandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1973. Vol. IV: Os Pensadores.

ARAÚJO JÚNIOR, J. M. (org.). **Os Grandes Movimentos de Política Criminal de Nosso Tempo – Aspectos**. In: SISTEMA PENAL PARA O TERCEIRO MILÊNIO (atos do colóquio Marc Ancel). Rio de Janeiro: Revan, 1991., p. 65 a 79

ATLAS DA VIOLÊNCIA 2019. **Organizadores**: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo. Disponível em : <http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/19/atlas-da-violencia-2019>. Acesso em: 08 de nov. 2019.

BARCINSKI, M. Mulheres no tráfico de drogas: a criminalidade como estratégia de saída da invisibilidade social feminina. **Contextos Clínicos**, 3(5), pp. 52-61. 2012.

BARDIN, L. **Análise de Conteúdo**. Lisboa: Edições, 70. 2010.

BITENCOURT, C. R. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva. 2011.

BOWLBY, J. **Uma base segura: aplicações clínicas da teoria do apego**. Porto Alegre: Artes Médicas. 1989.

BOWLBY, J., & Ainsworth, M. The origins of attachment theory. **Developmental Psychology**, 28(2), pp. 759-775. 1992.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 8 de outubro de 1988. Vade Mecum. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 26 de set. 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 26 de set. 2019.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 26 de set. 2019.

_____. **Lei de Execuções Penais**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 26 de set. 2019.

_____. **Lei de Tráfico de Drogas**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 26 de set. 2019.

_____. **Lei Maria da Penha**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 26 de set. 2019.

_____. **Ministério da Justiça**. Disponível em: < <http://justica.gov.br/> >. Acesso em: 26 de set. 2019.

_____. **Lei nº 11.942 de 28 de maio de 2009**. Dá nova redação aos arts. 14, 83 e 89 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 26 de set. 2019.

_____. DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **“Mães do Cárcere”** – Projeto da Defensoria Pública de SP leva assistência jurídica a mães e gestantes que estão presas no Estado. Disponível em: <https://dp-sp.jusbrasil.com.br/noticias/100139245/maes-do-carcere-projeto-da-defensoria-publica-de-sp-leva-assistencia-juridica-a-maes-e-gestantes-que-estao-presas-no-estado>. Acesso em: 21 de nov. 2019.

_____. Ministério da Justiça (2014). **Levantamento Nacional de informações penitenciárias - INFOPEN BRASIL**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2015. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf/view>. Acesso em: 26 de set. 2019.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública (2018). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres**. 2ª ed. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Acesso em: 26 de set. 2019.

BRUNO, A. **Direito Penal – Parte Geral**. Tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 41

CALAÇA, L. O estado democrático de direito à luz da Constituição Federal. **Jusbrasil**. Disponível em: <https://lucascalaca71.jusbrasil.com.br/artigos/189932692/o-estado-democratico-de-direito-a-luz-da-constituicao-federal>. Acesso em: 13 de nov. 2019.

CANOTILHO, J. J. G. **Estado de Direito**. Lisboa: Editora Gradiva, 1ª ed., 1999.

Conselho Nacional de Justiça. Jovem, negra e mãe solteira: a dramática situação de quem dá à luz na prisão. **CNJ**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=85402:jovem-negra-ema-e-solteira-a-dramatica-situacao-de-quem-da-a-luz-naprisao&catid=813:cnj&Itemid=4640. Acesso em: 26 de set. 2019.

COSTA, D.B. Tribuna da Defensoria: O fetiche punitivista e o colapso do Estado de Direito. **Revista Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-02/tribuna-defensoria-fetiche-punitivista-colapso-estado-direito>. Acesso em: 21 de nov. 2019.

DALBEM, J. X.; DELL'AGLIO, D. D. Teoria do apego: bases conceituais e desenvolvimento dos modelos internos de funcionamento. **Arquivos Brasileiros de Psicologia**, 57(1), pp. 12-24. 2005.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro**. Direito de família. São Paulo: Saraiva. v.5. 27ª ed. 2012.

DIUANA, V.; CORREA; M. C. D. V.; VENTURA, M. Mulheres nas prisões brasileiras: tensões entre a ordem disciplinar punitiva e as prescrições da maternidade. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro, v. 27, n. 3, p. 727-747, 2017.

DUGUIT, L. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Ed. Ícone, 1996 p.53.

FLICK, U. **Introdução à pesquisa qualitativa**. Porto Alegre: Artmed. 2009.

FREUD, Sigmund. (1900). **Os sonhos: Além da interpretação de sonhos**. Rio de Janeiro: Imago, 1982.

FREIRE, G.O.B.F. **Cárcere e maternidade**: o desafio de conciliar custódia e maternidade. 2017. 112 f. Dissertação (Mestrado em Segurança Pública) - Programa de Pós-Graduação em Segurança Pública, Universidade Federal do Pará, Belém, 2017.

FUNDAÇÃO MARIA CECÍLIA SOUTO VIDIGAL. **A primeira infância**. Disponível em: <https://www.fmcsv.org.br/pt-BR/a-primeira-infancia/>. Acesso em: 26 de set. 2019.

GARCIA, B. **Instituições de Direito Penal**. v. 1 Tomo I - 7ª Ed. 2008.

GOMES, V. F.; BOSA, C. A. Representações mentais de apego e percepção de práticas parentais por jovens adultas. **Psicologia: Reflexão Crítica**, 23(1), pp. 67-84. 2010.

GRACIA MARTÍN, L. **¿Que es modernización del Derecho Penal?** In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (coord.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 349-394, p. 385.

HARTUNG, P.; HENRIQUE, I. Participação Social para uma justiça mais inclusiva e democrática. In: Vários Autores. **Pela Liberdade: A História Do Habeas Corpus Coletivo Para Mães E Crianças**. São Paulo: Instituto Alana, 2019. p. 30-37.

IBCCRIM. Minuta de Decreto Presidencial de Indulto Para Mulheres – CNPCP. In: **Notícias**. 2016. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/docs/2016/indulto_para_mulheres.pdf. Acesso em: 21 de nov. 2019

IPEA. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/>. Acesso em: 26 de set. 2019.

JAIME, S. Breves reflexões sobre a política criminal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1155, 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8860>. Acesso em: 19 nov. 2019.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**, Martins Fontes, São Paulo, 1987, p. 240

LOMBROSO, C. **O Homem Delinquente**. Tradução: Sebastian José Roque. 1. Reimpressão. São Paulo: Ícone, 2010.

MELLO, C. A. B. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, G. Maternidade livre, direitos efetivados — O Habeas Corpus coletivo 143.641. **Observatório Constitucional**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-07/observatorio-constitucional-maternidade-livre-direitos-efetivados-hc-coletivo-143641/> Acesso em: 14 de nov. 2019.

MIRANDA, A. E.; VARGAS, P. R. M.; VIANA, M. C. Saúde sexual e reprodutiva em penitenciária feminina, Espírito Santo, Brasil. **Revista Saúde Pública**, 38(2), pp. 255-260. 2004.

MONDARDO, A. H.; VALENTINA, D. D. Psicoterapia infantil: ilustrando a importância do vínculo materno para o desenvolvimento da criança. **Psicologia: Reflexão e Crítica**. Porto Alegre, 11(3), pp. 113-126. 1998.

MORAES, A. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 12^a ed., 2002.

OLIVEIRA, R. A. Do vínculo às relações sociais: Aspectos psicodinâmicos. **Análise Psicológica**, 2(18), pp. 157-170. 2000.

ORMEÑO, G. R.; MAIA, J. M. D; WILLIAMS, L. C. A. Crianças com pais ou mães encarcerados: uma revisão de literatura. **Revista de Psicologia da Criança e do Adolescente**. Lisboa, v. 4, n. 2, 2013.

Pela liberdade: história do habeas corpus coletivo para mães & crianças. São Paulo: **Instituto Alana**, 2019. Vários autores. Disponível em: https://prioridadeabsoluta.org.br/wp-content/uploads/2019/05/pela_liberdade.pdf. Acesso em: 07 de nov. 2019.

POEHLMANN, J. Representations of Attachment Relationships in Children of Incarcerated Mothers. **Child Development**, v.76, n. 3, 679-696, 2005.

POEHLMANN, J.; SCHLAFER, R.J.; MAES, E. Factors associated with young children's opportunities for maintaining family relationships during maternal incarceration. **Family Relations**, v. 57, n. 3, p. 267-280, 2008.

POEHLMANN, J. et al. Children's contact with their incarcerated parents: Research findings and recommendations. **American Psychologist**, v.65, n. 6, p. 575-598, 2010.

REBELLO, Fº. W. **Violência Urbana e Segurança Pública**. In: LEAL, César Barros, PIEDADE Jr., Heitor (coord.). A VIOLÊNCIA MULTIFACETADA: estudos sobre a violência e a segurança pública. Belo Horizonte:Del Rey, 2003, p. 427-437.

RELATÓRIO ESTATÍSTICO. Visita às mulheres grávidas e lactantes privadas de liberdade. **Conselho Nacional de Justiça**. 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/10/a988f1dbdd2a579c9dcf602c37ebfbbd_c0aacbbe4a781a772ee7dce8e4c9a060.pdf. Acesso em: 08 de nov. 2019.

RAMIRES, V. R. R.; SCHNEIDER, S. M. Revisitando alguns conceitos da teoria do apego: comportamento versus representação. **Psicologia: Teoria e Pesquisa**, 26(1), pp. 25-36. 2010.

ROLIM, M. Convivência de detentas da Colmeia com filhos vai passar de seis meses para dois anos. **Jornal de Brasília**. 2017. Disponível em: <https://jornaldebrasil.com.br/cidades/convivencia-de-detentas-da-colmeia-com-filhos-vai-passar-de-seis-meses-para-dois-anos-2/>. Acesso em: 15 de nov. 2019.

RUIZ, J. A. **Metodologia Científica**. São Paulo: Atlas. 2013.

RIBEIRO, P. S. "Rousseau e o contrato social"; **Brasil Escola**. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/rousseau-contrato-social.html>. Acesso em: 13 de nov. de 2019.

SÁNCHEZ, P. V. La Experiencia vinculante afectiva del sujeto adolescente infractor. **Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud**, 10(1), pp. 453-465. 2012.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA JARDIM, A. "Punitivismo e Estado Democrático de Direito são incompatíveis e se excluem". **Diário do Centro do Mundo**. 2018. Disponível em:

<https://www.diariodocentrodomundo.com.br/punitivismo-e-estado-democratico-de-direito-sao-incompativeis-e-se-excluem-por-afranio-silva-jardim/>. Acesso em: 13 de nov. 2019.

SILVA, M. L. C. A Maternidade atrás das grades: Narrativas Processuais. ITCC – Instituto Terra, Trabalho e Cidadania. 2016. Disponível em: <http://ittc.org.br/maternidade-atras-grades-narrativas-processuais/>. Acesso em: 21 de nov. 2019.

SOARES, I. R.; CENCI, C. M. B.; OLIVEIRA, L. R. F. Mães no cárcere: percepção de vínculo com os filhos Mothers de mulheres encarceradas em todo o território nacional. **Estudos e Pesquisas em Psicologia**. Rio de Janeiro, v. 16, p. 27-45, 2016.

SOARES, B. M.; ILGENFRITZ, I. **Prisioneiras: vida e violência atrás das grades**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SPINDOLA, L. S. A mulher encarcerada no sistema penal brasileiro: a busca de soluções para as especificidades do gênero feminino no tocante à maternidade. Brasília: **Instituto Brasiliense de Direito Público**, 2016. 29f.

STELLA, C. O impacto do encarceramento materno no desenvolvimento psicossocial dos filhos. **Educare - Revista de Educação**, v. 4, n. 8, p. 99-111, 2009.

TAVARES, J. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VALENTE, D. L.; HADLER, O. H.; COSTA, L. B. Por uma clinica cartográfica: a experiência da maternidade em mulheres em privação de liberdade. **Revista de Psicologia da IMED**, v. 4, n. 2, p. 681-691, 2012.

VARELLA, G.; MOURA, M.; AMORIM, D. No Brasil, filhos de mães encarceradas já nascem com direitos violados. **Revista Época**. 2017. Disponível em: <https://epoca.globo.com/brasil/noticia/2017/12/no-brasil-filhos-de-maes-encarceradas-ja-nascem-com-direitos-violados.html>. Acesso em: 21 de nov. 2019.

WACQUANT, L. A aberração carcerária à moda francesa. **Dados**, v. 47, n. 2, p. 215-232, 2004.

ZAFFARONI, E. R. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 169-170.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZIMERMANN, D. **Vocabulário contemporâneo de psicanálise**. Porto Alegre: Artmed. 2001.