

CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL UNINTER

**A MATERNIDADE NO CÁRCERE: PROBLEMÁTICAS E POSSIBILIDADES NA
PRISÃO PREVENTIVA.**

**CURITIBA
(2020)**

CRISTIANE GOULART PERTILE

**A MATERNIDADE NO CÁRCERE: PROBLEMÁTICAS E POSSIBILIDADES NA
PRISÃO PREVENTIVA.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito à obtenção do título de Bacharel
no Curso de Direito promovido pelo Centro
Universitário Internacional - UNINTER

Orientanda (o): Cristiane Goulart Pertile
Orientador (a): Paulo Silas Taporosky Filho –
Mestre em Direito pela Universidade
Internacional (UNINTER)

Curitiba
Abril de 2020

RESUMO

A maternidade na instituição prisional, é ambígua, de risco e sujeita a todos os efeitos que derivam da privação de liberdade. A normatização penal, a cruel situação de mães e filhos no cárcere diante da falta de estrutura e de políticas públicas, maculam a maternidade. Com efeito, verifica-se a vulnerabilidade do infante diante de todas estas exposições ademais, causam grandes danos psicossomáticos ao longo de sua vida, visto que, as prisões não foram elaboradas para a convivência e desenvolvimento emocional de uma criança. Assim, vislumbra-se um Estado despreparado, que superlota presídios e não cria soluções para o problema, banaliza o valor da maternidade, e revela uma delicada relação entre os direitos da criança e alei, violando direitos fundamentais. Faz-se mister, revisar a legislação e garantir alternativas para o encarceramento destas mães, assegurando a efetividade das normas penais e amenizando o estigma causado pela prisão aos filhos.

Palavras-chave: Mulheres; Prisão; Estigma; Cárcere.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	05
2. A PENA ALÉM DO APENADO E A SUA INTRANCENDÊNCIA.....	07
2.1 A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INTRANCENDÊNCIA NAS PENAS.....	11
3. A MATERNIDADE NO CÁRCERE.....	13
4. A SUBJETIVIDADE DAS DECISÕES.....	19
4.1 DA INSEGURANÇA JURÍDICA.....	22
5. A SUBSTITUIÇÃO DA PENA RESTRITIVA DE LIBERDADE POR PRISÃO DOMICILIAR.....	24
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	30
7. REFERÊNCIAS.....	32

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho versa sobre a clausura, a separação compulsória das mães, e suas limitações de decisão sobre seus filhos, demonstrando formas diferenciadas de exercer a maternidade.

Ressalta-se que tal medida, gera uma verdadeira sobre pena causando marcas profundas, rupturas emocionais e a drástica destituição do poder familiar. Ainda, a vulnerabilidade, a exposição ao sofrimento psíquico e moral maculam a maternidade, levando-se em consideração que os fatores biopsicossociais influenciam diretamente o desenvolvimento da maternidade, fazendo-se mais evidente a falta de políticas públicas para a resolução eficaz do problema.

Com efeito, percebe-se conforme resolução da ONU sobre a inconstitucionalidade dos presídios brasileiros, principalmente os femininos, a falta de estrutura para custodiar gestantes e mães no período do puerpério. Vislumbramos um Estado despreparado, que tipifica condutas, superlota presídios e não cria políticas públicas necessárias.

Nesta mesma toada, banaliza a criação e o valor da maternidade e demonstra a delicada relação dos direitos do infante e a lei. Resta claro, a necessidade em tratar dos direitos fundamentais das crianças, das regras para mulheres presas conforme instituídas pela ONU (Bangkok), e também, do estigma social imputado mediante ao apelo repressivo e suas trágicas consequências vividas como uma ferramenta poderosa de exclusão social.

O Habeas Corpus Coletivo 143.641, impetrado pelos Advogados e Defensores em Direitos Humanos, foi um marco importante no que tange a garantia dos direitos das crianças, sendo permitida a convivência com a mãe através do benefício da prisão domiciliar, tão relevante neste estudo¹.

¹ Em novembro de 2015, as integrantes do Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos (Cadhu) construíram um habeas corpus coletivo em favor de todas as mulheres encarceradas no Brasil.

Assim, este estudo busca por analisar as condições das reclusas gestantes e as consequências desta maternidade durante o período prisional para mãe e filho. Ainda, visa demonstrar a necessidade de tornar o ambiente prisional menos hostil, favorecendo um relacionamento menos traumático para mães e filhos diante de tamanha realidade, impulsionando assim o fortalecimento dos laços afetivos e familiares.

2. A PENA ALÉM DO APENADO E A SUA INTRANCENDÊNCIA

O princípio da intrancendência da pena é um dos critérios principiológicos básicos do direito penal, ao considerar a necessidade que a pena não pode passar da pessoa do indivíduo, por tratar-se de um mandamento constitucional nesse sentido.

Com efeito, colacionamos os artigos 5º, XLV da Constituição Federal, ou titulado como princípio da intranscendência, bem como o artigo 5º, III, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), os quais preceituam que a pena não pode ir além do agente violador da norma incriminadora².

Embora consagrado o texto constitucional, e defendido por muitos doutrinadores, verifica-se que os efeitos da pena sempre atingem à terceiros. É sabido, que os familiares dos condenados e seus filhos são os principais atingidos, pois cumprem uma sobre pena em paralelo juntamente com os pais.

Nesse sentido “a pena é um medida de caráter estritamente pessoal, em virtude de consistir numa ingerência ressocializadora sobre o apenado”.³ É visível, que o direito não protege aqueles indivíduos quais sejam os familiares do condenado, o que passa ser um problema invisível ao Estado, e que em larga escala prejudica o desenvolvimento social e psicológico dos atingidos.

² SILVA, Winicius Faray da. **O princípio da individualização da pena sob uma perspectiva constitucional e penal.** – Disponível em: < <https://juridicocerto.com/p/winicius-faray-da-s/artigos/o-principio-da-individualizacao-da-pena-sob-uma-perspectiva-constitucional-e-penal-2803>> - Acesso em: 03/04/2020

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique; Manual de Direito Penal Brasileiro. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Levando em consideração que fazemos parte da terceira maior população carcerária do mundo, podemos entender que muitos são abarcados pela tamanha falta de efetividade na aplicação do princípio da pessoalidade e da intrancendência da pena⁴.

Ainda, é necessário limitar a ação penal entre o ciclo afetivo dos terceiros que compreendem as relações dos reclusos, pois tem suas vidas tomadas de preconceito e distanciamento social, dada as circunstâncias que permeiam em razão da sua proximidade ou familiaridade.

Historicamente, verificamos a evolução da necessidade de estabelecer políticas penais que reduzissem a crueldade aplicada aos detentos, voltadas para uma individualização da pena, em face aos direitos do indivíduo⁵.

A constituição cidadã, trouxe uma série de princípios garantidores de direitos, seguindo valores supremos tais como liberdade, justiça e igualdade. Sabemos que o Estado tem o dever/poder de aplicar sanções legais necessárias, desde que dentro dos princípios constitucionais. Ademais, avaliando o caso de cada indivíduo, será aplicado a pena justa como preceitua o princípio da individualização da pena, sem que passe da pessoa do condenado⁶.

Nesse sentido, quanto ao rol de direitos individuais:

A constituição brasileira de 1988 no rol dos direitos individuais no seu art. 5.º trouxe à lume importantes exigências que o Estado, no desenrolar de sua função punitiva, há de observar sob pena de desrespeitar a dignidade da pessoa humana. O princípio, sendo reitor e elemento de interpretação, não só da

⁴ SILVA, Glayce Kelly Gomes Goncalves da. **O Sistema Carcerário Brasileiro e sua Ineficiência quanto aos fins da pena.** – Disponível em:< <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10272/O-sistema-carcerario-brasileiro-e-sua-ineficiencia-quanto-aos-fins-da-pena>> - Acesso em: 03/04/2020

⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** São Paulo: Hemus, 1993.

⁶ SILVA, Winicius Faray da. **O princípio da individualização da pena sob uma perspectiva constitucional e penal.** – Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/winicius-faray-da-s/artigos/o-principio-da-individualizacao-da-pena-sob-uma-perspectiva-constitucional-e-penal-2803>> - Acesso em: 03/04/2020

Constituição, mas das normas infraconstitucionais, deve ser aplicado integralmente no processo penal brasileiro⁷.

Beccaria, em sua consagrada obra “Dos Delitos e das Penas”, fala brilhantemente das marcas em que as pessoas carregam de infâmia e preconceito, seguindo sacrificadas pelos traços das circunstâncias e seus efeitos, visto que muitas vezes as atitudes veladas não deixam marcas, porém causam resultados devastadores⁸.

A pena em si para o detento já é longa e rigorosa, tais verdades são sentidas e vividas por aqueles acometidos de tal situação. Neste contexto, é preciso considerar que de fato os familiares tornam-se reféns do preconceito social, até mesmo dentro da própria família, os quais também efetuam seus julgamentos⁹.

Faz-se mister ressaltar, que o princípio da intranscendência ou da personalidade conforme também conhecido, surge com a finalidade de assegurar que o mandamento constitucional seja cumprido. Ainda, assegura que ninguém venha ser responsabilizado, ou venha ser atribuída carga condenatória a quem não tenha cometido ou colaborado para realização de um delito¹⁰.

Não obstante, devemos lembrar que tal princípio é tratado de forma diferenciada no âmbito civil, que prevê a possibilidade de extensão do dano a terceiros, sendo que na esfera penal isso não é possível. Além do que, não é justo que outros

⁷ VALE, Ionilton Pereira do. **O princípio da individualização da pena como expressão da dignidade da pessoa humana.** Revista dos Tribunais, vol. 871/2008. p. 459-469.

⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** São Paulo: Hemus, 1993.

⁹ CARPANEZ, JULIANA. Somos consideradas cúmplices: Como é a vida das mães de filhos presos. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/05/13/maes-de-presos.htm>> Acesso em 03/04/2020.

¹⁰ SILVA, Winicius Faray da. **O princípio da individualização da pena sob uma perspectiva constitucional e penal.** – Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/winicius-faray-da-s/artigos/o-principio-da-individualizacao-da-pena-sob-uma-perspectiva-constitucional-e-penal-2803>> - Acesso em: 03/04/2020

paguem por erros que não sejam seus, tal pretensão é horrenda trazendo uma ideia de impunidade que fere preceito fundamental.

Corolário lógico previsto no artigo 13 do Decreto-Lei nº 2848/1940:

Art. 13 – o resultado de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido¹¹.

Salienta-se que embora muitas vezes não tenham relação com os crimes realizados pelo condenado, os constrangimentos causados aos amigos e familiares vão além dos fatores emocionais e econômicos, são atribuídos desgastes e segregação mediante situações vexatórias que são submetidos provenientes das relações sociais.

Não se pode negar, que há uma necessidade profunda de conscientização da sociedade em geral, faticamente, a pena não afeta só o condenado e sim a todos que fazem parte de sua vida.

Reitera-se aqui, ainda que não sofram punição física, as mazelas deixadas pela repulsão social, causam uma sobre pena aos familiares e a terceiros, deixando claro que os efeitos da pena, transcendem aos envolvidos¹².

Salienta-se que tais efeitos ocorrem antes, durante e depois do processo, pois passam os familiares pelo constrangimento da desconfiança tais como se participaram ou não do crime, se sabem ou não da realidade dos fatos ocorridos, dentro de um mundo de especulações e sobrecarga emocional e física também.

Segundo Aury Lopes Jr., além da pena não poder passar do apenado, não pode também passar a acusação da pessoa do imputado. Assim, acusação está limitada à autoria, coautoria e participação, e não havendo vínculo concursal, não há que se falar de transcendência¹³.

¹¹ CUNHA, Leandro. **Se a personalidade das penas é axioma penal do mundo jurídico, no mundo dos fatos tal princípio encontra-se mitigado.** – Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/77320/da-capciosaintranscendencia-da-pena> > - acesso em: 03/04/2020.

¹² FOUCAULT, MICHEL. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão.** São Paulo: Editora Vozes, 42ª ed. 2014

¹³ JUNIOR, A. L. **Direito processual penal.** 16ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 206p.

Trata-se de uma lógica em saber se há ou não criminoso, se houve ou não um fato transgredido. Ademais, condenado, a pena tem a finalidade de retribuição decorrente do fato violado tipificado pela lei.

Os reflexos da prisão são experiência para muitas famílias. São pessoas esmagadas pela violenta realidade que vivem em paralelo com seus familiares e entes queridos, os quais cumprem muitas vezes com tamanha intensidade a pena a eles atribuída¹⁴.

2.1 A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA NAS PENAS

Não obstante, o princípio da intranscendência se faz presente na aplicabilidade das penas sejam elas privativas de liberdade, restritivas de direitos ou de multa (art. 32 CP).

Conforme Bitencourt, a pena deve ser individualizada em cada caso concreto, segundo a culpabilidade do infrator, dentro de um contexto de personalidade não passando além dele próprio, dentro dos limites da culpabilidade sendo proporcional, e ainda atendendo critérios de humanidade, com sanções que não atinjam a dignidade da pessoa humana ou lesionem a constituição físico-psíquica do condenado.¹⁵

Nesse interim, vamos nos ater em específico nas penas privativas de liberdade:

A partir do momento em que ocorre a ruptura social e segregação, os familiares e entes queridos passam a perceber e conviver com o novo mundo imposto ao condenado, e acabam vivendo uma realidade cruel em paralelo.

Primeiramente, são obrigados sujeitar-se a dinâmica carcerária de acesso, cuidados e lapso temporal. As limitações de acesso e as situações vexatórias as quais

¹⁴ SILVA, Winicius Faray da. **O princípio da individualização da pena sob uma perspectiva constitucional e penal.** – Disponível em: < <https://juridicocerto.com/p/winicius-faray-da-s/artigos/o-principio-da-individualizacao-da-pena-sob-uma-perspectiva-constitucional-e-penal-2803>> - Acesso em: 03/04/2020

¹⁵ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Código Penal Comentado.** 9ª ed. Saraiva, 2015.

se submetem ao visitá-los, demonstram a miserabilidade que tal condição impõe e que obriga à terceiros ainda que nada tenham colaborado com a presente situação¹⁶.

A lastimável condição inevitavelmente se projeta nos entes mais próximos, são rotulados como mãe, pai, família, amigos de “bandido”, e os constrangimentos ultrapassam as paredes do presídio.

Nesse sentido, Juarez Cirino aborda em seu livro: *A Criminologia Radical*, as relações dentro de um contexto social e suas consequências, e faz uma crítica à uma sociedade rotulacionista que oprime e marginaliza diante de tamanha desigualdade de classes¹⁷.

Sabemos que as prisões são fábricas de delinquência, o que ressalta o dito por Foucault em seu livro “*Vigiar e Punir*”, são grandes fracassos da justiça penal e laboratórios de violência e revolta¹⁸.

Dito isto, verificamos que a necessidade de humanização no sistema carcerário ou nas tratativas de apoio aos familiares dos detentos, é de essencial importância para amenizar os impactos causados pela transcendência da pena em suas vidas.

Toda a relevante problemática que envolve tal tema, e a precariedade de medidas que atenuem tais impactos, acarretam desdobramentos que muitas vezes deixam sequelas permanentes na vida dos envolvidos. Ainda, abrange às sujeições de um sistema que tem uma ideologia capitalista em face de uma política preconceituosa e separatista.

Desta forma, ainda que sofram os familiares e amigos com os reflexos do encarceramento do condenado, e com as mazelas causadas por tal condição seria uma

¹⁶ CARPANEZ, JULIANA. Somos consideradas cúmplices: Como é a vida das mães de filhos presos. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/05/13/maes-de-presos.htm>> Acesso em 03/04/2020.

¹⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical**. 3. ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2008.

¹⁸ FOUCAULT, MICHEL. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. São Paulo: Editora Vozes, 42ª ed. 2014

violação principiológica da Constitucional Federal, se pudesse passar a pena além do condenado¹⁹.

O princípio da intranscendência portanto, deve ser considerado como um direito fundamental protegido pelo Estado, pois transcendendo a pena teremos um retrocesso e uma falência completa do sistema penal. Ressalta-se que se não houvesse essa previsão, muitas pessoas pagariam por crimes não realizados que acarretariam consequências gravíssimas tendo em vista uma possibilidade absurda²⁰.

Por fim, no que tange as relações de intranscendência da pena, verifica-se que há tamanha incompatibilidade entre os preceitos fundamentais e a possibilidade de a pena ir além do condenado, mesmo que seus reflexos tenham esse alcance.

3. A MATERNIDADE NO CÁRCERE

Não temos como falar do tema sem antes discorrermos brevemente sobre a maternidade, pois trata-se de um marco na vida das mulheres onde suas prioridades mudam e a partir de então, nunca mais deixarão de ser mães.

Num contexto histórico, verificamos que somos inseridas numa sociedade patriarcal onde o homem sempre foi considerado o provedor, e a mulher a principal responsável pelas atividades da casa e da educação dos filhos. Ou seja, ainda perpetuamos a sujeição das mulheres, marcadas pela intolerância e fanatismo frente a subjugação de um sexo ao outro²¹.

¹⁹ BRASIL. Constituição Federal Brasileira. São Paulo: Rideel, 2015.

²⁰ SILVA, Winicius Faray da. **O princípio da individualização da pena sob uma perspectiva constitucional e penal.** – Disponível em: < <https://juridicocerto.com/p/winicius-faray-da-s/artigos/o-principio-da-individualizacao-da-pena-sob-uma-perspectiva-constitucional-e-penal-2803>> - Acesso em: 03/04/2020

²¹ MILL, JOHN STUART. **A Sujeição das Mulheres.** Ed. Saraiva. 2006

O fato de sermos potencialmente mães, não significa que tenhamos capacidade inferior ou que não possamos exercer a habilidade de fazermos nossas escolhas, de forma consciente dentro de nossas vontades. Apesar de termos leis precedentes, ainda não atingimos a igualdade no direito material frente a tantas coisas, recebemos 24% menos que os homens, e 48% das mulheres negras trabalham de forma informal²². Muitas vezes, nos vemos avaliadas pela letra fria da lei, sem levar em consideração todo o lado sociológico diante de um déficit de compreensão que nega e aniquila os gêneros principalmente dentro dos presídios.

Dito isto, verificamos que para algumas mulheres não existe maior alegria serem mães, para elas essa condição remete proteção, recomeço, perpetuação da família, dos laços que os unem, significa sacrifício, superação, entre tantos outros adjetivos que poderiam ser citados como definição de maternidade.

Entretanto, para outras que não tiveram a oportunidade de escolher tal estado, aquelas que foram tolhidas de uma preparação pelos mais variados motivos, ser mãe tem um outro sentido.

Vislumbramos tais situações percorridas brilhantemente pela autora Nana Queiroz em sua obra *Presos que Menstruam*, publicação que norteia este trabalho e demonstra a brutal vida das mulheres tratadas como homens nas prisões brasileiras²³.

Como enfrentar tamanho desafio dentro de uma cela? Ainda que não seja sua escolha, que não se queira tal estado, e mesmo que posteriormente não fique com a criança, quem passa por todas as fases da gestação, mudanças de corpo, hormonais, conceituais, e que acompanha o desenvolvimento mesmo que só vendo a barriga crescer é a mulher.

Diante de todo esse turbilhão de mudanças que ocorre enquanto gestante, só quem é mãe consegue compreender de fato tamanha dimensão em suportar tudo isso dentro de uma prisão. Sabemos que em geral, a grande maioria submetida ao cárcere são mulheres jovens, mães, com baixa escolaridade e principais responsáveis pelo sustento de suas famílias, fazendo parte estatisticamente do trabalho informal.

²² MILL, JOHN STUART. **A Sujeição das Mulheres**. Ed. Saraiva. 2006

²³ QUEIROZ, NANA. **Presos que Menstruam**. Ed. Record Ltda. 2015.

A maternidade na instituição prisional, é ambígua, de risco e vulnerável a todos os efeitos que a privação pode alcançar, varia entre o extremo excesso do convívio ainda que degradante enquanto a mãe está com o filho, até a separação compulsória e a drástica ruptura.

Em um dos trechos do Livro *Presos que Menstruam*, mostra-se clara a lacuna que é deixada nessa separação, e que os danos causados muitas vezes podem ser irreversíveis e vão muito além do abandono material, há a ruptura psicológica e afetiva tão significativa quanto qualquer outra:

...Depois de quase seis anos, era a primeira vez que Safira podia fazer o café da manhã dos dois filhos — um de seus desejos imediatos na sua primeira saída do presídio no regime semiaberto. Colocou os copos na mesa, sorridente. Um dos meninos olhou aquilo com estranheza. — Mas você não sabe, mãe, que a gente não toma café, só toma Toddy?

“Eu não conheço meus filhos. Eu sou assim: eles sabem que eu sou a mãe deles, mas praticamente sou uma desconhecida. Além de eu ter que me adaptar às coisas que eu perdi todo esse período que estive presa, eu tenho que aprender a conhecer os MEUS filhos”, pensou.²⁴

Nesse contexto, se encontram milhares de mulheres que se deparam com uma realidade paralela a qual estavam inseridas. Mães que viviam as agruras e dissabores da prisão, dentro de uma vida cruel, sem estrutura e de selvageria, enfrentando as dificuldades de uma rotina violenta e desrespeitosa. Ao se ver novamente dentro de um contexto social, de família sentem-se perdidas, deslocadas e totalmente despreparadas para enfrentar esse novo momento em frente as sequelas causadas pela separação e distância dos filhos²⁵.

De tal modo, atentemo-nos ao período de reclusão onde as mazelas do sistema prisional vão desde a parte estrutural, até as mais variadas violações dos direitos das mulheres presas, e em específico: a maternidade.

Inicialmente, até o ano de 2017 quando foi sancionada a Lei 13.434, a qual proíbe o uso de algemas durante o trabalho de parto, haviam muitos casos de mulheres em tal situação, mesmo havendo resolução do Conselho Nacional de Política Criminal e

²⁴ QUEIROZ, NANA. **Presos que Menstruam**. Ed. Record Ltda. 2015.

²⁵ SANTOS, RAQUEL COSTA DE SOUZA. **Maternidade no Cárcere: Reflexões Sobre o Sistema Penitenciário Feminino**. 2011. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2011.

Penitenciária (CNP/CP) 2012, e Súmula do Supremo Tribunal Federal. Em uma pesquisa realizada pela fundação Oswaldo Cruz em 2015, verificou-se que entre 200 presas grávidas, 35% delas permaneciam algemadas durante o parto, sendo uma temeridade e um abuso ferindo vários direitos constitucionais, principalmente o da dignidade da pessoa humana²⁶.

Tanto o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em seus artigos 8º, 9º e parágrafos²⁷, quanto a Lei de Execução Penal (LEP) especificamente em seu artigo 14º e parágrafos²⁸, preveem o direito à assistência à saúde da mulher, da gestante e de seus filhos nascidos nos estabelecimentos prisionais, que em sua maioria não tem o acompanhamento pré-natal, sendo portadoras de doenças transmissíveis as quais acabam por descobrir somente no nascimento da criança, trazendo riscos ao bebê.

É incontestável que a detenta tenha direito a assistência à saúde para acompanhamento gestacional, e o mínimo de acesso a produtos essenciais de higiene. Ainda, que tenha uma alimentação correta visando o bem-estar tanto dela quanto da criança. Entretanto, sabemos que na realidade não é isso que ocorre, a falta de um suporte e de condições para comportar presas gestantes acarretam uma série de problemas, trazendo riscos tanto para mãe, quanto para a criança.

O sistema prisional é regido por um modelo masculino, modo pelo qual pressupõe-se necessária a efetiva utilização do Princípio da Igualdade, onde pessoas

²⁶ CNJ, Conselho Nacional de Justiça. AGEPEN, Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário. CNJ divulga dados nacionais sobre detentas gestantes e lactantes. Disponível em: <https://www.agepen.ms.gov.br/cnj-divulga-dados-nacionais-sobre-detentas-gestantes-e-lactantes/> Acesso em: 04 de maio de 2020.

²⁷ Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em 04 de maio de 2020.

²⁸ Lei de Execuções Penal de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em 04 de maio de 2020.

colocadas em situações diferentes sejam tratadas de forma desigual²⁹. Assim, reconhecendo então, a vulnerabilidade feminina e de sua prole, num ambiente hostil e sem a menor condição de hospitalidade e desenvolvimento materno-infantil.

Nessa toada Nery Junior, preceitua:

“Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”³⁰

As mulheres que vivem no ambiente prisional enquanto mães, sofrem uma verdadeira sobre pena, ao se deparar tanto em ter que deixar seus filhos para cumprir sua pena, ou ter que se separar após o período delimitado para a permanência deles em sua companhia. O rompimento de forma abrupta da mãe e da criança sem qualquer tipo de adaptação ou preparo implica em uma série de desdobramentos para ambas as partes.

A quebra do vínculo afetivo obriga o desenvolvimento de mulheres sobreviventes, que lutam diante dos maus tratos, das agruras prisionais, e da dureza de uma realidade penosa, que abarca a vida de seus filhos já nascidos como sobra e com sequelas não só físicas, contudo, amplamente emocionais.

Tamanha relevância tem a questão da maternidade e amamentação no ambiente prisional, que existem normas internacionais conhecidas como as Regras de Bangkok. Tais regras visam regular o tratamento das mulheres encarceradas propondo formas mais humanas de tratamento em suas necessidades específicas, tendo em vista ser inevitável que tal momento ocorra fora do ambiente prisional³¹.

²⁹ Associação Nacional dos Analistas Judiciários da União. Princípio Constitucional da Igualdade. Disponível em: <https://anajus.jusbrasil.com.br/noticias/2803750/principio-constitucional-da-igualdade>, Acesso 05 de maio de 2020.

³⁰ JUNIOR, NERY. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 5ª Ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais; 1999. Pg 42.

³¹ ONU. Regras de Bangkok. Adotada pela Assembleia Geral em 16/03/11. Resolução A/RES/65/229. p.10 Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf> Acesso em: 03/10/ 2016

Com efeito, não se contestam as limitações de direitos ocorridas com a prisão, entretanto, faz-se mister assegurar que aqueles pertinentes a dignidade da pessoa humana, assim como sua integridade física e psíquica, sejam garantidos.

É notório que estando privada de liberdade e cumprindo pena, as condições impostas a mãe repercutem diretamente nos filhos que juntamente permanecem no cárcere. Factível é a implicação da grave violação a direito fundamental, ferindo diretamente o princípio da intranscendência da pena³² nos termos do artigo 5º, XLV, da Constituição Federal Brasileira.

Para as mães do cárcere, seus filhos uma vez nascidos ou não dentro do sistema prisional, serão estigmatizados e terão seu desenvolvimento, sonhos e uma trajetória totalmente diversa, de um crescimento adequado à uma criança comum. Envoltas num mar de hormônios e sentimentos aflorados, evidenciam-se as máculas da prisão. Visualiza-se o alto preço social que o acautelamento judicial traz aos filhos do cárcere, prejuízos estes, que são potencializados pela falta de garantias nos direitos das mulheres e crianças, e nos desdobramentos drásticos psicoemocionais, sociais, materiais, e físicos, daqueles que já nascem com sua liberdade roubada.

Podemos dizer que o sistema prisional “rouba vidas”, estigmatiza e fere direitos fundamentais em larga escala, visto que, não foi preparado para acolher mulheres, muito menos sendo elas puérperas, gestantes, e mães de recém-nascidos.

Entretanto, aonde está a falha?³³ Os fetos, as crianças, os filhos têm suas garantias fundamentais protegidas, o direito à vida, e a liberdade devem ser assegurados. Como lidar com tamanha aparente falta de lógica? Temos um princípio consagrado em nossa carta magna, garantindo direitos fundamentais, e, no entanto, são os filhos

³² BAPTISTA, MICHELLY RIBEIRO. LAROUZÉ, BERNARD. SIMAS, LUCIANA. VENTURA. MIRIAM. **A jurisprudência brasileira acerca da maternidade na prisão.** Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322015000200547&script=sci_arttext . Acessado em 10 de maio de 2020.

³³ **Grávida Presa: inconstitucionalidade** – Professor Dr. André Peixoto de Souza – Canal Ciências Criminais – Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/gravida-presa/> Acesso em: 09/10/2020.

menores, aqueles que se encontram no ventre, aqueles que nascem em situação de prisão, que estão vinculados a condição de opróbio da mãe.

4. A SUBJETIVIDADE DAS DECISÕES

É visto que o judiciário potencializa os crimes realizados por mulheres gestantes. Reitera-se aqui, a visão da sociedade patriarcal tratada no parágrafo anterior que atribui a mulher como menos merecedora de proteção e benefícios, uma vez que deslegitima a maternidade.

O cunho moral predominante nas instâncias inferiores, e a subjetividade dos magistrados nas decisões pertinentes as mães, deixam margem para averiguar, se os critérios estabelecidos são devidamente aplicados de forma objetiva, independentemente da condição de ser mulher e do crivo social³⁴.

Para Foucault, nas relações entre dominadores e dominados que envolvam forças múltiplas, as instituições, a família, e grupos restritos servem de suporte ao ideal do conjunto social. “As grandes dominações são efeitos hegemônicos continuamente sustentados pela intensidade de todos estes afrontamentos”.³⁵

Ainda, Beccaria ressalta sobre a necessidade de não haver critérios discricionários para aplicação da pena na medida certa.³⁶ A sujeição aos abusos do sistema prisional, levam a pensar em litígios estratégicos que tragam uma consciência social e demonstrem a falta de dignidade humana, de garantias mínimas de direitos humanos para essas mulheres-mães e seus filhos.

³⁴ Agência Brasil. **Pesquisa Mostra que gestantes presas não conseguem prisão domiciliar**. Setembro de 2019. Disponível em: < ><http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitoshumanos/noticia/2019-09/pesquisa-mostra-que-gestantes-presas-nao-conseguemprisao>> Acesso em: 27 setembro 2019

³⁵ FOULCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Rio de Janeiro, Graal, 1988

³⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Hemus, 1993.

Nesse sentido, decidiu o STF por maioria dos votos pelo Habeas Corpus (HC143641) para 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)³⁷.

As defesas realizadas pelos Defensores Públicos frisaram sobre a indignidade, a violência prisional, a violação dos direitos humanos e o afastamento da criança da vida regular. A Lei da Primeira Infância determina a liberdade provisória ou prisão domiciliar para gestante, lactante ou mãe de criança deficiente ou até 12 anos que não responda sobre crime violento ou praticado sob forte ameaça³⁸.

Entretanto, sabemos que não há efetividade na decisão do STF, muitos juízes negam subjetivamente pautados em convicções pessoais. É preciso transpor a cultura judicial de encarcerar para fazer Justiça ainda que para acautelar, pois há um preço social muito grande para as crianças, os Filhos do Cárcere. São eles que sofrem em paralelo as máculas da prisão, tem sua infância roubada, vivem em condições terríveis, convivem com o perigo sem qualquer amparo e ainda traumáticamente são arrancados de suas mães trazendo revolta, desespero e indignação pela política aplicada no sistema prisional brasileiro.

Em recentes pesquisas realizadas pelo ITTC – Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, constatou-se uma forte resistência do judiciário para aplicar a prisão

³⁷ BLUM, JOÃO CONRADO. OLIVEIRA, BRUNA MAYARA. **O HC coletivo para presas grávidas e mães: críticas à recente decisão do STF.** Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI276149,81042O+HC+coletivo+para+presas+gravidas+e+mães+criticas+a+recente+decisao>> Acesso em: 28 setembro 2019.

³⁸ BLUM, JOÃO CONRADO. OLIVEIRA, BRUNA MAYARA. **O HC coletivo para presas grávidas e mães: críticas à recente decisão do STF.** Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI276149,81042O+HC+coletivo+para+presas+gravidas+e+mães+criticas+a+recente+decisao>> Acesso em: 28 setembro 2019.

domiciliar, visto em três momentos do processo: audiência de custódia, processo de instrução e processos que recorreram a tribunais superiores³⁹.

Constatou-se que o judiciário potencializa os crimes das detentas gestantes, ou seja, cometer um crime gestante torna-se mais grave do que infringir a lei, visto que deslegitima a maternidade e a faz menos merecedora de proteção ou benefício.

No âmbito dos três momentos apresentados, somente na instância superior houve maior efetividade na substituição da pena. Cabe ressaltar, que nesta as especificidades como raça, cor, classe, não aparecem, o que nos leva a pensar o forte cunho moral predominante nas instâncias inferiores.

Dito isto, verifica-se que as decisões passam por cima dos critérios objetivos estabelecidos por lei, para substituição da prisão preventiva por domiciliar. Os dados levantados constataram que 83,64% dos casos nas audiências de custódia tiveram o seu direito negado, e 80% não tiveram o benefício da prisão domiciliar entre a decretação da prisão preventiva e a sentença. Já nas cortes superiores 61,37% de casos foram concedidos, com taxa de negativas de 38,62%⁴⁰.

A falta de garantias e efetividade dos direitos das mulheres e das crianças no cárcere, bem como, a violação dos direitos humanos sofridos pelas reclusas e seus filhos trazem desdobramentos drásticos.

Ainda, verifica-se nitidamente a falta de visibilidade do Estado para o problema e de políticas públicas voltadas para esse segmento, que violam os direitos garantidos pela Constituição, bem como dos tratados internacionais.

É visto que o grau de insegurança jurídica viola o Estado Democrático de Direito, ou seja, não podemos submeter às mães e os filhos em cárcere em uma loteria,

³⁹ Agência Brasil. **Pesquisa Mostra que gestantes presas não conseguem prisão domiciliar.** Setembro de 2019. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitoshumanos/noticia/2019-09/pesquisa-mostra-que-gestantes-presas-nao-conseguemprisao>> Acesso em: 27 maio 2020.

⁴⁰ Agência Brasil. **Pesquisa Mostra que gestantes presas não conseguem prisão domiciliar.** Setembro de 2019. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitoshumanos/noticia/2019-09/pesquisa-mostra-que-gestantes-presas-nao-conseguemprisao>> Acesso em: 27 maio 2020.

onde dependendo a Vara Criminal que passe, responderá em casa ou encarcerada, o que de fato demonstra instabilidade jurídica, incoerência e subjetividade das decisões.

Destarte, que as decisões devem ser pautadas na integridade e coerência do Direito. É preciso avaliar até que ponto as convicções pessoais dos magistrados influenciam nas decisões, a ponto de extrapolar os limites da lei⁴¹.

Diante das mais diversas influências de formação, e jurídica, verificamos as mais variadas decisões para situações semelhantes. Corroboram as palavras do desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná:

Em vez de alguns julgadores buscarem o Direito para encontrar a solução, eles buscam a solução – dentro daquilo que entendem como Justiça – para depois buscarem o Direito”, constata o professor de Direito Constitucional da UFPR, Emerson Gabardo, um dos pesquisadores envolvidos no estudo⁴².

Acentua ainda o desembargador que se trata de um paradoxo, pois a utilização dos princípios trouxe decisões formalmente objetivas e materialmente não, o que traz consequências na interpretação e aplicação das leis e normas e ideologias utilizadas pelo magistrado. Contudo, imprescindível se faz apreciar a importância dos princípios e suas aplicações.

4.1 DA INSEGURANÇA JURÍDICA

Quando somos chamados em nossa vida diária para resolver situações de conflitos, nos deparamos diante de acontecimentos que requerem postura aos fatos apresentados, como se fossemos juízes em frente ao caso concreto.

⁴¹ CONJUR. **Ideologia Pessoal Define Decisões de Juízes, diz Estudo.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jul-06/ideologia-pessoal-define-decisoes-juizes-estudo-ufpr>> Acesso em: 28/05/2020

⁴² MOSER, SANDRO. **Como Julgam os Magistrados.** Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/como-julgam-os-magistrados-2jc9iq16ci7h6y7xwgf4561qm/> Acesso em: 28/05/2020

De tal forma, ao agirmos precisamos proceder com exatidão e racionalidade na resolução das controvérsias apresentadas em nosso cotidiano, e procurarmos permanecer distante de personalidades ou até mesmo de subjetividades que não garantam uma justa decisão diante da “verdade real”⁴³.

Tal tema traz à baila a importância da neutralidade do juiz, e que seus padrões sejam mais pautados e vinculados na formalidade da lei como mecanismo de segurança. Em uma universalidade de magistrados, que possuem formações distintas, cria-se uma insegurança jurídica muito grande nas mais variadas decisões dentro de um mesmo assunto⁴⁴. De tal forma, dentro deste universo, ao superlotarmos os estabelecimentos prisionais não diminuiremos a taxa de criminalidade, ou efetivamente iremos verificar que produzirão a ressocialização.

Na verdade, tal instituto demonstra o grande fracasso da justiça penal, e uma enorme fábrica de violência e revolta.

Nesse contexto, precisamos lembrar que para Foucault, as prisões não foram concebidas por razões humanitárias, e sim como forma de dominação e organização da sociedade. Ainda, para ele, a punição está mais relacionada ao poder, do que a tentativa de ressocialização. A punição não reduz a criminalidade e sim produz mais delinquentes e facções criminosas, dada vulnerabilidade e condições favoráveis para tais práticas⁴⁵.

⁴³ FATTORI, THIAGO ALESSANDRO. **Subjetividade e Processo Penal: Assumindo a Complexidade Ínsita à Decisão.** Julho-Agosto de 2013. Disponível em: <<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc5000001726a933054dc9816f8&docguid=l3a0264d0f5b411e280ea01000000000&hitguid=l3a0264d0f5b411e280ea01000000000&spos=1&epos=1&td=764&context=30&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em 27/05/2020.

⁴⁴ CONJUR. **Ideologia Pessoal Define Decisões de Juizes, diz Estudo.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jul-06/ideologia-pessoal-define-decisoes-juizes-estudo-ufpr>> Acesso em: 28/05/2020

⁴⁵ FOUCAULT, MICHEL. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão.** São Paulo: Editora Vozes, 42ª ed. 2014

*A mesma ordem que manda para a prisão o chefe de família reduz cada dia a mãe à penúria, os filhos ao abandono, a família inteira à vagabundagem e à mendicância. Sob esse ponto de vista o crime ameaça se prolongar*⁴⁶.

Diante de tal ótica vemos que a prisão é um duplo erro, tanto econômico no que tange ao custo de sua organização, quanto o desenvolvimento da delinquência que ela não reprime.⁴⁷

O que de fato deveria ser a *última ratio*, tornou-se algo comum (grifo meu). Dito isto, o fato da mulher ter infringido a lei não a faz menos merecedora da maternidade, ou ainda, que não tenha o direito de manutenção do seu vínculo com os filhos⁴⁸.

Dito isto, vivenciamos uma universalidade de mulheres que exercem a maternidade e possuem origens sociais, raciais, e culturais diferentes, mulheres que se encontram extremamente desamparadas de políticas públicas de direitos sociais. É necessário de fato que lhes permitam exercer a maternidade, sem que percam seu direito por estarem inseridas num contexto de pobreza, e de minoria de classes. E sobretudo, sejam protegidas das relações jurídicas e tenham confiança na legitimidade das teses e dos atos praticados em sua função, dentro da estabilidade das relações jurídicas e da proteção à confiança⁴⁹.

5. A SUBSTITUIÇÃO DA PENA RESTRITIVA DE LIBERDADE POR PRISÃO DOMICILIAR

⁴⁶ LUCAS, C. **De la reforme des prisons**. Vol. II, 1838, p. 64.

⁴⁷ Pesquisa feita em 1839 junto aos diretores de prisões centrais. FOUCAULT, MICHEL. P.261.

⁴⁸ Agência Brasil. **Pesquisa Mostra que gestantes presas não conseguem prisão domiciliar**. Setembro de 2019. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitoshumanos/noticia/2019-09/pesquisa-mostra-que-gestantes-presas-nao-conseguemprisao>> Acesso em: 27 maio 2020.

⁴⁹ BRABO, TÂNIA SUELY ANTONELLI MARCELINO BRABO (ORG.). **Mulheres, gênero e violência**. São Paulo: Editora Cultura Acadêmica, ed.2015.

O aumento significativo do encarceramento feminino e o visível problema da convivência materno afetiva, ensejou em movimentos sociais de mulheres associadas às novas legislações internacionais (ONU, 2010), para mudanças como a criação da lei 13.769/18, que trata da substituição da pena restritiva de liberdade em prisão domiciliar, concomitantemente às alterações do Código de Processo Penal e da LEP⁵⁰.

Ademais, por não haver relação das crianças com o crime realizado pelas suas genitoras, há uma grande necessidade do acompanhamento dentro dos estabelecimentos prisionais pelos Juízes da Vara da Infância e Juventude, cobrando e defendendo a dignidade dessas crianças e mães nas sombras obscuras de suas vidas no cárcere.

Com efeito, trata-se de tutelar direito fundamental de uma criança que cumpre uma sobre pena em paralelo, em condições precárias e sub-humanas, inserida em grupo vulnerável, tendo seus direitos suprimidos. Os abusos que sofrem as presas gestantes ou ainda, aquelas em período pós-parto, nos remete considerar o princípio da intervenção mínima (*ultima ratio*)⁵¹.

Destarte, se outras formas de sanções ou outros meios de controle social são efetivos para tutelar o bem lesionado, devem empregar-se estas e não as penas.

Isto posto, é preciso transpor a cultura judicial de encarcerar para fazer Justiça ainda que para acautelar, pois há um preço social muito grande para as crianças - Os Filhos do Cárcere.

Sabemos que a Constituição Federal é garantidora de direitos fundamentais a população carcerária, no que tange a amamentação, integridade física e moral, consoante aos artigos 5, incisos L, XLIX, artigos 6º e 7º, e demais artigos que preceituam

⁵⁰ SOUSA, JAQUELINE APARECIDA FERNANDES. **O Encarceramento sob a ótica do gênero: um debate acerca da invisibilidade das mulheres aprisionadas**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Minas Gerais – UFU, 2019.

⁵¹ AGUIAR, LEONARDO. **Princípio da Intervenção Mínima, Ultima Ratio**. Disponível em: <https://leonardoaaquiar.jusbrasil.com.br/artigos/333120482/principio-da-intervencao-minima>. Acessado em 20/06/2020.

resguardar a os direitos tanto das mães, quanto de seus filhos diante à negligência, violência, crueldade ou opressão (art. 227, CF)⁵².

A maioria das mulheres presas são acusadas de praticarem crimes sem violência, e relacionados ao uso de drogas. Conforme levantamento da Infopen em junho de 2017, no Brasil somente 14,2% das unidades prisionais possuíam espaço para gestantes e lactantes, totalizando 48 unidades com local apropriado para que a mãe custodiada permanecesse em contato com o filho recém-nascido e pudesse ofertar os cuidados necessários durante o ciclo da amamentação⁵³.

As reflexões trazidas no tocante a separação entre a mãe e filho em função do cárcere, repercutem situações voltadas ao contexto prisional e os abalos familiares causados, pois na sua grande maioria, quando o pai é preso as crianças continuam sendo cuidadas por suas mães, o que inversamente na prisão materna, somente 10% das crianças continuam sendo cuidadas pelos companheiros das mães⁵⁴.

Para o Professor Doutor André Peixoto de Souza em seu artigo Direito Penal e Marxismo, desenhando, “não é a consciência dos homens que determina o seu ser, mas, ao contrário, é o seu ser social que determina sua consciência”... O “bom” e o “mau” (socialmente construídos) também encontra (m) eco nesse reconhecimento. “Dentro do” e “fora do” cárcere são loci de identificação da consciência...tanto na fábrica quanto no

⁵² BAPTISTA, MICHELLY RIBEIRO. LAROUZÉ, BERNARD. SIMAS, LUCIANA. VENTURA. MIRIAM. **A jurisprudência brasileira acerca da maternidade na prisão.** Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322015000200547&script=sci_arttext . Acessado em 20 de junho de 2020.

⁵³ Brasil. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização Junho de 2017.** Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf> Acesso em: 20 agosto 2020.

⁵⁴ SIMAS, LUCIANA. VENTURA, MIRIAM. BAPTISTA, MICHELLY RIBEIRO. LAROUZE, BERNARD. **Jurisprudência Brasileira Acerca da Maternidade na Prisão.** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322015000200547&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 junho 2020.

cárcere (referência ao saudoso Prof. PAVARINI) as relações de poder e opressão e miséria se fazem presentes⁵⁵.

Nesse contexto, acentuamos o quão inconcebível é sujeitar crianças ao convívio materno dentro de um ambiente tão tóxico e prejudicial quanto o estabelecimento prisional. É sabido que a violência institucional é uma bomba social, que devolve à sociedade indivíduos capazes de cometer ainda mais delitos, dada situação de reclusão, proveniente do ambiente ao qual estão inseridas⁵⁶.

Sabemos que um dos pilares do Estado Democrático de Direito é a dignidade da pessoa humana, possuindo caráter universal, irrenunciável e com valor vital. Assim, se o Estado prevê constitucionalmente dispositivos que asseguram direito a maternidade e direitos à vida, dignidade e todos os elencados no artigo 227⁵⁷, da CF, não pode então privar a criança de tais direitos quando nega a conversão da prisão preventiva da mãe em domiciliar.

É mister, que sejam elaboradas políticas públicas sociais buscando reduzir a participação das mães do cárcere por exemplo no tráfico de drogas, já que é um dos delitos mais praticados. Também se faz necessário revisar a legislação e buscar alternativas para o encarceramento das gestantes, das mães, aplicando medida cautelar ou prisão preventiva, viabilizando assim a não superlotação nos presídios, e uma crescente massa de problemas sociais decorrentes do abandono e estigma causado pela prisão aos filhos⁵⁸.

⁵⁵ SOUZA, André Peixoto de. **Direito Penal e marxismo: desenhando... Canal Ciências Criminais**, 11 de janeiro de 2016. Disponível em: <canalcienciascriminais.com.br/direito-penal-e-marxismo-desenhando/>. Acesso em: 20/06/2020.

⁵⁶ SIMAS, LUCIANA. VENTURA, MIRIAM. BAPTISTA, MICHELLY RIBEIRO. LAROUZE, BERNARD. **Jurisprudência Brasileira Acerca da Maternidade na Prisão**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322015000200547&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 junho 2020

⁵⁷ BRASIL. Constituição Federal Brasileira. São Paulo: Rideel, 2015.

⁵⁸ Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Documento da ONU Estabelece Regras Mínimas para Tratamento de Mulheres em situação carcerária**. Disponível em:

Destarte, a importância de assegurar a efetividade da lei, já que os presídios não foram desenvolvidos para propiciar o estabelecimento do vínculo familiar ou um ambiente adequado para o desenvolvimento emocional da criança⁵⁹.

Ainda que existam legislações como as Regras de Bangkok que estabelece em sua regra 49 o convívio com as mães na prisão, a Lep em seu artigo 83, parágrafo 2º, também alterado pela Lei 11.942/09 que garantem a obrigação dos presídios serem dotados de berçários, amamentando seus filhos até 06 meses de idade, em pesquisa realizada pela Infopen dos 32% das unidades femininas, apenas 03% das unidades mistas contemplavam berçários e 5% creches⁶⁰.

É visto que a prisão domiciliar possibilita o cumprimento da prisão preventiva em residência, existe a viabilidade do juiz conceder que gestante ou a mulher que possui filho de até 12 anos incompletos tenha substituída a prisão preventiva nos termos do artigo 318, V, do Código de Processo Penal⁶¹.

Os tribunais pátrios, coadunam com o texto legal conforme entendimento jurisprudencial e reiteram os requisitos necessários para tal benefício:

Ementa: HABEAS CORPUS - REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – Inadmissibilidade - Circunstâncias do caso concreto que admitem a custódia cautelar da acusada com fundamento no artigo 312 do Código de Processo Penal. Ordem denegada. PRISÃO DOMICILIAR PARA CUIDADOS ESPECIAIS DE MENOR DE 06 ANOS. Impossibilidade. Inaplicável, no caso concreto, a concessão da prisão domiciliar, com fulcro no artigo 318, inciso III, do Código de Processo Penal (“imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6

<https://www.mdh.gov.br/sdh/noticias/2016/marco/documento-da-onu-estabelece-regras-minimas-para-tratamento-de-mulheres-em-situacao-carceraria>> Acesso em: 20 agosto 2019

⁵⁹ VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças encarceradas: a proteção integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

⁶⁰ CARVALHO, GRASIELE BORGES VIEIRA. RAMOS, JULIA MENESES DA CUNHA. **Maternidade no cárcere: desafios do sistema carcerário brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. 2018. Porto Alegre – RS. Pág. 247. 20/06/2020.

⁶¹ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/de13689.htm. Acesso em 20/06/2020.

(seis) anos de idade ou com deficiência”), porquanto não comprovada a imprescindibilidade da paciente aos cuidados da criança, já que, inclusive ela estava presa um mês antes da nova prisão em flagrante, estando foragida. Ademais, o preceito legal em questão prevê que o Juiz “poderá” substituir a prisão preventiva pela domiciliar nessa hipótese, não se tratando, dessa forma, de um poder-dever do Magistrado, já que necessária à análise do caso concreto

(TJ-SP - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas: 01879864920138260000 SP 0187986- 49.2013.8.26.0000, Relator: Desembargador Alex Zilenovski, Data de Julgamento: 09/12/2013, 2ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 12/12/2013, on-line)⁶².

Reitera-se aqui o princípio da dignidade da pessoa humana que veda o tratamento desumano e a violação dos direitos das mulheres encarceradas. Ainda busca reestabelecer diante da maternidade uma forma da detenta não cometer mais os delitos praticados, sendo vista como um tipo de salvação moral. Se efetivamente a prisão domiciliar fosse aplicada conforme os princípios que a norteiam, a realidade do sistema prisional feminino seria bem diferente.⁶³

Na obra norteadora deste trabalho “Presos que Menstruam”, encontramos relatos de mães presas que tiveram sua condução e até mesmo realizaram o próprio parto algemadas. Posterior ainda, tiveram a ruptura drástica do vínculo materno com a separação compulsória, violando os direitos mais fundamentais como integridade física, mental e convivência familiar.⁶⁴

Desta forma, é necessário estabelecer um período razoável para que a mãe possa providenciar meios necessários para os cuidados dos filhos. Contudo, ainda que

⁶² Habeas Corpus nº 0187986-49.2013.8.26.0000. Impetrante: Fernanda Penteado Balera. Paciente: F.B.C. Impetrado: Juiz de Direito do DIPO. Relator: Desembargador Alex Zilenovski. São Paulo, 12 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao-7244199&cdForo-0>>. Acesso em: 20/06/2020.

⁶³ CARVALHO, GRASIELE BORGES VIEIRA. RAMOS, JULIA MENESES DA CUNHA. **Maternidade no cárcere: desafios do sistema carcerário brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. 2018. Porto Alegre – RS. Pág. 249. 20/06/2020.

⁶⁴ CARVALHO, GRASIELE BORGES VIEIRA. RAMOS, JULIA MENESES DA CUNHA. **Maternidade no cárcere: desafios do sistema carcerário brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. 2018. Porto Alegre – RS. Pág. 252. 20/06/2020.

seja encarcerada faz-se mister que seja locada próximo de sua residência, e tenha horários diferenciados de contato com os filhos para que não perca o vínculo materno familiar, sendo possível até viabilizar o contato via vídeo conferência em horários pré-definidos⁶⁵.

Com efeito, busca-se resguardar o interesse da criança, o vínculo familiar e amenizar as consequências da maternidade no cárcere, visto que implica diretamente nos filhos, causando uma sobre pena que infelizmente é cumprida por eles.

Por fim, a conversão em prisão domiciliar tanto no critério da preventiva, quanto da execução penal visa assegurar que a segregação não passará da pessoa do condenado. Porém, há um dilema entre a pena da condenada e a liberdade do feto/nascituro, sujeito de direitos que tem desrespeitadas suas garantias por uma prisão alheia.⁶⁶

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve por objetivo analisar a maternidade no ambiente prisional brasileiro, sua problemática, ferindo e suprimindo direitos fundamentais em larga escala das mulheres, mães, gestantes e puérperas, e dos seus filhos e filhas.

A análise buscou trazer um tema tão delicado sob uma ótica diferenciada, diante de universo de brutalidade, selvageria, agruras e impunidade, ainda que para muitas não seja uma opção, a maternidade sim pode apesar de todos os percalços agravados pela condição das mulheres presas, trazer para muitas, uma perspectiva, e uma nova chance.

⁶⁵ AGÊNCIA DE NOTÍCIAS DO PARANA. **No Paraná, detentas da penitenciária feminina já recebem visita virtual de suas famílias.**
<http://www.aen.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=100555&tit=No-Parana-detentas-da-penitenciaria-feminina-ja-recebem-visita-virtual-de-suas-familias> – Acesso em: 20/06/2020.

⁶⁶ SOUZA, André Peixoto de. **Grávida Presa: inconstitucionalidade** - Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/gravida-presa/> – Acesso em: 20/06/2020.

Alcançar a efetividade da legislação é uma das grandes dificuldades, diante da precariedade do sistema prisional que temos visto a falta de políticas públicas que estanquem tamanho disparate, uma vez que é preocupante o crescimento do aprisionamento feminino e sua marginalização.

É inevitável pensar que cada vez mais crianças nascerão no cárcere, viverão experiências tóxicas e cruéis decorrentes das consequências das escolhas das mães e pais também equiparadamente responsáveis. Sabemos que passarão por falta de amparo, condições, dignidade, sobreviverão a um sistema sem escolha ferindo totalmente a dignidade da pessoa humana, princípio este fundamental.

Como não transcender a pena, se para estar ao lado de sua genitora a criança precisa fazer parte de um submundo tão cruel, insalubre e distante de qualquer ideal para o nascimento, crescimento e desenvolvimento de uma vida.

Faz se mister, buscar alternativas para tamanha problemática, rever a legislação vigente, e principalmente buscar uma aplicação efetiva das políticas existentes como a efetividade da conversão da pena restritiva de liberdade por prisão domiciliar.

O caráter predominante de punir aos mais pobres, causa tamanha insegurança jurídica e violam os Direitos Humanos das mães e filhos do cárcere, haja vista tamanha negligencia do poder público perante essas mulheres-mães e sua prole no cárcere.

De qualquer sorte, demonstrou-se a gravidade do problema, que embora não seja novidade é atual, e intensifica a necessidade de proteger o melhor interesse das crianças nascidas de mães presas e dentro do ambiente prisional. O rompimento drástico e a segregação do vínculo familiar, destroem a esperança dessas mulheres mães, e vulnerabilizam os filhos.

De todo modo, permitir que essas mães estejam juntas de seus filhos cumprindo pena em um ambiente domiciliar, estanca o fracasso prisional de um sistema despreparado diante de filhos reféns a elas vinculados.

Diante exposto, não há dúvida que a manutenção dos elos e vínculos familiares e emocionais, trazem grandes benefícios e amenizam de certa forma as marcas deixadas pelas mazelas prisionais vividas.

7. REFERÊNCIAS

Associação Nacional dos Analistas Judiciários da União. **Princípio Constitucional da Igualdade**. Disponível em: <https://anajus.jusbrasil.com.br/noticias/2803750/principio-constitucional-da-igualdade>, Acesso 05 de maio de 2020.

BAPTISTA, MICHELLY RIBEIRO. LAROUZÉ, BERNARD. SIMAS, LUCIANA. VENTURA. MIRIAM. **A jurisprudência brasileira acerca da maternidade na prisão**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322015000200547&script=sci_arttext . Acessado em 10 de maio de 2020.

BRASIL. Constituição Federal Brasileira. São Paulo: Rideel, 2015.

BECCARIA, CESARE. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Editora Hemus Ltda.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Código Penal Comentado**. 9ª ed. Saraiva, 2015.

BRABO, TÂNIA SUELY ANTONELLI MARCELINO BRABO (ORG.). **Mulheres, gênero e violência**. São Paulo: Editora Cultura Acadêmica, ed.2015.

CARPANEZ, JULIANA. Somos consideradas cúmplices: Como é a vida das mães de filhos presos. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/05/13/maes-de-presos.htm>> Acesso em 03/04/2020.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical**. 3. ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2008.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. AGEPEN, Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário. CNJ divulga dados nacionais sobre detentas gestantes e

lactantes. Disponível em: <https://www.agepen.ms.gov.br/cnj-divulga-dados-nacionais-sobre-detentas-gestantes-e-lactantes/> Acesso em: 04 de maio de 2020.

CONJUR. **Ideologia Pessoal Define Decisões de Juízes**, diz Estudo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jul-06/ideologia-pessoal-define-decisoes-juizes-estudo-ufpr>> Acesso em: 28/05/2020.

CUNHA, Leandro. **Se a personalidade das penas é axioma penal do mundo jurídico, no mundo dos fatos tal princípio encontra-se mitigado.** – Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/77320/da-capciosa-intranscendencia-da-pena>> - acesso em: 03/04/2020.

Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em 04 de maio de 2020.

FATTORI, THIAGO ALESSANDRO. **Subjetividade e Processo Penal: Assumindo a Complexidade Ínsita à Decisão.** Julho-Agosto de 2013. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc5000001726a933054dc9816f8&docguid=l3a0264d0f5b411e280ea010000000000&hitguid=l3a0264d0f5b411e280ea010000000000&spos=1&epos=1&td=764&context=30&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>
> Acesso em 27/05/2020.

FOUCAULT, MICHEL. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão.** São Paulo: Editora Vozes, 42ª ed. 2014.

FOULCAULT, MICHEL. **História da sexualidade I: a vontade de saber.** Rio de janeiro, Graal, 1988

Habeas Corpus nº 0187986-49.2013.8.26.0000. Impetrante: Fernanda Penteado Balera. Paciente: F.B.C. Impetrado: Juiz de Direito do DIPO. Relator: Desembargador Alex Zilenovski. São Paulo, 12 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao-7244199&cdForo-0>>. Acesso em: 20 06 2020.

JUNIOR, NERY. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 5ª Ed. rev. e ampla. São Paulo: Revista dos Tribunais; 1999. Pg. 42.

Lei de Execuções Penal de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em 04 de maio de 2020.

LUCAS, C. **De la reforme des prisons**. Vol. II, 1838, p. 64.

MILL, JOHN STUART. **A Sujeição das Mulheres**. Ed. Saraiva. 2006

Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização Junho de 2017**. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>> Acesso em: 22 agosto 2019.

Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Documento da ONU Estabelece Regras Mínimas para Tratamento de Mulheres em situação carcerária**. Disponível em: <<https://www.mdh.gov.br/sdh/noticias/2016/marco/documento-da-onu-estabelece-regras-minimas-para-tratamento-de-mulheres-em-situacao-carceraria>> Acesso em: 20 agosto 2019.

MOSER, SANDRO. **Como Julgam os Magistrados**. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/como-julgam-os-magistrados-2jc9iq16ci7h6y7xwqf4561qm/> Acesso em: 28/05/2020

ONU. Regras de Bangkok. Adotada pela Assembleia Geral em 16/03/11. Resolução A/RES/65/229. p.10 Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf> Acesso em: 09/05/2020

QUEIROS, NANA. **Presos que Menstruam – A Brutal Vida das Mulheres – tratadas como Homens – nas Prisões Brasileiras**. Rio de Janeiro: Editora Record, 1ª ed. 2015.

SANTOS, RAQUEL COSTA DE SOUZA. **Maternidade no Cárcere: Reflexões Sobre o Sistema Penitenciário Feminino**. 2011. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2011.

SIMAS, LUCIANA. VENTURA, MIRIAM. BAPTISTA, MICHELLY RIBEIRO. LAROUZE, BERNARD. **Jurisprudência Brasileira Acerca da Maternidade na Prisão**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322015000200547&script=sci_arttext>. Acesso em: 24 agosto 2019.

SILVA, Glayce Kelly Gomes Goncalves da. **O Sistema Carcerário Brasileiro e sua Ineficiência quanto aos fins da pena**. – Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10272/O-sistema-carcerario-brasileiro-e-sua-ineficiencia-quanto-aos-fins-da-pena>> - Acesso em: 03/04/2020

SILVA, Winicius Faray da. **O princípio da individualização da pena sob uma perspectiva constitucional e penal**. – Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/winicius-faray-da-s/artigos/o-principio-da-individualizacao-da-pena-sob-uma-perspectiva-constitucional-e-penal-2803>> - Acesso em: 03/04/2020

SOUZA, André Peixoto de. **Direito Penal e marxismo: desenhando... Canal Ciências Criminais**, 11 de janeiro de 2016. Disponível em: <canalcienciascriminais.com.br/direito-penal-e-marxismo-desenhando/>. Acesso em: 11 agosto 2019.

SOUZA, André Peixoto de. **Grávida Presa: inconstitucionalidade** - Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/gravida-presa/> – Acesso em: 09/05/2020.

Supremo Tribunal Federal. **2ª Turma concede HC coletivo a gestantes e mães de filhos com até doze anos presas preventivamente.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152#:~:text=A%20Segunda%20Turma%20do%20Supremo,ou%20m%C3%A3es%20de%20crian%C3%A7as%20de> Acesso em: 19/06/2020.

VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças encarceradas: a proteção integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.