



**FACULDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS DE JUIZ DE FORA**

**CURSO DIREITO**

**RENATA DA SILVA MASSUCATO**

**O CÁRCERE E A MATERNIDADE:  
Os direitos garantidos à mãe e à criança**

**JUIZ DE FORA**

**2017**

**RENATA DA SILVA MASSUCATO**

**O CÁRCERE E A MATERNIDADE:  
Os direitos garantidos à mãe e à criança**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Rodrigo Rolli

**JUIZ DE FORA**

**2017**

**FOLHA DE APROVAÇÃO**

Renata da Silva Manucato

**Aluno**

O cárcere e a maturidade

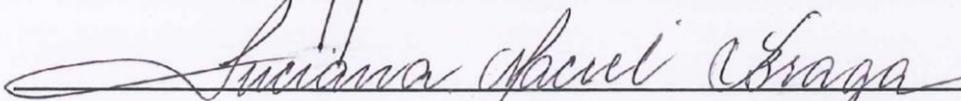
**Tema**

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

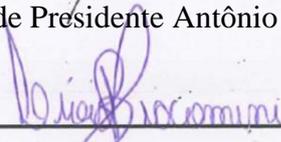
**BANCA EXAMINADORA**



Professor Me. Rodrigo Rolli  
Faculdade Presidente Antônio Carlos de Juiz de Fora



Professora Me. Luciana Maciel Braga  
Faculdade Presidente Antônio Carlos de Juiz de Fora



Professora Me. Lívia Giacomini  
Faculdade Presidente Antônio Carlos de Juiz de Fora

Aprovada em 22/06/2017.

## **RESUMO**

A presente monografia pretende demonstrar os direitos garantidos às presas grávidas e às suas crianças. As legislações vigentes prezam pela saúde da população, incluindo, então, as encarceradas gestantes. Nesse sentido, pretende-se apontar as implicações da prisão da mãe na vida de seus filhos e filhas e analisar as condições de vida dessas mulheres desde o período pré-natal até os primeiros meses de vida dessas crianças. O direito à convivência com a família está previsto constitucionalmente e é assegurado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que têm o direito de serem criados pela sua própria família, como regra geral e, excepcionalmente, por família substituta.

**Palavras-chave:** Sistema Carcerário Brasileiro. Pré-natal e Pós-parto. Aleitamento Materno. Momento da Separação. Direitos.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>5</b>
<b>2 HISTÓRICO SOBRE O CÁRCERE.....</b>	<b>7</b>
<b>3 O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO .....</b>	<b>9</b>
<b>4 OS DIREITOS DAS PRESAS GRÁVIDAS.....</b>	<b>11</b>
<b>4.1 O Pré-Natal .....</b>	<b>13</b>
<b>4.2 O Pós-Parto .....</b>	<b>15</b>
<b>4.3 Prisão Domiciliar Especial.....</b>	<b>17</b>
<b>5 O ALEITAMENTO MATERNO.....</b>	<b>19</b>
<b>6 OS PRIMEIROS ANOS DA CRIANÇA ATÉ O MOMENTO DA SEPARAÇÃO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....</b>	<b>23</b>
<b>7 CONCLUSÃO.....</b>	<b>28</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>30</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O exposto trabalho teve como ferramenta as pesquisas na Internet, como artigos e matérias para sites e na legislação. Foi realizado também estudo de artigos sobre o tema a ser desenvolvido.

A presente Monografia tem como objeto a apresentação dos direitos das presas, desde a gravidez até o momento da separação entre a mãe e o seu filho.

O seu objetivo é apontar as questões a serem enfrentadas por estas mulheres quando elas têm de conciliar um momento tão importante que é a gravidez e o nascimento de seus filhos com a situação de estarem encarceradas.

Para tanto, inicia-se, no Capítulo 2, o breve relato sobre o Cárcere, como surgiu e o conceito de prisão, a forma como eram presos, muitas das vezes torturados e forçados a trabalhar.

Já o Capítulo 3, trará a realidade do sistema carcerário brasileiro, apontando para as falhas ocorridas, a superlotação dos presídios e a violência entre os detentos, a falta de assistência de advogados e atendimentos psicológicos, bem como aplicação da Lei de Execução Penal.

O Capítulo 4 trata dos direitos das grávidas durante o pré-natal, fase em que a mulher necessita de um cuidado maior com a sua saúde, a fim de garantir uma gestação saudável para ela e para o bebê, e também a necessidade da ingestão de nutrientes e vitaminas na alimentação para o desenvolvimento do bebê no ventre da mãe.

São apontados os principais direitos garantidos às presas gestantes e também as dificuldades sofridas em decorrência dos problemas que os presídios brasileiros enfrentam, como por exemplo, a superlotação e as péssimas condições de higiene e saúde que os presos sofrem.

Na fase do pós-parto, é necessário um maior cuidado com a mulher, vez que está passando por muitas mutações fisiológicas e psicológicas. E é preciso um cuidado especial com o registro de nascimento da criança.

Há a possibilidade de a mulher requerer através de seu defensor a conversão da pena preventiva para prisão domiciliar especial, para que possa cumprir a pena em ambiente familiar.

No Capítulo 5, o foco é o aleitamento materno. Neste capítulo são demonstrados os benefícios que a amamentação traz para a mãe e, principalmente, para o recém-nascido.

Novamente são demonstrados os direitos que devem ser garantidos nesta fase tão importante da vida do concepto, pois implica em seu desenvolvimento tanto físico quanto intelectual.

Já o último Capítulo mostra as garantias das mães e de seus filhos em seus primeiros anos de vida nos estabelecimentos prisionais e, ainda, o momento mais difícil para a reclusa e seu filho – o momento da separação.

A Constituição Federal brasileira de 1988, a Lei de Execução Penal, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente asseguram às presas grávidas e às suas crianças uma série de direitos, fundados na cidadania, na dignidade da pessoa humana e na convivência familiar, a fim de promover a saúde, o aleitamento materno e o vínculo afetivo entre a mãe e o bebê.

Contudo, a realidade social não corresponde ao previsto nas legislações acima apontadas.

O descumprimento da lei ocorre e o cenário existente nas penitenciárias femininas diverge daquele que deveria ser assegurado às encarceradas gestantes e aos seus filhos.

## 2 HISTÓRICO SOBRE O CÁRCERE

Antes de adentrar no tema propriamente dito, imperioso se faz uma digressão voltada à conceituação da instituição prisão, saber o que a caracteriza e quais os mecanismos em interação no seu funcionamento.

A prisão é o exemplo de uma instituição total, nos moldes da pesquisa e estudos desenvolvida pelo Sociólogo Erving Goffman, e pelo Filósofo e Psicólogo Michel Foucault, cuja característica maior é o grau de fechamento, a segregação do preso, o que traz consequências graves para sua carreira moral. São estes os principais teóricos que caracterizaram a natureza da instituição prisão. A abordagem deles sobre a prisão, sua natureza, sua função, as leis que regem o sistema, sua evolução histórica e o papel que desempenha perante a sociedade, praticamente molda o contorno objetivo de todo e qualquer viés inserido na problemática, e permite que se compreenda o jogo de forças em interação (GOFFMAN, 1974; FOUCAULT, 1977).

Os níveis de fechamento são vários, o que permite estabelecer uma taxonomia. Sob esse enfoque se incluem aquelas destinada a abrigar incapazes e inofensivos, tais como asilos e creches; aquelas destinadas a abrigar incapazes e perigosos, sendo o caso de sanatórios e manicômios; aquelas que se destinam a algumas tarefas de trabalho, como acontece nos quartéis, navios e internatos, e as que se destinam a servir de instrução e refúgio do mundo, como abadias, mosteiros e conventos. Aquelas que estabelecem uma barreira e impedimento à saída ao meio externo são as instituições totais por excelência. Os presídios e cadeias públicas primam por este modelo, e constitui o foco de nossa pesquisa.

As atividades de um processo de admissão, tais como: pesar, medir, despilar, dar banho, cortar o cabelo, receber roupas padronizadas e um número de identificação, induz o detento, no processo de enquadramento, a se conformar a uma codificação de objeto, que pode ser modelado na rotina pela máquina administrativa.

No início as prisões eram destinadas aos animais. Os homens eram presos pelos pés, mãos, pescoço. E então, eram amarrados, esquetejados, acorrentados. Eles ficavam presos em cavernas naturais ou não, túmulos, fossas, torres. Prendia-se para não fugir ou para trabalhar.

Séculos e séculos depois, com o aumento da criminalidade, apesar do emprego de pena de morte e pelas tensões sociais como: os distúrbios religiosos, as guerras, as devastações de países, a extensão dos núcleos urbanos, a crise das formas feudais e da economia agrícola, a queda de salário entre outros, foi difundido o uso da pena de prisão.

As instituições pretendiam a reforma dos delinquentes por meio do trabalho e da disciplina. Tinham objetivos relacionados com a prevenção geral, com a pretensão de desestimular a outros da vadiagem e da ociosidade. Antes das casas de correção surgiram as casas de trabalho na Inglaterra (1697) em Worcester. Em 1703, foi construído em Roma pelo Papa Clemente XI o Hospício de São Miguel para menores incorrigíveis, obra de grande importância na história da arquitetura das prisões pela forma como as celas foram dispostas. No final do século XVII já haviam vinte e seis casas de correção.

Na América, em razão das pressões exercidas pelas sociedades americanas que se formaram em defesa dos direitos dos presos, foram abolidos os trabalhos forçados, açoites, mutilações e a pena de morte passou a ser reservada aos homicídios dolosos.

### 3 O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Atualmente, o sistema carcerário no Brasil está em péssimas condições. A precariedade e as condições subumanas que os detentos vivem hoje, é de muita violência. Os presídios se tornaram verdadeiros depósitos humanos, nos quais a superlotação acarreta violência sexual entre os detentos, faz com que doenças graves se proliferem e cada vez mais drogas são apreendidas dentro dos presídios.

O artigo 5º, XLIX, da Constituição Federal, prevê que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”, mas o Estado não garante a execução da lei. Pode-se citar o descaso do governo, o descaso da sociedade que muitas vezes se sente aprisionada pelo medo e insegurança, e ainda a corrupção dentro dos presídios.

Imperioso destacar a necessidade de mudanças neste sistema, uma vez que as penitenciárias se transformaram em verdadeiras "fábricas de revolta humana". O uso indiscriminado de celular dentro dos presídios, também é outro aspecto que relata a falência do sistema prisional. Por meio do aparelho telefônico, os presidiários mantêm contato com o mundo externo e continuam a comandar o crime, conforme se verifica no artigo de Virginia Camargo (2006).

A mesma autora citada no parágrafo acima, em pesquisa realizada, demonstrou que há a necessidade urgente de modernização da arquitetura penitenciária, com a descentralização por meio da construção de novas cadeias pelos municípios, ampla assistência jurídica, melhoria de assistência médica, psicológica e social, ampliação dos projetos visando o trabalho do preso e a ocupação, separação entre presos primários e reincidentes, acompanhamento na sua reintegração à vida social, bem como oferecimento de garantias de seu retorno ao mercado de trabalho entre outras medidas.

A superlotação é uma consequência inevitável, porque além da falta de novos estabelecimentos, a maioria dos presos que ali se encontram já estão com as penas cumpridas e são “abandonados”. A falta de capacitação de alguns agentes, a corrupção, a falta de higiene e assistência ao condenado também são fatores que contribuem para a falência.

A população carcerária no Brasil, hoje é de 361.402 segundo informação do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). As vagas no sistema penitenciário são de 206.347, sendo que 64.483 encontram-se cumprindo penas na Secretaria Segurança Pública.

Os homens já representavam 95,5% da população carcerária, e a maioria cumpre pena por assalto, furto ou tráfico de drogas. 50.000 homens e mulheres já se encontravam confinados irregularmente em celas de delegacias e cadeias públicas.

Uma pesquisa feita em 1964, demonstra que 90% dos ex detentos pesquisados procuram emprego nos dois primeiros meses, após libertado. Depois de encontrarem fechadas as portas, voltaram a praticar o crime. Estudos mostram que 70% daqueles que saem da cadeia, reincidem no crime. Mais uma vez é necessário lembrar, que embora este número tenha sido apresentado em 1964, a realidade hoje ainda continua sendo esta, pois a sociedade teme em ocupar dos serviços de uma pessoa que possui passagem pela polícia, tendo cumprido pena, dados esses retirados de um estudo que traçou o perfil da população penitenciária feminina ([www.justica.gov.br](http://www.justica.gov.br)).

O abandono do preso após a condenação é evidente, seja por parte do Estado, seja por parte dos operadores do Direito, especialmente os advogados.

Pode-se perceber na prática que um dos motivos para a superlotação é o fato de que algumas pessoas ingressam no sistema carcerário após terem cometido um crime famélico (ex.: furtar uma lata de leite). O crime de furto caracteriza crime contra o patrimônio, apenado com reclusão de 1 a 4 anos e multa (art.155, CP) e nos casos qualificados a sanção é de 2 a 8 anos. Eis a indagação: mas até onde existe o *animus dolandi* quando fica evidente a singular pretensão de saciar o grande legado da pobreza, ou seja, a fome? Tal reflexão coaduna com o seguinte verbete *necessitas facit justam quod de jure non est licitum* (a necessidade faz justo o que de direito não é permitido). Tal fato ocorre tendo em vista grande parte da população ainda sobreviver abaixo da linha da pobreza. Cabe ressaltar que não convém àquele que furta alimentos a pretensão de aumentar seu patrimônio. Nesse sentido, incide o que a doutrina penal chama de *necessitas inevitabilis*.

Por fim, a superlotação e suas consequências encontram-se visíveis a todos da sociedade. A título de exemplo podemos destacar os dados fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional, em artigo feito por Ezequiel Aparecido da Silva, que indicam um déficit de mais de 180.000 vagas em todo o País. São quase 500 mil presos no país, em um sistema prisional que só tem capacidade para 260 mil detentos.

#### 4 OS DIREITOS DAS PRESAS GRÁVIDAS

Primeiramente, importante esclarecer que, assim como as gestantes que não se encontram encarceradas, as presas grávidas também devem ter os seus direitos garantidos.

Veja a recente alteração da Lei de Execução Penal, com vistas a regulamentar as situações de mulheres presas grávidas e com filhos:

**Art. 1º.** O art. 14 da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal passa a vigorar acrescido do seguinte § 3º:

**Art. 14.** [...]

[...]

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

**Art. 2º** O § 2º do art. 83 e o art. 89 da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, passam a vigorar com a seguinte redação:

**Art. 83.** [...]

[...]

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

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

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

I – atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e

II – horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável.

Nesse aspecto, observa-se claramente que o acompanhamento médico é um direito assegurado às gestantes, a fim de garantir-lhes uma gestação saudável para a mãe e para o bebê.

Além do acompanhamento pré-natal, outros fatores estão relacionados com o desenvolvimento saudável de uma gestação, tais como: ambiente confortável, apoio familiar, alimentação, dentre outros.

Entretanto, é certo que a falta de assistência à saúde é um dos aspectos mais graves que afetam o sistema prisional brasileiro.

Os encarcerados não têm possibilidade de procurar por atendimento ou medicação diferente da oferecido pelo sistema. No caso do encarceramento das mulheres, a situação é mais grave, uma vez que não há política específica para o atendimento à encarcerada presa, em especial quando grávidas (SILVA, 2014).

A antropóloga Bruna Soares Angotti Batista de Andrade (1946, p.47), em sua dissertação apresentada à Universidade de São Paulo, afirma que:

‘[...] Nos planos e nos projetos de estabelecimentos prisionais femininos havia previsões de seções especiais para abrigar as internas gestantes e aquelas que amamentavam. No plano de reformatório de mulheres da Bahia, estavam previstas celas especiais para que as mães pudessem amamentar seus filhos durante os primeiros meses do nascimento. (APB, 1941b, p. 325)

Na Penitenciária de Mulheres de Bangu, havia, segundo relatos de 1946, uma seção para mães com filhos pequenos, bem como um espaço para visitas dos filhos maiores, de modo que estes pudessem "brincar com elas "sem se aperceberem da sua vida de presidiárias’.

Além da Lei de Execuções Penais, nas Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos, da Organização das Nações Unidas (ONU), as questões da mãe presidiária são assim tratadas na Regra 23:

‘[...]Nos estabelecimentos prisionais para mulheres devem existir instalações especiais para o tratamento de presas grávidas, das que tenham acabado de dar à luz e das convalescentes. Desde que seja possível, deverão ser tomadas medidas para que o parto ocorra em um hospital civil. Se a criança nascer num estabelecimento prisional, tal fato não deverá constar no seu registro de nascimento.

Quando for permitido às mães presas conservar as respectivas crianças, deverão ser tomadas medidas para organizar uma creche, dotada de pessoal qualificado, onde as crianças possam permanecer quando não estejam ao cuidado das mães.’ (ONU, 1955).

Na 65ª Assembleia da ONU realizada no ano de 2010, foram traçadas normas internacionais para o tratamento de mulheres presas, chamadas "Regras de Bangkok".

O documento aponta para a necessidade de uma atenção diferenciada às mulheres que cumprem pena privativa de liberdade.

Observa-se em um dos trechos do documento que "instrumentos de coerção jamais deverão ser usados contra mulheres prestes a dar a luz, durante trabalho de parto nem no período imediatamente posterior".

A fim de valorizar a dignidade da mulher grávida, esta regra deve ser observada no atendimento das mulheres grávidas que cumprem pena privativa de liberdade.

Há ainda de se ressaltar que existe no Brasil uma discussão acerca do uso de algemas por pacientes sob custódia do Estado durante atendimento médico, citando-se como exemplo o Decreto nº 57.783, de 10 de fevereiro de 2012, editado pelo Governador Geraldo Alckmin no Estado de São Paulo, que proibiu o uso de tal meio de contenção durante assistência à parturiente.

O Decreto estadual dispõe que:

Art. 1º. Fica vedado, sob pena de responsabilidade, o uso de algemas durante o trabalho de parto da presa e no subsequente período de sua internação em estabelecimento de saúde.

Parágrafo único - As eventuais situações de perigo à integridade física da própria presa ou de terceiros deverão ser abordadas mediante meios de contenção não coercitivos, a critério da respectiva equipe médica.

#### 4.1 O Pré-Natal

O direito à saúde é garantido pela Constituição Federal de 1988 nos seus artigos 196 e seguintes e deve ser usufruído por todas as mulheres, estando ou não presas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente assegura à gestante o atendimento médico pré-natal e, também acompanhamento no período pós-natal, garantindo, ainda, o direito à amamentação inclusive no caso de mães que encontram-se privadas da liberdade:

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

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

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

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

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

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

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

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

Os cuidados médicos durante a gestação, como já exposto, são fundamentais tanto para a mulher quanto para a criança. Através dos exames pré-natais é possível a identificação de problemas que podem afetar a vida da mãe e da criança, como por exemplo, o exame anti-HIV e as ultrassonografias, como a de translucência nucal.

Esta necessidade de atenção especial durante o estado gravídico decorre das próprias condições inerentes à gestação, devendo as autoridades competentes criarem uma política pública voltada à população feminina encarcerada.

Além dos artigos supramencionados da Lei de Execuções Penais, verifica-se, ainda, uma preocupação do legislador em garantir à mulher presa e grávida proteção visando garantir a sua integridade física e também a do seu filho, conforme se verifica no art. 8º da Lei 8.069/90:

‘Incumbe ao poder público proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal. (Art. 8º, § 4º da Lei 8.069/90, com as alterações da Lei 12.010/2009)

A assistência referida no § 4º deste artigo deverá ser também prestada a gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção.’ (Art. 8º, § 5º da Lei 8.069/90, com as alterações da Lei 12.010/2009)

Para que haja um bom desenvolvimento do feto, além do suporte social, também são essenciais o estado geral de nutrição, higiene e saúde da mãe, todos recebidos durante a gestação. Encontrando-se a mulher encarcerada, é dever do Estado garantir a todas as mulheres o tratamento de saúde adequado neste período, situação esta que implica maior vulnerabilidade e exige, portanto, maior cuidado.

Durante o período gestacional um dos fatores mais importantes é a alimentação, que contribui tanto para o desenvolvimento da mãe quanto do feto, sendo necessárias mudanças na dieta da gestante como parte do protocolo da assistência pré-natal. A ingestão adequada de vitaminas e nutrientes tem um papel importante na gestação, interferindo em todo o crescimento do feto e no desenvolvimento de suas principais funções.

Cabe ainda destacar aqui o Manual Técnico de Atenção Qualificada e Humanizada no Pré-Natal e Puerpério do Ministério da Saúde que estabelece que a grávida tem direito à sua primeira consulta no pré-natal até 120 dias da gestação com um número mínimo de seis consultas, uma no primeiro trimestre, duas no segundo e três no terceiro trimestre.

A Lei Nº 11.634/2007 preconiza sobre o parto:

Art. 1º. Toda gestante assistida pelo Sistema Único de Saúde - SUS tem direito ao conhecimento e à vinculação prévia à:

I - maternidade na qual será realizado seu parto;

II - maternidade na qual ela será atendida nos casos de intercorrência pré-natal.

§ 1º. A vinculação da gestante à maternidade em que se realizará o parto e na qual será atendida nos casos de intercorrência é de responsabilidade do Sistema Único de Saúde e dar-se-á no ato de sua inscrição no programa de assistência pré-natal.

§ 2º. A maternidade à qual se vinculará a gestante deverá ser comprovadamente apta a prestar a assistência necessária conforme a situação de risco gestacional, inclusive em situação de puerpério.

Art. 2º. O Sistema Único de Saúde analisará os requerimentos de transferência da gestante em caso de comprovada falta de aptidão técnica e pessoal da maternidade e cuidará da transferência segura da gestante.

Segundo Viafore (2005, p.99) as presas são punidas de diversos modos no sistema penitenciário, principalmente no que diz respeito ao atendimento em sua saúde:

‘As apenas grávidas, em que pese estarem sendo punidas por um ato ilícito que cometeram, não podem ser mais uma vez castigadas pela escassa assistência médica, isto é, em algo ultrapassa a sua sentença condenatória. Ademais, o feto é o principal prejudicado pela ausência de assistência médica adequada neste período. A saúde é um direito de todos independentes de quem seja, e é dever do Estado prestar este atendimento com a maior dignidade humana possível’.

Corroborando este entendimento, verifica-se que as condições existentes nos presídios brasileiros, como a superlotação, são uma realidade constante e preocupante para a saúde, em se tratando da gestante.

## 4.2 O Pós-Parto

O primeiro ato que deve ter uma atenção especial no pós-parto, além dos cuidados médicos da gestante e do bebê, é o registro do nascimento.

Segundo a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas o direito ao nome é um direito humano fundamental e assim dispõem em seus artigos 18 e 7º, respectivamente:

Art. 18. Direito ao nome. Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esses direitos, mediante nomes fictícios, se for necessário.

Art. 7.

1. A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles.

2. Os Estados Partes zelarão pela aplicação desses direitos de acordo com sua legislação nacional e com as obrigações que tenham assumido em virtude dos instrumentos internacionais pertinentes, sobretudo se, de outro modo, a criança se tornaria apátrida.

Destaca-se também a Lei de Registros Públicos (Lei nº 9.053, de 1995):

Art. 50. Todo nascimento que ocorrer no território nacional deverá ser dado a registro, no lugar em que tiver ocorrido o parto ou no lugar da residência dos pais, dentro do prazo de quinze dias, que será ampliado em até três meses para os lugares distantes mais de trinta quilômetros da sede do cartório.

O nome e o sobrenome do bebê são de suma importância para que se estabeleça o vínculo existente entre os membros da família com a sociedade e com o Estado, logo, devem ser adotadas medidas que facilitem o registro da criança imediatamente após o seu nascimento.

A Lei de Registros Públicos elenca o rol das pessoas obrigadas ao registro da criança:

Art. 52. São obrigados a fazer declaração de nascimento: (Renumerado do art. 53, pela Lei nº 6.216, de 1975).

- 1º) o pai;
- 2º) em falta ou impedimento do pai, a mãe, sendo neste caso o prazo para declaração prorrogado por quarenta e cinco (45) dias;
- 3º) no impedimento de ambos, o parente mais próximo, sendo maior achando-se presente;
- 4º) em falta ou impedimento do parente referido no número anterior os administradores de hospitais ou os médicos e parteiras, que tiverem assistido o parto;
- 5º) pessoa idônea da casa em que ocorrer, sendo fora da residência da mãe;
- 6º) finalmente, as pessoas (VETADO) encarregadas da guarda do menor.

O assunto também é estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 26. Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.

Logo, a mulher deve ser orientada pelos profissionais que trabalham nos presídios e encaminhadas ao Cartório para que possam realizar o registro do nascimento de seus filhos.

Outro ponto a ser destacado no pós parto diz respeito ao estado em que a mulher se encontra nesta fase, principalmente para aquela que está presa. Este período é sem dúvida de muitas mutações fisiológicas e psicológicas para a mulher, uma vez que esta é a fase das adaptações diante de uma nova realidade.

Assim, a mãe passa por um momento de estranhos sentimentos, já que dela depende uma nova vida totalmente, fato este que a assusta, gera medo e insegurança.

Após o parto, a reclusa deve ficar em unidade prisional que contenha berçário e também uma equipe de saúde que esteja preparada para realizar atendimento e o acompanhamento da mãe, bem como do bebê. O bebê deve ser levado para fazer o “teste do

pezinho”, além de receber todas as vacinas que estão previstas pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

O presídio deve contar ainda com um berçário, caso não haja, é possível, pedir ao juiz, através do advogado ou de um Defensor Público, para passar esses seis meses em prisão domiciliar.

Em razão de casos concretos que se repetem em todo o Brasil é que a jurisprudência pátria vem reconhecendo os direitos das mulheres encarceradas, assegurando-os, sobretudo, quando a presa se encontra recolhida em unidade que não tenha condições estruturais de possibilitar a permanência do recém-nascido com a mãe, aplicando, nestes casos, por analogia com as hipóteses do artigo 117 da Lei de Execução Penal(LEP), uma espécie de prisão domiciliar especial.

Logo, devem ser assegurados às presas todos os direitos que lhe foram conferidos para que elas possam permanecer com seus bebês em ambientes tranquilos e que possam auxiliar em todo o processo de amamentação, tema este que será tratado no próximo Capítulo.

### **4.3 Prisão Domiciliar Especial**

A presa gestante tem o direito de requerer através de seu defensor, a conversão de prisão preventiva para prisão domiciliar, cabe ao Juiz conceder ou não, analisando a situação de cada uma.

Foi promulgada a Lei nº 13.257/16, que alterou o artigo 318 do Código de Processo Penal, no qual permite que a gestante ou mãe de criança de até 12 (doze) anos possa cumprir pena em domicílio:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:  
 (...)
   
IV - gestante;
   
V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos:
   
Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo. (...).

O Superior Tribunal de Justiça, pelo Ministro Rogério Schietti Cruz, concedeu Habeas Corpus nº 351.494 – SP (2016/0068407-9), para substituir a prisão preventiva por prisão domiciliar fundamentado na Lei nº 13.257/2016, segue:

A despeito da benfazeja legislação, que se harmoniza com diversos tratados e convenções internacionais, vale o registro, com o mesmo raciocínio que imprimi ao

relatar o HC n. 291.439/SP (DJe 11/6/2014), de que o uso do verbo “poderá”, no caput do art. 318 do CPP, não deve ser interpretado com a semântica que lhe dão certos setores da doutrina, para os quais seria “dever” do juiz determinar o cumprimento da prisão preventiva em prisão domiciliar ante a verificação das condições objetivas previstas em lei. Reafirmo que semelhante interpretação acabaria por gerar uma vedação legal ao emprego da cautela máxima em casos nos quais se mostre ser ela a única hipótese a tutelar, com eficiência, situação de evidente e imperiosa necessidade da prisão. Outrossim, importaria em assegurar a praticamente toda pessoa com prole na idade indicada no texto legal o direito a permanecer sob a cautela alternativa, mesmo se identificada a incontornável urgência da medida extrema.

Embora haja a possibilidade de converter a prisão em domiciliar, raros são os casos em que a presa consegue cumprir a pena em casa com filho.

## 5 O ALEITAMENTO MATERNO

O direito à amamentação tem previsões legais na Constituição Federal, bem como na Lei de Execução Penal e Estatuto da Criança e do Adolescente. Este é um ato que vem sendo fortemente estimulado pelo SUS e amplamente divulgado nas mídias.

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 5º que:

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

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

Da mesma forma são as disposições trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente:

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

O ato de amamentar traz a possibilidade de uma maior aproximação entre a mãe e o bebê, o que fortalece o vínculo afetivo e promove o desenvolvimento saudável da criança.

Entretanto, o ambiente prisional brasileiro não é nem um pouco adequado às presas que pretendem amamentar seus filhos. A falta de estrutura e o ambiente inapropriado são alguns dos problemas que elas enfrentam.

O momento pós-parto por si só já é muito delicado para as mulheres, que têm que lidar com uma nova experiência em suas vidas, com sentimentos confusos, como já fora demonstrado no Capítulo anterior e, ainda, precisam lidar com todo o processo de amamentação. Para as presas que acabaram de dar à luz aos seus filhos, está situação torna-se mais complicada ainda, uma vez que terão de retornar ao presídio, que não possui um ambiente calmo e tranquilo que pudesse favorecê-las.

O leite materno é o alimento de suma importância para a criança em seus primeiros dias de vida, fato este que levou os governos e instituições de saúde na 55ª Assembleia Mundial de Saúde a proporem a promoção do aleitamento materno exclusivo como a única fonte de alimento para lactentes com até seis meses de idade (RIOS; SILVA, 2010).

Art. 9º ‘O direito de amamentar é regido por bases legais, a saber: a Constituição Federal Brasileira (Art. 5º, L) determina que as presidiárias devem permanecer com

seus filhos durante seis meses para amamentação, aliada a Lei de Execução Penal (LEP) cujo artigo 83, § 2º, versa sobre o ambiente prisional feminino, para que os mesmos sejam dotados de berçários como o intuito de prover às detentas e seus filhos local ideal para a prática de amamentação. Corroborando com essas nuances, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) estabelece que o poder público, instituições e empregadores propiciem condições favoráveis ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas à medida privativa de liberdade.

Como já dito anteriormente, a Organização das Nações Unidas (1955), em sua Regra 23, diz que nos estabelecimentos destinados à população feminina devem existir instalações específicas para o tratamento das presas grávidas bem como das parturientes.

As leis brasileiras que tratam do respeito às especificidades da mulher presa são a Constituição de 1988 e a Lei de Execução Penal. A Constituição Federal dispõe em seu artigo 5º, inciso XLVIII que a mulher privada de sua liberdade deverá cumprir pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo da apenada. Na LEP, em seu artigo 83, também há a especificação desse direito quando se refere às mulheres gestantes ou em processo de amamentação, ou seja, tais locais deverão ser compostos por berçário, a fim de que essas mulheres possam amamentar seus filhos dignamente.

O Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito das Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária assim dispõe:

Desde o seu nascimento, a família é o principal núcleo de socialização da criança. Dada a sua situação de vulnerabilidade e imaturidade, seus primeiros anos de vida são marcados pela dependência do ambiente e daqueles que dela cuidam. A relação com seus pais, ou substitutos, é fundamental para sua constituição como sujeito, desenvolvimento afetivo e aquisições próprias a esta faixa etária. A relação afetiva estabelecida com a criança e os cuidados que ela recebe na família e na rede de serviços, sobretudo nos primeiros anos de vida, têm consequências importantes sobre sua condição de saúde e desenvolvimento físico e psicológico.

Ocorre que as lactantes necessitam de mais do que o apontado, elas deveriam ser orientadas por profissionais capacitados e estimuladas a amamentarem seus filhos. No entanto, a realidade brasileira não é bem assim. Os presídios encontram-se superlotados, com uma estrutura ineficaz, com ambientes que nada favorecem ao bem estar da mãe e da criança.

Segundo o jornalista Alexandre Putti, em artigo para o site 'Justificando', a Secretaria Nacional de Juventude brasileira divulgou o Mapa do Encarceramento dos Jovens no Brasil. O relatório, realizado em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), revelou o panorama do sistema carcerário entre os anos 2002-2012, desde o perfil socioeconômico dos presos até o combate ao inchaço prisional.

Os dados apresentados pelo relatório mostram que a população feminina encarcerada cresceu 146% em sete anos, mais que o dobro do crescimento masculino. Em 2005, de toda a população encarcerada, as mulheres representavam 4,35%. Já em 2012, esse número subiu para 6,17%, o que representa 36 mil presas. Em 2005, para cada mulher no sistema prisional brasileiro existiam 21 homens, já em 2012, esta proporção diminuiu para 15.

Segundo o também jornalista e colunista do Estado de S. Paulo, Luiz Fernando Toledo, uma a cada cinco mulheres presas no estado de São Paulo é mãe ou está grávida. Foi realizada uma pesquisa pela Defensoria Pública do estado e divulgada no dia 29 de julho de 2015, mostrando que faltam cuidados básicos com esta população nos presídios, como atendimento médico especializado e itens obrigatórios, como fraldas e alimento para crianças recém-nascidas. A pesquisa apontou também que outro problema enfrentado é que os bebês, ao atingirem os seis meses de idade, são levados para abrigos e, adotados por outras famílias sem o conhecimento da mãe.

As dificuldades apontadas nos remetem a ambientes totalmente inadequados para a população carcerária, ainda mais para aquela que tem o desejo de amamentar o seu bebê com o alimento essencial para que ele cresça de forma saudável. O leite da mãe contém proteínas, anticorpos, gordura, vitaminas, ferro, enzimas, açúcar, elementos estes que protegem a criança de infecções e aumentam sua capacidade cognitiva.

Outro problema a ser enfrentado é que no atual cenário carcerário as gestantes e parturientes dividem a cela com as outras detentas, não gozando dessa forma da especificidade do local disposto na Lei de Execução Penal citado acima.

A promoção ao aleitamento materno deve ser realizada durante as consultas de enfermagem quando as gestantes e mesmo as mulheres em fase de aleitamento vão até ao consultório para realização do acompanhamento do pré-natal ou pós-parto, contudo, nem todas as prisões contam com essa assistência.

Além disto, os cuidados com a higienização das mamas também deveriam ser repassados para as nutrizes, com o objetivo de prevenir as infecções mamárias, rachaduras e fissuras que comprometem a saúde da mulher que podem impossibilitar o provimento de leite à criança.

Outra orientação que deveria ser apontada é a da ‘pega correta’, de forma que permitiria que a mãe executasse o ritual do posicionamento e pega do bebê ao seio de forma adequada.

Além desses fatores, deve-se destacar ainda que o ato de amamentar fortalece o vínculo entre a mãe e o bebê, o contato pele a pele estimula ali o vínculo maternal, que estará presente em toda a vida da criança.

E ainda, mesmo que a mãe não consiga amamentar seu bebê, a permanência entre eles deve ser considerada a partir da análise da importância destas relações para a constituição subjetiva e social da criança. Este é o motivo pelo qual a Constituição Federal não restringe a licença-maternidade às mulheres que estejam amamentando, bem como pela qual é garantido o direito à licença maternidade à mãe adotiva, nos termos do art. 392-A da Consolidação das Leis do Trabalho.

Segundo dados fornecidos pelo Ministério da Saúde, amamentar é muito mais do que nutrir a criança, trazendo também implicações na saúde física e psíquica da mãe, ressaltando-se que é uma proteção contra câncer de mama. Já está bem estabelecida a associação entre aleitamento materno e redução na prevalência de câncer de mama. Estima-se que o risco de contrair a doença diminua 4,3% a cada 12 meses de duração de amamentação.

Todos os benefícios apontados contrastam com a realidade supramencionada, as más condições oferecidas pelos presídios femininos contribuem para o desmame precoce, já que as mães sentem-se inseguras, ansiosas, cansadas e não recebem as orientações adequadas, fatos que acabam por diminuir a produção do leite.

As dificuldades sofridas pelas presas fazem com que elas entreguem seus filhos aos cuidados de parentes ou instituições para que a criança não sofra pela falta de assistência que elas passam, resultando no desmame precoce e no déficit de desenvolvimento físico e intelectual dos conceitos.

## **6 OS PRIMEIROS ANOS DA CRIANÇA ATÉ O MOMENTO DA SEPARAÇÃO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

A legislação brasileira garante à mãe o direito de permanência de seu filho dentro das penitenciárias até os sete anos de idade. A Lei nº 11.942, de 27 de maio de 2009 deu nova redação ao artigo 89 da Lei de Execução Penal. O texto da lei determina que:

Art. 89º. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 06(seis) meses e menores de 07 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

Ocorre que a realidade das penitenciárias brasileiras, como já exposto durante todo o trabalho, é bem difícil. A lei garante, como demonstrado acima, que o presídio tenha uma creche que possa abrigar as crianças maiores de seis meses e menores de sete anos, entretanto, nem todos esses estabelecimentos possuem este espaço.

A superpopulação nos presídios é uma verdadeira ofensa aos direitos fundamentais. O artigo 5º, XLIX, da Carta Magna assegura aos presos o respeito à integridade física e moral. A dignidade da pessoa humana é um dos princípios basilares da Constituição.

A LEP, em seu artigo 88, estabelece que o cumprimento da pena deve ocorrer em cela individual, com área mínima de seis metros quadrados. Ademais, o artigo 85 da LEP prevê que deve haver compatibilidade entre a estrutura física do presídio e a sua capacidade de lotação.

Nesse contexto, se os presídios brasileiros já não tem espaço para aqueles que devem cumprir sua pena, muito menor é o espaço que deveria ser garantido para os filhos daquelas que estão presas.

Então, o que resta a ser feito para as mães dessas crianças quando completam 06 meses de idade é encaminhá-las para o cuidado de algum familiar ou, ainda, para um abrigo, pois a instituição não possui instalações adequadas.

A LEP, em seu artigo 117, apresenta outras possibilidades para as mulheres e suas crianças. De acordo com este artigo, é possível realizar a admissão do recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de mulher “condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental e de uma gestante”.

A lei visa garantir a manutenção do vínculo entre mães e filhos, que é um direito da criança e de sua mãe e pode ser preservado por meio de alternativas na prisão fechada ou pela criação de um espaço próprio e adequado ao desenvolvimento infantil dentro das prisões.

Diante de inúmeros casos concretos é que a jurisprudência pátria tem reconhecido os direitos das mulheres encarceradas, assegurando-os, sobretudo, quando a presa se encontra recolhida em unidade que não tenha condições estruturais de possibilitar a permanência do recém-nascido com a mãe, aplicando, então, por analogia com as hipóteses do artigo 117 da LEP, uma espécie de prisão domiciliar especial.

É o que se vê no julgado abaixo transcrito do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

**HABEAS CORPUS Nº 115.941 - PE (2008/0207028-0)**

**EMENTA**

EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS*. 1. PRESA PROVISÓRIA. NECESSIDADE DE AMAMENTAÇÃO DE FILHO RECÉM-NASCIDO. DETENÇÃO EM COMARCA DIVERSA DE ONDE RESIDE E ONDE SE ENCONTRA A CRIANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL. RECONHECIMENTO. 2. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 117 DA LEP. POSSIBILIDADE. MEDIDA EM NOME DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E PROPORCIONAL NO CASO CONCRETO. 3. ORDEM CONCEDIDA.

1. Mesmo às presas provisórias devem ser garantidas condições de permanecer com o filho no período de amamentação (artigo 5º, L, CR). Não é razoável que a paciente fique presa em comarca diversa da que residia com a criança, ainda mais se já se encontra condenada em primeiro grau e não mais subsiste qualquer interesse probatório na sua proximidade física com o local dos fatos.

2. É possível a aplicação analógica do artigo 117 da Lei 7.210/84, ao caso ora sob exame, mostrando-se proporcional e razoável que a paciente fique em regime domiciliar para dar maior assistência a seu filho, já que não há estabelecimento adequado para estas circunstâncias na Comarca de Juazeiro.

3. Ordem concedida para que a paciente seja colocada em prisão domiciliar até o trânsito em julgado da ação penal, devendo o juízo de primeiro grau estipular as suas condições.

**VOTO**

**MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):**

Nos termos do artigo 3º da Lei de Execução Penais, "ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou lei". Assim, quanto mais em relação ao preso provisório, deverá ser-lhe assegurado o exercício destes mesmos direitos. No caso, tem a mãe o direito de amamentar e prestar assistência à criança que gerou. Se não há na Comarca de Juazeiro local adequado para que possa estar perto de sua família e amamentar e cuidar do bebê, ainda que estando recolhida em estabelecimento prisional, penso que deve ser-lhe assegurado o direito de permanecer em prisão domiciliar. Ora, trata-se de direito individual fundamental insculpido no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil o direito das presidiárias de "permanecer com seus filhos durante o período de amamentação". Nota-se na Lei de Execução, da mesma forma, uma preocupação do legislador em deixar o preso próximo ao seu meio social e familiar, como forma de integração social, fim máximo da execução penal, nos termos do artigo 1º deste mesmo diploma. Dispõe, ainda, o artigo 103 da Lei de Execução Penal que "cada comarca terá, pelo menos, uma Cadeia Pública a fim de resguardar o interesse da administração da justiça criminal e a permanência do preso em local próximo ao seu meio social e familiar". Trata-se de artigo aplicável, por óbvio, também ao preso provisório. Há, é verdade, o interesse da administração da justiça em que a paciente

fique na comarca em que cometido o delito (Trindade/PE), como ressaltado pelo juízo de primeiro grau. Todavia, o interesse da administração da justiça também há que ser sopesado em relação ao interesse do menor lactente em ter a assistência da mãe nestes primeiros anos de vida. Por outro lado, com a prolação da sentença, penso que não se verifica mais qualquer razão para que a paciente seja mantida na Comarca em que teria sido cometida a infração criminal. Considerando que o regime inicial aplicado em sentença condenatória à paciente foi o regime semi-aberto, é possível a aplicação analógica do artigo 117 da Lei 7.210/84, ao caso ora sob exame, mostrando proporcional e razoável que a paciente fique em regime domiciliar para dar maior assistência a seu filho, especialmente diante da notícia de que a avó da criança, a quem incumbiam os seus cuidados, ficou viúva recentemente, com a morte de seu marido em 6 de novembro de 2008. Como bem ressaltado no parecer da Subprocuradoria-Geral da República:

"É notório que a prisão domiciliar só deve ser concedida aos presos condenados no regime aberto (art. 117, da Lei de Execução Penal). Porém, a rigidez da regra deve ser relativizada quando está em jogo o direito da criança. Estabelece o art. 227 da Constituição que 'é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".

[...]

No caso concreto, a criança, que se encontra em outro Estado e sob os cuidados da avó (que também está em situação difícil, em razão da senilidade e da perda recente do esposo), precisa da proteção materna, de modo que, entendo cabível a prisão domiciliar" (fls. 179/180).

Esta Sexta Turma tem admitido a concessão da prisão domiciliar mesmo em casos de presos provisórios ou de condenados ao regime semi-aberto, quando a medida se mostrar necessária diante das peculiaridades do caso concreto, em nome da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito:

‘[...]

1. Constitui constrangimento ilegal submeter o paciente a condições incompatíveis com a dignidade humana, um dos fundamentos sobre o qual repousa a República Federativa do Brasil, bem como em local mais gravoso que o estabelecido na condenação.

2. Se o sistema prisional mantido pelo Estado não possui meios para manter o detento em estabelecimento apropriado, é de se autorizar, excepcionalmente, que a pena seja cumprida em prisão domiciliar.

3. O cidadão, mesmo condenado e cumprindo pena, é titular de direitos e estes não podem ser desrespeitados pelo próprio Estado que os conferiu.

4. Ordem concedida." (STJ, Sexta Turma, HC 96719/RS, Relator(a) Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), j. 15/04/2008, DJ de 28/04/2008)

‘[...]

4. Ainda que não satisfeitos os requisitos específicos do artigo 117 da Lei de Execução Penal, a prisão domiciliar também pode ser concedida a preso provisório cujo estado de saúde esteja débil a ponto de não resistir ao cárcere, em respeito à dignidade da pessoa humana. Precedentes.

5. Nessa hipótese, o benefício deve perdurar apenas enquanto a saúde do agente assim o exigir, cabendo ao Juízo de 1º Grau a fiscalização periódica dessa circunstância, o mesmo podendo ocorrer na hipótese de os hospitais credenciados ao sistema penal virem a oferecer os serviços de saúde dos quais necessitam o agente.

6. Recurso parcialmente provido." (STJ, Sexta Turma, RHC 22537/RJ, Relator(a) Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), j. 15/04/2008, DJ de 12/05/2008)

Ante o exposto, concedo a ordem para que a paciente seja colocada em prisão domiciliar até o trânsito em julgado da ação penal, devendo o juízo de primeiro grau estipular as suas condições.

Observa-se a preocupação da Ministra em manter a criança na companhia de sua mãe, sob os seus cuidados, sob sua proteção, mantendo, assim o vínculo maternal.

O problema é que a maioria das presas que tiveram seus filhos dentro dos presídios não têm o mesmo destino do caso apontado, não têm a possibilidade de ficar em prisão domiciliar ao invés da prisão. O ambiente de um lar é muito mais propício para a criação de uma criança, lugar que tem as condições básicas para higiene, onde a mãe pode cuidar bem melhor do seu filho, com a ajuda de parentes e até mesmo do pai do menor.

O direito à convivência familiar foi incluso no título VIII “Da ordem Social”, Capítulo VII “Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso”, o art. 227, da Constituição Federal de 1988, trata do direito à convivência familiar, sendo um direito fundamental de ordem social. Os direitos de ordem social ganharam especial relevância na Constituição Federal de 1988 visto que corresponde a uma prestação positiva do Estado em benefício da sociedade.

A família é um privilégio na qual se desenvolve o amor e onde os afetos são construídos. Assim, deve a entidade familiar reproduzir a convivência social e fundar-se em valores de solidariedade, afeto, respeito, compreensão, carinho e aceitação das necessidades existenciais de cada um de seus componentes. Nessa forma, o contexto que está inserido o direito à convivência familiar, inserido pelo art. 227 da referida Carta Magna, *in verbis*:

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

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 19, aduz:

Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Sendo considerada a proteção da dignidade humana como um dos pilares do Estado Democrático de Direito e do ordenamento jurídico, vez que inerente a todo e qualquer ser humano, embora possua um conceito em constante mudança, Sarlet (2011, p. 73) propõe o seguinte conceito:

‘Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida’.

Assim, a criança ou o adolescente tem o direito de ser criado pela sua própria família, como regra geral, e excepcionalmente, por família substituta.

Logo, o que deve ser levado em conta pelas autoridades competentes é a garantia desses direitos, de forma a propiciar à criança uma vida mais digna, perto de sua mãe, assegurando-lhes um futuro melhor.

Porém, como já visto, nem sempre são observadas todas essas condições. O que resta para essas mulheres é a dúvida entre deixar a criança crescer dentro de um estabelecimento prisional que não oferece qualquer condição de higiene, saúde, lazer e educação ou entregar os seus filhos a algum parente ou, ainda, entregá-los aos cuidados de uma instituição capacitada para tal, como os abrigos.

A mãe se vê diante uma escolha que pode ser fundamental para a vida de seu filho, uma vez que já nos primeiros anos de vida a criança deve ser educada, bem alimentada, deve ter lazer e cultura. E, dentro dos presídios, é muito mais difícil garantir tudo isto.

Chega, então, o momento da separação entre a mãe e o seu filho. A mãe irá cumprir a sua pena, diante de todas as dificuldades encontradas, até que possa conseguir novamente viver em liberdade.

O filho irá para os cuidados de parentes ou para os abrigos. E, então, o tão defendido convívio maternal será deixado de lado.

## 7 CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1998 tem como fundamentos a cidadania, a dignidade da pessoa humana. A Lei de Execução Penal visa garantir ao preso que seus direitos sejam respeitados, buscando, assim, a sua ressocialização. O Estatuto da Criança e do Adolescente preza pela família, pelo lazer e pela educação.

Entretanto, a realidade vivenciada dentro dos presídios brasileiros é uma afronta aos direitos, principalmente, quando o assunto é o cárcere e a maternidade.

A presente Monografia apontou os direitos e garantias das presas grávidas, que são os mesmos de uma gestante que está em liberdade, e os problemas por elas enfrentados que na grande maioria, não são solucionados.

É necessário olhar para dentro das penitenciárias, não deixar que os direitos fiquem apenas nos papéis e nos Códigos, deve-se garantir a eficácia da lei, a sua aplicabilidade.

Resta demonstrado que as grávidas reclusas têm direito ao acompanhamento médico durante o pré-natal, direito de serem acompanhadas por toda uma equipe qualificada para tanto.

Fica evidenciado que o bebê gerado por essas mulheres têm o direito ao aleitamento materno, ao acompanhamento por pediatras, a exames e vacinas oferecidos pelo SUS.

Dessa forma, foi estabelecido o direito à convivência familiar e comunitária, exposto no art. 227 da Constituição Federal de 1988, na qual trata-se um direito fundamental de ordem social, que possui como âncora a família, considerada a base da sociedade e espaço privilegiado onde se desenvolve a vivência do amor e afetos. Este direito estabelece a responsabilidade entre família, sociedade e Estado em garantir com total prioridade os direitos de crianças e adolescentes.

De acordo com o princípio da convivência familiar está o Estatuto da Criança e do Adolescente, que preconiza a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, considerando a criança na totalidade do seu ser, e estabelecendo os direitos inerentes as crianças.

Um dos principais responsáveis pela garantia desses direitos é o Estado, encarregado pelo planejamento e desenvolvimento de políticas públicas eficazes que visem à manutenção dos vínculos familiares e os direitos de crianças e adolescentes.

Dentre as responsabilidades do Estado, está a tutela do sistema prisional, que se faz fundamental sua atuação ao reconhecer a importância da relação mãe-filho, possibilitando

condições adequadas para as mães presidiárias estarem com seus filhos. Além de atenderem às necessidades das mulheres, o Estado também é responsável para que as penitenciárias atendam as necessidades das possíveis crianças que durante um período de sua vida terão as penitenciárias femininas como lar, devendo garantir a essas crianças como já foi sustentado acima o direito à saúde, assistência psicológica, nutricional e educacional.

Dessa forma, observou-se que a permanência das crianças nas penitenciárias, além de ser considerada importante para a relação mãe-filho, garantindo a convivência familiar, se dá com base no princípio do melhor interesse da criança, embora o local não seja o mais adequado, a importância da mãe para os primeiros anos de vida da criança se sobressai às demais circunstâncias.

Diante de todo o exposto, não há dúvidas que na maioria dos casos, as penitenciárias femininas não possuem os padrões necessários para se manter em cárcere uma grávida. A realidade está bem distante do que está na lei.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Bruna Soares Angotti Batista de. **Entre as leis da Ciência, do Estado e de Deus. O surgimento dos presídios femininos no Brasil.** 2011. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. doi:10.11606/D.8.2011.tde-11062012-145419. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8134/tde-11062012-145419/pt-br.php>>. Acesso em: 24 jan. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Texto consolidado até a Emenda Constitucional nº 52 de 08 de março de 2006.** Brasília: DF, Senado, 1988.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** 1988. Legislação Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 23 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Regras mínimas para o tratamento dos presos no Brasil.** Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 1995.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jul. 1984.

\_\_\_\_\_. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990: Estatuto da criança e do adolescente. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1990.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Legislação Federal. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 23 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 57783, de 10 de fevereiro de 2012.** Veda o uso de algemas em presas parturientes, nas condições que especifica. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, 10 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 24 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11634, de 27 de dezembro de 2007.** Dispõe sobre o direito da gestante ao conhecimento e a vinculação à maternidade onde receberá assistência no âmbito do Sistema

Único de Saúde. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Lei/L11634.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11634.htm)>. Acesso em: 24 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.053, de 25 de maio de 1995.** Altera a redação dada do art. 50 de Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9053.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9053.htm)>. Acesso em: 15 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei N.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 15 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.942, de 28 de maio de 2009.** Dá nova redação aos arts. 14, 83 e 89 da Lei nº 7210, 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/\\_ato2007-2010/2009/lei/111942.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111942.htm)>. Acesso em: 15 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal da Justiça. Súmula nº 691. Recurso de Habeas Corpus. HABEAS CORPUS Nº 351.494-SP(2016/0068407-9). RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ IMPETRANTE : ANDREZA DE AVILA DIAS ADVOGADO : ANDREZA DE AVILA DIAS - SP322116 IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO PACIENTE : MICHELL AMARAL SANTANA (PRESO) DECISÃO MICHELL AMARAL SANTANA, paciente neste habeas corpus, estaria sofrendo coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou o HC n. 2003092-59.2017.8.26.0000.

CAMARGO, Virgínia. **Realidade do Sistema Prisional no Brasil.** 2006. Disponível em: <[http://www.ambitoridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1299\\_virginiacamargo](http://www.ambitoridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1299_virginiacamargo)>. Acesso em: 06 jun. 2016.

CONCEIÇÃO, Virgínia da. **Realidade do Sistema Prisional.** Disponível em: <[http://www.direitonet.com.br/artigos\\_virginiadaconceicao](http://www.direitonet.com.br/artigos_virginiadaconceicao)>. Acesso em: 12 jun. 2016.

CONSULTOR JURÍDICO. STJ aplica nova lei e concede prisão domiciliar a mãe de filho pequeno. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-12/stj-usa-lei-concede-prisao-domiciliar-mae-filho-pequeno>>. Acesso em: 17 maio 2016.

\_\_\_\_\_. Conversão de prisão preventiva em domiciliar para grávidas não é automática. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-26/conversao-preventiva-domiciliar-gravida-nao-automatica>>. Acesso em: 17 maio 2016.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 17 maio 2016.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir** - História das violências nas prisões, Tradução de Raquel Ramalhete. 13 ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

GOFFMAN, Erving. **Manicônios, Prisões e Conventos**. São Paulo: Perspectiva, 1974.

ONU. Organização das Nações Unidas. Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, 1955. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contr-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/regras-minimas-para-o-tratamento-dos-reclusos.html>>. Acesso em: 17 maio 2016.

PLANO Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito das Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, p.26. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/programas/pdf/plano-nacional-de-convivencia-familiar-e.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2016.

PORTAL BRASIL. Justiça traça perfil da população penitenciária feminina. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil>>. Acesso em: 20 maio 2016.

RIOS, G. S; Silva, AL. Amamentação em presídio: estudo das condições e práticas no Estado de São Paulo, Brasil. **BIS, Bol. Inst. Saúde**, v.12, n.3, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SILVA, Ezequiel Aparecido da. **O Cárcere e a Maternidade**: dos direitos mínimos da mãe e da criança. Disponível em: <<http://www.ezequielapsilva.jusbrasil.com.br/artigos>>. Acesso em: 17 maio 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ já decidiu com fundamento na Lei da Primeira Infância. Disponível em: <<http://helmnunes.com/2016/03/14/stj-ja-decidiu-com-fundamento>>. Acesso em: 17 maio 2016.

VIAFORE, Daniele. A gravidez no cárcere Brasileiro: uma análise da Penitenciária Feminina Madre Pelletier. **Direito & Justiça**, ano XXVII, v. 31, n.2, p. 99, Rio Grande do Sul. 2005. Convenção Americana de Direitos Humanos.