



O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INTRANSCENDÊNCIA DESDE O PERÍODO DE GESTAÇÃO NO SISTEMA PRISIONAL FEMININO

Thalita Galarce da Rosa¹

RESUMO: O Princípio Constitucional da Intranscendência que está previsto no artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, determina que a pena não poderá passar da pessoa do condenado, ou seja, é vedado que os efeitos da punição sejam estendidos a quem não concorreu para a prática delituosa. Nesse sentido, a falta de assistência médica para a mulher presa em estado gravídico e estrutura inadequada para o desenvolvimento sadio da criança que, por determinado tempo, permanece com a mãe na prisão, violaria este princípio, hipótese que justifica o presente artigo, bem como a instituição de políticas públicas para proteger a gestante encarcerada e assegurar os direitos do neonato, outra hipótese que, ao contrário, evitaria que o princípio em análise fosse infringido. Assim, com o objetivo geral de verificar como são resguardados direitos no sistema prisional feminino no que se refere aos períodos de gestação e convivência da criança com a mãe apenada, utilizando-se do método dedutivo, foi realizada pesquisa bibliográfica, com estudo doutrinário, observância da jurisprudência e legislação nacional vigente, além de uma pesquisa de campo na modalidade qualitativa em entrevistas abertas com administradores de diferentes modalidades de prisão do Estado do Rio Grande do Sul. Conclui-se que, apesar do amparo legal destinado ao nascimento, desenvolvimento e condições dignas de existência para a criança, a pena nunca se desvinculou de seu caráter retributivo, o que reflete no desinteresse em investir dinheiro público no setor penitenciário, razão pela qual a ação dos administradores das penitenciárias fica fragilizada no sentido de resguardar a proteção integral da criança que nasce e permanece nas mazelas

¹Advogada OAB/RS. Graduada em Direito pela Universidade da Região da Campanha - URCAMP. Pós-graduanda em Direito Público na Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Integrante do Projeto de Pesquisa em Direitos Humanos: desafios no efetivo cumprimento dos direitos de 2ª geração no Brasil (URCAMP); Integrante do Projeto de Pesquisa sobre Trabalho Infantil e Políticas Públicas para o seu enfrentamento no município de Bagé-RS (URCAMP); Integrante do Projeto de Extensão em Direitos da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas: a violência intrafamiliar contra crianças e adolescentes no contexto do município de Bagé-RS (URCAMP); Integrante do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes nos países do MERCOSUL (GEDIHCA/URCAMP). E-mail: galarce.adv@gmail.com.

do cárcere, o que acaba por, em alguns aspectos, punir quem não cometeu crime algum.

Palavras-chave: Criança. Gestação. Intranscendência. Sistema Prisional.

ABSTRACT: The Constitutional Principle of Intranscendence that is provided by article 5, paragraph XLV, of the 1988 Brazilian Constitution determines that the penalty cannot pass the person of the convict, that is, it is prohibited that the effects of punishment are provided for those who did not act criminally. In this sense, the lack of medical care for the woman trapped in pregnancy status and the inadequate structure for the healthy development of the child who, for a time, stays with the mother in prison violates this principle. This situation justifies this article, as well as the establishment of public policies to protect incarcerated pregnant women and ensure the rights of the newborn, which would prevent the infringement of principle at issue. Thus, the overall objective is to check how safeguarded are the rights in the female prison system in relation to periods of pregnancy and cohabitation of the child with the prey mother. For this, it was used the deductive method, with doctrinal study, observance of the law and national legislation current, and field research in the qualitative mode in open interviews with managers from different prison terms in the Rio Grande do Sul State. In conclusion, despite the legal support for the birth, development and decent living conditions for the child, the penalty never relinquished its retributive character, which reflects the lack of interest in investing public money in the prison sector. In addition, it explains why the action of the directors of prisons is weakened in order to save the full protection of the child who is born and remains in the prison ill, and, in some situations, it results in a punishment to those who have committed no offense.

Keywords: Child. Gestation. Intranscendence. Prison System.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A efetivação do princípio constitucional da intranscendência no sistema prisional feminino   imprescindível para evitar que crianças sejam também penalizadas, através da mãe, desde a sua concepção. A relevância social do tema justifica-se pelo fato de que os direitos da criança devem ser assegurados

com prioridade não somente pela família, mas também pela sociedade e pelo poder público, uma vez que se trata de pessoas em desenvolvimento e em condições de vulnerabilidade. A legislação nacional vigente não é omissa no que se refere a direitos fundamentais da criança mesmo antes de seu nascimento, uma vez que assegurado o direito à vida, o que demonstra a relevância jurídica deste estudo. O princípio em análise preconiza que os efeitos da punição não podem se estender além da pessoa do condenado, neste seguimento, com a existência de recém-nascidos e mulheres grávidas nas penitenciárias, este princípio torna-se ainda mais importante para impedir a violação de direitos humanos, tornando-se evidente a relevância acadêmica do assunto.

O problema que orientou a presente pesquisa, estruturado com base na doutrina da proteção integral e no princípio constitucional da intranscendência, versa sobre como são resguardados direitos no sistema prisional feminino no que se refere aos períodos de gestação e convivência da criança com a mãe apenada, com o objetivo geral de contextualizar se a realidade enfrentada por mulheres que cumprem pena no Estado do Rio Grande do Sul condiz com os mecanismos legais de proteção à criança. Além disso, este trabalho tem como objetivos específicos: analisar a importância da efetivação do princípio constitucional da intranscendência; expor a proteção jurídica aos direitos da criança; demonstrar como as penitenciárias femininas gaúchas estão estruturadas para evitar a violação deste princípio.

Entre as principais hipóteses consideradas está a presunção de que a falta de assistência médica para a mulher presa em estado gravídico e estrutura inadequada para o desenvolvimento sadio da criança que, por determinado tempo, permanece com a mãe na prisão, violam o princípio da intranscendência. Além desta, tem-se que a instituição de políticas públicas para proteger a gestante e assegurar os direitos do recém-nascido, conforme previsão legal, expressa no artigo 7º, da Lei n.º 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), evitaria que os efeitos da pena recaíssem sobre o infante.

O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, com técnicas de pesquisa bibliográfica, com estudo doutrinário, observância da jurisprudência e legislação nacional vigente, e de campo na modalidade qualitativa em

entrevistas abertas com administradores de duas penitenciárias femininas e um presídio regional que possui pavilhão para mulheres que cumprem pena privativa de liberdade, todos estabelecimentos localizados no Estado do Rio Grande do Sul.

1. DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INTRANSCENDÊNCIA

O Princípio Constitucional da Intranscendência, igualmente conhecido como da Personalidade ou da Pessoaalidade, previsto no artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, determina que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, o que demonstra a posição do ordenamento jurídico nacional no que diz respeito as finalidades da pena, no sentido de que não há razão para se estender os efeitos da reprimenda para quem não tenha cometido delito algum. Acentua Luisi (2003, p. 38) "a pena não pode se estender a pessoas estranhas ao delito, ainda que vinculadas ao condenado por laços de parentesco".

Este conceito é doutrinado por Boschi, nos seguintes termos:

Há um liame profundo entre o princípio da personalidade, o da proporcionalidade e o da individualização da pena, porque, em conjunto, os três direcionam a imposição da pena certa e nos limites do necessário à retribuição e à prevenção dos ilícitos penais ao autor do fato. (2013, p. 41)

Definiu Dotti (2013, p. 72) que a garantia da intranscendência é dogmática, uma vez que inexistem fundamentos humanos, sociais e éticos para que a punição seja também imposta a terceiros. No entanto, este princípio norteador da aplicação da pena gera discussões quanto ao seu alcance, uma vez que a condenação, ainda que de maneira indireta, produz efeitos a quem não concorreu para a prática do crime. Para Anjos (2009, p. 17), "é sabido que qualquer pena e, em especial, a de prisão, afeta o círculo de pessoas próximas ao condenado". Assevera, ainda:

Dessa forma, medidas devem ser tomadas para diminuir os reflexos que a punição penal gera sobre o círculo de pessoas que circundam o apenado. [...] assim como as medidas relacionadas à mulher presidiária gestante ou lactante, a quem devem ser destinados direitos específicos em prol do desenvolvimento sadio dos seus filhos

(direitos das mães e de seus filhos), também podem ser citados. (ANJOS, 2009, p. 17)

Neste contexto, importante apontar que a legislação reservou uma atenção especial para a mulher presa em estado gravídico para minimizar os efeitos indiretos da pena, com a previsão de que a penitenciária feminina disponha de local exclusivo para gestante e parturiente e de creche, com o objetivo de assistir a criança cuja responsável esteja encarcerada, nos termos do artigo 89, da Lei n.º 7.210/1984 (Lei de Execução Penal). Assegurou, ainda, que as apenadas disponham de condições para que possam permanecer com seus filhos durante o aleitamento, conforme artigo 5º, inciso L, da Constituição Federal. Além disso, a legislação foi recentemente modificada com o advento da Lei n.º 13.257, de 08 de março de 2016, que alterou o artigo 8º, da Lei n.º 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e acrescentou, além de outros, o parágrafo 10, que evidencia a responsabilidade do poder público em garantir à gestante e à mulher presa que tenha filho na primeira infância, ambiência que atenda às normas sanitárias e assistenciais do Sistema Único de Saúde para o acolhimento do filho, com o objetivo de preservar o desenvolvimento integral da criança.

Considerando que a pena pode gerar consequências indiretas, este princípio deve ser aplicado, sobretudo, para evitar que terceiros sofram diretamente com os efeitos da punição, uma vez que expressamente vedado no ordenamento jurídico. Assim, a edificação deste princípio constitucional se torna ainda mais necessária quando se trata da mulher presa em estado gravídico, tendo em vista a possibilidade de penalizar diretamente a criança, através da mãe, desde a sua concepção. A mesma cautela se aplica para o caso de crianças que permanecem no cárcere após o nascimento, uma vez que estão sujeitas às restrições da casa prisional.

2. DA PROTEÇÃO JURÍDICA AOS DIREITOS DA CRIANÇA

Os diplomas legais, no decorrer dos anos, foram se adaptando conforme necessidades apresentadas por crianças e adolescentes, construindo um sistema de garantia de direitos (CUSTÓDIO, 2006, p. 17).

No entendimento de Naves e Gazoni (2010, p. 181) “a norma reconhece a condição peculiar da criança e do adolescente e procura introduzir na sociedade um novo conceito expansivo de proteção, definindo a tutela da infância e da juventude como um dever de todos”. Na mesma linha, Liberati (2010, p. 15) afirma que, “pela primeira vez na história das constituições brasileiras, a criança é tratada como uma questão pública, metodologia que atinge, radicalmente, o sistema jurídico”.

A doutrina da proteção integral foi incorporada no ordenamento jurídico brasileiro quando expressamente estabelecida a responsabilidade compartilhada para a efetivação do sistema de garantias dos direitos da criança e do adolescente entre família, sociedade e Estado, no artigo 227, da Constituição Federal.

Os direitos fundamentais de que trata a proteção integral devem ser considerados como de uma pessoa em condição especial, uma vez que em fase de desenvolvimento etário, o que traz à tona os direitos da personalidade, pois se trata do direito da criança e do adolescente de construir a personalidade humana adulta, justificando a distinção feita pelo texto constitucional. Neste sentido, Machado (2003, p. 118) afirma que o que justifica a positivação da proteção especial é a soma da vulnerabilidade com a força potencial que a infância e a juventude representam para a sociedade.

Nota-se que a parceria entre o Estado, a sociedade e a família é determinante para a eficácia da proteção integral trazida pelo ordenamento jurídico, pois cumpre ao Estado, provedor de subsídios, orientar políticas públicas de forma ampla e direcionada; à sociedade cabe a fiscalização da efetividade das políticas públicas; e à família cumpre manter uma atuação em harmonia com os interesses e direitos da criança e do adolescente (NAVES; GAZONI, 2010, p. 182).

Neste aspecto, é inegável a importância de se resguardar com primazia os direitos de crianças e adolescentes:

O estabelecimento da doutrina da proteção integral como elemento basilar do novo sistema jurídico implica no reconhecimento da criança e do adolescente como pessoas em condições peculiares de desenvolvimento; mas também no valor presente e prospectivo da infância e nas suas condições especiais de vulnerabilidade. Por isso, o reconhecimento dos direitos humanos e fundamentais garantidos a

todas as pessoas, mas também um conjunto de direitos especiais destinados à ampliação das possibilidades e capacidades de proteção à criança e ao adolescente. (CUSTÓDIO, 2006, p. 182)

Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, surgiram diretrizes de políticas públicas de atendimento à criança, que deve ter sua condição de pessoa em desenvolvimento respeitada (FACHINETTO, 2008, p. 39). No sentido de corroborar o ensinamento do autor, estabelece o artigo 3º, *caput*, do diploma legal.

Diante do exposto, pode-se dizer que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos merecedores de proteção jurídica comum a todos e, ainda, de amparo legal complementar, que é dado devido a fragilidade destes seres humanos em fase de constante desenvolvimento etário. Nessa linha, pode-se afirmar que o sistema de garantia de direitos é fundamental para efetivar a legislação protetiva, não se fazendo distinção entre crianças que permanecem no ambiente prisional e aquelas que não passam por tal impedimento. Nesse sentido, o Princípio Constitucional da Igualdade, previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, surge para buscar equivalência entre crianças filhas de detentas e outras crianças, com o intuito de diminuir as desigualdades decorrentes de situações sociais, econômicas e culturais diferenciadas, como ocorre no caso de crianças que são geradas antes ou depois do início do cumprimento da pena, e nascem no cenário da prisão, onde permanecem no convívio da mãe por certo tempo. Ainda nesse sentido, com as alterações trazidas pela Lei n.º 13.257, de 08 de março de 2016, houve acréscimo de parágrafo único no artigo 3º, acima citado, que dispõe justamente sobre a discriminação, colocando todas as crianças em pé de igualdade quando se tratar de direitos.

2.1 Da Proteção no Período de Geração

Sabe-se que o direito à vida é considerado o primeiro direito atribuído ao nascituro, uma vez que é a partir do nascimento com vida que surgem os demais direitos. Assim, considerando que representa vulnerabilidade no tocante às relações jurídicas as quais integra, o nascituro merece a mais ampla proteção perante o ordenamento jurídico, especialmente quanto aos direitos

fundamentais (RIBEIRO, 2011, p. 27). Nessa perspectiva, por meio da leitura do artigo 2º do Código Civil é possível compreender que durante o período da gestação se está diante de dois sujeitos de direitos, quais sejam a mulher em estado gravídico e o próprio nascituro. Nesses termos: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” (BRASIL, 2002).

O direito brasileiro se mostra defensor da posição concepcionista, tendo em vista que deixa evidente a existência da proteção legal do nascituro desde a sua concepção (FIUZA, 2010, p. 83). A teoria concepcionista entende que o nascituro é considerado sujeito de direitos porque desde a concepção já existem interesses que devem ser assegurados de imediato (GONÇALVES, 2012, p. 112).

Entre os direitos que devem ser assegurados, tem-se o direito à saúde, uma vez que a saúde da gestante atinge diretamente o nascituro, razão pela qual condições inadequadas para uma gravidez podem comprometer o direito à vida. Nessa linha estão os artigos 8º, 9º e 10º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que reservam atenção especial aos direitos da gestante, dispostos no ordenamento como direitos fundamentais, diante do aspecto de desenvolvimento da criança. Inclusive, a recente Lei n.º 13.257, de 08 de março de 2016, acrescentou dois parágrafos no artigo 9º, evidenciando a importância do apoio ao aleitamento materno e alimentação complementar saudável. Além do mais, o artigo 6º da Constituição Federal considera a proteção da maternidade e infância como direitos sociais. Segundo Vitolo (2003, p. 12), a condição socioeconômica interfere no estado nutricional durante a gestação, as circunstâncias de vida da mulher grávida, como moradia e saneamento básico, são determinantes para o bem estar do seu filho.

A atual jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul deixa em evidência os direitos do nascituro e a responsabilidade compartilhada no que se refere ao amparo daqueles que mais precisam, evitando que a condição social prejudique o desenvolvimento sadio da criança, como no seguinte caso:

ECA. SAÚDE. DIREITO DO NASCITURO AO ATENDIMENTO DE QUE NECESSITA. PRIORIDADE LEGAL. OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO DE FORNECÊ-LO. 1. O ECA estabelece tratamento preferencial a crianças e adolescentes, mostrando-se necessário o pronto fornecimento do atendimento de que necessitam o nascituro e a gestante, cuja família não tem condições de custear. 2. Há exigência de atuação integrada da União, dos Estados e dos Municípios para garantir o direito à saúde de crianças e adolescentes, do qual decorre o direito ao fornecimento do amplo atendimento à saúde. Inteligência dos art. 196 e 198 da CF e art. 11, §2º, do ECA. 3. A prioridade estabelecida pela lei enseja a responsabilização do poder público, sendo irrelevante a alegação de escassez de recursos ou inexistência nos estoques, o que o obrigaria a alcançar o atendimento à saúde, ainda que obtido sem licitação, em estabelecimento particular, a ser custeado pelo Município. Recurso desprovido. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, Apelação Cível n.º 70058408626, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 2014) [grifo do autor]

Registra-se que, os entendimentos jurisprudenciais do Estado do Rio Grande do Sul terão maior importância no presente trabalho, uma vez que limitou-se em averiguar como são resguardados direitos especialmente neste Estado.

No caso demonstrado, a decisão primou pela garantia do acesso universal e igualitário aos serviços de saúde como forma de proporcionar condições dignas de existência. Dada a proteção que os dispositivos legais pertinentes conferem aos direitos do nascituro, pode-se concluir, neste ponto, que, no cenário das penitenciárias femininas, o princípio da intranscendência deve ser aplicado desde o período de gestação da mulher, evitando que a pena recaia diretamente sobre dois sujeitos de direitos.

2.2 Dos Direitos da Criança

O desenvolvimento sadio da criança tem importante posição no ordenamento jurídico brasileiro, que visa atingir melhores condições de vida para esta população, mediante a efetivação de direitos que devem ser protegidos com absoluta prioridade e resguardados de qualquer espécie de discriminação, reconhecendo a necessidade de cuidados antes e depois do nascimento (VERONESE; SILVEIRA, 2011, p. 39). A construção dos direitos de crianças e adolescentes proporcionou significativa evolução do sistema de garantias, que deslocou o direito para o campo da realidade social, uma vez que a titularidade reconhecida a este público obriga que a proteção integral

seja assegurada em responsabilidade compartilhada e, neste ponto, surge a importância da instituição de políticas públicas no sentido de resguardar direitos mesmo antes do nascimento.

Juntamente com o direito fundamental à vida, de nascer e ter condições dignas de existência tem-se o direito fundamental à saúde. A garantia de saúde não envolve apenas cuidados médicos, a saúde pela alimentação é de suma importância, visto que, para prevenir doenças decorrentes da desnutrição, que hoje é um dos grandes males da infância, é necessária uma alimentação adequada. Se a família não apresenta condições de alimentar adequadamente os infantes, cabe ao poder público elaborar políticas públicas a fim de resguardar direitos fundamentais (AMIN, 2010, p. 33).

Entre os direitos fundamentais de crianças e adolescentes, há previsão, ainda, ao direito à liberdade, assegurado pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em face da consideração de seus titulares como pessoas humanas em processo de desenvolvimento (LIBERATI, 2010, p. 24). Neste aspecto, o direito a ter liberdade, orientado pelo interesse superior da criança, é tido como aquele que agrega a possibilidade de manter livremente condutas típicas da sua faixa etária, como brincar, por exemplo, comportamento que está expressamente previsto como demonstração de liberdade da criança, o que se enquadra perfeitamente como um dos fundamentos do princípio da dignidade da pessoa humana. Ainda, nessa mesma linha de pensamento, existe o direito ao respeito, que engloba, como um todo, a proteção da integridade física, psíquica e moral, nos termos do artigo 17, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No que se trata ao direito à dignidade, há que ser considerado como fundamental para toda a estrutura da ordem jurídica, uma vez que, apesar de merecer atenção especial quando se refere a crianças, foi conferido a todos, sem discriminação. Esta concepção é ilustrada nas palavras de Sarlet:

O que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações). Assim, sem que reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que

lhes são inerentes, em verdade, estar-se-á negando-lhes a própria dignidade. (2009, p. 94)

A dignidade da criança constitui, portanto, um valor inestimável no ordenamento jurídico. Diante deste contexto, importante lembrar que é dever de todos zelar pelos direitos fundamentais da criança, dada a responsabilidade compartilhada já consagrada no texto constitucional.

Com relação ao direito à convivência familiar e comunitária, se faz essencial a demonstração da importância da família. Segundo Moraes (2005, p. 744), “a família é a base da sociedade e, constitucional e legalmente, tem especial proteção do Estado”. Não se pode tratar do assunto, entretanto, sem mencionar o exercício do poder familiar, instituto que possui definição contemporânea, segundo Diniz:

[...] um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho. (2015, p. 512)

Ainda sobre este assunto específico, é importante esclarecer que, nos termos da lei, a perda ou suspensão do poder familiar são medidas excepcionais e somente devem ser aplicadas nos casos em que os pais deixam de cumprir com os deveres de sustentar, proteger e educar os filhos, uma vez que estariam violando direitos fundamentais inerentes à peculiar condição de desenvolvimento da criança ou adolescente.

Já a efetivação da convivência comunitária possui a finalidade de evitar a alienação do convívio da criança em sociedade, mediante a garantia de atividades que, nos termos do artigo 59 do Estatuto da Criança e do Adolescente, merecem atenção especial.

Com base no exposto, é possível perceber a preocupação da legislação para com a família, tendo em vista que a formação da criança depende de uma boa convivência, o que justifica o direito a se desenvolver em um ambiente familiar que propicie uma vida digna, sendo dever do Estado assistir e orientar as entidades familiares, se colocando à frente na execução da política de proteção integral.

3. ASPECTOS GERAIS DO SISTEMA PRISIONAL FEMININO

No que se refere a conceituação clássica de estabelecimento prisional, Thompson (2002, p. 99) dispõe: “a penitenciária no sistema penal tem por alvo punir retributivamente, prevenir pela intimidação e regenerar através da ressocialização”.

O sistema prisional, ao longo dos anos, foi basicamente estruturado seguindo o modelo masculino, tendo em vista que mulheres sempre representaram significativa minoria nas prisões. Segundo dados estatísticos do Departamento de Planejamento da Superintendência dos Serviços Penitenciários (SUSEPE-RS), atualizado em abril de 2016, o percentual de mulheres presas é o equivalente a apenas 6%. Nestes termos, alerta Rita:

Não se pode deixar de denunciar as diversas ambivalências dessa área, no campo dos direitos humanos, como: a falta de unidades prisionais específicas para as mulheres e por separação de regime penal; a falta de espaços apropriados para o atendimento à infância; a inexistência de políticas específicas voltadas para a maternidade como um todo; o direito à convivência familiar e comunitária, entre outros. (2009, p. 214)

As dificuldades encontradas por mulheres no sistema prisional podem causar violação de direitos humanos, dada a precariedade dos estabelecimentos no tocante ao acolhimento de mulheres. Os efeitos dessa situação podem extrapolar o cárcere, nas palavras de Azambuja:

A sociedade não deseja sofrer os efeitos da violência, mas muito pouco é investido na prevenção das causas da violência, em especial com os filhos de mães que cumprem pena privativa de liberdade e que são diretamente atingidos pela sua situação familiar. Mesmo os filhos que não se encontram na companhia de suas mães nos presídios são diretamente atingidos pela privação de liberdade de suas genitoras, estando sujeitos a passarem vários anos sem visitá-las. (2013, p. 54)

Assim, mostra-se relevante a preocupação com a mulher presa, especialmente em estado grávidico, uma vez que se está diante de dois sujeitos de direitos e, neste caso, o desleixo ao longo dos anos para com a existência de mulheres nas prisões pode ocasionar consequências que vão

muito além da precariedade do estabelecimento prisional, atingindo e violando direitos de terceiros.

Nesse sentido, Azambuja destaca ainda:

Considerando o perfil das mulheres em presídios, a gravidez não é fato incomum. O estresse, decorrente da privação de liberdade, pode ser maior no caso de mulheres grávidas. Com o nascimento, novos dramas se fazem presentes na vida das mães e também dos filhos. Como ficam seus bebês? O que estabelece a lei? Quais as condições de nossos presídios para receber bebês? (2013, p. 51)

Segundo Viafore (2004, p. 93) “a vida de uma gestante no mundo carcerário é desconhecida, obscura, porém cada vez mais presente nesta crescente população prisional”. Neste aspecto, quando se trata dos filhos de pais em situação de cumprimento de pena pode-se falar em “vítimas esquecidas”. Com este pensamento, Azambuja (2013, p. 51) menciona que “no Brasil, é recente a atenção das políticas públicas para com a infância e mais recente ainda para com as crianças cujas mães cumprem pena privativa de liberdade”.

E, quanto à forma como é estruturado o sistema de cumprimento de pena, Azambuja ainda conclui:

Não são poucas as carências do sistema penitenciário brasileiro. A população feminina, embora representada por número menos significativo do que o masculino, exige atenção especializada de todos em face das particularidades que a caracterizam. O primeiro passo parece ser a aproximação com esta dura realidade, marcada por tantas contradições, passando pelo debate em várias esferas da sociedade, bem como a continuidade de estudos e pesquisas, sem deixar de exigir o cumprimento da lei. O comprometimento das diversas áreas do conhecimento mostra-se essencial para que se vislumbre a possibilidade de ver o sistema aperfeiçoado, assegurando-se o respeito ao interesse da criança. (2013, p. 62-63)

O descaso ao longo dos anos agravou a situação dos presídios, e não foram poucos os fatores que culminaram para um sistema que não alcança o seu propósito. A desestruturação dos presídios está relacionada ao descrédito da reabilitação de quem cometeu prática delituosa e com as consequências que podem gerar ao condenado, mas pouco se fala sobre a presença de crianças neste ambiente degradante e nefasto. Visto que o tema não dispõe de ampla bibliografia específica, se faz importante o debate sobre a temática, a fim

de averiguar como a proteção integral é desenvolvida nas mazelas destes estabelecimentos.

3.1 Do Poder Familiar Durante a Execução Penal

A suspensão e a destituição do poder familiar são medidas excepcionais no ordenamento jurídico diante da relevância da convivência familiar, tida como um direito fundamental. O artigo 23, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe: “A condenação criminal do pai ou da mãe não implicará a destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação por crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra o próprio filho ou filha.” (BRASIL, 1990). Neste sentido, essas medidas serão impostas aos pais encarcerados somente quando não restar alternativa. Ainda no mesmo Estatuto, o artigo 19, em seu parágrafo 4º, evidencia a importância desta convivência, ainda que diante da situação de cumprimento de pena, caso em que será garantida por meio de visitas periódicas.

É relevante registrar que os dispositivos mencionados são oriundos das alterações trazidas pela Lei n.º 12.962/2014 no sentido de complementar o Estatuto da Criança e do Adolescente, a fim de assegurar que o relacionamento entre filhos e pais privados de liberdade não fique prejudicado. Além disso, a referida Lei revogou tacitamente o parágrafo único do artigo 1.637 do Código Civil, que prevê a suspensão do poder familiar no caso de condenação irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a 02 anos de prisão. Nota-se que a legislação está em constante adaptação para melhor atender aos direitos e interesses deste público considerado vulnerável.

Apesar do arcabouço legal, as penitenciárias não foram desenvolvidas para propiciar o vínculo familiar, no entanto este fato, por si só, não justifica o afastamento definitivo entre mãe e filho, outros fatores devem ser analisados isoladamente. Para esclarecer como a legislação deve ser aplicada ao caso concreto, merece destaque o ensinamento de Azambuja:

Em se tratando de mães que cumprem pena privativa de liberdade, eventual ação de suspensão ou destituição do poder familiar deve contar necessariamente com uma ampla avaliação do caso, a ser realizada por equipe interprofissional, composta por assistentes sociais, pedagogos, psicólogos e psiquiatras, devidamente

qualificada, a fim de averiguar se a mãe apresenta condições emocionais favoráveis de permanecer com o seu bebê. A avaliação, no entanto, deve envolver também o grupo familiar, a situação jurídica da apenada e as condições do estabelecimento prisional, na hipótese de mostrar-se recomendável a permanência da criança com a mãe. A falta de equipe interdisciplinar não só na sua constituição, como na forma de desenvolver o trabalho de avaliação, acompanhamento e tratamento, pode ser apontado como um dos fatores que acaba por acarretar a reprodução pelo sistema de justiça, de todo o ciclo da violência já experimentado pela criança. O critério, mais uma vez, deve levar em conta o que é melhor para aquela criança, naquele momento de seu desenvolvimento físico, social e emocional. (2013, p. 59)

Diante disso, pode-se fazer uma reflexão no sentido de que, independente do tempo de condenação, a prisão não pode servir de obstáculo para o contato entre pais e filhos. Vale acentuar que, nestes casos, deve ocorrer concessão de guarda para alguém da família extensa do condenado, podendo ser revogada a qualquer momento, caso a situação mude.

4. PENITENCIÁRIAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Com o intuito de verificar como é observado o princípio constitucional da intranscendência no contexto das políticas públicas de aplicação da pena em penitenciárias femininas no Estado do Rio Grande do Sul, foram realizadas entrevistas com administradores de três modalidades de prisão, o que possibilitou a obtenção de dados da gestão de dois presídios femininos específicos para aprisionar mulheres e de um presídio masculino que possui pavilhão para mulheres que cumprem pena privativa de liberdade. Estes estabelecimentos serão tratados como penitenciária “A”, “B” e “C”.

A pesquisa de campo, na modalidade qualitativa em entrevistas abertas, se fez necessária para demonstrar os aspectos que envolvem esta questão. A pesquisa que limitou-se ao Estado do Rio Grande do Sul, teve como embasamento teórico a teoria jurídico/política da proteção integral, que tem por objetivo a garantia de que os direitos fundamentais de crianças e adolescentes sejam resguardados com prioridade (CUSTÓDIO, 2006, p. 21).

A busca de dados também foi orientada pelos ensinamentos de Azambuja, que trata da problemática nos seguintes termos:

Debruçar-se sobre o tema que envolve a permanência ou não dos bebês na companhia de suas mães enquanto se encontram privadas de liberdade gera angústia e provoca polêmica entre os profissionais. Temos, de um lado, o direito do bebê à convivência familiar, à amamentação e ao desenvolvimento de um vínculo seguro e estável, afirmado nos documentos internacionais e na legislação. De outro, temos uma mãe que se encontra em situação de extrema restrição, vivendo em um ambiente muitas vezes insalubre e inapropriado para garantir dignidade e proteção ao seu filho. Enquanto o Brasil não assumir o compromisso de atender as diretrizes afirmadas nos documentos internacionais e na legislação pátria, é a criança, eleita como prioridade absoluta, que arcará com os prejuízos da omissão e negligência do poder público. Nesse contexto de omissões e desrespeito que caracteriza o sistema penitenciário brasileiro, não há como sustentar que sempre as mães possam ter o bebê em sua companhia, embora se deva priorizar a sua permanência com sua mãe, ainda que encarcerada. Haverá casos em que o melhor pode ser a guarda de outro familiar apto ao desempenho do encargo. Para a melhor alternativa, há que se recorrer, sempre, à adequada e minuciosa avaliação do caso concreto, tendo como parâmetro a busca da melhor alternativa para a criança. (2013, p. 59-60)

Em contato com a Diretora da Penitenciária Feminina “A” obteve-se a informação de que o estabelecimento, com 217 mulheres presas, apesar de ter sido recentemente projetado, não possui quadro suficiente de profissionais para fazer o acompanhamento de que a mulher necessita no período de gestação. Informação que demonstra que o poder público ao investir na construção dessa estrutura não planejou a equipe necessária para dar condições de funcionamento. A diretora relatou que, neste caso, ao ser diagnosticada em estado gravídico, a mulher é imediatamente transferida para a Penitenciária Feminina “B”, que possui estrutura voltada ao atendimento da mulher gestante, onde deve permanecer até que o neonato complete seis meses de idade, momento em que mãe e filho voltam para a Penitenciária Feminina “A”, que dispõe de uma creche que conta, no momento, com apenas 02 crianças.

A questão relacionada à assistência médica é um dos maiores problemas no sistema penitenciário. A realidade mostra que os estabelecimentos não dispõem de equipamentos apropriados e profissionais em número suficiente para a demanda (MARCÃO, 2001, p. 19).

Em busca de dados mais específicos sobre a gravidez durante a execução penal, realizou-se entrevista com a Coordenadora da Unidade Materno Infantil da Penitenciária Feminina “B”, que prestou as seguintes informações.

Hoje a penitenciária conta com 224 mulheres presas, com idades que, em maior proporção, variam entre 19 e 40 anos. O efetivo é de 12 mulheres grávidas, sendo que a maioria não está na primeira gestação e já ingressou no estabelecimento nesta condição. Quando perguntada a respeito do acompanhamento médico, asseverou que existe uma Unidade de Saúde Básica com equipe completa, capaz de promover o pré-natal da gestante reclusa com iguais condições que teria se estivesse em liberdade; garantiu que há acesso ao ambulatório e medicamentos, além da prestação de assistência psicológica; afirmou, ainda, que existe nutricionista e pediatra na casa prisional e, que, as mulheres grávidas fazem exames laboratoriais com regularidade.

No tocante ao fornecimento de produtos de higiene, a coordenadora disse que é garantido principalmente para as presas e seus filhos que não recebem visita, e que existem instituições que auxiliam a penitenciária com doações destes produtos. Este relato evidencia a deficiência do poder público em destinar recursos suficientes para atender necessidades básicas de todas as mulheres que cumprem pena em casas prisionais, uma vez que contam com doações privadas.

Informou que o parto é realizado em um Hospital Materno Infantil e que o uso de algemas fora do estabelecimento prisional é necessário, havendo exceção apenas nos casos em que há indicação médica. Garantiu que o acompanhamento médico após o parto é feito como o de qualquer outra criança.

Em contraposição ao uso de algemas fora do âmbito prisional, deve-se levar em consideração que gestantes em trabalho de parto não oferecem risco de fuga, podendo eventual situação de perigo à integridade física ser enfrentada sem uso de medida exagerada, como o uso de algemas para conter a presa. Alguns Estados, não é o caso do Rio Grande do Sul, já discutiram sobre o assunto em suas Assembleias Legislativas, como por exemplo Pernambuco, São Paulo e Rio de Janeiro, que, inclusive, já aprovaram projetos de lei que vedam o uso de algemas durante o trabalho de parto da presa e no subsequente período de sua internação em estabelecimento de saúde, a fim de evitar tamanho constrangimento desnecessário. Neste aspecto, a Súmula Vinculante 11 do Supremo Tribunal Federal se faz importante para embasar o tema, além da pouco conhecida

Resolução n.º 3 de 2012, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária que, igualmente, trata sobre o assunto.

A coordenadora ainda informou que a creche do estabelecimento possui 23 vagas, sendo que hoje 07 destas vagas estão ocupadas. O espaço suporta as necessidades da criança apenas até completar 01 ano de idade, momento em que deixa o estabelecimento, em razão da necessidade de mais profissionais capacitados neste ramo, o que a penitenciária não possui. Neste ponto, a escassez de profissionais destinados aos presídios mais uma vez fica em evidência.

Segundo a coordenadora, no momento do afastamento a mãe indica com quem a criança deve ficar. Na maioria das vezes, fica com a família. Ao mencionar a problemática, Azambuja pondera:

O sistema de justiça, cada vez mais, precisa estar preparado para o enfrentamento de situações envolvendo crianças cujas mães se encontram privadas de liberdade, em especial através de demandas que questionam a permanência de bebês junto às suas mães, o direito desses filhos visitarem a mãe, bem como a forma de preparar os envolvidos para superar as dificuldades que costumam estar presentes no momento da separação, quando o filho não mais pode permanecer na companhia da mãe. (2013, p. 61)

Por fim, constatou-se com base nas informações prestadas, que a maioria dos pais destes recém-nascidos não acompanha o período de gestação por estarem igualmente recolhidos em estabelecimentos prisionais, e que poucas destas mulheres recebem visita dos familiares, apesar da tentativa da penitenciária no sentido de resgatar vínculos entre a criança e sua família.

Com base no texto do artigo 5º, inciso XLVIII, da Constituição Federal, pode-se afirmar que a mulher condenada tem direito a cumprir sua pena em estabelecimento diverso do homem. No entanto, a falta de recursos públicos destinados para a construção de presídios femininos acarreta no crescimento de alas adaptadas, como galerias e pavilhões, dentro de estabelecimentos prisionais construídos para homens, fato que ocasionou que a pesquisa fosse também realizada em um presídio masculino.

Em consulta ao Administrador da Penitenciária “C”, obteve-se a informação de que o estabelecimento possui um efetivo de 27 mulheres entre os 359 presos. Quando perguntado sobre qual o tratamento dado a estas

mulheres, inadequadamente encarceradas, no caso de gravidez, respondeu que são colocadas em prisão domiciliar. Entre outras hipóteses, no caso de a penitenciária não dispor de estrutura para auxiliar a gestação e tampouco para o período necessário de convivência do recém-nascido com a mãe, a prisão domiciliar deve ser admitida independente do regime em que a mulher esteja cumprindo pena, como sendo a melhor forma de suprir, no ponto, a deficiência do sistema prisional mantido pelo Estado. Contudo, a legislação ainda faz restrições.

O respaldo legal sobre esse assunto é encontrado no artigo 117, da Lei de Execução Penal, que apresenta rol taxativo de casos em que a prisão domiciliar é admitida durante a execução penal, entre eles: o inciso III dispõe a mulher condenada que tenha filho menor ou deficiente físico ou mental, e o inciso IV dispõe a gestante. No entanto, o *caput* do artigo deixa claro que o(a) condenado(a) deve estar cumprindo pena em regime aberto para que a benesse seja admitida.

Ainda sobre prisão domiciliar, o Código de Processo Penal em seu artigo 318, incisos IV e V, prevê as seguintes hipóteses em que o juiz pode substituir a prisão preventiva pela prisão domiciliar, respectivamente: quando o agente for gestante e quando for mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos. Além disso, o inciso VI dispõe o homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 anos de idade incompletos. Alterações trazidas pela Lei n.º 13.257, de 08 de março de 2016, que acrescentou os incisos V e VI, além de suprimir do inciso IV as condições de que a gravidez seja a partir do sétimo mês ou de alto risco. Agora, basta que a mulher esteja grávida para valer-se da substituição de prisão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com a pesquisa bibliográfica, cumpre ao Estado orientar políticas públicas de forma a ampliar e direcionar o sistema de garantias de que trata a legislação. No entanto, por meio da pesquisa de campo, em contato com administradores de estabelecimentos prisionais, especialmente no que se refere ao quadro funcional que é destinado aos presídios, foram obtidas informações como a escassez de agentes penitenciários e profissionais

destinados à saúde, demonstrando a deficiência do poder público em destinar recursos suficientes para as casas prisionais, que contam com doações de instituições privadas em determinados setores. Além disso, a falta de recursos para a construção de presídios femininos acarreta no crescimento de alas adaptadas dentro de estabelecimentos prisionais construídos para homens. O resultado desse descaso com quem cumpre pena privativa de liberdade reflete na maternidade das reclusas. Apenas uma penitenciária gaúcha possui unidade materno infantil em razoável funcionamento. Assim, pode-se dizer que se o Estado cumprir seu dever de instituir políticas públicas para proteger a criança desde a concepção, ainda que a gestante esteja em situação de cumprimento de pena, o princípio constitucional da intranscendência será preservado, reflexão que confirma as hipóteses apresentadas. Além disso, talvez a admissão de prisão domiciliar para a gestante que cumpre pena, independente do regime, durante pelo menos os períodos de gestação e amamentação seja uma solução temporária até que o sistema seja adaptado.

Diante dos resultados obtidos por meio das pesquisas realizadas, conclui-se que, a questão envolvendo a permanência dos recém-nascidos na prisão necessita de posicionamento jurídico no que se refere ao interesse superior da criança, evitando que seja tratada em razão da situação vivenciada pela mãe, uma vez que as condições que a prisão oferece tendem a prejudicar um bom desenvolvimento. A destinação de equipe interdisciplinar aos presídios é importante para avaliar o que é mais benéfico para esta criança que já chega ao mundo com tantas privações. Apesar do amparo legal, que vem sendo cada vez mais adaptado no sentido de evidenciar a relevância da proteção integral, a pena nunca se desvinculou de seu caráter retributivo, o que reflete no desinteresse em investir dinheiro público no setor penitenciário, razão pela qual a ação dos administradores das penitenciárias fica fragilizada diante da escassez de recursos suficientes para aperfeiçoar o sistema de aprisionamento e garantir que as mazelas destes estabelecimentos, apesar dos efeitos indiretos que podem gerar, não acabem por punir quem não cometeu crime algum, o que levaria a violação do princípio constitucional da intranscendência. Os dispositivos legais de proteção à criança, de certo modo, amenizam o sofrimento das gestantes ou mulheres que amamentam em situação de prisão, razão pela qual a legislação deve ser ainda mais aprimorada no sentido de

priorizar os direitos desta parcela da população que, embora não expressiva em termos numéricos, apresenta elevado grau de vulnerabilidade.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade (org.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANJOS, Fernando Vernice dos. Princípio limitadores da execução penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 16, n. 194, p. 17-18, jan. 2009.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. Os bebês filhos de mães que cumprem pena privativa de liberdade. **Revista Gênero e Direito**, São Paulo, p. 46-67, 2013.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 28 jan. 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 24 jan. 2016.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069compilado.htm> Acesso em: 10 fev. 2016.

_____. **Lei de Execução Penal**. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> Acesso em: 22 fev. 2016.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CUSTÓDIO, André Viana. **A exploração do trabalho infantil doméstico no Brasil Contemporâneo: limites e perspectivas para sua erradicação**. 2006. 282 f. Tese (Curso de Pós-Graduação Direito – Doutorado) – Universidade de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

_____. Os novos direitos da criança e do adolescente. **Revista Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 7, n. 1, p. 07-27, jan. 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Direito de família**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FACHINETTO, Neidemar José. **A garantia do direito à convivência familiar e sua relação com as políticas públicas**: uma análise transdisciplinar. 2008. Dissertação (Pós-Graduação em Direito – Mestrado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2008.

FIUZA, César. **Direito Civil**: Curso completo. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: Parte Geral. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito da Criança e do Adolescente**. 4 ed. São Paulo: Rideel, 2010.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. São Paulo: Manole, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de Execução Penal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NAVES, Rubens; GAZONI, Carolina. **Direito ao Futuro**: Desafios para a efetivação dos direitos crianças e adolescentes. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2010.

RIBEIRO, Ana. **Alimentos para o nascituro**: Tutela do direito à vida. Curitiba: Juruá, 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Acórdão n.º 70058408626**, da Sétima Câmara Cível. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 28 de março de 2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 10 outubro 2015.

RITA, Rosângela Peixoto. Criança em ambiente penitenciário. **Revista VoxJuris**, Rio de Janeiro: Gama Filho, a. 2, v. 2, n. 1, p. 203-220, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988**. 7 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SUPERINTENDÊNCIA DOS SERVIÇOS PENITENCIÁRIOS. Departamento de planejamento. **Estatística de Sexo**. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/conteudo.php?cod_menu=31> Acesso em: 12 nov. 2015.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

VIAFORE, Daniele. A gravidez no cárcere Brasileiro: uma análise da Penitenciária Feminina Madre Pelletier. **Revista Direito & Justiça**, a. XXVII, v. 31, n. 2, p. 91-108, 2004.

VITOLLO, Márcia Regina. **Nutrição: da gestação à adolescência**. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso Editores, 2003.