

O FETO CONDENADO: ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A MANUTENÇÃO DE MULHERES GRÁVIDAS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Cibele de Souza¹

RESUMO: Há um flagrante desrespeito as questões básicas da dignidade da vida humana quando se fala em sistema prisional brasileiro. Tal premissa é agravada quando a mulher passa a fazer parte deste sistema. A questão central do presente trabalho é explicitar o contra-senso social que permeia a manutenção da mulher no sistema prisional brasileiro, especificamente, no que diz respeito à manutenção da mulher em estado gravídico, partindo da análise dos preceitos legislativos que compõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como dos princípios da (In) transcendência da Pena e da dignidade de Pessoa Humana.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Prisional. Mulheres encarceradas. Gravidez no cárcere.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A mulher criminosa, o feto condenado. Garantias constitucionais para quem? 3 Cárcere infantil: conseqüências plurais. 4 Encarceramento feminino: sob o viés abolicionista. 5 Considerações Finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O encarceramento feminino ressurgue como nova problemática a ser enfrentada pela sociedade brasileira, tendo em vista o aumento exorbitante retratado nas taxas do último levantamento nacional de Informações Penitenciárias². Para além de uma análise politizada do problema, se perquire no presente trabalho a análise crítica das condições imputadas à mulher, ao feto e, posteriormente, ao bebê no cárcere. Observar-se-á, de forma

¹ Pós-graduanda em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2016). Formou-se em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2012). Integrante do Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas de Segurança e Administração da Justiça Penal (GPESC - PUCRS), coordenado pelo Prof. Dr. Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo, e do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Penal Contemporâneo e Teoria do Crime, sob a coordenação do Prof. Dr. Fabio Roberto D'Ávila. Tem experiência nas áreas de Criminologia, Direito Penal e Processual Penal. Advogada com inscrição na OAB/RS 92.686.

² Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN Mulheres – junho de 2014 – sitio <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em 11.04.2017.

pontual, as violações dogmáticas verificadas nos casos de reclusão das gestantes.

O Princípio da (In) transcendência da Pena³ não é aplicado no caso da mulher encarcerada, especificamente no que diz respeito à maternidade na prisão. A afirmação é inculpada na análise de diversos estudos⁴ que comprovam a extensão da pena da mãe ao “feto/bebê”.

Segundo dito princípio, a pena não pode ser imposta e/ou cumprida por terceiro que não tenha contribuído para o cometimento da infração. Desta forma, o princípio inculcado no artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal inviabilizaria a manutenção da mulher grávida em situação prisional, já que a pena desta se estende inexoravelmente ao filho, não só durante a gestação e período de aleitamento, mas ecoando por toda sua existência.

Assim como a questão do encarceramento feminino é sintomaticamente invisibilizada pela sociedade, as nuances e as problemáticas que envolvem a maternidade na prisão também o são. Segundo Mello⁵ não existe diálogo sobre os danos gerados aqueles que “cumprem” a pena com o recluso, ou seja: “[...] a família, principalmente, no que tange aos malefícios causados para os filhos dos reclusos, sobretudo diante da prisão materna.”

Entende-se inevitável a discussão sobre como a extensão da pena afeta primeiramente o “feto/bebê” e, posteriormente, a sociedade como um todo, sendo perceptível a desordem na manutenção do encarceramento de mulheres em estado gravídico.

Nesses termos, as Regras de Bangkok⁶ assim problematizam a questão do encarceramento feminino:

As mulheres em situação de prisão têm demandas e necessidades muito específicas, o que não raro é agravado por his-

³ FRANÇA, Mayara Braz. *O mito do inciso XLV do artigo 5º da Constituição Federal*: efeitos da transcendência da pena nos familiares de apenados. 2015. Disponível em: <http://www.repositorio.uniceub.br/browse?type=author&order=ASC&rpp=20&value=Fran%C3%A7a%2C+Mayara+Braz>. Acesso em: 10.05.2017.

⁴ ESPINOZA MAVILA, Olga. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. São Paulo: IBCCRIM, 2004. 180p. (Monografias ; 31); LEMGRUBER, Julita. *Cemitério dos vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres*. Rio de Janeiro: Forense, 1999; Tese de Doutorado – Violência, tráfico e maternidade: um estudo sobre as mulheres encarceradas.

⁵ MELLO, Daniela Canazaro de. *A prisão feminina: gravidez e maternidade: um estudo da realidade em Porto Alegre – RS/Brasil e Lisboa/Portugal* / Daniela Canazaro de. – Porto Alegre, 2014. 2 v.

⁶ *Regras de Bangkok*: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras/ Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, Conselho Nacional de Justiça – 1. Ed – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Pág. 9.

tóricos de violência familiar e condições como a maternidade, a nacionalidade estrangeira, a perda financeira ou o uso de drogas. Não é possível desprezar, nesse cenário, a distinção dos vínculos e relações familiares estabelecidos pelas mulheres, bem como sua forma de envolvimento com o crime, quando comparados com a população masculina, o que repercute de forma direta as condições de encarceramento a que estão submetidas.

Com base nas especificidades do questionamento proposto, pretende-se alertar a sociedade para o problema oriundo ao crescimento mundial do encarceramento feminino, qual seja: o aumento de crianças em situação prisional não regulamentada.

Tal constatação manifesta um contra-senso social, já que o menor infrator tem sua situação regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente⁷, vez que o tratamento dispensado a estes leva em consideração o período de formação das crianças e adolescentes, não permitindo a submissão delas ao sistema prisional, respeitando de tal modo as peculiaridades que compõe o processo de formação do indivíduo.

A despeito disso, Mello corrobora a problemática aventada sob o viés psicológico da ligação entre mãe e filho:

É através desta relação de dependência e de cuidados que vai se estabelecendo uma relação de aprendizado do mundo e internalizações extremamente importantes para o processo de desenvolvimento de uma criança. “Os sujeitos ocupam seu lugar no mundo, modificando-o e modificando-se, mas a partir daquelas ‘verdades’ interiorizadas desde o nascimento⁸.”

Muito embora o Estatuto da Criança e do Adolescente tenha insculpido como prioridade a proteção do “menor” nas múltiplas questões que influenciam sua formação, dita prerrogativa não é verificada no caso das mães em situação prisional, já que as crianças expostas a estas condições demonstram, por vezes, a assunção/interiorização da rotina do sistema penitenciário onde vivem⁹.

Para além de qualquer discussão sobre a necessidade da manuten-

⁷ *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 06 agosto 2017.

⁸ MELLO, S. L. *Família, uma Incógnita Familiar*. In: AGOSTINHO, M.L; SANCHEZ, M. (Orgs.). *Família: conflitos, reflexões e intervenções*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2002. p. 16.

⁹ DUPRET, Cristiane. *Curso de direito da criança e do adolescente*. Belo Horizonte: Ius, 2010.p.29

ção do vínculo materno, bem como da manutenção do bebê junto à mãe pelo maior período possível, que não se faz pertinente no presente estudo, se questiona a necessidade da manutenção dessas partes (mãe/bebê) no sistema prisional nos moldes como conhecemos.

Entre as diversas questões que fundamentam as omissões do estado perante a gestante encarcerada, considera-se a realização do parto com algemas e a separação da mãe e bebê ao fim do período de aleitamento a forma mais desumana de repressão social. Somente no ano de 2016 houve um posicionamento efetivo coibindo a utilização de algemas durante o parto, o que demonstra o descaso absurdo com as questões intrínsecas à vida das mulheres. O contexto social que é conivente com este ato de tortura desnuda a sociedade individualista, patriarcal e machista em que (co) vivemos¹⁰.

A questão central do estudo proposto busca incitar o questionamento sobre a necessidade de manutenção dessas “gestantes/mães” no sistema prisional, bem como se a prisão seria a melhor forma de resolução dos delitos praticados pelas mulheres¹¹, especificamente no que diz respeito a problemática do encarceramento de mulheres em estado gravídico.

Com base na análise de dados colhidos em relatórios, bem como outros trabalhos¹² que realizaram entrevistas com mulheres em situação prisional, pode se observar diversas violações sofridas pelas apenadas, bem como pelos seus filhos. Os dados recentes relatam que o Brasil conta com aproximadamente 37 mil mulheres encarceradas¹³.

Com base na pesquisa do INFOPEN¹⁴: “[...] de 2000 a 2014, o aumento da população feminina foi de 567,4%, enquanto a média de crescimento masculino, no mesmo período, foi de 220,20%, refletindo, assim, a curva ascendente do encarceramento em massa de mulheres no Brasil”. Essas

¹⁰ O meu local de fala aqui é como mulher, que embora “livre” sente o peso das amarras sociais diariamente, por isso a utilização da expressão “ (co)vivemos”.

¹¹ No mesmo sentido, as ideias perpassadas na reportagem de Raquel da Cruz Lima e Anderson Lobo da Fonseca. Disponível em <http://diplomatique.org.br/a-prisao-adequada-para-as-mulheres-e-a-que-nao-existe/>. Acesso em janeiro de 2017.

¹² Estas foram algumas pesquisas que suplantaram a elaboração do presente estudo: Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão; INFOPEN Mulheres – junho de 2014; Quando a casa é a prisão: uma análise de decisões de prisão domiciliar de grávidas e mães após a lei 12.403/2011; Condições, processo e experiência do encarceramento feminino: uma pesquisa de campo na Penitenciária Feminina do Paraná;

¹³ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN Mulheres – junho de 2014 – sitio <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em 07.08.2017.

¹⁴ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN Mulheres – junho de 2014 – sitio <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em 07.08.2017. p. 5.

mulheres encarceradas, na maioria das vezes, representam a única base de uma relação familiar já muito restrita. O crescimento da população carcerária feminina está intimamente vinculado à busca destas mulheres por um meio alternativo de subsistência familiar, o que demonstra, por conseguinte, a fragilidade das políticas públicas nacionais.

É importante frisar que a grande maioria está presa por tráfico de drogas, o que complica mais a situação destas, já que o tráfico de drogas é equiparado a crime hediondo, o que impossibilita a progressividade no sistema de cumprimento da pena e fixa prazos maiores para a obtenção do livramento condicional¹⁵.

Por “família” entende-se o grupo necessário de pessoas para garantir a sobrevivência do indivíduo, sendo esta tida como meio “natural” e “universal” da manutenção e reprodução dos homens¹⁶. Ressalta-se aqui a função social da mulher, função esta que deveria ser a premissa *primeva* da análise sobre a necessidade da aplicação da pena de prisão às mulheres. Os danos oriundos dessa ausência materna perpassam gerações, vão muito além do papel do “homem” provedor da família, pois estas cumprem um papel psicológico essencial¹⁷.

Insta esclarecer que os discursos produzidos acima, não tem o condão de anular as questões relativas a “vida” das mulheres, muito menos restringi-las ao cumprimento de uma “função social reprodutora”, longe disso. O que se pretende no presente trabalho é questionar a crueldade na condução e manutenção das mulheres e seus filhos no sistema prisional, jamais delimitar o papel das mulheres em sociedade.

No que diz respeito a normatização das mulheres encarceradas em estado gravídico, a legislação demonstra-se instável, vez que não determina de modo contundente o período de manutenção dos bebês/crianças com suas mães no cárcere.

A legislação pátria determina que a grávida tem direito de amamentar seu filho durante seis meses¹⁸. Entretanto, passado este período, a sepa-

¹⁵ FERRARI, Ilka Franco. *Mulheres encarceradas*: elas, seus filhos e nossas políticas. Rev. Mal-Estar Subj. Fortaleza, v. 10, n. 4, p. 1325-1354, dez. 2010. Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S151861482010000400012&script=sci_arttext&tlng=en. Acesso em 10.06.2017.

¹⁶ LANE, S. T. M. *O que é Psicologia Social*. São Paulo: Editora Brasiliense, 2002

¹⁷ LIMA, Raquel da Cruz e FONSECA, Anderson Lobo. *A prisão adequada para as mulheres e a que não existe*. Disponível em <http://diplomatie.org.br/a-prisao-adequada-para-as-mulheres-e-a-que-nao-existe/>. Acesso em janeiro de 2017.

¹⁸ Conforme exposto no Art. 83, §2º da Lei 7.210 de 1984. Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua nature-

ração entre mãe e filho ocorre de modo desumano, imputando consequências psicológicas tanto à mãe quanto à criança. Em que pese o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária tenha emitido uma resolução determinando os critérios para o processo de separação entre mãe e bebê, definindo que a idade da criança quando da separação deve ser de 01 ano e 06 meses. Dita resolução não é devidamente aplicada, sendo perceptível a aplicação paliativa da norma nos termos da vontade de cada região.

Verifica-se ainda, a partir da análise legislativa, a inobservância das esparsas leis que, de algum modo, tentam regulamentar e conservar a relação entre as mães encarceradas e seus filhos. Entre os imperativos legislativos criados com o intuito de minimizar os danos causados pelo encarceramento feminino, tem-se a Lei nº 11.942¹⁹, que prevê a possibilidade de os filhos permanecerem com as mães, em creches instaladas nas penitenciárias, até os sete anos de idade. Com a promulgação desta legislação, surgiram outros questionamentos quanto aos reais benefícios da manutenção de crianças em estabelecimentos prisionais.

Inicialmente, tem-se o disposto no Art. 5, Inc. L, da CF²⁰, Art. 83 e 89 da Lei de Execuções Penais²¹, e a Resolução nº 3 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP²², entre os dispositivos mais utilizados pelos operadores jurídicos no tocante ao tema.

Entretanto, existem diversas resoluções, regras e normas emitidas por diferentes instituições e organismos internacionais que buscam criar meios para a aplicação de uma pena mais digna. Pertinente ao tema ressal-

za, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva. § 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.

¹⁹ Dá nova redação aos Arts. 14, 83 e 89 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11942. Acesso em 10 set. 2016.

²⁰ Constituição Federal de 1988. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes L – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

²¹ Lei 7.210 de 1984 – Institui a Lei de Execução Penal. Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva. § 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. (Redação dada pela Lei nº 11.942, de 2009). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 02 de maio de 2017.

²² CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA – CNPCP. Resolução n. 3/2009, publicada no Diário Oficial da União no dia 16/7/2009, na Seção 1, p. 34-35. Disponível em: <http://www.in.gov.br/visualiza/index.jsp?data=16/07/2009&jornal=1&pagina=34&totalArquivo s=76>. Acesso em: 02 de maio de 2017.

ta-se as regras mínimas das Nações Unidas sobre medidas não privativas de liberdade (**Regras de Tóquio**) e os Princípios básicos sobre a utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal, que renovam a tentativa de aplicação de penas subsidiárias ao cárcere, **Resolução 58/163, de 22 de dezembro de 2003**, pela qual convidou governos, órgãos internacionais e regionais relevantes, instituições nacionais de direitos humanos e organizações não governamentais para que prestasse maior atenção na questão das mulheres em prisões, com o intuito de identificar os problemas fundamentais e formas de abordá-los, **Resolução 63/241, de 24 de dezembro de 2008**, na qual exortou todos os Estados a que dessem atenção aos impactos da privação de liberdade dos pais e do encarceramento de crianças e, em particular, para identificar e promover boas práticas em relação às necessidades e ao desenvolvimento físico, emocional, social e psicológico de bebês e crianças afetadas pela privação de liberdade dos pais²³.

No tocante às mulheres, tais normas deveriam ser consideradas como regras básicas para análise e aplicação da pena. Observa-se ainda a total ausência de empatia por parte dos operadores jurídicos, homens ou mulheres, que acabam por transcender o seu papel no processo, acumulando sobre as mulheres punições extras pelo simples fato de ser o que são: “mulheres”.

Apesar das legislações relacionadas ao tema visar à proteção dos direitos fundamentais dos filhos, a vida dessas crianças nas prisões não reflete essa proteção como prioridade. O que se verifica é uma enorme divergência entre o proposto pelo texto legal e o praticado dentro dos estabelecimentos prisionais.

Em uma pesquisa realizada numa penitenciária Carioca, percebeu-se que a manutenção das crianças com suas mães deturpa direitos básicos garantidos pela Carta Constitucional. Nesse passo, questionar-se-á qual direito é considerado mais relevante? Quais são os dogmas capazes de manter uma vida ainda incipiente em situação tão degradante? Por que condenar uma vida nos meandros do próprio ventre, quando contamos com diversas diretrizes capazes de elucidar uma nova perspectiva para a resolução de ditos problemas?

²³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras*/ Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, Conselho Nacional de Justiça – 1. Ed – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. 80p. Disponível em: www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf. Acesso em: 12 de maio de 2017

Para tanto, pretende-se a urgente análise sobre os malefícios fomentados pelo encarceramento feminino, buscando, com este estudo pensar meios eficientes para resolução da problemática ora exposta.

2 A MULHER CRIMINOSA, O FETO CONDENADO. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS PARA QUEM?

Desde os primórdios da humanidade, as questões atinentes à criminalidade foram determinadas como algo exclusivo da personalidade masculina. Entretanto, foi na idade moderna, quando o poder passou a ser exercido explicitamente pelos homens, no centro de uma sociedade patriarcal, é que as mulheres passaram a ser controladas e submetidas aos ditames comportamentais elegidos pelo poder punitivo.

Nesses termos, os escritos de Lombroso e Ferrero²⁴, defendiam que as mulheres não estavam capacitadas para o crime, aduzindo, que quando “criminosas”, seriam tão somente “adulteras”, “caluniadoras” ou “cúmplices de algum homem”. Na mesma linha, Freud²⁵ entendia que a criminalidade feminina estava ligada à um complexo masculino, não sendo as condutas desviantes e a agressividade características intrínsecas a personalidade feminina.

Tais ideias, nos parecem absurdas, contudo, seguem guiando e determinando os discursos jurídicos da contemporaneidade. Segundo Larrauri, à mulher desviante é atribuída uma dupla sanção, independente do ato cometido, está é socialmente taxada como inconsequente e irresponsável (por agir sem pensar na criação dos filhos), tendo em vista a cultura patriarcal predominante²⁶.

No mesmo sentido, *Antony* observa que:

[...] la prisión es para la mujer doblemente estigmatizadora y dolorosa si se tiene en cuenta el rol que la sociedad le ha asignado. Una mujer que pasa por la prisión es calificada de

²⁴ FERRERO, G. LOMBROSO, C. *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*. Firenze: Torino, 1903, P.31-47. Disponível em: <<http://archive.org/stream/ladonnadelinque00lombgoog#page/n8/mode/2up>>. Acesso em: 02 maio. 2017.

²⁵ LEMGRUBER, Julita. *Cemitério dos vivos*: análise sociológica de uma prisão de mulheres. Rio de Janeiro: Forense, 1999. P. 2.

²⁶ LARRAURI, Elena. A Mujer ante el Derecho Penal. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. Año 9, n. 11, p. 13-45, jul. 1996. Disponível em: <<<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2011/larrau11.htm>>. Acesso em: 03 maio 2017.

«mala» porque contravino el papel que le corresponde como esposa y madre, sumisa, dependiente y dócil²⁷.

Para Lemgruber, a relação entre mulher e crime envolve vários aspectos, entre eles: diferenças biológicas e socioculturais, através das quais as conquistas sociais das mulheres, creditada, sobretudo, ao movimento feminista e, provocando a gradativa mudança de papéis, levam a supor que “à medida que as disparidades socioeconômicas entre sexos diminuem, há um aumento recíproco da criminalidade feminina”²⁸.

Através das inúmeras pesquisas realizadas com mulheres encarceradas, que enfatizam a temática da violência, percebe-se que a prisão, seja pela privação da liberdade ou pelos abusos que fomenta, representa apenas mais um meio na teia das múltiplas violências que convolam a história de parcela substancial da população feminina²⁹.

No Rio Grande do Sul, a população carcerária feminina, representa 5,45 % do total de indivíduos que estão cumprindo pena privativa de liberdade nos estabelecimentos Estaduais, em comparação aos 94,55% de homens na mesma situação, o número nos parece ínfimo³⁰. Entretanto, essas mulheres, “selecionadas/recrutadas” pelo poder punitivo cumpram um papel de suma relevância social, embora vivam abandonadas a própria sorte desde sempre, dada a inexistência de políticas públicas efetivas.

O crescimento da população carcerária feminina enquanto fenômeno ressentido instiga a análise proposta, vez que os erros de agora serão fomentadores da violência de amanhã. *A priori* temos a “guerra contra as drogas”, como principal fator de fomento a violência vivenciada no País³¹. Embora, dita guerra seja apenas um meio de legitimação da exclusão social vivenciada diariamente pelas camadas mais pobres da sociedade brasileira, os novos rumos dessa “guerra”, a partir da manutenção de mulheres/gestantes no cárcere, propiciam a especulação do aumento e reprodução dos índices de violência social.

²⁷ ANTONY, Carmen. *Mujeres invisibles*: las cárceles femeninas en América Latina. Disponível em: <http://nuso.org/articulo/las-carceles-femeninas-en-america-latina>. Acesso em: 04 maio 2017.

²⁸ LEMGRUBER, J. *Cemitério dos vivos*: análise sociológica de uma prisão de mulheres. RJ: Editora Forense, 1999. P.6.

²⁹ SOARES, B. M. e ILGENFRITZ, Iara. *Prisioneiras*: Vida e Violência Atrás das Grades. RJ Ed. Garamond Ltda., 2002.

³⁰ Índice apresentado pelo. Disponível em: http://www.susepe.rs.gov.br/conteudo.php?cod_menu=31. Acesso em 02 maio 2017.

³¹ VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. 2 ed. – 1 reimp – Belo Horizonte: Ed. D'iplácido, 2017. 694 p.

Para Ferrajoli: “Um Sistema penal, nos termos como proposto, considerar-se-á justificado somente se a soma das violências que pretende prevenir for superior às violências por ele instituídas por meio das penas estabelecidas.”³² Nestes termos, parece-nos urgente repensarmos as questões atinentes ao encarceramento feminino sob o viés dos princípios e garantias insculpidos na CF/88.

A indagação inicial: “Garantias constitucionais para quem?” pretende uma análise profícua sobre as contradições normativas verificadas quando da manutenção de crianças no cárcere. Embora, a CF/88 tenha concedido inúmeros princípios e garantias como meio de proteção ao cidadão frente às arbitrariedades do poder do Estado, verifica-se que estas não são devidamente observadas.

Da simples leitura da Carta Magna, depreende-se à análise dos princípios da legalidade, da igualdade, da lesividade, da humanidade, da personalidade da pena, entre outros tantos que pretendem limitar o *jus puniendi* e orientar ordenamento jurídico nacional.

Insta observar que o texto constitucional encontra-se em posição hierárquica superior sobre as demais normas do ordenamento, devendo ser observado e acolhido por todas as demais espécies normativas.

De outro norte, têm-se o Direito Penal como instrumento de controle social drástico, que deve ser empregado em *ultima ratio*, em face do seu caráter mais violento, consolidado pela prática dos meios coativos mais intensos, já que obsta a liberdade do indivíduo, o qual deveria pautar-se obrigatoriamente pelos preceitos Constitucionais³³.

Entretanto, restou perceptível quando da realização do presente estudo, que há uma gama de princípios e garantias constitucionais que poderiam suplantar a aplicação de penas alternativas as mulheres que vivenciam a realidade da maternidade no cárcere. Infelizmente, está não parece ser a ambição da sociedade punitivista e, conseqüentemente, a fundamentação utilizada e (re) produzida, diariamente, pelos operadores jurídicos.

A garantia da (in) transcendência da Pena é um princípio penal explícito no texto constitucional, assim realizado pelo legislador como meio de maior ratificação da sua importância, sendo precedido pelo princípio da

³² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000.

³³ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

humanidade, que é considerado o fundamento basilar do Estado Democrático de Direito.

No contexto ora delimitado, *França* observa alguns dos efeitos que a violação ao princípio constitucional, insculpido no art. 5º, XLV, da CF, imputa à essas crianças: “são retiradas do convívio social livre, são privadas do relacionamento com seus familiares e amigos, desenvolvem-se em um ambiente insalubre e com alimentação pouco nutritiva”³⁴.

Em que pese a Lei 13.257/2016, que alterou o Art. 318 do Código de Processo Penal, tenha sido redigida com uma proposta de substituição das prisões preventivas por domiciliares para as mães/gestantes mantidas em cárcere privado quando do cumprimento de pena provisória³⁵, referida legislação não se mostra suficiente para correção do problema.

Desde a entrada em vigor, os dados apontam que o STJ proferiu, apenas trinta e duas decisões determinando o cumprimento da prisão preventiva em regime domiciliar³⁶, o que demonstra a ‘parcialidade’ com que dito dispositivo vem sendo vergastado na prática.

Embora o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, seja um dos mais utilizados no enfrentamento das múltiplas injustiças sociais praticadas pelo Estado, Ingo assim leciona sobre a necessidade de pensarmos os abusos sob a ótica da “tríade dos direitos”:

[...] tenho para mim que esta tríade queda incompleta em não se fazendo a devida referência ao mais fundamental dos direitos, isto é, à vida e ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, o qual – em que pese a discussão travada sobre a sua caracterização como direito ou princípio fundamental – se encontra na base da mais variada gama de direitos, ainda que exista alguma controvérsia no que concerne ao grau de vinculação do conteúdo de todos os direitos fundamentais às exigências do princípio da dignidade da pessoa humana [...]³⁷

³⁴ Advogados pedem HC a todas as presas grávidas e mães de crianças até 12 anos. *Revista Consultor jurídico*. Disponível em: Acesso em 12 maio de 2017.

³⁵ Lei http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm

³⁶ “Advogados pedem HC a todas as presas grávidas e mães de Crianças até 12 anos”. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mai-08/advogados-pedem-hc-todas-presas-gravidas-maes-criancas/>. Acesso em 08 maio de 2017.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfrang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. Ed., rev. Atual e ampli. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003. P. 208.

Com fulcro no disposto nos princípios constitucionais, concluímos que às penas têm caráter personalíssimo, sendo incabível, portanto, sua extensão aos “fetos/filhos” das condenadas. Considera-se, portanto, inaceitável que a pena recaia sobre qualquer outro ser estranho ao delito praticado, postulando-se, aqui a análise do mais fundamental dos direitos, nos termos aduzido por Ingo, qual seja: à vida.

Para Zaffaroni³⁸: *“a pena é uma medida de caráter estritamente pessoal, em virtude de consistir numa ingerência ressocializadora sobre o apenado. Daí que se deve evitar toda consequência da pena que afete a terceiros”*. Para além da inobservância dos princípios constitucionais, especificamente, do princípio da dignidade da pessoa humana e da (in) transcendência da pena, verifica-se aqui uma disfuncionalidade na aplicação da pena, visto que a ressocialização aduzida não se congloba pela crueldade do ato de manter um inocente encarcerado.

A pretensão ressocializadora cai por terra, juntamente com as garantias constitucionais, quando da manutenção de terceiros, inocentes, e, totalmente alheios ao cometimento do crime, em situação de restrição de direitos e liberdades. A extensão da pena não é sopesada pelos operadores jurídicos, que tratam a manutenção dessas crianças como algo natural, como mera consequência da conduta desviante praticadas pelas mães encarceradas.

3 CÁRCERE INFANTIL: CONSEQUÊNCIAS PLURAIS

Em que pese, a discussão aventada mantenha total incongruência com os limites expostos pela Carta Magna, a questão que se coloca neste ponto, versa sobre a manifesta incoerência do sistema Punitivo, quando o assunto perpassa os direitos e garantias de um feto/bebê/criança.

O cárcere infantil é precedido de uma invisibilidade social, seja pela ausência de dados confiáveis, vez que não há obrigatoriedade na prestação de dados pelos estabelecimentos prisionais brasileiros, sejam ainda pelo tratamento dispensado as mulheres encarceradas em estado gravídico.

Embora as informações existentes não conglobem a realidade fática. Segundo dados disponibilizados pelo Departamento Penitenciário Nacional, em 30 de junho de 2014, havia 1925 crianças encarceradas. Ditos dados

³⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIARANGELI, José Henrique. : parte geral. 9. Ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2011. V. 1, p. 160.

aduzem que destas 1925 crianças, 342 eram menores de 06 meses, e, apenas, 121 estavam alocadas em penitenciárias que dispunham de berçários³⁹.

Sobre a manutenção de uma criança em cárcere privado, mesmo com observância dos ditames legais, assim leciona Spitz: “[...] no decorrer do primeiro ano de vida, a criança passará por um estágio de simbiose psicológica com a mãe, a partir do qual a criança estará preparada para o próximo estágio em que são desenvolvidas as interações sociais, isto é, hierárquicas.”

O autor é incisivo ao afirmar que a formação psíquica do bebê é prejudicada pelo ambiente desfavorável em que se encontra, podendo ser comprometido pelas condições desfavoráveis imputadas a mãe, bem como pela ausência de recursos necessários para reforço dos estímulos essenciais para um desenvolvimento pleno⁴⁰.

Nos termos do modelo da “equação etiológica”, utilizado por Zimmerman⁴¹ para descrever os meandros da formação do aparelho psíquico humano, resta delimitado os três fatores que contribuirão essencialmente para a formação do psiquismo humano, quais sejam: a) fatores “heredo-constitucionais”, b) antigas experiências emocionais e c) experiências traumáticas da vida adulta.

Braga e Angotti referenciam em sua pesquisa à opinião de uma das “condenadas” por elas entrevistadas, que enfrenta o cárcere na companhia do filho: “A criança não devia se sentir presa, deveria ter a vida de uma criança total, criança” [...] “A criança acostuma com essa vida...perai que vou lá roubar pra voltar pro meu lugar (cadeia)”⁴².

No tocante a importância da presença dos pais na formação do “Ser”, Zimmerman discorre sobre o fenômeno da “transgeracionalidade”, por meio do qual sugere que: “cada um dos genitores da criança mantém a internalização de suas respectivas famílias originais com os correspondentes

³⁹ BRAGA, Ana Gabriela. FRANKLIN, Naila Ingrid Chaves. *Quando a casa é a prisão: uma análise de decisões de prisão domiciliar de grávidas e mães após a lei 12.403/2011*. Quaestio Iuris. vol. 09, nº. 01, Rio de Janeiro, 2016. pp. 349-375. p.350.

⁴⁰ SPITZ, René A. *O primeiro ano de vida*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. P. 5-6.

⁴¹ ZIMMERMAN, David E. *Uma resenha simplificada de como funciona o psiquismo*. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; ZIMMERMAN, David E. (Org.). *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. 3. ed. Campinas: Millennium, 2010, p.113 – 114).

⁴² Brasil. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. *Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão*. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015. 92 p: il. – (Série Pensando o Direito, 51). P. 41

valores, estereótipos e conflitos”⁴³. Ou seja, para o autor, a “transgeracionalidade”, retrata os padrões de identificação criados pela criança, a partir do nascimento, por meio dos quais resultarão os modelos de repetição que ecoarão por toda a vida adulta.

A relação entre mãe e filho no cárcere, merece especial atenção no que tange às dificuldades psicológicas vivenciadas pelas mulheres quando do enfrentamento da realidade da vida reclusa. A necessidade de compreensão e afirmação de si, em uma instituição total⁴⁴, perpassa uma infinidade de questões, que nos termos das ideias de “aniquilação da identidade” e “normalização da personalidade” defendidos por Foucault⁴⁵ comprometem de modo qualitativo a psique das apenadas e, conseqüentemente, o desenvolvimento psíquico de seus filhos.

Os efeitos dessa relação deturpada pelo cárcere residirão por toda vida deste ser intrauterinamente já condenado. O feto não possui qualquer relação com o crime cometido por sua genitora, entretanto, sofre os efeitos da aplicação de punições inconstitucionais, indignas e visivelmente exacerbadas. As penas atreladas a estas crianças não podem sequer ser nominadas, visto que ultrapassam os limites e finalidades da pena.

No que diz respeito ao tema, assim concluem *Cantù e França*, após realização de uma pesquisa na Penitenciária Feminina do Paraná: “incontestável que essa experiência acarreta em problemas no desenvolvimento psíquico, emocional e intelectual. A gravidez é um estado que não combina com as privações do sistema carcerário”⁴⁶.

A primeira infância é considerada pelos especialistas como o período mais importante do desenvolvimento do ser humano. Nestes termos aduz Santa Rita:

Aqui não se pode esquecer que é notória a dimensão particular dos primeiros anos de vida na formação do ser humano e portanto, essa fase representa o desenvolvimento da criança em diversos aspectos tais como: estrutura física, nu-

⁴³ ZIMERMAN, David. *Uma resenha simplificada de como funciona o psiquismo*. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; ZIMERMAN, David E. (Org.). *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. 3. ed. Campinas: Millennium, 2010, p.115.

⁴⁴ GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 1992.

⁴⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhet. 29.ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

⁴⁶ FRANÇA, Leandro Ayres & CANTÙ, Mariana Coelho. *Condições, processo e experiência do encarceramento feminino: uma pesquisa de campo na Penitenciária Feminina do Paraná*. Revista Direito e Democracia. V. 16, n. 2 (2015). Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2290>. Acesso em: 05 maio 2017.

trição, dimensões de saúde e aspectos emocionais, afetivos, sociais, cognitivos e intelectuais, construindo as bases de sua personalidade⁴⁷.

Em que pese, o ECA em seu Art. 9º determine que: “*o poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas à medida privativa de liberdade*”, tal procedimento, por si só não é suficiente para elucidação do problema.

A análise realizada observa que os direitos resguardados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente não conglobam às questões profundas que envolvem o feto encarcerado. Embora o estatuto estabeleça alguns poucos direitos, questiona-se, quais destes são efetivamente cumpridos.

Segundo as conclusões expostas por Santa Rita⁴⁸, não se verifica um trabalho conjunto entre os órgãos de proteção à criança e ao adolescente, judiciário, legislativo e o Sistema penitenciário que abriga essas vidas em formação.

Vanessa Fusco Nogueira⁴⁹ Simões assim expressa sua discordância quanto a opção legislativa de manutenção de creches no interior dos estabelecimentos prisionais, vez que entende que “*não deixa de ser um ambiente prisional, que limita a convivência da criança apenas àquele núcleo, violando seu direito à infância e à convivência junto a outras crianças*”. Conclui criticando ainda “*a utilização banal da palavra creche para significar espaços que não cumprem a finalidade correlata ao conceito*”.

Desvela-se assim a prioridade da prática punitiva sobre a observância aos direitos básicos do “menor”. A legislação que aduz ter como missão a proteção dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos (Constituição Federal), bem como a legislação específica que visa resguardar a primeira infância e a vida das crianças e adolescentes (ECA) não congloba a proteção necessária aos fetos/bebês encarcerados.

⁴⁷ SANTA RITA, Rosângela Peixoto. *Mães e crianças atrás das grades*: em questão o princípio da dignidade da pessoa humana. 2006. 162 f. Dissertação (Mestrado em Política Social)-Universidade de Brasília, Brasília, 2006. P. 70. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/6377>. Acesso em 05 maio 2017.

⁴⁸ SANTA RITA, Rosângela Peixoto. *Mães e crianças atrás das grades*: em questão o princípio da dignidade da pessoa humana. 2006. 162 f. Dissertação (Mestrado em Política Social)-Universidade de Brasília, Brasília, 2006. P. 91-94. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/hle/10482/6377>. Acesso em 05 maio 2017.

⁴⁹ Entrevista concedida a Ana Gabriela Mendes Braga e Bruna Angotti para realização da pesquisa intitulada – *Dar à luz na sombra*: condições atuais e futuras de exercício de maternidade nas prisões. 2014. P. 38.

Não nós parece existir fundamentação cabível para o deferimento da manutenção dessas mães e seus filhos no cárcere. Observa-se que existem diversas normas capazes de resguardar os direitos dessas crianças à uma primeira infância digna, distante do cárcere, contudo, estas não são aplicadas pelos operadores jurídicos, o que demonstra total desrespeito com os princípios e garantias Constitucionais.

4 ENCARCERAMENTO FEMININO: SOB O VIÉS ABOLICIONISTA

Em posse dos argumentos e teorizações realizadas, nos parece coerente pensar um sistema punitivo sob um viés abolicionista, especialmente, no que diz respeito às mulheres.

Mathiesen⁵⁰, defensor do abolicionismo penal, relembra as palavras do criminologista Alemão Sebastian Scheerer quando do questionamento sobre as possíveis vitórias abolicionistas: “nunca houve uma transformação social significativa na história que não tenha sido considerada irreal, estúpida ou utópica pela grande maioria dos especialistas, mesmo antes do impensável se tornar realidade”⁵¹. Para Mathiesen, embora o abolicionismo penal nos pareça irreal, sua existência imaterial proporciona a factibilidade do porvir.

A par disso, propomos uma última análise da problemática exposta sobre o viés abolicionista, vez que, está nos parece a tentativa mais acertada para resolução dos impasses criados quando da manutenção de crianças no sistema prisional brasileiro.

Passetti⁵² descreve o abolicionismo penal como: “[...] uma prática libertária interessada na ruína da cultura punitiva da vingança, do ressentimento, do julgamento e da prisão” que tem como premissa básica “problematizar e contestar a lógica e a seletividade sócio-política do sistema penal moderno”, desmistificando “os efeitos da naturalização do castigo, a universalidade do direito penal, e a ineficácia das prisões.”

⁵⁰ MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI – abolição, um sonho impossível? VERVE – Revista semestral autogestionária do Nu-Sol (Núcleo de Sociabilidade Libertária do Programa de Estudos Pós-Graduados em Ciências Sociais da PUC-SP). São Paulo, n.4, p.80-111,2003.p.89-95. Idbem Apud Sebastian Scheerer. “Towards abolitionism” in Contemporary Crisis, 1986, P 7.

⁵¹ Idbem Apud Sebastian Scheerer. “Towards abolitionism” in Contemporary Crisis, 1986, P 7.

⁵² PASSETTI, Edson. Ensaio sobre um abolicionismo penal. VERVE - Revista semestral autogestionária do Nu-Sol (Núcleo de Sociabilidade Libertária do Programa de Estudos Pós-Graduados em Ciências Sociais da PUC-SP). São Paulo, n. 9. 2006. P. 83. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/5131/3658>. Acesso em 17 de maio de 2017.

Segundo o autor, a rebeldia do abolicionismo penal de Hulsman⁵³: “[...] favorece liberar a ida dos modelos, tornando-a mais salutar, mais en-saísta, e suprimindo a autoria.” Nesses termos: “O abolicionismo penal pas-sa a ser uma outra linguagem, que arruína autorias individualizadas em pes-soas, cargos, procedimentos ou instituições”⁵⁴.

Kenarik Boujikian⁵⁵ observa que para perceber as violações há que estão submetidas às mulheres presas “bastaria ver a Constituição Federal, a Lei de Execuções Penais e as regras de Bangkok. O rol de garantias é o rol de violações”⁵⁶. A par disso, demonstra-se, no mínimo, pertinente pensar um novo modelo de resolução de conflitos que contradiga os ditames falidos pré-estabelecidos.

No tocante, aos problemas que surgem quando da proposta de uma leitura penal abolicionista, Passeti leciona “O abolicionismo penal, assim como o anarquismo, é um pensamento em aberto, inacabado, diverso, composto de singularidades, mas que podem ser uniformizadas ou unifica-das pelos critérios do pluralismo democrático ou das afinidades grupais”⁵⁷.

Outra questão que merece especial atenção é a motivação sublímica por parte dos operadores jurídicos quando do indeferimento de medi-das alternativas ao encarceramento. Em uma pesquisa realizada por Ana G. Braga e Naila I. C. Franklin, concluí-se que uma das motivações para inapli-cabilidade de novas alternativas ao encarceramento feminino, ou ainda, para adoção de medidas de prisão domiciliar nos casos das gestantes en-carceradas são os preconceitos arraigados à sociedade brasileira, que re-produzem uma cultura extremamente patriarcal. Neste sentido o relato das pesquisadoras sobre o tema:

[...] eviden ciou-se a incompatibilidade das categorias de mãe e criminosa (principalmente traficante) para os julgado-res que, nas denegações, justificavam-se pela influência ne-

⁵³ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas*: O sistema penal em questão. Rio de Janeiro: Luam, 1993, 180 p.

⁵⁴ PASSETTI, Edson. Ensaio sobre um abolicionismo penal. *Revista Verve*. n. 9. 2006. P. 106. Disponível em: << <https://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/5131/3658>>>. Acesso em 17 de maio de 2017.

⁵⁵ Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e membro do GET-Mulheres. Como juíza jamais trabalhou diretamente com mulheres encarceradas, mas tem uma militância na área que se materializa via GET.

⁵⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. *Dar à luz na sombra*: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015.92 p.: il. – (Série Pensando o Di-reito, 51), p. 36.

⁵⁷ PASSETTI, Edson. Ensaio sobre um abolicionismo penal. *Revista Verve*. n. 9. 2006. P. 99. Disponível em: << <https://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/5131/3658>>>. Acesso em 17 de maio de 2017.

gativa que a mulher representaria para os filhos, tendo como base seu comportamento criminoso ao traficar entorpecentes e, por isso, não poderia ser beneficiada tendo como argumento sua maternidade ou gestação. De outra parte, algumas concessões embasavam-se na esperança de que a vivência da maternidade despertasse princípios morais da mulher, afastando-a do mundo do crime. Assim, para o sistema de justiça criminal, ou a mulher é criminosa e o sistema retira a oportunidade de vivenciar a maternidade, ou a mulher é mãe e o sistema irá conceder a prisão domiciliar na espera que não seja mais criminosa. Esse tipo de argumentação/decisão evidencia o caráter patriarcal e discriminatório do sistema de justiça criminal em relação à mulher, que não é julgada apenas por sua conduta, mas também pelos rompimentos dos papéis de gênero imposto, os quais ela deveria desempenhar para que sua maternidade fosse reconhecida e respeitada⁵⁸.

O ideal abolicionista⁵⁹ por este estudo instigado visa realizar uma revirólta no atual sistema penal, e, assim possibilitar um novo percurso na busca de respostas à “situação-problema”, ultrapassando a concepção do “indivíduo perigoso”, que norteia o direito penal na contemporaneidade, propiciando o recomeço a partir da prática da educação livre do castigo.

Para tanto, pretende demonstrar que os atos praticados por essas mulheres, em sua grande maioria, são reprimidos por uma questão político – social. Partindo-se da premissa que o crime é uma ficção social, posto que criado e determinado pelos homens nos termos de suas ambições político sociais, a prioridade a pena privativa de liberdade não nos parece aceitável.

A propósito disso, necessário se faz um olhar atento sobre o propósito escondido por de trás da manutenção dessas crianças no cárcere. Assim como as condutas desviantes, após o encarceramento, passam a fazer parte da própria concepção do indivíduo sobre si mesmo. Essas crianças - filhas do cárcere – têm internalizado e arraigado em sua história o estigma de suas mães⁶⁰. Nesse contexto Passetti observa que “[...] permanece, todavia, inabalável a secular crença na associação pobreza periculosidade,

⁵⁸ BRAGA, Ana Gabriela. FRANKLIN, Naila Ingrid Chaves. *Quando a casa é a prisão*: uma análise de decisões de prisão domiciliar de grávidas e mães após a lei 12.403/2011. *Quaestio Iuris*. vol. 09, nº. 01, Rio de Janeiro, 2016. pp. 349-375. P.370.

⁵⁹ PASSETTI, Edson. Ensaio sobre um abolicionismo penal. *Revista Verve*. n. 9. 2006. P. 99. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/5131/3658>. Acesso em 17 de maio de 2017.

⁶⁰ BRAGA, Ana Gabriela. FRANKLIN, Naila Ingrid Chaves. : uma análise de decisões de prisão domiciliar de grávidas e mães após a lei 12.403/2011. *Quaestio Iuris*. vol. 09, nº. 01, Rio de Janeiro, 2016. pp. 349-375.

sem a qual o sistema penal, no passado e no presente, não garante sua continuidade com reformas institucionais, mais ou menos democráticas”⁶¹.

Segundo dados apresentados pelo 5º Relatório sobre o perfil dos réus atendidos nas audiências de custódia⁶², no Rio de Janeiro vêm crescendo o número de casos em que os juízes passaram a aplicar a prisão domiciliar como medida alternativa ao encarceramento de mulheres. Para Emanuel Queiroz, coordenador de Defesa Criminal da Defensoria Pública do Rio, verifica-se uma “tendência dos juízes em observar a política de proteção das mães com filhos menores de 12 anos, instituída a partir da alteração do Código de Processo Penal pela Lei 13.257/2016”⁶³.

A construção de uma resposta ao problema do encarceramento feminino e, por conseguinte, do encarceramento infantil perpassa as ideias abolicionistas que visam de pronto a erradicação dos sistemas impostos, para criação da melhor resposta possível dentro dos limites do problema. Pensar em um abolicionismo penal feminino é pensar a observância das garantias básicas detidas no texto constitucional⁶⁴ para construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

⁶¹ PASSETTI, Edson. Ensaio sobre um abolicionismo penal. *Revista Verve*. n. 9. 2006. P. 98. Disponível em: << <https://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/5131/3658>>>. Acesso em 17 de maio de 2017.

⁶² DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *5º Relatório sobre o perfil dos réus atendidos nas audiências de custódia*. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-audiencia-custodia.pdf>. Acesso em 28 de agosto de 2017.

⁶³ BOLETIM CONJUR. *75% das mulheres soltas em audiência de custódia no RJ têm filhos de até 12 anos*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-ago-23/75-mulheres-soltas-custodia-rj-filhos-12-anos>. Acesso em 26 de agosto de 2017.

⁶⁴ Constituição Federal - Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: ... III - a dignidade da pessoa humana; Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. 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: III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação; Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm#art227. Acesso em: 17 de maio de 2017.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluimos que a legislação existente não possui domínio sobre as nuances que compõem o tema central do presente estudo, qual seja: a questão da problemática do encarceramento feminino e sua implicação no caso da manutenção das gestantes/mães no sistema penitenciário brasileiro.

Conforme asseverado anteriormente, a pena imputada às mães não deve perpassar o limite de sua existência, sendo necessária a construção de um novo modelo quando se fala em encarceramento feminino, independentemente, de estar se falando de mulheres gestantes ou não.

As necessidades femininas são anuladas pelo cárcere. Além das imbricações expostas no contexto das “gestantes” verificam-se outras tantas violações fundamentadas pela legislação pátria que são esquecidas pela sociedade.

O “punitivismo” tem sido a palavra de ordem verificada nas concepções e práticas dos operadores jurídicos, no caso em tela, especificamente, de juízes e promotores, que invalidam a análise da aplicação de qualquer outra medida alternativa ao cárcere⁶⁵. Pugna-se, com base no todo exposto, uma análise aprofundada da real finalidade de manutenção de gestantes no cárcere, levando-se em consideração os prejuízos que atingem a criança, a qual é imputada uma pena indigna.

No cerne do problema, questiona-se porque não se valer dos ideais abolicionistas para resolução dos conflitos que envolvam mulheres. A finalidade da pena demonstra-se esvaziada quando aplicada a estes casos concretos, vez que a punição resta estendida a um inocente, que sofrerá sanções degradantes, coabitando em local considerado inapropriado até para adultos.

Em posse das palavras de Mathiesen, brindamos o estudo com o questionamento sobre como de fato modificar o sistema carcerário, especificamente, no contexto feminino, eivando a propagação das condutas danosas e irracionais à que estão submetidas estas mulheres e crianças. Assim leciona o autor:

⁶⁵ *Regras de Bangkok*: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras/Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, Conselho Nacional de Justiça – 1. Ed – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

De tudo isso, podemos concluir que muito de nossa luta para alcançar, escancarar, revelar e então eliminar o calcanhar de Aquiles do sistema carcerário – sua irracionalidade fundamental e total – precisa ser direcionada à televisão e aos meios de comunicação de massa em geral, já que são seu escudo mais protetor. Isso faria com que os outros escudos caíssem e liberassem o segredo. Em vista dos grandes interesses econômicos nos “negócios de entretenimento” e dos enormes avanços tecnológicos envolvidos, esta é uma tarefa formidável⁶⁶.

Por fim, considera-se inconcebível a manutenção das crianças nos presídios nos moldes atualmente propostos. Fica a urgente análise sobre os malefícios que o encarceramento destas por decisões judiciais, em que o julgador poderia analisar o caso sopesando todos os fatos a ele inerentes e, de tal modo, determinar de forma mais acertada as questões relativas à “moradia” dos filhos na prisão, bem como a finalidade da manutenção destas mulheres nos presídios.

6 REFERÊNCIAS

ANTONY, Carmen. **Mujeres invisibles**: las cárceles femeninas en América Latina. Nueva Sociedad. Buenos Aires, n. 208, p.73-85, mar/abr. 2007.

BOLETIM CONJUR. 75% das mulheres soltas em audiência de custódia no RJ têm filhos de até 12 anos. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-ago-23/75-mulheres-soltas-custodia-rj-filhos-12-anos>. Acesso em 26 de agosto de 2017.

BRAGA, Ana Gabriela. FRANKLIN, Naila Ingrid Chaves. **Quando a casa é a prisão**: uma análise de decisões de prisão domiciliar de grávidas e mães após a lei 12.403/2011. Quaestio Iuris. vol. 09, nº. 01, Rio de Janeiro, 2016. pp. 349-375.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. **Dar à luz na sombra**: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. – Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015.92 p.: il. – (Série Pensando o Direito, 51).

⁶⁶ MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI – abolição, um sonho impossível? *VERVE* - Revista semestral autogestionária do Nu-Sol (Núcleo de Sociabilidade Libertária do Programa de Estudos Pós-Graduados em Ciências Sociais da PUC-SP). São Paulo, n.4, p.80-111,2003. p.105. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/4964/3512>. Acesso em 12 de maio de 2017.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm.

BRASIL. **Lei nº 13.257** de 08 de março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm>.

BRASIL. **Lei nº 7.210** de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.html>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm>.

BRASIL. Departamento de Planejamento. Superintendência dos Serviços Penitenciários(SUSEPE). **Dados Estatísticos: Sexo**. Rio Grande do Sul, 2012.

BRASIL. **Lei n. 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>.

BRASIL. Ministério da Justiça. Relatórios Estatísticos – Analíticos do sistema prisional de cada Estado da Federação. Estatística gerada pelo Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen (versão dez 2011).

BRASIL. Superintendência de Serviços Penitenciários (SUSEPE). Relatórios Estatísticos – Analíticos do sistema prisional de cada Estado da Federação. Estatística gerada pelo Sistema Integrado de Informações Penitenciárias - InfoPen (versão mar. 2012).

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 5º Relatório sobre o perfil dos réus atendidos nas audiências de Custódia. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-audiencia-custodia.pdf>. Acesso em 28 de agosto de 2017.

ESPINOZA MAVILA, Olga. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo**. São Paulo: IBCCRIM, 2004. 180p. (Monografias ; 31);

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000.

FERRERO, Guglielmo. LOMBROSO, Cesare. **La donna delinquente, la prostituta e la donna normale**. Firenze: Torino, 1903, P.31-47. Disponível em:<<http://archive.org/stream/ladonnadelinque00lombgoog#page/n8/mode/2up>>. Acesso em: 02 maio de 2017.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão; tradução de Lígia M. Pondé Vassalo. Petrópolis, Vozes, 1987.

FRANÇA, Mayara Braz. **O mito do inciso XLV do artigo 5º da Constituição Federal**: efeitos da transcendência da pena nos familiares de apenados. 2015. Disponível em: <<http://www.repositorio.uniceub.br/browse?type=author&order=ASC&rpp=20&value=Fran%C3%A7a%2C+Mayara+Braz>>. Acesso em: 07 set. 2016.

FRANÇA, Leandro Ayres & CANTÚ, Mariana Coelho. **Condições, processo e experiência do encarceramento feminino**: uma pesquisa de campo na Penitenciária Feminina do Paraná. Revista Direito e Democracia. V. 16, n. 2 (2015). Disponível em: <<http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2290>>. Acesso em: 05 maio 2017.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. 7. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2011.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas**: O sistema penal em questão. Rio de Janeiro: Luam, 1993, 180 p.

LANE, S. T. M. **O que é Psicologia Social**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2002.

LARRAURI, Elena. A Mujer ante el Derecho Penal. **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**. Año 9, n. 11, p. 13-45, jul. 1996. Disponível em:<<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2011/larrau11.htm>>.

LEMGRUBER, Julita. **Cemitério dos vivos**: análise sociológica de uma prisão de mulheres. Rio de Janeiro: Forense, 1999. Tese de Doutorado – **Violência, tráfico e maternidade**: um estudo sobre as mulheres encarceradas.

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN Mulheres – junho de 2014 – sitio <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em 07.09.2016.

LIMA, Raquel da Cruz e FONSECA, Anderson Lobo. **A prisão adequada para as mulheres e a que não existe**. Disponível em <http://diplomatique.org.br/a-prisao-adequada-para-as-mulheres-e-a-que-nao-existe/>. Acesso em janeiro de 2017.

LOBATO, Aline *et al.* **Mulheres criminosas**: analisando a relação entre a deestruturação familiar e criminalidade. 10 p. Disponível em: <http://www>.

abrapso.org.br/siteprincipal/images/Anais_XVENABRAPSO/242.%20mulheres%20criminosas.pdf.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES, Rosalice. **Prisioneiras de uma mesma história**: O amor materno atrás das grades. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47134/tde-30012008-141820/pt-br.php>>. Acesso em: 11 de agosto 2017.

MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI – abolição, um sonho impossível? **VERVE** – Revista semestral autogestionária do Nu-Sol (Núcleo de Sociabilidade Libertária do Programa de Estudos Pós-Graduados em Ciências Sociais da PUC-SP). São Paulo, n.4, p.80-111,2003. p.105. Disponível em: <<<https://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/4964/3512>>>. Acesso em 12 de maio de 2017.

MELLO, Daniela Canazaro de. **A prisão feminina**: gravidez e maternidade: um estudo da realidade em Porto Alegre – RS/Brasil e Lisboa/Portugal / Daniela Canazaro de. – Porto Alegre, 2014. 2 v.

MELLO, S. L. **Família, uma Incógnita Familiar**. In: AGOSTINHO, M.L; SANCHEZ, M. (Orgs.). **Família**: conflitos, reflexões e intervenções. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2002.

PASSETTI, Edson. Ensaio sobre um abolicionismo penal. **Revista Verve**. n. 9. 2006.

Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras/Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, Conselho Nacional de Justiça – 1. Ed – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

Revista Consultor Jurídico. Disponível em:<www.conjur.com.br/2017-mai-08/advogados-pedem-hc-todas-presas-gravidas-maes-criancas>.

SANTA RITA, Rosângela Peixoto. **Mães e crianças atrás das grades**: em questão o princípio da dignidade da pessoa humana. 2006. 162 f. Dissertação (Mestrado em Política Social)-Universidade de Brasília, Brasília, 2006. P. 70. Disponível em:< <http://repositorio.unb.br/handle/10482/6377>>.

SARLET, Ingo Wolfrang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. Ed., rev. Atual e ampli. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003.

SOARES, B. M. e ILGENFRITZ, Iara. **Prisioneiras: Vida e Violência Atrás das Grades**. RJ Ed. Garamond Ltda., 2002.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 2 ed. – 1 reimp – Belo Horizonte: Ed. D'iplácido, 2017. 694 p.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIARANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 9. Ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2011. V. 1.

ZIMERMAN, David. **Uma resenha simplificada de como funciona o psiquismo**. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; ZIMERMAN, David E. (Org.). **Aspectos psicológicos na prática jurídica**. 3. ed. Campinas: Millennium, 2010.