



ADRIANA PEREIRA

**RESPONSABILIDADE DO ESTADO FRENTE À VIOLAÇÃO
DE DIREITOS DAS GESTANTES E PARTURIENTES
ENCARCERADAS**

**LAVRAS-MG
2019**

ADRIANA PEREIRA

**RESPONSABILIDADE DO ESTADO FRENTE À VIOLAÇÃO DE DIREITOS DAS
GESTANTES E PARTURIENTES ENCARCERADAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito da Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Curso de Direito, para a obtenção do título de Bacharela.

Profa. Me. Alessandra Margotti dos Santos Pereira
Orientadora

**LAVRAS- MG
2019**

ADRIANA PEREIRA

**RESPONSABILIDADE DO ESTADO FRENTE À VIOLAÇÃO DE DIREITOS DAS
GESTANTES E PARTURIENTES ENCARCERADAS**

**RESPONSIBILITY OF THE STATE AGAINST VIOLATION OF THE RIGHTS OF
PRISONERS PREGNANTS AND PARTURIENTS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Departamento de Direito da Universidade
Federal de Lavras, como parte das exigências
do Curso de Direito, para a obtenção do título
de Bacharela.

APROVADA em ___ de _____ de 2019

Profa. Me. Alessandra Margotti dos Santos Pereira – UFLA

Prof. Dr. Fernando Nogueira Martins Júnior – UFLA

Profa. Me. Alessandra Margotti dos Santos Pereira
Orientadora

**LAVRAS- MG
2019**

*À minha mãe, Elizabeth; ao meu pai, Edmar; e à minha
irmã, Ana Luiza, por toda doação de amor.*

Dedico.

AGRADECIMENTOS

A Deus, antes de tudo, por tantas graças recebidas. Por, diante das dificuldades que a mim chegaram durante todo este percurso, ter me proporcionado fé e resiliência para vencê-las.

À minha mãe, Elizabeth, por ser exemplo de dedicação e determinação. Por nunca ter medido esforços para minha educação. Por contribuir para com minha formação pessoal e acadêmica.

Ao meu pai, Edmar, por ter me ensinado, com exemplos, a generosidade para com o próximo; pela simplicidade e pela forma de ver a vida.

À minha irmã, Ana, simplesmente por existir; por estar sempre me incentivando, por estar ao meu lado, mesmo que em outro continente.

Ao meu namorado, André, pela amizade e compreensão, acima de tudo. Por entender minha ausência, meu estresse durante estes anos e ter permanecido ao meu lado. E também à sua família, por me acolherem tão bem.

Às minhas avós, Preta e Conceição, por tanta ternura e afeto.

À minha madrinha, Maria Augusta, por representar tanto em minha vida, pela presença constante, e à sua família.

Aos meus afilhados, Bernardo, Cecília, Maria Clara e Pedro, por me motivarem a ser cada dia melhor. A presença de vocês é de extrema importância em minha vida.

Aos meus tios: Elson, Luciana, Neusa, Dauro, Luís, Nilza. E às minhas primas Amanda, Letícia, Vitória e Elisa. Vocês são testemunhas das tribulações que vivi nestes últimos anos. Sem a ajuda de vocês seria impossível concluir mais esta etapa. Obrigada por tudo.

À Cassiana, Sâmella e Talita. Que bom que o universo cuidou de colocá-las em minha vida, por meio da universidade. Minha caminhada durante este trajeto se tornou mais leve com a presença de vocês. Que o término da graduação não seja empecilho para nossas amizades.

Às minhas amigas Lorena, Pâmela e Patrícia, pelos anos de amizade. “A vida sem amigos é uma vida vazia”. Assim seria minha vida sem vocês.

À Profa. Me. Alessandra Margotti dos Santos, minha orientadora, por me amparar durante este trabalho. Obrigada pela confiança, disponibilidade e incentivo. Serei eternamente grata por toda ajuda.

A todos os professores que passaram por minha vida e contribuíram para minha formação – especialmente aos professores do Departamento de Direito da UFLA.

Por fim, a todas aquelas pessoas que fazem parte desta conquista. Obrigada por estarem em minha vida!

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo a análise da responsabilidade do Estado frente à violação dos direitos humanos fundamentais das gestantes e parturientes encarceradas. Isso porque a gestação traz consigo peculiares modificações de ordem física, psíquica e afetiva às mulheres, bem como extenso conteúdo de ordem axiológica. A maternidade é, sem sorte de qualquer dúvida, construção histórica imbuída de muitos valores. Todavia, tem sua realidade agredida quando do encarceramento penal. De modo geral, quando as gestantes se encontram cumprindo penas privativas de liberdade são muitas vezes violadas em seus direitos minimamente garantidos, bem como no exercício de suas potencialidades. Por conseguinte, utilizou-se da presente pesquisa a fim de demonstrar o verdadeiro estado de coisas inconstitucional em que se encontra o sistema prisional brasileiro, sobretudo no que se refere ao tratamento desumano investido em desfavor de parturientes e gestantes. Para isso, a pesquisa se consolidou em meio à revisão literária da doutrina, da lei e da jurisprudência, bem como de dados e levantamentos nacionais coletados pelo próprio Governo Federal acerca da situação de precariedade e de violação promovidas pelo Estado em desfavor das mulheres.

Palavras chaves: Aprisionamento de gestantes. Princípio da co-culpabilidade. Responsabilidade do Estado.

ABSTRACT

The present work has as scope the analysis of the responsibility of the State against the violation of the fundamental human rights of pregnant women and incarcerated parturients. This is because gestation brings with it peculiar modifications of physical, psychic and affective order to women, as well as extensive content of axiological order. Motherhood is, without luck of any doubt, historical construction imbued with many values. However, it has its reality assaulted when it comes to criminal incarceration. In general, when pregnant women are serving custodial sentences, they are often violated in their minimally guaranteed rights, as well as in the exercise of their potential. Therefore, the present research was used to demonstrate the true unconstitutional state of affairs of the Brazilian prison system, especially with regard to the inhumane treatment invested in favor of parturients and pregnant women. To this end, the research consolidated in the midst of the literary revision of doctrine, law and jurisprudence, as well as data and national surveys collected by the Federal Government itself about the state of precariousness and violation promoted by the State in detriment of women.

Keywords: Female imprisonment. Principle of cculpability. Responsibility of the State.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CÁRCERE	12
3	ASPECTOS SELETIVOS DO CÁRCERE FEMININO.....	15
4	MATERNIDADE NO CÁRCERE.....	19
4.1	Gestação e aleitamento.....	20
4.2	A criança no cárcere.....	21
5	REPARAÇÃO À VIOLAÇÃO DOS DIREITOS POR PARTE DO ESTADO....	23
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	29
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	31

1 INTRODUÇÃO

Pretende-se, no presente trabalho, demonstrar que, embora sejam conferidos direitos às gestantes e parturientes, o Estado não possibilita meios para efetivá-los, principalmente pela estrutura precária em que essas mulheres são postas, violando princípios e normas constitucionais.

Por esse ver, doutrinadores têm entendido, de modo quase que unânime, que a prisão é claramente lesiva à dignidade humana, penosa e inutilmente aflitiva, considerada, ainda, verdadeira fábrica de reincidência e indústria do crime. (FERRAJOLI, 2002, p. 331)

O sistema carcerário brasileiro tem como base a forma repressiva, fazendo com que a ressocialização dos encarcerados se torne um processo dificultoso, provocando reincidência e cultivando cada vez mais a profissionalização do delito, tal como ensina Wacquant (2014):

Além disso, a prisão tem a característica de uma bomba social que aspira-e-expele: ela devolve à sociedade indivíduos capazes de cometer ainda mais delitos e crimes em virtude do corte sociobiográfico que a reclusão exerce; da carência de programas de “reinserção” durante e após o encarceramento; e da série de restrições, incapacidades e outros prejuízos decorrentes de uma passagem pela polícia. (WACQUANT, 2014, p. 222)

O sistema carcerário não cumpre o papel que lhe é imposto: reabilitar o detento para conviver em sociedade. De forma contrária, o atual senso comum social transgride todas as regras e legislações pertinentes, assim, Alves (2006) corrobora no sentido de que a sociedade vê no ato prisional o único meio de punir os que, de alguma forma, cometeram ilícitos penais.

Arguello (2005) enfatiza que as legislações existentes expressam o desejo de vingança oculta no discurso da “lei e da ordem”, com o intuito de “proteção” aos “cidadãos de bem”.

Contudo, esse exacerbado desejo punitivo nem sempre coaduna com a verdade jurídica que sequer é encontrada. Privar alguém de sua liberdade não deve servir de afago ao ego social. O recurso do encarceramento deve ser exercido quando não mais houver alternativas de manutenção da paz social.

Neste viés, o levantamento realizado pelo Infopen (2016) demonstra que 40% (quarenta por cento) das pessoas presas no Brasil não haviam sido ainda julgadas e condenadas.

Cumprе salientar que a prisão preventiva, conforme previsto no artigo 312 do Código de Processo Penal “poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.”.

Assim, Cuello (2016) aduz a utilização desta modalidade prisional somente se justificaria caso não houvesse mecanismo menos radical. Isto posto, permite-se dizer, conforme publicado na obra de Cuello (2016), a prisão preventiva no país encontra-se banalizada, contribuindo de forma significativa para o aumento da população carcerária.

Da mesma forma, Alves (2006) alude que a sociedade considera justificável o atual cenário do sistema carcerário brasileiro, bem como a forma em que são tratados os apenados, vislumbrando-se o sistema como mecanismo de vingança pela prática do ato ilícito, em vez da teleologia da ressocialização.

De maneira igual, considera que, somado ao clamor da sociedade por “justiça” e “à falta de solução para problemas complexos de diversas ordens, cada vez mais os agenciadores de nossa sociedade fazem chover leis penais. Contudo, não se considera que a maximização do uso do Direito Penal vá reverter o caos em que se encontra”. (ALVES, 2006, p.13)

Existem, contudo, teorias e propostas de alternativas ao encarceramento, capazes de reduzir a criminalidade e conseqüentemente, a superlotação dos presídios brasileiros. Entre tais alternativas, destaca-se a teoria abolicionista penal.

O abolicionismo penal surge no bojo da emergência da criminologia crítica, (BATISTA, 2011) que “busca compreender a constituição da pena e dos delitos como processos dialéticos inerentes à totalidade sociopolítica e econômica da sociedade” (RUIZ; SIMAS, 2016, p. 9).

Esse movimento visa à abolição do direito penal através de outras formas de resolução de conflitos que não o castigo, segundo entendimento de Pavan (2016). Assim, Louk Hulsman (*apud* Pavan, 2006, p.109) entende que sistema penal não é eficaz na resolução dos problemas a que se propõe a solucionar e aponta fundamentos para a abolição do sistema penal, sendo: (i) o sistema penal se torna responsável por causar sofrimentos desnecessários, distribuídos socialmente de maneira injusta e (ii) o sistema penal não apresenta nenhum efeito positivo sobre aqueles envolvidos em conflitos.

Como ainda não é possível a adoção de um modelo abolicionista penal – por motivos de diversas ordens que não são o foco do presente trabalho- adota-se aqui uma perspectiva garantista de Direito Penal, de modo a implicar o Estado na sua obrigação de resguardar e garantir os direitos fundamentais a todos os cidadãos, mormente àqueles que estão sob sua custódia penal.

De mais a mais, este cenário de desordem se torna ainda mais alarmante quando o espaço carcerário é o feminino, em que residem mães com seus filhos, inseridos dentro do mesmo ambiente, os quais passam a ser indiretamente sujeitos ao cumprimento de pena,

sendo vítimas, logicamente, da violação flagrante de princípios constitucionais, tal como o da individualização das penas.

O intuito de garantir que as crianças permaneçam com as mães durante o período de amamentação é assegurar o convívio familiar, visto que, fosse de outro modo, a criança não teria o contato direto com a apenada, rompendo-se o vínculo afetivo.

Como será verificado adiante, o tempo de permanência da criança junto com a mãe no decorrer do encarceramento, tal como estipulado pela legislação, varia entre os seis meses até os sete anos de idade, a depender da unidade prisional em que a mesma se encontra. Contudo, na maioria das vezes, essas crianças ficam até os seis meses de vida, período mínimo da amamentação fixada por lei, conforme demonstra Viafore (2004, p.104).

A proposta inicial é que durante este período, as mães e as crianças sejam abrigadas em alojamentos comunitários, sem grades, como já determinado judicialmente em episódios sobre a matéria. No entanto, conforme a pesquisa realizada pela Revista Pensando Direito (2015), demonstrou-se que crianças e mães encarceradas vivem, durante este tempo, nas próprias celas, em comum com as demais detentas. Quando atingido o tempo limite estipulado em cada unidade prisional, a criança, na maioria das vezes, passa a viver sob a custódia de família extensa.

Neste prisma, considerando a complexidade da matéria, visto que trata do encarceramento de mães e filhos, o presente estudo buscará também analisar a inserção destes filhos no ambiente carcerário como forma de garantir o direito à amamentação e para manutenção do vínculo familiar, bem como as consequências para essas crianças, principalmente para o desenvolvimento saudável na infância. (ORMEÑO; MAIA; WILLIAMS, 2013, p. 157).

Por esta razão, a pesquisa será pautada com base em estudos jurídicos e doutrinários, aliando-se na legislação vigente através do método descritivo e indutivo, obtendo material por meio de livros jurídicos, periódicos especializados e acórdãos publicados.

2 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CÁRCERE FEMININO

Com o aumento do encarceramento feminino presente na sociedade brasileira, conforme doravante verificado, houve a necessidade de efetivar os direitos das mulheres que cumprem penas privativas de liberdade, vez que o sistema carcerário foi pensado preeminente para o público masculino, tanto no fator estrutural, quanto legislativo, conforme Viafore (2004, p.93), ignorando as necessidades e fatores biológicos que discernem o homem e a mulher.

A legislação brasileira disciplina o aprisionamento das grávidas reclusas de forma moderada, tendo em vista que a criminalidade no universo feminino não era esperada pela sociedade, fruto de padrões sociais estratificados historicamente.

A Constituição Federal, em seu artigo 6º (BRASIL, 1988), disciplina que são direitos sociais de segunda dimensão “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”. Tais direitos devem ser assegurados tanto pela União, como pelos Estados e pelos Municípios.

Quando a mulher encarcerada é gestante ou parturiente, torna-se fundamental garantir estes direitos não só à mãe, mas também ao filho, além de promover a prestação pública de saúde, em respeito ao estado sanitário e emocional da gestante, no pré e pós parto, consoante artigo 8º da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984)¹.

O Estado, como garantidor desses direitos e como responsável pelas mulheres que se encontram inseridas no cárcere, deve garantir o mínimo existencial, ofertando tratamentos adequados durante todo o período gestacional e puerperal, vez que a situação implica maior vulnerabilidade da apenada.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988), no art. 5º, inciso L², prevê o direito das encarceradas permanecerem com seus filhos durante o período de amamentação. Em conformidade com a Constituição, a Lei de Execução Penal³ (BRASIL, 1984) fixa este período, em um prazo mínimo de seis meses. Esse prazo possibilita, por tanto, um período mínimo para que não haja a separação da mãe para com o filho, além de assegurar a amamentação, considerando sua importância para o desenvolvimento saudável da criança. (MORAES, 2013).

¹ Art. 8 da Lei de Execução Penal –“Incumbe ao poder público proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal”.

² Art. 5º CF-“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”.

³ Art. 83 Lei de Execução Penal –“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”

O prazo estabelecido pela Lei de Execução Penal referente ao aleitamento materno deve ser cumprido em estabelecimento propício, em consonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente⁴ (BRASIL, 1990), em respeito ao melhor interesse da criança.

O direito de permanecer com o filho durante o período de amamentação deverá ser exercido dentro do estabelecimento em que a gestante cumpre sua pena, contanto que haja no cárcere estrutura propícia para mãe e filho. Caso contrário, sua reclusão deverá ser transferida para unidade diversa, que atenda às exigências.

Dessa maneira, preleciona Digiácomo (2016):

A manutenção de vínculos entre os pais/mães privados de liberdade e seus filhos é um direito assegurado por lei, cujo exercício deve ser objeto de uma política pública específica, que contemple ações múltiplas e coordenadas entre os órgãos de segurança pública, assistência social, saúde e educação (dentre outros). Trata-se de matéria de alta complexidade, especialmente quando envolve crianças de tenra idade, ainda em fase de aleitamento materno, devendo-se ter a cautela de, a pretexto de assegurar o direito da criança ao aleitamento – e ao próprio contato com sua mãe –, não ser aquela também colocada em regime de privação de liberdade, juntamente com esta. Daí a necessidade de adequação de espaços nos presídios e mesmo a adoção de alternativas ao encarceramento, como é o caso da prisão domiciliar, nos moldes do previsto no art. 318, inciso V, do CPP, com a redação que lhe deu a Lei nº 13.257/2016 (valendo mencionar que já existem decisões que conferem a prisão domiciliar a mulheres com filhos de tenra idade até mesmo após a condenação). (DIGIÁCOMO, 2016).

Ademais, a Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), nos artigos 14⁵, 83⁶ e 89⁷ assegura às mães privadas de liberdade e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência, fixando o período de convivência entre a mãe e o filho de até sete anos de idade.

No âmbito internacional, as chamadas Regras de Bangkok⁸ (Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras) reconhece a necessidade de um tratamento diferenciado às mulheres que se encontram em restrição de liberdade. Sessenta países se comprometeram em seguir suas

⁴Art. 9º Estatuto da Criança e do Adolescente –“O poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade.”

⁵Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado, de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico. § 3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido

⁶Art. 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.

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

⁸ Criada na 65ª Assembleia da Organização das Nações Unidas, no ano de 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>>.

diretrizes voltadas ao tratamento humanitário dentro dos presídios femininos e à consolidação de instituições penais justas e eficientes (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p.18), dentre eles o Brasil. Dentre as regras, elenca-se a de número 4, que recomenda que as mulheres presas permaneçam em prisões próximas ao seu meio familiar.

A regra de número 5 prevê o a necessidade de se observar as demandas de higiene que são específicas das mulheres, pensadas não tão somente nas encarceradas, mas também nas crianças que acompanham as mães no espaço carcerário, dispondo que deve haver “suprimento regular de água disponível para os cuidados pessoais das mulheres e crianças, em particular mulheres que realizam tarefas na cozinha e mulheres gestantes, lactantes (...)” (COSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

A regra de número 6 complementa a recomendação 22 estabelecida nas Regras mínimas para o tratamento de reclusos:

- 1) Nos estabelecimentos penitenciários para mulheres devem existir instalações especiais para o tratamento das reclusas grávidas, das que tenham acabado de dar à luz e das convalescentes. Desde que seja possível, devem ser tomadas medidas para que o parto tenha lugar num hospital civil. Se a criança nascer num estabelecimento penitenciário, tal fato não deve constar do respectivo registro de nascimento.

Essas regras possuem o intuito de proteger às mulheres, oferecendo, além de proteção, tutela à dignidade, reconhecendo justamente que as apenadas são pertencentes a um grupo vulnerável, e de certa forma exercem papel importante em seu núcleo familiar, sendo seu encarceramento fator de potencial impacto na vida dos seus.

No âmbito infralegal, a Resolução nº 14 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária assegura, junto ao§ 2º, do artigo 7º, que devem ser garantidas “condições para que a presa possa permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”. Para tanto, é necessário que essas condições sejam dignas e que sejam ofertados espaços adequados para a permanência das crianças junto às suas genitoras.

Todavia, mesmo sendo conferidos direitos às mulheres grávidas e parturientes no cárcere, esses direitos são violados constantemente. A propósito, o Estado não consegue efetivar esses direitos a todas as mulheres que se encontram privadas de liberdade e carecem de condições especiais em decorrência da gestação, como será analisado no próximo capítulo.

3 ASPECTOS DA SELETIVIDADE PENAL FEMININA

Devido às disparidades do poder de compra, aumentaram-se as desigualdades sociais, abrindo-se as portas para os dados que hoje se encontram da maioria do público pertencente ao espaço carcerário feminino, quais sejam: as negras e as de classe baixa a classe média, com pouca escolaridade, como será demonstrado através do estudo realizado pelo INFOPEN-Mulheres.

Mesmo as mulheres cometendo crimes em menores proporções se comparadas aos homens, conforme dados apontados no relatório do INFOPEN-Mulheres, é fato surpreeso à sociedade, visto que, para muitos, é como se a criminalidade estivesse ligada apenas ao universo masculino. Dessa forma, não é surpreendente que as feições que os presídios ganharam tenham sido pensadas e feitas para homens.

Em junho de 2016 foram realizadas pesquisas⁹, as quais apontaram que no Brasil são 55 estabelecimentos femininos ou mistos que contam com celas adequadas para as gestantes, representando o total de 16% (dezesseis por cento). Para o presente estudo, serão considerados os dados apresentados pelo referido levantamento.

O INFOPEN-Mulheres aponta que dentro das unidades prisionais existiam, à data das pesquisas, 536 gestantes e 350 lactantes, e que para o total das gestantes, apenas 269 dessas mulheres usufruem de uma cela adequada.

Quanto à capacidade de oferecer espaço adequado para que a mãe permaneça em contato com seus filhos durante o período de amamentação, é possível verificar que apenas 49 das unidades (14%) oferecem berçários. De acordo com a pesquisa, as unidades que declararam ser capazes de oferecer este espaço têm capacidade para receber, no total, até 467 crianças de zero a dois anos.

Em relação às creches, observa-se que apenas nove unidades prisionais femininas ou mistas (3%) contam com este espaço, as quais possuem capacidade para atender um total de até 72 crianças acima de dois anos.

O perfil sociodemográfico da população carcerária feminina no Brasil revela que, no que concerne à faixa etária, 27% (vinte e sete por cento) são mulheres entre 18 a 24 anos, 23% (vinte e três por cento) possuem entre 25 a 29 anos, 18% (dezoito por cento) entre 30 a 34 anos, 21%, (vinte e um por cento), 35 a 45 anos, 9% (nove por cento), entre 46 a 60 anos e 1% (um por cento) 61 anos ou mais. O que se conclui, é que 50% (cinquenta por cento) da

⁹ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN- Mulheres, em sua 2ª edição.

população prisional feminina é formada por jovens, levando-se em consideração a classificação do Estatuto da Juventude¹⁰.

No tocante à raça, cor¹¹ ou etnia, o INFOPEN-Mulheres afirma que 62% (sessenta e dois por cento) são negras, 37% (trinta e sete por cento) brancas e 1% (um por cento) amarela. Na mesma proporção, pode-se afirmar que há aproximadamente cerca de 40 mulheres brancas encarceradas para cada grupo de 100 mil mulheres brancas, enquanto para o grupo negro, há 62 mulheres negras encarceradas para cada grupo de 100 mil mulheres negras, sendo possível vislumbrar a discrepância entre as encarceradas negras e brancas no país.

O INFOPEN-Mulheres obteve informações no que tange à escolaridade em 73% (setenta e três por cento) da população feminina encarcerada. Dos 73% (setenta e três por cento), verifica-se que 45% (quarenta e cinco por cento) das mulheres inseridas nas unidades prisionais possuem ensino fundamental incompleto; 15% (quinze por cento) completaram o ensino fundamental; 17% (dezessete por cento) não concluíram o ensino médio; 15% (quinze por cento) possuem ensino médio completo; 2% (dois por cento) possuem ensino superior incompleto; 1% (um por cento) são graduadas; 2% (dois por cento) são analfabetas; e 3% (três por cento) são apenas alfabetizadas. Ou seja, 66% (sessenta e seis por cento) da população prisional feminina não completou o ensino médio.

Já em relação ao estado civil, foi possível obter informações para 62% (sessenta e dois por cento) do total das mulheres encarceradas. Deste total, 62% (sessenta e dois por cento) são solteiras; 23% (vinte e três por cento) estão em união estável; 9% (nove por cento) são casadas, enquanto 2% (dois por cento) são divorciadas; 2% (dois por cento) são viúvas; e 2% (dois por cento) são separadas judicialmente. Segundo o levantamento feito, devido a concentração das mulheres privadas de liberdade serem de público maior as jovens, explicaria o fato de 62% (sessenta e dois por cento) serem solteiras.

Dessa forma, conforme entendimento de Cortina (2015), a simples observação do perfil das mulheres privadas de liberdade revela que o sistema penal atua sob a reprodução de um sistema seletivo e quando analisado o perfil sócio-demográfico da população carcerária feminina, é possível concluir que “os fatores relativos à feminização da pobreza são preponderantes para compor o conjunto de critérios da seletividade que o sistema penal emprega para definir sua clientela prisional feminina” (CORTINA, 2015, p.773).

¹⁰ Lei nº 12.825/2013. Art 1º. § 1º “Para os efeitos desta Lei, são consideradas jovens as pessoas com idade entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos de idade”.

¹¹ O levantamento do INFOPEN utiliza as cinco categorias propostas pelo IBGE para classificação quanta à cor ou raça: Branca, Preta, Parda, Amarela ou Indígena. A categoria Negra é construída pela soma das categorias Preta e Parda.

No mesmo sentido, Ícaro (2016) e Filho (2016) lecionam que esta seletividade do sistema penal só existe em razão da falha do próprio Estado em garantir os direitos sociais básicos desde antes da prisão. Assim, os autores justificam que o fato do Estado não efetivar os direitos previstos na própria Constituição tem como consequência o aumento da desigualdade social, corroborando para os dados apontados.

Sabendo da influência que a privação de liberdade das mulheres causa no seio familiar, o INFOPEN-Mulheres levantou dados quanto aos filhos dessas mulheres. De acordo com a pesquisa, foi possível coletar informações apenas de 7% (sete por cento) da população prisional feminina, ou seja, 2.689 mulheres. Deste total, 74% (setenta e quatro por cento) das mulheres encarceradas têm filhos, sendo que 18% (dezoito por cento) tem apenas um filho; 20% (vinte por cento), dois filhos; 17% (dezessete por cento), três filhos; 8% (oito por cento), quatro filhos; 5% (cinco por cento), cinco filhos; e 7% (sete por cento), seis filhos ou mais.

Em relação ao tipo penal por cuja prática a mulher encarcerada aguarda julgamento ou foi condenada, foram computadas 33.861 incidências penais entre as unidades prisionais que possuíam informações sobre o tipo penal. Restou demonstrado que 62% (sessenta e dois por cento) das mulheres privadas de liberdade aguardam julgamento ou foram condenadas por tráfico de drogas. Entre as tipificações decorrentes do tráfico de drogas, 16% (dezesseis por cento) correspondem à associação para o tráfico, e 2% (dois por cento) por tráfico internacional de drogas. O restante é referente à própria tipificação de Tráfico de drogas.

No mesmo contexto, Cortina (2015) suscita que a taxa de mulheres presas pela prática do crime de tráfico de drogas sobressai aos demais crimes e “em muitos Estados, compõe quase a totalidade das mulheres presas”.

Ademais, 2% (dois por cento) foram enquadradas por formação de quadrilha; 11% (onze por cento) roubo; 9% (nove por cento) furto; 1% (um por cento) receptação; 6% (seis por cento), por homicídio; 1% (um por cento), por latrocínio; 2% (dois por cento), por desarmamento e 6% (seis por cento), por outros.

Em suma, tem-se traçado o perfil de grande parte da população carcerária feminina: jovens, mães solteiras e negras e tipificadas pelo tráfico de drogas.

Portanto, diante dos dados fornecidos pelo INFOPEN-Mulheres, conclui-se que o ambiente feminino prisional é seletivo, guardando, em sua maioria, a função de prender mulheres já marginalizadas socialmente, sem acesso a direitos fundamentais básicos e, muito em decorrência disso (se não só) sem perspectiva de trabalho que lhes garanta o mínimo existencial de vida digna.

4 MATERNIDADE NO CÁRCERE

A inércia do Estado em efetivar os direitos e garantias expressas na Constituição Federal, principalmente no que tange ao tratamento desumano em relação às pessoas privadas de liberdade trouxe à tona uma grande preocupação por parte do STF, reconhecendo o sistema penal como “Estado de Coisas Inconstitucional”.

A tese do “Estado de Coisas Inconstitucional” visa garantir os princípios constitucionais e foi abordada pelo STF por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, a qual menciona o descaso com os seres humanos em prisões superlotadas. Andrade e Teixeira (2016, p. 85) corroboram que as violações dos direitos “afetam diretamente os presos, mas suas consequências afetam direta e indiretamente toda a sociedade”.

De acordo com a ADPF 347, os presidiários são colocados em celas com capacidade para 20 presos, mas, no entanto, são utilizadas para 80 ou até 150 presos, e neste íterim, não há sequer condições de higiene básica. As celas são imundas e insalubres, e as pessoas que se encontram neste ambiente estão sujeitas à proliferação de doenças infectocontagiosas. As temperaturas chegam ao extremo e falta água potável.

Em relação às mulheres encarceradas, na ADPF 347, o relator, Ministro Marco Aurélio, ressalta argumentos apresentados pelo requerente, Partido Socialismo e Liberdade, considerando tamanho sofrimento gerado.

Não há estabelecimento próprio e adequado, não há berçários, locais destinados às gestantes e parturientes ou creches para abrigar crianças de zero a sete anos. Afirma a falta de cuidados com a saúde das gestantes presas – não sendo assegurado acompanhamento médico, no pré-natal e no pós parto, nem ao recém-nascido -, bem como a carência de ginecologista e de fornecimentos regular de absorventes íntimos e de outros materiais de higiene.

Levando-se em consideração que as celas abrigam um número maior de encarceradas, como foi apontado pelo relatório da ADPF 347, do que de fato podem comportar, fica evidente que não há sequer conforto mínimo, tampouco condições salubres de vida, tal como exigido pela legislação infraconstitucional e pela própria Constituição da República.

Ainda, segundo o relatório citado acima, a falta de espaço faz com que muitas encarceradas dividam colchões para sono e descanso, tudo isso em um ambiente que se

encontra superlotado. O sistema prisional brasileiro expressa significativamente à ideia de que dias e noites raramente são tranquilos.

A inclusão da seção especial para as grávidas e parturientes dentro das unidades prisionais, como berçários e creches, se justifica para a manutenção do vínculo familiar, que se mostraria rompido ante a não observância dos direitos aqui discutidos.

4.1 A gestação e o aleitamento

O período gestacional, para a encarcerada, traz consigo inúmeros reflexos. O ambiente em que a gestante está inserida exerce influência direta no estado do nascituro e da gestante. Os segundo e terceiro trimestres são significativos para o crescimento e desenvolvimento normais do feto, sendo necessário acompanhamento para verificar se o ganho de peso e a ingestão de nutrientes estão adequados, bem para verificação do fator emocional a fim de que a gestante consiga exercer, de fato, suas potencialidades. Dessa forma, quanto maior o número de fatores inadequados presentes em uma gestação, pior o diagnóstico. (VITOLLO, 2003).

Assim, o ambiente carcerário gera danos possivelmente irreversíveis para a gestante, tendo em vista que a realidade do espaço não atende as necessidades biofisiológicas da gestação. Nessa conjuntura, os problemas estruturais que acometem os presídios brasileiros são responsáveis por graves infortúnios de ordem psíquica, física e sanitária que recaem sobre a gestação das presidiárias.

Do mesmo modo, a falta de sono, repouso e alimentação adequados influencia negativamente o período de amamentação. Note-se, portanto, que as violações são inúmeras, não se estacionando apenas nos direitos das apenadas, mas, sobretudo, e de igual importância, das crianças que com elas convivem, em flagrante desrespeito aos princípios constitucionais e especiais da proteção integral, tal como os enunciados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990).

Consoante entendimento de Antunes (*et. al.*, 2008), a amamentação traz diversos benefícios, que vão além dos aspectos nutricionais. Segundo os autores, a amamentação interfere na personalidade do indivíduo e em sua capacidade cognitiva.

No mesmo entendimento, a Organização Mundial da Saúde considera que o aleitamento materno é a melhor maneira de alimentar a criança nos primeiros meses de vida, recomendando que a amamentação seja exclusiva até os seis meses.

Assim, as crianças que são amamentadas tendem a ser mais tranquilas e de fácil socialização durante a infância. Ressalta-se que as experiências vivenciadas na primeira

infância são extremamente importantes para determinar o caráter do indivíduo quando adulto. (ZAVASCHI, 1991; SOUZA, 2010; MORAES, 2010).

Conforme citado alhures, o ordenamento jurídico prevê, dentre outros, o direito à amamentação. No entanto, não é oferecida uma estrutura propícia, sendo raras, conforme demonstrado pelas estatísticas, as unidades que possuem berçários apropriados. Não obstante, na prática, as mães acabam por amamentar seus filhos nas próprias celas em que estão recolhidas, expondo-os a situações de riscos e degradantes, na medida em que lhes transfere parte de suas penas.

4.2 A criança no cárcere

Quando a criança está inserida nas penitenciárias, ela está automaticamente “presa” com suas mães. De acordo com a pesquisa realizada pela Revista Pensando Direito (2015, p. 42)¹² “as mães que estão com seus filhos neste ambiente sentem que cadeia não é o lugar adequado para a convivência entre a mãe e filho”, entendendo que “criança dentro da cadeia não dá certo” (2015, p. 42), isso porque as creches são inseridas no interior dos presídios e dessa forma, subsidiariamente, as crianças acabam privadas de liberdade também.

Dessa forma, para impedir que as crianças se sintam presas, seria, no mínimo, necessário a construção de creches fora dos presídios, “de modo que as mães visitem as crianças e não vice-versa” (BRASIL, 2015)¹³.

O desenvolvimento humano situa-se num contexto histórico e cultural, num ambiente que o influencia fortemente (PAPALIA *et al.*, 2001). Assim, a criança em seus primeiros anos de formação necessita de um ambiente agradável, em que se sinta acolhida e protegida.

É no primeiro ano que a criança se constitui para se tornar independente, e a figura materna é primordial para essa independência, sendo recíproca entre elas tal ligação, que pode ser notada pelo sugar, pelo agarrar e por meio de sinalizações como o sorriso e o choro (BOWLBY, 1989). Conforme Bowlby (1989), a relação entre os pais e a criança é criada por meio de um conjunto de sinais inatos do bebê, que exigem uma proximidade entre eles para se criar um vínculo afetivo. Os primeiros contatos e observações correspondidas dos bebês com

¹²BRASIL, 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. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015. p. 42.

¹³BRASIL, 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. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015. p. 41.

as mães afetam o relacionamento, que começa se constituindo na infância e vai perdurar durante a vida dessa criança.

Bee (2003) estuda a Psicologia, em especial o desenvolvimento infantil, e afirma que quando há a manutenção do vínculo afetivo entre a mãe e a criança durante o período da infância, tem-se resultados satisfatórios na vida adulta.

No mesmo sentido, Bee (2003) também entende que o desenvolvimento psíquico de uma criança está diretamente ligado ao ambiente em que esta se encontra, assim, a criança exposta a situações de violências tende a ter seu desenvolvimento afetado e por isso, os autores acreditam ser fundamental políticas públicas que cuidem tanto da saúde física quanto mental da criança exposta em cenários de violência.

Quando a Constituição Federal prevê ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a convivência familiar à criança e ao adolescente, visa-se garantir o melhor interesse da criança. (BRASIL, 1988).

O melhor interesse da criança trata-se de um princípio que reconhece a criança como sujeito de direitos e assim, Amin (2014, p.70) elucida que:

Trata-se de princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para a elaboração de futuras regras. (AMIN, 2014, p.70).

Este princípio, por sua vez, colide com o fato de que os infantes estejam inseridos no espaço carcerário. Se, por um lado, é importante que a criança cresça ao lado de uma figura materna, por outro, tendo em vista o contexto da situação da mãe, questiona-se a viabilidade de que a criança tenha estadia nos presídios.

Para as mães, é possível vislumbrar dualidade de sentimentos entre as reclusas que logram êxito do exercício deste direito, pois, ao mesmo tempo que desejam passar o máximo de tempo com os filhos, não desejam que estes cresçam dentro do cárcere, por se configurar como um ambiente adverso ao desenvolvimento humano saudável e feliz. (STELLA, 2006).

Silva (2015, p. 190), quando da visita à área infantil da Penitenciária Talavera Bruce, no Rio de Janeiro, discorre que:

O momento de maior emoção de todo esse período foi à visita às creches, muito embora tenha sido uma experiência chocante: as crianças possuíam olhares tristes, fisionomias desbotadas, sorrisos tímidos e atitudes um tanto

selvagens de quem não está acostumado a ver gente estranha. Ficavam confinadas em seus quartos, ou brincavam nos corredores e em um pequeno pátio. As crianças de até seis anos, inclusive os recém-nascidos – em sua grande maioria negras ou pardas –, habitavam em quartos coletivos e eram cuidadas por algumas internas com filhos na creche. Porém, nem todas as que tinham filhos na creche podiam morar lá, pois as instalações só comportavam um número limitado de mães. (SOARES; ILGENFRTZ, apud. SILVA, 2002, p. 26).

Portanto, a vida para a criança que está exposta a esta situação é hermética. Essa criança pode, muitas vezes, ficar exposta a ambientes inadequados e insalubres, sendo essa exposição considerada um ato de violência para também com essas crianças, as quais podem ocasionar dano aos seus desenvolvimentos, como visto.

5 REPARAÇÃO À VIOLAÇÃO DOS DIREITOS POR PARTE DO ESTADO

O Poder Público é o responsável pela manutenção e administração das unidades prisionais, salvo nos casos de privatização, a exemplo dos complexos penitenciários de Ribeirão das Neves, na região metropolitana de Belo Horizonte, e do COMPAJ, situado em Manaus/AM. Dessa forma, é dever do Estado assegurar que as mulheres encarceradas cumpram pena em local adequado, especialmente, às grávidas e parturientes, condições necessárias para tanto.

Todavia, conforme demonstrado através dos dados em relação à oferta e demanda das celas adequadas para as grávidas e parturientes, é possível verificar que a realidade do cenário carcerário não é a mesma prevista pela legislação e, assim, a confiança no sistema penal como garantidor de princípios constitucionais, sobretudo o da dignidade da pessoa humana, confronta com a realidade do dia-a-dia constantemente. (PINTO, 2008)

De acordo com Nilo Batista (2011, p.9), entre os autores brasileiros prevalece o entendimento de que o fim do Direito Penal é a defesa de bens jurídicos, os quais são definidos como valores ético-sociais de interesse do Estado/sociedade. No entanto, sabe-se que na prática, o sistema penal é mais seletivo que igualitário, mais repressivo que preventivo, mais estigmatizante que protetor da dignidade humana, e, por fim, a parcela de interesse na proteção de bens jurídicos é mínima (BATISTA, 2007, p. 24-25).

Neste prisma, Sturzbecher (2015, p.2), ressalta que, havendo a garantia do mínimo existencial, “o indivíduo tem o poder de se autodeterminar”. Defronte a omissão do Estado na garantia dos direitos fundamentais, é possível vislumbrar a redução dessa autodeterminação,

perfazendo que esses mesmos indivíduos, muitas vezes, possam ser compelidos à prática de crimes.

Dessa forma, é possível encontrar parte da população que (sobre)vive do crime como resultado de um processo que começa na infância e se prolonga até a fase adulta. (PINTO, 2008).

O Estado, enquanto usufrui do seu direito de punir, deve levar em consideração que o indivíduo precisará voltar a conviver em sociedade, e quando não proporciona métodos eficientes para inserir o apenado no meio social, contribui para um eterno ciclo vicioso. O indivíduo comete crime, é preso, cumpre pena, volta ao convívio social, a sociedade não o aceita e ocorre a reincidência.

Segundo o relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito que apurou a realidade do sistema carcerário brasileiro, até o ano de 2015 o índice de reincidência variava de 70% (setenta por cento) a 80% (oitenta por cento).

As pessoas que se encontram em cumprimento de pena privativa de liberdade são colocadas à mercê de estabelecimentos prisionais que não cumprem a função precípua dos presídios, quer seja de fazer com que o criminoso repense em sua conduta e consiga conviver em sociedade após o cumprimento da pena, quer seja de manter sua integridade física e psíquica. (BITENCOURT, 2014).

Longe disso, as particularidades das prisões enquanto precárias, superlotadas e que infrinjam completamente os direitos humanos distorcem a função ressocializadora e inibidora da criminalidade, tornando-a praticamente um local de aprimoramento de práticas criminosas. (ROCHA, 2006).

Dessa maneira, percebe-se que o Estado vem afetando direitos de parcela da população, tanto fora quanto dentro das prisões. Assim, ao ofender os direitos inerentes ao cidadão recluso, os coloca em situação de abandono e desamparo, levando-os, desse modo, a voltar ao mundo do crime.

Por essa razão de ser, é possível pensar no Estado como detentor de uma parcela de culpa por omitir direitos e oferecer oportunidades de formas desiguais para os indivíduos, sendo, portanto, coculpável pelo alto índice de prisões e reincidência.

Moura (2006, p.9) aduz que a coculpabilidade é:

uma mea-culpa da sociedade, consubstanciada em um princípio constitucional implícito da nossa Carta Magna, o qual visa promover menor reprovabilidade do sujeito ativo do crime em virtude da sua posição de hipossuficiente e abandonada pelo Estado, que é inadimplente no

cumprimento de suas obrigações constitucionais para com o cidadão, principalmente no aspecto econômico-social (MOURA, 2015, p.9).

Nesta percepção, considera-se que o Estado é responsável por garantir os direitos positivados pela Constituição Federal, como é o caso da dignidade da pessoa humana, garantindo um mínimo existencial, objetivando assim construir uma sociedade justa, a fim de reduzir as desigualdades sociais existentes no país.

Quando o Estado viola aos padrões mínimos de dignidade daquele que está em cumprimento de pena privativa de liberdade, coloca o indivíduo em situação de abandono e desamparo, levando-o, assim, a voltar ao mundo do crime.

O cárcere brasileiro é formado, conforme pode ser verificado pelo levantamento realizado pelo INFOPEN (2019), especialmente o feminino aqui estudado, predominantemente por negras, de baixa renda e escolaridade, recolhidas, em sua maioria, por tráfico de drogas. Evidencia-se, portanto, que o sistema penal é de fato seletivo, tornando-se necessária a aplicação do princípio da coculpabilidade.

Salo de Carvalho assevera que (2001, p. 65):

ao lado do homem culpado por seu fato, existe uma co-culpabilidade da sociedade, ou seja, a uma parte de culpabilidade – da reprovação pelo fato – com a qual a sociedade deve arcar em razão das possibilidades sonegadas... Se a sociedade não oferece a todos as mesmas possibilidades, que assuma a parcela de responsabilidade que lhe incumbe pelas possibilidades que negou ao infrator em comparação com as que proporcionaram aos outros (CARVALHO, 2001, p. 65).

O descaso do Estado para com os menos favorecidos justifica a seletividade do cárcere. Dessa forma, partindo-se da premissa de que tanto o Estado quanto a sociedade são omissos para com as obrigações constitucionais e para com o cidadão, estes devem ser responsabilizados pela falta de oportunidade do indivíduo que não pode se autodeterminar de acordo com o ordenamento jurídico, em virtude do abandono econômico-social. (JÚNIOR, 2013).

Embora o princípio da coculpabilidade não tenha sido positivado, grande parte dos doutrinadores reconhece este princípio, entendendo que este se encontra implícito por meio do artigo 66 do Código Penal (BRASIL, 1940), que dispõe: “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista em lei.”

Como faz notar, Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 529) destaca que a coculpabilidade “faz parte da ordem jurídica de todo Estado Social de Direito, que reconhece direitos

econômicos e sociais, e, portanto, tem cabimento no Código Penal mediante a disposição genérica do art. 66”.

Desse modo, a partir do momento em que o Estado não efetiva os direitos sociais conferidos às gestantes e parturientes encarceradas, não oferece ambiente e estrutura adequada para o período de aleitamento materno e convívio com a criança, ele passa a ser devedor dessas mulheres.

Paralelo a esta situação, é necessário observar que no caso das gestantes e parturientes aqui analisadas não mais seria possível à aplicação da coculpabilidade, tendo em vista a pena já ter sido aplicada e estar em cumprimento. Contudo, ainda é possível atribuir a responsabilidade do Estado em reparar os danos causados a essas mulheres diante a ofensa dos direitos constituídos ao longo da história, e sugere-se então, que seja por meio de um sistema equiparado ao direito à remição.

Destaca-se parágrafo único do artigo 927 do Código Civil (BRASIL, 2002), o qual enuncia que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Por essa perspectiva, Cleyson de Moraes Mello (2012, p. 28) entende que:

a obrigação de reparar surge para alguém devido a uma conduta dele mesmo, portanto direta ou, em casos especiais, da conduta de outras pessoas sobre as quais tem ele o dever de controlá-las ou instruí-las ou, ainda, quando tais danos possam originar-se de coisas – animadas ou inanimadas – que vierem a ocasionar os danos materiais ou morais (MELLO, 2012, p. 28).

O atual ordenamento jurídico trata sobre a Teoria do Risco Administrativo, no artigo 37, §6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), em que assegura que “as pessoas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros (...)”. Assim, sendo o dano ocasionado pelo Estado, dispensa-se a comprovação do dolo ou culpa, referindo-se, portanto, à responsabilidade objetiva.

Os danos causados às pessoas privadas de liberdade, quando colocadas em situações precárias e de risco, dentro dos estabelecimentos prisionais devem ser reparados, visto que, consoante entendimento de Pâmella de Sá (2012), quando um dano é causa a outrem o mesmo deve ser indenizado.

Da mesma forma, quando as grávidas são obrigadas a amamentarem seus filhos dentro da mesma cela que abriga tantas outras pessoas e são colocadas a mercê de

contaminações por falta de higiene adequada, passam os dias e as noites com seus filhos neste espaço por falta de berçários e creches, não paira incerteza de que deve haver indenização por parte do Estado para com essas mulheres.

Bitencourt (2015, p.70) assevera que “o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados”. Destarte, quando o Estado falha com sua atribuição de garantir condições mínimas àquelas pessoas privadas de liberdade e as coloca em situações degradantes, tornar-se-ia necessário a reparação destes atos, ainda que por meio de indenização por danos morais.

Diante dessa situação, deve-se pensar em uma forma de reparar os danos causados pelo Estado, propondo então que esta seja equiparada ao instituto da remição da pena.

Este instituto beneficia o detento e a detenta, oferecendo-lhes condições para a ressocialização através de trabalho, considerando suas aptidões e condições, no ambiente carcerário ou fora dele, e também pelo estudo, conforme previsto no artigo 126 da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984). A referida lei estabelece que a cada três dias trabalhados, ou 12 horas de estudo, equivale a um dia de pena a ser diminuído.

Sob a ótica do Estado, é possível atribuir a remição como um benefício para o mesmo, considerando o alto custo para manter um presidiário sob sua custódia.

De lado oposto, para a pessoa em reclusão, embora a remição da pena seja popularmente vista como um benefício, ela é um direito, consoante o artigo 41, inciso II da Lei de Execução Penal, (BRASIL, 1984) e deve atuar como ressocializadora da apenada.

Outrossim, pode-se perceber que a remição da pena se torna viável tanto para quem está em cumprimento de pena restritiva de liberdade, encurtando o total de seu tempo, quanto para o próprio Estado, vez que haveria redução de custos aos cofres públicos.

Ao equiparar a remição da pena como forma de reparação às ofensas causadas às gestantes e parturientes encarceradas, a responsabilidade do Estado continua a existir.

No mesmo entendimento, o Recurso Extraordinário 580.252/MS intenta discutir a existência da responsabilidade civil do Estado ao constranger detentos e detentas a situações desumanas ou degradantes dentro do cárcere e demonstra que, mesmo o Estado estando ciente das mazelas em que se encontram os presídios, continua a submeter às pessoas a esta situação.

Barroso (2015, p.75) aduz que o Estado figura posição de garante em relação às pessoas que cumprem pena restritiva de liberdade, por essa razão “sujeita-se a uma responsabilidade diferenciada, de caráter eminentemente objetivo, que decorre da existência

de um dever individualizado de velar pela integridade dos presos”. Destarte, reconhece a obrigação da reparação.

Nesse sentido, o ministro Luís Roberto Barroso explana:¹⁴

o detento que postular a indenização continuará submetido às mesmas condições desumanas e degradantes após a condenação do Estado. A reparação em dinheiro, além de não aplacar ou minorar as violações à sua dignidade, tende a perpetuá-las, já que recursos estatais escassos, que poderiam ser empregados na melhoria do sistema, estariam sendo drenados para as indenizações individuais.

Sobretudo, “as coisas têm preço, mas as pessoas têm dignidade, um valor que não tem preço.” (KANT, *apud* BARROSO, 2015, p.286).

Assim, propõe-se o instituto da remição como forma de indenizar as gestantes e parturientes que tiveram seu bem jurídico lesado, considerando que, nestes casos, não é proveitoso que essas mulheres recebam pecuniariamente como forma do Estado se redimir de suas falhas. É mais benéfico que estas mulheres tenham suas penas reduzidas, do que continuem a perceber seus direitos corrompidos.

As colocações de Barroso (2015, p.50) conduzem para a compreensão de que, nestes casos, é mais viável o ressarcimento *in natura* do que o pecuniário, e preconiza que os danos morais causados aos presos colocados em condições degradantes sejam reparados pelo mecanismo da remição de parte do tempo de execução da pena, em analogia ao artigo 126 da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984).

A proposta de Barroso (2015, p.57) é que para cada três dias de cumprimento de pena em condições degradantes seja considerado um dia de remição.

De igual modo, propõe-se aqui que para cada três dias de violação dos direitos assegurados pelo ordenamento jurídico às mães de crianças de até sete anos de idade, conforme previsto no artigo 87 da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), seja remido um dia de pena.

A necessidade de remir a pena dessas mulheres fundamenta-se não somente por elas próprias, mas também para preservar os direitos conferidos às crianças, que encontram nos cárceres em decorrência da prisão da mãe. Dessa forma, para cada uma pena aplicada, dois sujeitos de direito sofrem frente à omissão do Estado em garantir o mínimo existencial dentro do sistema carcerário.

¹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n.º 580.252/MS**. Rel. Min. Teori Zavascki, Brasília, 6 de maio de 2015.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Deveras, verifica-se que a saúde da mulher encarcerada tem sido alvo de bastante preocupação, principalmente em se tratando das gestantes e parturientes. Mesmo que a encarcerada tenha o direito à saúde, conforme previsto no atual ordenamento jurídico, é possível se observar sua violação.

As violações ocorrem quando as penitenciárias não oferecem acompanhamento médico à mulher e nem à criança recém-nascida, quando não são disponibilizados berçários para que as condenadas cuidem e amamentem os filhos ou não oferecem espaço adequado para abrigar tais pessoas.

É impossível refletir acerca direitos das gestantes e parturientes encarceradas, bem como a destinação de seus filhos após o nascimento, sem pensar no cenário atual das penitenciárias, que se encontra em colapso. O que se vê, é que em muitas não há espaço para as próprias encarceradas devido às superlotações, sendo a construção de presídios e creches mera utopia.

Na realidade, o Estado não viabiliza meios para efetivar os direitos postos. Ao contrário, na maioria das vezes, se omite diante das situações, permite e se torna conivente diante das omissões, violando a dignidade da pessoa humana.

As falhas são nítidas e, neste contexto, é possível atribuir ao Estado uma parcela de culpa por ser omissor diante da violação de direitos tão caros aos apenados, inclusive por já ter o STF reconhecido que o Sistema Penitenciário Brasileiro vive um “Estado de Coisas Inconstitucional”, por meio da ADPF 347, decisão de 27/8/15.

Por fim, quando o Estado ofende tais direitos e princípios, deve haver uma forma de reparar essas ofensas. Considerando que não é possível reparar por meio de diminuição da pena, vez que esta já foi aplicada e está em cumprimento, e que a reparação em pecúnia não resolverá a situação, tendo em vista que essas mulheres continuariam a mercê da precariedade do sistema carcerário, propõe-se, então, a equiparação à remição da pena, em analogia ao artigo 126 do Código Penal.

Assim, a cada três dias dentro do cárcere tendo seus direitos violados, considera um dia de pena a ser remida. A substituição da indenização pecuniária pela *in natura* apresenta benefícios tanto para essas mães, como já amplamente demonstrado, quanto para o Estado, que contará com a redução excessivamente onerosa que é a manutenção das pessoas reclusas,

podendo utilizar esse dinheiro, inclusive, para melhorias no sistema carcerário (enquanto não se pode acabar com ele!).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Ana Cristina Borba. **Exclusão social, invisibilidade e inclusão no Sistema Penal: a reincidência como resposta ao olhar do outro.** Porto Alegre, 2006. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais)-Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Faculdade de Direito, PUCRS, 2006. Disponível em:
<<http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4931/1/388945.pdf>>. Acesso em: 17 de junho de 2019.

AMIN, Andréa Rodrigues. *et al.* **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ARGUELLO, Katie. **Do Estado social ao Estado penal: invertendo o discurso da ordem.** Londrina, 2005. Disponível em:<<http://files.estadoedireitossociais.webnode.com/200000014-9665d98524/Arguello%20-%20Do%20estado%20social%20ao%20estado%20penal.pdf>>. Acesso em: 20 de junho de 2019.

ANDRADE, Bruno Araújo de; TEIXEIRA, Maria Cristina. **O Estado de Coisas Inconstitucional** – uma análise da ADPF 347. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidade e Direito. v. 13, n.13, 2016. Disponível em:
<[file:///C:/Users/User/Downloads/6767-22644-3-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/6767-22644-3-PB%20(1).pdf)>. Acesso em: 20 de junho de 2019.

ANDRADE FILHA, Ianê Germano. **O ato de amamentar nas prisões: um estudo bibliométrico da produção científica acerca da amamentação de filhos de mães privadas de liberdade.** 2018. 30 p. Projeto de Pesquisa (Especialização) – Curso de Especialização em Informação Científica e Tecnológica em Saúde, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em:
<https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/29821/2/iane_filha_icict_espec_2018.pdf>. Acesso em 13 de junho de 2019.

ANTUNES, Leonardo dos Santos. *et al.* **Amamentação natural como fonte de prevenção em saúde.** Ciência e Saúde Coletiva, v. 13, n. 1, p. 103-109, 2008. Disponível em:
<<http://www.redalyc.org/html/630/63013114/>>. Acesso em: 01 de junho de 2019.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro.** 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BEE, Helen. **A criança em desenvolvimento.** 9ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte Geral.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral.** 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

BRASIL. STF: ADPF 347. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em 21 de junho de 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos**. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>>. Acesso em 14 de junho de 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 14 de junho de 2019.

BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 14 de junho de 2019.

BRASIL. **Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 8 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 14 de junho de 2019.

BRASIL. **Lei 7.210 de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em 14 de junho de 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Secretaria de Atenção à Saúde**. Departamento de ações programáticas e Estratégicas. II Pesquisa de prevenção do Ministério da Saúde, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n.º 580.252/MS**. Rel. Min. Teori Zavascki, Brasília, 6 de maio de 2015.

CAMARA DOS DEPUTADOS. **Atividade legislativa**. Brasília, 2008. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/53a-legislatura-encerradas/cpicarce/53a-legislatura-encerradas/cpicarce/Relatorio%20Final%20-%20150908.pdf>>. Acesso em: 19 de junho de 2019,

CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CORTINA, Mônica Ovinki Camargo de. **Mulheres e tráfico de drogas: aprisionamento e criminologia feminista**. Florianópolis, 2015. Disponível em: <<file:///C:/Users/User/Downloads/41765-138638-1-PB.pdf>>. Acesso em 20 de junho de 2019.

CUELLO, Jéssica Carolina. **A banalização da prisão preventiva: crítica à garantia da “ordem pública” enquanto fundamento para decretação do cárcere cautelar.** Rio Grande, 2016. Disponível em:

<http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/7315/Jesica%20Cuello_4305145_assignsubmission_file_TCC%20-%20FORMATADO%20%28%c3%baltima%20vers%c3%a3o%29.pdf?sequence=1>. Acesso em: 17 de junho de 2018.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. **Estatuto da criança e do adolescente: anotado e interpretado.** Curitiba: Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente. Disponível em:

<http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/eca_annotado_2013_6ed.pdf>. Acesso em: 29 de maio de 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HULSMAN, Louk; Celis, Jacqueline Bernat de. **Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternative.** Barcelona: Editora Ariel S.A.

INFOPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. **Infopen Mulheres.** 2. ed. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em 13 de junho de 2019.

JUNIOR, J. F. M.; **O princípio da coculpabilidade no Direito Penal.** 2013. 24 p. Artigo Científico (Pós Graduação) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em:

<http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2012/trabalhos_22012/JoaquimFernandesMouraJR.pdf> Acesso em: 05 de junho de 2016.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** São Paulo: Abril Cultural, 1980. v. I. (Coleção Os Pensadores.)

MELLO, Cleyson de Moraes. **Responsabilidade civil e sua interpretação pelos tribunais.** Campo Grande: Contemplar, 2012.

MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da coculpabilidade no direito penal.** Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2006.

OMS. Relatório sobre a saúde no mundo 2001. **Saúde mental: nova concepção, nova esperança.** Genebra: OMS; 2001. Disponível em: <<http://www.abebe.org.br/wp-content/uploads/oms2001.pdf>>. Acesso em 20 de junho de 2019.

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

PAVAN, Janaína Fernanda da Silva. **O pensamento abolicionista como solução para o problema do encarceramento: utopia ou realidade?** Revista Liberdades. Edição nº 23. 2016.

Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/28/EscolasPenais2.pdf>. Acesso em: 18 de junho de 2019.

PINTO, Simone Matos Rios. O princípio da co-culpabilidade. **Revista Mineira de Jurisprudência**. Belo Horizonte, n. 185, 2008. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/542/1/D3v1852008.pdf>> Acesso em 13 de junho de 2019.

ROCHA, A. P. **O Estado e o Direito de Punir: a superlotação no sistema penitenciário brasileiro. O caso do Distrito Federal**. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/bitstream/>>. Acesso em: 01 de junho de 2019.

SÁ, Pâmella de. **A superlotação carcerária, a eficácia dos direitos fundamentais e a responsabilidade civil do Estado**, 2012. Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/1199/1/P%c3%a2mela%20de%20S%c3%a1.pdf>>. Acesso em: 20 de junho de 2019.

SILVA, Amanda Daniele. **Mãe/mulher atrás das grades: a realidade imposta pelo cárcere à família monoparentalfeminina**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015.

SILVA, Poliana Littg. **Fatores determinantes para introdução de outros alimentos em crianças menores de seis meses em aleitamento materno**. Universidade Federal de Minas Gerais. Faculdade de Medicina. Núcleo de Educação em Saúde Coletiva. Governador Valadares, 2010.

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

VIAFORE, Daniele. **A gravidez no cárcere Brasileiro: uma análise da Penitenciária Feminina Madre Pelletier**. Direito&Justiça, ano XXVII, v.31, n.25,2005.

VITOLO, M. R. **Nutrição: da gestação à adolescência**. Rio de Janeiro: Reichmann e Affonso Editores, 2003.

WACQUANT, L. A aberração carcerária à moda francesa. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 47, n. 2, p. 215-232, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/dados/v47n2/a01v47n2.pdf>>. Acesso em: 28 de maio de 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAVASCHI ML, J.R. Aspectos psicológicos do aleitamento materno. **Revista de Psiquiatria**, Rio Grande do Sul, n. 13,1991.