



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

MARIA VILMA OLIVEIRA ACUNHA

**AMAMENTAÇÃO NO CÁRCERE: Garantia ao Direito Indisponível
ou Violação ao Princípio da Personalização da Pena?**

**ASSIS
2015**

MARI VILMA OLIVEIRA ACUNHA

**AMAMENTAÇÃO NO CÁRCERE: Garantia ao Direito Indisponível
ou Violação ao Princípio da Personalização da Pena?**

Monografia apresentada ao Departamento do curso de Direito do IMESA (Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis), como requisito para a conclusão do curso bacharelado em Direito.

ORIENTADOR: Prof^o Ms. Carlos Ricardo Fracasso

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: Direito Penal, amamentação no cárcere.

**ASSIS
2015**

FICHA CATALOGRÁFICA

ACUNHA, Maria Vilma Oliveira.

AMAMENTAÇÃO NO CÁRCERE: Garantia a Direito Indisponível ou Violação ao Princípio da Personalização da Pena? – Maria Vilma Oliveira Acunha, Instituto Educacional de Ensino Superior de Assis – Assis, 2015.

94 p.

Orientador: Carlos Ricardo Fracasso

Trabalho de Conclusão de Curso – Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis - IMESA.

Palavras-chave: Mulher presa, amamentação, criança, direito indisponível, violação, princípio da personalização.

CDD - 340

Biblioteca da FEMA.

AGRADECIMENTOS

Sou grata a Deus que dá sentido a minha vida, que me orienta e me impulsiona.

Agradeço aos Mestres e Doutores que compartilharam seu saber e, em especial ao meu orientador Prof. Ms. Carlos Ricardo Fracasso, pelo incentivo e por acreditar em mim, bem como pela imensa paciência que teve comigo durante a elaboração deste trabalho.

Ao Sebastião Acunha e Maria José Oliveira Acunha, meus pais, me ensinaram com suas próprias vidas a vencer batalhas, me ensinaram a confiar em Deus e sempre foram amigos presentes, me conduzindo e amparando, enquanto eu vencia meus próprios desafios.

E, de modo especial, a Raquel, minha filha, que tantas vezes foi meus braços e pernas, que me viu chorar e me fez sorrir, que foi meu colo e minha correção, que nunca me permitiu desfalecer e que tem sido meu apoio e motivação todos os dias.

Aos amigos, hóspedes eternos de meu coração que, de maneira direta ou indireta aplainaram e floriram a estrada em que caminhei.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho às mães e seus bebês – hoje já sem nomes em minha memória – que passaram pela minha vida laboral, nestes vinte e dois anos de assistência em saúde prestados na área materno-infantil.

Mulheres que deram à luz seus filhos, algemadas e vigiadas e, que por vezes, sequer puderam amamentá-los.

Crianças que foram arrancadas do seio materno e entregues a desconhecidos que determinariam seus inocentes destinos, sem nunca os ter amado.

Nunca saberei onde estão, quem são agora, se sobreviveram e por qual caminho se enveredaram.

Nunca saberei se suas mães puderam suportar a separação, menos ainda, como foram seus dias

“Olga brincava de esconde-esconde com Anita sob os lençóis da cama, quando a carcereira abriu a porta da cela, acompanhada de três guardas armados. A policial não fez rodeios:

– Vista a garota com um agasalho grosso e entregue as roupas dela aos policiais. Viemos buscá-la.

De um salto, Olga atirou-se sobre a filha, prendeu-a com as mãos contra o próprio peito e buscou com os olhos, em vão, um lugar onde pudesse proteger-se. Correu para um canto da cela, comprimindo a criança contra a parede. Assustada, Anita começou a chorar alto. Tomada de desespero, Olga gritava:

– Jamais! Vocês não podem fazer isto! O que vocês querem fazer é um crime inominável! Saiam já daqui! Só se me matarem levarão minha filha!

Indiferente, a carcereira dava ordens aos guardas:

– Recolham as roupas da criança. Vamos tirá-la daqui imediatamente. Se precisar, podem usar a força.

Ao berreiro da criança juntou-se o choro da mãe, acorada sobre a filha no canto do cubículo:

– Um crime! Vocês estão cometendo um crime contra um bebê inocente! Não! Vocês não podem separá-la de mim! Minha filha não tem culpa de nada e não pode ser punida! Não façam isso!

A policial ordenou que os guardas tomassem Anita dos braços da mãe:

– Levem a criança daqui. Essa idiota está encenando. Há um ano ela já sabia: quando a amamentação chegasse ao fim, a menina seria transferida para um orfanato.”

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo geral analisar a questão do direito de amamentação das mulheres encarceradas, analisando-se o direito do filho menor sob os aspectos legais e constitucionais, visando uma reflexão sobre o sua manutenção no ambiente carcerário. Como objetivos específicos, este trabalho buscou estudar o que dispõe a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei de Execução Penal e as Regras Mínimas da ONU para tratamento de mulheres presas, faz-se também, uma reflexão acerca do período de amamentação dos filhos de mães presas; buscou-se pesquisar os princípios constitucionais e de defesa da criança que envolvem a definição do prazo razoável para se manter os filhos junto às mães reclusas, bem como analisar o prazo razoável para que as crianças permaneçam junto às mães reclusas, observando-se a importância da primeira infância na formação do indivíduo. O percurso metodológico deste trabalho utilizou o método hipotético-dedutivo. O tipo de pesquisa foi a qualitativa e teórica, envolvendo pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. No primeiro capítulo, foram abordados os temas referentes à pena privativa de liberdade, as regras do regime fechado, bem como os princípios constitucionais penais que envolvem o tema.

No segundo capítulo, foi realizado um enfoque acerca dos direitos fundamentais, direitos e deveres do reeducando e as Regras de Bangkok. No terceiro capítulo, foram estudados os direitos e garantias da mãe presas e seu filho ou filha no ambiente carcerário. Seguidamente, realizou-se uma análise acerca da retirada da criança do cárcere, seu destino e a situação das mães reclusas ao serem afastadas de seus filhos. Por fim, foi analisada a possibilidade da prisão domiciliar para a mulher presa condenada, bem como o instituto do monitoramento eletrônico.

Palavras-chave: Mãe. Presa. Criança. Cárcere. Direito. Violação.

ABSTRACT

The present work had as general analyzes the question of the right breastfeeding of incarcerated women, analyzing the right of the child under the legal and constitutional aspects, aiming a reflection on their maintenance in the prison environment. As specific objectives, This study aimed to study the disposal of the Federal Constitution, The Statute of Children and Adolescents, the Prison Law and the UN Standard Minimum Rules for the treatment of women prisoners, it is also a reflection on the breastfeeding of children of imprisoned mothers; It sought to investigate the constitutional principles and child advocacy involving the definition of a reasonable time to keep the children together with the inmates mothers, as well as analyzing the reasonable time for children to remain close to the inmates mothers, noting the importance early childhood in shaping the individual. The methodological approach of this study used the hypothetical-deductive method. The type of research was qualitative and theoretical, involving bibliographical and jurisprudential research. In the first chapter, have been addressed issues related to deprivation of liberty, the rules of the closed regime, as well as the criminal constitutional principles involving the theme. In the second chapter, there was a focus on fundamental rights, re-educating the rights and duties and the Bangkok Rules. In the third chapter, the rights and guarantees of the trapped mother and her son or daughter in the prison system were studied. Then, there was an analysis of the withdrawal of the prison child, their fate and the situation of mothers inmates when they are away from their children. Finally, it analyzed the possibility of house arrest for the convicted woman trapped and the institute of electronic monitoring.

Keywords: Mother. Prison. Child. Prison. Right. Violation.

SUMARIO

INTRODUÇÃO	10
I - PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE FRENTE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS	12
1.1 PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE – BREVES CONSIDERAÇÕES	12
1.1.1 Pena Privativa de Liberdade - Antecedentes	13
1.1.2 Pena Privativa de Liberdade no ordenamento jurídico Brasileiro	15
1.1.3 Estatística do Sistema Prisional no Brasil	18
1.2 REGRAS DO REGIME FECHADO	19
1.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS	20
1.3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	22
1.3.2 Princípio da humanidade.....	26
1.3.3 Princípio da Intranscendência da Pena no Brasil - Evolução Histórica	29
1.3.3.1 Princípio da Intranscendência da Pena no ordenamento jurídico brasileiro	31
II – DIREITOS FUNDAMENTAIS - CLASSIFICAÇÕES, DIREITOS E DEVERES DO REEDUCANDO NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL (LEI Nº 7.210/84) E AS REGRAS DE BANGKOK.	35
2.1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	35
2.1.1 Direitos Fundamentais de Primeira Geração	36
2.1.2 Direitos Fundamentais de Segunda Geração	38
2.1.3 Direitos Fundamentais de terceira Geração	39
2.1.4 Direitos Fundamentais de Quarta Geração	41
2.2 DIREITOS E DEVERES DO REEDUCANDO	41
2.2.1 Deveres do reeducando na Lei de Execução Penal	42
2.2.2 Direitos do reeducando na Constituição Federal de 1988.....	43
2.2.3 Direitos do reeducando na Lei de Execução Penal.....	44
2.3 DIREITOS DO REEDUCANDO X DEVERES DO ESTADO	45
2.3.1 Direito à assistência material	46
2.3.3 Direito de assistência jurídica.....	47
2.3.4 Direito de assistência à educacional	48
2.3.5 Direito à assistência social.....	48
2.3.6 Direito à assistência religiosa	49
2.3.7 Direito ao trabalho interno e externo.....	49
2.4 AS REGRAS DE BANGKOK	50
III – AMANETAÇÃO NO CÁRCERE: DIREITOS E GARANTIAS DA MULHER E DA CRIANÇA FILHA DE MÃE RECLUSA NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO	54
3.1 DOS DIREITOS DAS PRESAS E SEUS FILHOS	54
3.3 O DIREITO DA MÃE DE AMAMENTAR E O DA CRIANÇA DE SER AMAMENTADO	58
3.4 TEMPO DE PERMANÊNCIA DA CRIANÇA NO ESTABELECIMENTO PENITENCIÁRIO	60
3.5 O MOMENTO DA SEPARAÇÃO ENTRE MÃE E FILHO	61
3.6 ATENDIMENTO DA CRIANÇA EM CRECHE – BREVES CONSIDERAÇÕES	63

3.7 A PROBLEMÁTICA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO FEMININO	66
3.8 A POSSIBILIDADE DA PRISÃO DOMICILIAR	69
3.9 MONITORAMENTO ELETRÔNICO	73
3.9.1 Vantagens do monitoramento eletrônico.....	76
3.9.2 Desvantagens do monitoramento eletrônico.....	78
CONCLUSÃO	80
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	91

*“Antes um culpado solto que um inocente preso”
(Marco Aurélio Mello)*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar, sem é claro, a mínima pretensão de esgotamento do tema, até mesmo pela impossibilidade, haja vista a dimensão do mesmo, tratar da questão das mulheres presas gestantes, parturientes, bem como para aquelas que tenha filhos, frente a vasta proteção legislativa que trata do tema.

Como objetivos específicos, este trabalho buscou estudar o que dispõe a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei de Execução Penal e a legislação internacional acerca do direito das mulheres presas e dos seus filhos; buscou-se pesquisar os princípios constitucionais e de defesa da criança que envolvem o direito dos filhos junto às mães reclusas, bem como analisar se a situação da criança no ambiente carcerário trata-se de uma garantia a direito indisponível ou uma violação ao princípio constitucional da personalidade da pena, observando-se a importância da primeira infância na formação do indivíduo.

O percurso metodológico deste trabalho utilizou o método hipotético-dedutivo.

O tipo de pesquisa foi a qualitativa e teórica, envolvendo pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Com base nisso, a presente pesquisa foi dividida em três capítulos. O primeiro capítulo trata de uma breve análise sobre o instituto da pena privativa de liberdade, as regras do regime fechado e dos principais princípios constitucionais penais que envolvem o tema, buscando uma melhor compreensão dos direitos da mulher presa e das crianças filhas dessas mães encarceradas.

No segundo capítulo, realiza-se um enfoque acerca dos direitos fundamentais, analisando-se aí as diversas gerações dos direitos fundamentais (primeira, segunda, terceira e quarta gerações), os direitos e deveres do reeducando

inseridos na Lei de Execuções Penais, bem como uma análise sobre o que dispõe as Regras de Bangkok sobre o tema estudado

No terceiro capítulo, tratamos do tema mais específico, abordando temas referentes à amamentação no cárcere, bem como os direitos inerentes à mulher apenada e o menor filho de mãe presa. Buscando uma resposta à questão cerne do tema principal, ou seja, que traga uma reflexão sobre o direito de amamentação no cárcere, trata-se de uma garantia a um direito indisponível ou uma violação ao princípio constitucional da personalidade da pena.

Seguidamente, realiza-se uma análise acerca da retirada da criança do cárcere, seu destino e a situação das mães reclusas ao serem afastadas de seus filhos. Por fim, aborda-se algumas questões que podem ser apontadas como sugestões para minimizar o problema, atendendo as normas nacionais e internacionais

Por oportuno, insta, mais uma vez, salientar que a presente pesquisa não teve como escopo exaurir as reflexões acerca da situação da criança que vive em ambiente intramuros. Do contrário. O que este trabalho justamente objetivou foi provocar a discussão a respeito da problemática que envolve o filho “preso por tabela”, principalmente no que diz respeito às providências que devam ser tomadas para assegurar que a criança permaneça no cárcere por um período razoável, ou que lhe seja assegurado os direitos constitucionalmente protegidos, principalmente os direitos à liberdade e à igualdade.

I - PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE FRENTE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

1.1 PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE – BREVES CONSIDERAÇÕES

O sistema penal da atualidade tem como centro punitivo a pena privativa de liberdade. Este instituto tornou-se a principal resposta penal a partir do século XIX, acreditava-se que este seria o meio mais adequado para a recuperação do delinquente. Entretanto, percebe-se atualmente, uma visível descrença em relação a este instituto por parte dos doutrinadores e estudiosos do tema.

O crime, como elemento violador de uma norma social, existe desde os primórdios da humanidade e sempre existirá, conseqüentemente a pena imposta como resposta ao delito é um imperativo.

A pena nada mais é, do que uma punição proposta pelo estado, para aqueles que cometem algum tipo de crime, em retribuição ao ato de infração cometido por eles, ou seja, é a perda, consiste na diminuição ou restrição de bem jurídico, imposta pelo estado ao autor de um ilícito penal, para garantir a ordem social.

O *jus puniendi* pertence ao Estado e este tem por obrigação executar a pena de acordo com os princípios constitucionais e, principalmente, dar à punição o caráter adotado pelo ordenamento jurídico, pois não se pode ignorar que o preso conserva todos os direitos não alcançados pela perda da liberdade (disposição contida tanto no Código Penal em seu art. 38, quanto no art. 3º da Lei de Execução Penal).

Dessa forma, torna-se necessário afirmar que a pena deve perseguir um fim condizente com a democracia e os ditames constitucionais, por esta razão a Lei de Execução Penal prevê que, além do caráter retributivo, punitivo, a sanção penal deve ter como função a ressocialização do delinquente, para retornar ao convívio social, proporcionando condições para a harmônica integração social do mesmo. A problemática consiste na forma da aplicação da pena para que esta efetivamente cumpra seu fim.

O crescimento da criminalidade, bem como a falta segurança pública aumentam cada vez mais a discussão sobre a eficácia do atual sistema penal brasileiro. A instabilidade neste cenário causa, na população, um clamor por punições mais rígidas, maior quantidade de prisões, e a conseqüente relativização das garantias fundamentais no processo e execução penal.

Com isso, torna-se imprescindível que o Estado utilize o sistema penal de forma mais humana, vinculada aos princípios constitucionais e visando à recuperação social do indivíduo, pois a condição para a não reincidência é, além da garantia de direitos fundamentais do condenado, um interesse geral da população.

A pessoa condenada a uma pena privativa de liberdade é tão merecedora dos direitos fundamentais e sociais quanto qualquer cidadão. A pena é apenas restritiva de liberdade, não de dignidade.

1.1.1 Pena Privativa de Liberdade - Antecedentes

Nos ensinamentos de Greco, a pena está ligada intrinsecamente ao cotidiano do ser humano desde seus primórdios.¹

No início, o homem tinha a pena como uma retribuição ao crime praticado, com requintes da autotutela, em que a resposta ao delito era de cunho vingativo, ou seja, tratava-se de uma resposta da vítima, ou de seus parentes e amigos, ao agressor. Vê-se então que o objetivo da pena não era simplesmente a punição, mas sim o de promover ao delinquente igual sofrimento ao que causara, para que este sentisse, na mesma proporção, o dano causado à vítima.²

Um clássico exemplo disso é a lei de talião, onde figurava o tão conhecido ditado “olho por olho” ou “dente por dente”, esta lei foi considerada um grande avanço na história da pena, pois, já trazia, mesmo que de forma inadequada, a noção de proporcionalidade na aplicação da pena. Após essa lei a sociedade

1 GRECO, Rogério. Direitos Humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 127.

2 GRECO, Rogério. Direitos Humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 127.

passou a tratar de forma mais organizada a pena, passando a utilizar a chamada composição, conforme ensinamentos de Greco:

Ao transformar-se o talião em composição, se realiza o processo subsequente. Assim, o agravo já não se compensa com um sofrimento pessoal, senão com alguma utilidade material, dada pelo ofensor. O preço do resgate, e já não mais o da vingança, está representado pela entrega de animais, armas, utensílios ou dinheiro.³

Desde então a sociedade abandonou parcialmente a vingança privada e passou a buscar outros meios de pena para punir os delinquentes. Uma das grandes novidades foram os danos patrimoniais ao infrator penal, abandonando o caráter retribuidor e vingativo da pena, passando a assumir um caráter de retribuição mediante dinheiro e bens em geral.

Após isso, houve o surgimento da figura do árbitro, ou seja, um terceiro, alheio a relação jurídica e sem interesse em seu resultado, que possui papel fundamental no momento de demonstrar quem é o detentor da razão.⁴

Dessa forma Estado assume a responsabilidade de não apenas de resolver os conflitos, como também de aplicar a respectiva pena, de acordo com o mal praticado pelo agente. Nos dizeres de Greco, “as modalidades de penas foram variando ao longo dos anos, e a privação da liberdade, como pena principal em virtude da prática de um fato criminoso, é relativamente recente.”⁵

Na idade média a pena de prisão era utilizada somente como uma preparação para as penas corporais, o delinquente então apenas ficava preso até que sofresse a aplicação da pena que eram, açoites, mutilações, desmembramentos e até a morte. Entretanto durante este período começou-se a pensar a aplicação da pena privativa de liberdade como uma pena de fato, trocando-se então a pena custódia pela pena de prisão. Podemos dizer que quem iniciou a aplicação da pena privativa de liberdade foi o direito canônico da igreja católica.

Segundo Schecaira e Júnior:

3 idem.

4 idem

5 GRECO, Rogério. Direitos Humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 128.

Trata-se da prisão eclesiástica usada no Direito canônico e que consistia na reclusão, em um mosteiro, de sacerdotes infratores, ou ainda como castigo aos hereges. Tinha a finalidade de fazer com que o recluso meditasse, refletisse e se arrependesse da infração cometida. Cárcere como penitência e meditação, o que originou a palavra “penitenciária”, usada até hoje.⁶

Schecaira e Junior ensinam que a prisão, como punição, ocorreu também em razão da necessidade econômica, pois o capitalismo tornou essa pena essencial, devido ao crescimento da criminalidade no continente europeu. Em razão do grande número de réus, fez-se necessário a criação de um novo sistema de penas, sendo certo que a pena privativa liberdade representou uma significativa evolução para a sociedade daquela época, no sentido de humanidade, haja vista que os meios, anteriormente utilizados, eram extremamente aterrorizantes e violadores de qualquer princípio de direitos humanos.⁷

1.1.2 Pena Privativa de Liberdade no ordenamento jurídico Brasileiro

No Brasil a pena de privativa de liberdade passou a ter mais relevância com a proclamação da República e no ano seguinte foi criado o Código Penal de 1890. Com este, foram abolidos crimes com pena de galés, houve a redução do cumprimento da pena de prisão perpétua para 30 anos, a instituição da prescrição das penas e o estabelecimento do desconto, na pena privativa de liberdade, do tempo de prisão preventiva.⁸

A Constituição Republicana de 1891, em seu artigo 72, §§ 20 e 21, aboliu a pena de galés, a pena de banimento judicial, bem como com a pena de morte, com exceção da pena de morte em tempo de guerra, prevista na legislação militar.

A partir de então, pena passou a ser baseada, exclusivamente, na privação de liberdade, nas modalidades de prisão celular, reclusão e prisão com trabalho

6 SCHECAIRA, Sérgio Salomão e JÚNIOR, Alceu Corrêa. Teoria da Pena, finalidades, direito positivo, jurisprudências e outros estudos de ciência criminal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 35.

7 SCHECAIRA, Sérgio Salomão e JÚNIOR, Alceu Corrêa. Teoria da Pena, finalidades, direito positivo, jurisprudências e outros estudos de ciência criminal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 35.

8 SCHECAIRA, Sérgio Salomão e JÚNIOR, Alceu Corrêa. Teoria da Pena, finalidades, direito positivo, jurisprudências e outros estudos de ciência criminal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 36.

obrigatório, bem como a prisão disciplinar para os menores de 21 anos, de acordo com a gravidade da infração.⁹

Com o surgimento do Estado Novo em 1937, ocorreram várias mudanças no cenário político que influenciaram diretamente na legislação penal, ocorrendo, inclusive, o fechamento do Congresso Nacional e a instituição de crimes políticos, com a previsão até da pena de morte em alguns casos. Entretanto, o sistema de penas permaneceu com suas raízes fincadas na pena de prisão (reclusão e detenção).¹⁰

A Constituição Federal do Brasil de 1946, considerada até então como a mais Democrática Constituição, trouxe direitos e liberdades individuais, bem como proibiu as penas de morte, de banimento, de confisco e as pena de caráter perpétuo.¹¹

A lei nº 7209/84, que reformou o Código Penal de 1940, aboliu as penas acessórias e o sistema do duplo binário, substituindo-o pelo sistema vicariante, ou seja, aplicando-se apenas a pena criminal, ou apenas a medida de segurança, sendo a última aplicável somente aos inimputáveis.¹²

A mencionada Lei, em seu artigo 32 trouxe uma importante alteração, elencando as penas de privação de liberdade, restrição de direitos e pecuniária, existentes até hoje em nosso sistema jurídico penal. Esta Lei criou também um sistema progressivo de cumprimento de pena, considerado mais ou menos rigoroso, de acordo com a conduta do apenado.¹³

Com a edição da Lei 9.714/98, ocorreu uma reforma no sistema de penas, com isso o art. 43 do Código Penal estabeleceu um novo rol de penas restritivas de direitos, as penas são a de prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana, vetada a pena de

9 idem.

10 Idem, p. 39

11 Idem, p. 41.

12 SCHECAIRA, Sérgio Salomão e JÚNIOR, Alceu Corrêa. Teoria da Pena, finalidades, direito positivo, jurisprudências e outros estudos de ciência criminal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 45.

13 Idem

recolhimento domiciliar (inciso III). Na modalidade de interdição temporária de direitos foi acrescentada a proibição de frequentar determinados lugares.¹⁴

Atualmente, não obstante as pecuniárias e restritivas de direitos existentes, a prisão apresenta-se como a principal forma de sanção no Brasil, pois sua aplicabilidade é muito mais efetiva do que a das demais sanções previstas em lei.

O Código Penal Brasileiro atual contempla três espécies de penas privativas de liberdade: a detenção, a reclusão e a prisão simples, sendo esta última aplicada unicamente às contravenções penais, cujo cumprimento se dá em regime especial, devendo ocorrer a separação em relação aos condenados a um delito com pena de reclusão ou detenção.

O art. 33 do código penal em seu caput determina como devem ser cumpridas as duas modalidades: “Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção em regime semiaberto ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.”¹⁵

Analisando o art. 33 percebemos algumas distinções acerca dos institutos da reclusão e da detenção, uma tem a aplicação em crimes considerados mais graves, e a outra para crimes considerados menos graves, no caso da detenção.

O legislador de 1984, segundo a doutrina, não se deteve em seguir os conceitos modernos de direito penal, que não mais fazem a distinção entre reclusão e detenção, por serem tão próximas e de difícil determinação. “É possível afirmar, portanto, que não existe diferença entre estas duas espécies de penas privativas de liberdade.”¹⁶

14 Idem, p. 46.

15 BRASIL. Código Penal, ed. 12, São Paulo. Saraiva, 2011.

16 SCHECAIRA, Sérgio Salomão e JÚNIOR, Alceu Corrêa. Teoria da Pena, finalidades, direito positivo, jurisprudências e outros estudos de ciência criminal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 193.

1.1.3 Estatística do Sistema Prisional no Brasil

Analisando os dados da evolução da população carcerária brasileira, percebemos que este fenômeno é facilmente constatável, uma vez que, apesar do avanço da legislação no sentido da aplicação de penas restritivas de direitos, a prisão se fortalece como forma de punição, pois a massa carcerária cresceu de forma significativa no país nas últimas décadas.

Conforme dados do Ministério da Justiça, no ano de 1994 o número de presos era de 129.169 (cento e vinte nove mil cento e sessenta e nove) e a média de 88 (oitenta e oito) presos por 100.000 (cem mil) habitantes. Em 2005, onze anos depois o número de presos era de 361.402 (trezentos e sessenta e um mil quatrocentos e dois), e a média de 196 (cento e noventa seis) para 100.000 (cem mil) habitantes. Já no ano de 2014 a massa carcerária encontrava-se em 607.731 (seiscentos e sete mil, setecentos e trinta e um) totalizando 300 (trezentos) por 100.000 (cem mil) habitantes.

Em 2013, as mulheres representavam cerca de 7% da população carcerária brasileira, o que correspondia aproximadamente 36 mil presas em todo país. A partir desse cenário, o Depen lançou o Programa Nacional de Apoio ao Sistema Prisional. Uma das metas do programa é o fim do déficit de vagas feminino, que naquela ocasião era de 14 mil vagas.

No início de 2014, o Conselho Nacional de Justiça apresentou um novo paradigma sobre o Sistema Penitenciário Brasileiro. Incluindo o número de presos em situação domiciliar houve um incremento no déficit de vagas e uma modificação no percentual de presos provisórios no Brasil. Houve também um aumento no número total de presos. De acordo com o CNJ, o panorama do Sistema Penitenciário, considerando os dados de jun/2013, seria:

- População no sistema prisional: 567.655 presos
- Capacidade do sistema: 357.219 vagas
- Déficit de Vagas: 210.436
- Pessoas em Prisão Domiciliar no Brasil: 148.000
- Total de Pessoas Presas: 715.655

- Déficit de Vagas: 358.416
- Número de Mandados de Prisão em aberto no BNMP: 373.991
- Total de Pessoas Presas + Cumprimento de Mandados de Prisão em aberto: 1.089.646
- Déficit de Vagas: 731.210

O número de presos condenados cresceu 336%, já o número de presos provisórios, responsável pelo abarrotamento dos presídios brasileiros atualmente, aumentou 1.231% (no mesmo período). Ou seja, o número de presos provisórios cresceu 13 vezes, enquanto o de presos condenados aumentou apenas 4 vezes (usa-se a prisão cautelar como pena antecipada; a prisão cautelar, no século XXI, é, em grande medida, o equivalente imoral da Inquisição nos séculos XVI-XVIII). Forma de contenção social (de controle social) de um determinado segmento da sociedade.

Segundo o CNJ, mais de 40% dos presos hoje são provisórios. Pesquisa feita em parceria entre o Depen (Departamento Penitenciário Nacional) e o Ipea (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) apontou que em 37,2% dos casos em que há aplicação de prisão provisória os réus não são condenados à prisão ao final do processo ou recebem penas menores que seu período de encarceramento inicial. A grande verdade é que, a prisão cautelar no século XXI se transformou no equivalente imoral da Inquisição dos séculos XVI-XVIII. Quem não tem capitalismo distributivo (melhoria da qualidade vida para todos), distribui dor e sofrimento, pancadaria e tortura, prisões e extermínios (seja para as vítimas, seja para os detidos).

1.2 REGRAS DO REGIME FECHADO

As regras do Regime Fechado estão presentes no Código Penal Brasileiro, que regulamenta o cumprimento da Pena de Liberdade em estabelecimento de segurança máxima ou média.

O artigo 34 do Código Penal estabelece as regras do Regime Fechado, quais sejam:

Art. 34 - O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução.

§ 1º - O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno.

§ 2º - O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena.

§ 3º - O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas.

E também, na Lei de Execução Penal SEÇÃO II.

Segundo Guilherme de Souza Nucci ¹⁷:

O regime fechado se caracteriza pelo cumprimento da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média (art. 33, § 1º, a, CP), destinando-se a Pena de reclusão. Estabelece a lei que as penas fixadas em montante acima de oito anos devem ser iniciadas, necessariamente, em regime fechado (art. 33, § 2º, a). Nada impede, no entanto, que o Juiz fixe aos condenados por penas inferiores, igualmente, o mesmo regime inicial, desde que seja respeitado o processo de individualização (art., 33, § 3º).

Para Nucci “A pena privativa de liberdade no regime fechado é alternativa viável e útil, não podendo ser dispensada em grande parte dos casos, especialmente de crimes violentos, graves e chocantes, pois não há o que fazer a curto ou médio prazo, com determinados tipos de delinquentes.”¹⁸

Ainda, o Código Penal estabelece a obrigatoriedade do início da pena no Regime Fechado a todos os reincidentes, ainda que a pena fixada seja inferior a oito anos, em obediência ao artigo 33, § 2º, b e c, do Código Penal.

1.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

Para que se possa tratar de um tema extremamente relevante como este, onde estejam presentes assuntos como Princípios Constitucionais e Princípios do Direito Penal, torna-se importante os breves, porém imprescindíveis, esclarecimentos do que venha a ser um princípio.

17 NUCCI Guilherme de Souza, Código Penal Comentado, 5ª Edição, Revisada, Atualizada e Ampliada, São Paulo, 2005, p.294.

18 Idem, p. 298.

José Afonso da Silva leciona que os princípios são ordenações que irradiam e imantam os sistemas de normas¹⁹. Complementando, Celso Antônio Bandeira de Melo²⁰ diz que: "o princípio exprime a noção de mandamento nuclear de um sistema".

Nas palavras de Luiz Flávio Gomes, os princípios constitucionais penais:

Acham-se ancorados no princípio-síntese do Estado Constitucional e Democrático de Direito, que é o da dignidade humana. A força imperativa do princípio da dignidade humana (CF, art. 1.º, III) é incontestável. Nenhuma ordem jurídica pode contrariá-lo. A dignidade humana, sem sombra de dúvida, é a base ou o alicerce de todos os demais princípios constitucionais penais. Qualquer violação a outro princípio afeta igualmente o da dignidade da pessoa humana. O homem (o ser humano) não é coisa, não é só cidadão, é antes de tudo, pessoa (dotada de direitos, sobretudo perante o poder punitivo do Estado).²¹

De forma análoga Luiz Regis Prado afirma que:

Tais princípios são considerados como diretivas básicas ou cardeais que regulam a matéria penal, sendo verdadeiros pressupostos técnico-jurídicos que configuram a natureza, as características, os fundamentos, a aplicação e a execução do Direito Penal. Constituem, portanto, os pilares sobre os quais assentam as instituições jurídico-penais: os delitos, as contravenções, as penas e as medidas de segurança, assim como os critérios que inspiram as exigências político-criminais.²²

Resumindo, os princípios constitucionais penais são todos aqueles que expressam os objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, bem como os seus valores supremos, como a dignidade da pessoa humana e a ideia de justiça social, a serem necessariamente observados pelo Direito Penal, sob pena de carecer de fundamentação constitucional.

A adequada compreensão dos princípios constitucionais penais, fundamentados na dignidade da pessoa humana, é fundamental para que o ordenamento jurídico penal seja constantemente avaliado e interpretado, visando aperfeiçoar suas virtudes e corrigir seus inúmeros problemas.

19 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 35a. edição - São Paulo: Malheiros, 2012

20 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

21 GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

22 PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

O Direito não pode mais ser considerado como uma totalidade de regras postas e acabadas, mas passa a mostrar-se como um conjunto de princípios e normas de ação, em contínua mudança.

Para que essas mudanças ocorram é preciso que qualquer ofensa a bem jurídico penalmente protegido se coadunem com os princípios constitucionais. Dessa forma a ofensa aos citados bens, deixam de ter relevância penal, se os princípios constitucionais não restarem por ela protegidos.

Com isso, tem-se que, uma conduta incriminada pela lei penal somente será considerada crime se lesar algum dos valores constitucionais protegidos, ofendendo dessa forma a almejada justiça social.

Nossa pretensão é mostrar que os princípios devem ser aplicados ao Direito Penal, sob pena de inconstitucionalidade das normas penais que não os observarem.

Entretanto, abordaremos aqui, apenas alguns princípios que consideramos de extrema relevância para o entendimento do tema estudado.

1.3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Segundo o doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet as primeiras referências acerca da dignidade da pessoa humana, na história, encontram-se na Bíblia Sagrada, ao mencionar que o homem foi feito a imagem e semelhança de Deus, ligando a figura do homem a uma divindade suprema dotada de reverência e valor.²³ Por isso, a dignidade da pessoa humana não é, no âmbito do Direito, só o ser humano, é o centro de imputação jurídica, valor supremo da ordem jurídica.²⁴

O reconhecimento e a proteção da dignidade da pessoa humana pelo Direito é resultado da evolução do pensamento humano.

23 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 67.

24 SILVA, Jose Afonso da. "A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia" In: Revista de Direito Administrativo, vol. 212, abril/junho/1998, p.89.

Sabe-se que em meados do século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial, surgiram as mais profundas preocupações para impor limites à atuação do Estado, como forma de estabelecer parâmetros básicos de bem-estar social. Iniciou-se, assim, um movimento de internacionalização dos Direitos Humanos, culminando posteriormente no advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, visando um ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações.

Desde a promulgação da Declaração em 1948, princípios como a liberdade, a igualdade em dignidade e a fraternidade se tornaram objetivos fundamentais de todas as organizações internacionais e nacionais voltadas à proteção dos direitos humanos. A proclamação de unidade conceitual dos Direitos Humanos alcançou seu ponto mais alto e significativo ao estabelecer princípios que refletiam o ideal comum, dos quais derivaram todos os direitos humanos expressos na própria Declaração, assim como em outros instrumentos normativos.

Nessa expressão, pode-se dizer que os Direitos Humanos são os Direitos voltados aos valores fundamentais da pessoa humana, como a solidariedade, a igualdade, a fraternidade, a paz, a liberdade, a dignidade da pessoa humana, entre outros. A partir desse consenso universal, a Declaração exprime a consciência da dignidade do homem como valor supremo, para além de fronteiras, devendo ser concretizada através de meios de proteção nela própria indicados e outros a serem instituídos pelos Estados signatários.

De um modo geral, ao se fazer uma reflexão sobre a palavra dignidade no âmbito jurídico, vem a nossa lembrança a responsabilidade do Estado em assegurar que o indivíduo tenha as condições mínimas necessárias para sua sobrevivência, sendo inclusive esta finalidade assegurada na Constituição Federal do Brasil de 1988 como sendo um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito conforme previsto no art. 1º, III da citada Norma, que assim dispõe:

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.

Temos com isso que, toda a forma de depreciação ou de redução do homem, considerando-o não como um sujeito, mas sim como um objeto de Direito é vedada, não havendo sequer alguma possibilidade de se rebaixar qualquer ser humano.

Com o dito, não é demais mencionar que todo cidadão tem direito a uma vida digna, sendo-lhe assegurado o devido respeito, resguardado os seus direitos, reconhecendo os seus deveres como cidadão. A dignidade é uma forma de valorização do ser humano. As pessoas que cometeram crime são privadas da liberdade fundamental de ir e vir, mas não perdem o direito da condição de ser humano e de ser tratado como tal.

A imensurável necessidade de se garantir a dignidade a cada ser humano pode ser manifestamente notável a partir do momento em que a dignidade se torna um dos princípios embaixadores do ordenamento jurídico, sendo inclusive uma garantia fundamental expresso na norma constitucional acima citada.

Sarlet acredita que a dignidade possui um caráter inerente ao ser humano, não podendo se distanciar dele, sendo uma meta permanente do Estado Democrático de Direito mantê-la. Neste sentido, o conceito de dignidade está “intimamente ligada à noção da liberdade pessoal de cada indivíduo - o Homem como ser livre é responsável por seus atos e seu destino.”²⁵

Não é demais lembrar a dificuldade que tem a comunidade jurídica na conceituação de dignidade da pessoa humana, pois, mais fácil é definir o que não se enquadra como dignidade do que estabelecer um determinado conceito definidor e esclarecedor.

Sarlet ensina que, “a dignidade é uma condição irrenunciável e inafastável ao ser humano, não se distanciando esta condição mesmo quando um determinado sujeito comete os crimes mais repugnantes.”²⁶

25 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 69.

26 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 70.

A constituição Federal do Brasil de 1988 foi à primeira na história do constitucionalismo a prever em seu bojo um título específico aos princípios fundamentais. Pois nela o constituinte deixou clara sua intenção em conferir aos princípios fundamentais o status de “normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.”²⁷

Na verdade, como vimos acima, o princípio da dignidade da pessoa humana enquanto direito positivado é recente. Pois, apenas após a Segunda Guerra Mundial e a Declaração Universal da ONU de 1948 a dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida e expressa nas constituições de diversos países, conforme bem salientado por Sarlet.²⁸

Hoje, podemos dizer que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos principais, senão o fundamento basilar do Estado Democrático de Direito.

A previsão constitucional da dignidade da pessoa humana como fundamento da república se torna ainda mais consagrada no sentido de garantir a busca do Estado em proporcionar ao indivíduo condições para que se possa ter uma vida digna, sendo, portanto, um fim e não um meio pelo qual o Estado atinge suas finalidades. Deste modo, visualiza-se diante o exposto acima que o homem deve ser considerado como um fim em si mesmo e não como instrumento para alguma coisa.

A dignidade da pessoa humana, diferentemente de outros direitos, não é fruto de um mero aspecto referente às relações de existência ou não do ser humano, mas sim, uma característica inerente do ser humano que o difere dos demais seres.

Importante aqui mencionar que a dignidade enquanto caráter inerente ao ser humano, não é um valor pelo qual deve ser mensurado, tendo em vista que a dignidade está acima de qualquer preço que possa ser oferecido por ela.

²⁷ Idem, p. 75

²⁸ Idem, p. 76

No mais, a dignidade da pessoa humana se destina também a proteger o indivíduo de qualquer humilhação ou situação vexatória, além de proporcionar a possibilidade de desenvolvimento e crescimento pessoal.

Não se pode negar que este princípio influenciou, senão todos, pelo menos a grande maioria dos direitos fundamentais atuais. Uma vez que é sabido que o homem não deve ser tratado como um meio para que o Estado atinja seus interesses, mas sim como uma finalidade do Estado. Estado este que deve garantir ao indivíduo todas as condições necessárias para que este possa viver com as condições necessárias para sua existência.

Ao se reconhecer a Dignidade da Pessoa Humana como um princípio, o Direito reconhece que o grande fim estatal é o de promover ao ser humano possibilidades deste prover sua existência.

Buscando entender o respeito à dignidade da pessoa humana como fundamento maior dos direitos de todo ser humano, independente de sua condição penal, elege-se e privilegia-se essa categoria, reconhecendo, acima de tudo, que a prisão viola tanto os direitos humanos de homens presos quanto os de mulheres presas, embora com as mulheres haja um agravante, considerando-se a lógica normatizadora de uma instituição prisional que pensa sob a ótica masculina, não levando em conta as particularidades existentes, especialmente no contexto da maternidade.

A dignidade da pessoa humana é um princípio tão amplo a ponto de nortear, de comandar a aplicação dos demais princípios, servindo até mesmo para resolver conflito entre dois princípios como princípio mediador.

Assim sendo, concluímos dizendo que a Dignidade da Pessoa Humana é o princípio cardeal do nosso Estado constitucional, democrático e garantista de Direito.

1.3.2 Princípio da humanidade

Ao longo do processo evolutivo da história. Percebemos que o Direito Penal passou por constantes evoluções. Com isso, gradativamente, foi perdendo o

caráter de castigo e severidade extremada, passando a exercer um papel de corrigir ou emendar o apenado. Assim sendo, verifica-se que o poder punitivo saiu da autotutela e passou para as mãos do Estado, fato este de grande relevância, pois, sabe-se que nem sempre a vítima é capaz de aplicar a penalidade naquele ao seu ofensor.

Adotado pela CF, o princípio da humanidade das penas é o maior obstáculo para a adoção da pena capital e da prisão perpétua. Esse princípio significa que o Estado não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados. O Poder Punitivo Estatal deve pautar-se pela benevolência na aplicação da sanção penal. O condenado deve ser reconhecido como pessoa humana, e como tal deve ser tratado.

O princípio da humanidade sustenta que, o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados. Para Zaffaroni, esse princípio determina "a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie uma deficiência física, como também qualquer consequência jurídica inapagável do delito."²⁹

Este princípio recomenda a reinterpretação do que se pretende com reeducação e reinserção social. Assim sendo, verifica-se que a função social da pena é cuidar de curar aqueles que possuem enfermidades comportamentais que por certas atitudes entram em conflito com o ordenamento jurídico.

Cesare Beccaria em sua obra "Dos delitos e das penas", nos traz um magistral ensinando quando diz que, "As penas não podem ainda assim ultrapassar aquela força última a que estão limitadas a organização e a sensibilidade humana".³⁰ Ora, o Direito não pode ser cúmplice de barbáries e intempéries

29 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal: parte geral. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

30 BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Trad. Lúcia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 92.

desvairantes que ensejam por uma desproporção ao penalizar um ser humano que cometeu crime.

Michel Foucault diz que, “no pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada quando punimos: sua ‘humanidade’”.³¹ Então, por mais deplorável que seja o criminoso, não se pode deixar de considerar que apesar de tudo, trata-se de um ser humano, devendo então ser tratado como tal.

O princípio da humanidade encontra-se disposto no artigo 5º, incisos XLVII e XLIX da Constituição Federal de 1988 e assegura o tratamento humanitário ao apenado em todos seus efeitos. Ecoa no Direito Penal por um olhar essencialmente humano, buscando analisar e compreender que a pena possui função ressocializadora e não castigadora como visto por alguns.

Neste olhar humanitarista não se pode permitir que o Direito Penal assuma um caráter de carrasco em relação ao apenado, pretende-se, em razão deste princípio, a aplicação de uma penalidade justa e capaz de dar possibilidade ao apenado sua ressocialização.

Luis Flávio Gomes leciona que:

O valor normativo do princípio da dignidade humana (CF, art. 1º, III) é incontestável. Nenhuma ordem jurídica pode contrariá-lo. A dignidade humana, sem sombra de dúvida, é a base ou o alicerce de todos os demais princípios constitucionais penais. Qualquer violação a outro princípio afeta igualmente o da dignidade da pessoa humana. O Homem não é coisa, é, antes de tudo, pessoa dotada de direitos, sobretudo perante o poder punitivo do Estado.³²

Sem dúvida alguma, este princípio subsidia a tese de que o poder punitivo estatal não pode apenar de forma a ferir a dignidade da pessoa humana ou no intuito de lesionar a condição físico psíquica dos apenados.

Como dito acima, ficou devidamente positivado em nossa Constituição Federal a consagração do princípio da humanidade. Remete-se a ele no já dito inciso XLIX do artigo 5º que dispõe que é “assegurado aos presos o respeito, à integridade física e moral”; Acentua-se ainda mais sua determinação no inciso

31 FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Trad. de Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 63.

32 GOMES, Luis Flávio. Direito Penal. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

XLVII do mesmo artigo 5º, onde se elenca a impossibilidade de aplicação de penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada nos termos do artigo 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.

Concluimos com isso que o valor maior do Princípio da Humanidade exige, na atual conjuntura, um olhar mais social sobre a pena, sabendo que esta deve visar somente conduzir o apenado a uma possibilidade de correção de sua conduta, e isso justamente por entender que a pena já não é dotada de um caráter de castigo e suplício.

A individualização da pena se faz presente aqui, especialmente no que concerne à individualização executória, pois as condições carcerárias no Brasil, na sua maior parte, estão completamente abandonadas, gerando estabelecimentos infectos, lotados e insalubres, o que não deixa de ser uma verdadeira crueldade.

1.3.3 Princípio da Intranscendência da Pena no Brasil - Evolução Histórica

O princípio da intranscendência, também chamado de princípio da personalidade, ou da pessoalidade, foi inicialmente previsto, ainda de forma tímida, na Constituição do Império em 1824, e foi evoluindo no decorrer das cartas magnas posteriores, senão vejamos:

A Carta Política do Império do Brasil de 1824, em seu artigo 179, assim dispunha:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

I. Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei.

II. Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade publica.

III. A sua disposição não terá effeito retroactivo.

IV. Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publicar-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem

no exercício deste Direito, nos casos, e pela forma, que a Lei determinar.

(...)

(...)

XX. Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Portanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infamia do Réo se transmittirá aos parentes em qualquer gráo, que seja.(grifo nosso)

Aí encontramos a primeira menção ao princípio da intranscendência no ordenamento jurídico brasileiro.

Ressalte-se que, antes de se introduzir, de forma expressa, o princípio da individualização da pena já na Constituição do Império, em seu artigo 179, inciso XXI, ainda que de forma rudimentar, estava previsto que: “As Cadêas serão seguras, limpas, e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circunstâncias, e natureza dos seus crimes”, o que demonstra a intensão do legislador de se oportunizar ao condenado, locais que pudessem ser ajustado às suas condições particulares, para o cumprimento de sua pena.

Já a Constituição de 1891, assegurava em seu artigo 72 que: “a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes (...)”, mantendo a diretiva da Constituição do Império, em seu parágrafo 19, de que “nenhuma pena passará da pessoa do delinquente”.

Igualmente, a Constituição de 1934 manteve esse texto em seu artigo 113, inciso 28, também dispondo que nenhuma pena poderia passar da pessoa do condenado.

Não obstante as constituições acima mencionadas disporem sobre o Princípio da intranscendência da pena, ainda que de forma tímida, a Constituição de 1937, não contemplou tal princípio, muito menos o da individualização da pena.

O texto constitucional de 1946, traz de volta esses princípios no artigo 141, dispondo o seguinte: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à

vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”, no parágrafo 29, que “a lei penal regulará a individualização da pena e só retroagirá quando beneficiar o réu,” e, no seu parágrafo 30, que “nenhuma pena passará da pessoa do delinquente”.

Destaca-se que esta pela primeira vez o princípio da individualização da pena estava descrito de forma expressa.

A Carta Magna de 1967, em seu artigo 150, parágrafo 13, dispôs, de forma conjunta esses dois princípios, fazendo constar que “nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. A lei regulará a individualização da pena”, mostrando que esses dois princípios estão entrelaçados.

E, por fim, a Constituição de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLV, contemplou o princípio da intranscendência da pena, dispondo que:

Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens serem, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Nota-se a junção do preceito da reparação do dano na esfera civil juntamente com o obstáculo à transcendência da pena na esfera penal, sendo que o inciso XLVI determina que “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”, indicando, assim, quais são as possíveis penas a serem destinadas aos condenados.

1.3.3.1 Princípio da Intranscendência da Pena no ordenamento jurídico brasileiro

O princípio da Intranscendência da pena possui algumas designações na doutrina tais como: “Princípio da Personalidade”, “Princípio da Pessoaalidade”, “Princípio da Responsabilidade Pessoal”, “Princípio da Personalização da Pena”.

Conforme já demonstrado no tópico anterior, praticamente todas as constituições brasileiras dispuseram sobre este direito, inserindo-o no rol dos direitos e garantias individuais. A Constituição de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLV, assim dispõe:

Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido. Fica de forma explícita, que “ao contrário do direito pré-beccariano a pena não pode se estender a pessoas estranhas ao delito, ainda que vinculadas ao condenado por laços de parentesco.”³³

Ressalta-se que este princípio está amparado em uma perspectiva iluminista, abarcado não só pela legislação pátria, mas também pela comunidade internacional, que, nas palavras de Goulart³⁴ esse princípio trata-se “de uma conquista do Direito Penal, atuando como uma de suas verdades mais expressivas, no sentido da dignidade e Justiça”.

Dotti afirma que: “o princípio constitucional da personalidade da pena é um gênero de garantia da qual a individualização da pena é espécie”.³⁵

Sua importância pode ser mensurada ao longo da história da evolução da pena. Antigamente, as penas corporais, pecuniárias ou infamantes poderiam atingir todo o grupo social, ou ainda os familiares do condenado.

Lembramos como paradigma do desrespeito ao princípio em comento, o caso do julgamento de Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, que após a pena capital teve seus bens confiscados e os seus descendentes, filhos e netos, foram declarados infames.

A própria sentença deste caso é humilhante e totalmente desumana, desproporcional, conforme vemos a seguir:

(...) Portanto condenam ao Réu Joaquim José da Silva Xavier por alcinha o Tiradentes Alferes que foi da tropa paga da Capitania de

33 GOMES, Luiz Flávio. Norma e bem jurídico no direito penal: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais. São Paulo: RT, 2002, p. 51.

34 GOULART, José Eduardo. Princípios informadores do direito da execução penal. São Paulo: RT, 1994, p. 96

35 DOTTI, Renné Ariel. Curso de direito Penal: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 65

Minas a que com baraço e pregão seja conduzido pelas ruas publicas ao lugar da forca e nella morra morte natural para sempre, e que depois de morto lhe seja cortada a cabeça e levada a Villa Rica aonde em lugar mais público della será pregada, em um poste alto até que o tempo a consuma, e o seu corpo será dividido em quatro quartos, e pregados em postes pelo caminho de Minas no sitio da Varginha e das Sebolas aonde o Réu teve as suas infames práticas e os mais nos sitios (sic) de maiores povoações até que o tempo também os consuma; declaram o Réu infame, e seus filhos e netos tendo-os, e os seus bens applicam para o Fisco e Câmara Real, e a casa em que vivia em Villa Rica será arrasada e salgada, para que nunca mais no chão se edifique e não sendo própria será avaliada e paga a seu dono pelos bens confiscados e no mesmo chão se levantará um padrão pelo qual se conserve em memória a infamia deste abominavel Réu (...).³⁶

Embora não mais existam tais sentenças, o que não podemos deixar de aventar é que, em que pese todos os esforços de um Direito Penal moderno fundado em perspectivas garantistas, os princípios constitucionais, do qual faz parte o princípio da intranscendência da pena, bem como o comprometimento do poder judiciário dentre outros órgãos competente, o que se vê atualmente é o estigma tanto da persecução penal, quanto das sanções penais, serem transferidos invariavelmente a terceiros alheios ao fato, principalmente no que tange aos familiares do condenado.

Zaffaroni e Pierangeli³⁷, alertam para tal fato quando lamentam que: “infelizmente, sabemos que na realidade social a pena costuma afetar terceiros inocentes, particularmente os familiares do apenado”.

A Lei 7.210/1984, em seu artigo 22, inciso XVI, determina que o serviço social oriente e ampare os familiares do condenado para que estes não fiquem à deriva após a sanção penal ter atingido um dos membros da família, determinação esta que passa longe do mínimo que a sociedade necessita.

Não é difícil encontrar atualmente toda uma família suportando o estigma de uma condenação. A esposa, mãe, que trabalha para sustentar a família, não estampa mais esses adjetivos e sim o de “mulher de bandido”. A criança tolhida de uma realidade que a ela deveria assistir, não é só mais uma criança e sim

36 TRISTÃO, Adalto Dias. Sentença Criminal. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

37 ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: RT, 2006.

“filho de bandido que provavelmente bandido será”, dentre outros rótulos que a sociedade se encarrega de cria-los.

Sociedade esta, que deveria amparar a criança, que tem o seu pai, ou qualquer membro de sua família, condenado por qualquer ato ilícito, o crucifica sem dó sem piedade, fazendo com este indivíduo que nada tem a ver com o fato, que sequer sabe o que aconteceu, sinta o peso da pena em seus ombros.

Vive-se atualmente um Estado de Direito com todas as suas garantias. Ocorre que na prática apresenta-se um estado de polícia, como nas palavras de Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar, que assim asseveram:

O estado de polícia estende a responsabilidade a todos que cercam o infrator, pelo menos por não terem denunciado sua atividade, e considera sua família perigosa, porque seus membros podem vingá-lo.

Tais características se acentuam nos delitos que afetam a existência do Estado, que no estado de polícia se confunde com o Governo. Por isso, por meio do terror incentiva a delação e consagra a *corrupção de sangue*. No estado de direito a responsabilidade penal deve ser individual e não pode transcender a pessoa do delinquente.³⁸

Nas palavras de Prado, tem-se que:

O homem não pode ser considerado como simples meio para a persecução de finalidades político-criminais, ainda que em defesa social; deve ser-lhe, ao contrário, reconhecida uma posição central no sistema. É paradigmático em um Estado democrático de Direito que este exista sempre para o indivíduo e não o oposto: *omne jus hominum causa introductum est*. De sorte que ele só pode ser concebido como garantidor da liberdade e da dignidade humana. É meio e não fim.³⁹

A partir deste ponto, devemos analisar profundamente as nossas atitudes dentro da sociedade, de forma individual.

38 ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: RT, 2006, p. 232.

39 PRADO, Luis Regis. Curso de Direito penal – parte geral. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008, p. 55.

II – DIREITOS FUNDAMENTAIS - CLASSIFICAÇÕES, DIREITOS E DEVERES DO REEDUCANDO NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL (LEI Nº 7.210/84) E AS REGRAS DE BANGKOK.

2.1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são também conhecidos como direitos humanos, direitos subjetivos públicos, direitos do homem, direitos individuais, liberdades fundamentais ou liberdades públicas. A própria Constituição da República de 1988 apresenta diversidade terminológica na abordagem dos direitos fundamentais, utilizando expressões como direitos humanos (artigo 4º, inciso II), direitos e garantias fundamentais (Título II e artigo 5º, parágrafo 1º), direitos e liberdades constitucionais (artigo 5º, inciso LXXI) e direitos e garantias individuais (artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV).

Esses direitos surgiram com a necessidade de proteger o homem do poder estatal, a partir dos ideais advindos do Iluminismo dos séculos XVII e XVIII, mais particularmente com as concepções das constituições escritas.

Sob uma perspectiva clássica, os direitos fundamentais consistem em instrumentos de proteção do indivíduo frente à atuação do Estado. No ordenamento jurídico brasileiro, esses direitos estão sistematizados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, há quem se limite ao elenco de seu artigo 5º, no qual estão previstos os direitos e deveres individuais e coletivos. De certa forma, ali está descrito um vasto rol de direitos fundamentais, mas a isso não se restringem, e nem sequer à Constituição Federal ou à sua contemporaneidade.

Podemos conceituar direitos fundamentais como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, busca resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade).

Para um melhor entendimento, repisamos, os direitos fundamentais devem ser vistos como a categoria instituída com o objetivo de proteção aos direitos à

dignidade, à liberdade, à propriedade e à igualdade de todos os seres humanos. A expressão fundamental demonstra que tais direitos são imprescindíveis à condição humana e ao convívio social. Esse o entendimento de Sarlet:

Na Constituição Federal, os direitos fundamentais são observados no Título II da Constituição de 1988 e também em outros dispositivos nela dispersos nos quais se verifique características de historicidade, universalidade, limitabilidade, concorrência e irrenunciabilidade, próprias dos direitos fundamentais, mas que não nos caberá explorar nesta oportunidade.⁴⁰

Imperioso mencionar os dizeres Jayme Benvenuto Lima Junior acerca dos direitos fundamentais e a Constituição Federal:

A Constituição Brasileira de 1988 é, até o momento a que melhor acolhida faz aos Direitos Humanos em geral. Tanto em termos da quantidade e da qualidade dos direitos enumerados, como da concepção embutida no texto constitucional, a Carta de 1988 é inovadora.

2.1.1 Direitos Fundamentais de Primeira Geração

Os direitos fundamentais de primeira geração foram os primeiros a ser conquistados pela humanidade e se relacionam à luta pela liberdade e segurança diante do Estado. Por isso, caracterizam-se por conterem uma proibição ao Estado de abuso do poder: o Estado não pode desrespeitar a liberdade de religião, nem a vida etc. Trata-se de impor ao Estado obrigações de não fazer.

São direitos relacionados às pessoas, individualmente. Ex: propriedade, igualdade formal (perante a lei), liberdade de crença, de manifestação de pensamento, direito à vida etc.

Segundo Bulos, os direitos fundamentais de primeira geração surgiram no fim do século XVII com o florescimento dos direitos e garantias individuais clássicas, fundada na limitação do Estado. Estes, prestigiavam as chamadas prestações negativas, resultantes do dever do poder público de preservação do

40 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2. Ed. Ver. E atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 49.

direito à vida e às liberdades, entre outras, de locomoção, expressão, religião e associação.⁴¹

Nos ensinamentos de Moraes, “(...) os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente a partir da Magna Charta”.⁴²

Sarlet conceitua os direitos fundamentais de primeira geração como sendo “aqueles que se apresentam como direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. Assim sendo, assumem estes extrema relevância em relação ao direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade, bem como aqueles diretamente ligados à liberdade de expressão coletiva, direitos de participação política, tal como o direito de voto, capacidade eleitoral passiva, dentre outros.⁴³

Da mesma forma, seguem os ensinamentos de Carvalho ao aduzir que os direitos fundamentais de primeira geração são aqueles compreendem, nos dias atuais, os direitos individuais e direitos políticos.⁴⁴

Neste sentido, também, são os ensinamentos de Capez ao aduzir que “os direitos fundamentais de primeira geração (ou dimensão) são aqueles que abrangem os direitos civis e políticos”.⁴⁵

Sintetizando, Os direitos fundamentais de primeira geração são os chamados de direitos civis e políticos, que englobam os direitos à vida, à liberdade, a propriedade, à igualdade formal as liberdades de expressão coletiva, os direitos de participação política e ainda, algumas garantias processuais.

Os direitos fundamentais de primeira geração, classificados como direitos civis e políticos, são considerados negativos porque exigem do Estado sua abstenção, objetivando evitar a intervenção do mesmo na liberdade individual, caracterizando-se como uma atitude negativa por parte dos poderes públicos.

41 BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 403

42 MORAES, Alexandre. Direito Constitucional, 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 59

43 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2. Ed. Ver. E atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 50.

44 CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional: teoria do Estado e da Constituição, direito constitucional positivo. 14. Ed. Ver. Atual. E ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 672.

45 CAPEZ, Fernando (Coord.). Direito Constitucional (perguntas e respostas), 2. Ed. São Paulo, Saraiva, 2007, p. 58.

Levando em consideração o forte significado que possui os direitos fundamentais de primeira geração, resta evidente que, são de fato fundamentais para a consolidação de um Estado que não seja abusivo em relação aos cidadãos que dele fazem parte, pois, cria obstáculo que não permitem ao poder estatal ultrapassar a esfera pessoal de cada um, marcando, portanto, a evidente relevância para que se possa recepcionar o Estado como uma unidade em que o cidadão tenha uma vida digna.

2.1.2 Direitos Fundamentais de Segunda Geração

Na primeira geração de direitos fundamentais evitava-se a intervenção do Estado na liberdade individual, caracterizando, assim uma atitude negativa, aqui é o contrário, caracteriza-se a dimensão positiva, de fazer o Estado atuar de forma a propiciar um direito de participar do bem-estar-social.

Essa geração é constituída pelos direitos econômicos, sociais e culturais com a finalidade de obrigar o Estado a satisfazer as necessidades da coletividade, compreendendo o direito ao trabalho, à habitação, à saúde, educação e inclusive o lazer.

Moraes ensina que, os direitos fundamentais de segunda geração referem-se aos direitos sociais, econômicos e culturais, tendo surgido no final do século XIX, início do século XX,⁴⁶ e tem a finalidade de obrigar o Estado a satisfazer as necessidades da coletividade, compreendendo o direito ao trabalho, à habitação, à saúde, educação e inclusive o lazer.

Ao contrário dos direitos fundamentais de primeira geração, em que o Estado passa a ter o dever de não intervir, nos direitos fundamentais de segunda geração o Estado passa a ter responsabilidade preponderante para a concretização de um ideal de vida digno na sociedade. Portanto, se os direitos de primeira geração se caracterizam como direitos negativos, os de segunda geração se classificam como positivos, ou seja, são tidos como direitos do bem-estar, liberdades positivas, ou ainda como direitos dos desamparados.

46 MORAES, Alexandre. Direito Constitucional, 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 59

A proposta que se tem, através dos direitos fundamentais de segunda geração, é a de um equilíbrio real na relação Estado/cidadão. Fazendo com que, esse ente estatal, que possui o maior poder (econômico, político e jurídico) seja um sujeito, não apenas com direitos, mas com deveres que elevem o cidadão a um *status* em que possa viver com dignidade, não apenas pelos seus próprios meios, mas também pelos meios ofertados pelo Estado.

Como dito, os direitos fundamentais de segunda geração são conhecidos como direitos sociais, pois, estão ligados a legitimidade de reivindicação de justiça social. Também são considerados direitos sociais por estarem ligados a ideia de igualdade, pois a partir de sua efetivação, o Estado passou a se obrigar a prover a todos, de forma igualitária e justa, meios para que o cidadão viva de forma digna, sendo assim, vivemos em um país em que todos tem direito a saúde, a educação e ao trabalho, etc.

Aqui o estado, então tem o dever de intervir nas relações onde há uma relação de hipossuficiência, para que os maiores não se agigantem perante os menos favorecidos, e assim haja uma relação de equilíbrio.

2.1.3 Direitos Fundamentais de terceira Geração

Os direitos fundamentais de terceira geração são direitos *transindividuais*, isto é, direitos que são de várias pessoas, mas não pertencem a ninguém isoladamente. Transcendem o indivíduo isoladamente considerado. São também conhecidos como direitos *metaindividuais* (estão além do indivíduo) ou *supraindividuais* (estão acima do indivíduo isoladamente considerado).

Tais direitos são denominados de direitos de solidariedade ou de fraternidade e foram desenvolvidos no século XX, compondo os direitos que pertencem a todos os indivíduos, constituindo um interesse difuso e comum, transcendendo a titularidade coletiva ou difusa, ou seja, tendem a proteger os grupos humanos.

Esses direitos passaram a ser positivados nas constituições em todo o mundo. Na Constituição Federal do Brasil de 1988, estão disciplinados no artigo 225, *caput*, assim disposto:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...).⁴⁷

Para Ferreira Filho, os direitos fundamentais de terceira geração são aqueles relativos aos direitos de solidariedade como, por exemplo: o direito à paz, ao desenvolvimento, ao respeito ao patrimônio comum da humanidade e ao meio ambiente.⁴⁸

A terceira dimensão de direitos tem por finalidade básica a coletividade, ou seja, proporcionar o bem-estar dos grandes grupos, que muitas vezes são indefinidos e indeterminados, como por exemplo, o direito ao meio ambiente e a qualidade de vida, direito esses reconhecidos atualmente como difusos.

Nos direitos de terceira geração ocorre ainda a internacionalização dos direitos fundamentais, recebendo uma proteção que ultrapassa as fronteiras dos Estados, como o direito ao desenvolvimento e a defesa do consumidor, sendo exigências propostas pela comunidade internacional, como anseios, desejos e finalidades na coexistência pacífica dos seres humanos.

Por esta razão, têm-se que esses direitos são os da solidariedade e da fraternidade, procurando se desprender da figura do homem/individuo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos, família, povo, nação e, caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa.

Assim sendo, a terceira dimensão de direitos tem por finalidade básica a coletividade, ou seja, proporcionar o bem-estar dos grandes grupos, que muitas vezes são indefinidos e indeterminados, como por exemplo, o direito ao meio

47 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 18 ago 2015.

48 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 29 ed. Ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 286.

ambiente e a qualidade de vida, direito esses reconhecidos atualmente como difusos.

Dessa forma, o direito de terceira dimensão caracteriza-se de modo especial, pelo fato de sua implicação ser universal e por exigirem esforços e responsabilidade a nível mundial para que ocorra a sua efetivação.

2.1.4 Direitos Fundamentais de Quarta Geração

Os direitos fundamentais de quarta geração seriam aqueles surgidos no início do século XXI, devido ao grau avançado de desenvolvimento tecnológico da humanidade, sendo estes ainda apenas pretensões de direitos.

Há autores que se referem a essa categoria, mas ainda não há consenso na doutrina sobre qual o conteúdo desse tipo de direitos. Bobbio defende a tese de que tratam-se de direitos de engenharia genética⁴⁹, enquanto Bonavides defende a tese de que trata-se da existência de direitos com aspectos induzidos pela globalização política, relacionados à democracia, à informação e ao pluralismo.⁵⁰

Assim sendo, deixamos de discorrer sobre essa categoria, haja vista ainda ser discutível a importância da mesma. Embora tenhamos ciência da existência de autores que defendem a existência de direitos de quinta geração, como o próprio Bonavides, que afirma a *Paz* como sendo um direito de quinta geração.

2.2 DIREITOS E DEVERES DO REEDUCANDO

O princípio inspirador do cumprimento das penas de privação de liberdade é a consideração de que o preso é sujeito de direito e não se acha excluído da sociedade, mas continua fazendo parte da mesma, por isso, nas relações jurídicas que lhe recair, devem ser-lhes imposta, apenas e tão somente, as limitações correspondentes à pena aplicada, constituindo-se, dessa forma, uma obrigação e ao mesmo tempo uma limitação imposta ao Estado. Em

49 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, p. 6. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

50 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006, p. 571-572.

contrapartida, devem ser estabelecidos deveres mínimos e elementares a serem obedecidos pelos presidiários.

A Lei de Execução Penal, em seus artigos 38 e 39 instituem os deveres gerais dos presidiários, bem como o conjunto de regras inerentes à boa convivência nos estabelecimentos penais, configurando-se estes em um repertório normal de obrigações do preso visando a natural existência comunitária nos presídios.

Já os direitos dos apenados encontram-se dispostos nos artigos 40 e 41 da mesma lei. Estes são definidos como sendo os direitos que naturalmente correspondem a cada pessoa pelo simples fato de serem seres humanos e em razão da dignidade a tal condição e às liberdades, segurança, igualdade, justiça e paz, em que toda pessoa deve viver e atuar.

2.2.1 Deveres do reeducando na Lei de Execução Penal

A principal obrigação legal, fundamental, inerente ao estado do condenado a pena privativa de liberdade é, justamente, a de se submeter o preso a ela, ou seja, a não procurar furtar-se à pena pela fuga ou evasão. Além disso, deve a pessoa presa manter, dentro e fora do estabelecimento penal, um comportamento disciplinado e fiel cumprimento da sentença, sem prejuízo das normas Estaduais estabelecidas e regulamentos penitenciários internos.

Conforme já citado acima, os deveres dos presos encontram-se dispostos nos artigos 38 e 39 da referida Lei, transcritos abaixo:

Art. 38. Cumpre ao condenado, além das obrigações legais inerentes ao seu estado, submeter-se às normas de execução da pena.

Art. 39. Constituem deveres do condenado:

I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;

II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;

III - urbanidade e respeito no trato com os demais condenados;

IV - conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina;

V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;

VI - submissão à sanção disciplinar imposta;

VII - indenização à vítima ou aos seus sucessores;

VIII - indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho;

IX - higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento;

X - conservação dos objetos de uso pessoal.

O objetivo da Lei é estabelecer um conjunto de regras inerentes à boa convivência, procurando, exaustivamente, atender aos interesses da pessoa presa, regulando sua conduta mediante a imposição de regras disciplinares claramente previstas. Cabe ao preso, além das obrigações legais inerentes ao seu estado, submeter-se às normas de execução da pena. Mantendo a disciplina, consistente na colaboração com a ordem e obediência às determinações das autoridades e seus agentes no desempenho dos trabalhos.

Entretanto, deixando o condenado preso de cumprir quaisquer dos deveres legais estabelecidos, constituam ou não sua desobediência em falta disciplinar, o fato implica em demérito que implicará em prejuízo ao mesmo, por ocasião de aferição de progressão de regime.

2.2.2 Direitos do reeducando na Constituição Federal de 1988

É notório, no sistema penal brasileiro, que os presos, na maioria das vezes, são vítimas de excessos e discriminações quando estão encarcerados, verificando-se com isso, a violação dos chamados “direitos humanos” do preso.

Mirabete leciona que, embora este se encontre este tenha seus direitos Constitucionais limitados em relação à sua liberdade, isso não significa a perda ou diminuição da sua condição de pessoa humana, nem da titularidades dos direitos não atingidos pela condenação.⁵¹ Com isso, deixa claro que os maus tratos e castigos que, por sua crueldade ou conteúdo desumano, degradante, vexatório e humilhante, atentam contra a dignidade da pessoa humana, sua vida, sua integridade física e moral, estão proibidos pela Constituição Federal do Brasil de 1988, conforme previsto em seu artigo 5º, XLIX:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-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:

(...)

XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

Daí podemos extrair que, existe expressa vedação a todos os tratamentos desumanos aplicados aos condenados no sistema penitenciário. Mirabete reforça dizendo que, “a prisão não deve impor restrições que não sejam inerentes à própria natureza da pena privativa de liberdade”⁵²

2.2.3 Direitos do reeducando na Lei de Execução Penal

Por se encontrar em privação de sua liberdade, o preso encontra-se em uma situação especial que condiciona uma limitação dos direitos previstos na Constituição Federal e nas leis, mas isso não quer dizer que este perde, além da sua liberdade, sua condição de pessoa humana e a titularidade dos direitos não atingidos pela condenação.

Na verdade, torna-se inútil a luta contra os efeitos nocivos do confinamento, sem que se estabeleça a garantia jurídica dos direitos do condenado, configurando o reconhecimento dos direitos da pessoa presa uma exigência fundamental nos métodos e meios da execução penal.

Os direitos do reeducando encontram-se estabelecidos nos artigos 40 e 41 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), conforme abaixo descrito:

Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - Previdência Social;

IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI - chamamento nominal;

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;

52 MIRABETE, Julio Fabrini. Manual de Direito Penal, São Paulo: Atlas, 2006, p. 259.

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. (Incluído pela Lei nº 10.713, de 2003).

Conforme se verifica no parágrafo único do mencionado dispositivo legal, apenas os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão sofrer supressões ou restrições, exigindo-se para tanto, ato motivado do diretor do estabelecimento prisional.

As regras contidas no artigo 41 da LEP, não se trata apenas de regras meramente programáticas, mas sim, de direitos da pessoa presa, positivados através de preceitos e sanções, indicados com clareza e precisão, a fim de se evitar a fluidez e as incertezas resultantes de textos vagos e irrenunciáveis.

2.3 DIREITOS DO REEDUCANDO X DEVERES DO ESTADO

É sabido que, todo direito em contra partida gera um dever, evidente que aqui não ocorre diferente, pois, para cada direito do preso existe um dever do Estado conforme veremos nos próximos itens.

Entretanto, ressaltaremos aqui, uma análise breve acerca do disposto no artigo 40 da LEP que estabelece “Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.” Verifica-se aí uma proteção aos direitos fundamentais do homem como, o direito à vida, à saúde, à integridade corporal e à dignidade humana, os mais importantes, por servirem, estes, de suporte aos demais, que, simplesmente, não existiriam sem eles.

Em virtude dessa declaração, estão proibidas quaisquer penas ou castigos que, por sua natureza cruel ou conteúdo desumano, degradante, vexatório e humilhante, atentam contra a dignidade da pessoa, sua vida, sua integridade física ou moral.

2.3.1 Direito à assistência material

Com o objetivo principal de prevenir o crime, e ainda, de ressocializar o preso, o Estado tem o dever de prestar assistência material ao preso internado, conforme previsto no artigo 10 da LEP, que assim dispõe: “A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.”

A assistência material, prevista no artigo 12, da referida norma, consiste no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas aos presos e internados.

Nos dizeres de Nogueira:

A qualidade de vida que se pretende dar ao condenado, no nosso modesto entendimento, não pode de forma alguma ser melhor do que se dá ao homem livre, que trabalha o dia todo, talvez recebendo uma remuneração que não lhe permite ter uma vida digna, mas que continua honesto e respeitando as regras de convivência social.⁵³

Para Nogueira, “o crime não retira do homem a sua dignidade, mas também não deve o regime carcerário propiciar-lhe mais benefícios do que aqueles que ele desfrutava quando estava em liberdade”⁵⁴ motivo pelo qual, o preso deve receber alimentação e condições higiênicas adequadas. A alimentação deve ser distribuída no café da manhã, no almoço e no jantar, devendo ser suficiente e equilibrada.

Em relação ao vestuário, deve ser fornecido uniforme para todos os presos, de forma igualitária a fim de se obter melhor controle.

Quanto aos alojamentos, estes devem atender as exigências mínimas de higiene em relação à cubagem do ar, à superfície mínima, à iluminação e ao arejamento, as instalações sanitárias devem satisfazer as necessidades do preso.

53 NOGUEIRA, Paulo Lucio. Comentários à Lei de Execução Penal. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, P. 19

54 idem

2.3.2 Direito de assistência à saúde

Aos presos será dada a assistência farmacêutica indispensável ao tratamento médico, que devem ser prestados de forma organizada e conveniente aos cuidados do preso doente, bem como devendo ser prestada a indispensável assistência odontológica qualificada, acessível a qualquer preso ou internado, e também assegura acompanhamento médico à mulher grávida, no pré-natal e no pós parto, extensivo ao recém-nascido. O artigo 14, caput, §§ 2º e 3º da LEP assim dispõe:

Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

(...)

§ 2º Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento.

§ 3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido. (Incluído pela Lei nº 11.942, de 2009).

Entretanto, na realidade, na maioria dos casos, os estabelecimentos penais não dispõem de equipamentos e pessoal apropriados para o atendimento médico, farmacêutico e odontológico, muito menos a rede pública, também subsidiária de tais serviços, em razão da carência, deixando a desejar no atendimento adequado às pessoas presas.

2.3.3 Direito de assistência jurídica

O Código de Processo Penal, em seu artigo 261, determina que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”. O artigo 263 da norma em comento dispõe do seguinte: “Art. 263. Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação.”

Assim sendo, fica claro que, por imposição constitucional, ao acusado, obrigatoriamente, será dado um defensor, por ele indicado, ou nomeado pelo

juiz, em qualquer fase do processo, e em qualquer instância e grau de jurisdição.

2.3.4 Direito de assistência à educacional

O direito de assistência educacional está previsto nos artigos 17 a 21 da LEP, devendo compreender a instrução escolar e a formação profissional, com o ensino de primeiro grau sendo obrigatório, determinando também que, para as mulheres, haja um ensino profissionalizante em nível de iniciação ou aperfeiçoamento técnico adequado à sua condição, conforme se verifica abaixo:

Art. 17. A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado.

Art. 18. O ensino de 1º grau será obrigatório, integrando-se no sistema escolar da Unidade Federativa.

Art. 19. O ensino profissional será ministrado em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico.

Parágrafo único. A mulher condenada terá ensino profissional adequado à sua condição.

Art. 20. As atividades educacionais podem ser objeto de convênio com entidades públicas ou particulares, que instalem escolas ou ofereçam cursos especializados.

Art. 21. Em atendimento às condições locais, dotar-se-á cada estabelecimento de uma biblioteca, para uso de todas as categorias de reclusos, provida de livros instrutivos, recreativos e didáticos.

2.3.5 Direito à assistência social

Como já vimos, o artigo 10 da LEP dispõe que a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, e tem como fim amparar o preso e o internado objetivando seu retorno a convivência social.

Neste sentido a assistência social exerce imensa relevância em relação ao processo de acolhimento e reinserção social do preso e do internado, visando sua preparação para retornar à liberdade, como se verifica no artigo 23, incisos de I a VII, da LEP:

Art. 23. Incumbe ao serviço de assistência social:

I - conhecer os resultados dos diagnósticos ou exames;

II - relatar, por escrito, ao Diretor do estabelecimento, os problemas e as dificuldades enfrentadas pelo assistido;

- III - acompanhar o resultado das permissões de saídas e das saídas temporárias;
- IV - promover, no estabelecimento, pelos meios disponíveis, a recreação;
- V - promover a orientação do assistido, na fase final do cumprimento da pena, e do liberando, de modo a facilitar o seu retorno à liberdade;
- VI - providenciar a obtenção de documentos, dos benefícios da Previdência Social e do seguro por acidente no trabalho;
- VII - orientar e amparar, quando necessário, a família do preso, do internado e da vítima.

2.3.6 Direito à assistência religiosa

Não há como ignorar a importância da assistência religiosa no processo de reeducação do condenado, trata-se de um direito constitucional, também abarcado pela LEP, em seu artigo 24:

Art. 24. A assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-se-lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa.

§ 1º No estabelecimento haverá local apropriado para os cultos religiosos.

§ 2º Nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa.

2.3.7 Direito ao trabalho interno e externo

Considera-se o trabalho exercido na penitenciária como sendo “a atividade dos presos e internados, no estabelecimento penal ou fora dele, com remuneração equitativa e equiparado ao das pessoas livres, no concernente à segurança, higiene e direitos previdenciários e sociais.”⁵⁵

O trabalho na prisão é de fundamental importância no processo de reinserção do preso na sociedade, pois tem o condão de promover a readaptação do mesmo e prepara-lo para uma profissão, bem como de evitar a ociosidade.

Neste sentido, o trabalho não poderá ser diferente do trabalho livre, devendo manter as mesmas proteções, ou seja, deve atender às exigências das normas da CLT. À exceção do direito às férias, 13º salário e alguns outros benefícios atribuídos ao trabalhador livre.

55 MIRABETE, Julio Fabrini. Execução Penal. Comentários à Lei nº 7.210/84, 6. Ed., São Paulo: Atlas, 1996, p. 92.

No mais, o trabalhador preso e o internado devem ser remunerados mediante prévia tabela, não inferior a três quartos do salário mínimo conforme previsto no artigo 29 da LEP, após providas as destinações a que se obriga, a parte restante deverá ser depositada em uma caderneta de poupança, que será entregue ao preso ou internado, quando da sua liberdade.

Quanto aos maiores de sessenta anos, estes poderão solicitar uma ocupação de acordo com sua faixa etária, bem como também os deficientes físicos e os doentes somente realizarão trabalho de acordo com seu estado físico e de saúde, pois assim dispõe o artigo 32, §§ 2º e 3º da LEP.

Em relação ao tempo de trabalho, a jornada deve atender o mínimo de seis e o máximo de oito horas, com descanso semanal aos domingos, e também descanso nos feriados.

Caso o condenado que realize trabalho externo venha a praticar fato definido como crime, ou venha sofrer punição por cometimento de falta grave, ou mesmo que venha a apresentar um comportamento contrário aos estabelecidos na lei, terá sua autorização de trabalho revogada.

Com relação ao comportamento contrário aos requisitos estabelecidos na lei, este diz respeito à disciplina e responsabilidade do condenado, tanto no trabalho como na vida carcerária.

2.4 AS REGRAS DE BANGKOK

Não obstante as garantias legais conferidas às mulheres encarceradas, suas vulnerabilidades e necessidades especiais, em outubro de 2010 ocorreu uma complementação às Regras Mínimas para tratamento de pessoas presas, aprovadas na 65ª Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, denominada de “Regras de Bangkok”, configurando-se estas nas Regras mínimas da ONU para o tratamento de mulheres presas, trata-se um verdadeiro marco normativo internacional de proteção às mulheres encarceradas.

As Regras de Bangkok foram elaboradas por representantes da ONU, de governos e da sociedade civil de diversos países, inclusive o Brasil,

constituindo-se em uma diretriz legítima para as políticas públicas a serem adotadas pelos países que o ratificaram.

Contemplando o princípio de não discriminação, consagrado na Regra 6, das Regras Mínimas para o Tratamento dos reclusos, a Regra 1 assim dispõe:

Regra 1

A fim de que o princípio de não-discriminação, incorporado na regra 6 das Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, seja posto em prática, deve-se ter em consideração as distintas necessidades das mulheres presas na aplicação das Regras. A atenção a essas necessidades para atingir substancial igualdade entre os gêneros não deverá ser considerada discriminatória.⁵⁶

É de se destacar, também, a Regra 2, dentre os diversos dispositivos que as *Regras de Bangkok* trazem, por tratar especificamente da temática das mães no cárcere, dando direito à mulher, no momento da prisão, de poder definir como dispor sobre seus filhos e de ter acesso e reunir-se com seus familiares, possibilitando-se, inclusive, a suspensão da reclusão por um período razoável em função do melhor interesse da criança, conforme transcrição abaixo:

Regra 2

1. Atenção adequada deve ser dedicada aos procedimentos de ingresso de mulheres e crianças, devido à sua especial vulnerabilidade nesse momento. Deverão ser oferecidas às recém-ingressas condições para contatar parentes; ter acesso à assistência jurídica; informações sobre as regras e regulamentos das prisões, o regime prisional e onde buscar ajuda quando necessário numa linguagem que elas compreendam; e, em caso de estrangeiras, acesso aos seus representantes consulares.
2. Antes ou no momento de seu ingresso, deverá ser permitido às mulheres responsáveis pela guarda de crianças, tomar as providências necessárias em relação a elas, incluindo a possibilidade de suspender por um período razoável a detenção, levando em consideração o melhor interesse das crianças.⁵⁷

Trata-se de garantia inicialmente fundamental para evitar que crianças fiquem desamparadas após a prisão da mãe e sejam inseridas, de forma desnecessária, em programas de acolhimento institucional. Assim sendo, no momento da prisão, deve a autoridade policial questionar acerca da existência

⁵⁶ Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok). Resolução 2010/16 de 22 de julho de 2010. Disponível em: <http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/Tradu%C3%A7%C3%A3o-n%C3%A3o-oficial-das-Regras-de-Bangkok-em-11-04-2012.pdf>. Acesso em 28 de julho de 2015.

⁵⁷ Idem.

de filhos, bem como de possíveis familiares que possam assumir os cuidados com a criança, conforme disposto na Regra 3. Inexistindo familiares aptos a cuidar da criança, ou ainda, residindo estes em outras localidades, deve-se colocar a mãe em liberdade por um tempo razoável para que ela possa providenciar os arranjos que julgar necessários aos cuidados do filho. Nesse aspecto, a proteção não se limita exclusivamente à mãe encarcerada e sim, e em caráter especial, ao filho.

As *Regras de Bangkok*, também traz preocupação com a manutenção dos vínculos entre a mãe presa e seus filhos, prevendo na Regra 4 que o local de detenção deve ser sempre aquele mais próximo da sua residência. Bem como dispõe sobre as visitas e sua importância, disposições contidas nas Regras 26 a 28.

No que diz respeito à imposição de medidas alternativas à prisão, as Regras revelam a necessidade de se pensar em alternativas para a problemática feminina, considerando que a mulher é parte de um sistema familiar e os efeitos da sentença repercutem diretamente sobre seus filhos e familiares. Estes efeitos colaterais precisam e devem ser considerados na individualização da pena e no regime prisional.

Nesse seguimento de fatos e dados sociais que também devem ser observados na aplicação da medida penal, Pinheiro expressa que:

Sendo a minoria da população carcerária, as mulheres são relegadas ao esquecimento por um sistema prisional pensado exclusivamente para os homens. Esta situação torna as mulheres privadas de liberdade um grupo altamente vulnerável e invisível.⁵⁸

Deve-se sempre priorizar medidas não privativas de liberdade e que não gerem o rompimento dos vínculos familiares. Neste sentido, as Regras estabelecem que as responsabilidades maternas possam ser consideradas como circunstância atenuante da pena (Regra 61) e que na condenação de mulheres gestantes ou que tenham filhos sobre seus cuidados deve se dá preferência

para medidas não privativas de liberdade, considerando o interesse superior da criança (Regra 64).

Convém assinalar que, sob esse aspecto, as *Regras de Bangkok* estão em plena consonância com o ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que, de um lado, partem da necessidade de não estender os efeitos da condenação aos filhos e familiares, necessidade positivada na Constituição como direito fundamental (artigo 5º, XLV), e, de outro lado, possibilitam que a condição de mãe seja considerada como atenuante o que é totalmente passível de conformação a partir do disposto no artigo 66 do Código Penal (a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei).

Espera-se que as diretrizes da Organização das Nações Unidas trazidas pelas *Regras de Bangkok*, conjugadas com os dispositivos já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, sejam capazes de garantir o direito fundamental de proteção à maternidade e a infância, fazendo com que a prisão feminina não seja fator determinante na separação de mães e filhos.

III – AMANETAÇÃO NO CÁRCERE: DIREITOS E GARANTIAS DA MULHER E DA CRIANÇA FILHA DE MÃE RECLUSA NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO

3.1 DOS DIREITOS DAS PRESAS E SEUS FILHOS

A Lei nº 11.942/2009, introduziu na Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84) novos direitos inerentes às mulheres presas gestantes, parturientes, bem como para aquelas que tenha filhos até sete anos de idade.

Essas modificações são de suma importância, uma vez que atendem às orientações contidas nos tratados internacionais, dos quais o Brasil é signatário e que preveem que as mulheres presas sejam tratadas com dignidade, quando do cumprimento de suas, de forma a que seus laços familiares, principalmente com seus filhos menores e/ou recém-nascidos, sejam mantidos.

A referida Lei incluiu o § 3º ao artigo 14 da LEP, assegurando às mulheres presas, em estado de gestação, o direito ao acompanhamento médico, desde o pré-natal até o pós-parto, estendendo esse direito, inclusive, aos recém-nascidos.

O direito à saúde é garantido constitucionalmente e deve ser usufruído por todas as mulheres, estando ou não sob custódia estatal. A proteção à mulher grávida deve ser garantida até mesmo, antes do parto, sob o princípio da exclusiva proteção dos direitos da criança, previstos no ECA e na Lei de Execução Penal.

Os cuidados médicos durante a gravidez e após o parto são fundamentais tanto para a mulher quanto para a criança, e a lei garante à mulher o direito a acompanhamento médico, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido, pois nos exames realizados durante esse período podem-se diagnosticar muitos problemas de saúde que costumam atingir a mãe e seu bebê. Além disso, o estado geral da mãe, seja de nutrição, higiene ou saúde, além do suporte social recebido durante a gestação, são fundamentais para o desenvolvimento da criança.

Além disso, a referida Lei também promoveu alterações no § 2º do artigo 83 da LEP, assegurando o direito a essas mães presas de cuidarem de seus filhos, inclusive, amamenta-los, no mínimo, até os seis meses de idade. Período esse, considerado como sendo fundamental para o desenvolvimento do recém-nascido, como também para evitar a depressão pós-parto.

Não podemos deixar de ressaltar as importantes alterações que esta Lei esta Lei promoveu no artigo 89 da LEP, o qual colacionamos abaixo, *in verbis*:

Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa. (Redação dada pela Lei nº 11.942, de 2009)

Parágrafo único. São requisitos básicos da seção e da creche referidas neste artigo: (Incluído pela Lei nº 11.942, de 2009)

I – atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e (Incluído pela Lei nº 11.942, de 2009)

II – horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável. (Incluído pela Lei nº 11.942, de 2009)

Art. 90. A penitenciária de homens será construída, em local afastado do centro urbano, à distância que não restrinja a visitação.

Lembramos que mais a frente esses elementos normativo serão melhor analisados dentro de um contexto mais apropriado.

Além de proteção constitucional e legislativa, no final de 2010 o Brasil participou da 65.^a Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU) traçou normas internacionais para o tratamento de mulheres encarceradas, chamadas “Regras de Bangkok”, que elaborou as Regras Mínimas da ONU para Tratamento da Mulher Presa. Trata-se de um importante documento que reconhece a necessidade de atenção diferenciada às especificidades femininas dentro do sistema prisional. O documento constitui um avanço expressivo na construção de diretrizes no atendimento de mulheres, posto que as “Regras

Mínimas para o Tratamento de Presos” da ONU, existente há mais de 50 anos, não davam respostas suficientes às peculiaridades da mulher.⁵⁹

Procura-se, com isso, evitar situações que submetam as presas grávidas ou lactentes, a cumprirem pena em estabelecimentos inadequado e insalubres.

3.2 TRATAMENTO DA PROTEÇÃO À CRIANÇA AO LONGO DO TEMPO

Os assuntos ligados ao direito, nos diferentes momentos do Brasil, estão relacionados à dinâmica da sociedade, ou seja, aos modos de governos e de desenvolvimento exercidos e prevaletentes ao longo do tempo. Nota-se que a atenção limitada dada às mulheres e às crianças sempre existiu na história das relações sociais da humanidade, assinalada intensamente pela subsistência do sistema de poder vigente.

A partir do final dos anos 20 e durante um período de sete décadas, a política voltada à infância e à juventude concentrou-se nos Códigos de Menores, que em momentos históricos diversos assumiram princípios e diretrizes tencionados entre a repressão, a disciplina e o assistencialismo.

O Código de Menores instituído em 1927, funcionou como legislação complementar ao Código Civil Brasileiro. E tinha como principal objetivo a seguinte disposição: “O Menor de um ou de outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas deste código.”⁶⁰

A partir da década de 30, o Estado passou a interferir diretamente na esfera social, de forma intervencionista, o que, de certa forma, foi decisivo para o controle e harmonização nas relações entre as classes sociais.

59 Cartilha da Defensoria Pública do Estado de São Paulo “Mães no cárcere – Observações Técnicas para atuação profissional em espaços de convivência de mulheres e seus filhos. Disponível

<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/33/documentos/outros/Cartilha%20M%C3%A3es%20no%20C%C3%A1rcere%20_%20Leitura.pdf>. Acesso em 30 de julho 2015

60 DECRETO N.º 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, artigo 1º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm> Acesso em: 26 ago. 2015.

Essa característica intervencionista do Estado, acabou por trazer alterações ao Código em comento, por meio do decreto nº 22.042, de 03 de novembro de 1932. Ocorrendo, inclusive, um certo retrocesso ao se permitir o trabalho de menores de 14 anos. Medida essa, corrigida pela Constituição de 1934⁶¹, que manteve a idade mínima para inserção no mercado de trabalho em 14 anos, bem como a proibição do trabalho noturno para os menores de 16 e, também, insalubre aos menores de 18 anos.

Constituição Federal de 1937, através de várias medidas por ela regulamentadas, alargou o projeto de concentração e centralização do poder do Estado. Essas medidas, além de outros resultados, ratificaram o Estado como núcleo de referência a menores abandonados e delinquentes e às famílias miseráveis, configurando essa assistência uma modalidade particular do enfrentamento da questão social.

Em razão de inúmeras irregularidades e resistências em relação às políticas infanto-juvenis, pouco a pouco foram surgindo propostas de reformulação, influenciadas pelo panorama internacional, sendo de extrema relevância as orientações constantes na Declaração dos Direitos da Criança de 1959, elaboradas pela Organização das Nações Unidas – ONU.

Ressalta-se que, o antigo Código de Menores de 1927 permaneceu vigorando, juntamente com novo sistema assistencial.

Na década de 80 iniciava-se no Brasil, grandes mudanças no campo social, com a organização da sociedade e do Estado no processo de redemocratização, a quais culminaram em conquistas importantes, dentre as quais: a Constituição Federal de 1988, tendo continuação na década seguinte com o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (1990), a Legislação do Sistema único de Saúde – SUS (1990), a Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS (1993), a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDB (1996), entre outras.

61 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL DE 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>
Acesso em: 26 ago. 2015.

O ECA, orientado pelos artigos 204 e 227 da Constituição Federal de 1988, foi resultado de um amplo processo organizativo da sociedade para a superação da visão tradicional, embasada no abandono, na carência e na delinquência.

As ações empreendidas tiveram participação do UNICEF, da iniciativa privada, de categorias profissionais, de organizações governamentais e não-governamentais, de movimentos religiosos, dentre outros.

Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro assegura a prioridade absoluta à criança e ao adolescente como dever da família, da sociedade e do Estado, meninas e meninos sendo definidos como pessoas, sujeitos de direitos em condição peculiar de desenvolvimento.

3.3 O DIREITO DA MÃE DE AMAMENTAR E O DA CRIANÇA DE SER AMAMENTADO

Tânia Pereira da Silva leciona que o aleitamento materno é essencial para a nutrição da criança, nos seus dizeres:

Apesar de contar hoje com variados tipos de leite artificial, mamadeiras etc., o desmame precoce não é saudável para a mãe, e muito menos para o bebê, pois ambos têm na amamentação o conforto para suprir o baque de terem sido separados abruptamente por ocasião do parto. Do ponto de vista físico, a amamentação ajuda a volta do útero, no pós-parto, às suas condições anteriores à gravidez, sem desprezar os aspectos psicológicos.⁶²

A Constituição Federal do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inciso L, assegura às presidiárias, condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação, ao passo que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 9º, estabelece que o Poder Público, as instituições e os empregadores o dever de propiciarem condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas à medida privativa de liberdade. No mesmo sentido, a Lei de Execução Penal - LEP determina em seu artigo 82, § 2º que, os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam amamentar seus filhos, prevendo ainda, em seu artigo 89 que, a penitenciária

62 Pereira, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 369.

de mulheres poderá ser dotada de seção para gestante e parturiente e de creche com a finalidade de assistir ao menor desamparado cuja responsável esteja presa.

Na verdade, trata-se de um desdobramento do princípio da intranscendência da pena, que prevê a impossibilidade da pena de ultrapassar a pessoa do réu para atingir outra pessoa. Portanto, para que a amamentação se torne viável, necessário se faz que as cadeias e presídios femininos dispensem condições materiais para que isso ocorra.

A Carta Magna de 1988, bem como as leis infraconstitucionais, asseguram esse direito e, muito embora a norma constitucional faça referência à condições futuras que serão asseguradas, na verdade, encerra um dispositivo de aplicabilidade imediata, pois as providências nele referidas não chegam a exigir qualquer medida legislativa. Não são muitas as exigências para o cumprimento do dispositivo. Nada que exceda a competência da própria diretoria do estabelecimento penitenciário para que se possa alcançar.

Além de o contato da criança com a mãe ser de grande importância para o seu desenvolvimento psicossocial e afetivo, o ato de amamentar é um momento ímpar para o estabelecimento dos laços entre a mãe e seu filho.

O direito à amamentação deve ser valorizado e garantido, no mínimo, até os seis meses de idade do bebê. Esse prazo deve ser respeitado também nos casos em que, quando é presa, a mãe já está em processo de aleitamento, devendo a unidade prisional oferecer espaços adequados para a permanência de crianças pequenas.

Como vimos, as mencionadas “Regras de Bangkok” também garantem de forma expressa o aleitamento materno, estabelecendo que não se impedirá a mulher de amamentar seu filho, a menos que haja razões concretas de saúde para isso. As regras também dispõem que as mulheres em fase de amamentação devem receber um atendimento médico especial de saúde e também de alimentação. Especificamente em relação à alimentação adequada – fundamental para o desenvolvimento da mãe e da criança – destaca-se a

necessidade de maior e melhor quantidade de comida e também de estas serem variadas em razão das vitaminas necessárias neste período.

O período de amamentação é fundamental para o estabelecimento de vínculos afetivos fortes e estáveis, fase em que se estabelece o contato físico, a identificação recíproca e em que são despertados os primeiros estímulos sensoriais e emocionais da criança.

A situação se torna ainda mais especial quando se trata de mães e bebês dentro de estabelecimento penitenciário, longe de outros familiares, cuja separação é imposta pela lei. Desta forma, é imprescindível garantir que a relação mãe-bebê seja potencializada para promover condições favoráveis ao desenvolvimento da criança. Sendo assim, mesmo diante da impossibilidade de a mulher amamentar seu bebê, a permanência entre mãe e filho deve ser considerada a partir da análise da importância destas relações para a constituição subjetiva e social da criança. Essa é o motivo pelo qual a Constituição Federal não restringe a licença-maternidade somente às mulheres que estejam amamentando, e também, o motivo pelo qual, a Consolidação das Leis Trabalhistas, em seu artigo 392-A, garante o direito à licença-maternidade à mãe adotiva.

3.4 TEMPO DE PERMANÊNCIA DA CRIANÇA NO ESTABELECIMENTO PENITENCIÁRIO

Como já mencionado acima, a Lei 11.942/2009 promoveu alterações na Lei de Execuções Penais, dando nova redação aos artigos 14, 83 e 89, assegurando às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência.

Assim, de acordo com a legislação em comento, os estabelecimentos penais destinados a mulheres deverão ser dotados de berçário, para que as presidiárias possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los até no mínimo seis meses de idade. A referida alteração legislativa trouxe, também, outros benefícios às presas, como por exemplo, a exigência de que as penitenciárias femininas sejam dotadas de seção para gestante e parturiente e

de creche para abrigar crianças maiores de seis meses e menores de sete anos, com a finalidade de assistir à criança desamparada cuja responsável esteja em cumprimento de pena privativa de liberdade.

Por mais que alguns digam que isso, na verdade, importará também na prisão da criança, uma vez que, esta se vê obrigada a acompanhar o cumprimento de pena atribuído à sua mãe, não podemos ignorar que, muitas vezes essas crianças são entregues à familiares que, mesmo contra a sua vontade, são obrigados a dispensar os cuidados necessários ao desenvolvimento delas.

Ocorre que o risco desses lares substitutos passarem a ser fontes de violência contra essas crianças é muito grande, expondo-as aos maltratos e até mesmo a violência sexual contra elas, entre outras formas de agressão.

Por isso, como o Estado não possui programas sérios que atendam às necessidades dos filhos menores daquelas mulheres que se encontram presas no sistema penitenciário, o melhor é permitir que a própria mãe cuide de seus filhos, mesmo que, em muito casos, por um período curto de tempo, ou seja, até os sete anos de idade da criança.

3.5 O MOMENTO DA SEPARAÇÃO ENTRE MÃE E FILHO

Não há como definir qual é o momento ideal para separar a criança da mãe encarcerada, muito menos qual deve ser o período mínimo e máximo adequado para a permanência da criança em ambiente prisional, em que pese a lei estabelecer o prazo mínimo de seis meses a sete anos.

Entretanto, o momento de separação da mãe encarcerada e seu filho – seja ele bebê, criança ou adolescente – é bastante doloroso e impactante para ambos. Ainda que este permaneça junto ao seu pai ou família extensa, a mulher não perderá sua identidade materna, fazendo com que o ônus de permanecer longe do filho por longos períodos seja fator de extrema angústia no cumprimento da pena dentro da prisão. Apesar de a legislação prever a existência de creches dentro das penitenciárias para crianças de até sete anos, a realidade mostra

uma expressiva divergência entre a norma e a configuração atual do sistema carcerário brasileiro.

Quando chega o momento da separação dos cuidados maternos, torna-se importante observar a preferência de permanência da criança junto à família de origem ou extensa. É neste momento que todos os referenciais familiares indicados pela mãe como possibilidades de cuidado e proteção devem ser elencados e consultados, com devido informe posterior à Vara de Infância e Juventude, responsável pelos trâmites legais da guarda provisória da criança. Encaminhamentos à política municipal de Assistência Social são alternativas para o fortalecimento das famílias.

Em caso de impossibilidade de um familiar receber a criança que tenha sua mãe em situação privativa de liberdade, caberá ao Ministério Público ajuizar ação de acolhimento ou de afastamento do convívio familiar, em processo contraditório, assegurando-se direito de defesa à genitora. O acolhimento da criança pode ser tanto institucional como familiar. É imprescindível que as mães tenham acesso à informação ao serviço de acolhimento para o qual eventualmente foi encaminhado seu bebê; contar com assistência jurídica em processos de destituição do poder familiar, caso ela não concorde com a adoção de sua criança por terceiros

Não obstante a Lei de Execução Penal garantir que as penitenciárias femininas sejam dotadas de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de seis meses e menores de sete anos, não é de mais lembrar os direitos conferidos às crianças, estabelecidos no Estatuto da Criança, que estabelece que:

Art. 53 A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes:

(...)

V - acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência.

Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

(...)

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

Ademais, o direito à liberdade da criança, previsto no artigo 16 do ECA, pressupõe que ela tem direito a participar da vida comunitária, sem discriminação e o seu direito ao respeito a inviolabilidade de sua integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, deve ser garantido as crianças, filhas de mães encarceradas, o acesso a creches comunitárias comuns, fora do estabelecimento penitenciário, com serviços de transporte providenciados pelo Poder Público. Deste modo, garante-se o desenvolvimento da criança regularmente, sem prejuízo de seu contato, após o período escolar, com as genitoras.

A Resolução 4 de 2009 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, por sua vez, prevê que deve ser garantida a permanência de crianças no mínimo até 1 ano e 6 meses junto as suas mães, visto que “a presença da mãe nesse período é considerada fundamental para o desenvolvimento da criança, principalmente no que tange à construção do sentimento de confiança, otimismo e coragem, aspectos que podem ficar comprometidos caso não haja uma relação que sustente essa primeira fase do desenvolvimento humano; esse período também se destina para a vinculação da mãe com seu filho e para a elaboração psicológica da separação e futuro reencontro. Já o artigo 2º da mesma Resolução aponta que o processo de separação da mãe e da criança deve ser gradual. É fundamental que este processo se desenvolva de forma gradativa e sempre leve em consideração as peculiaridades de cada caso e o melhor interesse da criança.

Após serem separados, deve se garantir à mãe o direito de reunir-se sempre que possível com seus filhos, visando sempre a manutenção dos vínculos familiares.

3.6 ATENDIMENTO DA CRIANÇA EM CRECHE – BREVES CONSIDERAÇÕES

Segundo Rizzo, as mudanças ocorridas na estrutura social vigente, marcada, principalmente pelo processo de industrialização, afetaram profundamente a forma de organização familiar, obrigando a mulher ir em busca do trabalho fora

do casa. Ocorrendo com isso, outras formas de abrigar crianças sob cuidados de terceiros, como por exemplo: as *gardeuses d'enfants* – mulheres que não saíam para trabalhar nas fábricas e que ofertavam seu trabalho para cuidar das crianças, cujos pais estavam nas atividades extra-lares.⁶³

Percebe-se, ao longo da história, que a proteção à infância apresenta cunho assistencialista e filantrópico, inserindo-se apenas no cerne das ações de generosidade, onde os objetivos das ações não eram pensados em favor do pleno desenvolvimento da criança.

Reagindo às novas exigências sociais, legitimou-se a necessidade da mudança de enfoque nas ações voltadas para as crianças, aceitando-se a ideia de que a população infantil é detentora de necessidades e sentimentos próprios.

A atual Constituição Brasileira é o principal marco, no ordenamento jurídico pátrio, que trata, de forma explícita, os deveres do Poder Público em relação ao atendimento às crianças de 0 a 06 anos de idade em creche e pré-escola. O Estatuto da Criança e do Adolescente reforça dito preceito em seu art. 54, IV, assim dispendo: “É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;”.⁶⁴

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação traz em seu bojo a previsão de integração entre creches e pré-escolas aos sistemas de ensino, atuando com quadro de educadores capacitados de profissionalização específica. Nesse sistema, a atenção às crianças de 0 a 6 anos de idade corresponde ao quadro da educação infantil, considerado como primeira etapa da educação básica, subdividida da seguinte forma:

- creche, para crianças de até três anos de idade;
- pré-escola, para crianças de quatro a seis anos.

63 RIZZO, Gilda. Creche: Organização, Currículo, Montagem e Funcionamento. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000. P. 31.

64 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> Acesso em: 26 ago. 2015.

Assim sendo, o sistema de creche, no atual modelo proposto pela LDB, não pode mais relacionar-se com antigas funções de depósito ou abrigo de crianças. Faz-se necessário entender que a creche deve ter como principal objetivo, o alcance do desenvolvimento harmonioso das crianças em seus aspectos afetivos, físicos, intelectuais, sociais, biológicos e mentais.

Todas as demais ações da creche, além de proteção e alimentação, devem, portanto, estar subordinadas ao atendimento psicopedagógico, construído sobre sólidas bases afetivas, que substituam, durante o período de afastamento de casa, a ação dos pais para permitir que a criança cresça forte e segura emocionalmente. Pode-se dizer, portanto, que aos objetivos iniciais que visavam exclusivamente à saúde física relacionados à higiene e alimentação, acrescentaram-se os que visam à saúde mental e desenvolvimento cultural, relacionados aos aspectos psicológicos: emocionais, sociais e intelectuais.⁶⁵

Nesta seara, as creches devem ser vistas não apenas como lugares de atividades lúdicas, mas, acima de tudo, como espaços de interação com as mães e com outras crianças, influenciando diretamente na construção da personalidade e no desenvolvimento das potencialidades futuras da criança.

Os primeiros anos de vida, na formação do ser humano, é extremamente marcante, essa fase representa o desenvolvimento da criança em diversos aspectos tais como: estrutura física, nutrição, dimensões de saúde e aspectos emocionais, afetivos, sociais, cognitivos e intelectuais, ou seja, é nesta fase que se constrói as bases de sua personalidade. Vários estudos evidenciam que, para melhor sobrevivência da criança, resultam essenciais alguns cuidados com a genitora desde os primeiros meses de gestação, por meio de acompanhamento pré-natal.

Por outro lado, é imperativo que as políticas públicas na área da infância, tenham como norte a centralidade na proteção desde a gestação, com intervenções nas áreas de saúde, educação e assistência social, que proporcionem oportunidades em todos os aspectos necessários ao desenvolvimento humano da criança, conforme rege o art. 3º do ECA:

Art. 3º - A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção

integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

A Lei Orgânica da Assistência Social - estabelece em seu art. 2º que “a Assistência Social tem por objetivos: I proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II o amparo às crianças e adolescentes carentes.” Conforme estabelecido nessa norma de proteção infantil cabe à política pública de assistência social elaborar e implantar ações de proteção às famílias vulnerabilizadas pela pobreza, ou por situação de risco pessoal ou social, priorizando o grupo etário de 0 a 3 anos.

3.7 A PROBLEMÁTICA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO FEMININO

O estudo do direito penal, em sua maioria, não trata da criminalidade envolvendo a mulher, referindo-se, assim, à conduta delituosa como um fenômeno do gênero masculino. Olhando deste prisma, entende-se que tal concepção tem intento em raízes históricas do modelo de sociedade “machista”, onde se reproduz a visão pragmática da mulher como sexo frágil e responsável pelo mundo doméstico, sendo incapaz de cometer atos criminosos. Assim, imagina-se que, por consequência, os serviços penitenciários, geralmente, são pensados em relação aos homens.

Acredita-se que, para qualquer reflexão a respeito das mudanças ocorridas no sistema prisional feminino, não se deve esquecer a relação existente entre a situação das mulheres presas que, além de representar a condição ideológica do papel feminino nas relações sociais, fruto de uma ideologia patriarcal, acham-se em um plano institucional reconhecidamente falido. Sabe-se, são muitas as amarguras do ingresso no sistema prisional que expressam consequências diretas no aspecto da integridade da própria família das presas.

Isso nos encaminha a situações específicas da mulher em relação às responsabilidades familiares particulares em relação à família.

Ocorre que, a mulher quando introduzida no contexto de privação de liberdade apresenta uma série de problemas inerentes às suas próprias condições

biogenéticas como por exemplo: conciliação ser mãe, cuidados específicos de pré-natal durante a gestação, período do aleitamento materno, entre outros. Cabe-nos refletir se as diretrizes e regulamentos adequados à tais condições femininas são viabilizados durante o processo da execução penal. O fato do nascimento ou permanência de crianças no interior da prisão já nos remete a situações que extrapolam a condenação legal, tendo em vista que apresentam reflexos sociais violadores do princípio da personalidade da pena, atingindo, além da mãe encarcerada, também seu filho.

Como já visto no primeiro capítulo, em relatório divulgado pelo Ministério da Justiça – MJ (2014), a população carcerária brasileira corresponde a um universo de 607.731 mil pessoas, desse total, aproximadamente 7% corresponde às mulheres em situação de privação de liberdade.

Apesar de o Art. 82 da Lei 7.210/84 – LEP, trazer em seu bojo disposição expressa acerca das prisões femininas, determinando que as prisões de mulheres devem ser separadas daquelas destinadas aos homens. percebe-se que, em algumas unidades da federação, existe complexo penitenciário polivalente, ou seja, aquele em que a penitenciária de mulheres não passa de uma de suas unidades, ocupando uma de suas alas, ainda que tenha separação por gênero.

Tudo que vimos até agora nos remetem a algumas reflexões sobre o encarceramento feminino, como por exemplo: a diferença numérica entre a criminalidade feminina e masculina justifica uma ação inferior enquanto política penitenciária efetiva? Ou ainda, o reduzido número de mulheres apenas possibilita às presas uma melhor situação intramuros? A questão da gravidez da mulher apenas é levada em conta na execução penal? E por fim, aquela que corresponde à questão central do presente trabalho, a amamentação no cárcere corresponde a garantia ao direito indisponível ou trata-se de violação ao princípio da personalidade da pena? Não há dúvidas que outros questionamentos existem sobre tal problemática; apenas contextualizamos assim para perceber que o mundo do encarceramento feminino ultrapassa

grandezas inter-relacionadas com diversos segmentos, que não nos cabe aqui aprofundar.

Segundo informações colhidas no Relatório Final do Grupo de Trabalho Interministerial para Reorganização e Reforma do Sistema Prisional Feminino, elaborado em 2007, por força do Acordo de Cooperação Técnica, firmado entre o Ministério da Justiça e a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República, a situação das unidades prisionais femininas no Brasil, demonstra que as mulheres presas estão submetidas a graves violações de direitos, reproduzindo o mesmo desamparo experimentado pelos homens presos, a exemplo: precariedade das condições de habitabilidade - em sua maioria pelo fato da construção ter sido improvisada como presídio feminino, já que a destinação original era para abrigar os apenados do sexo masculino-, inexpressiva assistência jurídica e material, falta de manutenção da estrutura física, pouca oferta de atividades educacionais, laborativas e de cursos profissionalizantes, entre outros, divergindo dos estabelecimentos masculinos nomeadamente na questão da superpopulação carcerária.

Consta também do referido relatório que, facilmente se consegue identificar a resposta do Estado frente a estas condições relatadas, ante a inquestionável existência de uma completa ausência de políticas penitenciárias específicas para mulher presa.

Compreendendo o sistema penitenciário como sendo uma instituição complexa em que existe todo um aparato de normas legais garantidoras de um tratamento humanitário aos apenados, na prática se observa que não há ações para a efetiva prestação material para cumprir a lei. Na verdade, o que se vê é que, o espaço físico indutor do processo de ressocialização do apenado é tido como lugar de perda da dignidade humana e física, onde as injustiças se agravam ainda mais pelas concepções estruturais, arquitetônicas e comportamentais do sistema penitenciário; segundo Foucault: “O sistema carcerário junta numa mesma figura discursos e arquitetos, regulamentos coercitivos e proposições científicas, efeitos sociais reais e utopias invencíveis,

programas para corrigir a delinquência e mecanismos que solidificam a delinquência”.⁶⁶

Nos dizeres de Lemgruber: “a pena-prisão tem basicamente quatro objetivos: reformar, retribuir, incapacitar e deter. No entanto, tais objetivos resultam conflitantes e, dentre eles, o único que a prisão consegue realizar é o de retribuir, ou seja, meramente, punir”.⁶⁷

Percebe-se assim, que aspectos indutores ao processo de legitimação das garantias legais dos cidadãos encarcerados vão depender, em certa instância, da ação político-ideológica da gestão prisional, facilitando ou inibindo tais garantias.

3.8 A POSSIBILIDADE DA PRISÃO DOMICILIAR

Apesar de ser uma novidade, a prisão domiciliar não é algo novo em nosso ordenamento jurídico processual. A Lei de Execuções Penais já previa em seu artigo 117, que os condenados a cumprir pena em regime aberto poderiam se valer do recolhimento domiciliar, desde que preenchessem alguns requisitos específicos, quais sejam: ser maior de 70 (setenta) anos ou deficiente físico ou mental; acometido de doença grave; possuir filhos menores; e fosse a condenada pessoa gestante.

Importante ressaltar, que a Lei 12.258/10, que altera a Lei de Execuções Penais, no seu artigo 146-B, franqueou ao juiz a possibilidade de fiscalização por meio do monitoramento eletrônico, uma vez fosse decretada a prisão domiciliar.

Cumprir anotar, que a prisão domiciliar já era aplicada mesmo fora das hipóteses do artigo 117 da Lei de Execuções Penais, na medida em que, quando alguém era condenado a regime aberto e não possuía, na Comarca da Condenação, o estabelecimento próprio para o cumprimento da pena, era aplicada a prisão-albergue em sua própria residência.

66 FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Trad. de Raquel Ramalhte. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 63.

67 LEMGRUBER, Julita. Cemitério dos vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.123)

Segue excerto jurisprudencial, que confirma o quanto exposto:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PACIENTE CONDENADO A 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMIABERTO, PELA PRÁTICA DE HOMICÍDIO TENTADO. PROGRESSÃO PARA O REGIME ABERTO. AUSÊNCIA DE VAGAS EM CASA DE ALBERGADO. CONCESSÃO DA PRISÃO DOMICILIAR PELO JUIZ DA VEC. DECISÃO REFORMADA PELO TRIBUNAL A QUO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM CONCEDIDA, TODAVIA, PARA RESTABELECER A DECISÃO DO JUIZ DE PRIMEIRO GRAU. 1. Esta Corte Superior tem entendido pela concessão do benefício da prisão domiciliar, a par daquelas hipóteses contidas no art. 117 da Lei de Execução Penal, àqueles condenados que vêm cumprindo pena em regime mais gravoso do que o estabelecido na sentença condenatória, por força de ausência de vaga em estabelecimento compatível. 2. Parecer do MPF pela denegação do writ. 3. Ordem concedida, todavia, para restabelecer a decisão do Juiz de primeiro grau.
(HC 201000239533, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, - QUINTA TURMA, 21/06/2010)

A Constituição Federal de 1988 assegura, às mulheres presas, o direito de permanência com seus filhos durante a fase de amamentação, estando este, elencado entre os direitos fundamentais previsto no artigo 5º, inciso L, da Carta Magna.

Em nível infraconstitucional, a Lei 7.210/84, com as alterações incluídas pela Lei nº 11.942/25009, dando nova redação ao § 2º do artigo 83, bem como ao artigo 89, assegura, expressamente, às mulheres presas, o direito de cuidar e amamentar seus filhos por, no mínimo, 6 (seis) meses.

Não é de mais registrar que, também a jurisprudência tem reconhecido o direito, assegurando-o inclusive, e sobretudo, quando a presa se encontra recolhida em estabelecimento penal que não tenha condições estruturais de possibilitar a permanência do recém-nascido com a mãe, nestes casos, aplicando, por analogia, as hipóteses do artigo 117 da LEP, é o que se vê na transcrição do julgado do STJ, abaixo:

HABEAS CORPUS Nº 115.941 - PE (2008/0207028-0) EMENTA EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS*. 1. PRESA PROVISÓRIA. NECESSIDADE DE AMAMENTAÇÃO DE FILHO RECÉM-NASCIDO. DETENÇÃO EM COMARCA DIVERSA DE ONDE RESIDE E ONDE SE ENCONTRA A CRIANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL. RECONHECIMENTO. 2. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 117 DA

LEP. POSSIBILIDADE. MEDIDA EM NOME DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E PROPORCIONAL NO CASO CONCRETO. 3. ORDEM CONCEDIDA.

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

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

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

VOTO - MINISTRA MARIA THEREZÁ DE ASSIS MOURA (Relatora): Nos termos do artigo 3º da Lei de Execução Penais, "ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou lei". Assim, quanto mais em relação ao preso provisório, deverá ser-lhe assegurado o exercício destes mesmos direitos. No caso, tem a mãe o direito de amamentar e prestar assistência à criança que gerou. Se não há na Comarca de Juazeiro local adequado para que possa estar perto de sua família e amamentar e cuidar do bebê, ainda que estando recolhida em estabelecimento prisional, penso que deve ser-lhe assegurado o direito de permanecer em prisão domiciliar. Ora, trata-se de direito individual fundamental insculpido no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil o direito das presidiárias de "permanecer com seus filhos durante o período de amamentação". Nota-se na Lei de Execução, da mesma forma, uma preocupação do legislador em deixar o preso próximo ao seu meio social e familiar, como forma de integração social, fim máximo da execução penal, nos termos do artigo 1º deste mesmo diploma. Dispõe, ainda, o artigo 103 da Lei de Execução Penal que "cada comarca terá, pelo menos, uma Cadeia Pública a fim de resguardar o interesse da administração da justiça criminal e a permanência do preso em local próximo ao seu meio social e familiar". Trata-se de artigo aplicável, por óbvio, também ao preso provisório. Há, é verdade, o interesse da administração da justiça em que a paciente fique na comarca em que cometido o delito (Trindade/PE), como ressaltado pelo juízo de primeiro grau. Todavia, o interesse da administração da justiça também há que ser sopesado em relação ao interesse do menor lactente em ter a assistência da mãe nestes primeiros anos de vida. Por outro lado, com a prolação da sentença, penso que não se verifica mais qualquer razão para que a paciente seja mantida na Comarca em que teria sido cometida a infração criminal. Considerando que o regime inicial aplicado em sentença condenatória à paciente foi o regime semi-aberto, é possível a aplicação analógica do artigo 117 da Lei 7.210/84, ao caso ora sob exame, mostrando proporcional e razoável que a paciente fique em regime domiciliar para dar maior assistência a seu filho, especialmente diante da notícia de que a avó da criança, a quem incumbiam os seus cuidados, ficou viúva recentemente, com a morte de seu marido em 6 de novembro de 2008. Como bem ressaltado no parecer da Subprocuradoria-Geral da República:

"É notório que a prisão domiciliar só deve ser concedida aos presos condenados no regime aberto (art. 117, da Lei de Execução Penal). Porém, a rigidez da regra deve ser relativizada quando está em jogo o

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

(...)

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

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

"(...)

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

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

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

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

"(...)

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

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

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

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

É como voto.

Ante a falta de vaga em estabelecimento penal adequado ao regime de cumprimento de pena a que faz jus o sentenciado, assiste a este o direito de aguardar vaga em regime menos gravoso. Nesse sentido, também já se manifestou a jurisprudência do TJSP:

“O preso não pode ser punido pela falta de estrutura carcerária do Estado. Habeas corpus é instrumento apto a sanar tamanha ilegalidade. Se não há vagas no regime de cumprimento de pena adequado - e determinado pelo Juízo da Execução -, assiste ao sentenciado o direito de aguardar em regime aberto pela determinada. Fixado o prazo de 48 horas para a transferência do sentenciado para o regime adequado. Caso não seja cumprido, será expedido alvará de soltura para que aguarde no regime aberto a vaga apropriada” (TJSP. Habeas Corpus nº. 990.09.297.697-4 7ª Câmara de Direito Criminal. Rel. Des. Christiano Kuntz. DJ: 04/02/2010)

A verdade é que, havendo a impossibilidade de atendimento, tanto à mulher presa como ao seu filho menor, em estabelecimento penal adequado às suas condições, deve esta ser submetida prisão domiciliar, suprimindo assim, a ineficiência do sistema prisional mantido pelo Estado.

O respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado brasileiro constituído em Estado Democrático de Direito, reclama uma solução urgente e eficaz para a situação em que se encontram as mães presas e seus filhos em nosso País, o que poderá ser alcançado com a concessão, em caráter especial, da prisão domiciliar à mulher encarcerada quando, concretamente, não existir vaga em estabelecimento penal adequado à sua condição de gestante, parturiente ou lactante, ou ainda seu filho menor que necessite dos seus cuidados.

Importante ressaltar que, com o monitoramento eletrônico torna-se mais eficaz e viável a possibilidade de fiscalização da mulher presa, nas condições aqui tratadas.

3.9 MONITORAMENTO ELETRÔNICO

Dentre as novas tecnologias utilizadas, como alternativas ao cumprimento de uma pena de privativa de liberdade, podemos destacar o monitoramento eletrônico.

Com auxílio dessa tecnologia, podemos fazer com que a pena cumpra, efetivamente, suas funções, sem que haja necessidade de retirar a pessoa condenada do seu meio social.

O monitoramento eletrônico consiste em fiscalizar, à distância, o cumprimento de determinada sanção pelo acusado ou condenado imposta pelo juiz, mediante uso de equipamentos tecnológicos que permitem saber a exata localização em que o indivíduo se encontra.

No dizeres de Paulo José Iasz de Moraes:

O sistema de Monitoramento Eletrônico é constituído por um conjunto de equipamentos, aplicações informáticas e sistemas de comunicação, que permitem detectar e controlar à distância a presença e/ou ausência do acusado em determinado lugar.⁶⁸

Segundo NUCCI:

“O monitoramento eletrônico se faz discretamente, sem alarde, funcionando como um autêntico vigia oculto, de maneira que não denigra a imagem do sentenciado, nem o exponha ao ridículo. Por óbvio, qualquer forma de monitoração constituída de maneira clara e expositiva, demonstrando tratar-se de pessoa fiscalizada pelo estado é ofensiva a dignidade humana. Do contrário, se somente o condenado sabe do aparelho, nada se altera em sua vida, pois se encontra com a liberdade cerceada até o cumprimento integral da sua pena. Finalmente, privilegiar a liberdade do sentenciado, ainda que monitorado, é o mais adequado caminho para a sua reintegração social.”⁶⁹

Este sistema corresponde a uma medida de fiscalização e controle, que visa supervisionar e registrar a localização geográfica de pessoas submetidas à privação de suas liberdades em razão de decisão judicial.

Em razão de se tratar de meio de controle realizado à distância, objetivando que as pessoas a ele submetidas não saiam de um determinado local ou deixem de frequentar determinados lugares, pode-se dizer que o monitoramento eletrônico pode ser realizado por tecnologias diferentes, as quais se classificam em: sistema ativo; sistema passivo; e, de localização global.

a) O *sistema passivo* é aquele, mediante o qual, os usuários são periodicamente acionados pela central de monitoramento por meio de telefone ou *paggers* para garantir que eles se encontram onde deveriam estar, conforme

68 FONSECA, André Luiz Filo-Creão da. Monitoramento Eletrônico e sua utilização como meio minimizador da dessocialização decorrente da prisão. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p. 68.

69 NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e Liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, São Paulo, RT, 2011, p. 87.

a determinação judicial. A identificação do indivíduo ocorre por meio de senhas ou biometria, como impressão digital, mapeamento da íris ou reconhecimento de voz.

b) O *sistema ativo*, corresponde a um dispositivo que é instalado em local determinado e transmite o sinal para uma estação (central) de monitoramento (usado no Brasil). Assim, se o usuário se afastar do local determinado acima da distância estabelecida, a central é acionada.

c) E, por fim, o *Sistema de Posicionamento Global (GPS)*, que consiste em três componentes: Satélites, Estações de terra conectadas em rede e dispositivos móveis. A tecnologia elimina a necessidade de dispositivos instalados em locais predeterminados.

Esse sistema pretende não somente reduzir a superpopulação carcerária, mas, sobretudo, criar alternativas orientadas rumo a reinserção social e moral do infrator, já que ele não estará afastado do convívio social, bem como evitar a reincidência, uma vez que é sabido que as penitenciárias hoje são verdadeiras escolas de formação de criminosos. E, vale mais uma vez ressaltar, que o castigo da pena não é o único fim almejado, mas também, a ressocialização do indivíduo.

Existem, atualmente, segundo CONTE, quatro opções técnicas de monitoramento eletrônico:⁷⁰

a) Adaptação de uma pulseira;

b) Adaptação de uma tornozeleira;

c) Adaptação de um cinto;

d) Adaptação de um microchip implantado no corpo humano (em fase de testes nos Estados Unidos e Inglaterra), Os dados contidos nesse chip

70 CONTE, Christiany Pegorari. Execução penal e o direito penal do futuro: uma análise sobre o sistema de monitoramento eletrônico dos presos. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 99, n. 894, p.401-441, Abril. 2010.

poderiam ser transmitidos via satélite, informando a localização exata de quem estivesse portando-o.

Desses dispositivos, partem sinais a um transmissor que pode ser instalado na residência do infrator, sendo necessário um suporte técnico de um telefone fixo de fibra ótica para estimular a emissão. Esse transmissor é conectado a um satélite que permite saber a localização exata do infrator. Através desse sistema GPS, é possível calcular a longitude, latitude, direção e velocidade do portador do dispositivo, ininterruptamente.

Logo, do ponto de vista tecnológico, o sistema possui dois componentes principais: dois equipamentos de campo, que consiste em um dispositivo de identificação pessoal, instalado no corpo do indivíduo (pulseira, por exemplo) e um transmissor instalado na habitação do indivíduo; e uma Central de Monitoramento, que garantem o processo de permanente monitorização à distância de todos os infratores incluídos no sistema, incluindo uma fonte de alimentação ininterrupta, estando localizados em instalações de segurança da empresa privada fornecedora dos serviços de monitorização eletrônica, e por ela operados, geridos e mantidos.

3.9.1 Vantagens do monitoramento eletrônico

1) Redução significativa da população carcerária

Embora não seja esse o objetivo do monitoramento eletrônico, ele traz como consequência, a redução da população carcerária, sobretudo, quando deixa de aplicar a pena de prisão a certos presos provisórios.

2) Menor dispêndio econômico para o Estado

Pesquisas demonstram, não somente pelas experiências internacionais, mas, sobretudo as realizadas aqui no Brasil, que o sistema de monitoramento eletrônico é mais econômico que as prisões tradicionais, pois propicia uma redução significativa de gastos.

A manutenção, em média de um encarcerado custa para os cofres públicos, aproximadamente, cerca de R\$ 2.000,00 (dois mil) reais por mês, ao passo que, com o monitoramento eletrônico se gastaria, em média, R\$ 600,00 (seiscentos reais) por mês por cada monitorado.

3) humanidade das penas e a dignidade humana

Como já estudado acima, o princípio da humanidade da pena tem como fundamento o respeito à dignidade da pessoa humana e está ligado à proibição da tortura, tratamento cruel, degradante, bem como o respeito à integridade física do apenado, e deve estar sempre presente, quer como referencial para a aplicação de qualquer sanção penal, mas, sobretudo, controlar o modo de execução da pena.

O monitoramento afasta o condenado das más condições de higiene, bem como da ociosidade. E, no caso dos presos provisórios, impede que os mesmos tenham contato com presos perigosos e se contaminem ainda mais com a vida do crime. Apesar de a nova Lei trazer expressamente que os presos provisórios devem ficar em celas separadas dos presos definitivos, infelizmente a desestruturada realidade carcerária, não garante esta separação, igualando o suspeito ao condenado e sujeitando ambos a tratamento desumano.

4) reduções nas taxas de reincidência

O monitoramento eletrônico contribui para a redução da reincidência na medida em que constitui um importante instrumento capaz de neutralizar atos criminosos durante a execução da medida. Por outro lado, com o convívio social e familiar e diante do senso de responsabilidade e auto-disciplina que o sistema impõe, o apenado acaba tendo uma conduta voltada para uma vida mais saudável e de acordo com os ditames sociais, permitindo novas oportunidades para a vida familiar e comunitária do delinquente.

O monitoramento eletrônico surge, então, como alternativa às prisões, pois além de ser uma medida que leva em conta a dignidade da pessoa humana, está voltada para a reinserção social, na medida em que, não afasta o

indivíduo do convívio social e do apoio da família, não retirando do Estado, a tarefa de fiscalização e controle sobre o mesmo.

3.9.2 Desvantagens do monitoramento eletrônico

As desvantagens desse sistema consiste na possibilidade de ocorrência de problemas técnicos, como por exemplo, o desgaste do material utilizado e a manutenção periódica que garantam o adequado funcionamento dos equipamentos. Eventuais interferências provocadas por fatores meteorológicos ou outros. Além disso, assim como todo sistema eletrônico, não existem 100% de segurança, podendo haver violação dos dados dos infratores por *hachers/crachers*, através de invasões nos Terminais e Centros de Controle, bem como ocorrências de defeitos técnicos, disfunções e panes nos aparelhos.

Outra crítica que se faz é o fato de o portador do equipamento ser facilmente identificado por terceiros o que geraria um sentimento de rejeição por parte da sociedade que nele reconheceria uma pessoa com problemas diante da justiça criminal. De fato, é possível que certas formas de monitoração eletrônica possam vir a estigmatizar o seu usuário quando colocadas sobre partes visíveis do corpo.

Considera-se descabidas ou exageradas estas e outras posições neste sentido, porque as medidas a que o monitoramento eletrônico vem substituir ferem, de forma mais incisiva, os direitos supra elencados.

A implantação do monitoramento eletrônico representa um avanço tecnológico de grande relevância jurídica, social e científica, pois possibilita: fiscalizar o cumprimento das medidas judiciais impostas; conhecer a localização do indivíduo, seja este um indiciado, denunciado ou, até mesmo, condenado; e utilizar a prisão eletrônica como um eficiente meio alternativo, capaz de substituir a prisão física.

A pena privativa de liberdade está enfadada de insucesso, pois traz, apenas, degradação e aniquilamento humano, não tendo qualquer eficácia na prevenção e diminuição da criminalidade.

Portanto, o monitoramento eletrônico trata-se de uma oportunidade de avanço na efetividade do cerceamento à liberdade dos infratores da lei, reduzindo os altos índices de encarceramento e, de alguma forma, oferecendo dignidade aos indivíduos, conforme prevê a Constituição.

CONCLUSÃO

A pessoa condenada a uma pena privativa de liberdade é tão merecedora dos direitos fundamentais e sociais quanto qualquer cidadão. A pena é apenas restritiva de liberdade, não de dignidade.

Segundo ensinamentos de Rogério Greco, a pena, como elemento retributivo pelo crime praticado, acompanha o ser humano desde seus primórdios. No início, era acompanhada de autotutela e tinha um cunho vingativo. Menciona-se como exemplo a lei de talião, do tão conhecido ditado “olho por olho, dente por dente”.

Em seguida, a sociedade passou a buscar novos meios de punição do infrator, advindo daí a composição, substituindo o caráter retributivo e vingativo pela retribuição mediante dinheiro e bens em geral. Advindo uma evolução até a atual pena de privação da liberdade.

No Brasil, a pena privativa de liberdade se tornou mais relevante a partir do Código Penal de 1890 que, entre outras inovações, instituiu a pena privativa de liberdade, abolindo a pena de galés, e outras mais.

O atual Código Penal Brasileiro, contempla três espécies de penas privativas de liberdade: a detenção; a reclusão; e a prisão simples. Estabelecendo em seu artigo 33, que a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção em regime semi-aberto ou aberto, salvo em caso de necessidade de transferência para o regime fechado.

Segundo dados estatísticos do DEPEN, em dezembro de 2014 o sistema prisional brasileiro, contava com uma população de, aproximadamente 607.731 preso, perfazendo uma média de 300/100.000 habitantes, ou seja, de cada 100.000 brasileiros, 300 encontravam-se presos. Desse total, aproximadamente, 7% corresponde à população feminina encarcerada.

A Constituição Brasileira de 1988 estabelece alguns princípios de proteção a pessoa humana, principalmente de cunho penal, visando, com isso, proteger o cidadão contra os desmandos estatais.

No presente trabalho, abordamos apenas alguns, que consideramos relevantes ao desenvolvimento do tema propôs, haja vista que são os princípios, o fundamento do Estado Democrático de Direito, bem como seus valores supremos; por isso, devem sempre servir de embasamento ao direito penal, sob pena de carecimento de fundamentação constitucional.

Uma adequada compreensão dos princípio constitucionais penais, fundamentado na dignidade da pessoa humana é essencial para uma constante avaliação e interpretação do ordenamento jurídico penal, com vistas ao seu aperfeiçoamento.

Dentre os princípios abordados, iniciamos pelo estudo do princípio da dignidade da pessoa humana, rebuscando sua origem, bem como seu conceito, se é que isto é possível, mas, de toda forma buscando um entendimento deste princípio, frente ao tema estudado. Não obstante a dificuldade em se definir, com exatidão, a dignidade da pessoa humana, haja vista sua amplitude, não há como deixar de reconhecer que a imensurável necessidade de se garantir a dignidade a cada ser humano pode ser manifestamente notável a partir do momento em que a dignidade se torna um dos princípios embaixadores do ordenamento jurídico, sendo inclusive uma garantia fundamental expresse na norma constitucional.

A previsão constitucional da dignidade da pessoa humana como fundamento da república se torna ainda mais consagrada no sentido de garantir a busca do Estado em proporcionar ao indivíduo condições para que se possa ter uma vida digna, sendo, portanto, um fim e não um meio pelo qual o Estado atinge suas finalidades. Deste modo, visualiza-se diante o exposto acima que o homem deve ser considerado como um fim em si mesmo e não como instrumento para alguma coisa.

A dignidade da pessoa humana se destina também a proteger o indivíduo de qualquer humilhação ou situação vexatória, além de proporcionar a possibilidade de desenvolvimento e crescimento pessoal.

A dignidade da pessoa humana é um princípio tão amplo a ponto de nortear, de comandar a aplicação dos demais princípios, servindo até mesmo para resolver conflito entre dois princípios como princípio mediador. A Dignidade da Pessoa Humana é o princípio cardeal do nosso Estado constitucional, democrático e garantista de Direito.

O princípio da humanidade das penas é o maior obstáculo para a adoção da pena capital e da prisão perpétua. Esse princípio significa que o Estado não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados. O Poder Punitivo Estatal deve pautar-se pela benevolência na aplicação da sanção penal. O condenado deve ser reconhecido como pessoa humana, e como tal deve ser tratado. Segundo esse princípio o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados.

O valor maior do Princípio da Humanidade exige, na atual conjuntura, um olhar mais social sobre a pena, sabendo que esta deve visar somente conduzir o apenado a uma possibilidade de correção de sua conduta, e isso justamente por entender que a pena já não é dotada de um caráter de castigo e suplício.

O princípio da intranscendencia da pena assegura que, “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Os direitos fundamentais são também conhecidos como direitos humanos, direitos subjetivos públicos, direitos do homem, direitos individuais, liberdades fundamentais ou liberdades públicas. Devem ser vistos como a categoria instituída com o objetivo de proteção aos direitos à dignidade, à liberdade, à propriedade e à igualdade de todos os seres humanos. A expressão fundamental demonstra que tais direitos são imprescindíveis à condição humana e ao convívio social.

Podemos conceituar direitos fundamentais como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, busca resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade).

Direitos fundamentais de primeira geração são os chamados de direitos civis e políticos, que englobam os direitos à vida, à liberdade, a propriedade, à igualdade formal as liberdades de expressão coletiva, os direitos de participação política e ainda, algumas garantias processuais.

Os direitos fundamentais de primeira geração, classificados como direitos civis e políticos, são considerados negativos porque exigem do Estado sua abstenção, objetivando evitar a intervenção do mesmo na liberdade individual, caracterizando-se como uma atitude negativa por parte dos poderes públicos.

Direitos fundamentais de segunda geração são aqueles constituídos pelos direitos econômicos, sociais e culturais com a finalidade de obrigar o Estado a satisfazer as necessidades da coletividade, compreendendo o direito ao trabalho, à habitação, à saúde, educação e inclusive o lazer.

Ao contrário dos direitos fundamentais de primeira geração, em que o Estado passa a ter o dever de não intervir, nos direitos fundamentais de segunda geração o Estado passa a ter responsabilidade preponderante para a concretização de um ideal de vida digno na sociedade.

Os direitos fundamentais de terceira geração são direitos *transindividuais*, isto é, direitos que são de várias pessoas, mas não pertencem a ninguém isoladamente. Transcendem o indivíduo isoladamente considerado. São também conhecidos como direitos *metaindividuais* (estão além do indivíduo) ou *supraindividuais* (estão acima do indivíduo isoladamente considerado).

Por esta razão, têm-se que esses direitos são os da solidariedade e da fraternidade, procurando se desprender da figura do homem/indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos, família, povo, nação

e, caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa.

O princípio inspirador do cumprimento das penas de privação de liberdade é a consideração de que o preso é sujeito de direito e não se acha excluído da sociedade, mas continua fazendo parte da mesma, por isso, nas relações jurídicas que lhe recair, devem ser-lhes imposta, apenas e tão somente, as limitações correspondentes à pena aplicada, constituindo-se, dessa forma, uma obrigação e ao mesmo tempo uma limitação imposta ao Estado. Em contrapartida, devem ser estabelecidos deveres mínimos e elementares a serem obedecidos pelos presidiários.

A principal obrigação legal, fundamental, inerente ao estado do condenado a pena privativa de liberdade é, justamente, a de se submeter o preso a ela, ou seja, a não procurar furtar-se à pena pela fuga ou evasão. Além disso, deve a pessoa presa manter, dentro e fora do estabelecimento penal, um comportamento disciplinado e fiel cumprimento da sentença. Deixando o condenado preso de cumprir quaisquer dos deveres legais estabelecidos, constituam ou não sua desobediência em falta disciplinar, o fato implica em demérito que implicará em prejuízo ao mesmo.

Os deveres dos presos encontram-se dispostos nos artigos 38 e 39 da referida Lei nº 7.210/84.

Por se encontrar em privação de sua liberdade, o preso encontra-se em uma situação especial que condiciona uma limitação dos direitos previstos na Constituição Federal e nas leis, mas isso não quer dizer que este perde, além da sua liberdade, sua condição de pessoa humana e a titularidade dos direitos não atingidos pela condenação.

Os direitos do reeducando encontram-se estabelecidos nos artigos 40 e 41 da Lei de Execução Penal.

É sabido que, todo direito em contrapartida gera um dever, evidente que aqui não ocorre diferente, pois, para cada direito do preso existe um dever do

Estado, tais como: direito à assistencial material, assistência à saúde, assistência jurídica, à assistencial educacional, à assistência social, à assistência religiosa e ao trabalho interno e externo.

No final de 2010 o Brasil participou da 65.^a Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU) que traçou normas internacionais para o tratamento de mulheres encarceradas, chamadas “Regras de Bangkok”, que elaborou as Regras Mínimas da ONU para Tratamento da Mulher Presa. Trata-se de um importante documento que reconhece a necessidade de atenção diferenciada às especificidades femininas dentro do sistema prisional. O documento constitui um avanço expressivo na construção de diretrizes no atendimento de mulheres, posto que as “Regras Mínimas para o Tratamento de Presos” da ONU, existente há mais de 50 anos, não davam respostas suficientes às peculiaridades da mulher.

A Lei nº 11.942/2009, introduziu na Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84) novos direitos inerentes às mulheres presas gestantes, parturientes, bem como para aquelas que tenha filhos até sete anos de idade.

Procura-se, com isso, evitar situações que submetam as presas grávidas ou lactentes, a cumprirem pena em estabelecimentos inadequado e insalubres.

Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro assegura a prioridade absoluta à criança e ao adolescente como dever da família, da sociedade e do Estado, meninas e meninos sendo definidos como pessoas, sujeitos de direitos em condição peculiar de desenvolvimento.

A Constituição Federal do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inciso L, assegura às presidiárias, condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação, ao passo que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 9º, estabelece que o Poder Público, as instituições e os empregadores o dever de propiciarem condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas à medida privativa de liberdade. No mesmo sentido, a Lei de Execução Penal - LEP determina em seu artigo 82, § 2º que, os estabelecimentos penais destinados

a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam amamentar seus filhos, prevendo ainda, em seu artigo 89 que, a penitenciária de mulheres poderá ser dotada de seção para gestante e parturiente e de creche com a finalidade de assistir ao menor desamparado cuja responsável esteja presa.

Além de o contato da criança com a mãe ser de grande importância para o seu desenvolvimento psicossocial e afetivo, o ato de amamentar é um momento ímpar para o estabelecimento dos laços entre a mãe e seu filho.

Como já mencionado acima, a Lei 11.942/2009 promoveu alterações na Lei de Execuções Penais, dando nova redação aos artigos 14, 83 e 89, assegurando às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência.

Assim, de acordo com a legislação em comento, os estabelecimentos penais destinados a mulheres deverão ser dotados de berçário, para que as presidiárias possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los até no mínimo seis meses de idade. A referida alteração legislativa trouxe, também, outros benefícios às presas, como por exemplo, a exigência de que as penitenciárias femininas sejam dotadas de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de seis meses e menores de sete anos, com a finalidade de assistir à criança desamparada cuja responsável esteja em cumprimento de pena privativa de liberdade.

Por mais que alguns digam que isso, na verdade, importará também na prisão da criança, uma vez que, esta se vê obrigada a acompanhar o cumprimento de pena atribuído à sua mãe, não podemos ignorar que, muitas vezes essas crianças são entregues à familiares que, mesmo contra a sua vontade, são obrigados a dispensar os cuidados necessários ao desenvolvimento delas.

Ocorre que o risco desses lares substitutos passarem a ser fontes de violência contra essas crianças é muito grande, expondo-as aos maltratos e até mesmo a violência sexual contra elas, entre outras formas de agressão.

Por isso, como o Estado não possui programas sérios que atendam às necessidades dos filhos menores daquelas mulheres que se encontram presas no sistema penitenciário, o melhor é permitir que a própria mãe cuide de seus filhos, mesmo que, em muito casos, por um período curto de tempo, ou seja, até os sete anos de idade da criança.

Entretanto, o momento de separação da mãe encarcerada e seu filho – seja ele bebê, criança ou adolescente – é bastante doloroso e impactante para ambos. Ainda que este permaneça junto ao seu pai ou família extensa, a mulher não perderá sua identidade materna, fazendo com que o ônus de permanecer longe do filho por longos períodos seja fator de extrema angústia no cumprimento da pena dentro da prisão.

Tudo que vimos até agora nos remetem a algumas reflexões sobre o encarceramento feminino, como por exemplo: a diferença numérica entre a criminalidade feminina e masculina justifica uma ação inferior enquanto política penitenciária efetiva? Ou ainda, o reduzido número de mulheres apenas possibilita às presas uma melhor situação intramuros? A questão da gravidez da mulher apenas é levada em conta na execução penal? E por fim, aquela que corresponde à questão central do presente trabalho, a amamentação no cárcere corresponde a garantia ao direito indisponível ou trata-se de violação ao princípio da personalidade da pena? Não há dúvidas que outros questionamentos existem sobre tal problemática; apenas contextualizamos assim para perceber que o mundo do encarceramento feminino ultrapassa grandezas inter-relacionadas com diversos segmentos, que não nos cabe aqui aprofundar.

A Constituição Federal de 1988 assegura, às mulheres presas, o direito de permanência com seus filhos durante a fase de amamentação, estando este, elencado entre os direitos fundamentais previsto no artigo 5º, inciso L, da Carta Magna.

Em nível infraconstitucional, a Lei 7.210/84, com as alterações incluídas pela Lei nº 11.942/25009, dando nova redação ao § 2º do artigo 83, bem como ao

artigo 89, assegura, expressamente, às mulheres presas, o direito de cuidar e amamentar seus filhos por, no mínimo, 6 (seis) meses.

Não é de mais registrar que, também a jurisprudência tem reconhecido o direito, assegurando-o inclusive, e sobretudo, quando a presa se encontra recolhida em estabelecimento penal que não tenha condições estruturais de possibilitar a permanência do recém-nascido com a mãe, nestes casos, aplicando, por analogia, as hipóteses do artigo 117 da LEP.

A verdade é que, havendo a impossibilidade de atendimento, tanto à mulher presa como ao seu filho menor, em estabelecimento penal adequado às suas condições, deve esta ser submetida prisão domiciliar, suprimindo assim, a ineficiência do sistema prisional mantido pelo Estado.

O respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado brasileiro constituído em Estado Democrático de Direito, reclama uma solução urgente e eficaz para a situação em que se encontram as mães presas e seus filhos em nosso País, o que poderá ser alcançado com a concessão, em caráter especial, da prisão domiciliar à mulher encarcerada quando, concretamente, não existir vaga em estabelecimento penal adequado à sua condição de gestante, parturiente ou lactante, ou ainda seu filho menor que necessite dos seus cuidados.

Dentre as novas tecnologias utilizadas, como alternativas ao cumprimento de uma pena de privativa de liberdade, podemos destacar o monitoramento eletrônico.

Com auxílio dessa tecnologia, podemos fazer com que a pena cumpra, efetivamente, suas funções, sem que haja necessidade de retirar a pessoa condenada do seu meio social.

O monitoramento eletrônico consiste em fiscalizar, à distância, o cumprimento de determinada sanção pelo acusado ou condenado imposta pelo juiz, mediante uso de equipamentos tecnológicos que permitem saber a exata localização em que o indivíduo se encontra.

Este sistema corresponde a uma medida de fiscalização e controle, que visa supervisionar e registrar a localização geográfica de pessoas submetidas à privação de suas liberdades em razão de decisão judicial.

Segundo a doutrina dominante, o sistema de monitoramento eletrônico apresenta mais vantagens do que desvantagens, entre as vantagens estão: a redução significativa da população carcerária; o menor dispêndio econômico para o Estado; a humanização da pena e a dignidade humana, bem como reduz as taxas de reincidência.

Já em relação às desvantagens apresentadas, estas consistem na possibilidade de ocorrência de problemas técnicos, como por exemplo: segundo parte minoritária da doutrina, o desgaste do material utilizado e a manutenção periódica que garantam o adequado funcionamento dos equipamentos. Eventuais interferências provocadas por fatores meteorológicos ou outros. Além disso, assim como todo sistema eletrônico, não existem 100% de segurança, podendo haver violação dos dados dos infratores por *hachers/crachers*, através de invasões nos Terminais e Centros de Controle, bem como ocorrências de defeitos técnicos, disfunções e panes nos aparelhos.

Entretanto, tais considerações são consideradas descabidas ou exageradas, uma vez que, as medidas que o monitoramento vem substituir, são mais agressivas ao condenado de ele.

Assim sendo, diante do estudo realizado, e buscando resposta ao questionamento trazido no tema principal, “AMAMENTAÇÃO NO CÁRCERE: Garantia ao Direito Indisponível ou Violação ao Princípio da Personalização da Pena? temos que necessário se faz, uma profunda reflexão sobre a real situação das condições estruturais oferecidas no cárcere, levando-se em consideração, em primeiro lugar o direito à da criança e da mãe, mas, principalmente o da criança, pois, seja qual for a situação, trata-se de um direito indisponível sua permanência junto à sua mãe, como também, não há dúvidas que sua permanência no ambiente carcerário se constitui em uma violação ao princípio da personalização da pena.

Portanto, no que for possível, deve sempre os Estado oferecer condições para que a pena da mãe, não atinja o filho, e uma alternativa que se mostra eficaz e a prisão domiciliar monitorada eletronicamente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Lúcia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BRASIL. **Código Penal**, ed. 12, São Paulo. Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 18 ago 2015.

BRASIL. **Constituição Federal do Brasil de 1934**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm Acesso em: 26 ago. 2015.

BRASIL. **DECRETO N.º 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, artigo 1º**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm Acesso em: 26 ago. 2015.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm Acesso em: 26 ago. 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPEZ, Fernando (Coord.). **Direito Constitucional (perguntas e respostas)**, 2. Ed. São Paulo, Saraiva, 2007.

Cartilha da Defensoria Pública do Estado de São Paulo “**Mães no cárcere – Observações Técnicas para atuação profissional em espaços de convivência de mulheres e seus filhos**”. Disponível http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/33/documentos/outros/Cartilha%20M%C3%A3es%20no%20C%C3%A1rcere%20_%20Leitura.pdf >. Acesso em 30 de julho 2015

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: teoria do Estado e da Constituição, direito constitucional positivo**. 14. Ed. Ver. Atual. E ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CONTE, Christiany Pegorari. Execução penal e o direito penal do futuro: uma análise sobre o sistema de monitoramento eletrônico dos presos. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 99, n. 894 p.401-441, Abril. 2010.

DOTTI, Renné Ariel. **Curso de direito Penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 29 ed. Ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

FONSECA, André Luiz Filo-Creão da. **Monitoramento Eletrônico e sua utilização como meio minimizador da dessocialização decorrente da prisão**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. de Raquel Ramalheite. Petrópolis: Vozes, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Norma e bem jurídico no direito penal: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais**. São Paulo: RT, 2002.

GOULART, José Eduardo. **Princípios informadores do direito da execução penal**. São Paulo: RT, 1994.

GRECO, Rogério. **Direitos Humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**, São Paulo: Saraiva, 2011.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Execução Penal. Comentários à Lei nº 7.210/84**. 6. Ed., São Paulo: Atlas, 1996.

_____. **Manual de Direito Penal**, São Paulo: Atlas, 2006. MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**, 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NOGUEIRA, Paulo Lucio. **Comentários à Lei de Execução Penal**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Código Penal Comentado**. 5ª Edição, Revisada, Atualizada e Ampliada, São Paulo, 2005.

_____. **Prisão e Liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**, São Paulo, RT, 2011, p. 87.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 369.

PINHEIRO, Jorge Augusto de Medeiros. **Mulheres Encarceradas**. 1ª Ed. Belém: Editora da Universidade Federal do Pará, 2012.

PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito penal – parte geral**. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok). Resolução 2010/16 de 22 de julho de 2010. Disponível em: <http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/Tradu%C3%A7%C3%A3o-n%C3%A3o-oficial-das-Regras-de-Bangkok-em-11-04-2012.pdf>. Acesso em 28 de julho de 2015.

RIZZO, Gilda. Creche. **Organização, Currículo, Montagem e Funcionamento.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 2ª ed. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão e JÚNIOR, Alceu Corrêa. **Teoria da Pena, finalidades, direito positivo, jurisprudências e outros estudos de ciência criminal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 35a. edição - São Paulo: Malheiros, 2012

_____. **“A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia”** Revista de Direito Administrativo, vol. 212, abril/junho/1998.

TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença Criminal.** 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal: parte geral.** 6ª. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.