XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS III

JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA

SAULO DE OLIVEIRA PINTO COELHO

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejamquaisforemosmeiosempregadossemprévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597
Direitos sociais e políticas públicas III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA
Coordenadores: José Sebastião de Oliveira; Saulo de Oliveira Pinto Coelho – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-618-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal da Bahia - UFBA
Salvador – Bahia - Brasil
https://www.ufba.br/

XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS III

Apresentação

O grupo de trabalho Direitos Sociais e Políticas Públicas se consolida cada vez mais como ambiente de interlocução dos estudiosos e pesquisadores do tema, bem como de atualização do 'estado da arte' do debate jurídico-científico brasileiro acerca de questões altamente relevantes. Dentre essas questões, estão presente nesta edição temas referentes à regulação, à crítica jurídica e à efetivação das seguintes políticas públicas: política habitacional; política de proteção da infância e juventude, políticas penitenciárias e de sistema prisional, políticas para pessoas com deficiência, políticas para o combate à desigualdade de gênero e às diversas formas de violência contra a mulher, política fiscal e sua repercussão sobre políticas sociais, política de saúde; e políticas de combate ao trabalho escravo.

Quanto ao tema das políticas habitacionais e de acesso à moradia, destaca-se o interessante trabalho de Letícia Delgado e Ássima Gasella, que promove um estudo de caso referente à implementação de um programa habitacional em município de Minas Gerais e a relação, paradoxal, da implementação deste com a instalação de um ambiente de altos índices de violência e da criminalidade no local.

Na sequência, tem-se o trabalho sobre o programa de formação continuada de conselheiros tutelares, promovido Manaus-AM, pela ordem dos advogados, em que Thandra Sena e Anderson Silva apresentam e analisam os resultados dessa iniciativa, referentes aos anos de 2016 e 2017.

O trabalho de Nayara Silva e Mariana Carvalho também versa sobre o tema das políticas para a criança e o adolescente, enfocando o debate na discussão do julgado do STF que analisou a possibilidade de cumprimento domiciliar de pena, em situações necessárias para proteger crianças em seus primeiros anos de vida, em consonância com os princípios do estatuto da primeira infância.

Já sobre o tema das políticas para a promoção do direito à educação, o trabalho de Marcella Brito e Alexandre Silva trata da relação entre o sistema federativo brasileiro e a efetividade das políticas públicas de educação no país. Partindo de referenciais como Sen e Nusbaum, busca-se discutir a relação entre igualdade e desenvolvimento.

Transitando para o tema das relações étnico-raciais e das políticas afirmativas nesta seara, o trabalho de Fabio Hirsch e Lazaro Borges discute os atuais instrumentos e experiências de definição e verificação racial no âmbito dos concursos público, para fim de aplicação das políticas de cotas, centrando-se notadamente no trabalho da comissões destinadas a esse fim.

Já o trabalho de Jorge Galli e Claudio Bahia incide no tangenciamento de duas políticas públicas: a política penitenciária brasileira e a política para pessoas com deficiência. O trabalho apresenta, contata e analisa as situações desumanas a que são submetidos os presos com deficiência, no sistema prisional brasileiro. Realidade que atingem mais de quatro mil e quinhentos presos assim identificados no sistema prisional.

Ainda no âmbito das políticas prisionais, Marcelo Siqueira realiza em seu trabalho um estudo de caso referente ao processo para construção de nova unidade prisional em município do interior do Estado de Goiás para, a partir desse estudo, realizar considerações críticas sobre o modelo de política penal e prisional brasileiro.

Já Thiago Martins e Carla Dias, abordam outro aspecto da política prisional brasileira, enfocando a análise das condições dispensadas às mães no cárcere, notadamente quanto à relevante questão da amamentação das crianças lactantes, discutindo, quanto a isso, a possibilidade da aplicação da teoria do estado de coisas inconstitucional.

Na mesma toada, Mariana Amaral e Gustavo Ávila analisam as condições de encarceramento das mulheres mães no sistema prisional brasileiro, a partir das dimensões macro, meso e micro institucionais das políticas públicas.

Sobre as políticas relativas ao combate e redução da violência contra as mulheres, o trabalho de Marina Almeira e Adriana Farias analisa o atual instrumento regulatório do atendimento pelo SUS das mulheres vítimas de violência, comparando-o com as normativas internacionais.

O trabalho e Yuri Ribeiro e de Carolina Ferraz analisa a interseção entre a política de redução da miséria e pobreza plasmada no programa Bolsa Família e as eventuais deficiências do mesmo quanto à questão de gênero, notadamente por não haver uma implementação efetiva de instrumentos de capacitação e empoderamento da mulher no âmbito do programa o que permite a sua 'subalternização' no desenho do mesmo.

No campo das políticas laborais e relacionado ao tema do trabalho da mulher, está o estudo de Pablo Baldivieso, que analisa e busca identificar o retrocesso ocorrido na recente reforma trabalhista, quanto ao tema das condições de trabalho da lactante.

Já a pesquisa de Robson Silva e de Valena Mesquita analisa o retrocesso ocorrido na política de combate ao trabalho escravo no Brasil, com as medidas e alterações recentes ocorridas nessa seara.

Também no âmbito das políticas de proteção do trabalho, a pesquisa de Otavio Ferreira e Suzy Kouri analisa a cadeira produtiva do açaí no Estado do Pará e propugna pela construção de uma política pública voltada para a valorização e proteção do trabalhador que atua na extração e coleta deste fruto.

O trabalho de Daisy Silva e de Terciana Soares analisa a questão da efetivação dos diretos sociais frente aos custos dos mesmos, e aborda a necessidade da incorporação das análises sobre os custos, nas tomadas de decisão relativas ao tema.

Já o trabalho de Darlan Moulin e Yasmin Arbex faz uma análise teórica da questão da emancipação e do (des)envolvimento social, bem como da ideia de igualdade, para a partir daí abordar a questão da extrafiscalidade como instrumento e elemento de efetivação de políticas públicas.

No âmbito das políticas de promoção do direito à saúde, o trabalho de Marcelo Costa e Vinícius Lima perscruta pela possibilidade de identificação de um núcleo do direito fundamental à saúdo, notadamente a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a caminhada expansiva desta nas últimas décadas, quanto ao tema.

Também no âmbito do direito fundamental à saúde, o trabalho de Marina Ayres e de Saulo Coelho analisa o fenômeno da judicialização das políticas de dispensação de medicamentos pelo SUS no Estado de Goiás, por meio da análise qualitativa de amostra de sentenças a esse respeito, problematizando a ausência de um debate sobre política pública nessas decisões.

Espera-se que essa publicação possa contribuir com o debate sobre Direitos Sociais e Políticas Públicas, questão de alta relevância, notadamente em um país com alarmante índice de desigualdade social, como o Brasil.

Prof. Dr. Saulo De Oliveira Pinto Coelho – UFG

Prof. Dr. José Sebastião de Oliveira – UNICESUMAR

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

AS CONDIÇÕES DEGRADANTES DOS AMBIENTES PRISIONAIS FEMININOS E A INEXISTÊNCIA DO DIREITO À AMAMENTAÇÃO NO CÁRCERE: A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

THE DEGRADING CONDITIONS OF THE FEMININE PRISON ENVIRONMENTS AND THE EXISTENCE OF THE RIGHT TO BREASTFEEDING IN THE CÁRCERE: APPLICATION OF THE THEORY OF THE UNCONSTITUTIONAL STATE OF THINGS

Thiago Penido Martins [1]
Carla Aliny Peres Dias

Resumo

Há a necessidade de analisar se o ambiente prisional está devidamente estruturado para garantir que as detentas possam amamentar seus filhos recém-nascidos. Embora haja previsão legal na Constituição e em leis infraconstitucionais, garantindo as mães a permanência com os filhos durante o período de amamentação, o Estado não oferece estrutura para que as mesmas possam gozar da tal previsão legal. E, sendo um direito fundamental da genitora de amamentar e de outro lado o do recém-nascido de ser amamentado, levanta-se a discussão se a situação apresentada não se enquadra na Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional.

Palavras-chave: Cárcere feminino, Direitos fundamentais, Direito à amamentação, Estado de coisas inconstitucional, Dignidade da pessoa humana

Abstract/Resumen/Résumé

There was a need to examine whether the prison environment is adequately structured to ensure that detainees can breastfeed their newborn children. Although there is a legal provision in the Constitution and in infraconstitutional laws, guaranteeing these mothers to stay with their children during the breastfeeding period, the State does not provide the structure for may enjoy such a legal provision. And being a fundamental right of the mother in breastfeeding and the newborn to be breastfed, the discussion arises if the legal device does not fit in the Theory of the State of Things Unconstitutional.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Female jail, Fundamental rights, Right to breastfeeding, State of things unconstitutional, Human dignity

[1] Doutor e Mestre em Direito. Professor do Curso de Mestrado em Direito da Universidade de Itaúna.

1. INTRODUÇÃO

No presente trabalho, abordar-se-á a discussão em torno do direito à amamentação no cárcere, isto é, do direito fundamental assegurado às detentas de amentarem seus filhos recém-nascidos e o direito das crianças em receberem o leite materno, fonte de nutrientes necessária ao desenvolvimento humano. Tem por base levantar a questão do direito do recém-nascido em receber o leite materno, alimento necessário à subsistência humana, bem como o convívio com sua genitora nos primeiros seis meses de vida.

Analisar-se-á as leis que preveem e disciplinam o direito à amamentação no sistema prisional brasileiro, a efetividade da legislação acerca do tema, bem como o acatamento e a estrutura oferecida pelos presídios para o cumprimento das disposições legais. Para tanto, será analisado o artigo 5°, inciso L, da Constituição da República o qual assegura o direito das presidiárias de permanecerem com seus filhos durante o período de amamentação, além das previsões legais quanto ao tempo mínimo para que haja a amamentação, em especial o artigo 83, §2º da Lei de Execuções Penais, dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como demais dispositivo legais acerca do tema.

Além dos dispositivos legais que garantem o direito da presidiária à amamentação, será analisado o direito da criança em ter a amamentação nos primeiros meses de vida e da concretização e efetividade do Estado em garantir tal direito fundamental. Assim, no intuito de abrasar ainda mais do debate, o direito à amamentação no cárcere será analisado sob a teoria do "Estado de Coisas Inconstitucional", utilizada pelo Supremo Tribunal Federal em outras situações jurídicas. Se o direito fundamental à amamentação, com o crescente aumento de criminalidade feminino, está sendo respeitado ou não, é o que se analisará.

Analisar-se-á se a garantia fundamental do direito à vida e à alimentação do recém-nascido e o direito da genitora presidiária em ter o convívio com seu filho durante o período de amamentação está sendo efetivamente assegurada pelo Estado, bem como os entendimentos que vem sendo adotados pelo Supremo Tribunal Federal em matéria de garantia de direitos fundamentais, em especial, em que medida a teoria do Estado de Coisas institucional pode contribuir para o estudo e desenvolvimento da problemática proposta, com o desiderato de assegurar a efetividade do direito fundamental à amamentação.

Para melhor análise do tema proposto, dividiu-se o artigo em seis tópicos, incluído esta introdução. No tópico seguinte, apresentar-se-á um breve relato histórico do cárcere feminino no Brasil, para, posteriormente, discutir a amamentação no cárcere enquanto um direito fundamental. Em seguida, serão expostas considerações sobre a efetividade do direito

à amamentação no cárcere sob a perspectiva da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, apresentando a origem e evolução da teoria. Ao final, será analisada a aplicabilidade da teoria Estado de Coisas Inconstitucional, no julgamento da ADPF 347/2015, pelo Supremo Tribunal Federal.

2. O CÁRCERE FEMININO NO BRASIL: EVOLUÇÃO E AUMENTO DAS DETENTAS EM PENITECIARIAS E PRESIDIOS NACIONAIS

Segundo dados estatísticos extraídos do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEM MULHERES, de junho de 2014, o Brasil contava com uma população de 579.7811 pessoas custodiadas no Sistema Penitenciário, sendo 37.380 mulheres e 542.401 homens. No período de 2000 a 2014 o aumento da população feminina no cárcere foi de 567,4%, enquanto a média de crescimento da população carcerária masculina, no mesmo período, foi de 220,20%, refletindo, assim, a curva ascendente do encarceramento em massa de mulheres (INFOPEM MULHERES, 2014, p.14).

Em geral, as mulheres submetidas ao cárcere tem como perfil serem jovens e com filhos, em sua maioria, responsáveis pela provisão do sustento familiar. Possuem baixa escolaridade, são oriundas de extratos sociais desfavorecidos economicamente e exerciam atividades de trabalho informal no período anterior ao aprisionamento. Em torno de 68% dessas mulheres encarceradas possuem vinculação penal por envolvimento com o tráfico de drogas não relacionado às maiores redes de organizações criminosas.

No que tange à destinação dos estabelecimentos, o INFOPEN, de junho de 2014, quantificou os tipos de estabelecimentos prisionais brasileiros. Os dados levantados mostram que há 1.070 unidades masculinas, configurando o percentual de 75%, 238 estabelecimentos mistos, totalizando um percentual de 17%, e 103 estabelecimentos destinados exclusivamente ao público feminino, um percentual de 7%,, o que indica que uma grande parte das mulheres encontra-se em estruturas mistas (INFOPEM MULHERES, 2014, p.8).

No cômputo geral da população prisional, constam informações sobre pessoas custodiadas em carceragens de delegacias ou estabelecimentos similares, administrados pelas Secretarias de Segurança Pública. As informações sobre essa população foram coletadas junto à Secretaria Nacional de Segurança Pública, do Ministério da Justiça, e perfazem um total de 27.950 pessoas custodiadas. Somados aos dados coletados junto ao INFOPEN, tem-se uma população prisional total de 607.731 em todo o País, em junho de 2014.

Assim, diante do notório aumento da criminalidade feminina e, consequentemente, de seu encarceramento, imperioso e indispensável analisar se o Estado esta apto a assegurar a efetividade do preceito constitucional que assegura às presas o direito à amamentação de seus filhos, de modo a atender às necessidades atuais da sociedade brasileira nessa matéria, isto é, cumpre verificar em que medida as penitenciárias brasileiras oferecem a estrutura mínima necessária para abrigar as detentas que engravidam ou possuem filhos em período de amamentação.

3. DO DIREITO FUNDAMENTAL DA PRESIDIÁRIA À AMAMENTAÇÃO NO CÁRCERE

O artigo 5°, inciso L, da Constituição da República, assegura o direito as presidiárias de permanecerem com seus filhos durante o período de amamentação. Tal direito é tido como um direito fundamental. Segundo preleciona (LENZA, 2010, p. 741), conforme o disposto no Título II, art. 5º da Constituição, "os direitos e garantias fundamentais são o gênero, do qual são espécies os direitos e deveres individuais e coletivos; que, embora expressos apenas os direitos e deveres, houve uma consagração em relação às garantias fundamentais".

Nesse sentido, os direitos fundamentais são todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a "todos" os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir (FERRAJOLI, 2011, p. 09). O aleitamento materno caracteriza-se por ser um processo natural e ideal de se prover alimento a uma criança nos primeiros dias de vida, visto que este constitui como alimento necessário para o desenvolvimento biológico e psicológico do concepto.

O direito de amamentar é regido por bases legais, a saber: a o inciso L, do artigo 5º, da Constituição da República, que determina que as presidiárias devem permanecer com seus filhos durante seis meses para amamentação, bem como preceitos contidos na Lei de Execução Penal (LEP), cujo artigo 83, § 2º, versa sobre a obrigação estatal em manter um ambiente prisional feminino adequado, para que os mesmos sejam dotados de berçários com o intuito de prover às detentas e seus filhos local ideal para a prática de amamentação.

Corroborando com essas nuances, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) estabelece que o Poder Público, instituições e empregadores propiciem condições favoráveis ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade. O artigo 9º, do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que: "O poder

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

Nesse sentido, Constituição da República estabelece em seu artigo 5º, inciso L, que "às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação". Na esteira dos preceitos constitucionais, a Lei de Execuções Penais, em seu artigo 83, §2º, preceitua que "os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam amamentar seus filhos", os quais "deverão possuir, exclusivamente, agentes do sexo feminino na segurança de suas dependências internas" (BRASIL, 1984).

Assim, em que pese as diversas previsões legais acerca do direito a amamentação no cárcere, as mesmas não vêm sendo observadas e implementadas de modo satisfatório pelo poder público. A questão é que o Estado não oferece estrutura para que as detentas possam amamentar seus filhos, sendo submetidas, em conjunto com os recém-nascidos, a condições degradantes, em total desrespeito ao direito fundamental à amamentação, previsto no texto constitucional e em diversas normas infraconstitucionais.

A não separação de mães e filhos se mostra necessária, sobretudo para os pequenos seres humanos em formação. Ocorre que as condições em que essas crianças vivem dentro das cadeias fazem com que muitas mães renunciem ao direito de permanecer com a criança durante o período de amamentação para que seus filhos passem a viver longe da prisão, com algum parente ou em abrigos. Esta separação pode ocorrer no período da amamentação ou ocorrerá logo depois, assim que se completar o tempo permitido para a permanência da criança junto à mãe, tempo que é definido de modo não uniforme nas diversas prisões do Brasil.

A importância da permanência das crianças com as mães é mais do que reconhecida, sobretudo pela necessidade da amamentação. "Profissionais de saúde assinalam que o leite materno protege a criança de diversas doenças, assim como o próprio ato de amamentar também é bastante benéfico para as mães. O Fundo das Nações Unidas para a Infância e a Adolescência (UNICEF 2008) estima que um milhão e meio de crianças morrem por ano por falta de aleitamento materno", (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2009, p.48). Ressalta-se que esta situação não ocorre apenas nos países em desenvolvimento, uma vez que, mesmo nos países industrializados, muitas mortes poderiam ser evitadas com o adequado aleitamento materno.

Desse modo a ausência de condições adequadas para a amamentação no cárcere causa os mais diversos danos, não somente às genitoras, mas também danos aos filhos, uma

vez que a ausência da amamentação nos primeiros meses de vida, como já mencionado, pode causar danos no desenvolvimento mental e físico ao recém-nascido.

3.1 – Dados Acerca da Estrutura Prisional no Brasil

O Estatuto da Criança e do Adolescente trata dos direitos das crianças e adolescentes em todo o Brasil e visa, principalmente, à preservação da dignidade de crianças e adolescentes. Face às disposições do Estatuto, verifica-se que encarcerada, a criança não está a salvo de eventual violência, condições insalubres e outras exposições que podem causar danos à sua saúde. Assim, surge a problemática acerca do tema, que consiste em se buscar soluções destinadas a compatibilizar, nas penitenciárias brasileiras, o direito da criança em ser amamentada no cárcere e a necessidade de preservação de sua integridade física e psíquica.

Em que pese a existência de norma constitucional e normas infraconstitucionais que garantam o direito à amamentação no cárcere, em regra, os estabelecimentos prisionais não atendem ao princípio da dignidade humana, tendo em vista as precárias condições das penitenciárias brasileiras, que permitem o contato dos recém-nascidos com ambientes inadequados, insalubres e hostis, corroborando para a inefetividade do direito fundamental à amamentação. Conforme dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEM MULHERES, de junho de 2014, constata-se que:

> A infraestrutura dos estabelecimentos contemplam também a questão da maternidade no ambiente carcerário: a existência – primeiro passo para garantia de acesso – de equipamentos e espaços que tornem a maternidade, no ambiente prisional, minimamente viável. Vale dizer, a existência de cela específica para gestantes, de berçário, de creche e de centro de referência materno-infantil foram contemplados por este levantamento. No que toca à infraestrutura das unidades que custodiam mulheres, a Figura 13 demonstra que menos da metade dos estabelecimentos femininos dispõe de cela ou dormitório adequado para gestantes (34%). Nos estabelecimentos mistos, apenas 6% das unidades dispunham de espaço específico para a custódia de gestantes (INFOPEM MULHERES, 2014, p. 11).

Na prática, em que pese os deveres atribuídos ao poder público pela Constituição da República e por diversos preceitos legais, o Estado vem garantindo o direito à amamentação e o implementando de forma precária e insuficiente. Na maioria das cadeias, as crianças ficam em celas com suas mães, dividindo a mesma cama, compartilhando o espaço com outras presidiárias. É "possível verificar que 27,45% dos estabelecimentos exclusivos para mulheres possuem estruturas específicas para custódia das mulheres grávidas durante o cumprimento da pena" (DEPEN, 2008, p. 14).

Nos presídios brasileiros, as crianças não contam com uma estrutura específica para ficar alojadas durante o período da amamentação, ficando sujeitas a todo tipo de violação de sua dignidade. Neste contexto, muitas vezes, os recém-nascidos são tratados como prisioneiros, uma vez que só podem tomar banho de sol quando as mães encarceradas o fazem, não tendo a liberdade de ir e vir, somando-se a tudo isso a falta de contato saudável com outras crianças.

O artigo 17, da Lei 8.069, de 1990 prescreve que "o direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais." E o artigo 18 preceitua o dever de todos em zelar pela dignidade da criança e do adolescente, devendo colocá-los a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Os dispositivos legais esbarram em uma realidade em que prevalece a lógica da imposição do encarceramento à acusada, mesmo que para isso seja necessário encarcerar crianças recém-nascidas. Prevalece a pena das mães em detrimento da liberdade dos filhos. E essa pena torna-se mais cruel para as crianças, na medida em que os presídios são estruturados “à imagem e semelhança” do perfil de administrador público brasileiro, isto é, mal planejadas e desorganizadas, fato constatado pelo próprio Poder Legislativo:

> O modelo adotado no Brasil assegura o direito à amamentação à criança, desde que ela também fique presa. O sentido de justiça não está na dignidade da criança, mas no encarceramento das mães. A prioridade é punir as genitoras, as criminosas, punindo-se, por tabela, seus filhos recém-nascidos, impondo-se a pena para muito além da pessoa da condenada, isto quando está condenada. Não custa lembrar que mulheres em cumprimento de prisão cautelar, também amamentam nos presídios. (LIBERATO e ARAÚJO, 2017, p 1)

Assim, embora haja normas constitucionais e infraconstitucionais que garantam o direito à amamentação em ambiente adequado, conforme demostrado, o mesmo não vem sendo respeitado, motivo pelo qual se entende que o direito fundamental à amamentação, previsto pela Constituição da República e em diversas normas infraconstitucionais, trata-se de direito que na realidade brasileira pode ser considerado como “Estado da Coisa Institucional”, dada a ineficiência estatal em garantir sua efetividade.

4. DIREITO À AMAMENTAÇÃO NO CÀRCERE E A CONFIGURAÇÃO DO ESTADO DA COISA INCONSTITUCIONAL

4.1 – Histórico da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional

A expressão ou teoria “Estado de Coisas Inconstitucional” (ECI) surgiu na Corte Constitucional da Colômbia (CCC) quando da Sentencia de Unificación (SU) – 559, de 1997. No caso, 45 professores dos Municípios de Maía la Baja e Zambrano tiveram direitos previdenciários suprimidos pelas autoridades colombianas locais. Na época, a Corte Colombiana entendeu que se tratava de descumprimento generalizado e estrutural dos órgãos estatais, ampliando os efeitos da decisão para toda classe de professores e não somente para as partes do processo em questão.

> Em analise ao caso, a Suprema Corte Colombiana constatou que o descumprimento da obrigação era generalizado, alcançando um grande número de professores, indo muito além dos autores da ação posta a julgamento. Verificou, outrossim, que a falha apontada não poderia ser imputada a um único órgão estatal, vez que possuiria ela uma natureza estrutural, na medida em que era relacionada a uma deficiência profunda da própria política geral de educação. Nesse processo, por reconhecer uma violação generalizada de direitos e a existência de falhas estruturais, a CCC decidiu em favor não apenas dos demandantes e nem contra somente os réus do processo, mas também em favor de todos aqueles em situações similares, dirigindo ordens em face de todas as autoridades e entidades públicas cujas ações seriam necessárias para corrigir as falhas sistêmicas detectadas. (CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA)

A Corte Colombiana, posteriormente ao julgamento de 1997, voltou a reconhecer a presença da Teoria do Estado das Coisas Inconstitucional em outras oportunidades, tendo ganhado repercussão os casos do sistema carcerário colombiano e o do deslocamento de pessoas em razão da violência interna verificada no país, por força de atuação de grupos guerrilheiros e paramilitares. Assim, para a configuração dos Estados de Coisas Inconstitucional, a Corte Colombiana julgou alguns casos emblemáticos que passaram a servir de paradigma para a aplicação da teoria em referência, sendo eles:

a) Caso Cajanal (T 068/97):

> Os autores ajuizaram a ação de Tutela perante a corte constitucional contra a Caixa Nacional de Previdência Social (Cajanal), órgão responsável pelo pagamento das aposentadorias dos servidores públicos, que de forma reiterada e sistemática omitia-se em analisar os pedidos de aposentadorias dos cidadãos. Alegavam os autores da ação a existência de mora administrativa por mais de oito meses sem a concessão do benefício. A Cajanal não estaria, portanto, exercendo adequadamente suas funções administrativas. Existia um problema estrutural de ineficiência e inoperância administrativa que gerava elevado número de ações judiciais, em razão da deficiência do serviço público previdenciário. O acórdão da corte colombiana determinou, dentre outras coisas, comunicar ao Ministro da Fazenda e Crédito Público, Ministro do Trabalho e Seguridade Social, o Chefe do Departamento Administrativo da Função Pública, a Gerência da Caixa Nacional de Previdência, a Subdireção de prestações econômicas da Caixa Nacional de Previdência, para que dentro de seis meses à data do acórdão corrijam a ineficiência administrativa, dentro dos parâmetros legais, bem como as falhas de organização e o procedimento que

> afetam a pronta resolução das solicitações de reconhecimento e atualização do cálculo das pensões. (CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA)

O Caso Cajanal foi o marco da Teoria o Estado de Coisa Inconstitucional, foi o primeiro grande relato com repercussão na mídia e demais meios de comunicações, o que contribuiu significativamente para a configuração na teoria em questão. Salienta-se que até hoje quando se refere a origem e sedimentação da teoria, citação seu marco que consiste no julgado em questão.

b) Caso dos notários (SU 250/98):

> A ação foi ajuizada por titular de cartório cuja posse se realizou sem a realização de prévio concurso público como exigia a Constituição colombiana. A titular do cartório exercia o mister público em condição de interinidade e argumentava que o poder público não poderia tê-la exonerado do cargo sem a prévia realização de concurso público, entendendo violados no caso concreto os princípios constitucionais da igualdade, do direito ao trabalho e do devido processo legal (...). A corte constitucional considerou presente o Estado de Coisas Inconstitucional pelo fato da demora do ente estatal em providenciar a realização de concurso para a substituição dos notários interinos por aqueles que denominavam de *"notarios en propiedad"* concursados, com expressa violação ao art. 131 da Constituição que previa taxativamente que "*El nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso".* Segundo a corte *"no hay explicación razonable para que no se convoque a concurso para designación de notarios en propiedad, ya que hay normatividad vigente en lo referente a organismo que administra la carrera y el concurso". (...).*A decisão da corte constitucional, assim, determinou de um lado que a Administração, no prazo de cinco dias, emitisse ato administrativo apresentando os motivos e os fatos concretos para a destituição da autora como titular do cartório. Por outro lado, determinou a notificação ao *Superintendente de Notariado y Registro y al Consejo Superior de la Administración de Justicia*, com base no art. 131 da Constituição e Decreto 960 de 1970, para que após seis meses da notificação da decisão sejam convocados os concursos abertos para notários. (CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA)

O caso dos notórios surgiu com ação ajuizada por concursados que haviam prestado concurso para o cargo de tabelião e não obtinham sua posse no cargo. Em que pese a aprovação em concurso publico, o Estado colombiano não efetivava a posse no cargo, violando Constituição Colombiana. Em analise ao caso a Corte Superior entendeu caracterizado o Estado de Coisas Inconstitucional, determinando que fossem tomadas providencias pelos órgãos competentes.

c) Caso das condições das prisões (T-153/98):

> A ação proposta contra o Ministério da Justiça e INPEC (instituto prisional que administra as penitenciárias) discutia as precárias condições das prisões colombianas, com o congestionamento dos espaços físicos das penitenciárias disponíveis aos detentos, superlotação, impedindo a execução do projeto de ressocialização . (...) A corte constitucional para o caso das condições dos presídios colombianos declarou o ECI ao ordenar o INPEC, o Ministério da Justiça e do

> Direito e o Departamento Nacional de Planejamento a elaborar, em um período de três meses, um plano para construção carcerária tendente a garantir aos reclusos condições de vida dignas. O governo deveria realizar de imediato as diligencias necessárias para que sejam incluídos os recursos necessários às obras no orçamento fiscal, bem como sua inclusão no Plano Nacional de Desenvolvimento e Investimentos. As obras deveriam estar concluídas em um período máximo de quatro anos. Os presos condenados deveriam estar em celas separadas daqueles não condenados. O INPEC, o Ministério da Justiça e do Direito e o Ministério da Fazenda deveriam tomar as medidas necessárias para solucionar as carências de pessoal especializado nas prisões e guardas penitenciárias. Os governadores e prefeitos, os presidentes das Assembleias Departamentais e Conselhos Distritais e Municipais deveriam tomar as medidas necessárias para cumprir sua obrigação de criar e manter centros de reclusão próprios. O Presidente da República, como suprema autoridade administrativa, e o Ministro da Justiça e Direito deveriam, enquanto se executam as obras carcerárias, adotar as medidas necessárias para garantir a ordem e o respeito aos direitos fundamentais dos internos nos estabelecimentos de reclusão no país. (CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA)

O INEPC (instituto prisional que administra as penitenciarias), levantou a questão das precárias condições presidiárias que se submetiam a população carcerária colombiana. Com a constatação que o cárcere não garantia os direitos fundamentais mínimos dos detentos, tais como integridade física, dignidade humana entre outros. Exigiu-se uma postura do Estado no intuito de garantir o ambiente prisional digno aos detentos.

d) O caso dos deslocados (T-025/2004):

> O caso trata das populações "deslocadas" (desplazados) na Colômbia, pessoas que saem involuntariamente de suas residências em direção a outros municípios em razão da atuação do narcotráfico ou milícias armadas paraestatais na região onde residem. São caracterizadas por sua vulnerabilidade social, necessitando de uma especial proteção constitucional por representarem minorias em razão de gênero, idade ou agrupamento étnico (mulheres que sustentam o grupo familiar, menores de idade, minorias étnicas como os índios e pessoas da terceira idade)(...).A violação reiterada do Estado por ter se omitido em concretizar direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana, sem que se apresentem sinais reais de atuação do poder público quanto ao planejamento e execução de políticas públicas que possam melhorar a condição de vida dos deslocados, justificaria uma atuação mais proativa e assertiva da corte constitucional na exigência do cumprimento das cláusulas constitucionais. (...) Assim, caberia ao Estado implementar as políticas públicas, programas ou ações afirmativas para lograr uma igualdade real de condições e oportunidades aos abrangidos pela situação de *desplazamiento*, concretizando os preceitos constitucionais relativos aos direitos econômicos, sociais e culturais básicos da população, em sintonia com o que a corte já havia decidido anteriormente ao adotar a teoria denominada *cláusula de erradicación de las injusticias presentes*. A corte colombiana fixou o prazo de dois meses para que o *Consejo Nacional Para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia* defina o nível de recursos financeiros que efetivamente serão destinados a cumprir as obrigações assumidas pelo Estado, sem que os direitos mínimos mencionados possam deixar de ser protegidos de maneira oportuna e eficaz, concedendo o prazo de um ano caso seja necessário reorganizar o planejamento das políticas públicas para atendimento do mister de proteção dos deslocados. (CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA)

Recentemente, em 2004, se comparado com os outros julgados, novamente a Corte Colombiana manifestou-se através do julgado que cobrou os estado providencias acerca dos desabrigados e moradores de rua. Assim a Corte Colombiana exigiu do Estado colombiano a implementação de politicas publicas que visassem a melhoria na condições de vidas dos desabrigados, desprezados, a parte da população mais frágil.

Em analise aos casos expostos, nota-se que o marco inicial da Teoria do Estado das Coisas Inconstitucional surgiu Corte Colombiana em 1997, como diversos julgados, acerca de temáticas diferentes, tais como previdenciária civil e penal, conforme julgados descritos. Os julgados apresentados contam com um ponto em comum, todos versaram sobre situações jurídicas concretas em que houve a configuração de lesão a direitos fundamentais de determinadas (classes), em decorrência a omissão Estatal.

Assim, com os entendimentos adotados pela Corte Colombiana em cada um dos casos descritos, foi se sedimentando a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, a qual, posteriormente, foi se disseminado pelos demais Estados signatários, dentre eles o Brasil, o qual a adotou de forma expressa quando do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 347/DF, em 2015, ao analisar a crise no sistema penitenciário brasileiro e o descumprimento de direitos fundamentais básicos à população carcerária.

4.2 - Conceito e Definição da Teoria do Estado das Coisas Inconstitucional

Para compreender a amplitude da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, primeiramente é necessária a compreensão do seu conceito e sua extensão. Nesse sentido, o conceito de "Estado de Cosas Inconstitucional", conforme mencionado, foi desenvolvido pela Corte Constitucional colombiana ao apreciar um contexto de violações sistemáticas de direitos fundamentais, possuindo propósito bastante ambicioso: permitir o desenvolvimento de soluções estruturais para situações de graves e contínuas inconstitucionalidades praticadas contra populações vulneráveis em face de falhas (omissões) do poder público.

Assim, ao declarar o Estado de Coisas Inconstitucional, o Judiciário reconhece a existência de uma violação massiva, generalizada e estrutural dos direitos fundamentais contra um grupo de pessoas vulneráveis e conclama que todos os órgãos responsáveis adotem medidas eficazes para solucionar o problema. Nesse sentido, o Estado de Coisas Inconstitucional é uma forma de declarar que uma determinada situação jurídica, um estado

de coisas, está tão caótica e fora de controle ao ponto de ser necessário que todos os envolvidos assumam o compromisso real de resolver o problema de forma planejada e efetiva.

Na verdade o que se tem, é uma teoria que vem pra ratificar a necessidade de que o Estado cumpra obrigação preexistente, de natureza constitucional. Decorre da constatação de que o Estado não consegue cumprir com seus deveres constitucionais, em razão de uma omissão ou da falta de recursos financeiros ou estruturais, lesionando os direitos básicos do cidadão. Trata-se da caracterização de um cenário de reiterado e sistêmico descumprimento de preceitos constitucionais basilares, de lesão a direitos fundamentais assegurados pela ordem constitucional.

Na realidade brasileira, muitas são as situações em que se poderia ter configurado o Estado de Coisas Inconstitucional, embora o Supremo Tribunal Federal tenha se manifestado apenas na ADPF 347/DF, quando analisou a caótica situação do sistema carcerário brasileiro, caracterizado pela prática de lesões sistêmicas e estruturais aos direitos fundamentais da população carcerária. Assim, embora posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do Estado de Coisas Inconstitucional tenha se restringido a analisar a questão da precariedade do sistema penitenciário brasileiro, este pode ser verificado em inúmeras outras matérias, em especial, quanto a garantia dos direitos à educação, saúde, moradia, segurança publica.

4.3 – Requisitos para Configuração do Estado de Coisas Inconstitucional

Acerca dos requisitos e pressupostos para a caracterização do Estado de Coisas Inconstitucional, corrobora para tal conceito Carlos Alexandre de Azevedo Campos, o qual afirma que a descrição dessas sentenças deverá conter três pressupostos principais para a configuração as teoria em questão:

> O primeiro pressuposto é o da constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais que afeta a um número amplo de pessoas. Para além de verificar a transgressão ao direito individual do demandante ou dos demandantes em um determinado processo, a investigação da Corte identifica quadro de violação sistemática, grave e contínua de direitos fundamentais que alcança um número elevado e indeterminado de pessoas. Nesse estágio de coisas, a restrição em atuar em favor exclusivamente dos demandantes implicaria omissão da própria Corte, que deve se conectar com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.
> O segundo pressuposto é o da omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais. A ausência de ou falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas e orçamentárias representaria uma "falha estrutural" que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação. Não seria a inércia de uma única autoridade pública, e sim o funcionamento deficiente do Estado como um todo que resulta na violação desses direitos. Além do

> mais, os poderes, órgãos e entidades em conjunto se manteriam omissos em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. O terceiro pressuposto tem a ver com as medidas necessárias para a superação do quadro de inconstitucionalidades. Haverá o ECI quando a superação de violações de direitos exigir a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes. O mesmo fator estrutural que se faz presente na origem e manutenção das violações, existe quanto à busca por soluções. (CAMPOS, 2017, p.2)

Assim, verifica-se tratar-se do Estado de Coisas Inconstitucional, quanto ocorrer violação grave e sistemática dos direitos fundamentais de um elevado numero de pessoas, ocorrer omissão dos deveres do órgão responsável em garantir determinados direitos, em especial, direitos fundamentais insculpidos no texto constitucional. A teoria tem por "finalidade a construção de soluções estruturais voltadas à superação desse lamentável quadro de violação massiva de direitos das populações vulneráveis em face das omissões do poder público". (SIQUEIRA e PICCIRILLO, 2017, p.1). A sua caracterização, segundo a Corte Constitucional Colombiana, são necessários os seguintes critérios:

> A grave, permanente e generalizada a violação de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo e indeterminado de pessoas (na hipótese, não basta a ocorrência de uma proteção insuficiente). há comprovada omissão reiterada de diversos e diferentes órgãos estatais no cumprimento de suas obrigações de proteção dos direitos fundamentais, que deixam de adotar as medidas legislativas, administrativas e orçamentárias necessárias para evitar e superar essa violação, consubstanciando uma falta estrutural das instâncias políticas e administrativas (isto é, não basta, para caracterizar o ECI, a omissão de apenas um órgão ou uma autoridade).existe um número elevado e indeterminado de pessoas afetadas pela violação; e há a necessidade de a solução ser construída pela atuação conjunta e coordenada de todos os órgãos envolvidos e responsáveis, de modo que a decisão do Tribunal é dirigida não apenas a um órgão ou autoridade, mas sim a uma pluralidade órgãos e autoridades, visando à adoção de mudanças estruturais (como, por exemplo, a elaboração de novas políticas públicas, a alocação de recursos, etc.). (LURCONVITE, 2017, p.1).

Assim, ante aos requisitos apontados, fica claro e evidente que a questão do direito à amamentação no cárcere, embora com previsão na Constituição da República, não vem sendo respeitada, uma vez que o Estado não oferece infraestrutura nas penitenciárias para que a detentas possam amamentar seu filhos recém-nascidos em obediência ao princípio da dignidade humana. A falta de efetividade do direito à amamentação no cárcere caracteriza, portanto, um verdadeiro Estado de Coisas Inconstitucional, o qual merece atenção especial por parte do Estado brasileiro.

5 – ADOÇÃO DA TEORIA DO ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL PELO BRASIL – ADPF 347/2015.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional em relação aos presídios brasileiros no momento em que julgou a Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (MC/ADPF) n. 347/DF, ocorrido em 9 de setembro de 2015, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio e proposta pelo Partido Socialista e Liberdade (PSOL).

Nessa Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental o PSOL requereu que fosse reconhecida a figura do Estado de Coisas Inconstitucional em relação ao sistema prisional brasileiro, bem como postulou, perante a Corte Suprema brasileira, a adoção de providências estruturais frente a diversas lesões a preceitos fundamentais dos detentos, em decorrência do conjunto de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Na ação o partido afirmou que a superlotação dos presídios e as condições degradantes do sistema prisional configuram um cenário fático totalmente incompatível com a Constituição da República. Nele se fazem presentes ofensas a uma pluralidade de direitos fundamentais tais como "a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos".

Afirmou que o quadro é resultante de uma "multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial" (STF, 2015, p. 8/9).

> (...) celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, homicídios frequentes, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos, praticadas tanto por outros detentos quanto por agentes do Estado, ausência de assistência judiciária adequada, bem como de acesso à educação, à saúde e ao trabalho [...] instituições prisionais dominadas por facções criminosas (STF, 2015, p.8/ 9).

Conforme se extrai da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a situação do sistema penitenciário brasileiro configura o Estado de Coisas Inconstitucional, o que corroborou para que o Supremo Tribunal Federal intervisse e cobrasse dos entes públicos responsáveis uma atitude no intuito de garantir a integralidade dos direitos, como integridade física, dignidade da pessoa humana, vedação a tortura e de tratamento desumano, e demais direitos ceifados no cárcere ante a ausência de recursos estruturais.

Com o desiderato de resolver o grave e sistêmico problema do cárcere brasileiro, o Supremo Tribunal Federal adotou entendimento de que estava caracterizado o Estado de Coisas Inconstitucional, posicionando favoravelmente à concessão de medida liminar para determinar aos juízes e tribunais:

> A) aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecida no artigo 319 do Código de Processo Penal. B) aos juízes e tribunais – que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante autoridade judiciaria no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; C) aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena durante o processo de execução penal; D) aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; E) ao juiz da execução penal – que venha a abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção; F) ao juiz da execução penal – que abata, da pena, o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal; G) ao Conselho Nacional de Justiça – que coordene mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal, em curso no país, que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas "e" e "f"; H) à União – que libere as verbas do Fundo Penitenciário Nacional, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos. (STF, 2015, p.9/10)

Requereu-se, mediante a propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347, a adoção de medidas suficientes para a implementação de mudanças no sistema carcerário brasileiro, de modo a assegurar a efetividade dos direitos fundamentais inerentes à população carcerária, com a efetivação de direitos básicos dos detentos, tais como integridade física e moral, bem como medidas para a garantia da dignidade da pessoa humana. No mérito foram solicitadas as seguintes medidas:

> A) haja a declaração do "estado de coisas inconstitucional" do sistema penitenciário brasileiro; B) seja determinado ao Governo Federal a elaboração e o encaminhamento ao Supremo, no prazo máximo de três meses, de um plano nacional visando à superação, dentro de três anos, do quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro; C) o aludido plano contenha propostas e metas voltadas, especialmente, à (I) redução da superlotação dos presídios; (II) contenção e reversão do processo de hiperencarceramento existente no país; (III) diminuição do número de presos provisórios; (IV) adequação das instalações e alojamentos dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos vigentes, no tocante a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene,

> conforto e segurança; (V) efetiva separação dos detentos de acordo com critérios como gênero idade, situação processual e natureza do delito; (VI) garantia de assistência material, de segurança, de alimentação adequada, de acesso à justiça, à educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado para os presos; (VII) contratação e capacitação de pessoal para as instituições prisionais; (VIII) eliminação de tortura, maus-tratos e aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais; (IX) adoção de providências visando a propiciar o tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT; D) o plano preveja os recursos necessários à implementação das propostas e o cronograma para a efetivação das medidas; E) o plano seja submetido à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, da Defensoria-Geral da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional do Ministério Público e de outros órgãos e instituições que desejem se manifestar, vindo a ser ouvida a sociedade civil, por meio da realização de uma ou mais audiências públicas; F) o Tribunal delibere sobre o plano, para homologá-lo ou impor providências alternativas ou complementares, podendo valer-se do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça; G) uma vez homologado o plano, seja determinado aos Governos dos estados e do Distrito Federal que formulem e apresentem ao Supremo, em três meses, planos próprios em harmonia com o nacional, contendo metas e propostas específicas para a superação do "estado de coisas inconstitucional" na respectiva unidade federativa, no prazo máximo de dois anos. Os planos estaduais e distrital deverão abordar os mesmos aspectos do nacional e conter previsão dos recursos necessários e cronograma; H) sejam submetidos os planos estaduais e distrital à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, do Ministério Público da respectiva unidade federativa, da Defensoria-Geral da União, da Defensoria Pública do ente federativo, do Conselho Seccional da OAB da unidade federativa, de outros órgãos e instituições que desejem se manifestar e da sociedade civil, por meio de audiências públicas a ocorrerem nas capitais dos respectivos entes federativos, podendo ser delegada a realização das diligências a juízes auxiliares, ou mesmo a magistrados da localidade, nos termos do artigo 22, inciso II, do Regimento Interno do Supremo; I) o Tribunal delibere sobre cada plano estadual e distrital, para homologá-los ou impor providências alternativas ou complementares, podendo valer-se do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça; J) o Supremo monitore a implementação dos planos nacional, estaduais e distrital, com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça, em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil. (STF, 2015, p.10/13.)

Em que pese os inúmeros requerimentos aduzidos na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347, o Supremo Tribunal Federal concedeu, parcialmente, apenas a cautelar em relação às audiências de custódia, previstas no artigo 7º, da Convenção Americana dos Direitos Humanos, para determinar o descontingenciamento do fundo penitenciário. Das oito cautelares requeridas na petição inicial, apenas duas foram deferidas. Também foi reconhecido o "Estado de Coisas Inconstitucional" em que se encontra o sistema penitenciário brasileiro. O mérito da ação ainda encontra-se pendente de julgamento.

Em que pese o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e as determinações citadas, até o presente momento o Estado permanece inerte, não tendo adotado medidas

concretas para solucionar a grave situação do sistema penitenciário brasileiro. No que tange à realidade das detentas que amamentam seus filhos no cárcere, esta permanece indigna, apesar de existirem tantas previsões legais para a garantia e efetivação de seus direitos fundamentais, pela falta gestão por parte dos órgãos públicos competentes.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, verifica-se que a garantia do direito à amamentação no cárcere é precária é indigna, tanto para as detentas que amamentam, quanto para os recém-nascidos que são amamentados. O Estado necessita adotar medidas para assegurara ambientes adequados para o cumprimento dos preceitos constitucionais e infraconstitucionais vigentes, notórios direitos fundamentais.

O Estado não oferece a estrutura adequada para a amamentação no cárcere, obrigando muitas detentas a abrirem mão da permanência com seus filhos durante tal período, que é de suma importância para o recém-nascido. A amamentação, pelo menos nos primeiros meses de vida é essencial, o leite materno possui nutrientes fundamentais para o crescimento e desenvolvimento sadio da criança.

A falta de recursos financeiros e a ausência de manutenção dos presídios nacionais, a superlotação e o aumento da criminalidade feminina, inclusive por fatores externos, como falta de empregos, exclusão social, impossibilitam o cumprimento de um direito fundamental da detenta de permanecer com seu filho recém-nascido durante os seis primeiros meses de vida e de outro lado o direito da criança em ser amamentada.

Embora exista ampla previsão legal acerca do tema, a maioria das detentas sequer faz qualquer acompanhamento durante a gravidez, o pré-natal não é seguido adequadamente, e depois que a criança nasce à única opção é ficar com o bebê, em uma cela superlotada, dividindo a mesma cama, sem alimentação adequada e ambiente insalubre que pode causar danos ao recém-nascido, ou abrir mão de permanecerem com seus filhos durante o período da amamentação devido aos danos que os mesmos podem sofrer no ambiente prisional.

Nesse sentido, o descumprimento dos preceitos contidos no artigo 5°, inciso L, da Constituição da República, segundo o entendimento do Suprem Tribunal Federal, configura o verdadeiro Estado de Coisa Inconstitucional, sendo notório o contexto de violações sistemáticas à direitos fundamentais, impondo o desenvolvimento de soluções estruturais para situações de graves de contínuas inconstitucionalidades praticadas contra populações vulneráveis em face de falhas (omissões) do Poder Público.

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha se posicionado acerca do tema e determinado à União que elabore e encaminhe, no prazo máximo de três meses, um plano nacional visando à superação do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, a ser efetivamente implementada dentro do prazo de três anos, até agora nada foi cumprido, devendo ser adotadas as medidas jurídicas cabíveis para assegurar o cumprimento da ordem judicial, permitindo que mães e filhos possam ter o direito ao convívio necessário para o desenvolvimento humano.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição, de 05 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10, nov. 2017.

BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 09 nov. 2017.

BRASIL**. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Novo Código Civil Brasileiro. Legislação Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990.** Estatuto da Criança e do Adolescente. Legislação disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em 02 nov. 2017.

BRASIL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN -2014,** Disponível em: <http://www.**justica.gov.br**/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017.

BRASIL. **Encarceramento Infantil : Quanto Tempo de Amamentação?** Disponível em: <http://www.**ambitojuridico**.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16564&revista_caderno=29>. Acesso em 07, nov. 2017.

BRASIL. **Direitos Fundamentais: A Evolução Histórica dos Direitos Humanos, um longo Caminho**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php. Acesso em 10, nov.2017

BRASIL. **Evolução Histórica dos Direitos Sociais: da Constituição do Império a Constituição Cidadã**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7417. Acesso em 08, nov.2017.

BRASIL-**http://www.emagis.com.br/area-gratuita/que-negocio-e-esse/estado-de-coisas inconstitucional-origem-e-pressupostos/.** Acesso em 26 de nov. 2017.

CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. T-068-98. Disponível em: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-068-98.htm.
Acesso em 27 de nov. 2017 (sentença cajal)

CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. SU250-98. Disponível em: - http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU250-98.htm.Acesso em 27 de nov. 2017.

CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. T-153-98 Disponível em: - http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm . Acesso em 27 de nov. de 2017.

CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. T-025-04. Disponível em: - http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-025-04.htm. Acesso em 27 de nov. 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Jota Mundo: Estado de Coisas Inconstitucional. Artigo publicado em**: <http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>. Acesso em 03 nov.2017

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. <**https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural**>. Acesso em: 05 nov. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução Alexandre Salim; Alfredo Copetti Neto; Daniela Cademartori; Hermes Zaneti Júnior; Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. 122 p.

KUROWSKI, Cristina Maria. **Análise crítica quanto a aspectos de implantação e funcionamento de uma creche em penitenciária feminina**. Porto Alegre, 1990. 37 f.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010

SIQUEIRA, PERCILIO. **O Cárcere Feminino: a realidade dos presídios brasileiro** - https://jus.com.br/artigos.Acesso em 29, nov.2017

STRECK, Lenio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de Ativismo**. Artigo publicado em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em: 14 nov.2017.

SPITZ, René A**.. Desenvolvimento emocional do recém-nascido**. Rio de Janeiro: Pioneira, 1960. 159 p.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF** [online]. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Inteiro Teor do Acórdão, 09 set. 2015. Disponível em: . Acesso em: 24 jan. 2017.