

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI SALVADOR – BA**

**CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL I**

**GUSTAVO NORONHA DE AVILA**

**VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN**

**ALESSANDRA RAPACCI MASCARENHAS PRADO**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia 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 Napolini - 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 – Goiás

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)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

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

---

C928

Criminologias e política criminal I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Gustavo Noronha de Avila; Alessandra Rapacci M. Prado; Valéria Silva Galdino Cardin – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-584-3

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://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



# XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

## CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL I

---

### **Apresentação**

Em uma tarde ensolarada de inverno, na belíssima Salvador, tivemos a oportunidade de discutir textos de diferenciada qualidade no Grupo de Trabalho "Criminologias e Política Criminal". São quatro anos de atividades do grupo, abrangendo trabalhos heterogêneos, mas cujo traço distintivo é a seriedade em relação às premissas teóricas. A seguir, realizamos um breve apanhado dos escritos apresentados no XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, no GT que coordenamos.

No texto "As organizações criminosas como organizações sociais específicas e a hipótese de pluralismo jurídico: um debate necessário", Cláudia Abagli Nogueira Serpa analisa a questão das organizações criminosas a partir de Goffman e Foucault. Discute o modo sobre como as hierarquizações moldam essas estruturas e atuam tanto dentro do sistema carcerário, como suas capilarizações extramuros.

A utilização do direito penal na tutela do meio ambiente é o tema do artigo de Gilson Soares Lemes Júnior e Ulisses Espartacus de Souza. Com foco na pena privativa de liberdade e sua (in)eficácia, são trazidos argumentos de tentativa de deslegitimação da lógica carcerocêntrica.

Raphael Douglas Vieira discute, em seu artigo, a clientela preferencial do sistema penal. Desde a perspectiva da criminalização primária, o autor demonstra como a seleção de bens jurídicos é importante reforço no sentido de criminalizar os de sempre.

A seguir, a Justiça Restaurativa no Judiciário é analisada por Magda Regina Casara. O trabalho analisa as práticas do Núcleo de Justiça Restaurativa do Fórum Eduardo Luz, em Florianópolis/SC. Após breve contextualização histórica, desenvolve o argumento do paradigma restaurativo enquanto importante ferramenta de transformação social.

A discussão dos efeitos do neoliberalismo em relação à insegurança difusa e ao expansionismo penal, é o objeto do texto de Ramon Andrade dos Santos e Gabriela Maia Rebouças. Discutem a hipótese de que o sistema penal cumpre bem o seu papel de manter os indesejados sob controle, demonstrando preocupação do futuro do humanismo e sua realização.

Em termos de política criminal, o direito penal do inimigo é uma das perspectivas que despontam neste sentido. Especialmente desde as chamadas *everyday theories* (teorias do senso comum). O corrupto enquanto inimigo é trabalhado, neste sentido, por Guilherme Mugno Brasil.

André Luis Pontarolli trabalha a complexa questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Dentro de uma perspectiva político-criminal minimalista, o autor discute se há uma expansão desarrazoada do sistema penal ou se há a possibilidade de a pessoa jurídica lesionar o núcleo duro de bens jurídicos que tenham dignidade penal.

Desde uma ótica das relações entre economia e direito, Gabriel Zanatta Tochetto e Jordana Siteneski do Amaral, debatem os chamados *power crimes*. Desde uma análise criminológico-sistêmica, demonstram como há uma relação comunicacional entre essa forma de criminalidade e a ordem jurídica.

Mario Francisco Pereira Vargas de Souza realiza análise sobre os homicídios, no Estado do Rio Grande do Sul, entre Janeiro a Setembro de 2017, a partir de dados estatísticos oficiais. Demonstra como há relação entre a prevalência de crimes e sua ocorrência nas regiões metropolitanas. Municípios menores possuem algumas características semelhantes das regiões urbanas: regiões pobres, clientela habitual do sistema penal, desemprego, etc. A partir disso, indaga por qual motivo tais fatores impactam de forma tão mais determinante na capital.

Trabalhar a influência das diferentes regiões da cidade sobre o crime é a temática tratada no artigo de Thayara da Silva Castelo Branco e Cláudio Alberto Gabriel Guimarães. Desde a Escola sociológica de Chicago, são analisadas as possibilidades de utilização desse referencial para as políticas de segurança pública.

Por fim, Natália Lucero Frias Tavares e Antônio Eduardo Ramires Santoro, discutem a Transcendência da Pena em relação ao encarceramento de gestantes e mães com filhos em fase de aleitamento. Os efeitos da condenação, de acordo com os autores, colocam em risco os direitos fundamentais da criança, especialmente à vida e à saúde.

Temos uma rica seleção de textos que geraram instigantes debates. Esperamos que as ideias aqui trabalhadas também possam estimular nosso/a leitor/a a (re)pensar as suas bases teóricas.

Salvador, 15 de Junho de 2018.

Profa. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin - UEM / UNICESUMAR

Profa. Dra. Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado – UFBA

Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila - 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](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

## **TRANSCENDÊNCIAS DA PENA: ANÁLISE DO ENCARCERAMENTO DE GESTANTES E MÃES COM FILHOS EM FASE DE ALEITAMENTO**

### **THE TRANSCENDING EFFECTS OF IMPRISONMENT: AN ANALYSIS OF THE INCARCERATION OF PREGNANT WOMEN AND BREASTFEEDING MOTHERS**

**Natália Lucero Frias Tavares  
Antonio Eduardo Ramires Santoro**

#### **Resumo**

Trata-se de estudo sobre a compatibilidade entre o princípio da intranscendência da pena e a manutenção de mulheres grávidas ou de filhos em fase de aleitamento em regime de privação de liberdade. Tendo como marco teórico os estudos da Criminologia Crítica, pretende-se verificar se a referida prática encontra-se em consonância com o conteúdo do inciso XLV do artigo 5º da Constituição de 1988.

**Palavras-chave:** Encarceramento feminino, Transcendências da pena, Princípio da intranscendência da pena, Execução penal

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

The present study duels on the possible existence of incompatibilities between the imprisonment model that allows for pregnant women and mothers with young offspring that are being breastfed and the constitutional principles present in the Brazilian legal system. More specifically, the main purpose of the study is to verify if the non transcendence of the conviction principle is congruent with the existence of set types of practice. Applying the theoretical constructs of Critical Criminology as basis for conclusions, this paper focuses on the constitutionality aspects of its main object.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Female incarceration, Non transcendence of the conviction principle, Critical criminology, Transcendences of the conviction

## **Introdução:**

O presente trabalho tem por propósito central analisar os impactos a direitos de terceiros decorrentes da política de encarceramento brasileira. Isto é, pretende-se verificar se a simples aplicação de uma pena privativa de liberdade a um indivíduo ultrapassa a esfera de direitos deste de modo a causar danos a outra(s) pessoa(s) e, conseqüentemente, contrariar o princípio da pessoalidade, personalidade ou intranscendência da pena previsto no inciso XLV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Faz-se mister ressaltar que a opção deste estudo por dar enfoque aos possíveis “efeitos colaterais” decorrentes da política de encarceramento não pretende invisibilizar a figura da pessoa presa ou afirmar que seus direitos detêm relevância inferior àqueles dos indivíduos que se encontram em liberdade.

As agruras vivenciadas por aqueles que hoje se encontram em regime de privação de liberdade no Brasil (especialmente os que estão em ambiente prisional) são inquestionáveis e evidenciam o processo de desumanização a que são submetidos, mas não constituem objeto de análise deste estudo.

Contudo, o recorte temático proposto não deve ser interpretado como concordância ou indiferença em relação a eventuais práticas violadoras que venham a ocorrer no cotidiano do cárcere, mas como uma tentativa de analisar os ruídos existentes entre coletividade e encarceramento sob uma ótica diversa.

O objetivo traçado, portanto, é de verificar se o modelo de execução penal adotado no país é compatível com os direitos e garantias constitucionalmente assegurados a todos os indivíduos. Mais especificamente: coloca-se em questão se a manutenção de mulheres grávidas ou de mulheres com seus bebês em regime de privação de liberdade configura hipótese de violação à clausula pétrea previamente aludida e, em caso positivo, se tal modelo é ou não constitucional e compatível com um Estado Democrático de Direito.

A relevância da investigação ora proposta está ligada diretamente ao panorama prisional atual: segundo dados recentemente divulgados pelo Departamento Penitenciário no Levantamento publicado em dezembro de 2017, o número de pessoas presas no Brasil em junho de 2016 totalizava 726.712, superando cifras de anos anteriores. Seguindo uma via de

raciocínio indutivo, poderia-se supor que um aumento do número de pessoas presas acabaria por acarretar um consequente aumento de seus impactos na sociedade.

Assim, o que se pretende verificar ao fim do estudo é se os efeitos decorrentes da aplicação e cumprimento de penas privativas de liberdade de gestantes e mães de crianças pequenas no Brasil ultrapassam direta ou indiretamente a pessoa do condenado ou se o modelo existente atende à previsão disposta no artigo 5º, XLV da CRFB/88.

O primeiro capítulo do estudo trará inicialmente uma análise do sistema de execução penal brasileiro à luz da Criminologia Crítica, marco teórico ora adotado, com breves apontamentos históricos e exposição de dados relevantes para compreensão do panorama prisional pátrio. Posteriormente, será abordado o conceito e conteúdo do princípio da pessoalidade da pena e o objetivo inicial da pesquisa.

Dando prosseguimento à análise do princípio da pessoalidade da pena, o segundo capítulo introduzirá apropriadamente o objeto do estudo: as transcendências da pena.

## **1. O modelo prisional brasileiro e o Princípio da Intranscendência da Pena**

Em suas primeiras lições de Direito Penal, os estudantes de graduação são introduzidos aos princípios responsáveis por nortear a criação e aplicação de suas normas. Termos como “subsidiariedade”, “intervenção mínima” e “lesividade” são apresentados em salas de aula e páginas de livros como características indissociáveis do sistema penal.

Na contramão do ensino jurídico, contudo, é possível constatar a demanda social por leis penais mais severas, práticas menos garantistas e movimentação da estrutura penal como



um todo<sup>1</sup>. Esse clamor proveniente de parcela considerável da população acaba por manter um relacionamento simbiótico com práticas como o ativismo judicial e legislativo, ressonando o tom punitivista entoado por diversos media outlets.

A constante repetição do discurso da “impunidade como causa da criminalidade” vem acompanhada, via de regra, da crítica à “excessiva proteção” dada pelas leis àqueles indivíduos apontados como merecedores de punição. Nesse contexto, os direitos e garantias constitucionais assegurados a todas as pessoas passam a ser tidos não como uma conquista democrática valorosa para pôr limites aos arbítrios estatais, mas como verdadeira ameaça à paz social. Assim, multiplica-se o apoio ao - assustador - discurso de proteção seletiva dos direitos humanos (o popular “direitos humanos para humanos direitos”) ao mesmo tempo que se deixa de lado o real papel a ser desempenhado pelo direito penal, o de *ultima ratio*.

Contudo, as estatísticas do sistema prisional brasileiro colocam em questão a validade da caracterização popular de “país da impunidade”: o Brasil ocupa hoje a terceira posição no ranking mundial de pessoas encarceradas. Perdendo apenas de Estados Unidos e China, segundo estatísticas oficiais, a população carcerária brasileira totalizava 726.712<sup>2</sup> em junho de 2016 (Infopen, 2017. p.7).

---

<sup>1</sup> No atual cenário de crise econômica e política, em que as misérias e dificuldades sociais se agravam ao mesmo tempo que a grande mídia aponta a corrupção como causa geradora de todos os problemas, o processo de elaboração e aprovação de leis mais severas e aplicação de sentenças pesadas encontram forte respaldo. Encontramo-nos, portanto, numa quadra histórica claramente marcada por ativismos legislativos e judiciários que convivem em perfeita simbiose com o modelo de *agenda setting* (MCCOMBS/SHAW, 1972). Assim, promove-se o esvaziamento da esfera de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, em especial, daqueles que já são cientes habituais do sistema penal ou contra quem se maneja o poder punitivo como efetiva ferramenta de *lawfare* político (SANTORO/TAVARES, 2017). Muitos são os exemplos desses ativismos, como a anteriormente mencionada decisão do STF em sede das ADCs 43 e 44; o projeto das “10 medidas contra corrupção”; plurais recursos ministeriais contra a decisão que autorizou Adriana Ancelmo a permanecer em prisão albergue domiciliar; etc.

<sup>2</sup> Este número corresponde apenas ao cômputo daqueles que se encontram em estabelecimentos penais diretamente administrados pelo Poder executivo, o que significa dizer que não leva em consideração os indivíduos que se encontram em prisão albergue domiciliar, medidas alternativas à prisão e aqueles sob monitoramento eletrônico.

Em realidade, uma breve análise das últimas estatísticas prisionais divulgadas<sup>3</sup> demonstra com clareza o modelo de política de segurança pública implementado: em lugar de optar por alternativas para combater as violações a bens jurídicos tutelados pelo ordenamento, a aplicação de pena privativa de liberdade é utilizada com uma frequência cada vez maior.

Segundo o último levantamento, apenas 21% dos estabelecimentos prisionais brasileiros possuem um contingente prisional dentro da capacidade prevista. Dentre os demais, 41% apresentam índices de ocupação entre 101% e 200%; outros 20% apresentam taxas de ocupação que representam entre 201% e 300% de sua capacidade total; 5% das instituições prisionais acomodam efetivo que equivale entre 301% e 400% de sua capacidade; enquanto 11% (leia-se, 155 unidades prisionais) apresentam índice de ocupação superior a 401% de sua capacidade total (Infopen, 2017, p. 27).

Ou seja, com uma taxa de ocupação média de 197,4% (Infopen, 2017. p.7), as penitenciárias brasileiras encontram-se superlotadas<sup>4</sup>, não dispendo de estrutura para abrigar dignamente aquelas pessoas que se encontram sob a tutela penal do Estado.

Entretanto, as mazelas vivenciadas pelas pessoas presas não provocam grande comoção social. Por um conjunto de motivos que não se pretende esgotar aqui, opera-se um

---

<sup>3</sup> Os levantamentos referentes aos anos de 2015 e 2016 apenas foram divulgados retroativamente em dezembro de 2017, perfazendo um hiato de mais de dois anos sem que o Ministério da Justiça fornecesse números gerais oficiais do contingente carcerário. Por este motivo, faz-se oportuna uma breve contextualização política referente a este longo período de silêncio. Em que pese a relevância das críticas aqui apresentadas ao modelo de política criminal implementado ao longo dos governos Lula e Dilma (critica-se aqui não a relevância de suas conquistas sociais que se operaram em virtude da maior preocupação com as camadas mais carentes da população, mas sim: a manutenção do modelo proibicionista, pautado na guerra às drogas e responsável por incontáveis episódios de violência urbana e claramente seletivo; o aumento do número de normas incriminadoras; o esvaziamento dos direitos e garantias individuais com a criação de institutos como a colaboração premiada; em suma, a manutenção do protagonismo do poder punitivo que, por fim, hoje é vilmente empregado contra os próprios ex-presidentes), fato é que o descaso observado em relação à questão prisional ao longo da gestão Temer é cristalino. A excessiva demora para divulgação das estatísticas prisionais não pode ser interpretada como qualquer coisa senão o (i) descaso estatal em zelar pelo bem estar daqueles que se encontram sob sua tutela penal e (ii) desinteresse em buscar um modelo de política de segurança pública alternativo.

<sup>4</sup> O fenômeno da superlotação carcerária não é novidade no cenário brasileiro: desde a implementação do modelo de política de guerra às drogas na década de '90 (MALAGUTI, 2011.p. 97 e ss) o número de prisões segue em exponencial ascensão. Uma breve análise do perfil das pessoas privadas de liberdade no Brasil ilustra com clareza as repercussões desta estratégia estatal: 26% dos homens se encontram hoje nos estabelecimentos em decorrência da prática de crimes ligados ao tráfico de drogas; dentre as mulheres, o percentual de encarceramentos decorrentes de práticas ligadas ao comércio de entorpecentes equivale a 62% do efetivo (Infopen, 2017. p. 43).

Com a manutenção do modelo proibicionista centrado na privação de liberdade, as expectativas quanto às cifras do cárcere são pessimistas: a tendência observada é de que os números de prisões sigam uma crescente, intensificando os problemas já comuns nas unidades (insalubridade, superlotação, etc).

processo de invisibilização dos apenados e apenadas que em muito se aproxima do conceito de vida nua delineado por Giorgio Agamben (2014).

No ideário popular, a figura do “criminoso” é compreendida de forma reducionista e tacanha (MALAGUTI, 2011. p.83): criminoso é aquele que atenta contra a paz social, colocando em perigo direitos dos “cidadãos de bem” e, portanto, tornado-se merecedor da aplicação de punição que sirva tanto como ameaça para desencorajar novo comportamento desviante, quanto para provocar sofrimento e “reeduca-lo” para que este possa regressar ao convívio social. Essa definição, apesar de amplamente aceita, invalida-se por abstrair o aspecto político associado à criação das normas proibitivas.

Ao tratar dos objetivos do Direito Penal em suas obras, Juarez Cirino dos Santos faz uma clara distinção entre os denominados “objetivos declarados” e os velados (seus efetivos desdobramentos), apontando a grande interseção existente entre este ramo do direito e a desigualdade social. Afirma o autor (SANTOS, 2014. p.10) :

O significado político do controle social realizado pelo Direito Penal e pelo Sistema de Justiça Criminal aparece nas funções reais desse setor do Direito – encobertas pelas funções declaradas do discurso oficial: a criminalização primária realizada pelo Direito Penal (definição legal de crimes e de penas) e a criminalização secundária realizada pelo Sistema de Justiça Criminal constituído pela polícia, justiça e prisão (aplicação e execução de penas criminais) garantem a existência e a reprodução da realidade social desigual das sociedades contemporâneas.

Cirino dos Santos chama atenção para a maneira como o Direito Penal – por meio da criminalização de determinadas condutas – atende aos interesses das classes sociais hegemônicas, assegurando a manutenção de seu status quo.

O processo de criminalização primária traduz claramente as escolhas de política criminal de seu local de inserção em virtude da natureza dos bens jurídicos tutelados: inexistindo em nosso ordenamento qualquer direito absoluto ou ordem de importância e prevalência pré-estabelecidas, o ato de conferir proteção penal a determinado bem jurídico não é automático ou óbvio, mas uma construção. Ou seja, no momento que o legislador elabora uma norma prevendo que a lesão a determinado bem jurídico é tão grave a ponto de justificar o exercício do poder punitivo estatal, atua de forma política, criando a diferenciação entre comportamentos desejáveis e indesejáveis (e conseqüentemente, puníveis).

Ainda que existam dúvidas quanto à validade irrestrita da afirmação de Nilo Batista<sup>5</sup> de que todo crime é um crime político, é inquestionável o papel desempenhado pela política criminal e a parcialidade que marca sua estruturação.

A análise das estatísticas prisionais não deixa dúvida quanto aos bens jurídicos que mais recebem proteção da tutela penal na atualidade: as maiores causas para aplicação de pena privativa de liberdade no Brasil de hoje são (i) a prática de crimes contra o patrimônio e (ii) condutas relacionados ao comércio ilegal de drogas<sup>6</sup>. Essa constatação diz muito sobre a sociedade brasileira, as relações de disparidade econômica que naturalizam a supressão da liberdade em prol da proteção patrimonial e a adesão ao modelo de política criminal de guerra às drogas (Infopen, 2017. p. 43).

A maior proteção aos direitos patrimoniais repercute no perfil das pessoas encarceradas no Brasil: a despeito da pluralidade étnica e cultural características do país, a população carcerária brasileira é majoritariamente composta por pessoas jovens, negras, com pouca ou nenhuma escolaridade (Infopen, 2017. p. 30, 32 e 33).

Evidencia-se nesse perfil a seletividade que marca não apenas o processo de criminalização primária, mas o sistema penal como um todo: tem-se uma estrutura penal que confere proteção maior àqueles que fazem parte dos substratos sociais mais altos e mantém como seus “clientes habituais” pessoas detentoras de menos recursos e influência política.

---

<sup>5</sup> Em entrevista dada à Revista Caros Amigos (nº 77 de agosto de 2003), Nilo Batista afirmou que todo crime é, na realidade, um crime político, uma vez que o processo de criminalização primária é um processo político. Como um dos maiores expoentes do pensamento crítico da direito penal brasileiro, Batista se posiciona de forma contrária à própria existência da máquina penal punitiva, filiando-se à vertente abolicionista. Em relação à afirmação categórica do jurista, a dúvida ora suscitada diz respeito não ao pensamento crítico que lhe guia, mas à permanência de uma dúvida quanto a sua aplicabilidade em relação a todo e qualquer delito (o questionamento que permanece é se não existiriam contextos em que a criminalização de uma conduta pudesse de fato representar forma de proteção a direitos de tamanha gravidade que a tutela pudesse ser compreendida como legítima independentemente do posicionamento político, classe econômica ou gênero dos indivíduos analisados - como, por exemplo, na proibição do estupro de vulneráveis).

<sup>6</sup> “No entanto, tais esforços repressivos se mostram insuficientes e mesmo equivocados quando confrontados com a realidade do aumento do cultivo, da fabricação, do tráfico e do uso de substâncias ilícitas em todo o mundo. Mais de meio século depois do surgimento deste sistema, ao contrário do que foi originalmente esperado, o problema mundial das drogas tem aumentado especialmente nos países em desenvolvimento, que costumavam ser considerados apenas países produtores, mas que agora estão enfrentando a situação de abuso de drogas, algo que não existia antes, como é o caso do Brasil. Ao mesmo tempo em que há a ratificação quase universal e a implementação nacional das convenções de drogas sem resultados positivos na promoção da saúde, motivo alegado para a proibição, tais políticas repressivas quando efetivadas ainda criam sérios danos à população, sem resultados exitosos” (BOITEUX/CHERNICHARO/ALVES, 2017. p. 238).

Destaca-se que a crítica à seletividade do sistema penal não se apresenta como demanda por uma aplicação mais severa e dura das normas penais em face daqueles que detêm controle político e econômico, mas sim como clara contrariedade à própria existência do modelo punitivo. Crê-se que qualquer tipo de “expansionismo” contraria a própria essência do direito penal, desconstruindo todas as conquistas democráticas alcançadas até os dias de hoje.

Partindo de uma análise crítica dos dados divulgados nos levantamentos do Depen, a Rede Justiça Criminal traz em seus informativos relevantes reflexões sobre o funcionamento do sistema prisional. A respeito da eficácia da política de encarceramento sobre a prática de crimes, narra o Informativo nº 8:

Importa saber também que o encarceramento em massa que vem ocorrendo no Brasil não gerou qualquer impacto positivo sobre os indicadores de violência. Muito pelo contrário. Não à toa, Estados Unidos, China e Rússia, que apresentam respectivamente as três maiores populações carcerárias no mundo, vêm reduzindo sua taxa de aprisionamento (relação de pessoas presas a cada 100.000 habitantes). Na contramão da tendência mundial, o Brasil testemunhou um impressionante aumento de 33% de sua taxa de aprisionamento em cinco anos, chegando hoje à média de quase 300 pessoas presas para cada cem mil habitantes.

Desse agigantado contingente de pessoas encarceradas, 41% sequer foram condenadas pelo sistema de justiça brasileiro. Não bastasse o uso da prisão provisória ter se tornado abusivo, mais da metade dos presos provisórios estão custodiados há mais de 90 dias. E apenas 37% das unidades prisionais foram capazes de enviar essa informação, as demais unidades não têm controle sobre o tempo de privação de liberdade desses presos.

Diante dessa perspectiva, a despesa anual com custeio de pessoal e execução dos estados da federação alcança a casa dos 12 bilhões de reais, valor empenhado apenas pelo Departamento Penitenciário Nacional. Além disso, a cada presídio construído, em dois, três ou no máximo quatro anos gasta-se o mesmo valor em manutenção e pessoal<sup>7</sup>. (p.2)

No momento em que a ameaça de aplicação de pena e/ou sua efetiva imposição demonstram-se ineficazes no combate à prática e reiteração delitiva (como evidenciado pela ascensão dos índices de criminalidade e reincidência), abala-se a afirmação de suas funções preventivas.

---

<sup>7</sup> Publicado em janeiro de 2016, o Informativo nº 8 da Rede Justiça Criminal tomou por referência as estatísticas do Levantamento do Infopen de 2015.

Superada a justificativa do exercício do poder punitivo com finalidade de prevenção, passa-se a enfrentar o discurso da sua função de ressocialização, reinserção e reintegração do apenado. Em primeiro lugar, faz-se uma crítica quanto ao próprio nome: afirmar que cabe à pena a função de ressocializar o apenado para seu retorno ao convívio social, se está automaticamente afirmando que o mesmo não é um ser social. Tal colocação é deveras inadequada e discriminatória. Sendo crime nada mais do que a atuação em desconformidade com norma produto da escolha legislativa que não necessariamente reflete os interesses da sociedade como um todo, utilizar “antissocial” como sinônimo de comportamento criminoso constitui real equívoco.

Ainda em relação às funções “RE”, a inexistência de condições mínimas para a sobrevivência digna da pessoa privada de liberdade no interior das unidades prisionais não oferece real estímulo ou ferramentas que possam explorar para fins de custeio de sua subsistência no momento em que deixar o cárcere. Na realidade, o simples fato de uma pessoa carregar o rótulo de “condenado” acaba por privar-lhe ainda mais de oportunidades, uma vez que se torna alvo de julgamento social e preconceito.

A indisponibilidade do Estado em fornecer adequado acesso à educação e postos de trabalho para a pessoa presa ilustra seu descaso em relação ao que ocorrerá quando estes indivíduos deixarem o cárcere.

O processo de desumanização da figura do encarcerado é uma das circunstâncias que propiciam condições para que se deixe de lado a preocupação com as condições em que são mantidos estes indivíduos. Assim, quando se deixa de enxergar o preso como pessoa, cria-se uma barreira dissociativa que permite àquele que se encontra do lado de fora das grades de não vivenciar a alteridade ao mesmo tempo que enquadra a pessoa presa como inimigo, “coisa” desprovida de direitos e garantias.

Inexistindo efetiva preocupação em fornecer aos internos estudo e emprego adequados (ao contrário do que prevê a LEP) durante sua estadia no cárcere, os mesmos são apenas deixados com uma Folha de Antecedentes Criminais marcada por suas “passagens” pelo sistema, tornando-se persona non grata perante a sociedade.

Nesse cenário, a pena não pode ser enxergada como outra coisa senão uma ferramenta de neutralização daqueles selecionados pelos processos de criminalização, contra quem, a título de retribuição, se causa sofrimento através da atuação severa da estrutura penal.

Também chamado de princípio da personalidade ou intranscendência da pena, o princípio da pessoalidade encontra-se consagrado no ordenamento no artigo 5º, inciso XLV da CRFB/88, gozando de status de cláusula pétrea. Dispõe a redação do referido dispositivo 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”.

Inserido no ordenamento brasileiro desde a Constituição de 1824, é o princípio da pessoalidade da pena que assegura a todos a certeza de que a punição proveniente do cometimento de um ilícito repousará apenas sobre os ombros de quem concorreu para a prática da violação.

A análise do princípio da intranscendência da pena proposta no presente estudo não pretende se deter apenas ao aspecto objetivo atingidos por tal previsão, qual seja: a imposição de pena apenas contra quem seja considerado responsável por determinada prática delituosa. Na realidade, o foco central de análise não é a decisão condenatória, mas sim a observância do princípio da pessoalidade durante o curso do cumprimento de pena.

Assume-se que a simples adoção do modelo de política de segurança público fundado mormente na aplicação de pena privativa de liberdade acaba por produzir efeitos que reverberam.

A pergunta que se busca responder, portanto, é: estes efeitos colaterais decorrentes da estruturação de um modelo prisional acarretam lesão à esfera de direitos daqueles que não nutrem qualquer responsabilidade pelo ato criminoso? Mais além: na hipótese de restar configurada lesão a direitos e garantias individuais de terceiros, tal incidente é capaz de configurar hipótese de incompatibilidade de coexistência entre o modelo de execução penal vigente ou trata-se de incidente de menor relevância que não coloca em questão a constitucionalidade do mesmo?

Assevera-se desde já que ao apontar as áreas e interceção existentes entre o cotidiano daqueles não apenados e a adoção do modelo de privação de liberdade, o recorte proposto tem por propósito promover a aproximação entre membros da sociedade em geral e a questão criminal. Ao se enxergar como sujeito participante no contexto carcerário a despeito do não cometimento de atos tipificados pelo ordenamento, os participantes demonstraram não apenas surpresa, mas também uma maior curiosidade em entender a temática explorada.

A tática de aproximação acaba por promover uma maior conscientização (e até, em alguns casos, comoção) por parte das pessoas abordadas ao longo da pesquisa - como se demonstrará no quarto capítulo - ao apontar a existência de liames entre as partes.

## **2. As transcendências decorrentes do encarceramento de mulheres e mães**

Primeiramente opta-se por apresentar um breve esclarecimento quanto à escolha recorte do encarceramento de gestantes e parturientes para fins de análise dos efeitos transcendentais da pena.

A escolha de realizar a análise das espécies de transcendências pelo estudo dos desdobramentos da prisão de gestantes e crianças recém-nascidas não se deu ao acaso, mas em decorrência de cinco pontos basilares: (i) a insuperável contradição entre o princípio da pessoalidade da pena e o encarceramento de crianças; (ii) o crescimento exponencial das cifras de encarceramento feminino, em grande parte fruto da seletividade punitiva da (fracassada) política de guerra às drogas nesta sociedade marcada pelo patriarcado e colonialismo; (iii) os graves desdobramentos que tal estruturação de cumprimento de pena traz para a sociedade em sua integralidade, não se limitando de forma alguma às mulheres e crianças diretamente atingidas pela pena; (iv) os preocupantes resultados quantitativos e qualitativos obtidos quando da aplicação dos questionários dirigidos à análise empírica; (v) a necessidade de denunciar e rebater o machismo que impregna tanto a estrutura prisional, quanto o ideário popular construído desprovido de empiria.

Dispõe o artigo 8º, parágrafo 10 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 8º. É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e



atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde.

(...)

§ 10 Incumbe ao poder público garantir, à gestante e à mulher com filho na primeira infância que se encontrem sob custódia em unidade de privação de liberdade, ambiência que atenda às normas sanitárias e assistenciais do Sistema Único de Saúde para o acolhimento do filho, em articulação com o sistema de ensino competente, visando ao desenvolvimento integral da criança.

Segundo o dispositivo, cabe ao Estado assegurar a manutenção de mulheres grávidas e mães de filhos ainda na primeira infância em local que ofereça condições apropriadas para seu desenvolvimento integral e saudável. Ainda que os últimos levantamentos prisionais divulgados apresentem mais dados sobre o encarceramento feminino, nota-se um silêncio eloquente naquilo que se refere a essas mulheres: a falta de estatísticas específicas sobre o número de gestantes que se encontram em regime de privação de liberdade e maiores informações sobre os a quantidade de penitenciárias com estrutura adequada para abrigá-las impede a realização de análise pautada em dados concretos. Contudo, alguns questionamentos e críticas podem ser elaborados com base no retrato prisional e estudo de casos de repercussão.

Assevera-se, portanto, que a manutenção de grávidas e infantes no ambiente prisional merece detida análise em decorrência da pluralidade de críticas e contradições legais que abrange, sendo estas muito mais amplas e profundas que a mera análise de legalidade da prática.

Neste sentido, o presente capítulo versará sobre as lesões (ou mesmo supressões) incorridas pelos direitos à liberdade e à saúde diretamente resultantes da colocação de mulheres grávidas e/ou mães e seus bebês no sistema carcerário.

Aproveita-se essa oportunidade, ainda, para trazer à baila o debate sobre o encarceramento feminino. Assim como expos-se ao longo dos capítulos anteriores, o número de pessoas privadas de liberdade no Brasil - tanto homens quanto mulheres - segue em franca ascensão. Mesmo que em números absolutos a população carcerária seja majoritariamente masculina, o percentual de crescimento da população carcerária feminina provoca fundado temor: considerando que o número de mulheres privadas de liberdade hoje é

42.355 (Infopen, 2017. p.11), constata-se que no período que vai de 2000 a 2016 (ano referência do levantamento) a população carcerária feminina apresentou uma surpreendente taxa de crescimento de 656,2%.

Em geral, o perfil da mulher encarcerada se assemelha àquele dos clientes habituais do sistema penal: mulheres, em sua maioria, negras, com baixa escolaridade e baixo poderio econômico que, em 62% dos casos, encontram-se privadas de liberdade em virtude da prática de ilícitos ligados ao tráfico de drogas.

Ainda que hoje a situação da mulher presa receba uma maior atenção estatal (afirmação que se faz aqui tão somente embasada na divulgação de levantamentos que tratam especificamente do encarceramento feminino, como foi o caso do Infopen Mulher publicado em 2015 e os últimos levantamentos divulgados em dezembro de 2017 que fazem expressa alusão às cifras masculinas e femininas do cárcere), os problemas estruturais enfrentados pelas internas são severo.

O sistema prisional brasileiro sabidamente não se encontra em condições de oferecer àqueles que estão sob a tutela penal do Estado condições de permanência digna e segura (especialmente no que se refere às condições de salubridade e violência), mas fato é que este ainda é um sistema com melhores condições para receber homens do que mulheres privadas de liberdade. Esta afirmação se embasa no fato de que o modelo de execução penal, produto do patriarcado que é, teve sua criação direcionada mormente à manutenção de homens privados de liberdade pela prática de crimes desde os tempos em que a criminalidade feminina era delineada por estudiosos como Lombroso como um fenômeno mais incomum e, geralmente, de menor relevância.

Assim, ao traçar os limites da estrutura prisional, fizeram-se opções e construções mais voltadas para o público masculino, persistindo problemas de adaptação para reconhecimento das especificidades ligadas ao gênero da pessoa encarcerada que acabam por gerar problemas na permanência das mulheres hoje privadas de liberdade<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Exemplos muito simplórios das diferentes demandas existente entre homens e mulheres no dia a dia das penitenciárias brasileiras e que ainda carecem de atenção estatal são (QUEIROZ, 2015): (i) necessidade de envio de absorventes; (ii) uso em maior quantidade de papel higiênico; (iii) demanda por remédios para cólica ou reposição hormonal. No momento em que os setores responsáveis pela administração penitenciária enviam uma mesma quantidade de papel higiênico por pessoa para presídios femininos e masculinos, ignoram a existência de diferentes demandas.

Em relatório construído a partir do estudo de sentenças judiciais intitulado “MulheresSemPrisão: desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória de mulheres”, pesquisadores do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania abordaram a necessidade de observância das particularidades de gênero, objeto da Regra de tratamento referente a mulheres presas e medidas não privativas de liberdade dirigidas a mulheres infratoras elaborada pelas Nações Unidas:

As Regras de Bangkok determinam que as especificidades de gênero precisam ser devidamente observadas pelos gestores e membros do sistema de justiça. Eles, por sua vez, devem priorizar todas as medidas alternativas à prisão nesses casos. É do nosso entendimento que um passo importante nesse processo é o entendimento de quem são essas mulheres, suas especificidades de gênero, por que elas estão no sistema de justiça e de que forma o cárcere incide sobre elas.

O encarceramento massivo de uma parcela da população se dá em uma instituição que pode ser considerada, no campo dos direitos humanos, estruturada para e pela violência institucional. Essa violência, também de cunho patriarcal, e que por natureza viola os direitos das pessoas presas e em especial de mulheres, se manifesta pela forma como os serviços públicos são oferecidos ou negligenciados.

Cabe aqui um alerta: mesmo quando se discute a questão da invisibilização da pessoa presa, em geral, os discursos são pautados nos problemas encarados diariamente pelos homens que se encontram em regime de privação de liberdade. A preponderância masculina no sistema prisional acaba por aumentar ainda mais o processo de invisibilização e vulneração que acomete as mulheres presas<sup>9</sup> (ITTC, 2015. p.225).

Antes de dar seguimento à análise do objeto de estudo apresentado, faz-se oportuno apontar que o tema do encarceramento de mulheres mães de filhas menores de 12 anos tem atraído muita atenção - especialmente em virtude de casos de repercussão popular<sup>10</sup> e o julgamento do HC 152.090 - e é de extrema relevância para o debate a respeito do encarceramento feminino. Contudo, ante o limitado espaço para apresentação deste trabalho, optou-se por trabalhar apenas o recorte referente às gestantes e mães com filhos bebês em ambiente carcerária.

---

<sup>9</sup> Quanto à invisibilização, o mesmo pode ser dito em relação à população prisional trans, que segue às margens dos levantamentos oficiais e tem suas demandas, na maioria das vezes, ignoradas.

<sup>10</sup> Cita-se, por essa ocasião, o pedido de conversão de prisão preventiva feito pela defesa de Adriana Ancelmo, acusada em processos da operação Lava Jato e esposa do ex-governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral.

## **2.1. O encarceramento que prescinde de condenação ou imputabilidade:**

Partindo da simples e crua leitura do art. 5º, XLV da CRFB/88, salta aos olhos a incompatibilidade existente entre a vedação constitucional ao transbordamento dos efeitos condenação e a manutenção de pessoa isenta de responsabilidade/condenação, em local destinado à aplicação de reprimenda.

Deixando de lado as questões atinentes à inadequação do cárcere em virtude das condições de insalubridade, insegurança e escassez de recursos (que serão abordadas em momento oportuno), a simples manutenção de um bebê em ambiente prisional é suficiente para demonstrar a inadequação do modelo prisional com o princípio da pessoalidade da pena.

Independentemente da gravidade do delito que tenha acarretado a prisão da mãe ou gestante, fato é que seus atos não podem ser imputados a seus filhos, ainda que para conveniência do poder punitivo.

Em seus primeiros meses de vida, as crianças apresentam uma pluralidade de demandas e necessidades cuja observância impactará diretamente sobre o desenvolvimento de sua saúde e personalidade ao longo do restante da vida. Segundo dados divulgados pelo Ministério da Saúde (2017), a amamentação adequada - especialmente por aleitamento materno - traz grandes benefícios para o desenvolvimento das crianças. No site próprio do Ministério da Saúde é possível encontrar uma pluralidade de informações sobre a importância da amamentação, como:

O Ministério da Saúde e a Organização Mundial de Saúde (OMS) trabalham durante o Mês do Aleitamento Materno para promover a importância do leite da mãe, que deve ser o alimento exclusivo do bebê nos primeiros seis meses de vida e que traz diversos benefícios aos pequenos e à nutriz.

O aleitamento materno reduz em 13% a mortalidade até 5 anos, evita diarreia, infecções respiratórias, diminui risco de alergias, diabetes, colesterol alto, hipertensão, leva a uma melhor nutrição e reduz a chance de obesidade. Além disso, o ato contribui para o desenvolvimento da cavidade bucal do pequeno e promove o vínculo afetivo entre a mãe e o bebê.

A orientação oferecida ao longo das campanhas de aleitamento do Governo Federal mencionam, inclusive, a necessidade de manutenção da amamentação durante os primeiros dois anos de vida da criança.

Considerando que a produção do leite materno está ligada a fatores como a manutenção de um regime de alimentação rica em nutrientes e evitação de situação de estresse físico, observa-se a necessidade de fornecimento de condições adequadas de conforto não apenas para o bebê recém-nascido, mas também para suas mães, de modo a assegurar que as mesmas detenham melhores condições para contribuir no desenvolvimento dos pequenos<sup>11</sup>.

A permanência da mulher em período gestacional ou após o nascimento da criança em ambiente prisional acaba por distanciar-se totalmente destas orientações emanadas de órgãos próprio Estado. Sobre o tema, descrevem Braga e Angotti:

Para aquelas que são aprisionadas grávidas ou as poucas que engravidam em visitas íntimas, surge a complexa questão da maternidade dentro da prisão. Inúmeras violações aparecem nesse cenário, vale destacar, primeiramente, que o exercício de maternidade na prisão não é autônomo, há ingerência e discricionariedade da gestão prisional na relação mãe e filho, sendo regra na criação das crianças. A maternidade dentro do cárcere é mediada por uma série de normas e controles, impedindo a convivência livre e particularizada entre mãe e bebê. Dentre estas, está, por exemplo, a adoção do mínimo fixado pela Lei de Execução Penal – seis meses – como tempo máximo de convivência entre mãe e bebê. (2016. p.8)

A permanência de crianças no sistema penal acaba por provocar, portanto, uma gama de repercussões diretas sobre sua esfera de direitos, constituindo hipótese de violação de direitos fundamentais expressamente garantidos por lei em claro episódio de violação da regra imposta pelo princípio da personalidade da pena. Dentre os direitos atingidos, lista-se: (i) a privação de liberdade - ainda que o menor não seja capaz de compreender que a mesma se encontra suprimida - em razão de sua acomodação no interior do sistema prisional; (ii) afetação de seu direito à saúde e à alimentação, em decorrência das condições de insalubridade características do sistema e ausência de fornecimento de condições adequadas de conforto, orientação e nutrição de modo a assegurar que a mãe encontre condições mais propícias para o processo de aleitamento materno, somando-se esta carência ao curto período de tempo concedido para que estas mulheres estejam em contato direto com os filhos e possam amamentá-los; (iii) ainda em decorrência da adoção do limite mínimo temporal de

---

<sup>11</sup> “Questões de saúde específicas às mulheres, como gravidez e amamentação, também passam longe de receber atenção médica adequada. Essa realidade se aplica à frequência das consultas e à realização de pré-natal, mas também à mínima atenção por parte de médicos e enfermeiros em momentos cruciais. É comum que, nas esporádicas consultas, os enfermeiros só meçam a barriga. Em relação ao parto, o atendimento é igualmente adiado, até que ele se torne um caso de urgência” (ITTC, 2015. p. 137).

manutenção do contato entre a mãe e a criança, de apenas seis meses, o menor é privado do convívio materno (circunstância que será melhor abordada futuramente ao longo deste estudo), circunstância que impacta no seu desenvolvimento ao longo da vida e lhe retira não só o papel materno ao longo de sua formação, mas também lhe priva dos possíveis recursos econômicos ao aprisionar uma das pessoas que poderia contribuir para o custeio de sua subsistência.

Considera-se, portanto, que a admissibilidade da permanência de mulheres após o parto e seus filhos - por ora, faz-se especial referência àquelas que têm filhos em idade de aleitamento (de 0 a 2 anos de idade) - em ambiente prisional é demasiadamente cruel e incompatível não somente com o texto do princípio da personalidade da pena, mas com o ordenamento constitucional vigente.

Em relação às mulheres grávidas ou com filhos em fase de aleitamento que se encontram presas provisoriamente, reputa-se ainda mais reprovável a atuação do julgador: inexistindo sequer decisão condenatória em definitivo que ateste a responsabilidade destas mulheres pela prática de crimes, a supressão de sua liberdade perde a característica de excepcionalidade e passa a constituir real regra de tratamento (sempre seletivo e discricionário) incompatível com um estado democrático de direitos.

Existindo no ordenamento expressa previsão de alternativas ao encarceramento<sup>12</sup> (que, inclusive, fazem menção à situação da mulher grávida e das mães com filhos pequenos), as mesmas não podem ser encaradas como escolhas a serem realizadas em casos excepcionais, mas sim como única alternativa existente de modo a assegurar a tutela do melhor interesse da criança e permitir que o modelo de cumprimento de pena represente, de fato, apenas privação de liberdade, em lugar do status de instrumento de neutralização, marginalização e abandono que hoje se configura para as jovens mães e suas crianças.

---

<sup>12</sup> No caso em tela, ainda que não seja possível afastar por completo - ante ao modelo de política criminal implementado - a imposição de pena privativa de liberdade, faz-se imperativo o cumprimento desta em regime de prisão albergue domiciliar ou substituição por pena alternativa de modo a proporcionar à mãe e ao bebê maior conforto e convivência. Estressa-se o ponto feito anteriormente de que, ainda que em albergue domiciliar, a estipulação da aplicação de pena deve restar sempre condicionada ao trânsito em julgado da sentença condenatória uma vez que o melhor interesse do menor deve prevalecer não apenas pela vulnerabilidade que apresenta a criança, mas também por ser esta a medida que melhor se adequa ao posicionamento do constituinte originário (contrariando os episódios de ativismo judicial que marcam a história recente do país).

## **2.2. A criação e possível agravamento dos riscos ao efetivo desenvolvimento embrionário e extrauterino**

Considerando que o sistema prisional oferece riscos concretos à saúde daqueles que ali se encontram (BRAGA/ANGOTTI, 2015), a admissibilidade de manutenção de gestantes em regime de privação de liberdade suscita questionamentos à coerência das normas vigentes em nosso ordenamento: sendo certo que a prática de aborto configura ilícito penal punido com pena privativa de liberdade, como pode o Estado autorizar que mulheres grávidas sejam colocadas em local que expõe a perigo o prosseguimento da gestação?

Segundo dados oficiais, 40% das pessoas que se encontram em regime de privação de liberdade estão presas provisoriamente (Infopen, 2017. p.13). Inexistindo maiores informações sobre a proporção de mulheres privadas provisoriamente de liberdade no país, especialmente de gestantes, não é possível precisar com exatidão o percentual de mulheres grávidas presas provisoriamente hoje. Contudo, informações apresentadas no relatório MulheresSemPrisão do ITTC permitem afirmar que mesmo em face de gestantes evidencia-se a adoção da possibilidade de aprisionamento mesmo antes do advento de sentença condenatória na prática.

Uma gravidez dentro do cárcere é sinônimo de risco (BRAGA/ANGOTTI, 2015) frente aos problemas e deficiências que lhe permeiam. Sendo assim, não causa surpresa que episódios de aborto espontâneo se operem em casos de gestantes presas ou que os partos ocorram sem fornecimento de assistência adequada à mãe e ao bebê.

De modo a embasar as afirmações acima, faz-se oportuno narrar um episódio de claro abandono de gestante no cárcere ocorrido em uma das cidades da pesquisa - Rio de Janeiro. Barbara Oliveira de Souza estava sozinha quando deu a luz a seu bebê em 11 de outubro de 2015 (VIEIRA, 2015) em uma cela na solitário do Presídio Talavera Bruce, situado dentro do Complexo de Presídios de Jericinó no Rio de Janeiro.

Barbara já estava quase no término de sua gestação quando foi mandada para o isolamento como castigo por seu comportamento<sup>13</sup>. Ao perceberem o que ocorria dentro da cela, detentas de celas vizinhas gritaram, em vão, por socorro. Por sorte, mãe e filho sobreviveram ao ocorrido.

Apenas quinze dias após o nascimento de seu bebê, a experiência de Barbara veio a público e provocou muitas críticas, tanto por parte do Poder Judiciário quanto pela Comissão de Direitos da Mulher da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro.

Ao colocar Bárbara em cela de isolamento (não importando se a motivação para sua permanência naquele local configura hipótese de punição por mal comportamento ou qualquer outra razão), o responsável pelo estabelecimento prisional contribuiu ativamente para o incremento dos fatores de estresse emocional e risco tanto para gestante quanto para o feto. Ou seja, a medida adotada em desfavor da gestante provocou impactos diretos sobre outro ser humano ainda em desenvolvimento que não guarda qualquer vínculo de responsabilidade com a conduta delituosa cuja prática ensejou privação de liberdade.

Sendo certo que a tipificação do crime de aborto traduz clara escolha de política criminal em sentido de reconhecer como bem jurídico relevante o potencial direito à vida do feto<sup>14</sup>, a permissividade do ordenamento e da práxis em relação ao encarceramento de gestantes deve ser de todo rechaçada.

À luz do princípio da personalidade da pena, a afetação da esfera de direitos em potencial do nascituro apresenta-se como efetivo episódio de supressão, razão pela qual

---

<sup>13</sup> A despeito da negativa por parte da Secretaria de Administração Penitenciária a respeito da aplicação de punição à interna e as circunstâncias em que se operou o parto (alegaram que teriam-na encaminhado à maternidade às pressas antes do nascimento da criança), o juízo da Vara de Execuções Penais declarou que Barbara fora isolada como uma espécie de castigo por suposta agressão cometida e que, segundo declarações das demais internas, já tinha o bebê nos braços mas ainda preso pelo cordão umbilical quando foi retirada da cela.

<sup>14</sup> Em que pese a adoção de posicionamento contrário à criminalização do aborto (ante seu caráter seletivo, patriarcal e violador da figura feminina), a sua previsão no Código Penal gera, por via de consequência, a necessidade de assegurar o oferecimento de condições propícias para desenvolvimento da gravidez a todas as gestantes. Admitir o encarceramento de mulheres durante a gravidez ao mesmo tempo em que vige regra aplicadora de pena privativa de liberdade em casos de interrupção dolosa da gestação acaba por configurar claro marco violador dos direitos da mulher: o poder punitivo lhe retira a possibilidade de auto-determinação e escolha sobre seu próprio corpo sob as escusas de tutelar direitos em potencial de ser cujo nascimento ainda figura como mera possibilidade ao mesmo tempo que autoriza que aquelas tenham a saúde e vida de seus nascituros postos em perigo.



defende-se, assim como mencionado no subcapítulo 3.1.1, a adoção de medidas desencarceradoras em favor de gestantes.

### **Considerações finais:**

Analisando o modelo de privação de liberdade hoje implementado no Brasil à luz dos direitos e garantias fundamentais e dos princípios consagrados pelo ordenamento pátrio, aduz-se que muitas das práticas hoje utilizadas são total ou parcialmente incondizentes com um modelo democrático de direito.

Fazendo expressa alusão ao tema aqui em tela: a mera possibilidade de manter em regime de privação de liberdade mulheres grávidas ou aqueles que acabaram de dar à luz seus filhos contraria de modo patente o princípio da pessoalidade da pena. Tal lesão ao artigo 5º, XLV da Constituição é facilmente demonstrada tanto (i) pela manutenção desses bebês em ambiente prisional, quanto (ii) pela criação de risco à saúde de fetos e nascituros que pode até mesmo (iii) provocar incidentes durante a gestação.

Assim sendo, conclui-se que a previsão do princípio da pessoalidade da pena é de todo incompatível com o encarceramento destas mulheres, configurando hipótese de transcendência dos efeitos da pena e, portanto, inconstitucionalidade da privação.

Como possíveis ferramentas para compatibilização do modelo pátrio com as cláusulas pétreas vigentes, tendo como norte a proteção de direitos - em especial - daqueles atingidos pelas transcendências, propõe-se como alternativa a (i) implementação de políticas desencarceradoras; (ii) oferecimento de estrutura mais humanizada e adequada para o cumprimento de pena que não propicie os mesmos riscos à saúde tanto das mulheres encarceradas quanto de todas as outras pessoas que por ali passam ou permanecem.

### **Referências bibliográficas:**

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal* - 6a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

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

BRAGA, Ana Gabriela Mendes e ANGOTTI, Bruna. “Da hipermaternidade à hipomaternidade no cárcere feminino brasileiro”. In: *Revista Internacional de Direitos Humanos*. v. 12, n. 22, pp. 229-239, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <<http://bit.ly/regrasdebangkok>>. Acesso em: 16 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN Mulheres Junho de 2014*. Disponível em: <<http://bit.ly/infopenmulheres>>. Acesso em: 6 outubro 2017.

\_\_\_\_\_. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Reincidência Criminal no Brasil*. Rio de Janeiro, 2015

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. *Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão*. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/daraluznasombra>>. Acesso em: 6 outubro 2017.

\_\_\_\_\_. Portaria Interministerial nº1, de 2 de janeiro de 2014. *Legislação em Saúde no Sistema Prisional*. Brasília, v. 1, p.93. 2014.

BOITEUX, Luciana. *Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas*. In: SHECAIRA, Sergio Salomão (Org.). *Drogas: uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

\_\_\_\_\_; CHERNICHARO, Luciana Peluzio; ALVES, Camila Souza. *Direitos Humanos e Convenções Internacionais de Drogas: em busca de uma razão humanitária nas leis de drogas*. In *Drogas e direitos humanos : reflexões em tempos de guerra às drogas* [recurso eletrônico] / Marcelo Dalla Vecchia ... [et al.] organizadores. Porto Alegre: Rede UNIDA, 2017.

CHERNICHARO, Luciana Peluzio. *Sobre mulheres e prisões: seletividade de gênero e crime de tráfico de drogas no Brasil, 2014*. Dissertação de Mestrado da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal – Parte Geral. 6ª Ed atualizada e ampliada*. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

MALAGUTI, Vera. *Introdução crítica à Criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias. *Impeachment de 2016: uma estratégia de lawfare político*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.