

FACULDADE TRÊS PONTAS – FATEPS

DIREITO

IARA FURGALA

**DIGNIDADE NO CÁRCERE: mães presidiárias e o direito das crianças e dos
adolescentes à convivência familiar**

**Três Pontas
2018**

IARA FURGALA

**DIGNIDADE NO CÁRCERE: mães presidiárias e o direito das crianças e dos
adolescentes à convivência familiar**

Monografia apresentada ao curso de Direito da
Faculdade Três Pontas- FATEPS como pré-requisito
para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob
orientação do Professor Everton Wilson Ribeiro.

**Três Pontas
2018**

IARA FURGALA

**DIGNIDADE NO CÁRCERE: mães presidiárias e o direito das crianças e dos
adolescentes à convivência familiar**

Monografia apresentada ao curso de Direito da
Faculdade Três Pontas – FATEPS, como pré-requisito
para obtenção do grau de bacharel pela Banca
Examinadora composta pelos membros:

Aprovado em: / / .

Orientador: Professor Everton Wilson Ribeiro

Professor Valentim Calenzani

Professor Marcell Voltani Duarte

OBS.:

À minha querida mãe Inês, que sempre esteve ao meu lado para mostrar a força do amor, o valor do estudo e a honradez do trabalho.

Ao meu pai, Luiz Fernando, que sempre acreditou em mim e me ofereceu apoio incondicional.

Ao meu irmão, Matheus, por sempre estar presente e me ouvir nos momentos difíceis.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus queridos pais e irmão, que com muito carinho e apoio, não mediram esforços para a realização de meu sonho.

Ao meu namorado, que foi um grande parceiro e incentivador durante este período.

Aos meus mestres no curso de Direito, pelos ensinamentos e excelente formação intelectual.

“Ama-se mais o que se conquista com
esforço”.

Benjamin Disraeli

RESUMO

O presente trabalho trata sobre as condições que envolvem o encarceramento feminino no Brasil, bem como suas regras e ao mesmo tempo indaga se os pressupostos constitucionais, penais e processuais estão sendo observados. Inicialmente a pesquisa trata sobre a evolução dos sistemas prisionais, destacando os sistemas Pensilvânico, Auburniano e Progressista, destacando as influências sobre o Sistema Prisional Brasileiro. Posteriormente, o trabalho trata da execução penal, trazendo conceitos sobre a pena, seus princípios e suas espécies, bem como os tipos de estabelecimentos penais previstos na legislação. O trabalho também se preocupa em trazer algumas peculiaridades referentes às mulheres presas, os direitos á gestação, amamentação, convívio familiar, dentre outros. Por fim, aborda questões delicadas como a situação da gravidez e dos filhos de mães reclusas, tratando sobre a manutenção do vínculo familiar e afetivo e da possibilidade da concessão de prisão domiciliar.

Palavras-chave: Sistema prisional. Mulheres. Prisão domiciliar

ABSTRACT

The present study deals with the conditions that imply female imprisonment in Brazil, as well as its rules and at the same time inquires whether the constitutional, penal and procedural assumptions are being observed. Initially the research deals with the evolution of prison systems, highlighting the Pennsylvania, Auburnian and Progressive systems, highlighting the influences on the Brazilian Prison System. Subsequently, the work deals with criminal execution, bringing concepts about the penalty, its principles and its species, as well as the types of penal establishments provided for in the legislation. The work is also concerned with bringing some peculiarities regarding women prisoners, rights to gestation, breastfeeding, family life, among others. Finally, it addresses sensitive issues such as the situation of the pregnancy and the children of mothers in custody, dealing with the maintenance of the family and affective bond and the possibility of granting house arrest.

Keywords: *Prison system. Women. Home prison*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 SISTEMA PRISIONAL	11
2.1 Evolução dos estabelecimentos prisionais	12
2.1.1 Sistema Pensilvânico	16
2.1.2 Sistema Auburniano	16
2.1.3 Sistema Progressivo.....	17
3 EXECUÇÃO PENAL.....	20
3.1 Pena.....	20
3.2 Princípios da pena	21
3.2.1 Princípio da intranscendência da pena.....	22
3.2.2 Princípio da legalidade	23
3.2.3 Princípio da inderrogabilidade	24
3.2.4 Princípio da proporcionalidade.....	24
3.2.5 Princípio da individualização da pena	25
3.2.6 Princípio da humanidade	26
3.3 Espécies de pena	27
3.3.1 Penas privativas de liberdade	27
3.3.2 Penas restritivas de direito.....	31
3.3.3 Penas de multa	33
3.3.4 Medidas de segurança.....	35
3.4 Tipos de estabelecimentos penais	36
3.4.1 Considerações gerais	36
3.4.2 Penitenciária	39
3.4.3 Colônia agrícola, industrial ou similar	41
3.4.4 Casa do albergado.....	42
3.4.5 Centro de observação.....	44
3.4.6 Hospital de custódia e tratamento psiquiátrico.....	44
3.4.7 Cadeia pública	44
4 ENCARCERAMENTO FEMININO.....	46
4.1 Direitos das crianças e adolescentes envolvidos.....	51
4.1.1 Amamentação como direito à saúde da criança.....	54
5 REALIDADE DAS MULHERES EM CÁRCERE.....	57
5.1 Prisão domiciliar	59
6 CONCLUSÃO.....	64
REFERÊNCIAS	65

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa algumas das condições femininas nos estabelecimentos prisionais brasileiros, enfatizando sobre as mães presidiárias e o direito das crianças e dos adolescentes à convivência familiar.

Atualmente, o cárcere de forma geral retrata uma acentuada violação aos direitos humanos, e ao tratar da população feminina, essa prática é intensificada, uma vez que o tratamento das mesmas exigem necessidades e condições específicas.

A Constituição Federal de 1988 assegurou expressamente a igualdade entre homens e mulheres, respeitando às diferenças, objetivando-se transformar uma história de opressão vivenciada pelas mulheres ao decorrer do tempo.

Inquestionável que o histórico de discriminação e opressão das mulheres passou e passa por grandes barreiras, e infelizmente ainda é expressivo nos dias atuais.

O trabalho buscará demonstrar a controvérsia existente entre as garantias fundamentais constitucionais, os direitos penais, e a realidade encontrada atualmente.

Inicialmente, o trabalho versará sobre a evolução dos sistemas prisionais e os reflexos no sistema prisional brasileiro atual.

Posteriormente, tratará sobre conceitos fundamentais da execução penal, dentre eles a pena e seus princípios e os tipos de estabelecimentos prisionais.

O sistema prisional apresenta na maioria das vezes o mesmo tratamento oferecido aos homens, que acaba por caracterizar um ambiente masculino, não observando com peculiaridade questões de gênero como, por exemplo, a gravidez e a amamentação por exemplo.

Por fim, irá expor peculiaridades do encarceramento feminino, demonstrando que a adequação do sistema às especificidades femininas não vem acompanhando o crescimento dessa população carcerária, considerando que a população carcerária feminina, que possui características próprias, carecendo conseqüentemente de necessidades próprias.

Noutro giro, também serão destacados os direitos das crianças e dos adolescentes, dentre eles o direito da amamentação e o contato direto com a mãe, uma vez que esses indivíduos estão diretamente relacionados com as mulheres encarceradas.

Por fim, uma comparação entre a legislação e a realidade atual se faz necessária, destacando as dificuldades encontradas pelas mulheres e seus familiares no cárcere e os danos psicológicos que o atual sistema pode causar às internas e aos seus filhos em virtude da violação dos direitos apresentados.

A prisão domiciliar também é tratada, uma vez que é uma medida diversa da prisão e pode auxiliar na obtenção dos direitos das mulheres e de seus filhos.

O foco do presente trabalho é demonstrar que a população carcerária feminina, apesar de ser minoria no país, vem crescendo acentuadamente, possuindo características próprias e necessitando de tratamentos igualitários nos estabelecimentos que as mulheres se encontram, inclusive às pessoas diretamente ligadas a elas.

2 SISTEMA PRISIONAL

A evolução da sociedade é marcada por conflitos derivados de ideologias, convicções morais e religiosas, o que conseqüentemente, gera reprovação de determinados atos.

Essa reprovação, uma vez reiterada, se transforma em fontes para a criação de normas e regulamentos, a fim de preservar o bem estar social.

Nesse sentido os dizeres de Beccaria: “Leis são condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viver em contínuo estado de guerra e gozar de uma liberdade inútil pela incerteza de conservá-la” (BECCARIA, 2006, p. 21).

Primeiramente, o descumprimento das normas consideradas inadequadas por determinados grupos, resultava em suplícios públicos e execuções em praça pública.

A sociedade desde os primórdios necessitou de normas que disciplinassem e estabelecessem condutas indispensáveis ao convívio em sociedade.

Nos tempos primitivos não tinha um sistema organizado, embora o Direito Penal nascente do próprio homem, por essa razão se acreditava no poder divino e nos fenômenos naturais avassaladores em reprovação a desobediência de tabus, ensejando punição do infrator pela coletividade, desencadeando os crimes e as respectivas penas.

As antigas leis exigiam penalidades similares ao crime cometido, nascendo a Lei de Talião:

O princípio da justiça capturado pela expressão "olho por olho, dente por dente" é chamado lei de talião (ou lei de retaliação), que foi criada na Mesopotâmia. Em resumo, a lei exige que o agressor seja punido em igual medida do sofrimento que ele causou (BORGES, 2014, p. 1)

Tal medida foi adotada pelo Código de Hamurabi (Babilônia), no Êxodo (povo hebraico) e na Lei das XII Tábuas (Roma), com o finalidade de diminuir a abrangência da ação punitiva.

Evolui-se ao decorrer da história, da Lei de Talião, para a Composição, sistema pelo qual o ofensor comprava sua liberdade, que foi também adotado pelo Código de Hamurabi, pelo Pentateuco e Código de Manu (Índia), tendo plena aceitação pelo Direito Germânico, dando origem às formas atuais de indenização do Direito Civil e de multa do Direito Penal.

Com a organização social, substituindo a exclusividade da vingança divina, surge a vingança pública, ainda aplicada de forma severa e cruel, atrelado ao sentido religioso, onde

foram criados diversos dispositivos normativos, variando de meios cruéis até mesmo a pena de morte.

Durante a vigência do Direito Romano e Germânico, surgiu o Direito Canônico ou Direito para a humanização do Direito Penal, visando sobrepor o poder do Papado em face do Penal da Igreja, que contribuiu poder temporal, a fim de resguardar os interesses da instituição religiosa. Primava pela igualdade entre os homens, com intento de banir as ordálias e duelos judiciários. Suas punições visavam a ressocialização do indivíduo através da regeneração e purgação da culpa, sendo essas, excedidas em razão das inquisições.

No Direito Medieval, ocorreu uma mescla entre os direitos Romano, Germânico e Canônico, sendo as punições de cunho intimidativo, com a supressão da vida utilizando de meios cruéis, tais como fogueira, afogamento, soterramento, enforcamento, etc. Não obstante, esse período revela que as punições eram desiguais, levando-se em consideração a condição social e política do infrator, sendo submetido a sanções como confisco, açoite, mutilação e tortura.

A ideia de preservação da dignidade da pessoa humana veio com as correntes iluministas e humanitárias na segunda metade do século XVIII, que defendiam a liberdade, igualdade e justiça, propondo a proporcionalidade da pena em razão do crime, considerando as circunstâncias em que foi cometido, o grau de malícia, de forma a atingir o moral do homem, contudo com meios menos cruéis.

Conforme todos os meios de punição expostos, surgiu a necessidade de acautelamento dos infratores para a implantação de uma nova fase, onde fossem afastadas as penalidades bárbaras.

2.1 Evolução dos estabelecimentos prisionais

O grande inspirador da corrente penitenciária que defendeu a criação de estabelecimentos apropriados para a custódia dos infratores foi John Howard que buscou demonstrar a importância da humanização e racionalização da pena, afastando a finalidade vingativa (BITENCOURT, 2009).

As pessoas clausuradas deveriam ser classificadas da seguinte forma: “a) os processados, que deveriam ter um regime especial, já que a prisão só servia como meio assecuratório e não como castigo; b) os condenados, que seriam sancionados de acordo com a sentença condenatória imposta; e c) os devedores.” (BITENCOURT, 2009, p. 42).

Com a concepção de punição oriunda do Estado surge a prisão, assim definida por Foucault:

A prisão é menos recente do que se diz quando se datar seu nascimento dos novos códigos. A forma-prisão preexiste à sua utilização sistemática nas leis penais. Ela se constitui fora do aparelho judiciário, quando se elaboraram, por todo o corpo social, os processos para repartir os indivíduos, fixá-los e distribuí-los espacialmente, classificá-los, tirar deles o máximo de tempo, e o máximo de forças, treinar seus corpos, codificar seu comportamento contínuo, mantê-los numa visibilidade sem lacuna, formar em torno deles um aparelho completo de observação, registro e anotações, constituir sobre eles um saber que se acumula e centraliza (FOUCAULT, 2000, p. 195)

As prisões eram propícios castigos, em razão de ser um ambiente ocioso e inadequado, afrontando a honra e hábito laboral do condenado.

Quanto ao surgimento das primeiras casas correcionais, acredita-se que a penalidade na forma de detenção, surgiu no fim do século XVIII, início do século XIX.

A reunião dos criminosos nesses ambientes foram conhecidos posteriormente como presídios ou penitenciárias, nascendo costumes e próprias leis internas, nascendo as sociedades carcerárias.

O poder não tinha divisões, porém mantinham uma certa hierarquia, em um local fechado sob vigilância extrema, deste modo a prisão não era forma de justiça e sim força e poder por serem mantidos aprisionados os suspeitos e os criminosos convictos em um mesmo local sem qualquer distinção. Sobre o assunto, explica a doutrina:

Uma coisa, com efeito, é clara: a prisão não foi primeiro uma privação de liberdade a que se teria dado em seguida uma função técnica de correção; ela foi desde o início uma “detenção legal” encarregada de um suplemento corretivo, ou ainda uma empresa de modificação dos indivíduos que a privação de liberdade permite fazer funcionar no sistema legal. Em suma, o encarceramento penal, desde o início do século XIX, recobriu ao mesmo tempo a privação de liberdade e a transformação técnica dos indivíduos (FOUCAULT, 2000, p. 196).

Em 1837, em substituição a cadeia, foi adotada a carruagem coberta, com prisão ambulante, elaborada segundo o idealismo panóptico de forma que pode exercitar a vigilância, ante a incerteza de estar sendo vigiado.

Esta carruagem, com regulamento próprio, ficava sob a vigilância constante de 2 (dois) guardas, servindo pão e água, ficando o condenado sentado e amarrado, submisso a leitura de textos somente de cunho moral (FOUCAULT, 2000).

No Brasil, até a fase da Independência, com fortes traços da realidade da Europa, tinha as mesmas espécies punitivas daquela região tais como açoites, mutilações, ordálias, etc.

Ressalte-se que não existe um estabelecimento cronológico acerca do encarceramento, porém se entende que as prisões estão aquém do esperado, ou seja, da recuperação do indivíduo, se tornando um instrumento de disseminação criminal.

Até o ano de 1830, o Brasil obedecia as Ordenações Filipinas, pois não tinha um Código Penal próprio pelo fato de ainda ser uma colônia portuguesa.

As Ordenações Filipinas por sua vez, traziam um rol de penas e crimes que poderiam ser aplicados no Brasil, prevendo a pena de morte, penas corporais, penas de humilhação pública, confisco de bens, multas, dentre outras.

Vale ressaltar, que as Ordenações eram do século XVII e por esse motivo não previam a privação da liberdade.

No século XVIII, o Brasil seguiu o entendimento já exposto anteriormente e visualizava a prisão apenas como um modo de evitar uma eventual fuga.

Observe-se que a eliminação das penas cruéis não foi absoluta, já que os escravos infelizmente estavam sujeitos as mesmas.

A pena de prisão no Brasil chegou junto com o Código Criminal do Império, em 1830. Poderia ser imposta de suas formas, a prisão simples e a prisão com trabalho que por muitas vezes era perpétua. A seguir o artigo 49 da Lei 16 de dezembro de 1830:

Art. 49: *Enquanto* se não estabelecerem as prisões com as comodidades, e arranjos necessários para o trabalho dos réus, as penas de prisão com trabalho serão substituídas pela de prisão simples, acrescentando-se em tal caso á esta mais a sexta parte do tempo, por que aquelas deveriam impor (BRASIL, 1830).

Deste modo, é nesse exato momento que a pena passa a compreender o rol das penas.

Referido código, no seu artigo 49 já mostrava a dificuldade referente à pena alternativa da prisão com trabalho.

As prisões recebiam visitas de pessoas previstas em lei, que elaboravam relatórios muito importantes, mostrando também a precariedade dos estabelecimentos, refletindo a falta de espaço, a mistura de aprisionados provisórios e condenados, etc. Vejamos a previsão legal da época e um relatório para efeito ilustrativo:

Art. 56: Em cada reunião, nomearão uma comissão de cidadãos probos, de cinco pelo menos, a quem encarregarão a visita das prisões civis, militares, e eclesiásticas, dos cárceres dos conventos dos regulares, e de todos os estabelecimentos públicos de caridade para informarem do seu estado, e dos melhoramentos, que precisam (BRASIL, 1828).

Ao descrever o sórdido ambiente, imundo e cheio de fumaça, deixa-se claro que os presos faziam pequenos objetos (pentes, colheres) com chifres de boi. Assistência médica precária, alimentação ruim e pouca, mistura de presos condenados e não

condenados, falta de água, acúmulo de lixo fizeram a comissão concluir que tal era o *miserável estado da Cadea capas de revoltar ao espírito menos philantropo* (BRASIL, 1829 *apud* JURISCONSULTO, 2015, p. 1)).

Os relatórios, nos anos seguintes, seguiram a mesma linha do apresentado, relatando a ofensa à Constituição de 1824, que fazia previsão de instituições limpas.

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

[...]

XXI. As Cadeias serão seguras, limpas, o bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réus, conforme suas circunstâncias, e natureza dos seus crimes [...] (BRASIL, 1824)

Através das críticas expostas nos relatórios, que se iniciou no Brasil um debate em relação aos sistemas brasileiros e estrangeiros, destacando o sistema da Filadélfia.

As influências norte-americanas e europeias influenciaram de forma gradativa no Brasil até a implementação do novo Código Penal de 1890.

O código, dentre suas inovações, também traz o sistema progressista da Irlanda:

Art. 45. A pena de prisão celular será cumprida em estabelecimento especial com isolamento celular e trabalho obrigatorio, observadas as seguintes regras:

a) si não exceder de um anno, com isolamento celular pela quinta parte de sua duração;

b) si exceder desse prazo, por um periodo igual a 4ª parte da duração da pena e que não poderá exceder de dous annos; e nos periodos successivos, com trabalho em commum, segregação nocturna e silencio durante o dia.

Art. 50. O condemnado a prisão celular por tempo excedente de seis annos e que houver cumprido metade da pena, mostrando bom comportamento, poderá ser transferido para alguma penitenciaria agricola, afim de ahi cumprir o restante da pena.

§ 1º Si não perseverar no bom comportamento, a concessão será revogada e voltará a cumprir a pena no estabelecimento de onde sahiu.

§ 2º Si perseverar no bom comportamento, de modo a fazer presumir emenda, poderá obter livramento condicional, comtanto que o restante da pena a cumprir não exceda de dous annos (BRASIL, 1890).

É de fácil percepção que desde os códigos de 1830 e 1890, os estabelecimentos prisionais não eram compatíveis ao cumprimento das penas previstas, principalmente em relação à prisão que envolvia o trabalho. *In verbis*:

Art. 409. Enquanto não entrar em inteira execução o systema penitenciario, a pena de prisão celular será cumprida como a de prisão com trabalho nos estabelecimentos penitenciaros existentes, segundo o regimen actual; e nos logares em que os não houver, será convertida em prisão simples, com augmento da sexta parte do tempo.

§ 1º A pena de prisão simples em que for convertida a de prisão celular poderá ser cumprida fóra do lugar do crime, ou do domicilio do condemnado, si nelle não existirem casas de prisão commodas e seguras, devendo o juiz designar na sentença o lugar onde a pena terá de ser cumprida (BRASIL, 1890)

Como se pode observar, o abismo entre a lei e a realidade do cárcere já estava presente na história desde o surgimento dos estabelecimentos carcerários.

Importante relatar também os sistemas voltados à execução das penas privativas de liberdade, criados ao decorrer do tempo.

2.1.1 Sistema Pensilvânico

O Sistema Pensilvânico, também conhecido como Filadélfico ou sistema Belga: “foi inaugurado em 1790 na prisão de Walnut Street e, em seguida, implantado nas prisões de Pittsburgh e Cherry Hill. Os principais precursores foram Benjamin Franklin e Willian Bradford” (MORAES, 2018, p. 1).

Esse sistema foi adotado em diversos países da Europa, durante o século XIX, como Inglaterra, Bélgica, Suécia e Dinamarca, sendo marcado por convicções religiosas e influências do Direito Canônico. Frisa a doutrina:

O condenado deveria ficar completamente isolado em uma cela, sendo vedado todo e qualquer contato com o meio exterior. Objetivava-se a expiação da culpa e a emenda dos condenados. Autorizava-se, tão-somente, passeios inconstantes no pátio da prisão e a leitura da Bíblia, para que o condenado pudesse se arrepender do delito praticado e, conseqüentemente, alcançar o perdão de sua conduta reprovável perante a sociedade e o Estado (MORAES, 2018, p. 1)

No mesmo sentido, Damásio de Jesus ensina que, “utiliza-se o isolamento celular absoluto, com passeio isolado do sentenciado em um pátio circular, sem trabalho ou visitas, incentivando-se a leitura da bíblia” (JESUS, 2004, p. 249).

Tal sistema foi muito criticado, uma vez que foi instituído na base da solidão e do silêncio, um verdadeiro instrumento de dominação e servidão.

Acredita-se que o isolamento absoluto dos presos é motivo de insanidade.

2.1.2 Sistema Auburniano

A origem do Sistema Auburniano se deu na construção em 1818, da penitenciária da cidade de Auburn, em Nova York (JESUS, 2004).

Referido sistema, acabou com o confinamento absoluto do encarcerado, permitindo o trabalho em comum, entretanto, com a exigência de dever absoluto e solidão no período noturno.

A diferença entre os Sistemas Pensilvânico e Auburniano consistia:

A diferença mais nítida entre o sistema pensilvânico e o sistema auburniano, diz respeito à segregação; naquele, a segregação era durante todo o dia; neste, era possível o trabalho coletivo por algumas horas. Ambos, porém, pregavam a necessidade de separação dos detentos, para impedir a comunicação e o isolamento noturno acontecia em celas individuais (MORAES, 2018, p. 1)

No sistema implantado em Auburn realizava-se a coação por meios materiais, garantindo o respeito sob vigilância e punições, obrigando o condenado a exercícios úteis, bons hábitos, de sorte que este seja requalificado socialmente e capaz de desempenhar uma atividade útil.

Sobre a finalidade do trabalho nesse sistema, a doutrina:

Já o sistema auburniano, embora mantivesse a preocupação com a emenda dos condenados e procurasse evitar a contaminação moral através da imposição da disciplina do silêncio, aparentemente colocava em primeiro lugar a necessidade de auferir ganhos com o trabalho dos presos. De fato, pode-se afirmar que a preocupação em fazer a prisão fornecer recursos para a sua própria manutenção parece ter sido o principal objetivo das penitenciárias que seguiram o modelo de Auburn (MORAES, 2008, p. 1).

O fim do sistema em comento foi derivado por diversos motivos:

“Uma das causas desse fracasso foi a pressão das associações sindicais que se opuseram ao desenvolvimento de um trabalho penitenciário. A produção nas prisões representava menores custos ou podia significar uma competição ao trabalho livre. Outro aspecto negativo do sistema auburniano – uma de suas características – foi o rigoroso regime disciplinar aplicado. A importância dada à disciplina deve-se, em parte ao fato de que o *silentsystem* acolhe, em seus pontos, estilo de vida militar. [...] se criticou, no sistema auburniano, a aplicação de castigos cruéis e excessivos. [...] No entanto, considerava-se justificável esse castigo porque se acreditava que propiciaria a recuperação do delinquente (BITENCOURT, 2000, p. 95).

Acreditava-se que a submissão atrelava-se ao respeito pela lei e o receio à punição.

2.1.3 Sistema Progressivo

O Sistema Progressivo surgiu na Inglaterra, no século XIX. Sua origem foi atribuída a um capitão da Marinha Real, Alexandre Maconochie (JESUS, 2004).

Cezar Roberto Bittencourt explica sobre o sistema:

A essência deste regime consiste em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um os privilégios que o recluso pode desfrutar de acordo com sua boa conduta e o aproveitamento demonstrado do tratamento reformador. Outro aspecto importante é o fato de possibilitar ao recluso reincorporar-se à sociedade antes do término da condenação. A meta do sistema tem dupla vertente: de um lado pretende constituir um estímulo à boa conduta e à adesão do recluso ao regime aplicado, e, de outro, pretende que este regime, em razão da boa disposição anímica do interno, consiga paulatinamente sua reforma moral e a preparação para a futura vida em sociedade (BITENCOURT, 2000, p. 98).

O Sistema Progressivo é dividido em fases:

- a) o isolamento diurno e noturno, com trabalho obrigatório;
- b) trabalho em comum durante o dia e isolamento noturno.

A progressão de uma fase para outra, era concedida por marcas e vales, obtidos diariamente pelos presos, introduzindo medidas que permitiam uma diminuição de pena para aqueles que tivessem bom desempenho no trabalho e um bom comportamento.

As características mais positivas do sistema foram o incentivo acerca da responsabilidade dos presos, uma vez que eram os únicos responsáveis pela diminuição da reprimenda e, o sendo de reintegração, ressocialização e recuperação dos condenados (MORAES, 2018).

O Sistema Progressivo se expandiu por vários países no fim do século XIX, conforme o autor explica abaixo:

Vigou, portanto, nesse período, correspondente à fase inicial de implantação do sistema progressivo em diversos países, um conceito intermediário de ressocialização que se colocava entre a idéia de emenda, de inspiração religiosa e feição retributiva, e a idéia de reintegração social de inspiração positivista. Este sistema progressivo foi dividido em Sistema Progressivo Inglês e Sistema Progressivo Irlandês em razão de suas formas diversas de aplicação. O Sistema Progressivo Inglês era dividido em três fases: 1) Isolamento celular diurno e noturno, 2) Trabalho em comum sob regra de silêncio e, 3) Liberdade condicional. O Sistema Progressivo Irlandês era dividido em quatro fases: 1) Reclusão celular diurna e noturna, 2) Reclusão celular noturna e trabalho diurno em comum, 3) Período intermediário e, 4) Liberdade condicional (MORAES, 2018, p. 1)

Saliente-se que, o sistema aqui tratado, com diversas modificações posteriores, é aplicado no Brasil.

Conforme explica a doutrina, o Código Penal de 1940, em sua originalidade, estabelecia:

No Brasil, sob a égide da redação original do Código Penal de 1940, os condenados à pena de reclusão sujeitavam-se à quatro fases de progressividade. Num primeiro momento, sempre inferior a três meses, o condenado era isolado durante o dia. Em seguida, era possível o desenvolvimento de atividades laborais em contato com os demais reclusos, sujeitando-se, todavia, a isolamento noturno. Após o cumprimento de metade da pena, quando esta fosse igual ou inferior a três anos, ou um terço dela, se superior a três anos, o condenado que apresentasse bom comportamento poderia ser transferido para uma colônia penal ou para um estabelecimento similar. O livramento condicional poderia ser concedido àquele cuja pena fosse superior a três anos, desde que cumpridos os requisitos trazidos no artigo 60 (MORAES, 2018, p. 1)

Sobre a evolução progressiva no Brasil, dispõe a doutrina:

A Lei 6.416/1977 introduziu substanciais alterações no sistema progressivo, a saber: a) foi facultado o isolamento celular inicial para os reclusos; b) foram criados os regimes de cumprimento de pena (fechado, semi-aberto e aberto); c) o início do cumprimento da pena poderia dar-se em regime menos rigoroso, observados o tempo de duração daquela e a periculosidade do réu; d) o livramento condicional poderia ser concedido ao condenado à pena privativa de liberdade (reclusão ou detenção) igual ou superior a dois anos (PRADO, 2006, p. 545).

Atualmente a progressão de regime consiste no cumprimento de requisitos objetivos e subjetivos estabelecidos pelo ordenamento jurídico¹.

¹ Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão (BRASIL, 1984).

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

[...]

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente (BRASIL, 1990).

3 EXECUÇÃO PENAL

O artigo 1º da Lei 7.210/1984 estabelece duas finalidades da execução penal: “Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (BRASIL, 1984).

O primeiro diz respeito concretizar o estabelecido na sentença penal. O segundo por sua vez, traz a ideia de ofertar, durante o cumprimento da reprimenda, meios nos quais os Reeducandos possam alcançar a reintegração social (AVENA, 2014).

No mesmo sentido, Júlio Fabbrini Mirabete:

[...] o sentido imanente da reinserção social, conforme o estabelecido na Lei de Execução Penal, compreende a assistência e ajuda na obtenção dos meios capazes de permitir o retorno do apenado e do internado ao meio social em condições favoráveis para a sua integração, não se confundindo com qualquer sistema de tratamento que procure impor um determinado número e hierarquia de valores em contraste com os direitos da personalidade do condenado (MIRABETE, 2004, p. 28).

O grande objetivo da execução penal é proporcionar medidas para ressocialização e prevenção de eventuais delitos, caso contrário o único objetivo seria a repressão.

3.1 Pena

A pena trata-se de uma sanção imposta pelo Estado ao autor de uma infração a fim de atingir o devido processo legal.

Nucci aponta em uma de suas doutrinas alguns fundamentos que justificam a existência da pena:

[...] a) denúncia: fazer com que a sociedade desaprove a prática do crime;
 b) dissuasão: desaconselhar as pessoas de um modo geral e particularmente, o próprio criminoso à prática delitiva;
 c) incapacitação: proteger a sociedade do criminoso, retirando-o de circulação;
 d) reabilitação: reeducar o ofensor da lei penal;
 e) reparação: trazer alguma recompensa à vítima;
 f) retribuição: aplicar ao condenado uma pena proporcional ao delito cometido (NUCCI, 2015, p. 55)

A pena, além de reafirmar a norma penal, tem o objetivo de demonstrar justiça à vítima, retribuir, prevenir e buscar a ressocialização.

O caráter retributivo é expresso no artigo 59 do Código Penal:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível (BRASIL, 1940).

Lado outrem, o caráter preventivo em dois aspectos, o geral e o especial.

O caráter geral é subdividido em outros dois: preventivo positivo e preventivo negativo. Nucci conceitua cada um deles como:

[...] a) preventivo positivo: a aplicação da pena tem por finalidade reafirmar à sociedade a existência e força do Direito Penal;

b) preventivo negativo: a pena concretizada fortalece o poder intimidativo estatal, representando alerta a toda sociedade, destinatária da norma penal (NUCCI, 2015, p. 54).

O caráter especial, também é subdividido por Nucci em dois aspectos:

a) preventivo positivo: é o caráter reeducativo e ressocializador da pena, buscando preparar o condenado para uma nova vida, respeitando as regras impostas pelo ordenamento jurídico. A Lei de Execução Penal preceitua: “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade” (art.10, caput). Ademais, o art. 22 da mesma Lei, dispõe: “assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade”[...]

b) preventivo negativo: significa voltar-se a pena igualmente à intimidação do autor da infração penal para que não torne a agir do mesmo modo, além de, conforme o caso, afastá-lo do convívio social, garantia maior de não tornar a delinquir, ao menos enquanto estiver segregado (NUCCI, 2015, p. 54)

Diante todo o exposto, é inaceitável que qualquer operador do direito desconsidere a real finalidade da pena.

3.2 Princípios da pena

A seguir o trabalho discorrerá dos princípios que regem todas as fases de aplicação e de execução das sanções penais.

Sobre a importância dos princípios, Boschi ensina:

Os princípios cumprem dúplice função: ajudam o operador do direito a extrair os sentidos das regras para que ele possa identificar a solução legal ou jurídica reclamada para o caso ou, para além dessa função de *ratio legis*, cumprem, na função de *lex*, a função de preencher os *vazios* legislativos dos quais não escapam as leis e os Códigos (BOSCHI, 2013, p. 44)

Os princípios tem grande pertinência com o objeto central da pesquisa, já que norteiam o legislador e o aplicador da lei no processo de individualização judicial das penas.

3.1.1 Princípio da intranscendência da pena

O princípio da intranscendência da pena, também chamado de princípio da personalidade ou da pessoalidade, está elencado na Constituição Federal, em seu artigo 5º, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLV - 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 (BRASIL, 1988).

O princípio da intranscendência possui evidente relevância, funcionando como efetivo instrumento de contenção do poder punitivo.

A adoção da expressão transcendência mínima aqui empreendida parte de uma visão realista acerca da pena privativa de liberdade, que reconhece a impossibilidade fática absoluta de que a pena se circunscreva apenas ao próprio sentenciado, sem afetar o projeto de vida de pessoas que integrem o círculo familiar e social daquele. Parte assim de uma visa redutiva, de modo que a pena ultrapasse o mínimo possível a pessoa do condenado.

O princípio da transcendência mínima, sob o viés redutor, não busca apenas apreciar a pena sob o tradicional prisma de que esta ultrapasse o mínimo possível a pessoa do condenado. Parte, sobretudo, de um novo prisma - invertido - de modo que, assim como a pena deve passar o mínimo possível da pessoa do condenado, igualmente deve passar o mínimo possível à pessoa do condenado (ROIG, 2015, p. 97)

O princípio da responsabilidade pessoal, salvo na carta autoritária de 1937, se fez presente em todos os textos constitucionais da federação, demonstrando a fácil interpretação legal no que diz a restrição da pena ao infrator. Nesse sentido explica Nucci:

A pena não passará da pessoa do delinquente é a regra constitucional estabelecida no art. 5º, XLV, voltada a evitar os males do passado, quando o Estado considerava eficaz a punição de parentes e amigos do criminoso, especialmente quando este fugia ou morria antes de expiar a pena a ele reservada. Não somente feria a proporcionalidade e a razoabilidade, regentes da atuação do Estado na repressão ao crime, como evidenciava flagrante desvio dos mais comezinhos princípios de garantia da inocência do ser humano até prova em contrário da sua culpa (NUCCI, 2015, p. 41)

O preceito constitucional tem por finalidade, assegurar à família do condenado, que somente a este se voltará a ira do Estado, não respingando aos seus a pretensão punitiva, salvo nos casos de reparação civil.

3.2.2 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade é conhecido como o primeiro postulado do positivismo jurídico, pois é através dele que identifica-se as normas vigentes no ordenamento, estabelecendo-se que só através das leis pode-se dizer o que é um crime (BOSCHI, 2013).

A doutrina traz a história do princípio em comento:

Totalmente ignorado até então pelos direitos medieval e germânico, assentados no costume, o princípio da legalidade afirmou-se somente na Magna Carta inglesa (art. 39), com a proibição de prisão do indivíduo ou de privação de seus bens, a não ser por um juízo legal de seus iguais ou pela lei do país. Sua difusão só ocorreu com o Iluminismo, para ingressar no *Petition of Rights*, de 1774, no Código austríaco de 1787, na Declaração Francesa de Direitos, de 1789, na Constituição de 1793, no Código da Prússia de 1794 e, em nosso meio, em todas as constituições, tendo sido repetido no art. 5º, inciso XXXIX, da atual Constituição, bem como no artigo 1º do Código Penal, traduzindo, como dissemos antes, a verdade de que a lei é a única fonte do direito de punir, não podendo suas falhas, suas lacunas, ser supridas, contra o réu, por quaisquer outras fontes, como os costumes ou a analogia (BOSCHI, 2013, p. 75-76).

O princípio da legalidade tem origem legal: “Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1940)” e constitucional, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (BRASIL, 1988).

Norberto Avena ensina os desdobramentos trazidos pela doutrina em relação ao princípio da legalidade:

A doutrina clássica costuma desdobrar o princípio da legalidade em duas outras regras: o *princípio da reserva legal*, segundo o qual não há crime sem lei que o defina, nem pena sem cominação legal, considerando-se lei, neste caso, aquela elaborada segundo os trâmites previstos na Constituição Federal; e o *princípio da anterioridade*, certificando que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, de onde se infere que o enquadramento da conduta como crime e a previsão de pena deverão ser anteriores ao fato delituoso (AVENA, 2014, p. 6-7)

Por todo o exposto, nenhum comportamento poderá ser punido como crime e conseqüentemente nenhuma pena pode ser aplicada desde que não exista lei anterior a sua prática.

3.2.3 Princípio da inderrogabilidade

O princípio da inderrogabilidade prevê que, uma vez cometido um crime, a reprimenda respectiva não poderá deixar de ser aplicada pela autoridade.

Ressalte-se um questionamento controverso da doutrina relacionando a inderrogabilidade com o princípio da insignificância:

Tem suscitado controvérsias na doutrina a questão relativa ao princípio da insignificância em crimes contra o patrimônio, pois nesses casos a conduta possui tipicidade material e, não obstante, não é aplicada a pena. Para alguns, tal reconhecimento importa em ofensa ao princípio da inderrogabilidade da pena. Contornando essa ordem de argumentação, a jurisprudência tem estabelecido que a tese apenas pode ser aplicada nas hipóteses em que o valor da *res furtiva* é desprezível, pois entendimento demasiadamente extensivo acerca da insignificância afronta, efetivamente, o princípio da inderrogabilidade da pena, gerando impunidade e insegurança jurídica, o que é inconcebível no Estado Democrático de Direito (AVENA, 2014, p. 7)

A pena deve atingir sua eficácia, deste modo, uma vez constatada, deve ser aplicada, resultando a responsabilização necessária.

3.2.4 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade garante uma resposta necessária ao infrator, adequada e sem excessos.

Trata-se de garantir uma sanção com justa medida, ou seja, onde os meios e os fins são equilibrados e ponderados: “avaliando-se se o meio utilizado é ou não desproporcional em relação ao fim” (CUNHA, 2017, p. 27).

Nesse sentido, complementa Paulo Queiroz:

Convém notar, todavia, que o princípio da proporcionalidade compreende, além da proibição de excesso, a proibição de insuficiência da intervenção jurídico-penal. Significa dizer que, se, por um lado, deve ser combatida a sanção penal desproporcional porque excessiva, por outro lado, cumpre também evitar a resposta penal que fique muito aquém do seu efetivo merecimento, dado o seu grau de ofensividade e significação político-criminal, afinal a desproporção tanto pode dar-se para mais quanto para menos (QUEIROZ, s.a *apud* CUNHA, 2017, p. 27)

Deve sempre haver equilíbrio entre a infração praticada e a penalidade imposta.

3.2.5 Princípio da individualização da pena

Acerca da individualização da pena que prevê a privação ou restrição da liberdade, vislumbra-se que tal dispositivo tem o finto de aplicar a pena de forma proporcional ao crime praticado, em dois momentos: “1º) o legislativo, quando a pena é cominada; 2º) o executivo, quando o condenado é tratado de forma diferente, de acordo com o crime que cometeu” (RIBEIRO JUNIOR; TELLES, 1999, p. 142).

O princípio está consagrado no inciso XLVI do art. 5º da Constituição da República de 1988: “[...] XLVI - a lei regulará a individualização da pena” (BRASIL, 1988).

As condições a que se referem a individualização da pena se coroam nos artigos 59, 61, 67 e seguintes do Código Penal, que dispõem sobre a culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade e reincidência.

Tal princípio possibilita a dosimetria da punição entre o mínimo e máximo do *quantum* aplicado, bem como o tipo de pena de forma a haver um ajuste adequado da sanção em função das peculiaridades do fato criminoso e a personalidade do réu.

Nos estabelecimentos prisionais, é previsão legal o cumprimento de pena em estabelecimentos distintos, conforme se extrai do art. 5º, inciso XLVIII da Carta Magna: “[...] XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (BRASIL, 1988).

Neste sentido, fica demonstrada a necessidade da construção dos estabelecimentos penais, com características adequadas ao cumprimento de sentença.

Cabe aqui estampar a visão de Ribeiro Junior e Telles (1999, p.143): “Dessa forma, as penitenciárias são consideradas de segurança máxima ou média, as colônias agrícolas e industriais, a casa do albergado, destinadas ao cumprimento de penas em regime fechado, semiaberto ou aberto respectivamente.”

Por fim, destaque-se que o princípio deve ser desenvolvido nos âmbitos legislativo, judicial e executório:

Prevista no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, desenvolve-se a individualização da pena em três fases: primeira, no âmbito legislativo (individualização legislativa ou formal), que ocorre no momento da criação do tipo penal incriminador, quando o legislador estabelece abstratamente o mínimo e o máximo da pena cominada; segunda, no âmbito judicial (individualização judicial), quando, diante do caso concreto, o juiz do processo de conhecimento, a partir dos critérios estabelecidos na legislação, fixa a pena cabível ao agente; e, terceiro, no âmbito executório (individualização executória), quando o juiz da execução penal adapta a pena aplicada na sentença à pessoa do condenado ou internado, concedendo-lhe ou negando-lhe benefícios como a progressão de regime, o livramento condicional, a remição etc. (AVENA, 2014, p. 7-8)

A individualização da pena se resume na personalização Estado punitivo.

3.2.6 Princípio da humanidade

Estabelece a Carta Magna:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis (BRASIL, 1988)

O princípio da humanidade está ligado diretamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, deste modo o texto constitucional veda expressamente penas de morte, de caráter perpétuo, cruéis, de trabalhos forçados e de banimento.

3.3 Espécies de pena

A Lei de Execução Penal nos Títulos V e VI dispõe sobre as espécies de pena: penas privativas de liberdade, penas restritivas de direito, penas de multa e medidas de segurança.

Mirabete considera que a partir do Título V, tem-se na Lei de Execução Penal, uma parte especial, onde se trata de normas gerais explicativas e complementares (MIRABETE, 2000).

As principais características sobre cada modalidade serão elencadas a seguir.

3.3.1 Penas privativas de liberdade

Dispõe o artigo 105 da Lei de Execução Penal: “Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução” (BRASIL, 1984).

A sentença pode ser dividida em três em relação a sua execução:

- a) condenatória, em que há uma pena imposta;
- b) absolutória, que subdivide-se em própria², não acolhendo a pretensão ministerial e não aplicando nenhuma pena; e imprópria³, não acolhendo a pretensão punitiva estatal, mas aplicando uma sanção;
- c) terminativa de mérito⁴, encerrando a relação processual julgando o mérito, mas sem ser condenatória ou absolutória

² Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I - estar provada a inexistência do fato;

II - não haver prova da existência do fato;

III - não constituir o fato infração penal;

IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;

V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;

VII - não existir prova suficiente para a condenação (BRASIL, 1941).

³ Art. 386

[..]

Parágrafo único. Na sentença absolutória, o juiz:

[...]

III - aplicará medida de segurança, se cabível (condenação (BRASIL, 1941).

⁴ Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

[...]

IV - pela prescrição, decadência ou preempção (BRASIL, 1940).

Em relação a sentença condenatória, as penas impostas são executas, o nome do réu é lançado no rol dos culpados, são recolhidas as custas, exceto quando inexigíveis ou isentas.

A pena privativa de liberdade corresponde à sanção penal de supressão de liberdade pelo tempo cominado na sentença condenatória.

As penas privativas de liberdade podem ser aplicadas em três espécies.

Duas dessas espécies, de reclusão e detenção, estão previstas no art. 33 do Código Penal, sendo adotado o sistema progressivo de pena, do mais gravoso para o mais brando, distinguindo-se uma da outra, o regime inicial fechado no caso de reclusão enquanto na detenção se inicia em regime semiaberto. *In verbis*:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado

§ 1º - Considera-se:

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

§ 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais (BRASIL, 1940).

Além do regime inicial de cumprimento de pena, Nucci aponta outras diferenças entre a reclusão e detenção:

- a) reclusão é passiva da extinção do exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos contra seus assistidos conforme dicção do artigo 92, II do Código Penal;
- b) na reclusão cabe internação como medida de segurança enquanto na detenção se admite o regime de tratamento ambulatorial;
- c) a reclusão tem prioridade no seu cumprimento;
- d) nas penas de reclusão, quando a sentença mínima cominada for superior a dois anos, não será admitido fiança (NUCCI, 2010).

Conforme já explanado anteriormente, o ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema progressivo, cujo cumprimento de sentença é progressivo, sendo a reprimenda cumprida do regime mais grave ao mais benéfico, de forma gradativa, ou seja, do regime fechado para o aberto.

O local adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado é a penitenciária:

[...] Esta conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório, observando-se ainda os requisitos de salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana e de área de seis metros quadrados. Ainda tratando-se da penitenciária para homens, estabelece a lei que deverá ser construída em local afastado do centro urbano, embora a distância não restrinja a visitação (AVENA, 2014, p. 209)

O regime em comento, considerado o mais grave é o regime inicial para o cumprimento de pena, sendo submetido a exame criminológico de classificação e ao trabalho diurno interno ou externo, em casos excepcionais, conforme se explica a seguir:

O trabalho interno será prestado no período diurno, ficando o condenado sujeito ao isolamento durante o repouso noturno (o chamado período de silêncio). Esse trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena.

[...]

Admite-se, ainda, para o preso em regime fechado o trabalho externo, desde que em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, devendo ser tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina (art. 36, caput, da LEP e art. 34, § 3º, do CP). Com vista à prestação de trabalho externo, deve ser observado ainda o limite máximo do número de presos, que poderá ser de até 10% do total de empregados na obra, cabendo ao órgão da administração, à entidade ou à empresa empreiteira a remuneração desse trabalho (AVENA, 2014, p. 209-210)

Em razão do trabalho ou do estudo, o preso no regime fechado ou semiaberto, terá jus a progressão de pena:

Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

§ 1º A contagem de tempo referida no **caput** será feita à razão de

I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias;

II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.

§ 2º As atividades de estudo a que se refere o § 1º deste artigo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados.

§ 3º Para fins de cumulação dos casos de remição, as horas diárias de trabalho e de estudo serão definidas de forma a se compatibilizarem.

§ 4º O preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição.

§ 5º O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação.

§ 6º O condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e o que usufrui liberdade condicional poderão remir, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova, observado o disposto no inciso I do § 1º deste artigo.

§ 7º O disposto neste artigo aplica-se às hipóteses de prisão cautelar.

§ 8º A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa (BRASIL, 1984).

Recebendo a progressão de regime para o semiaberto, após realização do exame criminológico⁵ o condenado se manterá submisso ao trabalho, todavia, este será realizado em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, sendo possível ainda, a frequência de cursos supletivos, profissionalizantes ou de instrução de segundo grau ou superior, cumprindo seu regime em colônia agrícola, industrial ou similar, de modo que seu recolhimento pode ser feito em celas coletivas, desde que atendam as questões inerentes à salubridade.

Ressalte-se que a simples progressão do regime fechado para o regime semiaberto não enseja diretamente ao trabalho, pois para que o custodiado seja liberado para trabalhar, deverá previamente ser submetido à Comissão Técnica de Classificação (CTC) ou à análise comportamental, através do seu Atestado de Conduta Carcerária, emitido pelo estabelecimento prisional, e somente após esse exame será autorizado pelo magistrado e direção do estabelecimento prisional, ao labor.

O requisito objetivo para progressão do regime de cumprimento de pena é o cômputo da pena, bem como as frações a serem cumpridas, fazendo às detrações e remições necessárias.

Por fim, o regime aberto, configurando o menos gravoso, em que o trabalho do sentenciado é obrigatório, não lhe cabendo o direito de remir na pena, dias trabalhados, como nos outros dois regimes.

O sentenciado em regime aberto deverá cumprir sua reprimenda na Casa de Albergado, conforme artigo 93 da Lei de Execução Penal, admitindo-se na sua ausência, a prisão-albergue domiciliar, com fulcro no art. 117 da mesma Lei.

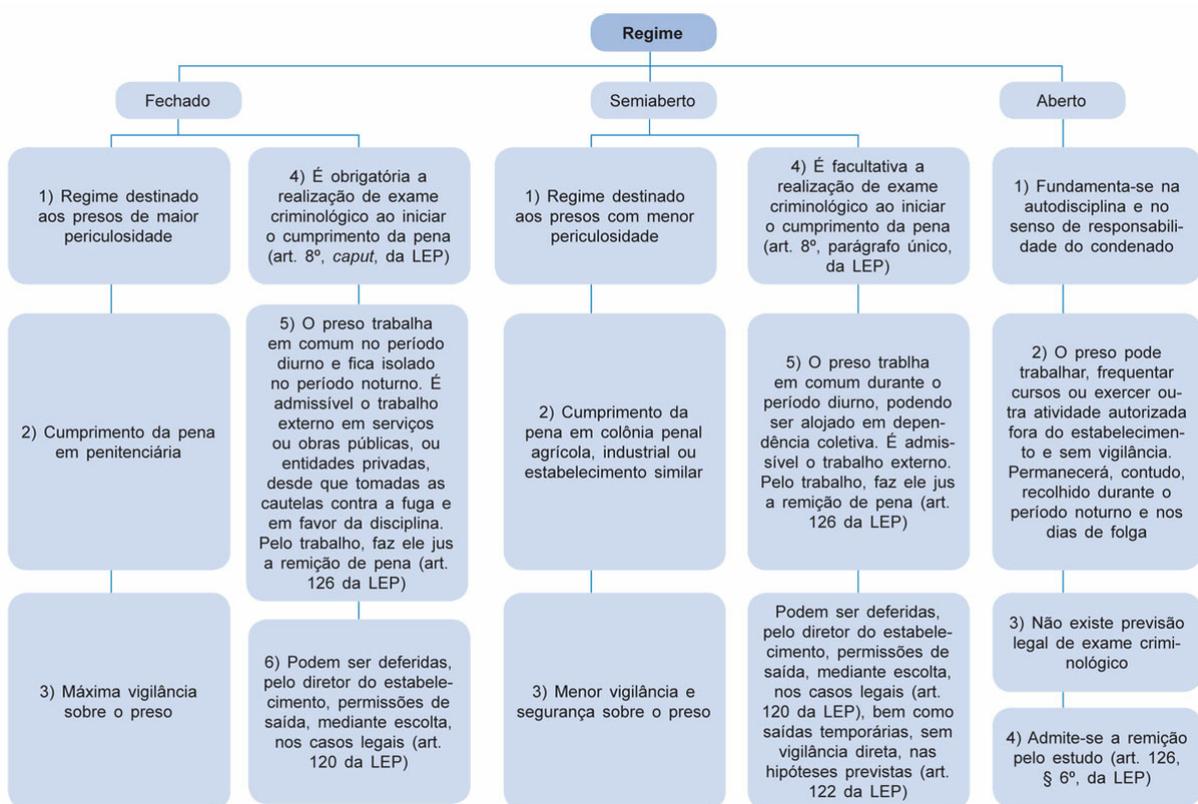
⁵ Muito embora o art. 35 do Código Penal determine que se aplique para o apenado do regime semiaberto exame criminológico, prevalece o entendimento de que tal exame é apenas facultativo, podendo ser realizado pela iniciativa da Comissão Técnica de Classificação visando à correta individualização da execução (AVENA, 20145, p. 211)

O pressuposto para o ingresso no regime aberto é a aceitação pelo condenado do seu programa e das condições impostas pelo juiz, segundo seu arbítrio (CAPEZ, 2003).

Tais condições serão estabelecidas de acordo com a natureza do delito e as condições pessoais do Reeducando.

A fim de complemento e fixação, segue o quadro comparativo entre os regimes fechado, semiaberto e aberto:

Figura 1 - Gráfico comparativo - regimes fechado, semiaberto e aberto



Fonte: (AVENA, 2014, p. 217)

3.3.2 Penas restritivas de direito

As penas restritivas de direito, também chamadas de penas alternativas, têm como objetivo evitar a pena privativa de liberdade, quando o sentenciado praticou infrações de menor gravidade.

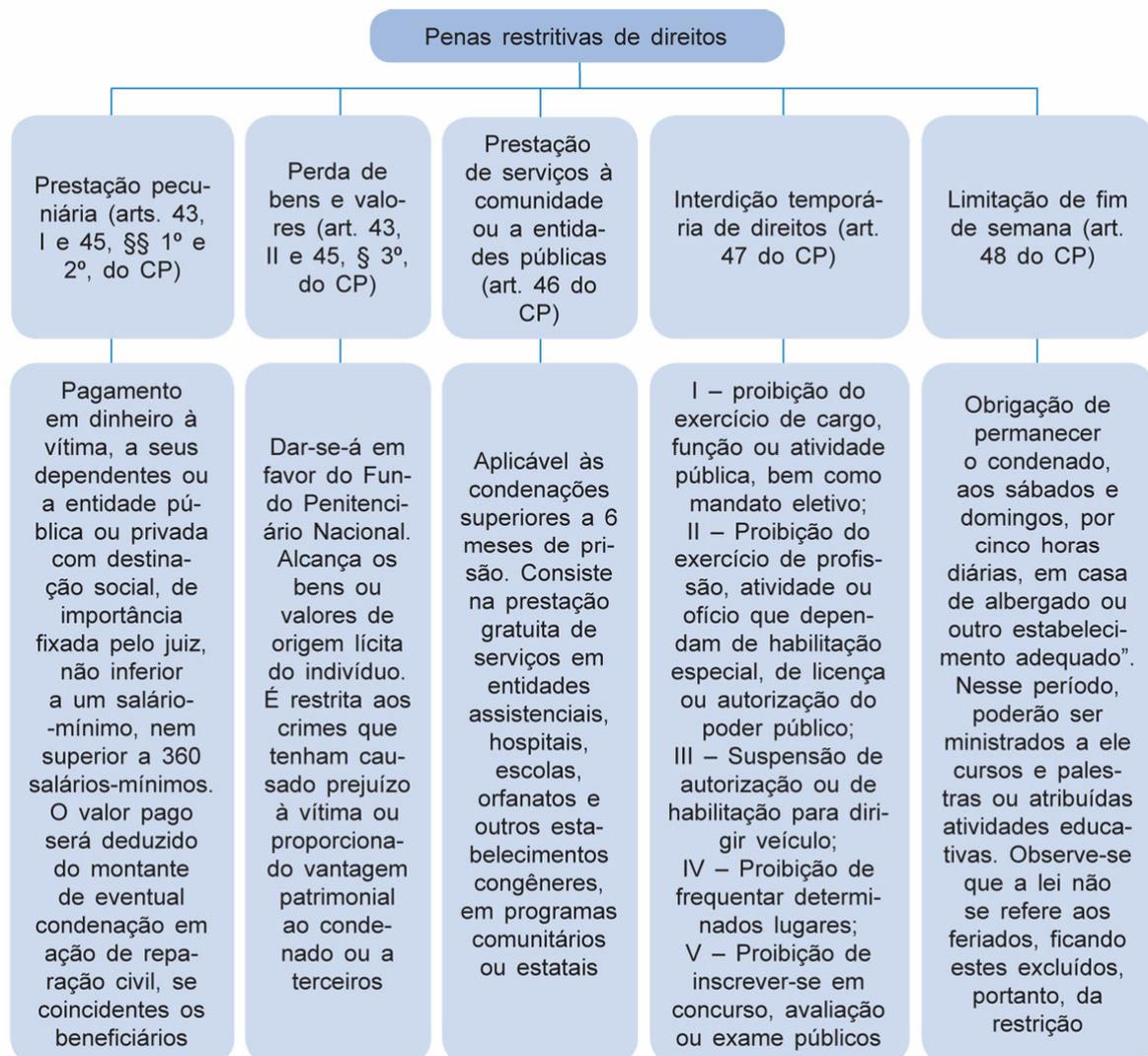
São previstas de forma taxativa no artigo 43 do Código Penal:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:
I - prestação pecuniária;

- II - perda de bens e valores;
- III - limitação de fim de semana.
- IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas
- V - interdição temporária de direitos;
- VI - limitação de fim de semana (BRASIL, 1940).

Mais uma vez, para fácil elucidação das peculiaridades dos tipos de pena restritivas, segue quadro comparativo:

Figura 2 - Penas restritivas de direitos



Fonte: (AVENA, 204, p. 334)

As penas restritivas de direito são dotadas de autonomia uma vez que não são acessórias as penas privativas de liberdade, e de caráter substitutivo, pois como regra o magistrado estabelece a pena privativa de liberdade, para somente depois substituí-la pela pena restritiva de direito.

Seguem as regras elencadas no artigo 44 do Código Penal:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 1º (VETADO)

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior (BRASIL, 1940).

Conforme estabelecido pelo dispositivo acima, a substituição das penas privativas de liberdade para as restritivas de direito deverá seguir cumulativamente requisitos subjetivos e objetivos.

Saliente-se que o artigo penal também estabelece a reconversão obrigatória (§4º) da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade, quando ocorre o descumprimento das condições de forma injustificada e a reconversão facultativa (§5º) quando sobrevier condenação privativa de liberdade, quando houver compatibilidade entre ambas.

3.3.3 Penas de multa

A pena de multa é uma espécie de sanção penal, de natureza patrimonial, prevista constitucionalmente:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]
 XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
 [...]
 c) multa (BRASIL, 1988).

Na Lei de Execução Penal, tem previsão no artigo 164, *in verbis*:

Art. 164. Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora.

§ 1º Decorrido o prazo sem o pagamento da multa, ou o depósito da respectiva importância, proceder-se-á à penhora de tantos bens quantos bastem para garantir a execução.

§ 2º A nomeação de bens à penhora e a posterior execução seguirão o que dispuser a lei processual civil (BRASIL, 1984).

A multa é mais um dispositivo⁶ empregado no direito penal contemporâneo destinado a evitar a prisão.

O doutrinador Mirabete traz em sua doutrina as vantagens e desvantagens da pena de multa:

Apontam-se como vantagens de tal tipo de sanção: (a) não retira o condenado do convívio com a família; (b) não o afasta do trabalho, com o qual mantém a si próprio e a família, nem de suas ocupações normais lícitas, evitando o desajustamento social; (c) não o corrompe, por evitar sua inserção no meio deletério da prisão; (d) não avilta, pela ausência de caráter infamante dessa espécie de pena; (e) atinge um bem jurídico de menor importância que a liberdade; (f) preserva intacta a personalidade; (g) possui força intimidativa, ao menos nos crimes patrimoniais, ao recair sobre bens econômicos que, na sociedade capitalista, são tidos como de considerável valor; (h) possibilita melhor individualização judicial, por se fundar principalmente na situação econômica do condenado; (i) não sobrecarrega o erário público, podendo até constituir uma fonte de recursos para o Estado. Por outro lado, apontam-se como desvantagens: (a) é uma forma de enriquecimento do Estado às custas do crime; (b) é raramente executada porque a maioria dos condenados é absolutamente insolvente; (c) é inócua como prevenção ao menos com relação aos crimes mais graves; (d) tem sentido aflitivo desigual, pois, para quem muito pode, o pagamento da multa tem pouco significado prático e, para quem pouco tem, atinge fundamentalmente o condenado; (e) alcança os familiares do condenado, privados de parte do ganho daquele que lhes provê o sustento; (f) pode representar inclusive um incitamento à prática de novos delitos para que o condenado obtenha as condições necessárias ao pagamento (MIRABETE, 2000, p. 574-575).

A fixação da multa pode ocorrer como forma da sanção principal previsto no dispositivo penal, ou alternativamente e até mesmo cumulativamente. Sua fixação obedecerá

⁶ Não é um tributo, e sim uma sanção penal, desta forma é inderrogável.

o critério dia-multa, fixando primeiramente o número de dias-multa⁷ e posteriormente arbitrando-se o valor pelo magistrado.

3.3.4 Medidas de segurança

A medida de segurança é definida como: “[...] a providência de caráter terapêutico, aplicável a indivíduos inimputáveis ou semi-imputáveis portadores de periculosidade, visando prevenir a prática de novas infrações penais” (AVENA, 2014, p. 363).

A doutrina majoritária considera a medida de segurança como uma espécie de sanção penal, aplicando-se os princípios da reserva legal, da anterioridade e da jurisdicionalidade:

- Princípio da reserva legal: Apenas a lei pode criar tipos penais e fixar a pena correspondente a sua violação. Essa disposição alcança a medida de segurança, que, assim, para ser imposta, deve estar prevista em lei, não se aceitando a sua instituição, por exemplo, por meio de medida provisória.
- Princípio da anterioridade: Anteriormente à prática da ação ou omissão, deve existir legislação concebendo a conduta do agente como uma infração penal e possibilitando a aplicação da medida de segurança, caso presentes as condições que a autorizam.
- Princípio da jurisdicionalidade: Somente o Poder Judiciário pode aplicar a medida de segurança, condicionando-se à existência de prévia ação penal em que observadas as garantias do devido processo legal, ampla defesa e contraditório (AVENA, 2014, p. 364)

Antes da imposição da medida de segurança, é necessário verificar a presença dos seguintes requisitos:

- a) prática de um fato ilícito e culpável;
- b) periculosidade do agente, constatada através de um prognóstico;
- c) não ocorrência de causa extintiva da punibilidade.

A medida de segurança também pode ser imposta quando a doença ou perturbação mental for superveniente à execução da pena.

Se divide em duas espécies, a medida de segurança detentiva, consistindo na internação (artigo 96, I da LEP) e de segurança restritiva, com tratamento ambulatorial (artigo 96, II da LEP).

⁷ Não poderá ser menor que dez e nem maior que trezentos e sessenta (BRASIL, 1940).

3.4 Tipos de estabelecimentos penais

3.4.1 Considerações gerais

A Lei de Execução Penal, Título IV, no artigo 82 e seguintes, dispõe os tipos de estabelecimentos penais bem como as regras de admissão dos apenados, sendo previstos os seguintes tipos de estabelecimentos:

São os seguintes os estabelecimentos penais previstos na Lei de Execução Penal:

- 1) Penitenciária, para os condenados à pena de reclusão, quando cumprida em regime fechado;
- 2) Colônia Agrícola, Industrial ou similar: para os condenados à pena de reclusão ou detenção, em regime semiaberto;
- 3) Casa do Albergado, para os condenados que cumprem pena de prisão em regime aberto e para os condenados à pena restritiva de direitos de limitação de fim de semana;
- 4) Centro de observação, destinado à realização de exames gerais e criminológicos;
- 5) Hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, para os indivíduos acometidos de perturbação da saúde mental; e
- 6) Cadeia pública, reservada aos presos provisórios (prisão preventiva e prisão temporária) (AVENA, 2014, p. 162)

Importante destacar, que conforme assevera o parágrafo 2º do artigo 82 da Lei de Execuções Penais, a lei não obriga o poder público a construir locais separados para abrigar cada tipo de estabelecimento, ou seja, “o mesmo conjunto arquitetônico poderá abrigar estabelecimentos de destinação diversa, desde que logicamente, devidamente isolados” (AVENA, 2014, p.162).

Com fulcro no artigo 83 da LEP, os estabelecimentos deverão possuir áreas e serviços destinados à assistência, trabalho, educação, recreação e prática esportiva.

Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva.

§ 1º Haverá instalação destinada a estágio de estudantes universitários.

§ 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.

§ 3º Os estabelecimentos de que trata o § 2º deste artigo deverão possuir, exclusivamente, agentes do sexo feminino na segurança de suas dependências internas.

§ 4º Serão instaladas salas de aulas destinadas a cursos do ensino básico e profissionalizante.

§ 5º Haverá instalação destinada à Defensoria Pública (BRASIL, 1984).

Referido dispositivo está diretamente ligado à outros dispositivos que se referem a assistência material⁸, a assistência à saúde⁹, a assistência jurídica¹⁰, educacional¹¹ e social¹². Também se conciliam às normas regulamentadoras do trabalho¹³.

Sobre a instalação destinada à Defensoria Pública, merece uma atenção especial ao leitor:

[...] considerando que o preso brasileiro – seja provisório ou já condenado – é sujeito de direitos e obrigações, a presença de defensoria pública nos presídios brasileiros é indispensável, pois, além dos direitos assegurados pela Lei de Execução Penal – entre eles a assistência jurídica -, a Constituição Federal e outras leis federais e estaduais também consagram um número acentuado de outros direitos ao encarcerado, que devem ser preservados. Por outro lado, seja provisório ou já condenado, quase sempre o perfil social do preso que ingressa em nossos estabelecimentos prisionais é de uma pessoa pobre, ademais constantemente observa-se que no tempo da prisão ele estava desempregado, significando dizer, por conseguinte, que a ausência de assistência jurídica tende a prejudicar o seu direito de defesa, o que lamentavelmente em acontecendo diante da deficiência na prestação da exigida assistência jurídica (NUNES, 2013 *apud* AVENA, 2014, p. 162-163).

Há de se observar também nos estabelecimentos prisionais as condições dos custodiados em relação à idade, sexo, crime, antecedentes, conduta social, regime e tipo de prisão (provisória ou cumprimento de sentença), tudo isto para atender os preceitos que reza a

⁸ Art. 12. A **assistência material** ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas.

Art. 13. O estabelecimento disporá de instalações e serviços que atendam aos presos nas suas necessidades pessoais, além de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração (BRASIL, 1984, grifo nosso)

⁹ Art. 14. A **assistência à saúde** do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

§ 1º (Vetado).

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

§ 3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido (BRASIL, 1984, grifo nosso).

¹⁰ Art. 15. A **assistência jurídica** é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado.

Art. 16. As Unidades da Federação deverão ter serviços de **assistência jurídica**, integral e gratuita, pela Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos penais (BRASIL, 1984, grifo nosso).

¹¹ Art. 17. A **assistência educacional** compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado (BRASIL, 1984, grifo nosso).

¹² Art. 22. A **assistência social** tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade (BRASIL, 1984, grifo nosso)

¹³ Art. 28. O **trabalho do condenado**, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva (BRASIL, 1984, grifo nosso).

Execução Penal, valendo lembrar ainda, que o estabelecimento penal também é destinado aos custodiados em medida de segurança e ao egresso.

A previsão legislativa inserida no artigo 82, § 1º da LEP e no artigo 5º, XLVIII da Constituição fundamenta-se na fragilidade e preservação da saúde física e mental das pessoas maiores de sessenta anos.

Ressalte-se que os condenados maiores de 70 (setenta) anos que cumprem pena em regime aberto, poderão de acordo com o artigo 117 da LEP, se recolher na prisão domiciliar¹⁴

Importante tratar também dos presos provisórios.

Presos provisórios são aqueles que são recolhidos nos estabelecimentos penais em face de uma prisão preventiva ou temporária.

Dispõe o artigo 300 do Código de Processo Penal “As pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal” (BRASIL, 1941).

A cautela legal objetiva evitar o contato direto entre o preso definitivo e o preso provisório, pois este está encarcerado para assegurar o andamento processual criminal ou acautelar a sociedade enquanto aquele está preso em face do reconhecimento da sua responsabilidade criminal.

Ocorre que, o Poder Judiciário se depara frequentemente com a falta de vagas e de estrutura para cumprir a separação dos presos. Diante desse impasse, alguns autores, como Norberto Avena entendem que quando o Estado se deparar com a impossibilidade de manter separadamente os presos provisórios e definitivos, a pena provisória não poderá ser executada. O autor sugere a prisão domiciliar como uma possível solução:

Afinal, embora o art. 318 do CPP seja taxativo ao referir as hipóteses em que a prisão preventiva possa ser cumprida sob a forma de prisão domiciliar, é certo que a inexistência de vagas necessárias para obrigar os presos provisórios é causada pela omissão do próprio Estado em provê-las nos estabelecimentos prisionais (AVENA, 2014, p. 165)

Em relação as mulheres, as peculiaridades será tratada em capítulo posterior.

¹⁴ Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

- I - condenado maior de 70 (setenta) anos;
- II - condenado acometido de doença grave;
- III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;
- IV - condenada gestante (BRASIL, 1984)

Por fim, em relação ao número de indivíduos, os estabelecimentos penais deverão ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade, cabendo ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária determinar o limite máximo de capacidade:

Art. 66. Compete ao Juiz da execução:

[...]

VII - inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade;

VIII - interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei (BRASIL, 1984)

Art. 203. No prazo de 6 (seis) meses, a contar da publicação desta Lei, serão editadas as normas complementares ou regulamentares, necessárias à eficácia dos dispositivos não auto-aplicáveis.

[...]

§ 4º O descumprimento injustificado dos deveres estabelecidos para as Unidades Federativas implicará na suspensão de qualquer ajuda financeira a elas destinada pela União, para atender às despesas de execução das penas e medidas de segurança (BRASIL, 1984)

Com fulcro no artigo 66, inciso VIII e artigo 203, § 4º, ambos da Lei de Execução Penal, a superlotação carcerária poderá implicar a eventual interdição do estabelecimento.

A seguir, uma breve explanação sobre cada estabelecimento.

3.4.2 Penitenciária

A Penitenciária é uma unidade de grande porte, destinada ao recolhimento de sentenciados à pena privativa de liberdade, sob pena de reclusão, que se inicia em regime fechado.

O estabelecimento deve contar com a máxima segurança possível que se dá por agentes penitenciários ou policiais, muros e grades e vigilância:

Art. 87. A penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado.

Parágrafo único. A União Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios poderão construir Penitenciárias destinadas, exclusivamente, aos presos provisórios e condenados que estejam em regime fechado, sujeitos ao regime disciplinar diferenciado, nos termos do art. 52¹⁵ desta Lei (BRASIL, 1984).

¹⁵ Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II - recolhimento em cela individual;

No que tange ao parágrafo único do artigo 87 transcrito acima, há previsão de regime disciplinar diferenciado, ou seja, uma forma especial de cumprimento da pena no regime fechado que se “caracteriza pela permanência do preso em cela individual, limitação do direito de visita e redução do direito de saída da cela” (AVENA, 2014, p. 175).

Pode se apresentar como sanção disciplinar ou medida cautelar.

Quando a arquitetura da penitenciária:

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

- a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
- b) área mínima de 6,00 m² (seis metros quadrados) (BRASIL, 1984).

O preso em regime fechado deverá recolher-se ao isolamento no período noturno e as unidades deverão ter dormitórios, sanitários e lavatórios. O ambiente deverá ser salubre, com aeração, insolação e temperatura adequada, tudo com base no princípio da dignidade da pessoa humana.

Na prática, é sabido que as regras acima não são cumpridas:

Infelizmente, no Brasil a realidade carcerária corre à revelia dessa normatização, caracterizando-se muitas de nossas penitenciárias como ambientes absolutamente insalubres, onde se concentram, na mesma cela, número de presos superior à sua capacidade, prejudicando sensivelmente o processo de readaptação do preso à sociedade. Consequência dessa situação desastrosa que atinge o preso é a criação de ambiente negativo ao reajustamento, facilitando a reincidência criminosa que, bem sabemos, atinge níveis alarmantes no país (AVENA, 2014, p. 175).

Diante dessa realidade, o Poder Judiciário tem dado ordem de interdição total ou parcial de determinados estabelecimentos prisionais, proibindo o ingresso de novos Reeducandos e determinando a transferência de condenados para outros locais.

A possibilidade de recolhimento domiciliar é criticada pelo autor:

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol § 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando (BRASIL, 1984).

Em casos excepcionais, tem-se visto até a determinação recolhimento de apenados a prisão domiciliar, providência essa que não vemos com bons olhos, *a um* porque a prisão domiciliar é resguardada aos casos especialíssimos do art. 117 da LEP, não podendo ocorrer somente com fundamento na interdição do presídio local; e *a dois* porque a providência implicaria desvirtuamento da execução criminal. A propósito do tema, já se decidiu que “a questão relativa à precariedade, interdição e superlotação dos estabelecimentos penais não se encontra prevista nas hipóteses da prisão domiciliar, elencadas no art. 117 da Lei de Execuções Penais, mostrando-se indevida a sua concessão (TJRS, Agravo 70048768204) (AVENA, 2014, p. 175-176).

A transferência e inclusão de presos, condenados ou provisórios, em estabelecimentos penais federais de segurança máxima, está regulada na Lei n. 11.671, de 8 de maio de 2008, que foi regulamentada pelo Decreto n. 6.877/2009 (MARCÃO, 2013).

Algumas peculiaridades da penitenciária feminina serão tratadas em capítulo específico posterior.

3.4.3 Colônia agrícola, industrial ou similar

As Colônias Agrícolas, Industriais ou Similares, são destinadas ao recolhimento de condenados em regime semiaberto, ou seja, condenados à pena de detenção, existindo certa proporção de liberdade, lhes sendo impostos uma vigilância mais branda, vez que estarão, em tese, em exercício laboral. Complementando o assunto, segue a doutrina:

Serão recolhidos em estabelecimentos destinados ao cumprimento de pena na modalidade semiaberta os condenados oriundos do regime fechado, por progressão, cumprindo assim uma função de transição, daí a denominação de regime intermediário, bem como aqueles a quem se impôs, desde o início, o cumprimento de pena privativa de liberdade a ser resgatada no regime semiaberto, em atenção às disposições dos arts. 33 e 59 do Código Penal. Acrescente-se, por fim, que também irão cumprir pena no regime semiaberto os condenados que, estando no regime aberto, obtiverem regressão (MARCÃO, 2013, p. 249)

O dispositivo 92 da Lei de Execução Penal estabelece que:

Art. 92. O condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, observados os requisitos da letra a, do parágrafo único, do artigo 88¹⁶, desta Lei.
Parágrafo único. São também requisitos básicos das dependências coletivas:
a) a seleção adequada dos presos;
b) o limite de capacidade máxima que atenda os objetivos de individualização da pena (BRASIL, 1984).

¹⁶ [...] Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana (BRASIL, 1984)

No caso de ausência de vagas nesses estabelecimentos, o Supremo Tribunal Federal entende que deve ser assegurado ao sentenciado em permanecer em liberdade e não em aguardar em regime fechado (FARIA, 2011).

Para Renato Marcão o regime encontra-se em falência, devido aos seguintes fatores:

Em primeiro lugar, e destacadamente, exsurge a absoluta ausência de estabelecimentos em número suficiente para o atendimento da clientela. Diariamente, inúmeros condenados recebem pena a ser cumprida no regime inicial semiaberto. Entretanto, em sede de execução, imperando a ausência de vagas em estabelecimento adequado, a alternativa tem sido determinar que se aguarde vaga recolhido em estabelecimento destinado ao regime fechado, em absoluta distorção aos ditames da Lei de Execução Penal.

Não raras vezes a pena que deveria ser cumprida desde o início no regime intermediário acaba sendo cumprida quase que integralmente no regime fechado. Quando não, o executado aguarda a vaga para o sistema semiaberto na cadeia pública, e, por interpretação equivocada de alguns juízes e promotores que atuam na execução penal, acabam por não usufruir de direitos outorgados aos presos com pena a cumprir no regime semiaberto, como ocorre, por exemplo, nas hipóteses de saídas temporárias (art. 122 da LEP).

[...]

Outras vezes o condenado a iniciar o cumprimento de pena no regime fechado recebe progressão de regime (art. 112 da LEP) e permanece, de fato, no regime fechado, aguardando vaga para sua transferência (MARCÃO, 2013, p. 251-252)

Nos casos determinados acima, considerando ilegal manter o preso nas condições fáticas relativas ao regime fechado, a jurisprudência tem autorizado o cumprimento da reprimenda no regime aberto, ou, na falta de casa de albergado, em prisão domiciliar¹⁷.

3.4.4 Casa do albergado

A Casa de Albergado destina-se ao cumprimento de pena dos reeducandos em regime aberto, ou que progredirão para este regime mais benéfico, no qual o acautelado tem seu final de semana limitado, não podendo ausentar-se do estabelecimento. Tal estabelecimento, assim como a prisão domiciliar, é um exemplo de prisão aberta, em que não há obstáculos materiais ou físicos que impeçam fuga, ficando obrigado o custodiado, a trabalhar durante ao dia e recolher-se à noite.

Além disso, a casa de albergue deverá contar com estrutura física para atendimento das atividades propostas, como cursos, palestras, dentre outras.

¹⁷ STJ, AGRG no Habeas Corpus 230126/SP, DJ 22.08.2012; Habeas Corpus 210448/SP, DJ (STJ, 2012, apud AVENA, 2014, p. 177)

No caso de ausência de vagas, seguindo a mesma linha de raciocínio, o STF entende que a prisão domiciliar seja a melhor solução:

[...] pela concessão do benefício da prisão domiciliar a par daquelas hipóteses contidas no artigo 117 da Lei de Execução Penal, àqueles condenados que vêm cumprindo pena em regime mais gravoso do que o estabelecimento na sentença condenatória, por força de ausência de vaga em estabelecimento compatível (HC 158.783/RS, Rel. Ministro Celso Limongi – Sexta Turma – Dje 20/09/2010 apud FARIA, 2011, p. 77)

No mesmo sentido da posição do Supremo Tribunal Federal¹⁸, várias comarcas adotam a prisão domiciliar, inclusive na Comarca de Três Pontas, diante da inexistência da casa de albergado ou estabelecimento similar.

¹⁸ Constitucional. Direito Penal. Execução penal. Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. 2. Cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime. Violação aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da legalidade (art. 5º, XXXIX). A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso. 3. Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, § 1º, alíneas “b” e “c”). No entanto, não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado. 4. Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado. 5. Apelo ao legislador. A legislação sobre execução penal atende aos direitos fundamentais dos sentenciados. No entanto, o plano legislativo está tão distante da realidade que sua concretização é absolutamente inviável. Apelo ao legislador para que avalie a possibilidade de reformular a execução penal e a legislação correlata, para: (i) reformular a legislação de execução penal, adequando-a à realidade, sem abrir mão de parâmetros rígidos de respeito aos direitos fundamentais; (ii) compatibilizar os estabelecimentos penais à atual realidade; (iii) impedir o contingenciamento do FUNPEN; (iv) facilitar a construção de unidades funcionalmente adequadas – pequenas, capilarizadas; (v) permitir o aproveitamento da mão-de-obra dos presos nas obras de civis em estabelecimentos penais; (vi) limitar o número máximo de presos por habitante, em cada unidade da federação, e revisar a escala penal, especialmente para o tráfico de pequenas quantidades de droga, para permitir o planejamento da gestão da massa carcerária e a destinação dos recursos necessários e suficientes para tanto, sob pena de responsabilidade dos administradores públicos; (vii) fomentar o trabalho e estudo do preso, mediante envolvimento de entidades que recebem recursos públicos, notadamente os serviços sociais autônomos; (viii) destinar as verbas decorrentes da prestação pecuniária para criação de postos de trabalho e estudo no sistema prisional. 6. Decisão de caráter aditivo. Determinação que o Conselho Nacional de Justiça apresente: (i) projeto de estruturação do Cadastro Nacional de Presos, com etapas e prazos de implementação, devendo o banco de dados conter informações suficientes para identificar os mais próximos da progressão ou extinção da pena; (ii) relatório sobre a implantação das centrais de monitoração e penas alternativas, acompanhado, se for o caso, de projeto de medidas ulteriores para desenvolvimento dessas estruturas; (iii) projeto para reduzir ou eliminar o tempo de análise de progressões de regime ou outros benefícios que possam levar à liberdade; (iv) relatório deverá avaliar (a) a adoção de estabelecimentos penais alternativos; (b) o fomento à oferta de trabalho e o estudo para os sentenciados; (c) a facilitação da tarefa das unidades da Federação na obtenção e acompanhamento dos financiamentos com recursos do FUNPEN; (d) a adoção de melhorias da administração judiciária ligada à execução penal. 7. Estabelecimento de interpretação conforme a Constituição para (a) excluir qualquer interpretação que permita o contingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), criado pela Lei Complementar 79/94; b) estabelecer que a utilização de recursos do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para financiar centrais de monitoração eletrônica e penas alternativas é compatível com a interpretação do art. 3º da Lei Complementar 79/94. 8. Caso concreto: o Tribunal de Justiça reconheceu, em sede de apelação em ação penal, a inexistência de estabelecimento adequado ao cumprimento de

3.4.5 Centro de observação

O Centro de Observação é atrelado ao Departamento Penitenciário local e se destina à classificação dos presos condenados que iniciam o cumprimento da pena em regime fechado. Tal classificação se dá mediante a realização de exames bem como testes de personalidade e criminológico, de modo a individualizar a execução da pena. Feito os exames, serão enviados à Comissão Técnica de Classificação, que como exposto anteriormente será ainda objeto de estudo em razão de suas peculiaridades.

Os Centros de Observação, consoante art. 97 da Lei 7210/84, será instalado em unidade autônoma ou em prédio anexo ao estabelecimento penal.

3.4.6 Hospital de custódia e tratamento psiquiátrico

Os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico são destinados aos inimputáveis e semi-imputáveis, face à necessidade de tratamento. Esses estabelecimentos não exigem celas individuais.

Na falta de estabelecimento próprio, poderá o juiz determinar tratamento ambulatorial, desde que seja compatível com a situação do indivíduo necessitado.

Ao condenado a pena privativa de liberdade que for acometido de enfermidade psíquica, poderá ter sua condenação revertida em medida de segurança, sendo encaminhado “*a posteriori*” para hospital psiquiátrico. Um exemplo, o Hospital Psiquiátrico Judiciário Jorge Vaz, situado em Barbacena, região da Zona da Mata Mineira.

3.4.7 Cadeia pública

As Cadeias Públicas se destinam ao recolhimento de presos provisórios, prisões civis e administrativas, de modo que nos casos das prisões civis e administrativas, a pretensão punitiva estatal não é repressiva e sim coercitiva à uma obrigação de fazer, não sendo

pena privativa de liberdade no regime semiaberto e, como consequência, determinou o cumprimento da pena em prisão domiciliar, até que disponibilizada vaga. Recurso extraordinário provido em parte, apenas para determinar que, havendo viabilidade, ao invés da prisão domiciliar, sejam observados (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada do recorrido, enquanto em regime semiaberto; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado após progressão ao regime aberto (RE 641320 / RS - RIO GRANDE DO SUL - Relator(a): Min. GILMAR MENDES - Julgamento: 11/05/16 - Publicação: 29/07/16).

necessário o rigor penitenciário, ficando estabelecido que em cada comarca, deverá existir uma Cadeia Pública.

Ressalte-se que na falta de cadeias públicas, os presos poderão ser custodiados em penitenciárias, desde que devidamente separados dos presos definitivos, conforme determina a Lei de Execução Penal em seu artigo 84.

4 ENCARCERAMENTO FEMININO

Os sistemas penais no Brasil e no mundo foram pensados para homens e por homens. Em razão disso, as especificidades da mulher por muitas vezes desconsideradas pelas políticas públicas criminais. O doutrinador abaixo da alguns exemplos sobre essas peculiaridades:

No Estado de São Paulo, as pessoas presas sob responsabilidade da Secretaria de Administração Penitenciária (SAP) recebem uniformes quando adentram a unidade. Certa vez, houve a desativação de uma unidade feminina que seria reaberta como masculina. A SAP pediu que a diretora da unidade em referência recolhesse os uniformes das presas, pois poderia redistribuí-los aos homens assim que estes chegassem à unidade. **Isto porque o uniforme era feito para os homens e distribuído para as mulheres.** Aconteceu que as mulheres customizaram as roupas com bordados e apliques numa tentativa de se sentirem femininas em roupas masculinas. A Secretaria desistiu da ideia (CERNEKA, 2016, p. 63, grifo nosso).

A Constituição Federal de 1988, visando preservar a dignidade da pessoa humana, previu proteção ao custodiado de maneira geral, garantindo também uma atenção especial a mulher presidiária e mãe.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Quando se trata sobre a prisão feminina, impossível esquecer que muitas são mães, e possuem direito de um tratamento diferenciado.

Segundo levantamento do INFOPEN¹⁹, a população carcerária feminina cresce constantemente. Em uma pesquisa realizada em 2016, com um crescimento relatado em 656% (seiscentos e cinquenta e seis por cento) em comparação ao ano de 2000, o Brasil é o quarto país que mais prende e também o quarto que tem a maior taxa de aprisionamento de mulheres no mundo (CNJ, 2018).

Os dados apontam que o crime mais cometido é o de tráfico de drogas.

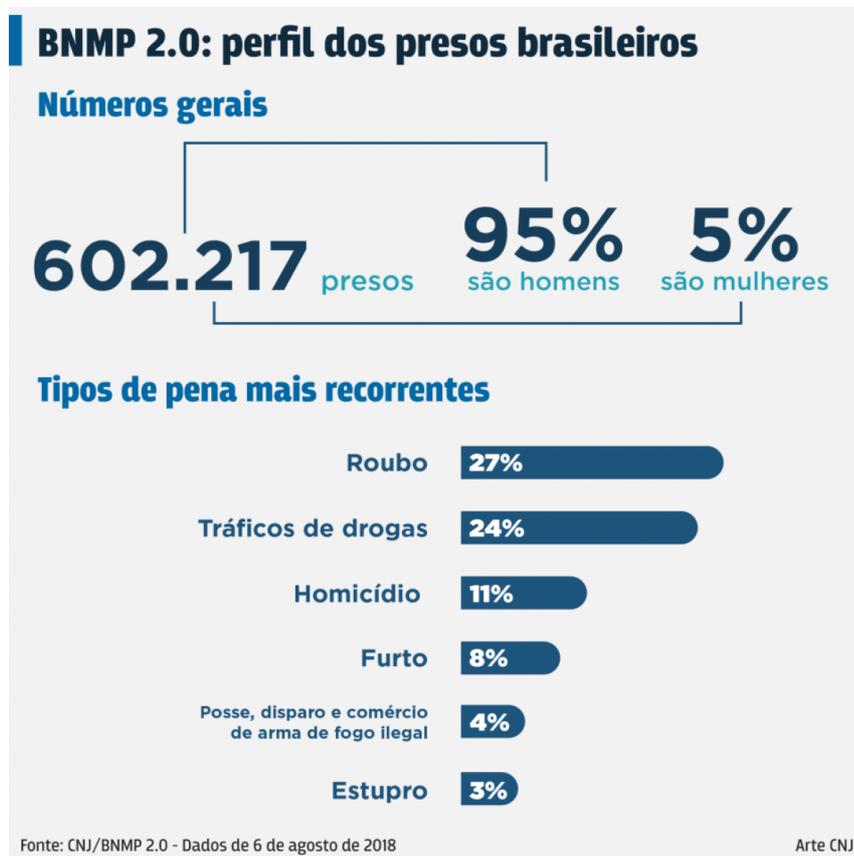
Ainda usando o mesmo levantamento, considerando toda a população feminina encarcerada na época, 74% (setenta e quatro por cento) eram mães.

¹⁹Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.

Um levantamento mais recente, apresentado pela Ministra Cármen Lúcia no dia 07 de agosto de 2018, comprova que existem atualmente no Brasil 602.217 (seiscentos e dois mil e duzentos e dezessete) presos, dos quais 95% (noventa e cinco por cento) são homens e 5% (cinco por cento) são mulheres (CNJ, 2018).

De um modo geral, os crimes mais praticados são o de roubo e o de tráfico de drogas: “Para a conselheira Maria Tereza Uille, chama atenção o elevado percentual de presos condenados por roubo e por tráfico de drogas, que juntos somam 51% dos tipos de penas mais recorrentes” (CNJ, 2018).

Figura 03 - Números gerais e tipos de pena mais recorrentes



Fonte: CNJ, 2018

O Conselho Nacional de Justiça também apresentou na mesma data, os dados processuais dos presos, demonstrando a porcentagem de presos provisórios, condenados em execução provisória e condenados em prisão preventiva. O regime de cumprimento de pena também é destacado.

Figura 04: Dados processuais dos presos

BNMP 2.0: Dados processuais dos presos



Fonte: CNJ, 2018

Segundo o estudo disponibilizado, o estado de Minas Gerais tem a segunda maior população carcerária do Brasil, totalizando cerca de 60 (sessenta) mil presos.

O Estado só tem menos presos que São Paulo, com uma população estimada de 170 mil detidos. No entanto, em proporção ao tamanho da população, os Estados que dispõem das taxas mais elevadas no país são Mato Grosso do Sul e Acre, enquanto os que possuem o menor número de presos em relação à sua população total são Bahia e Alagoas — levando em consideração que em relação à São Paulo e Rio Grande do Sul os dados ainda não estão completos (CNJ, 2018).

Sobre o número de mulheres encarceradas, a ministra Cármen Lúcia destacou: “O número proporcional de mulheres presas no Brasil ainda é baixo, se observamos a média mundial. No entanto, temos observado um crescimento elevado nos últimos anos, devido à condenação de mulheres envolvidas no tráfico” (ROCHA, 2018 *apud* CNJ, 2018).

A respeito da evolução de mulheres presas no Brasil, diz o CNJ:

Multiplicou-se por oito o total de mulheres presas no Brasil em 16 anos. O número de presas passou de 5.601 em 2000 para 44.721 em 2016, segundo o Departamento Penitenciário Nacional (Depen) do Ministério da Justiça. Com o aumento, a representação das mulheres na massa prisional passou de 3,2% para 6,8% no período.

[...]

O Brasil possui a quinta maior população de detentas do mundo – a terceira se considerados ambos os sexos. Das 1.422 prisões brasileiras, 107 (7,5%) são exclusivamente femininas e outras 244 (17%) mistas, conforme o Depen. Entre as 44,7 mil detidas, **43% são provisórias, à espera de julgamento definitivo** (CNJ, 2017, grifo nosso).

Segue o gráfico demonstrativo abaixo:

Figura 05: Evolução de mulheres presas no Brasil



Importante destacar que entre cinco mulheres encarceradas, quatro são chefes de família e responsáveis pela guarda das crianças, o que corresponde a 80% (oitenta por cento) da população feminina presa (CNJ, 2017).

De acordo com o Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes indica que em janeiro de 2018, 622 (seiscentas e vinte e duas) mulheres presas no Brasil estavam nessas condições.

Figura 06: Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes



Fonte: CNJ, 2018

Importante frisar que, quando a presente pesquisa se refere à mulher gestante, a autora não está se remetendo apenas a mulher grávida privada de liberdade, mas também às mulheres que engravidam no próprio estabelecimento prisional, uma vez que todos os custodiados, independente do sexo, tem direito à visita íntima.

O Estado fornece meio de prevenção de doenças infectocontagiosas bem como gravidez por meio de distribuição de preservativos. Todavia, não há como obrigar o (a) privado (a) de liberdade, ao uso dos mesmos.

Ressalte-se que mesmo a população carcerária feminina ser minoria no país, conforme os dados apresentados, ela vem crescendo constantemente e a falta de adequação do sistema às peculiaridades femininas é notável. Acerca dos estabelecimentos femininos compara a doutrina:

No que tange à destinação dos estabelecimentos, apenas por força da publicação do lançamento do INFOPEN de junho de 2014, foi possível quantificar os tipos de estabelecimentos prisionais brasileiros. Os dados levantados mostram que há 1.070 unidades masculinas, o que configura um percentual de 75%. Nas outras destinações, há o indicativo de 238 estabelecimentos mistos (17%) e 103 estabelecimentos femininos (7%) (SANTOS, 2014, *apud* BICALHO, 2018, p. 33).

A defensora pública de São Paulo, Carolina Costa Fiães Bicalho, ressalta em sua obra outras peculiaridades e normas não cumpridas pelo Sistema Prisional, apresentando um panorama geral:

Os dados sobre 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, 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. Já quanto à existência de berçário ou centro de referência materno infantil, 32% das unidades femininas dispunham do espaço, enquanto apenas 3% das unidades mistas o contemplavam. Apenas 5% das unidades femininas dispunham de creche, não sendo registrada nenhuma creche instalada em unidades mistas (BICALHO, 2018, p. 35).

Por fim, salienta-se que a falta ou ineficácia de políticas públicas voltadas para ressocialização ameaçam cada vez mais o convívio familiar das presas e reeducandas mulheres com seus filhos, privando-as de dar educação e prover o sustento dos mesmos, pois quando se fala em família, também remete-se a gestação.

4.1 Direito das crianças e adolescentes envolvidos

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 19 preceitua ainda que: “Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família.” (BRASIL, 1990).

Deste modo, qualquer forma de afastamento dos pais, deixando de prestar assistência aos menores, vai contra os direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Quando a idade dos menores, o Estatuto da Criança e do Adolescente considera criança quem tem 12 (doze) anos incompletos e adolescente quem tem de 12 (doze) a 18 (dezoito) anos.

Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.
Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade (BRASIL, 1990).

O poder familiar é tratado pelo Código Civil de 2002 entre os artigos 1630 e 1638. Já o Estatuto da Criança e Adolescente, esclarece sobre o direito à convivência familiar nos artigos 21 a 24. Sobre a perda e suspensão do poder familiar, o estatuto menciona entre os artigos 155 a 163.

Ressalte-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente, é um microsistema e possui autonomia e prevalência sob as demais regras.

O Artigo 227²⁰ da Constituição garante às crianças e adolescentes, proteção integral, atribuindo à família, ao Estado e a toda a sociedade, o dever de proporcionar um ambiente onde todas as garantias sejam cumpridas.

²⁰Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

O artigo 1.634 do Código Civil de 2002 relaciona os atributos inerentes ao poder familiar, que serão exercidos por ambos os genitores:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

- I - dirigir-lhes a criação e a educação;
- II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (BRASIL, 2002).

Maria Berenice Dias critica a falta de uma atribuição essencial:

Nesse extenso rol não consta o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o dever de lhes dar amor, afeto e carinho. A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a encargos de natureza patrimonial. A essência existencial do poder familiar é a mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar. Daí a tendência jurisprudencial em reconhecer a responsabilidade civil do genitor por abandono afetivo, em face do descumprimento do dever inerente à autoridade parental de conviver com o filho, gerando obrigação indenizatória por dano afetivo. A omissão dos genitores, deixando de garantir a sobrevivência dos filhos, como, por

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

§ 8º A lei estabelecerá: (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas. (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010) (BRASIL, 1988).

exemplo, deixando imotivadamente de pagar os alimentos, configura o delito de abandono material (DIAS, 2015, p. 465-466).

Na hipótese de um dos pais, por omissão ou comissão, não cumprir com seus deveres, ou até mesmo violar o direito dos mesmos, poderá ocorrer à suspensão ou até mesmo a perda do poder familiar.

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.
Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão (BRASIL, 2002)

As causas que determinam a suspensão estão previstas no artigo 1637 do Código Civil e no artigo 24 do Estatuto da Criança e Adolescente, e uma delas é justamente a condenação por sentença irrecorrível, quando a pena excede a dois anos de prisão.

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.
Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão (BRASIL, 2002, grifo nosso).

Art. 24. A perda e a suspensão do pátrio poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22 (BRASIL, 1990).

A suspensão irá perdurar o tempo suficiente para que os pais regularizem a situação irregular e cumpra reprimenda imposta pelo Poder Judiciário.

Pode-se dizer que a condenação, seja ela a imposição de pena privativa de liberdade, restritiva de direitos, de multa ou medida de segurança, é o efeito principal da sentença criminal condenatória. Existem também outros efeitos, ainda no âmbito penal, denominados secundários, como a reincidência, a impossibilidade e revogação da Suspensão condicional da pena, a revogação do livramento condicional, entre outros. Existem, porém efeitos que se apresentam fora da esfera penal, estes são chamados de efeitos Extra- penais. [...] Os Efeitos Extra- penais, por sua vez, podem ser genéricos ou específicos. Os efeitos genéricos são automáticos, ou seja, não precisam ser abordados pelo juiz na sentença. [...] Quanto aos efeitos específicos, estes não são automáticos, só se aplicam a determinados crimes e em situações específicas. Incumbe ao juiz mencioná-los expressamente na sentença, sob pena de perda de sua eficácia (efeitos) (FARINELI, 2016, p. 1)

Conclui-se, portanto, que, é automática a suspensão do poder familiar em caso de condenação penal irrecorrível. Da mesma forma dispõe o CNJ:

Segundo a Cartilha da Mulher Presa, editada pelo CNJ, em 2011, a mulher não perde a guarda dos filhos quando é presa, mas a guarda fica suspensa até o julgamento definitivo do processo ou se ela for condenada a pena superior a dois anos de prisão. Enquanto cumpre pena, a guarda de filhos menores de idade fica com o marido, parentes ou amigos da família. Depois de cumprida a pena, a mãe volta a ter a guarda do filho, se não houver nenhuma decisão judicial em sentido contrário (CNJ, 2018).

4.1.1 Amamentação como direito à saúde da criança

O recém-nascido, na maioria das vezes, durante o período lactante, se alimenta de forma exclusiva do leite materno, desenvolvendo-se um laço maternal entre a mãe e a criança.

A amamentação ou aleitamento materno é visto como imprescindível para bebês em seus primeiros meses de vida. A Organização Mundial da Saúde já publicou diversas orientações relacionadas à importância da amamentação. Mais recentemente, a Organização das Nações Unidas adotou a chamada Agenda 2030, a qual inclui 17 objetivos de desenvolvimento sustentável – ODS –, adotados por diversas entidades ao redor do mundo (BICALHO, 2018, p. 36).

A Constituição Federal em seu artigo 83, § 2º e a Lei de Execução Penal em seu artigo 89, prevêm às mulheres presas, condições dignas para uma gestação e alimentação dos seus filhos, o que nem sempre são observadas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe como direito fundamental da criança a amamentação.

Art. 8: 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.

[...]

§ 7º A gestante deverá receber orientação sobre aleitamento materno, alimentação complementar saudável e crescimento e desenvolvimento infantil, bem como sobre formas de favorecer a criação de vínculos afetivos e de estimular o desenvolvimento integral da criança (BRASIL, 1990).

O artigo 9º do referido estatuto também determina 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” (BRASIL, 1990).

É inquestionável a importância da amamentação para a saúde da criança, e desta maneira, o assunto se torna muito mais relevante no contexto da prisão, já que a prisão da mãe se torna um problema a convivência entre a genitora e seus filhos e à alimentação dos mesmos.

Deve o bebê permanecer no cárcere junto com a mãe? É a prisão local adequado para uma criança em seus primeiros meses de vida (ou em qualquer idade)? Se a prisão não é local adequado para bebês, ainda que em ambiente separado e especialmente destinado ao fim de garantir os primeiros cuidados e aleitamento materno, devem eles, então, ser separados de suas mães? Ou a prioridade é que permaneçam em casa, com suas mães, ainda que elas estejam sendo processadas criminalmente? (BICALHO, 2018, p. 38)

De forma totalmente abstrata, o legislador, com o intuito de proteger o direito da saúde da criança, prevê regras a fim de garantir a permanência das crianças dentro dos estabelecimentos prisionais.

A seguir, algumas previsões específicas sobre amamentação, das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras – Regras de Bangkok:

Regra 42.1. Mulheres presas deverão ter acesso a um programa amplo e equilibrado de atividades que considerem as necessidades específicas de gênero.
 2. O regime prisional deverá ser flexível o suficiente para atender às necessidades de mulheres grávidas, lactantes e mulheres com filhos. Nas prisões serão oferecidos serviços e instalações para o cuidado das crianças a fim de possibilitar às presas a participação em atividades prisionais.
 3. Haverá especial empenho na elaboração de programas apropriados para mulheres grávidas, lactantes e com filhos na prisão.
 Regra 48.2. Mulheres presas não deverão ser desestimuladas a amamentar seus filhos, salvo se houver razões de saúde específicas para tal (BRASIL, 2016).

O Código Penal traz em seu artigo 37, garantia de que as mulheres cumpram a reprimenda em estabelecimento próprio, respeitando-se à sua condição especial.

A Lei de Execução Penal, por sua vez, recebeu algumas alterações pela Lei n. 11.942/09, a fim de assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência: “Dentre as alterações, destaca-se a nova redação do artigo 83, parágrafo 2º, o qual determina que os estabelecimentos prisionais femininos serão dotados de berçário, nos quais as mulheres possam amamentar seus filhos, no mínimo, até os seis meses de idade” (BICALHO, 2018, p. 40).

Outra alteração importante, a fim de assegurar a convivência da criança e do adolescente com os pais privados de liberdade, está na Lei 12.962/2014 que alterou o Estatuto

da Criança e do Adolescente: “No artigo 8º a referida lei preocupou-se com a saúde e o desenvolvimento integral da criança que se encontre em unidade de privação de liberdade juntamente com a mãe” (BICALHO, 2018, p. 40).

5 REALIDADE DAS MULHERES NO CÁRCERE

Os estabelecimentos prisionais atualmente, principalmente no que condiz com o aprisionamento feminino, são locais onde se violam direitos.

Em relação às penitenciárias femininas brasileiras, apesar de haver diferenças importantes entre elas – sendo umas mais garantidoras de direitos, melhor equipadas e mais bem estruturadas que outras – podemos dizer que nenhuma delas funciona em respeito pleno aos parâmetros legais vigentes, considerando aqui as regras de Bangkok e a Lei no 7.210/84 – Lei de Execução Penal Brasileira (LEP) (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015).

Como já exposto no capítulo anterior, o encarceramento feminino em massa tem evoluído de forma significativa nos últimos anos, e boa parte desses números são mães, que na maioria das vezes sofrem com o fato de estarem afastadas do seio familiar.

A angústia das mães em não saber onde estão os filhos, como estão os filhos, com quem estão os filhos, é algo que exacerba o peso da pena a elas imposta. O mesmo censo também mostrou que enquanto os homens presos gastam consigo mesmo o dinheiro que ganham trabalhando dentro do presídio, a maioria das mulheres acaba utilizando o dinheiro para ajudar a sustentar suas famílias. Para piorar o quadro, elas se angustiam mais por seus filhos e recebem menos visitas do que os homens. Pois quem visita o homem é a mulher (SIMÕES, 2013 *apud* BICALHO, 2018, p. 43).

Sônia Drigo, advogada e militante dos direitos das mulheres presas, em uma entrevista ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, relatou, sobre a questão da gravidez e amamentação no cárcere em São Paulo:

[...] existe a possibilidade de amamentar os bebês por seis meses, sem muita estrutura para isso. As unidades do interior, cadeias públicas na maioria, não permitem e não têm espaço. As parturientes são deslocadas para a Capital. A partir da parceria estabelecida com a Secretaria Estadual de Saúde no ano passado, as mulheres são internadas no Centro Hospitalar ou na Feminina da Capital, após o parto na rede pública (Mandaqui ou Vila Penteado), o que vem causando sérios problemas, pois bebês já nasceram nas celas por falta de atendimento médico. O Grupo de Estudos e Trabalho “Mulheres Encarceradas”, do qual o IBCCRIM faz parte, encaminhou à Defensoria Pública um ofício solicitando a intervenção dos defensores em favor das gestantes, para que possam cumprir a prisão (provisória ou definitiva) em seu domicílio, enquanto durar a amamentação, a exemplo do que foi concedido em Franca/SP e Passos/MG e o STJ já deferiu benefício semelhante. As lactantes sofrem muito com o distanciamento dos outros filhos. Acham que ficam aqui amamentando um, sem saber como os outros filhos estão sendo cuidados. Se você perguntar a uma delas o que mais deseja vai receber como resposta unânime: voltar para perto dos filhos. Outras reconhecem que não fizeram pelos outros o que conseguem fazer aqui nos seis meses de amamentação. É um período curto, mas que pode (ou deveria) trazer benefícios a toda família, ex., preparar essas mães com cursos de puericultura, atendimento psicológico, pós-natal, maternidade responsável (DRIGO, 2016 *apud* BICALHO, 2018, p. 44).

Percebe-se que assim como no Estado de São Paulo, a realidade das mulheres encarceradas encontra-se distante das diretrizes legais, constitucionais e internacionais em todo o país.

A seguir outros exemplos da teoria:

As presas têm direito também à assistência material, devendo receber roupas, cobertas, material de higiene e limpeza e produtos de higiene pessoal suficientes para que sua integridade física ou moral não seja colocada em risco. A presa tem direito ainda à assistência à saúde, respeitadas as peculiaridades de sua condição feminina, inclusive ginecologista e participação em programas de prevenção a doenças sexualmente transmissíveis (CNJ, 2018).

Um exemplo é a previsão do artigo 89 da Lei de Execução Penal, que prevê a existência de creche anexa ao estabelecimento prisional e um local com condições apropriadas à gestante e à amamentação. Previsão distante da realidade:

Apesar da previsão, só há creche em três (7,3%) das 41 unidades citadas no ofício. Em uma delas, o Conjunto Penal Feminino de Salvador, o local sequer é usado, a pretexto de que faltam adaptações e as presas sentem-se inseguras com as condições sanitárias. Apenas 13 (31%) das unidades respondentes possui berçário. O informe registra, por exemplo, que um bebê vive na mesma cela que a mãe e duas outras detentas, em presídio sem berçário de Santa Catarina. Também foi verificada a manutenção de criança de cinco meses com a mãe em cadeia de Rio Branco (AC), onde há berçário. Falta escolta para cuidados pré-natais em 13 (31%) das unidades. Em Salvador, usam-se veículos administrativos para escoltar gestantes e mães com os bebês nos atendimentos, já que o emprego de carro cela e algemas fere protocolos operacionais. Na ausência de efetivo militar, agentes penitenciárias acompanham o transporte (CNJ, 2018).

Tais previsões, na teoria, tem a finalidade de propiciar um local adequado à mulher gestante e ao recém-nascido, o que foge da realidade.

Para cumprir a lei, as penitenciárias femininas devem contar com espaços adequados para as mulheres nessas situações, normalmente, uma ala reservada para mulheres grávidas e para internas que estejam amamentando. Além disso, a criança tem o direito a ser atendida por um pediatra enquanto estiver na unidade. As visitas do CNJ aos presídios femininos têm constatado que o acesso à assistência médica continua um problema ainda a ser solucionado (CNJ, 2018)

Sobre a realidade feminina, complementa Vanessa Fusco Nogueira Simões:

As presas deveriam estar em lugares apropriados de acordo com a classificação de segurança que lhes foi designada. No entanto, em geral, existem poucos lugares de baixa segurança para mulheres. Assim, ainda que a mulher tenha sido classificada

como uma reclusa de “baixa segurança”, ficará presa em um regime de alta segurança.

Classificar equivocadamente as reclusas tem um impacto sobre cada um dos aspectos de sua experiência na prisão, entre outras: sua liberdade de deslocamento, a frequência e o tipo de contato que terão com filhos e outros membros da família, e as oportunidades educativas e profissionais disponíveis para elas.

As Regras Penitenciárias Europeias estabelecem o princípio de mínima restrição, bem como as Regras Regionais vigentes na América Latina, ratificadas pelo Brasil (SIMÕES, 2013, p. 57)

Importante mencionar que antes da Lei 13.434, sancionada em 2017, o uso de algemas, inclusive durante o trabalho de parto era comum.

Antes da Lei, apesar de haver a resolução do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCC), de 2012, e Súmula do Supremo Tribunal Federal, a brutalidade era comum sob alegação de “risco de fuga”. Somente no Rio de Janeiro, pesquisa de 2015 elaborada pela Fundação Oswaldo Cruz revelou que, de um universo de 200 presas grávidas, 35% estavam algemadas durante o trabalho de parto (CNJ, 2018).

A ineficiência do Estado, bem como o consenso de que o estabelecimento prisional não é um ambiente adequado para mulheres e crianças contribuem para a situação atual.

5.1 Prisão domiciliar

A fim de diminuir a violação de direitos relacionados ao encarceramento, em maio de 2011 foi aprovada a Lei 12.403²¹, que alterou alguns dispositivos do Código de Processo Penal sobre medidas cautelares diversas da prisão.

Dentre as medidas cautelares diversas da prisão, está a prisão domiciliar, prevista nos artigos 317 e 318 do Código de Processo Penal:

Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

²¹ Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo (BRASIL, 1941, grifo nosso).

Para os fins do artigo 318, V, do CPP, basta a prova idônea de que a mulher possui filho menor de 12 anos, sendo despendida a prova de que ela seria a única responsável pelos cuidados da criança, requisito este que se aplica apenas em se tratando de preso homem, conforme inteligência do inciso VI do dispositivo legal supracitado.

A medida consiste no recolhimento da acusada mulher em sua residência, até o limite máximo do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, podendo se ausentar apenas mediante ordem judicial.

Em casos semelhantes ao caso presente, assim decidiu o TJMG:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA. POSSIBILIDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. **SUBSTITUIÇÃO DA MEDIDA POR PRISÃO DOMICILIAR. PACIENTE COM FILHO MENOR DE DOZE ANOS. VIABILIDADE. ARTIGO 318, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.** LIMINAR RATIFICADA E ORDEM CONCEDIDA. - Cabível a manutenção da prisão preventiva quando demonstrada a presença dos requisitos do artigo 312 do CPP. - **Tratando-se de paciente mulher com filho menor de 12 anos de idade, preenchido o requisito do artigo 318, V, do Código de Processo Penal, é cabível a substituição da prisão preventiva por domiciliar.** (TJMG - Habeas Corpus Criminal 1.0000.17.025853-7/000, Relator(a): Des.(a) Nelson Missias de Moraes , 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 22/06/2017, publicação da súmula em 03/07/2017, grifo nosso)

EMENTA: HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA - REITERAÇÃO DO PEDIDO - SÚMULA 53 - WRIT NÃO CONHECIDO - **PRISÃO DOMICILIAR - NECESSIDADE** - CONHECER EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, CONCEDER A ORDEM. I - Considerando que o pedido de revogação é mera reiteração de outro anteriormente formulado, e não tendo sido demonstrado novos fatos a alterar o entendimento já esboçado, a impetração não deve ser conhecida, nos termos da Súmula 53 deste Tribunal. II - **Nos termos do art. 318, V, do Código de Processo Penal, recentemente alterado pela Lei 13.257/2016, em se tratando de agente do sexo feminino com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos, é imperiosa a substituição da sua prisão preventiva por prisão domiciliar.** (TJMG -Habeas Corpus Criminal 1.0000.17.014269-9/000, Relator(a): Des.(a) Júlio César Lorens , 5ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 04/04/2017, publicação da súmula em 10/04/2017, grifo nosso)

O artigo 282, do Código de Processo Penal, determina em seu parágrafo 6º:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:
[...]

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (BRASIL, 1941).

O dispositivo acima determina que a prisão preventiva somente poderá ser decretada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, remetendo expressamente ao artigo 319²² do Código de Processo Penal.

Sobre a prisão domiciliar, a doutrina:

A prisão domiciliar, por sua vez, encontra-se prevista no capítulo anterior às cautelares alternativas à prisão. Assim, muito embora a prisão domiciliar do artigo 318, do CPP, possua natureza cautelar posto que ainda não transitada em julgado sentença penal condenatória, ela não deixa de ser prisão. A domiciliar possui natureza cautelar nos mesmos moldes da prisão preventiva, tanto que é computada para fins de detração penal. Ela constitui apenas uma substituição por questão de humanidade. Dessa forma, a concessão de prisão domiciliar independe da primariedade da acusada (BICALHO, 2018, p. 46).

Nos termos das Regras de Bangkok, de dezembro de 2010, a adoção de medidas não privativas de liberdade deve ter preferência, no caso de grávidas e mulheres com filhos dependentes, vejamos:

2. Mulheres grávidas e com filhos dependentes

Regra 64

Penas não privativas de liberdade serão preferíveis às mulheres grávidas e com filhos dependentes, quando for possível e apropriado, sendo a pena de prisão apenas considerada quando o crime for grave ou violento ou a mulher representar ameaça

²² Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial

IX - monitoração eletrônica.

§ 1º (Revogado).

§ 2º (Revogado).

§ 3º (Revogado).

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares (BRASIL, 1941).

contínua, sempre velando pelo melhor interesse do filho ou filhos e assegurando as diligências adequadas para seu cuidado (BRASIL, 2016).

Sobre a interpretação do dispositivo, a defensora pública explica:

[...] deve ser seguida a parte da doutrina que entende que, “embora o art. 318 utilize o verbo “poderá”, é de considerar que, demonstrada a hipótese de incidência do art. 318, o juiz deverá determinar o cumprimento da prisão preventiva em prisão domiciliar. Ou seja, deve-se ler o ‘poderá’ como ‘deverá’ (BICALHO, 2018, p. 46).

Por fim, cabe trazer um julgamento histórico do Supremo Tribunal Federal, onde ao decidir sobre o Habeas Corpus 143.641, impetrado pelo Coletivo de Advogados de Direitos Humanos e pela Defensoria Pública da União²³, determinou a substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas, em todo o território nacional, que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2018).

Dentre as sustentações, destaca-se na decisão:

Afirmaram que a prisão preventiva, ao confinar mulheres grávidas em estabelecimentos prisionais precários, subtraindo-lhes o acesso a programas de saúde pré-natal, assistência regular na gestação e no pós-parto, e ainda privando as crianças de condições adequadas ao seu desenvolvimento, constitui tratamento desumano, cruel e degradante, que infringe os postulados constitucionais relacionados à individualização da pena, à vedação de penas cruéis e, ainda, ao respeito à integridade física e moral da presa.

Asseveraram que a política criminal responsável pelo expressivo encarceramento feminino é discriminatória e seletiva, impactando de forma desproporcional as mulheres pobres e suas famílias.

[...]

Ressaltaram que os estabelecimentos prisionais não são preparados de forma adequada para atender à mulher presa, especialmente a gestante e a que é mãe.

[...]

Destacaram também a vulnerabilidade socioeconômica das mulheres presas preventivamente no Brasil (BRASIL, 2018).

A decisão do HC 143641 busca terminar com os empecilhos jurisprudenciais até então colocados para substituir a prisão preventiva pela prisão domiciliar.

Complementando essa importante decisão, a doutrina:

²³Bem como pelo defensor público-geral federal, tendo como *amici curiae* o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, a Pastoral Carcerária e o Instituto Terra Trabalho e Cidadania (ITTC), além dos defensores públicos-gerais de todos os estados brasileiros.

A histórica decisão do Supremo Tribunal Federal, que deferiu às presas em prisão cautelar ou provisória a conversão para prisão domiciliar, tem, entre seus acertados embasamentos jurídicos, a revalorização de um princípio essencial ao Direito Penal, qual seja, o princípio da pessoalidade, da intranscendência ou intransmissibilidade da pena, segundo o qual a sanção decorrente de prática de delito só pode atingir a pessoa de seu autor e ninguém mais (AMARAL, 2018, p. 1).

A concessão do Habeas Corpus demonstra que o excesso de formalismo da estrutura jurídica não tem o condão de afastar a isonomia e a equidade, uma vez que a justiça está a serviço da própria sociedade, abrangendo a todos, independente do sexo.

Lado outrem, infelizmente, a decisão é entendida com reservas por alguns juristas, que entendem pela excepcionalidade e não pelo cumprimento automático:

Portanto, a decisão do HC Coletivo n.º 143641, do STF, muito celebrada por diversas entidades defensoras dos direitos femininos, ainda que representando significativo avanço na interpretação constitucional para os julgamentos dos casos de conversão de prisão preventiva em prisão domiciliar para mulheres mães e gestantes, é comumente entendida com reservas, devendo ser verificada a existência de excepcionalidade comprovada para o estabelecimento de uma prisão domiciliar nos termos previstos em lei, não sendo, portanto, medida de deferimento automático, podendo demandar a cabal demonstração do alegado e até mesmo laudo social (CASTRO FILHO, 2018, p. 1).

A referida decisão foi apenas um espelho para demais decisões que possam visar o lado humanitário das mulheres e das pessoas a ela relacionadas.

7 CONCLUSÃO

As dificuldades encontradas hoje no sistema prisional brasileiro têm origens históricas e acompanham toda a história do país.

É inquestionável a importância da promoção de políticas públicas que reafirmem e assegurem a dignidade da pessoa humana e aos demais direitos e garantias constitucionais.

As mulheres encarceradas, na maioria das vezes são vulneráveis ao sistema penitenciário, uma vez que a realidade está bem afastada da teoria legislativa.

A falta ou ineficácia de políticas públicas voltadas para ressocialização ameaçam cada vez mais o convívio familiar das presas e reeducandas mulheres com seus filhos, privando-as de dar educação e prover o sustento dos mesmos.

Quando se trata sobre a prisão feminina, impossível esquecer que muitas são mães, e possuem direito de um tratamento diferenciado.

Lado outrem, a Constituição garante às crianças e adolescentes, proteção integral, atribuindo à família, ao Estado e a toda a sociedade, o dever de proporcionar um ambiente onde todas as garantias sejam cumpridas.

A restrição à liberdade deve ser considerada como uma medida excepcional e somente em situações de extrema gravidade se justifica a prisão provisória.

A prisão domiciliar prevista na Lei de Execução Penal é uma medida humanitária, onde o judiciário não deve colocar empecilhos à sua concessão, por se tratar de natureza cautelar. Ademais, a prisão provisória, bem como regras e carências de recursos nos estabelecimentos prisionais não devem estar acima da presunção de inocência da mãe e dos direitos das crianças e do convívio familiar.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Beatriz Helena Ramos. **A dignidade da mulher, o HC 143.641 e a aplicação da Lei 13.257/2016. 2018.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-19/mp-debate-dignidade-mulher-hc-143641-aplicacao-lei-132572016>>. Acesso em: 10.out.2018.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução penal: esquematizado.** 1.ed. São Paulo: Forense, 2014

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas..** 3. ed. São Paulo: RT, 2006.

BICALHO, Carolina Costa Fiães. **Direito ao aleitamento materno no contexto da prisão domiciliar.** 1. ed. Belo Horizonte: IDDE, 2018

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Manual de Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 2000

BORGES, Cláudia. **Conheça a origem da expressão ‘Olho por olho, dente por dente’.** 2014> Disponível em: <<https://www.megacurioso.com.br/historia-e-geografia/42590-conheca-a-origem-da-expressao-olho-por-olho-dente-por-dente-.htm>>. Acesso em: 06.jul.2018.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação.** 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça.** Regras de Bangkok: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas privativas de liberdade para mulheres infratoras. Brasília: CNJ, 2016. (Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos).Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>>. Acesso em: 11.out.2018.

_____. _____. **Brasil tem 622 grávidas ou lactantes em presídios. 2018.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86062-brasil-tem-622-gravidas-ou-lactantes-em-presidios>>. Acesso em: 12.out.2018.

_____. _____. **Cármem Lúcia apresenta ao CNJ o novo banco nacional de presos. 2018.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87300-carmen-lucia-apresenta-ao-cnj-o-novo-banco-nacional-de-presos>>. Acesso em: 12.out.2018.

_____. _____. **Número de mulheres presas multiplica por oito em 16 anos. 2017.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85563-numero-de-mulheres-presas-multiplica-por-oito-em-16-anos>>. Acesso em: 12.out.2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil De 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10.mai.2018.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 20.fev.2018

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 20.fev.2018

_____. **Lei de 1º de outubro de 1828.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-1-10-1828.htm>. Acesso em: 20.fev.2018.

_____. **Lei de 16 de Dezembro de 1830.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 20.fev.2018.

_____. **Decreto 847 de 11 de outubro de 1890.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm>. Acesso em: 20.fev.2018.

_____. **Decreto-lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 20.jul.2018.

_____. **Decreto-lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20.fev.2018.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 21.fev.2018.

_____. **Lei 8.072 de 25 de julho de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 10.mai.2018.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 21.fev.2018.

_____. **Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 21.fev.2018.

_____. **Lei nº 11942, de 28 de maio de 2009.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11942.htm>. Acesso em: 21.fev.2018.

_____. **Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm>. Acesso em: 21.set.2018.

_____. **Lei nº 13.434, de 12 de abril de 2017.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13434.htm>. Acesso em: 21.set.2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28641320%2ENU ME%2E+OU+641320%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/haspe67>>. Acesso em: 20.set.2018.

_____. _____ . Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 10.out.2018.

_____. **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. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/201clugar-de-crianca-nao-e-na-prisao-nem-longe-de-sua-mae-201d-diz-pesquisa/pesquisa-dar-a-luz-na-sombra-1.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201501570466&dt_publicacao=08/10/2015>. Acesso em: 23.jun.2018.

_____. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=F05AED887FE1985CF4035D790AE84FC2.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.17.014269-9%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar> Acesso em: 23.jun.2018.

_____. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=F05AED887FE1985CF4035D790AE84FC2.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.17.025853-7%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar> Acesso em: 23.jun.2018.

CERNEKA, Heidi Ann. **Homens que menstruam**: considerações acerca do sistema prisional às especificidades da mulher. Veredas do Direito, Belo Horizonte. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/6/5>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Execução penal**. 9. ed. São Paulo: Paloma, 2003

CASTRO FILHO, Francisco Carlos Gomes de. **Prisão Domiciliar Automática para Mulheres após a Decisão do HC Coletivo n.º 143641, do STF?** 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/69170/prisao-domiciliar-automatica-para-mulheres-apos-a-decisao-do-hc-coletivo-n-143641-do-stf>>. Acesso em: 10.out.2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **Princípios penais constitucionais**. 1.ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FARIA, Marcelo Uzeda de. **Execução Penal**. Salvador: JusPodivm, 2011.

FARINELI, Jéssica Ramos. **Efeitos da Condenação Criminal**. InfoEscola. Disponível em: <www.infoescola.com/direito/efeitos-da-condenacao-criminal/>. Acesso 24.mai.2018

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: a história de violência nas prisões**. São Paulo: Vozes, 2000.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Del Rey editora, 2007.

JESUS, Damásio de. **Manual de Direito Penal**. v. 1. São Paulo : Atlas, 2004

JURISCONSULTO, Jkoffler. **A propósito da maioria penal**. 2015. Disponível em: <<https://jkoffler.jusbrasil.com.br/artigos/205192944/a-proposito-da-maioridade-penal>>. Acesso em: 24.mai.2018.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 12. ed. Saraiva: São Paulo, 2013.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Henrique Viana Bandeira. **Dos sistemas penitenciários**. 2018. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12621>. Acesso em: 20.jul.2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Prisão e liberdade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Código Penal comentado**. 10 ed.. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

RIBEIRO JUNIOR, João. TELLES, Antônio Queiroz. **Constituição: Conceito- Direito e Garantias Constitucionais**: comentários ao art. 1º a 5º da Constituição Federal de 1988. Bauru: Edipro, 1999.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena**: limites, princípios e novos parâmetros. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

SIMÕES, Vanessa Fusco Nogueira. **Filhos do cárcere**: limites e possibilidades de garantir os direitos fundamentais dos filhos das mulheres privadas de liberdade no Brasil. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013