

A MATERNIDADE E A VIVÊNCIA DAS CRIANÇAS NAS PRISÕES FEMININAS DO BRASIL.

Melina Macedo Bemfica¹

Resumo: O ordenamento jurídico Brasileiro protege e garante os Direitos Fundamentais das mulheres em situação de encarceramento e também de seus filhos. Estes direitos estão consagrados na Constituição Federal, na Lei de Execuções Penais, no Estatuto da Criança e do Adolescente, entre outros diplomas normativos. Se indaga como o poder público se vincula a estes direitos já positivados. O mundo dos fatos aponta que estes preceitos jurídicos não estão sendo cumpridos e o poder público continuamente se omite, deixando os menores, um segmento da população naturalmente vulnerável, em uma situação ainda mais gravosa.

Palavras Chave: Prisões Femininas, Direitos Fundamentais, Administração Pública, Direitos das Crianças.

Abstract: The Brazilian legal order protects and ensures the legal rights of women whom are incarcerated, protecting also their children. The constitution and other instruments like penal law and the rights of the child ensure that the protection is effective. It is questioned how the administrative law is ought to act considering those rules. The reality displays that the State is neglecting the inmates and their children, letting this part of the population in a vulnerable position, by not providing them their civil rights.

Keywords: Human Rights, Children Rights, Incarcerated Women, Civil rights.

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico de um país deve ser olhado de forma sistêmica, devendo ser coeso e completo. Neste sentido, a atividade normativa realizada de forma precípua pelos órgãos e pessoas da administração pública devem respeitar os direitos e as garantias fundamentais. Não apenas

¹Aluna da Graduação em Direito do Instituto Brasileiro de Direito Público—Escola de Direito de Brasília. Endereço eletrônico: melinabemfica@gmail.com

a atividade normativa como todas as ações da administração devem ser legais.

Para a administração pública vigora o princípio da legalidade estrita, o que significa que a administração apenas pode agir dentro dos limites estabelecidos pela legislação. Sendo assim, apresenta-se como objetivo entender como os direitos humanos limitam o poder de administrar, principalmente em relação a convivência de menores nas prisões femininas do Brasil.

Se indaga de qual forma a legislação Brasileira disciplina a matéria e se os direitos humanos das crianças são realmente cumpridos dentro dos estabelecimento destinados ao cumprimento de penas privativas de liberdade. A matéria é disciplinada pela Lei de Execuções Penais, no Estatuto da Criança e do Adolescente, e também por tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário como a Convenção sobre os Direitos da Criança.

Serão analisados dados já produzidos pelo Ministério da Justiça, e obras relevantes que citam o tema exposto anteriormente. Faz-se mister desnudar a realidade das crianças e das mães que convivem no sistema prisional, visto que estes muito necessitam da tutela e da proteção do Estado. Observa-se que pouco se discute a situação dos menores e o cumprimento de seus direitos dentro do Sistema Penitenciário Brasileiro.

O tema mostra sua relevância pois o encarceramento feminino no Brasil vem crescendo ano após ano, e junto com este fato, aparecerem as especificidades do gênero feminino em relação ao encarceramento: principalmente as questões relacionadas à gravidez e aos filhos.²

1 – Os direitos das detentas e de seus filhos – o dever ser

Os direitos fundamentais são aqueles vistos como inerentes a pessoa pela sua condição de ser humano. Eles possuem várias características como

² Centro Pela Justiça e Pelo Direito Internacional (CEJIL); Grupo De Estudos e Trabalho Mulheres Encarceradas. **Relatório Sobre Mulheres Encarceradas no Brasil**, 2007. p.5

sua historicidade, o fato de serem inalienáveis e indisponíveis, e serem, em certo sentido, universais.³

Os direitos fundamentais são relacionados com as posições básicas das pessoas, estando positivados no ordenamento jurídico de cada Estado já os Direitos Humanos são reivindicações duradouras a respeito de certas posições vistas como essenciais do homem, e não necessitam estar presentes de forma positivada no ordenamento de um país específico.⁴

Considera-se, então, que os termos Direitos Fundamentais são direitos humanos que o ordenamento interno escolhe positivar. Ambos são direitos advindos da condição humana, porém em um âmbito de análise diferente. Os Direitos Fundamentais se realizam no âmbito interno, e os Direitos Humanos são pensados a partir da ordem internacional.

A Constituição Brasileira de 1988 trouxe elencada ao longo de seu texto diversos direitos e garantias consideradas fundamentais para o Estado Brasileiro. Os incisos XLVIII, XLIX e L asseguram direitos como o cumprimento de pena em estabelecimentos distintos em razão do delito, idade, e sexo do detendo, assegura o respeito a dignidade moral e física das presas, e a possibilidade de que a apenada permaneça com seu filho durante o período de amamentação.⁵

Além dos citados anteriormente, o parágrafo terceiro do artigo 5º expressa que estes direitos não excluem outros decorrentes dos princípios adotados pela Constituição ou advindos de tratados internacionais, nos quais o Brasil seja signatário.

Existem vários tratados internacionais ratificados pelo Brasil que tratam sobre os direitos das crianças. Convenção sobre os Direitos da Criança ratificada em 1990 cita em seu texto o direito da criança, de na medida do possível ser cuidada pelo país, sendo que os Estados parte da

³ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁵ Brasil. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

Convenção se comprometem a tentativa de preservar as relações familiares das crianças.⁶

A Declaração de Princípios sobre a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade feita pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos expõe a obrigatoriedade de alojamento adequado para a necessidade das crianças, devendo a proteção da criança ser ampla, e devendo ser vedada medidas de isolamento entre mães e filhos que convivam em estabelecimentos prisionais.⁷

A lei de execuções penais garante em seu artigo 83 parágrafo 2º a existência de berçários onde as detentas possam amamentar e cuidar de seus filhos até a idade mínima de 6 (seis) meses.

O mesmo diploma legal em seu Artigo 88 coloca a necessidade da existência de seção para a mulher gestante e para parturiente e também a obrigatoriedade de creches para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com o fito de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver em situação de encarceramento.⁸

A execução penal deve ser analisada também dentro dos princípios constitucionais, devendo ser amparadas as garantias individuais.⁹ Sendo assim, é dever do Estado assegurar que os direitos dos filhos, das mães, gestantes e parturientes sejam cumpridos, observando sempre o princípio da dignidade da pessoa humana.

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 19 afirma que toda criança tem o direito de ser criada e educada em seu seio familiar. Não sendo possível, deve viver em família substituta assegurando-se a

⁶ Brasil. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Presidência da República.

⁷ Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Declaração de Princípios sobre a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade**. 2009.

⁸ Brasil. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execuções Penais**. Brasília, DF: Senado Federal.

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.943

convivência com a família consanguínea e a comunidade em um ambiente livre da dependência de entorpecentes.¹⁰

Já o parágrafo 4º do referido artigo coloca o direito da criança de conviver com o pai e com a mãe que estejam em situação de encarceramento, através de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou pela entidade responsável em caso de acolhimento institucional.

O objetivo da regra citada anteriormente é proteger o menor, sendo seu interesse o mais importante. Corroborando a ideia anterior defende Nucci que somente se for do melhor interesse do menor deve manter-se a visitação.¹¹

Afastando-se da discussão se o ambiente das prisões brasileiras é ou não adequado para convivência das mães com seus filhos depreende-se das legislações citadas anteriormente que os direitos das crianças e das mães estão assegurados, sendo que o ordenamento prevê de forma específica como deve ser tratada a criança cuja mãe está em situação de encarceramento, e prevê a obrigatoriedade do cumprimento dos direitos fundamentais assegurados pelo Estado Democrático de Direito. Estes direitos estão positivados pelos diplomas legais citados, e também por convenções e tratados internacionais.

2- O direito das detentas e de seus filhos – a realidade brasileira:

Em pesquisa realizada pelo Ministério da Justiça no ano de 2008 comprovou-se que entre fevereiro e março de 2008, 1,24% das mulheres presas estavam gestantes. Neste mesmo período 0,91% estavam amamentando e 1,04 % das mulheres do sistema possuem os filhos em sua

¹⁰ Brasil. Lei nº 8.069, de 13 de junho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF: Senado Federal.

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.74

companhia. Importante frisar que em 2008, dos 508 estabelecimentos penais que continham mulheres, apenas 58 eram exclusivamente femininos.¹²

Somente cerca de 27% dos estabelecimentos prisionais tem estrutura específica para gestante, dentre os presídios que tem a estruturas somente em 60% dos casos a mulher é colocada no ambiente especial assim que descoberta a gestação.¹³

O pré-natal, que é um direito assegurado a mãe e também ao nascituro, não é realizado de forma adequada, ou nem mesmo é feito. Muitos partos acontecem na própria unidade prisional, sem a assistência adequada existindo denúncias de partos ocorrendo dentro das celas, ou no pátio de unidades carcerárias.¹⁴

Em relação aos berçários referidos pela Lei de Execução Penal apenas 19% dos estabelecimentos possui a estrutura ou equivalente separado das galerias prisionais. Já em relação as creches a situação é ainda mais grave visto que somente 16% das prisões possuem esta estrutura.¹⁵

Na maioria dos presídios brasileiros prevalecem as estruturas improvisadas (51%), sendo que na maioria das vezes, as crianças ficam dentro de celas.¹⁶

As crianças que vivem dentro do sistema prisional ficam em sua maioria (47%) dentro da cela com suas mães, sendo que as crianças que ficam nos berçários e creches muitas vezes estão em locais improvisados, apenas considerados como diferenciados.¹⁷

A lei afirma que a mãe deve ter o direito de manter seu filho por no mínimo 6 meses, isso não condiz com a realidade do sistema prisional.

¹² Brasil. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Mulheres Encarceradas – Diagnóstico Nacional**. Consolidação dos Dados Fornecidos pelas Unidades da Federação, 2008. p.14

¹³ *Idem*. p.15

¹⁴ Centro Pela Justiça e Pelo Direito Internacional (CEJIL); Grupo De Estudos e Trabalho Mulheres Encarceradas. **Relatório Sobre Mulheres Encarceradas no Brasil**, 2007. p.32.

¹⁵ *Idem* p.16

¹⁶ *Idem* p.16

¹⁷ Brasil. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Mulheres Encarceradas – Diagnóstico Nacional**. Consolidação dos Dados Fornecidos pelas Unidades da Federação, 2008. p.17

Somente em 58% dos casos analisados a criança permanece com sua mãe nos primeiros 6 meses. Em 12% dos presídios os infantes somente permanecem com sua genitora pelo período de 4 meses. Já outros estabelecimentos prisionais (6,45%) os menores permanecem no presídio até 2 anos, e em 9,68% a criança pode permanecer com a mãe enquanto esteja sendo amamentada.¹⁸

Existem graves denúncias de detentas que teriam recebidos medicamentos para secar o leite, para não usufruírem do “benefício” de amamentar seus filhos, violando gravemente os direitos da criança e da mãe. Esta situação apenas ilustra o grande número de violações aos direitos humanos que ocorrem nas penitenciárias brasileiras.¹⁹

3 - A realidade do sistema carcerário, os Direitos Fundamentais e a Administração Pública:

Os direitos fundamentais citados anteriormente são previstos de forma Constitucional, isso significa que eles são “parâmetros de organização e limitação dos poderes constituídos”. Os poderes executivo, legislativo e judiciário devem agir guiados pelos direitos fundamentais, e nunca contra estes direitos.²⁰

O poder legislativo é vinculado aos estes direitos fundamentais na medida em que a atividade legiferante deve respeitar estas normas. Essa vinculação pode ocorrer de forma positiva, sendo o legislativo obrigado a

¹⁸Brasil. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Mulheres Encarceradas – Diagnóstico Nacional**. Consolidação dos Dados Fornecidos pelas Unidades da Federação, 2008

¹⁹ Centro Pela Justiça e Pelo Direito Internacional (CEJIL); Grupo De Estudos e Trabalho Mulheres Encarceradas. **Relatório Sobre Mulheres Encarceradas no Brasil**, 2007 p.32

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p.147

regulamentar direitos fundamentais que dependam da edição de outras normas para serem concretizados.²¹

Neste sentido, observamos que as normas para aprofundar os direitos citados no artigo 5º incisos XLVIII, XLIX e L foram editadas, temos esta posituação na Lei de Execuções Penais, e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Já ao poder judiciário cabe defender lesão, ou ameaça aos direitos fundamentais, conforme o artigo 5º, XXXV. O judiciário deve procurar conceder aos direitos fundamentais a maior eficácia possível.²² Cabe ao juiz da vara de execuções penais de acordo com o 66 da LEP: zelar pelo correto cumprimento da pena, inspecionar de forma mensal os estabelecimentos prisionais, tomando providencias para que o local funcione de forma adequada, cabe também a este juiz interditar, no todo ou em parte, os estabelecimentos para cumprimento de pena que estiverem funcionando em condições inadequadas ou que desrespeitem a Lei de Execuções Penais.

Sendo assim, o juiz possui responsabilidade em relação a qualidade dos estabelecimentos prisionais, cabendo a ele denunciar problemas. Apesar das crianças que estão dentro do sistema penitenciário não estejam cumprindo uma pena, cabe também ao juiz zelar, como citado pela lei de execuções penais, pelas condições mínimas dos estabelecimentos prisionais onde os menores convivem.

O poder executivo também é vinculado pelos direitos fundamentais, não somente as pessoas jurídicas de direito público, mais também as pessoas de direito privado que detenham poderes públicos.²³ Esta vinculação faz com que os atos praticados ofendendo estes direitos sejam nulos. A Administração Pública deve agir e criar políticas públicas de forma consoante com os Direitos Fundamentais.

O artigo 37 da Carta Maior afirma que “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015 p.148

²² *Idem*. p.153

²³ *Idem*. p.149

Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.²⁴ Estes princípios que regem a Administração Pública são proposições que condicionaram todas as estruturas subsequentes.²⁵

Tem especial destaque o princípio da legalidade, visto que este é típico do Estado Democrático de Direito, e é essencial para segurança do administrado. Segundo este princípio, a administração apenas pode agir de acordo com a lei. Para os particulares vigora a autonomia da vontade, já a Administração tem seus atos controlados pela lei, devendo sempre obedecê-la. Este princípio é garantido pelo artigo 5, XXXV da Lei Fundamental, quando este institui poderes para que o judiciário aprecie qualquer lesão ou ameaça a direitos.²⁶

Carvalho Filho afirma que não sendo uma atividade da administração autorizada pela lei, esta é ilícita. O princípio da legalidade é essencial para garantir a segurança em um Estado de Direito, sendo que toda atividade dissonante do conteúdo da lei é ilegítima.²⁷

Afirma-se então que todos os níveis da administração pública devem ser vinculados ao cumprimento da lei. Cabe ao legislativo regular a situação das mães e crianças encarceradas. Já ao executivo deve implementar políticas públicas que tem esta parte da população como alvo, sendo papel do judiciário verificar se os dispositivos normativos estão sendo cumpridos.

Olhando a realidade pela luz do princípio da legalidade que guia a administração pública depreende-se que é dever primeiro do Estado cumprir as leis, estando seus atos vinculados a ela. Porém como mostrado através dos dados supracitados a lei vem sendo continuamente descumprida, existindo grave desrespeito os direitos e garantias fundamentais das mães e

²⁴ Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014 p.63

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.64

²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. p.20

dos filhos que estão em situação de encarceramento. O Estado está continuamente se omitindo, perpetuando uma situação de flagrante ilegalidade. Todos os atos praticados pelo Estado contra direitos fundamentais são, portanto ilegais.

Conclusão

Levando em consideração todo o conteúdo citado observa-se que a lei não está sendo cumprida. Os administrados representados pela figura das mães e dos filhos em situação de encarceramento não tem seus direitos fundamentais respeitados, estando em situação de grande vulnerabilidade. A administração pública é vinculada pela lei, porém isto não ocorre no mundo dos fatos. O sistema previsto legalmente tem total capacidade para assegurar os direitos humanos dentro dos estabelecimentos carcerários, desde que os preceitos normativos sejam observados.

Se faz mister que a lei seja cumprida para que os menores com mães presidiárias tenham o mínimo de seus direitos assegurados pelo Estado. A obrigação da Administração Pública é assegurar o mínimo previsto na Constituição Federal e nas legislações citadas anteriormente. É flagrantemente inconstitucional a situação mostrada pelos dados explicitados, na qual, a mãe, não sabe ao certo quanto tempo terá junto do seu filho e não são oferecidas condições mínimas para que a criança conviva no ambiente prisional.

São necessárias políticas públicas específicas para este grupo de pessoas e que haja efetiva fiscalização dos juízes da execução penal, devendo ainda haver acompanhamento destas crianças pelas autoridades competentes, para que assim, as condições mínimas de saúde e segurança sejam cumpridas.

Importante ressaltar que as crianças que estão dentro do sistema carcerário não cometeram nenhuma espécie de infração penal, e não devem

ser tratadas como um membro comum do sistema penitenciário. Se faz mister a preservação dos direitos humanos das crianças e das presas, e que mesmo dentro de uma penitenciaria seja assegurado aos menores pleno desenvolvimento. O Estado deve assim exercer papel eficaz na tutela dos direitos humanos dentro do sistema carcerário.

É dever da administração é respeitar a lei, e garantir a satisfação do interesse publico. Conclui-se afirmando que não há interesse mais importante que o respeito aos direitos e as garantias fundamentais, e que no âmbito da administração é imprescindível o cumprimento estrito da letra da lei, sendo assim dever do Estado e da Administração garantir a proteção das crianças que estão no sistema penitenciário.

Referências Bibliográficas:

Brasil. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Mulheres Encarceradas – Diagnóstico Nacional**. Consolidação dos Dados Fornecidos pelas Unidades da Federação, 2008. Disponível em: http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/arquivos/plano-diretor/anexos-plano-diretor/2008pesq_mulheresencarceradas.pdf. Acesso em: 26/10/2015

_____. Lei no 8.069, de 13 de junho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execuções Penais. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

Canazaro Mello, Daniela, Gauer, Gabriel. **Vivências da maternidade em uma prisão feminina do Estado do Rio Grande do Sul**. Revista Saúde & Transformação Social / Health & Social Change 2011 1(3). Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=265319573015>. Acesso em: 25/10/2015

Carvalho Filho, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

Centro Pela Justiça e Pelo Direito Internacional (CEJIL); Grupo De Estudos e Trabalho Mulheres Encarceradas. **Relatório Sobre Mulheres Encarceradas no Brasil**, 2007. Disponível em: http://www.asbrad.com.br/conteúdo/relatório_oea.pdf . Acesso em: 26/10/2015

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Declaração de Princípios sobre a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade**. 2009. Disponível em: <http://cidh.oas.org/pdf%20files/PRINCIPIOS%20PORT.pdf> Acesso em: 26/10/2015

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes**. Rio de Janeiro: Forense, 2014