

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP
FACULDADE DE DIREITO

SYLVIA MARINA ROSA E PAES DE BARROS – RA00204206

MONOGRAFIA

O SISTEMA CARCERÁRIO FEMININO NO ESTADO DE SÃO PAULO:

A influência da legislação penal brasileira no cotidiano das presidiárias

Professor-Orientador: Dr. Guilherme Nucci

Área: Direito Penal

SÃO PAULO

2022

SYLVIA MARINA ROSA E PAES DE BARROS

O SISTEMA CARCERÁRIO FEMININO NO ESTADO DE SÃO PAULO:

A influência da legislação penal brasileira no cotidiano das presidiárias

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel e Direito.

Orientador: Professor Doutor Guilherme de Souza Nucci

SÃO PAULO – SP

2022

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Luiza e Fernando, que me apoiam, incondicionalmente. Obrigada por tudo, vocês me inspiram.

Aos meus avós, em especial a minha avó Adelia. Agradeço por todo amor, carinho e incentivo ao estudo. Carrego em mim toda a sua força e determinação.

Aos meus amigos por todo companheirismo e dedicação. Que nossa amizade seja eterna.

Ao meu namorado, Kaike, por sempre estar ao meu lado.

Ao meu orientador por todo empenho, paciência e disponibilidade.

Aos meus professores por todo o aprendizado.

RESUMO

O respectivo estudo busca analisar o sistema prisional paulista feminino, examinando o processo evolutivo do ordenamento jurídico brasileiro, bem como a construção das penitenciárias e como se encontram atualmente. Os instrumentos para execução da monografia foram as jurisprudências, artigos científicos, documentos elaborados pelos órgãos governamentais e a própria legislação do Brasil. O intuito do trabalho em questão é incentivar o debate sobre a condição das mulheres condenadas a passar um determinado período nos estabelecimentos prisionais, em especial no Estado de São Paulo. Através das pesquisas foi possível ter noção das dificuldades que as detentas enfrentam diariamente dentro das prisões, tendo em vista as violações aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, as falhas sociais e a ausência de políticas públicas sólidas para solucionar os problemas advindos de um encarceramento ineficaz, ainda mais acentuado com a pandemia do Covid-19 em 2020.

Palavras-chave: Penitenciárias femininas; Mulher encarcerada; Cárcere.

ABSTRACT

The ordering study seeks the female prison system in São Paulo, examining the evolutionary process of the Brazilian legal system, as well as the legal construction of penitentiaries and how they are currently. The instruments for the execution of the monograph were used as methods of using jurisprudence, scientific articles, documents prepared by government agencies and the legislation of Brazil itself. The purpose of the work is to encourage the debate on the condition of women sentenced to spend a certain period in prisons, especially in the State of São Paulo. Through research, was possible to have notion of the real situation that attempts to solve within the prisons, having as violations of the rights provided for in the Federal Constitution, such as fac-social and the absence of public policies to solve the problems arising from solid incarceration, even more pronounced with Covid-19 in 2020.

Keywords: Women's penitentiaries; Imprisoned woman; Prison.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DAS PRESIDÁRIAS.....	7
1.1. Características dos direitos fundamentais.....	7
1.2. Diferença entre direitos e garantias fundamentais.....	11
1.3. A Lei de execução penal e a dignidade da pessoa humana	12
1.4. A Constituição Federal e o sistema penitenciário brasileiro	17
2. HISTÓRICO DA PENA DE PRISÃO E A ANÁLISE DOS REGIMES PRISIONAIS	20
2.1. Cenários legislativo e punitivo das décadas de 1930 e 1940.....	20
2.2. Práticas Punitivas.....	25
2.3. Regime aberto.....	32
2.4. Regime semiaberto	33
2.5. Regime fechado	34
3. SITUAÇÃO CARCERÁRIA DO SISTEMA PRISIONAL FEMININO NO ESTADO DE SÃO PAULO	36
3.1. Sistema prisional paulista	36
3.2. Tratamento dado às gestantes e lactantes nas penitenciárias femininas	39
4. REFLEXOS DA PANDEMIA DO COVID-19 NO SISTEMA PENITENCIÁRIO FEMININO	44
CONCLUSÃO.....	50
BIBLIOGRAFIA	52

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objetivo primordial a análise dos aspectos jurídicos, sociais e psicológicos que englobam o sistema carcerário feminino do Estado de São Paulo. As pesquisas realizadas foram embasadas por uma compilação bibliográfica, jurisprudencial e legislativa, além de observar os registros acadêmicos relativos às vivências da grande parcela feminina que habita o sistema prisional paulista.

Este trabalho busca relatar a realidade de aproximadamente 29% de toda a população prisional feminina do país, isto é, cerca de 9.018 mulheres presas somente no Estado de São Paulo¹. Atentando-se para realidade brasileira, foi fundamental elaborar uma contextualização das fases dos presídios paulistas junto com a evolução da legislação penal durante os períodos histórico-sociais brasileiros.

As encarceradas, em sua maioria, são mulheres negras e pardas, de classe social pobre que possuem baixa escolaridade². Por serem pré destinadas a permanecerem à margem do modelo de consumo constituído e perpetuado pelos mais abastados, parte dessas mulheres acabam por se rebelar perante a nítida desigualdade social e muitas se associam ao tráfico de drogas³, principalmente, a fim de fugir da situação de vulnerabilidade social em que se encontram.

As práticas criminosas realizadas por mulheres são capazes de quebrar uma expectativa da realidade implantada durante séculos, pois a figura da mulher sempre foi interpretada como sendo frágil e dependente da mais inócua ignorância.⁴ Sendo assim, as mulheres ofensoras por muito tempo eram julgadas como instáveis e irracionais, pois suas condutas criminosas eram analisadas sob o ponto de vista biológico ou com base nos estereótipos de gênero inerentes ao discurso social dominante. Além do argumento da heterodeterminação, apresentado por uma corrente minoritária de autores, que afirmam que o comportamento criminoso feminino só era

¹ Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (período de julho a dezembro de 2021)**. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiOWYwMDdlNmItMDNkOC00Y2RmLWEyNjQtMmQ0OTUwYTUwNDk5IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDN-mNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 24 out. 2022.

² Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (período de julho a dezembro de 2019)**. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiN2ZlZWZmNzktN-jRlZi00MjNiLWFhYmYtNjExNmMyNmYxMjRkIiwidCI6ImViMDkwN-DIwLTQ0NGMtNDN-mNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 17 abr. 2022.

³ DOS SANTOS, Izabelle Cristina Ferreira. **A discussão acerca do perfil do encarceramento feminino no Brasil e sua problematização pela cor e classe social**. Anais do 16º Encontro Nacional de Pesquisadores em Serviço Social.

⁴ WOLLSTONECRAFT, Marry. **Reivindicação dos Direitos das Mulheres**. Edição comentada do clássico feminista. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4545865/mod_resource/conte-nt/1/Reivindicacao%20dos%20direitos%20da%20mulher%20-%20Mary%20Wollstonecraft.pdf. Acesso em: 10 abr. 2022.

realizado por influência de outra figura, sobretudo masculina⁵. Por conta desse papel imposto pela sociedade, as mulheres são consideradas duplamente desviantes, em virtude do crime cometido e a sua conduta inapropriada que não seguem os preceitos femininos estipulados pela sociedade patriarcal.

Em relação às políticas penitenciárias, pode-se dizer que as suas precariedades não contemplam apenas os presídios masculinos, vez que o sistema carcerário feminino é assolado pelas violações contra diversos direitos das mulheres que são rotineiramente prejudicadas pelo Estado brasileiro por afrontar a sua Constituição Federal e as demais regras do ordenamento jurídico.

Isto posto, o estudo em questão será dividido em 4 capítulos, onde o primeiro capítulo será destinado a exposição dos princípios constitucionais, incluindo as garantias e os direitos das encarceradas, previstos na Constituição Federal e nas normas do nosso ordenamento jurídico, responsáveis por regulamentar o sistema carcerário. O segundo capítulo demonstra a trajetória do surgimento da pena de prisão no Brasil junto com a análise do progresso da legislação penal, além de contextualizar os regimes prisionais aplicados aos condenados. No terceiro capítulo será abordado o sistema prisional focado no Estado de São Paulo, o estado brasileiro que detém a maior população carcerária do Brasil. Por fim, o quarto e último capítulo apresenta a realidade atual das milhares de mulheres que enfrentam a pandemia do Covid-19 nas celas das penitenciárias.

⁵ DEBASTIANI, Joana Silvia Mattia. FARIA, Petry Josiane. DEBASTIANI, Valdemir José. “**A criminalidade feminina à luz das diferentes correntes criminológicas**”. Disponível em: <https://7seminario.furg.br/images/arquivo/243.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2022.

1. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DAS PRESIDÁRIAS

1.1. Características dos direitos fundamentais

É necessário, inicialmente, introduzir o conceito dos direitos fundamentais, por mais que a sua denominação já insinua, em certo sentido, o seu fim. Os direitos fundamentais são as normas positivas constitucionais que se referem à dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana. O autor José Afonso da Silva, menciona em seu livro “Curso de Direito Constitucional Positivo”, que a expressão mais adequada à ser utilizada para se referir as normas em questão seria *direitos fundamentais do homem*, porque, estes se referem aos princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, além de serem fundamentais ao homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados⁶. O jurista supramencionado não se refere ao homem como o macho da espécie, mas no sentido da pessoa humana em si⁷.

Nesse mesmo sentido, Arion Sayão Romita explica que os direitos fundamentais são responsáveis por edificar a base pela qual as demais normas serão positivadas, pois “esse caráter de fundamentalidade se baseia numa visão construtiva dos sistemas nacionais ou internacionais, para deles extrair um conjunto de valores comuns aptos a constituir um *ius commune*”⁸. O professor Romita também evidencia o sentido genérico que o termo “homem” possui, pois, “a mulher também é o “homem” capaz de recorrer a todos os direitos e garantias fundamentais”⁹.

⁶ *Direitos fundamentais do homem* constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. (SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Editora: Malheiros Editores. 41ª Edição, 2017, p. 180)

⁷ *Do homem*, não como o macho da espécie, mas no sentido *de pessoa humana*. Direitos fundamentais do homem significa *direitos fundamentais da pessoa humana* ou *direitos fundamentais*. (SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Editora: Malheiros Editores. 41ª Edição, 2017, p. 180)

⁸ *Concepção comum*: o caráter fundamental dos direitos deriva de semelhanças de qualificação em diferentes sistemas jurídicos nacionais e internacionais. Esse caráter de fundamentalidade se baseia numa visão construtiva dos sistemas nacionais ou internacionais, para deles extrair um conjunto de valores comuns aptos a constituir um *ius commune*, por exemplo, europeu ou universal. (ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005, p. 50.)

⁹ Neste sentido, mulher também é “homem”; as garantias: a eficácia do reconhecimento dos direitos fundamentais resulta em proporcionar a todo homem garantias contra atos (do Estado ou dos particulares) opressivos e arbitrários, apto a agredir o valor básico da dignidade da pessoa humana; liberdade: sob a rubrica “liberdade” relaciona-se, na realidade, um feixe de liberdades e direitos, cuja enumeração fala por si só: direito à liberdade e à segurança; respeito à vida privada e familiar; proteção dos dados de caráter pessoal; direito de se casar e de fundar uma família; liberdade de pensamento, de consciência e de religião; liberdade de expressão e de informação; liberdade

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu Título II os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos: *direitos individuais e coletivos*, *direitos sociais*, *nacionalidade*, *direitos políticos* e *partidos políticos*. Em contrapartida, do ponto de vista histórico, os direitos fundamentais se subdividem em três gerações, pois estes são “gestados”, termo utilizado por Willis Santiago Guerra Filho, em uma geração e, quando aparecem em uma ordem jurídica já inclui os direitos da geração passada e por isso, assumem uma nova geração mais recente e adequada para o contexto histórico¹⁰.

A primeira geração de direitos fundamentais foi criada durante a Revolução Francesa, movimento de revolta social e, principalmente, política que aconteceu em 1789. A Revolução Francesa almejou de modo consciente acabar com o regime monárquico que ainda perpetuava seus privilégios classistas de nascença e de sangue¹¹. Portanto, a fim de garantir a segurança da sociedade burguesa diante do Estado Absolutista, os franceses burgueses lutaram por seus direitos individuais e coletivos, como os direitos à vida, liberdade e igualdade.

A segunda geração surgiu durante o nascimento das novas relações interpessoais criadas através do desenvolvimento dos parques industriais e por consequência, com o surgimento da classe proletária, dominada pela burguesia capitalista. Nesse período ocorreu uma inversão na dinâmica estrutural da sociedade, pois os comerciantes passaram a não servir os absolutistas para comandar os seus próprios serviços. Essa nova organização social se deu junto com o início da formação do capitalismo moderno, época marcada pela violenta onda de exploração

de reunião e de associação; liberdade das artes e das ciências; direito à educação; liberdade profissional e direito de trabalhar; liberdade de exercício da atividade econômica; direito de propriedade; direito de asilo; proteção em caso de expulsão e extradição; igualdade: sobre a rubrica “igualdade” abrigam-se os seguintes direitos: igualdade perante a lei; não discriminação; respeito a diversidade cultural, religioso e linguística; igualdade entre homens e mulheres; direitos da criança; direito dos idosos; integração dos deficientes; solidariedade: a rubrica “solidariedade” abrange os seguintes direitos: direito à informação e consulta dos trabalhadores na empresa; direitos de negociação coletiva de greve; direito de acesso às agências de colocação; direito à condição de trabalho justa e equitativas; proibição do trabalho das crianças e proteção dos adolescentes no trabalho; proteção da vida familiar e profissional; segurança e assistência social; proteção da saúde; acesso aos serviços de interesse econômico geral; proteção do meio ambiente; proteção dos consumidores; cidadania: a rubrica “cidadania” compreende: direito de votar ser votado; direito a uma boa administração; direito de acesso a documentos; direito a mediação; direito de petição; direito de circulação e permanência; proteção diplomática e consular; justiça: a rubrica “justiça” compreende os seguintes direitos: acesso a um juiz imparcial; presunção de inocência e direito de defesa; princípios de legalidade e de proporcionalidade entre os crimes e as pessoas; direito de não ser julgado e punido duas vezes pela mesma infração penal (ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005, p. 51).

¹⁰ (...) os direitos gestados em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, assumem outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, conseqüentemente, também para melhor realizá-los. (FILHO, Willis Santiago Guerra. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. Editora: RCS. Edição de 2005, Pág. 47).

¹¹ COGGIOLA, Osvaldo. **História do Capitalismo. Das origens até a Primeira Guerra Mundial**. Editora: Ariadna Universitaria. Primeira Edição, 2017. Pág. 539. Disponível em: <http://ariadnaediciones.cl/images/pdf/historia.do.capitalismo.II.pdf>. Acesso em: 23 maio 2022.

dos trabalhadores que recebiam salários baixos por uma extensa e desgastante jornada de trabalho. O aumento das insatisfações foram o estopim para uma revolução, que desencadeou no surgimento dos direitos sociais, que dentre eles se encontram os direitos à saúde, infância, lazer e segurança. O professor Brega Filho, contextualiza a evolução das duas primeiras gerações de direitos de acordo com os fatos históricos:

Dessa forma, os excessos do absolutismo e as aspirações da burguesia podem ser considerados fatos históricos importantes para o reconhecimento dos direitos individuais na época da Revolução Francesa. A revolução industrial e, em consequência, o surgimento da classe proletária, são fatos históricos decisivos para o surgimento dos direitos sociais.¹²

Já em relação a terceira geração, Willis Santiago Guerra Filho elucida que é “uma geração que concebe-se direitos cujo sujeito não é mais o indivíduo nem a coletividade, mas sim o próprio gênero humano, como é o caso do direito à higidez do meio ambiente e do direito dos povos ao desenvolvimento”¹³. Ou seja, a terceira geração é composta pelos direitos que fogem da relação do homem como centro e, transcende à atmosfera da individualidade.

Resumidamente, Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que, “a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, complementaria o lema da Revolução Francesa: *liberdade, igualdade e fraternidade*.”¹⁴

Em sua obra, Afonso da Silva lista as seguintes características intrínsecas aos direitos fundamentais: historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e a irrenunciabilidade. Com a primeira característica, a historicidade, se entende que os direitos são criados em um determinado contexto histórico, mas evoluem e ampliam-se com o decorrer dos tempos. São inalienáveis e imprescindíveis por serem direitos intransferíveis, inegociáveis por não terem conteúdo econômico-patrimonial, além de nunca deixarem de ser exigíveis. Ou seja, serão sempre exercíveis e exercidos, independente da intercorrência temporal. Por fim, os direitos fundamentais podem até não ser exercidos, mas jamais será admitida a sua renúncia por qualquer indivíduo¹⁵.

¹² BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: Conteúdo Jurídico das Expressões**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 21/22.

¹³ FILHO, Willis Santiago Guerra. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. Editora: RCS. Edição de 2005, p. 46.

¹⁴ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 57.

¹⁵ (1) Historicidade. São históricos como qualquer direito. Nasceram, modificam-se e desaparecem. Eles aparecem com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se, com o correr dos tempos. Sua historicidade rechaça toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas; (2) Inalienabilidade. São direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis. (3) Imprescritibilidade. O exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica. Em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis. Pois prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são

Quanto ao caráter absoluto dos direitos fundamentais, Norberto Bobbio é contundente ao sustentar que estes direitos não devem ser considerados como absolutos, nem mesmo o direito à vida, por exemplo¹⁶. Bobbio explica que o que parece fundamental para uma civilização inserida em uma determinada época histórica pode não ser fundamental para outras culturas e períodos históricos e exemplifica ao afirmar que “enquanto na época da defesa de um fundamento absoluto os direitos humanos não eram mais respeitados, na atualidade que questiona esse fundamento foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos.”¹⁷

Por outro lado, Pontes de Miranda afirma que somente certos direitos fundamentais possuem o caráter absoluto, na qual são aqueles que existem não *conforme os cria* ou *regula a lei*, mas a despeito das leis que os pretendam modificar ou conceituar. Enquanto os demais direitos são classificados como relativos já que valem *conforme a lei*.¹⁸

Assim sendo, os direitos fundamentais do homem são normas positivas constitucionais que estão inseridas no texto da Constituição ou mesmo constem de simples declaração solenemente estabelecida pelo poder constituinte. Os direitos em questão são dotados de características particulares capazes de assegurarem prerrogativas intrínsecas à pessoa humana, como a dignidade, igualdade e liberdade, na medida em que se aperfeiçoam e adquirem a eficácia mais ampla ao longo dos anos.

personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição; (4) Irrenunciabilidade. Não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados. (SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Editora: Malheiros Editores. 41ª Edição, 2017, p. 183)

¹⁶ Pois bem: dois direitos fundamentais, mas antinômicos, não. Podem ter, um e outro, um fundamento absoluto, ou seja, um fundamento que torne um direito e o seu oposto, ambos, inquestionáveis e irresistíveis. Aliás, vale a pena recordar que, historicamente, a ilusão do fundamento absoluto de alguns direitos estabelecidos foi um obstáculo à introdução de novos direitos, total ou parcialmente incompatíveis com aqueles. Basta pensar nos empecilhos colocados ao progresso da legislação social pela teoria jusnaturalista do fundamento absoluto da propriedade: a oposição quase secular contra a introdução dos direitos sociais foi feita em nome do fundamento absoluto dos direitos de liberdade. O fundamento absoluto não é apenas uma ilusão; em alguns casos, é também um pretexto para defender posições conservadoras. (BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Elsevier Editora. 7ª Edição, 2004, p. 15)

¹⁷ Um último aspecto da análise de Bobbio (2004, p. 22) sobre a fundamentação consiste em sua crítica à demonstrabilidade dos valores últimos. Ele rejeita que a demonstração racional de um valor seja condição necessária e suficiente para os direitos humanos. Sua crítica está centrada na realização concreta desses direitos. Enquanto na época da defesa de um fundamento absoluto os direitos humanos não eram mais respeitados, na atualidade que questiona esse fundamento foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos. (BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Elsevier Editora. 7ª Edição, 2004, p. 22)

¹⁸ Pontes de Miranda, contudo, sustenta que há direitos fundamentais absolutos e relativos. Os primeiros são os que existem não conforme os cria ou regula a lei, mas a despeito das leis que os pretendem modificar ou conceituar (assim: a liberdade pessoal, a inviolabilidade do domicílio ou da correspondência), enquanto os relativos existem, mas valem conforme a lei (assim: os direitos de contrato, de comércio e indústria e o direito de propriedade). (SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Editora: Malheiros Editores. 41ª Edição, 2017, p. 183)

1.2. Diferença entre direitos e garantias fundamentais

No direito brasileiro, existe uma polarização entre os doutrinadores acerca da diferenciação entre os direitos e as garantias fundamentais. A divergência de correntes doutrinárias entre os estudiosos sobre a distinção entre os direitos e garantias fundamentais é muito presente no mundo jurídico, uma vez que as linhas divisórias entre os dois termos não são nítidas o suficiente. A própria Constituição Federal de 1988 não consigna uma regra que aparte as duas categorias, pois até mesmo a terminologia utilizada não está de acordo. Ao nomear o Capítulo I, do Título II, da Constituição como direitos e deveres individuais e coletivos, o legislador não menciona as garantias presentes em boa parte dos direitos listados.

Para José Joaquim Gomes Canotilho, jurista português, as garantias “são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o caráter instrumental de proteção dos direitos”, assim, “as garantias traduzem-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção de seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade.”¹⁹ Seguindo um pensamento doutrinário semelhante, o professor Jorge de Miranda, esclarece que:

Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, as respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.²⁰

Já o jurista Ruy Barbosa afirma que:

No texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas que instituem os direitos; estas, as garantias: ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito.²¹

¹⁹ As garantias são também direitos, embora muitas vezes seja salientado o seu caráter instrumental de proteção de direitos, traduzem-se tanto nos direitos dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção de seus direitos quanto no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade (ex.: direito de acesso à Justiça, habeas corpus, princípio do *nullum crimen sine lege*). CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 362.

²⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Vol. I, 4^o ed., 1998, vol. II, p. 7/8.

²¹ BARBOSA, Rui. **Constituição e Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal Brasileira**. 2^o ed. Rio de Janeiro, Flores & Mano, s/d, 1849, p. 194.

Não obstante a declaração de Ruy Barbosa, José Afonso afirma “que os direitos são declaratórios e as garantias assecuratórias, porque as garantias em certa medida são declaradas e, às vezes, se declaram os direitos usando forma assecuratória”.²²

De forma a simplificar o entendimento sobre os dois conceitos, o autor, José Afonso da Silva, evidencia que:

As garantias não são um fim em si mesmas, mas instrumentos para tutela de um direito principal. Estão a serviço dos direitos humanos fundamentais, que, ao contrário, são um fim em si, na medida em que constituem um conjunto de faculdades e prerrogativas que asseguram vantagens e benefícios diretos e imediatos a seu titular.²³

Conforme mencionado por Maurice Hauriou, não basta que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo²⁴, à vista disso, as garantias são consideradas os meios instrumentais utilizados para se obter os benefícios e vantagens garantidos pelos direitos fundamentais.

1.3. A Lei de execução penal e a dignidade da pessoa humana

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro se encontram diversos princípios imprescindíveis para garantir a aplicação de normas jurídicas de forma correta e coerente com o próprio sistema jurídico vigente. Na obra “Elementos de Direito Administrativo”, Celso Bandeira de Mello adverte que “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos”²⁵.

Os princípios podem ser encontrados de forma explícita ou implícita, mas não se pode organizá-los hierarquicamente, já que todos são vistos no mesmo grau de relevância. Entretanto, existem princípios que se destacam mais que os demais em razão de sua essencialidade, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um pilar constitucional fundamental da República Federativa do Brasil por ser a base do Estado Democrático de Direito, constituído

²² SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Editora: Malheiros Editores. 41º Edição, 2017, p. 188.

²³ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Editora: Malheiros Editores. 41º Edição, 2017, p. 191.

²⁴ A afirmação dos direitos fundamentais do homem do Direito Constitucional positivo reveste-se de transcendental importância, mas, como notara Maurice Hauriou, não basta que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo, porque virão ocasiões em que será discutido e violado. (SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Editora: Malheiros Editores. 41º Edição, 2017, p. 188)

²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 1992, p. 104.

pela Constituição Federal de 1988. O respectivo princípio que inicia a Carta Magna, previsto no art. 1º, inciso III, da CRFB/88²⁶, imprime a sua importância dentro de nosso atual sistema jurídico de forma absoluta e universal, sendo responsável por garantir o fiel respeito aos direitos e garantias individuais de todo e qualquer ser humano.

Do ponto de vista de Paulo Luiz Netto Lobo, “a dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade”²⁷.

Neste sentido, José Carlos Vieira de Andrade afirma que o “limite absoluto do conteúdo essencial dos direitos fundamentais seria a dignidade da pessoa humana. Isso porque a dignidade seria a base dos direitos fundamentais é o princípio da sua unidade material”²⁸. A unidade de sentido do sistema de direitos fundamentais encontra-se nos princípios da dignidade humana, porque aqueles existem exatamente em função da necessidade de garantir a dignidade do ser humano.

Para o professor Guilherme Nucci,

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana possui dois primas: objetivo e subjetivo. Objetivamente, envolve a garantia de um *mínimo existencial* ao ser humano, atendendo as suas necessidades vitais básicas, como reconhecido pelo art. 7º, IV, da Constituição, ao cuidar do salário mínimo (moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte, previdência social). Inexiste dignidade se a pessoa humana não dispuser de condições básicas de vivência. Subjetivamente, cuida-se do sentimento de respeitabilidade e autoestima, inerentes ao ser humano, desde o nascimento, quando passa a desenvolver sua personalidade, entrelaçando-se em comunidade e merecendo consideração, mormente do Estado.²⁹

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277³⁰, o Ministro Marco Aurélio diz que o Supremo Tribunal Federal,

²⁶ Artigo 1º da Constituição Federal de 1988. “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

²⁷ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil**. Coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.132.

²⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3º ed. Coimbra: Almedina, 2004, 306.

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 40.

³⁰ BRASIL. STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4.277/2011. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. Encampação dos fundamentos da ADPF no 132-RJ pela ADI no 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. Relator: Min. Rel. Ayres Britto. Distrito Federal, 5 de maio de 2011. Diário Oficial da Justiça da União, 13 de outubro de 2011, vol. 02607, p. 341.

(...) já assentou, numerosas vezes, a cobertura que a dignidade oferece às prestações de cunho material, reconhecendo obrigações públicas em matéria de medicamento e creche, mas não pode olvidar a dimensão existencial do princípio da dignidade da pessoa humana, pois uma vida digna não se resume à integridade física e à suficiência financeira. A dignidade da vida requer a possibilidade de concretização de metas e projetos.

O autor Ingo Sarlet leciona que:

Considerando a dignidade como tarefa, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda a sorte de obstáculos que ensejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade.³¹

Diante da afirmação de Ingo Sarlet supracitada, fica evidente a necessidade do Estado em garantir o bem-estar social e defender os interesses dos indivíduos que compõem a sociedade, portanto, o Estado deve assegurar que as pessoas possam exercer os seus direitos fundamentais livremente e agir com cuidado suficiente para que esses direitos não sejam desrespeitados. Nesse contexto, para preservar a ordem e a segurança da comunidade, o Estado, mais precisamente a União, que possui a competência privativa, positivou no ordenamento jurídico brasileiro as sanções penais. Dessa forma, o legislador regulamentou no Código Penal as normas jurídicas encarregadas de corrigir os comportamentos sociais indesejados.

De acordo com o Guilherme Nucci,

A sanção penal apresenta duas funções e três finalidade (...) A função retributiva é o alerta gerado ao criminoso acerca de seu cumprimento penalmente ilícito, produzindo uma aflição corretiva, cuja proporcionalidade precisa estar em rigoroso paralelo com a gravidade do que foi realizado. A função reeducativa ou ressocializadora oportuniza ao sentenciado uma revisão de seus conceitos e valores da vida para, querendo, alterar seu comportamento futuro e não mais delinquir, porém, a reeducação é uma faculdade e não obrigatoriedade.³²

Já em relação as finalidades das penas,

(...) a legitimação do direito penal, evidenciando à sociedade a eficácia das suas regras e a eficiência das suas sanções. A segunda cuida da meta de intimidação geral da sociedade, por meio da cominação de penas às condutas previstas como criminosas; é preciso que o destinatário da norma penal conheça as consequências de sua opção pela prática do delito. A terceira se volta à segregação, quando necessária, para inserir o sentenciado em regime fechado ou semiaberto, evitando que torne a delinquir, ao menos durante o período em que cumpre a pena.

O Brasil foi o primeiro país na América Latina a consolidar uma norma específica sobre as execuções penais. A Lei nº 7.210 de 1984 foi promulgada durante a época de

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 109.

³² NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de execução penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 24.

restabelecimento da democracia no país, assim como o texto da Constituição Federal da República. Na Lei de Execução Penal foram positivados os direitos e deveres básicos dos indivíduos que resgatam pena privativa de liberdade como, por exemplo, os direitos à saúde, educação, assistência social, obediência aos servidores públicos, urbanidade e respeito com os demais condenados, exercício do trabalho e de atividades intelectuais. No caso das mulheres, os direitos pertinentes a gestação, reclusão em estabelecimento compatível, acesso aos produtos de higiene específicos e o direito à amamentação, também foram incluídos na legislação penal em questão.

Com isso, a Lei de Execuções Penais foi criada a fim de cumprir com as penas proporcionadas pelos magistrados através das sentenças condenatórias. O art. 1º da Lei nº 7.210³³, explica que as execuções penais possuem o objetivo de efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar as condições para harmônica integração social do condenado e do internado. O autor Rodrigo Duque Roig afirma que tal diploma penal trouxe inegáveis avanços:

Como a positivação, do princípio da legalidade em desfavor da executiva, ainda se encontram influenciados pelo modelo neodefensivista social, consagrando a ressocialização do condenado como objetivo anunciado da pena, reincorporando a noção de periculosidade do agente e primando pela ideia de “tratamento do delinquente”³⁴.

O professor Nucci, explica que a execução penal é a fase processual em que o Estado, representado pelo Poder Judiciário, aplica a pretensão executória da pena, tornando efetiva a punição do agente que cometeu infração penal e buscando a concretude das finalidades da sanção penal. Não será necessário a expedição de uma nova citação, já que o condenado tem ciência de sua sentença condenatória. A única exceção será em que caso de aplicação de multa, na qual o condenado deverá ser citado para satisfazer a pena pecuniária cobrada como se fosse dívida ativa da Fazenda Pública, processada diante do juízo de execuções penais³⁵.

Contudo, as sanções penais aplicadas aos condenados devem honrar as disposições previstas na Carta Magna, principalmente, ao princípio da dignidade humana. Assim, os condenados não podem perder as suas características intrínsecas de seres humanos, em respeito aos

³³ Artigo 1º da Lei nº 7.210. “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.”

³⁴ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil**. Editora Revan Ltda., Edição de 2005, p. 138.

³⁵ Trata-se da fase processual em que o Estado faz valer a pretensão executória da pena, tornando efetiva a punição do agente e buscando a concretude das finalidades da sanção penal. Não há necessidade de nova citação – salvo quanto à execução a pena de multa, pois esta passa a ser cobrada como se fosse dívida ativa da Fazenda Pública -, tendo em vista que o condenado já tem ciência da ação penal contra ele ajuizada, bem como foi intimado da sentença condenatória, quando pôde exercer o seu direito ao duplo grau de jurisdição. Além disso, a pretensão punitiva do Estado é cogente e indisponível. (NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Execução Penal**. Editora Forense. Edição de 2018, p. 17).

princípios e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, além dos direitos dos presos, provisórios ou condenados, listados na Lei de Execução Penal.

O art. 10º da Lei de Execução Penal³⁶ dispõe sobre a responsabilidade do Estado em atender às assistências dos presos, uma vez que o Estado tem o dever de ofertar as condições mínimas aos presos, sempre prevenindo a violação do princípio da dignidade da pessoa humana e das demais garantias constitucionais. O art. 11º da Lei de Execução Penal³⁷ apresenta as modalidades de assistência, como: à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa. Além da assistência devida aos presos, há também os direitos garantidos a eles, conforme prevê o art. 41 da Lei nº 7.210³⁸. Vale esclarecer que o dispositivo citado apresenta apenas um rol exemplificativo, pois não esgota, em absoluto, os direitos da pessoa humana.

Dessa forma, em resumo, o princípio da dignidade da pessoa humana é um conceito filosófico e abstrato que determina o valor inerente da moralidade, espiritualidade e honra de todo ser humano, independente de sua condição perante a circunstância dada. Seu valor jurídico tem origem no iluminismo, sendo caracterizado pela valorização do indivíduo sobre o todo, garantindo a todos os cidadãos uma garantia humana básica. Por ser um dos principais pilares da democracia moderna, a violação do princípio da dignidade da pessoa humana atinge todo acervo da Constituição Federal.

A Lei de Execução Penal atendeu ao princípio da dignidade da pessoa humana de forma tão satisfatória que passou a ser considerado um instrumento jurídico apto a servir de modelo para os demais países latinos, visto que foi capaz de tornar o processo penal mais humano e racional. Ao se deparar com a presente legislação penal, têm-se a sensação de que o legislador

³⁶ Artigo 10 da Lei nº 7.210. “Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.”

³⁷ Artigo 11 da Lei nº 7.210. “Art. 11. A assistência será: I - material; II - à saúde; III - jurídica; IV - educacional; V - social; VI - religiosa.”

³⁸ Artigo 41 da Lei nº 7.210. “Art. 41 - Constituem direitos do preso: I - alimentação suficiente e vestuário; II - atribuição de trabalho e sua remuneração; III - Previdência Social; IV - constituição de pecúlio; V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado; X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI - chamamento nominal; XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. XVI - atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.”

passou a entender que o sistema punitivo cruel e desumano é considerado obsoleto e ultrapassado, tendo que se admitir que mesmo indivíduo que se encontra em uma penitenciária não pode perder o seu *status* de ser humano.

1.4. A Constituição Federal e o sistema penitenciário brasileiro

Além da Lei de Execução Penal, mencionada do item anterior, existem outras normas jurídicas que buscam assegurar os direitos aos presos, como a própria Constituição Federal de 1988.

Retomando a evolução histórica da humanidade, as lesões corporais aos condenados eram atos aceitos pela sociedade, na qual se tinha a convicção de que os presos muitas vezes eram indignos de qualquer piedade.

Durante o Brasil colonial, por exemplo, as sanções penais eram impostas de acordo com as condições pessoais do réu, pois os indivíduos mais afortunados sofriam penas mais brandas, enquanto, para os presos de classes sociais inferiores ficavam reservadas às punições mais severas. Os infratores também poderiam sofrer castigos infames que afetavam diretamente a sua imagem e honra, vez que eram expostos de forma vexatória diante de um grande público. René Ariel Dotti³⁹ trouxe, em sua obra, o trecho da sentença que condenou o herói da inconfidência mineira, José da Silva Xavier, e que ilustra as rígidas condenações dessa época:

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

³⁹ DOTTI, René Ariel. **Casos criminais célebres**. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 430 p. 27.

Atualmente, essa condenação seria totalmente refutada com base nas normas constitucionais que impedem a pena de morte, tortura e as lesões corporais aos condenados. Em seu livro, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, José Afonso da Silva diz que:

A Constituição foi expressa em assegurar o respeito à integridade física dos presos (art. 5º, XLIX). As constituições anteriores já consignavam, com pouca eficácia. Utilizam-se habitualmente várias formas de agressão física aos presos, a fim de extrair-lhes confissões de delitos. Fatos esse que já estão abolidos desde a Constituição de 1824, quando, em seu art. 179, XIX, suprimiu os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis, o que foi completado pelo art. 72, § 20, da Constituição de 1891, ao abolir a pena de galés e o banimento judicial.⁴⁰

Destarte, a atual Carta Magna incluiu ao ordenamento jurídico brasileiro diversas atualizações ao sistema penal, como as modalidades de sanções penais e direitos aos presos. A Constituição Federal passou a adotar novas normas constitucionais que propiciam uma maior segurança aos investigados, como o dever de comunicar, imediatamente, ao juiz competente e à família, o local onde o agente se encontra e a incumbência da autoridade policial informar ao preso todos os seus direitos, entre os quais o de permanecer calado.

O Brasil é signatário de outras normas que disciplinam a matéria referente aos direitos dos presidiários, como por exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos, também chamado de Pacto de San José da Costa Rica, recepcionado através do Decreto nº 678/92. O art. 8º⁴¹ do Decreto citado prevê o direito de toda pessoa ser ouvida, dentro de um prazo razoável, por um magistrado ou pelo Tribunal competente.

Em relação as penitenciárias, o Decreto nº 6.048 de 2007 regulamenta o sistema penitenciário federal e, conseqüentemente prevê certos direitos direcionados aos presidiários e os deveres do Estado para garantia do cumprimento desses direitos. O art. 6º do Decreto nº 6.048⁴², estabelece as principais características que devem estar presentes nos estabelecimentos penais federais.

⁴⁰ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Editora: Malheiros Editores. 41º Edição, 2017, p. 201.

⁴¹ Artigo 8º do Decreto nº 678 de 1992. “Art. 8º. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

⁴² Artigo 6º do Decreto nº 6.048. “Art.6º O estabelecimento penal federal tem as seguintes características: I - destinação a presos provisórios e condenados em regime fechado; II - capacidade para até duzentos e oito presos; III - segurança externa e guaritas de responsabilidade dos Agentes Penitenciários Federais; IV - segurança interna que preserve os direitos do preso, a ordem e a disciplina; V - acomodação do preso em cela individual; e VI - existência de locais de trabalho, de atividades sócio-educativas e culturais, de esporte, de prática religiosa e de visitas, dentro das possibilidades do estabelecimento penal.”

O professor Guilherme Nucci, conceitua a penitenciária como sendo o “estabelecimento penal destinado ao cumprimento da pena privativa de liberdade, em regime fechado, quando se tratar de reclusão (art. 87). Busca-se a segurança máxima, com muralhas ou grades de proteção, bem como a atuação de policiais ou agentes penitenciários em constante vigilância.”⁴³ Por mais que seja realmente necessária uma infraestrutura grande e reforçada para assegurar a segurança dos funcionários e dos próprios presos, vale ressaltar a obrigação das unidades prisionais oferecerem áreas de assistência, saúde, trabalho, recreação e práticas esportivas. Portanto, diante de toda essa estrutura prisional, deve-se ter em mente a necessidade de se respeitar os direitos e garantias positivados, isto é, ainda que privado de sua liberdade, o preso preserva direitos básicos para preservação de sua integridade física e dignidade enquanto ser humano, legalmente protegida, seja pela própria Constituição Federal, como pela legislação infraconstitucional e pelos tratados e convenções internacionais.

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de execução penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 182.

2. HISTÓRICO DA PENA DE PRISÃO E A ANÁLISE DOS REGIMES PRISIONAIS

2.1. Cenários legislativo e punitivo das décadas de 1930 e 1940

As primeiras prisões no Brasil eram localizadas em lugares distantes das cidades com o intuito de dificultar a comunicação dos presidiários com a coletividade e, conseqüentemente, impedindo que a sociedade da época tivesse qualquer conhecimento das condições que os presos se encontravam. As penitenciárias espelhadas pelo território brasileiro eram ocupadas, em sua maioria, por escravos destinados a sofrerem sérias represálias por atitudes julgadas como inadequadas pelos seus donos, conforme explica Mary Karasch:

Além de escravos criminosos condenados, as prisões, como as das ilhas das Cobras e Santa Bárbara, detinham escravos enviados para “correção” por seus donos, devido a uma falta cometida por eles, como fugir ou contrair uma doença incurável. Se seus donos nunca assinassem a libertação, eles eram efetivamente abandonados para o resto de sus vidas (...) Esses escravos caíam numa armadilha, porque não podiam sair da prisão sem o consentimento de seus donos e o governo não podia perdoá-los porque não haviam sido condenados por um crime. Portanto, permaneciam na cadeia.⁴⁴

Durante o período colonial, as punições impostas não tinham o objetivo de ressocialização, já que muitas dessas envolviam humilhação, tortura e até mesmo morte com sérios requintes de crueldade. Aos escravos fugitivos eram reservadas as piores penas, vez que os seus proprietários os enviavam para expiação de açoites, marcação com ferro quente e amputações. Posteriormente, o poder público ainda se reportava aos senhores escravocratas para fins de graduação das penas, o que nos permite verificar como as esferas públicas e privadas eram entrelaçadas.

Segundo Rodrigo Duque Roig,

(...) a partir do século XIX, a prisão passa a ser anunciada como a principal forma de punição institucional em nosso país e que a regulamentação carcerária brasileira remonta fundamentalmente à época imperial, encontramos neste período o marco inicial da análise histórica a ser empreendida. Vigorava no Brasil, até aquele momento, um sistema penal eminentemente privatístico e corporal, marcado pelas punições públicas de senhores sobre os seus escravos (açoites) e pela subsistência das penas de morte na forca, galés, desterro, degredo e imposição de trabalhos públicos forçados. Neste quadro punitivo de fins do período colonial e início do Império, destaca-se também a utilização, como prisões, de instalações precariamente adaptadas, tais como fortalezas, ilhas, quartéis e até mesmo navios, subsistindo ainda as prisões eclesiásticas, estabelecidas especialmente em conventos.⁴⁵

⁴⁴ KARASCH, Mary C. **A vida dos escravos no Rio de Janeiro**. Companhia das Letras, 2000, p. 177.

⁴⁵ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil**. Editora Revan Ltda., Edição de 2005, p. 28.

Com a consolidação da Independência do Brasil em 7 de setembro de 1824, os membros integrantes da Assembleia Constituinte, órgão criado em 1823, que tinha como objetivo elaborar a primeira Constituição brasileira, passaram a se dedicar à criação de um novo ordenamento jurídico próprio que seria lembrado como o símbolo da libertação e da soberania do novo Estado, consequência da conquista dos brasileiros pela sua autonomia política.

No entanto, o escritor Boris Fausto explica que a criação da Carta Magna foi diferente do que se esperava:

A disputa entre os poderes acabou resultando na dissolução da Assembleia Constituinte por Dom Pedro, com apoio dos militares. Foram presos vários deputados, entre eles os três Andradas. Logo a seguir, cuidou-se de elaborar um projeto de Constituição que resultou na Constituição promulgada a 25 de março de 1824. Ela não diferia muito da proposta dos constituintes anterior à dissolução da Assembleia, mas há uma diferença a ser ressaltada. A primeira Constituição brasileira nascia de cima para baixo, imposta pelo rei ao “povo”, embora devamos entender por “povo” a minoria de brancos e mestiços que votava e que de algum modo tinha participação na vida política.⁴⁶

Em 1830, nasceu o primeiro Código Penal brasileiro que seguia as mesmas diretrizes que a Constituição de 1824, na qual se prezava pela inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, bem como pela liberdade, segurança individual e a propriedade.⁴⁷ Entretanto, mesmo a legislação penal tendo sofrido fortes influências de correntes iluministas e humanistas, seu conteúdo tinha resquícios de um sistema penal rigoroso, patriarcal e escravocrata, vez que ainda previa penas de morte, de banimento e de trabalho forçado, com o principal propósito de perpetuar a segregação entre a classe social mais rica, brancos e mestiços, os quais detinham o poder econômico e político, em detrimento dos demais indivíduos da sociedade.

Em 1930, cem anos após a publicação da primeira lei penal brasileira, Getúlio Vargas tornou-se chefe de um governo ditatorial, onde permaneceu no poder por quinze anos, sucessivamente. A denominada Era Vargas (1930-1945) foi o período histórico em que os direitos e garantias fundamentais acabaram limitados por serem incompatíveis com qualquer regime ditatorial, mas essa restrição era justificada pela necessidade de se proteger o bem público e a segurança do Estado. Logo no início do governo provisório instalado sob o comando de Vargas, foram realizadas diversas alterações na organização do Estado, buscando concentrar o máximo de poder nas mãos do Presidente do governo provisório, conforme explica Paulo Groff:

⁴⁶ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. Editora Universidade de São Paulo, 12^o edição, 2006, p. 149. Disponível em: <https://mizanzuk.files.wordpress.com/2018/02/boris-fausto-historia-do-brasil.pdf>. Acesso em: 2 de julho de 2022

⁴⁷ Artigo 179 da Constituição do Brasil de 1824. *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*

(...) foi editado o Decreto n. 19.398, de 11 de novembro de 1930. Essa norma alterou a Constituição de 1891, e vigorou até a Constituição de 1934. O Decreto concedeu plenos poderes ao governo provisório, inclusive com poderes legislativos, até a elaboração de uma nova Constituição. O decreto também dissolveu o Congresso Nacional, as Assembleias legislativas dos Estados e as Câmaras dos Vereadores dos Municípios, previu a indicação dos governadores pelo governo provisório federal e a magistratura perdeu suas garantias.⁴⁸

As ações de Vargas buscavam retardar cada vez mais a elaboração da Constituição e a realização de uma nova eleição presidencial. Contudo, em 1932 a população se encontrava insatisfeita com a situação política do país e com isso passaram a se mobilizar a fim de expressar seus descontentamentos. Perante o aumento das movimentações constitucionalistas, que defendiam a criação de uma constituição liberal, que garantisse a devida autonomia e independência dos estados em relação ao governo federal, além de exigir o fim da ditadura com as eleições diretas e livres, o governo se viu obrigado a tomar certas decisões.

Foi em 1934 que se deu a aprovação da nova Constituição, que elegeu indiretamente Vargas para o cargo de Presidente da República. Inspirada na Constituição alemã de Weimar, a Carta Magna brasileira ficou caracterizada por ser bastante inovadora e moderna para época, posto que introduziu matérias referentes a ordem econômica e social, à família, à educação, à cultura, limitou os poderes do Executivo, e instituiu uma forte legislação trabalhista e previdenciária.

Ademais, a Carta Magna de 1934 alterou de forma positiva a esfera penal, pois colocou fim ao sistema pluralista de normas de processo penal ao determinar que seria de competência privativa da União legislar sobre o direito processual. Sobre o pluralismo jurídico brasileiro, o autor Cláudio do Prado Amaral assevera que:

A Constituição de 1891, de maneira implícita, outorgou aos Estados competência para legislar em matéria processual, uma vez que o artigo 34, parágrafo 23 da Carta Magna dispunha que “competia privativamente ao Congresso Nacional (...) legislar sobre direito civil, comercial e criminal da República e o processual da Justiça Federal”. Os Estados da República dos Estados Unidos do Brasil, então, cada um por si, editaram as próprias normas de direito processual penal. Esse pluralismo normativo implicou quebra de unidade processual que não trouxe qualquer vantagem para as instituições jurídicas de nosso país. Trouxe prejudicial diversidade de sistemas, que se refletiu na aplicação da lei penal.⁴⁹

Infelizmente, a Constituição mencionada durou pouco tempo e quase não foi utilizada, pois no ano seguinte houve a tentativa de um golpe de Estado pelos comunistas. Em virtude da

⁴⁸ GROFF. Paulo Vargas. **Direitos Fundamentais nas Constituições brasileiras**. Revista de Informação Legislativa, 2008, p. 112. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/btstream/hadle/id/1765-26/000842780.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 1 jul. 2022.

⁴⁹ AMARAL. Cláudio do Prado. **História da pena de prisão**. Paco Editorial, 2016, p. 119.

ameaça de perder o poder, o Presidente passou aprovar uma série de normas jurídicas, como a Lei de Segurança Nacional, que possibilitavam o combate à subversão da ordem política. Diante do momento incomum, em dezembro de 1935, foi sancionada a emenda constitucional que permitia a declaração do estado de sítio e de guerra, assim, durante esses períodos excepcionais eram endurecidas as leis, conforme Vargas achava conveniente.

Com a sede incessante de permanecer no poder, Getúlio Vargas com apoio dos militares, provocou o golpe de Estado, em 10 de novembro de 1937. Francisco Teixeira da Silva contextualiza esse momento histórico ao dispor:

Em 1937, alegando riscos internos e externos para segurança do País, Vargas dissolve o Congresso Nacional, revoga a Constituição de 1934 e institui uma ditadura, o chamado Estado Novo. As alegações de Vargas baseavam-se nas lutas entre a esquerda representada pela Aliança Nacional Libertadora, e a direita fascista, organizada em torno da AIB (Ação Integralista Brasileira), além do acirramento das relações internacionais (ataque japonês contra a China; ataque italiano contra a Abissínia; e o rearmamento alemão e suas ameaças contra a Áustria, Polônia e Tchecoslováquia). Encerrava-se, assim, a fase democrática de Vargas (1934-1937), iniciando-se a carreira de chefe do Estado Novo (1937-1945). Tratava-se de um Estado ditatorial, forte, unificado – os governadores e símbolos estaduais foram suprimidos -, sem atividade partidária e fortemente voltado para o culto da figura do chefe de Estado. Vargas dota o País de uma constituição de tipo autoritário, inspirada no modelo polonês e denominada A Polaca (1937).⁵⁰

A Carta Polaca, Constituição outorgada por Getúlio Vargas em 1937, foi inspirada no regime fascista instituído por Mussolini, na Itália, e Hitler, na Alemanha, utilizando como principal pretexto a necessidade de proteger a estabilidade econômico-política que era recorrentemente ameaçada. O seu preâmbulo, considerado apenas uma fonte de interpretação, sem força normativa, prometia assegurar o respeito à honra, supremacia internacional do país e um regime de paz política e social do povo brasileiro, entretanto, foram apenas promessas vazias, sem qualquer vontade de serem cumpridas. De acordo com o professor Dalmo de Abreu Dallari:

Esse Preâmbulo, em síntese, é apenas um manifesto político, por meio do qual o ditador procura convencer o povo, sobretudo as camadas superiores que tinham interesse na conservação de seus privilégios e temiam a perda de seu patrimônio, de que as violências políticas tinham criado o risco de uma guerra civil. Denunciando a infiltração comunista crescente, chama a atenção para o “perigo comunista” – o mesmo argumento que seria utilizado em 1964 para a implantação de outra ditadura e conclui que se tornava indispensável o estabelecimento de novas instituições, porque as que existiam não davam ao Estado os meios necessários para garantir a paz e o bem-estar do povo.⁵¹

⁵⁰ SILVA. Francisco Teixeira da. **Era Vargas**. Ciclo de conferências/2004. Senatus, Brasília, v. 4, n. 1, p. 14-17, nov. 2005, p. 16.

⁵¹ DALLARI. Dalmo de Abreu. **Preâmbulos das Constituições do Brasil**. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewj8x_OhvP74AhU7s5UCHQ-TDhk-

O art. 187 da Carta de 1937⁵² previa a manutenção das normas constitucionais através da manifestação plebiscitária, todavia, jamais foi efetivada. Posteriormente, foi concluído que a previsão do plebiscito nas normas constitucionais tinha apenas uma figura ilustrativa com o intuito de mascarar a ditadura que estava sendo implantada.

Somente no início de 1940 que o governo ditatorial promulgou os Códigos Penal e Processual Penal, seguindo os preceitos instituídos na Constituição de 1937. O Código Penal foi criado com base no anteprojeto do jurista Alcântara Machado, que foi entregue ao até então Ministro da Justiça, Francisco Campos, em 1938.⁵³ A comissão revisora foi responsável por introduzir na obra determinadas normas jurídicas inspiradas no Código Penal Italiano e no Código Suíço de 1937.

O novo Código Penal trouxe uma série de novidades como, por exemplo, a retirada das penas como banimento, morte, confisco de bens e as de caráter perpétuo, além da previsão de pena simples para contravenções penais e as penas restritivas de liberdade que foram disciplinadas pela reclusão e detenção. Outrossim, passou a existir a possibilidade de livramento condicional ao condenado à pena de reclusão ou de detenção. Contudo, apesar dessas mudanças, a estrutura do Código só foi substancialmente alterada em 1984.

Já o Código Processual Penal surgiu em 1941, também veio em meio às diversas restrições impostas pelo governo ditatorial. A nova legislação penal passou a prever normas no tocante à execução penal e a competência privativa do juiz de direito, mas, infelizmente, ainda deixou uma lacuna normativa, sendo esta representada por um estado de incompletude jurídica. O autor Cláudio do Prado Amaral, enumerou em sua obra, “A História da Pena de Prisão”, o vazio jurídico sobre o processo de execução disciplinado pelo CPP/41:

(...) a) não tratou especificamente da progressão da pena, nem dos direitos e deveres dos presos; b) as atribuições dos demais agentes da execução foi timidamente disposta; c) nada mencionou sobre estabelecimentos penais; d) não disciplinou a possibilidade de saída temporárias, tampouco sobre outros relevantes aspectos da devida execução de penas privativas de liberdade, como os direitos e garantias da pessoa presa.⁵⁴

QFnoECAsQAQ&url=http-s%3A%2F%2Fwww.revistas.usp.br%2Frdusp%2Farticle%2Fdownload%2F675-03%2F70113%2F88925&usg=AOvVaw0bSITjnEW1ENvu5LI7Soz2. Acesso em: 02 jul. 2022.

⁵² Artigo 187 da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. *Art 187. Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República.*

⁵³ MORAES. Mariana Silveira. **Vida e morte de um projeto bandeirante: Alcântara Machado e o Código Penal de 1940.** Revista do CAAP, 1º semestre, 2009, p. 8. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewj9oeKMwv74AhVDLrkGHdoQD-GYQFnoECAIQAQ&url=https%3A%2F%2Frevistadocaap.direito.ufmg.br%2Findex.php%2Frevista%2Farticle%2Fview%2F24%2F23&usg=AOvVaw24wN-wP3xB6045oyBJ2e25>. Acesso em 02 de julho de 2022.

⁵⁴ AMARAL. Cláudio do Prado. **História da pena de prisão.** Paco Editorial, 2016, p. 22.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, em 2 de setembro de 1945, momento que a organização política mundial passou a enfrentar uma onda de democratizações, a sociedade brasileira inspirada pelos exemplos de outros países latinos, começou a se mobilizar para colocar um ponto final no Estado Novo. Diante das lutas partidárias, intrigas políticas e conspirações externas, Getúlio Vargas se viu obrigado a renunciar ao cargo de Presidente da República, dando início ao período que ficou conhecido como “redemocratização”.

No ano seguinte, o primeiro Presidente da República, eleito após o fim da Era Vargas, tomou posse e com isso o poder constituinte, representado pela Assembleia Constituinte, passou a trabalhar para elaborar a nova constituição brasileira. A Constituição de 1946 consagrou em seu texto os princípios do Estado liberal, bem como os princípios do Estado social, além de dar destaque aos direitos fundamentais, esquecidos durante a ditadura. Houve uma maior proteção aos direitos individuais, sendo positivado o direito de total liberdade de pensamento, amplo acesso ao Poder Judiciário, direito de greve, restauração de importantes remédios constitucionais como mandado de segurança, ação popular e o *habeas corpus*. No campo do direito penal, foi estabelecida a soberania dos veredictos do júri e a individualização da pena.

Diante da breve contextualização histórica, pode-se verificar que as penas tinham o principal objetivo de punir, sem que o condenado soubesse ao certo porque estava sendo punido, ou seja, estávamos perante um sistema inquisitivo arbitrário, sem qualquer direito a ampla defesa ou contraditório. O princípio da proporcionalidade era violado, pois as penas eram duras e degradantes, independentemente da gravidade do crime que tinha sido cometido, afinal as sanções eram estipuladas sem qualquer embasamento jurídico e muitas vezes influenciadas pelo interesse de um particular, como, por exemplo, os proprietários de escravos. Contudo, a legislação penal foi evoluindo junto com as reviravoltas políticas e jurídicas que o Brasil foi enfrentando, sempre se amparando na Carta Magna do país.

2.2. Práticas Punitivas

As práticas punitivas são sanções institucionais previstas no ordenamento jurídico brasileiro, e são aplicadas pelo próprio poder público a fim punir o condenado que agiu de forma criminosa. No âmbito do Direito Penal, as práticas punitivas recebem definições de diferentes doutrinadores, entre eles podemos citar o jurista Guilherme Nucci, que retrata a pena como sendo:

A sanção imposta pelo Estado, através da ação penal, ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado e a prevenção a novos crimes. O caráter preventivo da pena desdobra-se em dois aspectos, geral e especial, que se subdividem em outros

dois. Temos quatro enfoques: a) geral negativo, significando o poder intimidativo que ela representa a toda a sociedade, destinatárias da norma penal; b) geral positivo, demonstrando e reafirmando a existência e eficiência do Direito Penal; c) especial negativo, significando a intimidação ao autor do delito para que não torne a agir do mesmo modo, recolhendo-se ao cárcere, quando necessário e evitando a prática de outras infrações penais; d) especial positivo, que consiste na proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada.⁵⁵

Segundo Basileu Garcia:

Imposta e executada pelo Estado, por via do Direito Penal, a pena é providência de feito necessariamente⁴ público. Colima-a o processo movido contra o delinquente, o qual, julgado e condenado, por sentença ou aresto fundamentadamente examina a infração, passa a cumprir a sanção que lhe coube consoante o preceituado na legislação penal, completada, nesta fase executória, por normas administrativas.⁵⁶

Já em conformidade com Rogério Greco, a pena é:

A consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *ius puniendi*.

Contudo, em um Estado Constitucional de Direito, para usarmos a expressão de Luigi Ferrajoli, embora o Estado tenha o dever/poder de aplicar a sanção àquele que, violando o ordenamento jurídico-penal, praticou determinada infração, a pena a ser aplicada deverá observar os princípios expressos, ou mesmo implícitos, previstos em nossa Constituição Federal.⁵⁷

À luz do art. 5º, XLVI, da Constituição Federal de 1988, são previstas no Brasil cinco espécies de penas: (a) privação ou restrição de liberdade; (b) perda de bens; (c) multa; (d) prestação social alternativa; (e) suspensão ou interdição de direitos.⁵⁸

A pena privativa de liberdade pode ser considerada a sanção mais grave de todas, tendo em vista que o condenado perde a sua liberdade de livre locomoção, além de outros direitos que acabam sendo afetados pela restrição imposta. O escritor Juarez Cirino dos Santos, explica em sua obra as consequências advindas de uma condenação a pena de restrição de liberdade, ao dizer que:

A execução da pena privativa de liberdade representa a máxima desintegração social do condenado, com a perda do lugar de trabalho, a dissolução dos laços familiares,

⁵⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de execução penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 512/513.

⁵⁶ GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. Editora Saraiva, 7º ed., v. I, p. 406/407.

⁵⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Editora Impetus, 19º ed., vol. 1, 2017, p. 617.

⁵⁸ Artigo 5º, XLVI da Constituição de Federal 1988. *XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.*

afetivos e sociais, a formação pessoa de atitudes de dependência determinadas pela regulamentação da vida prisional, além do estigma social do ex-condenado.⁵⁹

Por mais que a privação da liberdade realmente seja uma pena intimidadora, numerosos autores e estudiosos do mundo jurídico passaram a concordar que a pena em questão não atinge o seu principal objetivo, qual seja, a correção do criminoso e a sua ressocialização. De acordo com Tailson Pires Costa, o principal responsável pela ineficiência da pena de restrição de liberdade é o Estado, pois o autor afirma que:

A pena privativa de liberdade surge em um primeiro momento com o objetivo de substituir as demais citadas, com o propósito de recuperar o infrator. Assim, a pena privativa de liberdade representou um grande avanço no sistema de execução penal. (...) Mas, neste momento, o direito de punir do Estado se tornou falho porque o primeiro passo foi concluído, privando o infrator de sua liberdade através do devido processo legal, mas as etapas seguintes como a reeducação e a ressocialização não acontecem, pois o Estado simplesmente trata com enorme descaso a vida humana que está sob sua tutela.⁶⁰

Em outra passagem de seu livro, “Penas alternativas: reeducação adequada ou estímulo à impunidade”, Tailson reitera as desvantagens que a respectiva pena pode trazer ao próprio criminoso ao adentrar no sistema carcerário que não possui o preparo suficiente.

Isto faz com que, na realidade, o comportamento do preso se torne cada vez mais distante daquele desejado pela sociedade livre. Não é apenas o descaso das autoridades que diminui a possibilidade de recuperação do preso, mas também a sua própria condição psíquica.

Segundo pesquisas realizadas nos Estados Unidos, chegou-se a conclusão que o condenado que ingressa no sistema carcerário com aspectos negativos acaba por apresentar um desvio em sua personalidade.⁶¹

A pena de perda de bens e valores tem por objeto alcançar o patrimônio do condenado ou a vantagem econômica recebida com a infração penal cometida. A presente pena não tem caráter indenizatório ou ressarcitório, porque o valor pago pelo sentenciado vai ser direcionado ao Fundo Penitenciário Nacional.⁶²

Todavia, deve ser frisado que de acordo com Rogério Greco, a lei penal admite a substituição da pena privativa de liberdade pela perda de bens e valores nas situações em que o

⁵⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. Editora ICPC. 6ª Edição, Curitiba, 2014, p. 447

⁶⁰ COSTA, Tailson Pires. **Penas alternativas: reeducação adequada ou estímulo à impunidade?** Editora Max Limonad. 3ª Edição, 2003, p. 31 e 32.

⁶¹ COSTA, Tailson Pires. **Penas alternativas: reeducação adequada ou estímulo à impunidade?** Editora Max Limonad. 3ª Edição, 2003, p. 46

⁶² Artigo 45, §3º do Código Penal. “§ 3º A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.”

infrator tenha obtido determinada vantagem financeira com a prática do crime, sendo que a condenação não poderá ultrapassar o limite financeiro do proveito adquirido⁶³. Em vista disso, Eduardo Del-Campo expõe a sua opinião ao dizer que: “pretender fixar a pena com base no proveito experimentado pelo agente é o mesmo que determinar um nada jurídico. É o mesmo que dizer: pratique o crime que o máximo que lhe acontecerá será ter de devolver ao Estado aquilo que se locupletou ilicitamente.”⁶⁴

O valor pago pela pena de multa também será direcionado ao Fundo Penitenciário Nacional, entretanto, diferente da espécie de punição supracitada a multa é considerada uma pena impessoal, pois o valor da sanção não precisa quitado pela diretamente pelo condenado, ou seja, qualquer um pode saldar esse débito.⁶⁵

Para determinados casos previstos no Código penal, a pena de multa também pode ser cumulada com a pena restritiva de direitos⁶⁶. No momento de definir a condenação pela pena da multa, o magistrado deverá seguir o procedimento necessário, respeitando o princípio da proporcionalidade. As etapas a serem seguidas são detalhadamente explicadas por Silvano Viani:

A pena de multa deve ser aplicada em duas etapas ou fases. Na primeira, estabelece-se o número de dias-multas, que será no mínimo de 10 e no máximo de 360, na segunda, fixa-se o valor de cada dia-multa, não podendo o valor ser inferior a 1/30 do maior salário-mínimo mensal (vigente ao tempo de fato), nem superior a 5 vezes esse salário. Na primeira etapa (escolha do número de dias), deve-se atentar para a gravidade da infração, para as circunstâncias judiciais, legais, majorantes, minorantes, etc. tal como se estivesse estabelecendo a pena carcerária, mas nunca preocupar-se com a situação econômica e patrimonial do condenado. Na segunda fase, para a determinação do valor de cada dia-multa, deve ser observado qual a renda média auferida pelo réu por um dia de seu trabalho. Para esse cálculo, sim, observar-se-á a condição financeira e patrimonial do sentenciado.⁶⁷

⁶³ Quando a lei penal permite a substituição da pena privativa de liberdade pela perda de bens e valores nas hipóteses em que o agente, ou terceira pessoa, tenha obtido algum proveito com a prática do crime, não podendo a condenação, ultrapassar o limite do montante desse proveito, na verdade gera uma sensação de impunidade. (GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Editora Impetus, 17^o ed., vol. 1, 2015, p. 610).

⁶⁴ DEL-CAMPO, Eduardo Roberto A. **Penas restritivas de direitos**. Editora Juarez de Oliveira. 1^o edição, 1999, p. 63.

⁶⁵ Sobretudo porque é uma pena impessoal, que qualquer um pode saldar, de forma que resulta duplamente injusta: em relação ao réu, que não a quita e se subtrai, assim, à pena; em relação ao terceiro, parente ou amigo, que paga e fica, assim, submetido a uma pena por um fato alheio. (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do garantismo penal**. Editora revista dos tribunais. 3^o edição, 2002, p. 334)

⁶⁶ Artigo 44, §2^o do Código Penal. “§ 2^o 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.”

⁶⁷ VIANI, Silvano. **Técnica de aplicação da pena**. Editora Juarez de Oliveira. 1^o edição, 2007, p. 137.

Em relação a pena de prestação social alternativa, o art. 46 do Código Penal⁶⁸ prevê a possibilidade de aplicá-la para condenações superiores a seis meses de privação de liberdade. O professor Nucci elucida que:

A prestação de serviços à comunidade, por definição, é uma pena alternativa ao encarceramento, cuja finalidade é a atribuição de tarefas gratuitas ao condenado (art. 46, §1º, do CP), dando-lhe a oportunidade de reparar, pelo seu trabalho, o dano social provocado pela prática do crime.⁶⁹

As penas restritivas de direitos criam obrigações, limitam direitos e reduzem a liberdade do condenado por um determinado período. Na prolação da sentença condenatória, o juiz deverá optar pela pena restritiva de direitos mais condizente para cada caso, já que existe uma séria de penas a serem aplicadas, como, por exemplo, perda ou suspensão de emprego, cargo ou profissão, a interdição de direitos políticos, civis, restrição de frequentar determinados lugares, limitação de fins de semana, etc⁷⁰.

O art. 44 do Código Penal⁷¹ prevê a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos quando não houve violência ou ameaça no cometimento do crime, a pena aplicada não for maior do que 4 anos, ou para crimes culposos independente da pena; o réu não for reincidente em crime doloso; e o réu não tiver maus antecedentes.

Contudo, cabe ressaltar que o Poder Judiciário não pode aplicar punição ao indivíduo que não foi condenado pela prática de uma infração penal, isto é, para aplicação das penas supramencionadas é imprescindível que a conduta praticada seja um fato típico, ilícito e culpável. A teoria tripartida é adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro e pressupõem que uma conduta só será considerada um crime quando for um fato típico, ilícito e culpável. Ou seja, o Estado só vai poder exercer o seu direito de *ius puniendi* quando a conduta praticada apresentar

⁶⁸ Artigo 46 do Código Penal. *Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade.*

⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de execução penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 55.

⁷⁰ Entende-se aqui por penas restritivas de direitos todas as sanções que não importem a violação da integridade física, a privação ou restrição direta de liberdade ou do patrimônio do condenado. A restrição de direitos poderá ser permanente ou temporária, implicando, exemplificativamente, a perda ou suspensão de emprego, cargo ou profissão, a interdição de direitos políticos (por exemplo, o de votar e ser votado), civis (direito de conduzir veículos), a prestação de serviços à comunidade, restrição de frequentar determinados lugares, limitação de fim de semana, etc. (MASSUD, Leonardo. **Da pena e sua fixação: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim mínimo legal**. São Paulo. Editora dpj, 2009, p. 55 e 56).

⁷¹ 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.*

os três elementos cumulativos: ilicitude, tipicidade e culpabilidade. Destarte, o filósofo e jurista alemão, Welzel, explica que:

A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são três elementos que convertem uma ação em um delito. A culpabilidade – a responsabilidade pessoal por um fato antijurídico – pressupõe a antijuridicidade do fato, do mesmo modo que a antijuridicidade, por sua vez, tem de estar concretizada em tipos legais. A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade estão relacionadas logicamente de tal modo que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior.⁷²

O autor Rogério Greco, também elucida em sua obra a teoria tripartida:

Exigindo-se a tipicidade conglobante, juntamente com a tipicidade formal, para a existência da tipicidade penal, alguns problemas são resolvidos quando da análise do fato típico. Para que haja o crime é preciso que a conduta praticada pelo agente seja típica, ilícita e culpável. Cada um desses elementos, como asseverou Welzel, nessa divisão tripartida do conceito analítica de crime, é um elemento de estudo necessário, lógico e antecedente do estudo do elemento seguinte. O intérprete, portanto, quando chega ao seu conhecimento um determinado acontecimento, deve iniciar o seu estudo pela análise do fato típico. Concluindo pela tipicidade do fato (conduta dolosa ou culposa, resultado nexa de causalidade entre conduta e o resultado e a tipicidade penal), deve partir para o estudo do elemento seguinte, qual seja, a ilicitude. Concluindo-se pela ilicitude da conduta, em face da ausência de causas legais ou supralegais de justificação, parte-se para a análise do último elemento- a culpabilidade.⁷³

A ilicitude, também chamada de antijuridicidade, é a relação de antagonismo, de contrariedade entre a conduta praticada pelo agente e o ordenamento jurídico brasileiro⁷⁴. O doutor Nucci, informa que a ilicitude “é a contrariedade de uma conduta com o direito, causando efetiva lesão a um bem jurídico protegido. Trata-se de um prisma que leva em consideração o aspecto formal da antijuridicidade (contrariedade da conduta com o Direito), bem como o seu lado material.”⁷⁵ Por sua vez, a tipicidade é o enquadramento da ação realizada pelo agente como sendo um fato típico. Segundo Damásio de Jesus, tipicidade “é a correspondência entre o fato praticado pelo agente e a descrição de cada espécie de infração contida na lei penal incriminadora”⁷⁶. Vale mencionar que o fato típico também será ilícito, salvo se apresentar

⁷² WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 47.

⁷³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Editora Impetus, 19º ed., vol. 1, 2017, p. 506.

⁷⁴ Ilicitude, ou antijuridicidade, é a relação de antagonismo, de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico. Quando nos referimos ao ordenamento jurídico de forma ampla, estamos querendo dizer que a ilicitude não se resume a matéria penal, mas sim que pode ter natureza civil, administrativa, tributária, etc. Se a conduta típica do agente colidir com o ordenamento jurídico penal, diremos ser ela penalmente ilícita. (...) É claro que para que, possamos falar em ilicitude, é preciso que o agente contrarie uma norma, pois, se não partirmos dessa premissa, sua conduta, por mais antissocial que seja, não poderá ser considerada ilícita, uma vez que não estaria contrariando o ordenamento-jurídico penal. (GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Editora Impetus, 17º edição, vol. 1, 2015, p. 369)

⁷⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de execução penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 329.

⁷⁶ JESUS, Damásio de. **Direito penal, parte geral, volume I**. 32ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 262.

alguma causa de exclusão de ilicitude, que são: o estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito. Por fim, a culpabilidade é a reprovação social e pessoal do autor do crime, que poderia ter agido de outra forma para evitar que a infração penal acontecesse. O Ronald Amaral Junior conceitua o termo da culpabilidade como sendo algo dependente da comoção social e jurídica diante do fato típico, veja:

A culpabilidade se apresenta como exigência da sociedade e da comunidade jurídica, não é um fenômeno individual, mas social. É através do juízo de culpabilidade que se examina a reprovação do indivíduo que não haja observado as exigências gerais. O conceito de culpabilidade é um conceito social e jurídico, pois a sua construção se dá conforme os requisitos da vida social, dependendo, muitas vezes, da situação econômica, dos fundamentos sócio-econômicos, enfim, das mínimas exigências sociais de cada época. Se há transformações, certamente o conteúdo da culpabilidade sofrerá alterações, denominando-se “a medida do juízo de culpabilidade.”⁷⁷

Portanto, durante o processamento da ação penal será analisada a presença dos três elementos fundamentais para caracterização do crime. Após a instrução processual, sendo constatado que o agente cometeu a infração penal, o magistrado competente vai proferir sentença condenatória. Na decisão judicial, a individualização da pena deve ser fundamentada de acordo com procedimento legal, evitando que o princípio da proporcionalidade seja violado e, por consequência, que a fixação da reprimenda seja realizada arbitrariamente, conforme a clara Guilherme Nucci:

O art. 93, IX, da Constituição federal estipula, nitidamente, que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...” (grifamos), obrigando o magistrado a, especial ao sentenciar, expor com clareza seus motivos, não somente para condenar ou absolver, mas quando optar pela condenação, as razões que o levaram a eleger a pena aplicada. Valendo-se do critério trifásico já comentado em item anterior, deve enumerar, ponto por ponto, o processo utilizado para formar o seu convencimento em torno da pena merecida pelo acusado.⁷⁸

Nesse sentido, o autor Mesquita Júnior ressalta em seu livro a importância do critério trifásico e explica a divergência doutrinária sobre o assunto, ao afirmar que:

Durante a aplicação da pena, o Juiz deverá obedecer o critério trifásico (CP, art. 68), ou seja, a pena se dará em três fases, a saber: (a) circunstâncias judiciais; (b) circunstâncias legais; (c) causas especiais. Heleno Cláudio e Fernando Fragoso alertam: “No regime do CP de 1940, foi largamente debatida na doutrina a questão de saber se a determinação da pena deveria ser feita em duas ou três etapas. Em duas etapas seria feita se o Juiz, já fixasse na pena-base as circunstâncias agravantes ou atenuantes.”

Acredita-se que a reunião das duas primeiras fases em uma única aumenta excessivamente o poder discricionário do Juiz, contrapondo-se à exigência de motivação

⁷⁷ AMARAL JÚNIOR, Ronald. **Culpabilidade como Princípio**. Disponível em: www.ibccrim.org.br. Acesso em: 15 de julho de 2022.

⁷⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. Editora revista dos tribunais. 3º edição, 2009, p. 342.

completa da pena imposta. Diz-se que esse critério é o melhor porque o critério trifásico induz ao *bis in idem*. De outro modo, os partidários do critério trifásico dizem que esse problema é facilmente evitado pelo simples fato de se repudiar a análise do mesmo aspecto em momentos distintos da aplicação da pena. Tal critério, o trifásico, é adotado pelo CP (art. 68).⁷⁹

Com isso, é válido destacar a importância da teoria tripartida no sistema penal brasileiro, pois é a partir dos seus três elementos fundamentais (ilicitude, culpabilidade e tipicidade), que o magistrado vai analisar a conduta criminosa praticada pelo agente. As penas só serão aplicadas quando for realmente constatado a presença dos elementos constitutivos do crime, na qual a sentença condenatória deverá ser muito bem justificada, com base nos dispositivos jurídicos e seguindo o critério trifásico previsto no artigo 68 do Código Penal.⁸⁰

2.3. Regime aberto

O regime aberto será cumprido na casa de albergado, estabelecimento desprovido de segurança, apenas com fiscalização, feita por cartão de ponto, dos albergados que se deslocam para fora do local, porém eles devem permanecer recolhidos durante o horário noturno e nos finais de semana⁸¹. Em linhas gerais, a casa de albergado é uma instituição penitenciária localizada nos centros urbanos, mas não pode estar próxima de outros estabelecimentos penais. Como o condenado deverá trabalhar externamente, com vínculo empregatício, durante o dia, esse tipo de unidade prisional deve conferir liberdade ao preso, tendo uma infraestrutura que facilite o acompanhamento dos albergados de forma condescendente⁸². Ou seja, o agente que for condenado a cumprir sua pena em regime aberto, deverá permanecer na casa de albergado nos momentos que ele não estiver trabalhando ou realizando alguma atividade permitida, como estudar.

⁷⁹ JÚNIOR, Sidio Rosa de Mesquita. **Execução Criminal: teoria e prática**. São Paulo. Editora Atlas S.A., 2010, 6º edição, p. 277.

⁸⁰ Artigo 68 do Código Penal. *Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.*

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

⁸¹ O regime aberto será cumprido em casa de albergado, estabelecimento que não tem estrutura de presídio, sendo que a única vigilância se restringirá à segurança das instalações, ou seja, o controle de entrada e saída do condenado na casa de albergado será feito por cartão de ponto. (JÚNIOR, Sidio Rosa de Mesquita. **Execução Criminal: teoria e prática**. São Paulo. Editora Atlas S.A., 2010, 6º edição, p. 371).

⁸² Os arts. 94 e 95 da LEP revelam as características da casa de albergado. Em linhas gerais podemos dizer que podem ser construídas dentro dos centros urbanos, mas não devem estar próximas de outros estabelecimentos penais. Esta modalidade de unidade prisional deve conferir liberdade para o preso, infraestrutura deve facilitar o acompanhamento dos presos e possuir bom espaço físico para atender as necessidades dos mesmos. (TONELLO, Luis Carlos Avansi. **Manual de Execução Penal**. Editora Janina. 1º ed., Cuiabá, 2009, p. 96 e 97)

Isto significa que o condenado conduzido à casa de albergado terá uma rotina diferenciada, pois durante o dia ele vai trabalhar ou desempenhar ocupação diversa que seja autorizada e assim que finalizado o expediente, o sentenciado deverá voltar para o estabelecimento penal. Portanto, o regime aberto é baseado na autodisciplina e senso de responsabilidade⁸³, vez que condenado poderá usufruir do seu direito de liberdade de locomoção e ele não será vigiado como nas unidades penais de segurança máxima, condição que acaba por garantir uma maior independência. Renato Marcão explica em seu livro a configuração da casa de albergado com base na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Com efeito, nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “o sistema penitenciário não traduz, em parte, as exigências normativas. A legislação precisa ser interpretada finalisticamente. Casa de albergado imprime ideia de local sem as características de cárcere, próprio para o cumprimento de penas em regime fechado ou semiaberto. Não se confunde com o edifício, a construção física. Fundamental é o ambiente a que fica submetido o condenado. Satisfeita a exigência da lei, se o local, embora contíguo ao presídio, do interior deste, é separado, sem rigor penitenciário, baseado na autodisciplina e senso de responsabilidade.”⁸⁴

Em se tratando de condenado idoso, gestante ou mãe solo com filho menor ou deficiente com doença grave, o art. 117 da Lei de Execução Penal⁸⁵ permite que a pena em regime aberto seja substituída por prisão domiciliar. Ademais, caso o Estado não consiga disponibilizar o acesso à casa de albergado⁸⁶ para os sentenciados a cumprir pena em regime aberto, o entendimento do Supremo Tribunal Federal⁸⁷ estabeleceu que a pena, nessa situação, também seja cumprida na residência do preso.

2.4. Regime semiaberto

Quando sentenciado a cumprir pena no regime semiaberto, o infrator será encaminhado para uma unidade industrial, agrícola ou similar, conforme dispõe o art. 91 da Lei de Execução

⁸³ Artigo 36 do Código Penal. *Art. 36. O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado.*

⁸⁴ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 9ª Edição. Editora Saraiva, São Paulo, 2011, p. 145

⁸⁵ Artigo 117 da Lei nº 7.210. *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.*

⁸⁶ De acordo com relatório do Departamento Penitenciário Nacional realizado entre janeiro a junho de 2021, no Brasil existem apenas dezessete estabelecimentos destinados ao cumprimento de pena em regime aberto ou de limitação de fim de semana (casa de albergado), sendo que doze destes são habitados pelo sexo masculino e cinco são para os dois sexos. Ou seja, o Brasil não possui casa de albergado destinada apenas para mulheres. **(10º Ciclo – INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça/Departamento Penitenciário Nacional/Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional, 2021, p. 2. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-analiticos/br/brasil-jun-2021.pdf>. Acesso em: 20 out. 2022).

⁸⁷ Súmula vinculante nº 56. A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.

Penal⁸⁸, entretanto, muitas vezes os presos acabam cumprindo a sua pena em penitenciárias comuns, diante da ausência de unidades prisionais que possuem a estrutura do regime semiaberto. Em outras palavras, o número de estabelecimentos prisionais que possuem as características particulares do regime semiaberto é insuficiente perante a alta quantidade de encarcerados, de acordo com a fala escritor Luis Avansi Tonello:

O preso condenado com pena superior a 4 anos e igual ou inferior a 8 anos, e não reincidente (art. 33, §2º, alínea b do CP) ou o preso reincidente condenado a pena inferior ou igual a 4 anos (art. 33, §2º, alínea c do CP c/c Súmula 269 do STJ) será destinado a unidade agrícola, industrial ou similar, conforme o art. 91 da lei de execução penal, transcrito na próxima página. Embora que, é muito comum que estes presos cumpram a pena em penitenciárias, devido a falta de estabelecimento penais deste gênero.⁸⁹

Em contrapartida, o Superior Tribunal de Justiça decidiu em julgamento que o sentenciado a cumprir a pena em regime semiaberto não pode ser prejudicado ao ser inserido em regime fechado pela falta de vagas nos estabelecimentos adequados, por isso agente deverá enfrentar um regime mais benéfico, o regime aberto, até o momento de sua transferência para o local condizente com a sua condenação. Sidio Mesquita Júnior explica melhor essa jurisprudência ao dizer que:

Lamentavelmente, a ineficiência estatal não possibilita a execução adequada da pena. Destarte, a jurisprudência do STJ, às vezes, significativamente benevolente, admitindo a prisão domiciliar no regime semiaberto, expondo: “a jurisprudência deste STJ tem admitido o cumprimento da pena no regime semiaberto no domicílio do réu, quando demonstrada a inexistência da colônia agrícola, industrial ou similar.”⁹⁰

A pena em um regime semiaberto, em regra, deve ser cumprida nas colônias agrícolas, industriais ou outros estabelecimentos com estruturas similares, onde os presos devem cumprir a pena privativa de liberdade em um local que se tenha um espaço físico adequado com alojamentos coletivos para os presidiários, mas não pode exceder a capacidade máxima de indivíduos na unidade, como expõe o art. 92 da LEP.⁹¹

2.5. Regime fechado

⁸⁸ Artigo 91 da Lei 7.210. *Art. 91. A Colônia Agrícola, Industrial ou Similar destina-se ao cumprimento da pena em regime semi-aberto.*

⁸⁹ TONELLO, Luis Carlos Avansi. **Manual de Execução Penal**. Editora Janina. 1º ed., Cuiabá, 2009, p. 94/95.

⁹⁰ JÚNIOR, Sidio Rosa de Mesquita. **Execução Criminal: teoria e prática**. Editora Atlas S.A. 6º Edição, São Paulo, 2010, p. 371

⁹¹ Artigo 92 da Lei de Execução Penal. *Art. 92. O condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, observados os requisitos da letra a, do parágrafo único, do artigo 88, 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.*

Por fim, o regime fechado é aplicado aos agentes que cometeram os crimes mais graves do nosso Código Penal, isto é, a pena de reclusão em regime inicial fechado será imposto ao preso punido com pena superior a 8 anos (art. 33, §2º, alínea a, do CP⁹²), ou reincidente punido com pena superior a 4 anos e igual ou inferior a 8 anos (art. 33, §2º, alínea b, do CP por exclusão), ou que tenha cometido crime hediondo (art. 2º, §1º da Lei 8.072/90⁹³), deve cumprir a pena em penitenciária, de segurança máxima ou média, de acordo com o art. 87 da Lei nº 7.210/84⁹⁴.

Os estabelecimentos prisionais do regime fechado possuem segurança máxima, com muralhas e grades de proteção, estando localizados em lugares distantes dos centros urbanos, mas não ao ponto de isolar os presos. As celas deveriam ser individuais com dormitório, banheiro e lavabo, garantindo uma qualidade de vida razoável para população carcerária. Para as mulheres que se encontram presas em regime fechado, os estabelecimentos penais femininos deverão reservar uma ala para as gestantes, mulheres que estão amamentando e para o contato afetivo com filhos maiores.

⁹² Artigo 33, §2º, alínea a do Código Penal. §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;*

⁹³ Artigo 2º, §1º da Lei 8.072/90. § 1º *A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.*

⁹⁴ Artigo 87 da Lei 7.210. Art. 87. *A penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado.*

3. SITUAÇÃO CARCERÁRIA DO SISTEMA PRISIONAL FEMININO NO ESTADO DE SÃO PAULO

3.1. Sistema prisional paulista

O político brasileiro, Herculano de Freitas foi o secretário da Justiça e Segurança Pública do Estado de São Paulo e o responsável por inaugurar a Penitenciária masculina de São Paulo em 1921⁹⁵. A Penitenciária recém-inaugurada era considerada um estabelecimento modelar, tido como um dos mais adiantados do mundo⁹⁶, pois foi integrado com uma nova estrutura de organização social, na qual adotou-se a prisão celular e o regime progressivo, em que se acreditava na regeneração dos delinquentes a partir da reflexão, da disciplina e do trabalho. Posteriormente, com a análise dos prontuários dos presos, foi possível concluir que a instituição apresentava todos os vícios presentes nas prisões comuns do país, um cotidiano prisional tenso, cheio de conflitos e de injustiças⁹⁷.

Após sofrer diversas reformas e adaptações, o estabelecimento prisional foi reinaugurado, recebendo uma nova denominação: Penitenciária Feminina Sant'Ana. Em 8 de dezembro de 2005, a prisão destinada, agora, ao público feminino, passou a receber as mulheres presas que se encontravam recolhidas na cadeia pública do 4º Departamento de Polícia Judiciária da Capital⁹⁸. Atualmente, a Penitenciária de Sant'Ana possui uma população carcerária de aproximadamente 1.914 mulheres⁹⁹ que ficam distribuídas pelos três pavilhões, em 430 celas.

⁹⁵ AZEVEDO, José Eduardo. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, vol. 1, nº 9, Brasília, jan/jun. 1997, p. 91-102. **A Penitenciária do Estado: a preservação da ordem pública paulista**. Disponível em: <https://sociologiajuridica.net/a-penitenciaria-do-estado-a-preservacao-da-ordem-publica-paulista/>. Acesso em: 20 abr.2022.

⁹⁶ RIBEIRO, Antônio Sérgio. **Herculano de Freitas**. Disponível em: <https://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/pri-meira-republica/FREITAS,%20Herculano%20de.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2022.

⁹⁷ RODRIGUES, Néelson. **Sistema prisional paulista. Transformações e perspectivas**. Revista de Criminologia e ciência penitenciárias. Conselho Penitenciário do Estado – COP. Agosto/2011, nº 1, p. 6. Disponível em: http://www.sap.sp.gov.br/download_files/pdf_files/copen/edicao-01/20%20-%20Artigo%20D.N.%20-%20Sistema%20Prisional%20Paulista%20Transformacoes%20e%20Perspectivas.pdf. Acesso em: 01 abr. 2022.

⁹⁸ A modificação de masculina para feminina fazia parte do projeto do Governo do Estado, de transferir todos os presos (e presas) dos Distritos Policiais da SSP para unidades da SAP (cf. p. 52 e seguintes). Neste sentido, a Penitenciária Feminina Sant'Ana passou a receber as mulheres presas na Capital, pelo sistema de inclusão automática e, entre setembro e outubro de 2006, absorveu todas as mais de mil e duzentas mulheres presas que se encontravam recolhidas na Cadeia Pública 4 do DECAP, a qual, depois de esvaziada, foi transferida para a SAP e transformada em CDP (cf. p. 51). (RODRIGUES, Néelson. **Sistema Prisional Paulista: transformações e perspectivas**. Revista de criminologia e ciência penitenciárias. Conselho penitenciário do Estado – COPEN. Ano 1 – nº 1. Agosto/2011. Disponível em: http://www.sap.sp.gov.br/download_files/pdf_files/copen/edicao-01/20%20-%20Artigo%20D.N.%20-%20Sistema%20Prisional%20Paulista%20Transformacoes%20e%20Perspectivas.pdf. Acesso em: 25 de julho de 2022).

⁹⁹ Secretaria da Administração Penitenciária. Governo do Estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.sap.sp.gov.br>. Acesso em: 27 jul. 2022.

Na obra “Prisioneiras”, o último volume da trilogia escrita por Drauzio Varella, fica clara a distinção entre um estabelecimento penal habitado por homens e outro ocupado por mulheres. Entre as passagens do livro, o autor menciona que os problemas de saúde enfrentados nas prisões masculinas eram, em sua maioria, devido a feridas mal cicatrizadas, sarna, furúnculos, tuberculose, micoses e as infecções respiratórias. Em compensação, as mulheres se queixavam de cefaleia, dores na coluna, depressão, crises de pânico, infecções ginecológicas, obesidade, irregularidades menstruais, hipertensão arterial, diabetes e suspeita de gravidez¹⁰⁰.

Independente do gênero que habita determinada unidade prisional, a insalubridade sempre foi uma queixa comum entre os prisioneiros. Em 2019 foi divulgado por meio de uma emissora jornalística, que teve acesso ao dossiê elaborado por familiares e presas, com apoio da AMPARA (Associação de Amigos e Familiares de Presos) e Frente Estadual pelo Desencarceramento de São Paulo, a situação precária de saúde e alimentação que as presas se encontravam na Penitenciária Sant’Ana. De acordo com a matéria, mais de 600 mulheres contraíram uma doença infecciosa, que apesar de não ter sido confirmada, estava sendo tratada como amigdalite. As demais presas que não se contaminaram com a doença não saíram ilesas, pois a alimentação da Penitenciária era insatisfatória, para dizer o mínimo. O documento elaborado registrou como os alimentos eram servidos de forma inapropriada, vez que os legumes eram fornecidos com cascas, havia larvas no feijão e as garrafas, caixas e galões chegavam no presídio com sujeira. Para as mulheres com diabetes, hipertensão, úlcera ou outras doenças graves não tinha a possibilidade de optar por dietas específicas para cada enfermidade¹⁰¹.

Diante da denúncia, a SAP (Secretaria de Administração Penitenciária) informou que as presas que tinham os sintomas de amigdalite bacteriana foram encaminhadas para enfermaria, para receberem os devidos cuidados. Durante esse período, a SAP comunicou que os médicos das unidades orientaram as presidiárias, a fim de evitar a propagação da bactéria para outras mulheres que circulam nos mesmos locais. Contudo, nada foi mencionado sobre a falta de higiene e a precariedade que os alimentos eram preparados e servidos dentro da Penitenciária em questão, conforme expõe a matéria jornalística.¹⁰²

¹⁰⁰ VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, p. 13/14.

¹⁰¹ VASCONCELOS, Caê. **Dossiê conclui que condição de saúde em presídio feminino em SP é precária**. Ponte Jornalismo, São Paulo, 29 de maio de 2019. Disponível em: <https://ponte.org/dossie-conclui-que-condicao-de-saude-em-presidio-feminino-em-sp-e-precaria/>. Acesso em: 24 de julho de 2022.

¹⁰² Procurada pela reportagem, a SAP (Secretaria de Administração Penitenciária) informou que “no dia 02/05, as presas foram encaminhadas para a enfermaria com sintomas de amigdalite bacteriana, doença que se propaga rapidamente em ambientes fechados. Foram convocados médicos que atendem na unidade para realizarem os atendimentos, que ocorreram até dia 05/05. Nesse período, 150 reeducandas foram atendidas, sendo que seis delas apresentavam sintomas mais graves e foram encaminhadas ao Hospital Mandaqui para atendimento e realização de exames. Elas foram atendidas e medicadas, retornaram à unidade e estão sendo acompanhadas pela equipe

Recentemente, três anos após a última matéria, o mesmo jornal digital citado no parágrafo anterior, reportou uma nova situação vivenciada pelas presas na Penitenciária Feminina de Sant'Ana, na qual foram divulgadas informações de insalubridade, novamente, dentro da cozinha e ausência de assistência material. Dessa vez, a reportagem entrou em contato com a assessoria de imprensa da Secretaria de Administração Penitenciária, pedindo um posicionamento da pasta sobre as denúncias, mas não houve resposta¹⁰³.

A Lei de Execução Penal expõe em seu art. 12¹⁰⁴, a necessidade dos órgãos governamentais disponibilizarem a assistência material adequada ao preso e ao internado, com o fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas. Entretanto, os parentes dos presidiários, mesmo os mais pobres, buscam enviar alimentos e itens de higiene pessoal, principalmente, absorvente para as mulheres, já que o Estado fornece apenas produtos de baixa qualidade e poucas unidades, não sendo o suficiente.¹⁰⁵

O médico Drauzio Varella trabalhou por muitos anos na Casa de Detenção de São Paulo, popularmente conhecida como Carandiru, mas depois da implosão no complexo penitenciário em 1992, o doutor Varella passou a atender os detentos da Penitenciária do Estado até o presídio ser transformado na unidade prisional feminina, onde é médico voluntário desde 2006. Após muitos anos de experiência em ambientes carcerários, Varella relata que:

As cadeias têm um custo de vida. É mais baixo que o da rua, mas ficar preso não sai de graça.

Na Penitenciária Feminina, as únicas peças de vestuários fornecidas pelo Estado na chegada das presas são uma calça e uma bermuda marrom ou cáqui e uma camiseta branca, do uniforme obrigatório. Calçados, roupas de baixo e agasalhos ficam por conta de cada uma.

Ao dar entrada, elas recebem ainda lençol, cobertor, colcha e travesseiro, cuja reposição é imprevisível no decorrer do cumprimento de pena.

As que não recebem visitas precisam arranjar alguém que lhes compre roupas na rua, ou serão obrigadas a adquiri-las de segunda mão das companheiras que se cansaram de usá-las ou que precisam saldar dívidas.¹⁰⁶

médica da penitenciária.”¹⁰² VASCONCELOS, Caê. **Dossiê conclui que condição de saúde em presídio feminino em SP é precária**. Ponte Jornalismo, São Paulo, 29 de maio de 2019. Disponível em: <https://ponte.org/dossie-conclui-que-condicao-de-saude-em-presidio-feminino-em-sp-e-precaria/>. Acesso em: 24 de julho de 2022.

¹⁰³ MENDES, Gil Luiz. **“Os ratos roeram a comida que mandei para minha filha na prisão”**. Ponte Jornalismo, São Paulo, 16 de junho de 2022. Disponível em: <https://ponte.org/os-ratos-roeram-a-comida-que-mandei-para-minha-filha-na-prisao/>. Acesso em: 24 de julho de 2022.

¹⁰⁴ Artigo 12 da Lei de Execução Penal. *“Art. 12. A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas.”*

¹⁰⁵ VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, p. 96.

¹⁰⁶ VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, p. 95.

Assim, conclui-se que as situações experienciadas pelas mulheres dentro da Penitenciária Feminina de Sant’Ana fazem parte de um ciclo que se repete durante décadas e que independe do gênero que habita o presídio. As reportagens jornalísticas expõem a realidade dos encarcerados que lutam para evitar que os seus direitos básicos, previstos na Lei de Execução Penal, não sejam violados pelo Estado. No entanto, verifica-se que os órgãos governamentais não possuem a estrutura necessária para assegurar as prerrogativas dos presos. O Estado de São Paulo possui o maior PIB dentre todos os Estados-membros do país¹⁰⁷, em contrapartida, o estado paulista detém a maior população carcerária do Brasil¹⁰⁸, sendo a Penitenciária Sant’Ana apenas um exemplo do que ocorre nas demais unidades prisionais espalhadas por São Paulo.

3.2. Tratamento dado às gestantes e lactantes nas penitenciárias femininas

Durante a última década, a Secretaria de Administração Penitenciária passou a investir na construção de unidades projetadas especialmente para atendimento das necessidades das mulheres, com setores destinados à amamentação e creche, além da área reservada exclusivamente para o cuidado da saúde feminina, tendo como primeira unidade prisional paulista a seguir esse modelo instituído, a Penitenciária de Tremembé, inaugurada em abril de 2011.¹⁰⁹ No entanto, de acordo com a pesquisa realizada pelo Ministério da Justiça mesmo os estabelecimentos considerados modelos têm falhas estruturais e conjunturais, que nos permitem afirmar que o exercício da maternidade de mulheres presas nos diversos contextos brasileiro é precário.¹¹⁰

O relatório realizado pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa, lista pelo menos três problemas apontados pelas encarceradas que já eram mães no momento da condenação ou se

¹⁰⁷ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. **Cidade de São Paulo concentra 10,3% do PIB do país em 2019**. Rio de Janeiro: IBGE, 2021. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/32596-cidade-de-sao-paulo-concentra-10-3-do-pib-do-pais-em-2019>. Acesso em: 21 jun. 2022.

¹⁰⁸ BRASIL. Levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN. **Presos em unidades prisionais no Brasil. Período de julho a dezembro de 2021**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública/Departamento penitenciário, 2021. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiOWYwMDdlNmItMDNkOC00Y2RmLWEyNjQtMmQ0OTUwYTUwNDk5IiwidCI6ImViMDkwN-DIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 02 abr. 2022.

¹⁰⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. **Dar a luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão**. Secretaria de assuntos legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015, p. 64. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/201clugar-de-crianca-nao-e-na-prisao-nem-longo-de-sua-mae201d-diz-pesquisa/pesquisa-dar-a-luz-na-sombra-1.pdf>. Acesso em: 14 set. 2022.

¹¹⁰ BRASIL. Instituto de defesa do direito de defesa – IDDD. **Mães livres: a maternidade invisível no sistema de Justiça**. Relatório do projeto, p. 6. Disponível em: http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2020/07/Maes_Livres_IDDD.pdf. Acesso em: 14 set. 2022

tornaram posteriormente¹¹¹. A dificuldade com maior incidência entre as presas é a separação de mães e filhos, principalmente quando ocorre durante a amamentação e o período inicial do desenvolvimento infantil. Com base no artigo científico de Sérgio Makabe e Corintio Neto, ficou constatado que a amamentação traz diversos benefícios para mãe e, conseqüentemente para o seu filho, uma vez que o leite materno é o alimento que possui as características nutricionais ideais para o desenvolvimento saudável do bebê. Ou seja, o aleitamento materno aprimora as vantagens imunológicas e psicológicas, o que ajuda na diminuição da morbidade e mortalidade infantil, além de ser considerada uma estratégia natural de estreitamento de vínculo entre a mãe e o filho com afeto, proteção e nutrição.¹¹² Assim, entende-se que o afastamento precoce entre a mãe e o filho pode trazer conseqüências negativas sendo, muitas vezes, a origem de fortes sentimentos de fragilidade e impotência. A tentativa de preparar a mãe para o desmame antecipado também irá repercutir diretamente no seu estado emocional, trazendo sentimentos como medo, tristeza, desmotivação, preocupação, e inclinação a não continuidade do aleitamento como forma de exaurir-se de tais emoções.¹¹³

O ordenamento jurídico brasileiro possui alguns dispositivos normativos que garantem os direitos das detentas e dos seus filhos durante os primeiros meses de vida dentro das penitenciárias. O inciso L do artigo 5º da Carta Magna¹¹⁴ e a portaria 210 regida pelo Ministério da Justiça e pela Secretaria de políticas para as mulheres¹¹⁵, asseguram que as crianças devem permanecer com suas mães durante todo o período de amamentação, que deverá ser exclusiva até

¹¹¹ Dentre os problemas apontados nessa mesma pesquisa, referência sobre o encarceramento feminino, estão: (i) A separação de mães e filhos/as recém-nascidos/as. Se por um lado a amamentação e o desenvolvimento infantil no ambiente prisional são cruéis e prejudiciais à criança, por outro, a retirada da criança dos cuidados de sua mãe em estágios iniciais de sua vida também é uma violência; (ii) As limitações para o recebimento de visitas, sob a forma de revista vexatória para familiares – sejam estes adultos ou crianças –, além da distância e dificuldade de acesso ao local onde se encontram as unidades prisionais, que prejudicam gravemente a possibilidade de manutenção dos laços afetivos, tão importantes para o processo de reabilitação destas mulheres; (iii) O regime fechado, que intensifica a situação de vulnerabilidade na medida em que expõe a mulher a um ambiente altamente insalubre, com alimentação de má qualidade, com deficiência de assistências médicas e jurídica e impossibilidade de prover recursos para o sustento de sua família. (BRASIL. Instituto de defesa do direito de defesa – IDDD. **Mães livres: a maternidade invisível no sistema de Justiça**. Relatório do projeto, p. 6. Disponível em: http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2020/07/Maes_Livres_IDDD.pdf. Acesso em: 14 set. 2022

¹¹² NETO, Corintio Mariani. MAKABE, Sérgio. **Benefícios do aleitamento materno**. Manual do aleitamento materno. Federação brasileira das associações de ginecologia e obstetrícia. 3ª edição, 2015, p. 15. Disponível em: https://www.areaseg.com/bib/25%20-%20Familia/Manual_Aleitamento_Materno_25NOV_AF.pdf. Acesso em: 14 set. 2022.

¹¹³ NOGUEIRA, Angelita. **Aleitamento materno no sistema penitenciário: sentimentos da lactante**. Revista Ciência plural, 2020, p. 26.

¹¹⁴ Artigo 5º, inciso L da Constituição Federal. *L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;*

¹¹⁵ Portaria interministerial nº 210, de 16 de janeiro de 2014. *7. Respeito ao período mínimo de amamentação e de convivência da mulher com seu filho, conforme disposto na Resolução nº 3 de 15 de julho de 2009, do CNPCP, sem prejuízo do disposto no art. 89 da Lei 7.210 de 11 de julho de 1984.*

os seis meses de idade. Em complemento ao artigo mencionado acima, a Lei de Execução Penal possui o artigo 89¹¹⁶ que versa sobre a importância das instituições carcerárias contarem com espaços adequados para que as mães possam amamentar.

Entretanto, mesmo diante da proteção jurídica, as mulheres gestantes e lactantes ainda sofrem com o cárcere por conta do ambiente superpopuloso, insalubre, violento e sem assistência médica adequada. As autoras, Rejane Davim e Mayana Galvão, explicam que muitas “mulheres grávidas que estão privadas de liberdade permanecem nas acomodações comuns dos estabelecimentos penais, e por muitas vezes dormem em colchões no chão, dividem a cama com outras detentas.”¹¹⁷ No livro “Presos que menstruam”, Nana Queiroz detalha ainda mais a situação em que as grávidas presas se encontram, ao narrar que:

(...) na maioria dos presídios e cadeia públicas, elas ficam misturadas com a população carcerária e, quando chega a hora do parto, geralmente alguém leva para o hospital. Já nasceu muita criança dentro do presídio porque a viatura não chegou a tempo, ou porque a polícia se recusou a levar a gestante ao hospital, já que provavelmente não acreditou – ou não se importou – que ela estava com as dores de parto. Aconteceu, em alguns casos (...) de as próprias presas fazerem o parto, ou a enfermeira do presídio.¹¹⁸

Em determinados estados brasileiros as gestantes que estão presas são transferidas no terceiro trimestre de gestação para uma unidade prisional que abriga as mães com seus filhos, mas, geralmente esses estabelecimentos estão localizados em regiões metropolitanas distantes, fato que acaba por dificultar o acesso dos familiares¹¹⁹, o que nos leva a pensar na segunda dificuldade apontada pelo relatório do IDDD (Instituto de Defesa do Direito de Defesa). O documento elaborado pelo instituto indica que o segundo problema levantado são as limitações para o recebimento de visitas, sob a forma de revista vexatória para familiares – independente da idade -, além do distanciamento e a dificuldade para ter contato com as presas, situação que acaba prejudicando as relações afetivas destas mulheres. A ausência dos parentes relevantes durante esse momento tão importante na vida de uma mulher que está gestante ou passando pelo puerpério, influencia diretamente na saúde do bebê e da mãe.

¹¹⁶ Artigo 89 da Lei de Execução Penal. *Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.*

¹¹⁷ DAVIM, Rejane Marie Barbosa; GALVÃO, Mayana Camila Barbosa. **Ausência De Assistência À Gestante Em Situação De Cárcere Penitenciário.** Revista Cogitare Enfermagem, Natal, RN, p.456, 2013.

¹¹⁸ QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam.** 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015, p 42/43.

¹¹⁹ QUADROS, Jaqueline Garai de. OLIVEIRA, Lucas Paulo Orlando de. **Nascer na prisão: a violação aos direitos humanos das gestantes no sistema penitenciário brasileiro.** Revista científica do curso de direito: centro universitário fag. Diálogo e interfaces do direito, p. 136.

A presença de pessoas significativas durante o enfrentamento de situações de vida mais complicadas proporciona apoio e reforço emocional, esse suporte familiar é denominado rede de apoio. O artigo “Apoio social e experiência da maternidade” aduz que:

No que se refere à rede de apoio social, a renda familiar tende a estar relacionada ao tamanho da rede, visto que melhores condições econômicas podem interferir no processo de desenvolvimento e manutenção de redes. Isto ocorreria porque o fator econômico pode favorecer uma maior disponibilidade de tempo para os relacionamentos, maior escolaridade e melhores empregos, dentro outros.¹²⁰

Após entrevistar oito encarceradas que passaram a fase de amamentação dentro das prisões, a pesquisa sobre aleitamento materno dentro do cárcere, conclui que:

Conforme os relatos das mulheres, o apoio da família, incentivo de amigos e estado emocional interferem diretamente na amamentação. As mulheres entrevistadas nesse estudo manifestaram a necessidade de outra pessoa para ajudar, esclarecer e acompanhar durante o período de amamentação. Então, os familiares e as pessoas próximas e significativas para as mulheres, são vistos como fontes de ajuda.¹²¹

O distanciamento entre a rede de apoio e as gestantes e lactantes é tão prejudicial quanto o desmame antecipado, tendo em vista a importância do suporte dos entes queridos nessa fase em que a mulher está mais fragilizada e vulnerável, especialmente quando se encontra em um ambiente hostil e inapropriado durante o enfrentamento do ciclo puerperal. Esse cenário devastador nos remete ao terceiro, e último, problema mencionado pelo IDDD (Instituto de Defesa do Direito de Defesa), que é a situação de vulnerabilidade, pois a mulher quando presa fica exposta a um local altamente insalubre, com alimentação de má qualidade, com deficiência de assistências médicas e jurídica, e impossibilidade de prover recursos para o sustento de sua família.

O Instituto Aurora expõe em seu artigo “A mulher mãe no cárcere”, as histórias de mulheres reais que tiveram os seus direitos violados em algum momento do gestar e/ou do maternar como, por exemplo, o relato de Jéssica Monteiro, mãe de Enrico, que teve o direito à liberdade violado, pois foi negada uma assistência humana com exposição de ambos a uma cela nociva à saúde das pessoas que moravam naquele lugar e em uma instituição que não deve abrigar criança de qualquer idade¹²². Vale mencionar que as narrativas como essa são apenas uma das

¹²⁰ RAPOPORT, Andreia. PICCCININI, Cesar Augusto. Apoio social e experiência da maternidade. Periódicos eletrônicos em psicologia. **Revista brasileira de crescimento e desenvolvimento humano**, v. 16, n. 1, São Paulo, 2006. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12822006000100009. Acesso em 15 set. 2022.

¹²¹ NOGUEIRA, Angelita. **Aleitamento materno no sistema penitenciário: sentimentos da lactante**. Revista Ciência plural, 2020, p. 29.

¹²²LIMA, Brenda. **A mulher mãe no cárcere**. Instituto Aurora, educar em direitos humanos. Disponível em: <https://institutoaurora.org/a-mulher-mae-no-carcere/>. Acesso em: 15 set. 2022.

inúmeras violações que acometem mulheres encarceradas de todo o país, na qual a reportagem ressaltada acima ainda acrescenta que:

Embora incompatível com os direitos previstos para as mulheres, cerca de um terço das grávidas do sistema prisional relatam ter sido algemadas na hora do parto, o que é grave. Em relação ao acompanhamento do pré-natal, cerca de 55% delas relatam que o fizeram menos do que o recomendado pelos médicos, pois o acesso à saúde é escasso no ambiente carcerário. Para agravar esse cenário e demonstrar a falta de assistência, 4,6% das crianças nasceram com sífilis congênita, porém um percentual considerável de detentas não foram diagnosticadas com sífilis durante a gestação. Além de relatos de violência físicas, há também relatos de violências psicológicas e verbais, num momento de mais vulnerabilidade que, somando ao cárcere e ao medo da separação de seus filhos, pode levar essas mulheres a doenças psicológicas intensas logo após darem à luz.¹²³

A reportagem do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania cita alguns dos abusos sofridos pelas presas, ao expor que:

Os caminhos percorridos por Karina dentro da prisão incluíram inúmeros abusos que atravessam até hoje suas particularidades, deixando marcas em seu psicológico e em seu corpo. Por exemplo, agentes penitenciários agressivos/as, restrições alimentares, noites dormindo diretamente no chão, falta de atendimento médico adequado, o uso impróprio de medicamentos e a falta de consultas com especialidades médicas ou ausência de um acompanhamento pré-natal.

Essas e muitas outras violações geraram consequências que agravaram a situação de gestação de Karina. Além disso, chegada a hora do parto, ela foi exposta, silenciada e ameaçada: ao ser levada para um hospital público, negaram-lhe atendimento e, posteriormente, foi vítima de negligência médica. Isolada em um quarto de vidro, não pode ver a sua criança, cuidar ou higienizar.¹²⁴

Em suma, tanto os problemas listados pelo relatório do IDDD (Instituto de Defesa do Direito de Defesa), como as violações descritas pelas mulheres que sofrem diariamente dentro dos estabelecimentos prisionais espalhados pelo Brasil, evidenciam as dificuldades estruturais que as gestantes e lactantes devem superar ao longo de sua trajetória dentro das penitenciárias para assegurar que seus filhos tenham uma infância minimamente saudável. O ordenamento jurídico brasileiro sofreu muitas mudanças para se adequar ao mundo atual, mas, infelizmente, ainda é necessário o desenvolvimento e aperfeiçoamento de medidas importantes para garantir que as presas recebam um tratamento digno e coerente com os princípios constitucionais.

¹²³ LIMA, Brenda. **A mulher mãe no cárcere**. Instituto Aurora, educar em direitos humanos. Disponível em: <https://institutoaurora.org/a-mulher-mae-no-carcere/>. Acesso em: 15 set. 2022.

¹²⁴ Instituto terra, trabalho e cidadania. **Audiência pública aborda a maternidade no sistema prisional**. Disponível em: <https://ittc.org.br/audiencia-publica-maes-em-carcere/>. Acesso em: 15 set. 2022.

4. REFLEXOS DA PANDEMIA DO COVID-19 NO SISTEMA PENITENCIÁRIO FEMININO

Com a chegada da Covid-19 ao Brasil no início de 2020, as autoridades brasileiras ficaram preocupadas com o aumento exponencial de casos, especialmente diante do colapso do sistema de saúde em diversas cidades brasileiras.¹²⁵ De acordo com o Ministério da Saúde, o primeiro caso confirmado de Covid-19 no país foi registrado no dia 26 de fevereiro, em São Paulo. No tocante ao sistema prisional, os dois primeiros casos registrados foram confirmados em 8 de abril, quando um encarcerado no Pará e um no Ceará receberam o diagnóstico do novo coronavírus.¹²⁶

Conforme foi demonstrado ao longo do presente estudo, os estabelecimentos prisionais são locais que possuem celas lotadas, escuras, sujas e pouco ventiladas, ou seja, configuram ambientes mais propícios para a propagação de vírus respiratórios, como o novo coronavírus. Com a decretação da pandemia, houve um aumento de denúncias que tinham o objetivo de relatar o agravamento da situação no interior das unidades prisionais. O coordenador do Núcleo Especializado de Situação Carcerária da Defensoria Pública de São Paulo foi um dos indivíduos que expôs a realidade das penitenciárias durante esse período delicado, ao afirmar que “pessoas que estão cumprindo pena estão submetidas a situações degradantes, com falta de alimentação, falta de água, falta de médico, risco de morrer dentro da prisão, principalmente agora com a pandemia.”¹²⁷

Diante das inúmeras consequências da pandemia no Brasil, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação nº 62 com a finalidade de evitar a contaminação em massa nos sistemas de privação de liberdade no país. A respectiva Recomendação busca oferecer orientações técnicas e articulações facilitadas por equipes locais, além de monitorar dados para facilitar tomada de decisão com base em evidências. Foram elaborados semanalmente os boletins com dados sobre o contágio e óbitos nos sistemas prisionais e socioeducativo, bem como boletins quinzenais com informações fornecidas por tribunais sobre a situação que determinado local se

¹²⁵ COUTO, Marlen. **Coronavírus: cinco capitais estão próximas do colapso do sistema de saúde, aponta pesquisa.** O Globo. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/saude/coronavirus/coronavirus-cinco-capitais-estao-proximas-do-colapso-do-sistema-de-saude-aponta-pesquisa-1-24390242>. Acesso em: 26 set. 2022.

¹²⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça e DEPENDÊNCIA. **Relatório de monitoramento da Covid-19 e da recomendação 62/CNJ nos sistemas penitenciário e de medidas socioeducativas II**, p. 57. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/Relatorio_II_Covid_web_0909.pdf. Acesso em: 26 set. 2022

¹²⁷ CAESAR, Gabriela. GRANDIM, Felipe. REIS, Thiago. SILVA, Camila Rodrigues da. **População carcerária diminui, mas Brasil ainda registra superlotação nos presídios em meio à pandemia.** G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/populacao-carceraria-diminui-mas-brasil-ainda-registra-superlotacao-nos-presidios-em-meio-a-pandemia.ghtml>. Acesso em 26 set. 2022.

encontrava. O relatório criado pelo CNJ explica melhor a finalidade principal da Recomendação nº 62:

Com o avanço inicial da pandemia de Covid-19 no país, o CNJ passou a desenvolver uma série de medidas com o objetivo de prevenir e conter o avanço da transmissão do novo coronavírus nas unidades de privação de liberdade brasileiras. Entre as principais ações está a publicação pelo CNJ, em 17 de março de 2020, da Recomendação nº 62, que teve como objetivo apontar a necessidade de políticas emergenciais a serem adotadas, pelos diferentes atores envolvidos na condução das políticas prisionais e socioeducativas, que pudessem ajudar a frear o avanço da pandemia nas unidades prisionais e de medidas socioeducativas.¹²⁸

Entretanto, a Recomendação nº 62 não foi capaz de impedir a contaminação em massa dentro das penitenciárias brasileiras, vez que o número de mortes de pessoas presas foi maior nos cinco primeiros meses de 2021 do que em todo o primeiro ano da pandemia.¹²⁹ Mesmo diante do aumento das mortes por coronavírus dentro das prisões, o governo paulista em 2020 cortou R\$ 14 milhões do atendimento à saúde nas prisões e R\$ 31 milhões de ações como a aquisição de produtos de higiene.¹³⁰

A norma elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) também buscava converter, de forma excepcional, as prisões em flagrante em preventivas, apenas para casos violentos, e reavaliar as prisões preventivas com foco nas grávidas, lactantes ou pessoas em situação de vulnerabilidade social ou de saúde, os presos em unidades superlotadas e os indivíduos que foram presos de forma preventiva há mais de noventa dias. Já em relação às execuções penais, era recomendável que se concedesse saídas antecipadas aos presos em regime fechado e semi-aberto e prisão domiciliar aos presos em regime semiaberto. As propostas apresentadas pelo CNJ tinham o objetivo de preservar a saúde do máximo de pessoas, mas o Poder Judiciário não seguiu as orientações conforme o desejado.

A maioria dos magistrados não concederam as prisões domiciliares nos casos listados no parágrafo anterior e indeferiram *habeas corpus* quando impetrados¹³¹. Esse cenário fez com que o Doutor Felipe da Silva Freitas, elencasse em sua pesquisa os argumentos mais utilizados pelos juízes em suas sentenças, que foram:

¹²⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça e DEPEN. **Relatório de monitoramento da Covid-19 e da recomendação 62/CNJ nos sistemas penitenciário e de medidas socioeducativas II**, p. 3. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/Relatorio_II_Covid_web_0909.pdf. Acesso em: 26 set. 2022.

¹²⁹ BRASIL. Secretaria da Administração Penitenciária. Governo do Estado de São Paulo. **Boletim diário – 26 de janeiro de 2022. Covid-19**. Disponível em: http://www.sap.sp.gov.br/download_files/covid-19/boletim-covid-26-01-22.pdf. Acesso em 26 set. 2022.

¹³⁰ ZAFFALON, Luciana. **Os efeitos das políticas prisionais e orçamentárias se prolongarão em 2021**. Plataforma Justa. Disponível em: <https://justa.org.br/2021/03/folha-de-s-paulo-doria-corta-da-saude-prisonal-e-engorda-o-caixa-em-ano-de-pandemia/>. Acesso em 26 set. 2022.

¹³¹ INSPER. **TJ paulista nega 88% de 6.781 habeas corpus motivados pela Covid-19**. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/habeascorpuscovid/>. Acesso em 20 set. 2022.

Ainda que sejam completamente contrários à Constituição, incompatíveis com a força normativa da Recomendação n° 62/CNJ e, na prática, ponham em risco pessoas que estão potencialmente vulneráveis com a infecção por Covid-19, os argumentos mais utilizados pelos juízes para indeferir os pedidos de transferência para prisão domiciliar são que: i) o paciente não demonstrou que pertence ao grupo de risco; ii) o paciente não demonstrou que a penitenciária está incapacitada de realizar atendimento de saúde de qualidade; e iii) a penitenciária na qual o paciente se encontra recolhido não possui casos de Covid-19.¹³²

O Jota, site de notícias jurídicas, levantou que dentro de 4.058 processos julgados do início da pandemia até agosto de 2020, mais da metade são *habeas corpus* (2.930), dos quais 80,8% (2.366) foram negados¹³³. Na época, o Ministro Luiz Fux do Supremo Tribunal Federal, publicou um artigo reforçando o descumprimento da Recomendação n° 62 do CNJ, mas os juízes de primeiro e segundo grau, e até mesmo os ministros do STF, seguiam negando pedidos de liberdade e de transferência ao regime domiciliar para presos mais vulneráveis.¹³⁴

Em junho de 2020, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA – Organização dos Estados Americanos – emitiu um comunicado como resposta a um informe denominado “genocídio em curso”, feito por 213 entidades, dentre elas a Agenda Nacional pelo Desencarceramento, o Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, a Justiça Global, o NESC/SP e o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. Diante da denúncia feita, a Comissão enaltece a importância da Recomendação n° 62 do CNJ e conclui que o Brasil deve adotar medidas urgentes considerando que a pandemia traz riscos para vida, saúde e integridade das pessoas privadas de liberdade.¹³⁵

Já Defensoria Pública do Estado de São Paulo realiza inspeções rotineiras nos estabelecimentos prisionais, porém durante a pandemia essas visitas dos defensores foram feitas de forma indireta, até que fosse possível estruturar um retorno sanitariamente seguro para todos. Com base no relatório do Núcleo Especializado da Situação Carcerária, a primeira inspeção durante a pandemia ocorreu no dia 22 de junho de 2020 e, desta data, até o dia 4 de fevereiro de 2022, foram realizadas 62 inspeções pelo NESC. O ponto mais evidenciado do relatório

¹³² FREITAS, Felipe da Silva. **Vidas Negras Encarceradas: a pandemia nas prisões brasileiras**. Boletim de Análise Político-Institucional, n. 26, março de 2021. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10518/1/BAPI_26VidasNegras.pdf. Acesso em: 27 set. 2022.

¹³³ 81% dos Habeas Corpus baseados na recomendação n° 62 foram negados, dos quais existiam inclusive pessoas presas por crimes como a tentativa de furto de esmaltes. (POMPEU, Ana. **STF nega 81% dos HCs baseados na recomendação 62, sobre a covid-19**. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/stf-nega-81-dos-hcs-baseados-na-recomendacao-62-do-cnj-sobre-a-covid-19-07082020>. Acesso em 21 out. 2022.

¹³⁴ INFOVÍRUS. **Infovírus: pandemia e prisões**. STF contraria o CNJ e nega 80,8% dos habeas corpus baseados na pandemia de Covid-19. 11 de agosto de 2020. Disponível em <https://www.covidnasprisoas.com/blog/stf-contraria-o-cnj-e-nega-80-8-dos-habeas-corpus-baseados-na-pandemia-de>. Acesso em: 27 set. 2021.

¹³⁵ CHADE, Jamil. **OEA pede ação do Brasil diante de avanço da covid-19 nos presídios**. Notícias uol. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2020/08/10/oea-pede-acao-do-brasil-diante-de-avanco-da-covid-19-nos-presidios.htm>. Acesso em 27 set. 2022.

supramencionado foi a ausência de assistência à saúde, principalmente durante uma pandemia de um vírus tão contagioso, na qual a NESC (Núcleo Especializado da Situação Carcerária) ressalta que:

Ocorre que o estado de São Paulo ignora cotidianamente sua adesão à então Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP) – Portaria Interministerial n° 482/2014 (Brasil, 2014). Atualmente, vigora a Portaria GM/MS 2.298/2021.

Na prática, o cenário é catastrófico: nenhuma das 242 unidades inspecionadas pelo NESC possui equipe de saúde completa nos moldes da PNAISP, que observa os parâmetros do Sistema Único de Saúde (SUS) para a promoção integral e universal da saúde, contemplando a formação de equipe multiprofissional composta por diferentes profissionais de saúde, como médicos/as, auxiliares de enfermagem, dentistas, psicólogos/as, assistentes sociais, entre outros.¹³⁶

Um especialista na área da saúde, o médico Francisco Job Neto, previu que muitos presos iam precisar de assistência médica assim que o Covid-19 chegasse nas penitenciárias, sobretudo por conta do ambiente insalubre e pelas doenças preexistentes, pois explica que:

Levando em consideração que muitos desses presos têm uma nutrição ruim, são ou foram usuários de drogas, uma porcentagem bastante significativa está infectada pelo HIV e pela tuberculose – portanto, são pneumopatas – é previsível que tenham número de infectados superior ao da população em geral e muito mais rapidamente, já para as duas ou três próximas semanas. É também grande o número de presos que vai precisar de UTI por ter doença respiratória crônica e que vai morrer por conta da pandemia.¹³⁷

Ou seja, em meio a uma pandemia sem precedentes, as prisões paulistas não tinham uma equipe médica completa para atender a quantidade de pacientes que poderiam necessitar de atendimento hospitalar de urgência. O relatório feito pela Defensoria Pública ainda ressalta que na Penitenciária Feminina da Capital do Estado de São Paulo, não tinha nenhum médico pediatra, ginecologista e obstetra de prontidão para atender as 606 mulheres detidas na unidade em questão no momento da inspeção. Vale mencionar dentre as seiscentas mulheres, três estavam grávidas e 22 eram lactantes. Ademais, foi denunciado que não havia medicamentos suficientes dentro dos estabelecimentos prisionais, mesmo antes do início da pandemia, e independente dos sintomas apresentados, em via de regra, os únicos remédios fornecidos eram o paracetamol e a dipirona.¹³⁸

¹³⁶ BRASIL. **Inspecções em presídios durante a pandemia da Covid-19**. Relatório Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Núcleo Especializado de Situação Carcerária. Abril de 2022, p. 42.

¹³⁷ OLIVEIRA, Cida de. **Especialista prevê alta de infecção nos presídios nas próximas semanas**. Rede Brasil Atual. 20 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/sau-de-e-ciencia/2020/03/especialista-preve-alta-de-infeccao-nos-presidios-nas-proximas-semanas/>>. Acesso em: 27 set. 2022.

¹³⁸ FOLHA DE SÃO PAULO. **Saúde vira principal reclamação nas prisões de São Paulo, onde paciente de Covid só recebe paracetamol**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2021/02/saude-vira-principal-reclamacao-nas-prisoas-de-sp-e-paracetamol-e-unico-remedio-oferecido-contra-covid.shtml>. Acesso em 27 set. 2022.

O racionamento de água foi outro ponto levantado no relatório, pois as torneiras e chuveiros foram testados em diversos momentos durante a inspeção, mas verificou-se que não saía água. A Defensoria Pública inspecionou 178 unidades prisionais do Estado de São Paulo e, infelizmente, foi constatado que 70,8% destas fazem racionamento de água.¹³⁹ Tal situação viola a regra nº18 das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Nelson Mandela), cujo dispositivo em questão estabelece que o preso tem o direito de manter sua limpeza pessoal e, para esse fim, deve ter acesso a água.¹⁴⁰ Sem água os presos ficam impossibilitados de manterem uma rotina de higiene constante, não é possível levar as poucas roupas e nem as máscaras, muito menos manter as celas menos sujas.

Ademais, fora constatado que em determinadas penitenciárias do Estado de São Paulo não oferecem banho na temperatura adequada para os presidiários. Diante dessa situação, a Defensoria Pública de São Paulo ajuizou uma ação civil pública alegando que estudos científicos evidenciariam os riscos à saúde dos presos ocasionados pela exposição à água gelada.¹⁴¹ Cabe mencionar que a regra nº 16 das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos dispõe que as instalações dentro dos estabelecimentos prisionais devem disponibilizar um ambiente adequado para o banho na temperatura apropriada ao clima.¹⁴²

Já o direito de banho de sol é visto como uma forma de garantir a manutenção da integridade psicológica e física do preso, pois a exposição ao sol assegura que os detentos possam circular nas dependências externas onde tem circulação de ar livre, além de evitar a proliferação de bactérias e doenças de pele e respiratórias. Com ausência de banho de sol, o ser humano é

¹³⁹ PEREZ, Fabíola. **Governo é denunciado por racionamento de água em prisões de SP na pandemia**. R7, 2021. Disponível em: <https://noticias.r7.com/sao-paulo/governo-e-denunciado-por-acionar-agua-em-prisoos-de-sp-na-pandemia-29062022>. Acesso em: 21 out. 2022.

¹⁴⁰ Regra nº 18. *1. Deve ser exigido a todos os reclusos que se mantenham limpos e, para este fim, ser-lhes-ão fornecidos água e os artigos de higiene necessários à saúde e limpeza. 2. A fim de permitir aos reclusos manter um aspecto correto e preservar o respeito por si próprios, ser-lhes-ão garantidos os meios indispensáveis para cuidar do cabelo e barba; os homens devem poder barbear-se regularmente*. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Mandela**: regras mínimas padrão das Nações Unidas para o tratamento de presos. Brasília: CNJ, 2016, p. 7 (Tratados Internacionais de Direitos Humanos).

¹⁴¹ VIAPIANA, Tábata. **TJ-SP confirma obrigação de banhos quentes a todos os detentos do estado**. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-28/tj-sp-confirma-obrigacao-banhos-quentes-todos-detentos>. Acesso em. 24 out. 2022.

¹⁴² Regra nº 16. *As instalações de banho e duche devem ser suficientes para que todos os reclusos possam, quando desejem ou lhes seja exigido, tomar banho ou duche a uma temperatura adequada ao clima, tão frequentemente quanto necessários à higiene geral, de acordo com a estação do ano e a região geográfica, mas pelo menos uma vez por semana num clima temperado*. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Mandela**: regras mínimas padrão das Nações Unidas para o tratamento de presos. Brasília: CNJ, 2016, p. 7 (Tratados Internacionais de Direitos Humanos).

incapaz de absorver a vitamina D, resultando na baixa imunidade.¹⁴³ Durante a pandemia, os presos que estavam em “quarentena” foram obrigados a permanecer em locais isolados dos demais, onde não podiam usufruir do seu direito de banho de sol, conforme expõe o relatório da Defensoria Pública do Estado de São Paulo:

Relevante salientar que, durante a pandemia, as pessoas presas ficaram pelo período de 14 dias em “quarentena”, normalmente em raio específico, antes de ingressar no convívio com as demais pessoas dos raios. Assim, milhares de pessoas foram obrigadas a permanecer por tal período em celas sem quaisquer condições sanitárias de aprisionamento sem banho de sol.

Já no setor de “seguro”, o direito ao banho de sol foi constatado em apenas 40,7% das unidades prisionais. Entretanto, o tempo de banho de sol em diversas delas era irrisório – por exemplo, no CDP de São Vicente, as pessoas presas no local não tinham direito a 30 minutos de sol por dia; no CDP de Bauru, a 1h30.¹⁴⁴

A pandemia da Covid-19 foi um problema de saúde pública global que afetou todos os países. A rápida propagação da doença obrigou o governo brasileiro a tomar medidas públicas urgentes, buscando evitar que a sociedade sofresse ainda mais com os danos causados por uma enfermidade ainda desconhecida pela maioria dos seres humanos. É nítido que as consequências trazidas pela pandemia afetaram diretamente a população do Brasil, sendo indecente mensurar o sofrimento de cada indivíduo, no entanto, não se pode ignorar o que se passou entre os altos muros das penitenciárias.

As informações levantadas pelas inspeções realizadas pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo permite concluirmos que existiu um certo abandono com as pessoas nas unidades prisionais. Os presos foram deixados à própria sorte para tentarem sobreviver com o mínimo que o Estado estava provendo, sem qualquer garantia de direitos básicos. A situação das penitenciárias já era considerada desumana, mas agravou-se ainda mais com a pandemia do Covid-19¹⁴⁵, sendo que o Estado não seguiu os protocolos sanitários impostos pelos órgãos governamentais brasileiros e pelas organizações oficiais de saúde, o que resultou no adoecimento e mortes precoces.

¹⁴³ CUNHA, Rogério Sanches. **STF: Presos têm direito a no mínimo duas horas diárias de banho de sol**. MSJ. Meu site jurídico. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/07/22/stf-presos-tem-direito-no-minimo-duas-horas-diarias-de-banho-de-sol/>. Acesso em: 24 out. 2022.

¹⁴⁴ BRASIL. **Inspeções em presídios durante a pandemia da Covid-19**. Relatório Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Núcleo Especializado de Situação Carcerária. Abril de 2022, p. 68.

¹⁴⁵ REAL, Fernanda. **Situação da pandemia nos presídios tem refletido as condições nas prisões brasileiras**. Jornal da USP. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/situacao-da-pandemia-nos-presidios-tem-refletido-as-condicoes-nas-prisoas-brasileiras/>. Acesso em: 24 out. 2022.

CONCLUSÃO

A ideia do presente trabalho é analisar os direitos das encarceradas previstos no ordenamento jurídico brasileiro e examinar a situação em que as penitenciárias femininas do Estado de São Paulo se encontram, além de elucidar a respeito do surgimento e da evolução dos presídios no Brasil. Como demonstrado, as unidades prisionais expõem as detentas a condições degradantes, exteriorizando a situação de encarceramento e criminalização da população negra, pobre e periférica. Em outras palavras, as mulheres mais vulneráveis da sociedade são direcionadas para o cárcere, onde serão disciplinadas e ressocializadas através da lógica da punição, repressão e controle.

As previsões legais quanto a maternidade nos estabelecimentos prisionais buscam resguardar a integralidade física e moral das condenadas e dos seus filhos, mas o real cenário vivenciado pelas gestantes e lactantes dentro das penitenciárias é muito distinto do que se esperava. São poucas as prisões que possuem o ambiente adequado e confortável para se ter uma gestação digna ou para conviver com os filhos, o que não deveria ser assim, pois são garantias previstas na Constituição Federal.

Outros pontos também receberam a sua relevância dentro do trabalho, como a insalubridade das celas, as péssimas condições dos banheiros, as altas temperaturas dentro dos ambientes habitados pelos presos e a pouca ventilação que resulta no aumento de doenças respiratórias.

Posteriormente, quando as mulheres deixam as prisões acabam se deparando com uma realidade ainda mais dura, já que continuam sem escolaridade e sem qualificação profissional, resultado de uma ressocialização ineficaz, porém agora precisam ajudar na criação de sua família, pois muitas delas são mães. A desvalorização da mão de obra das ex-presidiárias, força as mesmas a encontrarem trabalhos com baixa remuneração e longas jornadas.

Infelizmente, essas violações sofridas no cárcere paulista não é uma realidade apenas do Estado de São Paulo. O desrespeito aos direitos retratados na monografia também ocorrem nos outros Estados da Federação, portanto, a falência prisional e as suas consequências são problemas que devem ser solucionados no âmbito nacional e não apenas regional.

Dessa forma, esse panorama precisa ser modificado e o primeiro passo é reconhecer que o Brasil optou pela política de encarceramento errada, pois é claro que o aprisionamento da classe pobre e vulnerável é insustentável em diversos âmbitos, em especial do ponto de vista orçamentário. É necessário racionalizar esse sistema de modo que as pessoas que realmente cometeram atos ilícitos sejam punidas de forma proporcional ao crime e recebam as medidas

cabíveis para garantir a sua ressocialização de forma consciente e respeitosa. O ponto principal é evitar a prolongação desse encarceramento desumano reproduzido atualmente, tendo em vista que não está produzindo nenhum efeito positivo para coletividade, na verdade, os resultados mostram o contrário.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Rosemary de Oliveira. **Mulheres que Matam** – universo imaginário do crime no feminino. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

ANDRADE, Bruna Soares Angotti Batista de. **Entre as leis da ciência, do Estado e de Deus:** o surgimento dos presídios femininos no Brasil. São Paulo: 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8134/tde-11062012-145419/pt-br.php>> Acesso em: 21 set. 2022.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976.** 3º ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ANDRADE, Paulo Bonavides Paes de. **História Constitucional do Brasil.** Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4523680/mod_resource/content/3/BONAVIDES%2C%20Paulo%3B%20Paes%20de%20ANDRADE.%20Cap.%20XI%20-%20A%20Carta%20de%201937.%20In%20-%20História%20Constitucional.pdf. Acesso: Acesso em: 23 set. 2022.

AZEVEDO, José Eduardo. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, vol. 1, nº 9, Brasília, jan/jun. 1997, p. 91-102. **A Penitenciária do Estado: a preservação da ordem pública paulista.** Disponível em: <https://sociologiajuridica.net/a-penitenciaria-do-estado-a-preservacao-da-ordem-publica-paulista/>. Acesso em: 21 abr. 2022.

BITENCOURT, César Roberto. **Falência da pena de prisão:** causas e alternativas. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica.** Bauru: Edipro, 2001 (1958).

BRASIL. DEPEN. **Departamento Penitenciário Nacional.** Disponível em: <http://fileserver.idpc.net/library/Mulheres-presas-dados-gerais.pdf>. Acesso em: 21 set. 2022.

BRASIL. DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional. Revista Brasileira de Execução Penal. **Dossiê: Políticas Penais no Brasil.** Vol. 3, nº 1, Jan-Jun. de 2022. Disponível em: <http://rbepdepen.depen.gov.br/index.php/RBEP/issue/view/9/23>. Acesso em: 21 set. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CHIES, Luiz Antônio Bogo (coord.). **A prisão dentro da prisão** – uma visão sobre o encarceramento feminino na 5ª Região Penitenciária do Rio Grande do Sul. Pelotas: GITEP/UCPel, 2008.

DOTTI, René Ariel. **Casos criminais célebres.** 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 430 p. ISBN 85-203-2356-1

DUARTE, Érico de Almeida. **Teoria geral do crime no ordenamento jurídico brasileiro.** Campo Grande – MS: UCDB, 2002.

ENGEL, Magali. Psiquiatria e Feminilidade. In: PRIORE, Mary Del (Org.). **História das Mulheres no Brasil,** São Paulo: Contexto, 1997

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 57.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de direito penal: a nova parte geral**. 11 ed. Ver. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

GOMES, Luiz Flávio; BUNDUKY, Mariana Cury. **Mulheres presas: aumento de 252% em 10 anos**. 22 fev. 2012. Disponível em: <http://institutoavantebrasil.com.br/mulheres-presas-aumento-de-252-em-dez-anos/>>. Acesso em: 27 mar. 2014.

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

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: RCS Editora, 2005.

JULIO, José Renato de. **A execução penal e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <https://www.eduvaleavare.com.br/wp-content/uploads/2018/05/artigo13.pdf>. Acesso em: 10 maio 2022.

LEMOS BRITTO, José Gabriel de. **A Questão Sexual das Prisões**. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1934.

LEMOS BRITTO, José Gabriel de. **As Mulheres Criminosas e seu tratamento penitenciário**. In Estudos Penitenciários. São Paulo. Imprensa Oficial, 1943.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios do direito de família brasileiro**. Revista Brasileira de Direito Comparado. Disponível em: [http://www.idclb.com.br/-revistas/35/revista35%20\(10\).pdf](http://www.idclb.com.br/-revistas/35/revista35%20(10).pdf). Acesso em: 17 jul. 2022.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil**. Coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 1992.

MENDES, Gil Luiz. **“Os ratos roeram a comida que mandei para minha filha na prisão”**. Ponte Jornalismo, São Paulo, 16 de junho de 2022. Disponível em: <https://ponte.org/os-ratos-roeram-a-comida-que-mandei-para-minha-filha-na-prisao/>. Acesso em: 24 jul. 2022.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentário aos arts. 1º ao 5º da CRFB, doutrina e jurisprudência**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOURA, Eloine Borges de. **Princípios constitucionais em família**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/54023/principios-constitucionais-em-familia>. Acesso em: 15 maio 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de execução penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 1º ed. Editora Record. São Paulo: 2015.

REIS, Diego. Stanchi, Malu. **Um cárcere de memórias**. Revista Direito e Práxis, vol. 10, núm. 4, 2019, Outubro-Dezembro, pp. 3126-3133. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/3509/350961332026/350961332026.pdf>

RIBEIRO, Antônio Sérgio. **Herculano de Freitas**. Disponível em: <http://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeirarepublica/FREITAS,%20Herculano%20de.pdf>. Acesso em: 21 set. 2022.

RODRIGUES, Néelson. **Sistema Prisional Paulista: Transformações e Perspectivas**. Revista de Criminologia e Ciências Penitenciárias, 2011 (Ano 1 – nº 011). Disponível em: http://www.sap.sp.gov.br/download_files/pdf_files/copen/edicao-01/20%20-%20Artigo%20D.N.%20-%20Sistema%20Prisional%20Paulista%20Transformacoes%20e%20Perspectivas.pdf. Acesso em: 21 set. 2022.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. Editora ICPC. 6º Edição, Curitiba, 2014, p. 447

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 109.

SILVA, Daniel Neves. **Era Vargas: Governo Provisório (1930-1934)**. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/historiadobrasil/era-vargas-governo-provisorio.htm>. Acesso em: 23jul. 2022.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Malheiros Editores, 41ª. Edição, 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 187-202.

SOARES, Barbara Musumeci; ILGENFRITZ, Iara. **Prisioneiras: vida e violência atrás das grades**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SOUSA, Ana Silvia Rodrigues de. **Prisão Feminina**. 1 ed. São Luís – MA: Gráfica Gênese, 2014.

TAKADA, Mário Yudi. **Evolução histórica da pena no Brasil**. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/2428/1952>. Acesso em: 20 maio 2022.

TONELLO, Luis Carlos Avansi. **Manual de Execução Penal**. Editora Janina. 1º ed., Cuiabá, 2009, p. 94/95.

VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. São Paulo, Companhia das Letras, 2017.

VASCONCELOS, Caê. **Dossiê conclui que condição de saúde em presídio feminino em SP é precária**. Ponte Jornalismo, São Paulo, 29 de maio de 2019. Disponível em: <https://ponte.org/dossie-conclui-que-condicao-de-saude-em-presidio-feminino-em-sp-e-precaria/>. Acesso em: 24 jul. 2022.