

# AS CONDIÇÕES FÍSICAS QUE A LEI DE EXECUÇÃO PENAL ESTABELECE PARA A PERMANÊNCIA DO FILHO JUNTO À MÃE RECLUSA: UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA

Juliana Paganini <sup>1</sup>

Cristiane Kunert dos Santos Borges <sup>2</sup>

**RESUMO:** Este trabalho tem por objetivo, descrever e analisar as condições físicas que a Lei de Execução Penal estabelece para a permanência do filho junto a mãe reclusa em respeito ao princípio da prioridade absoluta. A escolha do tema se deu pelo reconhecimento de que embora o ordenamento jurídico brasileiro disponha de uma série de direitos reservados à mãe reclusa e conseqüentemente à criança, no âmbito do sistema prisional brasileiro esse assunto ainda possui muitas controversas, por diversos fatores, tais como tais como culturais, políticos e sociais. No andamento deste trabalho, utilizou-se do método de abordagem dedutivo e o de procedimento monográfico. As técnicas envolveram pesquisa bibliográfica. Os resultados obtidos comprovaram dentre outras questões, que embora se tenha avançado quanto à conquista de direitos tanto da mãe reclusa quanto da criança, nos sistemas prisionais brasileiros o ambiente para que ambos permaneçam juntos ainda é muito precário ou inexistente, tendo a mãe que requisitar prisão domiciliar ou a criança conviver num espaço que poderá prejudicar sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Por essa razão se faz necessário uma reflexão para que se possa fortalecer e melhorar esses espaços, fazendo com que a criança consiga desfrutar da convivência junto à mãe reclusa, respeitando assim, o princípio da prioridade absoluta, princípio este elencado na Constituição Federal de 1988 e Estatuto da Criança e do Adolescente.

**Palavras-chave:** Criança; Mãe reclusa; Prioridade absoluta; Sistema Prisional.

**ABSTRACT:** This paper aims to describe and analyze the physical conditions that the Law of Criminal Execution establishes for the permanence of the child with the inmate mother in respect to the principle of absolute priority. The choice of theme was due to the recognition that although the Brazilian legal system has a number of rights reserved to the inmate mother and consequently the child, within the Brazilian prison system this subject still has many controversies, due to several factors, such

---

<sup>1</sup> Mestre em Desenvolvimento Socioeconômico pelo Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Socioeconômico (PPGDS/UNESC). Professora da Escola Superior de Criciúma-ESUCRI. Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Estado, Política em Direito (NUPED/UNESC). E-mail: julianaapaganini@hotmail.com.

<sup>2</sup> Graduada em direito pela Escola Superior de Criciúma- ESUCRI. E-mail: Cristiane.kunert@gmail.com

as as cultural, political and social. In the course of this work, the method of deductive approach and the monographic procedure were used. The techniques involved bibliographic research. The results obtained have confirmed that, although there has been progress in gaining the rights of both the inmate mother and the child, in the Brazilian prison systems the environment for both to remain together is still very precarious or non existent, and the mother requests a prison domicile or the child to live in a space that could harm his or her peculiar condition as a developing person. For this reason, it is necessary to reflect in order to strengthen and improve these spaces, so that the child can enjoy the coexistence with the reclusive mother, respecting the principle of absolute priority, a principle that is listed in the Federal Constitution of 1988 and Child and Adolescent Statute.

**Keywords:** Child; Mother in prison; Absolute priority; Prison System.

## **INTRODUÇÃO**

O presente artigo tem como objetivo analisar as condições físicas que a Lei de Execução Penal estabelece para a permanência do filho junto a mãe reclusa em respeito ao princípio da prioridade absoluta

Será apresentado, no primeiro momento, os direitos e deveres da reclusa conforme a Lei de Execução Penal a fim de demonstrar a sua finalidade, ou seja, os meios de punição para aquele que cometeu um ato ilícito e sua reintegração ao meu social, bem como as garantias para sua permanência no estabelecimento penal.

Já no segundo item será abordado os direitos fundamentais da criança e do adolescente, para que se perceba que após a Constituição Federal de 1988 estes foram reconhecidos como sujeitos de direitos.

Abordar-se-á, no terceiro e último tópico o princípio da prioridade absoluta, bem como a maneira que este vem sendo utilizado no contexto brasileiro quando diz respeito à permanência do filho junto a mãe reclusa.

O método de abordagem a ser utilizado é o Dedutivo, tendo-se em vista que a presente pesquisa tem seu início em teorias e hipóteses e segue em direção a suas aplicações práticas. As técnicas de pesquisa a serem utilizadas no presente trabalho serão bibliográfica e documental.

## **1. OS DIREITOS E DEVERES DA RECLUSA CONFORME A LEI DE EXECUÇÃO PENAL**

Para tratar sobre os direitos e deveres da reclusa, deve ser feito um apanhado geral sobre os direitos e deveres do preso.

Neste sentido, o direito do preso está consagrado na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, LXIII, atribuindo o direito de permanecer calado e também o direito de assistência à família bem como de ter um advogado. O artigo 5º, LXIV da CF/88 assegura ainda ao preso o direito de saber a identidade dos responsáveis por sua prisão ou de seu interrogatório. (BRASIL, 1988)

Os direitos do preso estão elencados em âmbito infraconstitucional na Lei de Execução Penal em seu artigo 41:

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. (Incluído pela Lei nº 10.713, de 2003). (BRASIL, 1984).

Desta forma, os direitos que são assegurados aos presos, grande parte deles está previsto na LEP. Com esses pontos que foram elencados verifica-se que ao preso é garantido ao respeito da sua dignidade, humanização ainda que este tenha cometido um ato infracional.

Segundo Costa Jr. (2012, p. 217) “o preso não se reduz a simples objeto de um processo administrativo – penal. Deve ser considerado como titular de direitos e faculdades e não mero detentor de obrigações e ônus”.

Desse modo, ainda que os presos tenham seus direitos garantidos através do artigo 41 da LEP, os mesmos também têm suas obrigações para serem seguidas, sendo assim a os deveres dos presos estão previstos no art. 39 da LEP.

Art. 39. Constituem deveres do condenado: I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença; II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; III - urbanidade e respeito no trato com os demais condenados; IV - conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina; V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas; VI - submissão à sanção disciplinar imposta; VII - indenização à vítima ou aos seus sucessores; VIII - indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho; IX - higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento; X - conservação dos objetos de uso pessoal. (BRASIL, 1984).

Logo, todo condenado que cometer ato ilícito, além de ter seus direitos garantidos, também deverá cumprir com seus deveres para com o Estado, no qual está estabelecido na Lei de Execução Penal.

No entanto, a LEP não faz distinção de gênero sexual, mas estabelece algumas normas extras para a presa que se encontra reclusa.

A LEP prevê que as mulheres deverão ser recolhidas separadamente, desta forma não sendo permitido que homens e mulheres permaneçam na mesma cela. Conforme redação do § 1º art. 82 da Lei 7.210/84 “a mulher e o maior de sessenta anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal”. (BRASIL, 1984)

Prevê também que as condenadas tenham seu próprio estabelecimento, muitas dessas mulheres são mães, e assim, a lei também não deixou disperso a questão da maternidade, sendo de suma importância a convivência do filho para com a mãe.

A Constituição Federal de 1988 assegura os direitos fundamentais da pessoa humana, bem como o direito das mulheres encarceradas de permanecer com seus filhos durante a fase de amamentação. É o que dispõe o artigo 5º, inciso L:

Art. 5º todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: L- às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação. (BRASIL, 1988)

Dessa forma, sendo a amamentação importante para o desenvolvimento da criança, a mesma deve permanecer com a mãe, nesse sentido a Lei de execução Penal estabeleceu condições para a permanência da mesma em companhia da mãe

no estabelecimento penal, conforme artigo 83, §2 da LEP com alteração pela Lei nº 11.942 de maio de 2009:

Art. 83 - O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva. § 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade (BRASIL, 1984).

Sendo de suma importância a permanência do filho com a mãe durante a fase de amamentação, a lei então estabeleceu que se o filho mantiver-se junto à mãe no estabelecimento penal, que este deve ser dotado de berçário.

Ainda a LEP prevê o artigo 89 que o estabelecimento penal deve ser dotado de creche:

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. (Redação da LEI Nº 11.942/28.05.2009) Parágrafo único. São requisitos básicos da seção e da creche referidas neste artigo: (Redação da LEI Nº 11.942/28.05.2009). I – atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e (Redação da LEI Nº 11.942/28.05.2009). II – horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável. (NR) (Redação da LEI Nº 11.942/28.05.2009). (BRASIL, 1984)

Neste sentido, conclui-se que todo detento, independente de gênero sexual, tem direitos bem como deveres a serem cumpridos, garantindo a dignidade do indivíduo que se encontra recluso entre muitos outros direitos que estão previstos no art. 41 da LEP, como a este também são impostas deveres a serem seguidos e cumpridos no estabelecimento penal que esta, conforme art. 39 da LEP (BRASIL, 1984), sendo que a única diferença entre o preso homem e a mulher é que ambos ficaram em celas separadas, e as mulheres é assegurado o direito de permanecer com o filho no estabelecimento penal até determinada idade.

## **2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

O direito da criança e do adolescente é um ramo jurídico autônomo do direito, de modo que possui como característica intrínseca sua interdisciplinaridade, considerando que há um diálogo com outros ramos do conhecimento, assim como a Psicologia, Serviço Social entre outros.

No Brasil, sua construção é decorrente dos movimentos sociais que surgiram no cenário de redemocratização do Brasil no final da década de 1970, alcançando seu ápice na década de 1980. Dentre esses movimentos sociais que buscavam por melhores garantias e proteção à infância e adolescência estão o Movimento Nacional Meninos e Meninas de Rua, o Movimento Criança Constituinte e a Pastoral da Criança. Vinculada à Igreja Católica. (CERETTA; VIEIRA, 2013, p.62)

Deste modo, esses movimentos aliados aos movimentos internacionais visavam a precariedade e desproteção que à infância vinha sofrendo, tanto no Brasil como nos demais países. Em plano internacional já vinham debatendo desde o segundo pós-guerra, que a criança e o adolescente deveriam ter mais cuidados e proteção.

Uma nova proposta para a infância fora feita em 1974, através da câmara e do senado, devido aos acompanhamentos dos movimentos sociais internacionais e até pela própria pressão nacional.

Segundo Ceretta e Vieira (2013, p. 64):

O Código de menores de 1979 (Lei nº 6.697) revogou o antigo e criou a doutrina da situação irregular e quase não se diferiu do primeiro, só tratou de ampliar as categorias de “menores” e continuou a investir na política de institucionalização”.

Devido à força que os movimentos sociais vinham apresentando no final de 1970 e início de 1980, fora invocado uma Assembleia Nacional Constituinte em 1988, sob a influência da Convenção Internacional dos Direitos da Criança da ONU (ainda estava em elaboração), onde fora reconhecido no Brasil que as criança e os adolescentes são sujeitos de direitos e gozam de proteção especial e integral (CERETTA, VIEIRA, 2013).

Logo, com o advento da Constituição Federal de 1988 fora promulgado no dia 05 de outubro os direitos fundamentais da criança e do adolescente, estando expresso no art. 227 (BRASIL, 1988).

Desta forma, as crianças e os adolescentes a ter garantias de direitos, como prioridade absoluta, cabendo ao Estado, família e à sociedade a responsabilidade sobre eles, colocando a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A Lei 8.069/90 atribui não só a família, mas também à comunidade, à sociedade e ao Poder Público, o dever de zelar pela efetivação de tais direitos com absoluta prioridade, conforme o art. 4º, § único da referida Lei: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais e públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. (CANTO, 2008, p.30)

Para que fosse regulamentado estes direitos para a criança e o adolescente, em 1990 foi promulgada a Lei 8.069 denominado como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), de modo que especificou alguns direitos fundamentais e criou um sistema de garantia de direitos capazes de efetivar essa proteção.

É no contexto desta previsão constitucional que o Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe um conjunto de normas disciplinadoras dos direitos fundamentais em sua parte geral (arts. 1º - 69), destinado sua parte especial prerrogativas para a implantação do sistema de garantias de direitos da criança e do adolescente. (CUSTÓDIO, 2009, p.43)

Com a criação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente e garantidos pela Lei 8.069/90, instigaram a administração pública a implementar, políticas públicas para o atendimento destes conforme estabelece os artigos. 86 ao 97 da Lei supracitada (BRASIL, 1990).

O poder público deve primar para que as crianças e os adolescentes possam desenvolver de forma sadia, em condições dignas de existência, propiciando apoio alimentar às gestantes, bem como aos infantes e adolescentes que necessitem e, ainda, assegurando aos mesmos a proteção à vida e à saúde.(...) Os direitos fundamentais previstos no ECA compreendem ainda, o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade. (CANTO, 2008, p.30-31)

Sendo assim, fora estabelecido um conjunto normativo de disposições que envolve a garantia dos direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária visando garantir a proteção contra qualquer forma de exploração.

Considerando que a criança e o adolescente são pessoas humanas em fase de desenvolvimento e crescimento muitas vezes não são capazes exercer a defesa de seus próprios direitos, isto faz com que a família, a sociedade e o estado os exercem por eles.

Não se limita a uma afirmação retórica, mas assume, no plano do ordenamento jurídico nacional, a primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstância, a precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública, a preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas, além da destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e juventude. (CERETTA; VIEIRA, 2013, p. 74)

Deste jeito esta prioridade corresponde a uma concepção de que a saúde é um direito humano, sendo ela uma garantia, simultaneamente ligados a outros direitos desta natureza, que se vinculam ao direito da dignidade da pessoa humana.

É de magnitude pública as ações e serviços em relação da saúde, de modo que é de responsabilidade do Poder Público, nos termos da lei, a sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser efetua diretamente ou por intermédio de terceiro.

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (LENZA, 2015, p. 1281)

A defesa do direito à saúde da criança e do adolescente está incorporada com a garantia da defesa da sua personalidade, extensão de onde se projetam diferentes direitos e garantias. (CERETTA; VIEIRA, 2013)

O direito à saúde fora estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 7º (BRASIL, 1990), como um instrumento de melhoria das condições sociais, atribuindo competência concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal para legislar sobre o tema.

A saúde passa a ser reconhecida como um direito subjetivo público e dever do Estado, que deve, através dos municípios, garantir o oferecimento de serviços necessários ao atendimento integral da população, conforme dispõe o artigo 30 da Constituição. (CUSTÓDIO, 2009, p.44)

Considerando que a criança e o adolescente são sujeitos de direito e lhes fora garantido o direito a saúde, ressalta-se que este direito vem garantido desde a vida intrauterina, ou seja, desde a gestação e o parto, constituindo o direito da criança de nascer, visando que a mãe deverá ter o atendimento pré-natal e perinatal, isto é durante e depois do nascimento.

Sendo assim, o direito a vida e a saúde da criança e do adolescente já é garantido desde sua concepção, visando que é de suma importância que a mãe (genitora) deverá receber todos os cuidados, assim como é de suma importância que a mãe (genitora) amamente o filho para o seu desenvolvimento e crescimento sadio.

No que se refere à garantia do direito à vida, registre-se a proteção desde a concepção da criança, uma vez que o Direito da Criança e do Adolescente adota a teoria concepcionista no reconhecimento dos direitos fundamentais. Assim, o Sistema Único de Saúde deve assegurar à gestante o atendimento pré e perinatal, encaminhando-a aos diferentes níveis de atendimento, obedecendo aos princípios da regionalização e hierarquização do sistema. Há o direito ao atendimento preferencial à parturiente pelo mesmo médico que acompanhou na fase pré-natal, sendo o Poder Público responsável pela garantia de apoio, inclusive alimentar, para a gestante que necessite (art. 8º). (CUSTÓDIO, 2009, p.45)

O direito à liberdade, ao respeito e à dignidade tem fundamento legal no art. 15 o ECA, “A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.” (BRASIL, 1990).

A liberdade está ligada a possibilidade que uma pessoa possui de fazer ou não fazer algo, tendo o direito de ter suas próprias escolhas conforme sua vontade, desde que não descumpra com a lei.

Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais; II - opinião e expressão ;III - crença e culto religioso; IV - brincar, praticar esportes e divertir-se; V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação; VI - participar da vida política, na forma da lei; VII - buscar refúgio, auxílio e orientação. (BRASIL, 1990)

O direito ao respeito, esta adjunto a integridade da criança e do adolescente, deforma que este não será violado, a fim de que seja preservada a imagem de ambos, visando a manutenção da integridade física, psíquica e moral (Art. 17 ECA) (BRASIL, 1990).

A dignidade é um atributo da pessoa, no caso, da pessoa em desenvolvimento (criança e o adolescente), ou seja, deve ser preservado a dignidade da criança e do adolescente, de forma que este não passe por nenhum tratamento cruel que venha ferir a sua integridade moral.

Quanto o direito à educação, à cultura e ao lazer, estes são tidos como um direito fundamental que decorrem da responsabilidade de atuação da família, da sociedade e do Estado.

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (LENZA, 2015, p.1280)

Não se considera como um dever imposto para as crianças e os adolescentes o direito à educação, à cultura e ao lazer, mais sim uma responsabilidade visando à garantia do seu pleno desenvolvimento.

Sendo assim, a educação é considerada como um instrumento principal para o desenvolvimento integral da criança e do adolescente. No entanto, deve-se ter um cuidado para não atribuir à educação todas as responsabilidades, na qual a mesma teria a capacidade de superar todos os obstáculos e problemas humanos.

Considerando a educação como um direito subjetivo da criança e do adolescente, fora estabelecido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente algumas normas disciplinadoras, onde estas visam a garantia de ambos por igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, o direito de serem respeitados, o direito de estudarem em escolas como: creche, pré-escolas, ensino fundamental e ensino médio.

Ainda, há de se destacar que se deve respeitar os valores culturais de cada criança e adolescente, preceito este que está estabelecido pelo art. 58 da Lei 8.069/90 que diz: “No processo educacional respeitar-se-ão os valores culturais, artísticos e históricos próprios do contexto social da criança e do adolescente, garantindo-se a estes a liberdade da criação e o acesso às fontes de cultura.” (BRASIL, 1990).

Enfim, para que este procedimento transformador e fraterno seja possível, é necessário garantir o pleno desenvolvimento de crianças e adolescentes, estimulando a valorização da arte, da cultura e do lazer, considerando-os como elementos essenciais e indispensáveis para a formação de qualquer pessoa, ainda com seus direitos garantidos além dos previstos em lei a os estabelecidos por princípios.

### **3. O PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA COMO FERRAMENTA DE GARANTIA DO DIREITO DO FILHO PERMANECER JUNTO À MÃE RECLUSA**

A origem do princípio da prioridade absoluta ao direito e ao interesse da criança e do adolescente está ligada ao instituto do *parens patrie*, instituto este instalado na Inglaterra no século XIV.

A Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1959 afirmou junto ao segundo princípio da declaração internacional dos direitos da criança e do adolescente:

A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidades e serviços, a serem estabelecidos em lei, por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança. (CUSTÓDIO, VIEIRA, 2011, p.209)

Ainda nesse mesmo patamar, a convenção internacional sobre os direitos da criança em 20 de novembro de 1989 explanou em seu art. 3º que tudo que estivesse relacionado à criança e ao adolescente, mediante instituições públicas ou privadas, teriam que considerar essencialmente o maior interesse da criança.

A Constituição Federal em 1988, ao conceber os direitos fundamentais, reconheceu a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, protegidos por garantias especiais. Ainda para incrementar a concepção inovadora trazida pelo legislador, em 1990 fora promulgada a Lei 8.069 sendo denominada como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (BRASIL, 1988; BRASIL, 1990).

Com a implementação do ECA um novo paradigma fora inserido no direito pátrio, o princípio da prioridade absoluta ao direito da criança e do adolescente. Este princípio trata sobre a situação de desenvolvimento da criança e do adolescente, visando a primazia do atendimento nos serviços públicos, a preferência na formulação e execução de políticas públicas e especialmente a destinação privilegiada de recursos para as áreas direcionadas à proteção da criança e do adolescente.

Na Constituição Federal de 1988 o princípio da prioridade absoluta está previsto no art. 227 e ainda fora estabelecido no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente que trata da seguinte forma:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária; Parágrafo único: A garantia de prioridade compreende; a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. (BRASIL, 1990)

Sendo assim, ressalta-se que, o princípio da prioridade absoluta reforça o sentido da efetivação dos direitos fundamentais, na medida em que se é estabelecido à prioridade na realização das políticas sociais públicas garantido que o interesse da criança e do adolescente sejam atendidos bem como os recursos necessários para este atendimento sejam executados.

Entretanto, no âmbito do sistema prisional, no que diz respeito à permanência do filho junto à mãe reclusa, tal princípio tem sofrido em alguns casos, certa violação, uma vez que conforme o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) os presídios brasileiros desde 2006 possuem as condições físicas piores do mundo (VERONESE; VIEIRA, 2015, p.60)

Desta forma, o que mostra a falta de estrutura física nos estabelecimentos penais no Brasil atualmente, onde resta claro que a falta de atendimento para manter as necessidades das reclusas, considerando a depreciação destes.

Isto posto, como a mãe é garantido um espaço no estabelecimento penal também fora garantido mãe reclusa o direito de permanecer com seu filho no estabelecimento penal durante a fase de amamentação, porém os legisladores não mencionaram qual é o prazo que a criança possa permanecer com a mãe.

Como no Brasil não se têm uma estrutura física, o que resta é a prisão domiciliar para que assim o princípio da prioridade absoluta seja aplicado e conseqüentemente seja garantido o direito do filho permanecer junto à mãe.

A prisão domiciliar está prevista no art. 117 da Lei de Execução Penal admite que:

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:  
I - condenado maior de 70 (setenta) anos;  
II - condenado acometido de doença grave;  
III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;  
IV - condenada gestante. (BRASIL, 1984)

O rol das possibilidades de prisão domiciliar elencadas nos incisos do art. 117 da Lei de Execução Penal é apresentado como taxativo.

Quando a mãe reclusa estiver cumprindo a pena privativa de liberdade em regime fechado e semiaberto, não poderá se beneficiar da prisão domiciliar ainda que gestante ou que se encontre com o filho no estabelecimento penal.

Dessa forma, fora das hipóteses previstas no art. 117 da Lei de Execução Penal, a condenada gestante ou com filhos não poderá cumprir pena em residência particular. (VERONESE, VIEIRA, 2015, p.37)

Nesse contexto, prevendo o legislador a prisão domiciliar como uma modalidade de medida cautelar, o que assim pode-se usar analogicamente ao processo de execução penal, assegura a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente.

Ainda que a criança permaneça junto ao seu pai ou a família extensa, a mulher não perderá sua identidade materna, fazendo com que o ônus de permanecer longe dos filhos por longos anos seja fato de extrema angústia no cumprimento da pena dentro dos estabelecimentos prisionais. Apesar de a legislação prever a existência de creches dentro das penitenciárias para crianças de até sete anos, a realidade mostra uma expressiva divergência entre a norma e a realidade atual do sistema carcerário brasileiro (HASHIMOTO; GALLO, 2012, p. 109).

Sendo assim, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), trouxe na resolução nº 3 de 15 de julho de 2009 orientações pertinentes a implantação de políticas públicas visando melhorar as condições das mães encarceradas e de seus filhos (BRASIL, 2009).

A referida resolução determina que, para abrigar crianças de até dois anos, os estabelecimentos penais femininos devem garantir espaço de berçário de até quatro leitos por quarto para as mães e para suas respectivas crianças, com banheiros que comportem banheiras infantis, espaço para área de lazer e abertura para área descoberta (art.5º da resolução CNPCCP nº 03/2009). (VERONESE, VIEIRA, 2015, p. 38)

Ainda, através da resolução 03/2009 fora estabelecido a possibilidade da permanência de criança com mais de dois e até sete anos de idade junto a mãe no estabelecimento penal (BRASIL, 2009), desde que esta esteja dotado de unidades materno-infantis, equipados com dormitório para mães e filhos, brinquedoteca, área de lazer, creche externa.

A resolução determina, ainda, que a União e os Estados construam unidades prisionais femininas, mesmo que de pequena capacidade, nas suas diferentes macrorregiões, devendo assegurar, no mínimo, uma unidade nas regiões norte, sul, leste e oeste de seu território com berçário para abrigar crianças de até dois anos de idade. (VERONESE, VIEIRA, 2015, p. 38)

Considerando que várias mulheres encarceradas vivem em ambientes inadequados com condições indignas e com falta de estrutura física, juntamente com seus filhos, sem existir condições para que possam ser mantidas nos estabelecimentos penais.

A jurisprudência vem tomando o posicionamento de aplicabilidade da prisão domiciliar, reconhecendo e assegurando todos os direitos inerentes das mulheres, passando a usar por analogia o artigo 117 da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984).

Ainda, a jurisprudência vem emplacando um grande número de situações, onde é concedido a reclusa o cumprimento da pena em prisão domiciliar pela falta

de ambiente adequado para que esta possa permanecer com o filho, nas condições previstas pela LEP.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal vem se posicionado da seguinte forma:

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. REGIME SEMIABERTO. INEXISTÊNCIA DE ESTABELECIMENTO ADEQUADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECONHECIMENTO. CUMPRIMENTO NO REGIME ABERTO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 66, VI, DA LEP. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. 1. É assente nesta Corte o entendimento de que a falta de vagas em estabelecimento adequado para o cumprimento da pena em regime semiaberto não justifica a permanência do condenado em condições prisionais mais severas. Em casos tais possível é a concessão, em caráter excepcional, do regime aberto ou da prisão domiciliar, no caso de inexistir no local casa de albergado, enquanto se espera vaga em estabelecimento prisional adequado. 2. A despeito da oposição de embargos de declaração, a matéria relativa à suposta violação do artigo 66, VI, da LEP, por invasão da competência do Juízo da Execução pela Corte de origem, não foi objeto de apreciação pela Corte de origem, quer explicitamente, quer implicitamente, ensejando a incidência do Enunciado 211 da Súmula desta Corte. 3. Agravo regimental improvido. (STF, 2012)

Quanto ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina, verifica-se que não há unanimidade acerca da possibilidade de concessão de prisão domiciliar às mães que estão em fase de amamentação, porém, considerando todo o aparato normativo e as condições reais em que vivem essas mulheres, os julgadores, avaliando o caso em concreto, decidem por aplicar a prisão domiciliar, usando por analogia o art. 117 da Lei de Execução Penal, mesmo que não preenchidos os requisitos (BRASIL, 1984).

Com efeito, a prisão domiciliar trata-se de modalidade de recolhimento da pena em regime aberto concedida nas hipóteses em que, dada a peculiaridade das condições apresentadas pelo apenado, o legislador houve por bem permitir o resgate do restante da reprimenda em ambiente doméstico. (MARCÃO, 2008, p. 136).

O Superior Tribunal de Justiça vem aplicando analogicamente o artigo 117 da Lei de Execução Penal (STJ,2012) concedendo o benefício da prisão domiciliar à reclusa, com filho em fase de amamentação, que não se encontrava cumprindo pena em regime aberto, tomando o seguinte posicionamento:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. 1. PRESA PROVISÓRIA. NECESSIDADE DE AMAMENTAÇÃO DE FILHO RECÉM-NASCIDO. DETENÇÃO EM COMARCA DIVERSA DE ONDE RESIDE E ONDE SE ENCONTRA A CRIANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL. RECONHECIMENTO. 2. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 117 DA LEP. POSSIBILIDADE. MEDIDA EM NOME DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E PROPORCIONAL NO CASO CONCRETO. 3. ORDEM CONCEDIDA. 1. Mesmo às presas provisórias devem ser garantidas condições de permanecer com o filho no período de amamentação (artigo 5º, L, CF). Não é razoável que a paciente fique presa em comarca diversa da que residia com a criança, ainda mais se já se encontra condenada em primeiro grau e não mais subsiste qualquer interesse probatório na sua proximidade física com o local dos fatos. 2. É possível a aplicação analógica do artigo 117 da Lei 7.210/84, ao caso ora sob exame, mostrando-se proporcional e razoável que a paciente fique em regime domiciliar para dar maior assistência a seu filho, já que não há estabelecimento adequado para estas circunstâncias na Comarca de Juazeiro. 3. Ordem concedida para que a paciente seja colocada em prisão domiciliar até o trânsito em julgado da ação penal, devendo o juízo de primeiro grau estipular as suas condições (STJ, 2012).

Portanto, conseqüentemente, com a possibilidade de receberem o benefício da prisão domiciliar, retira a mãe reclusa de cumprir sua pena dentro dos conformes, e exime o Estado de cumprir com a aplicação do princípio da prioridade absoluta, adequando o estabelecimento penal para que a criança permaneça com sua mãe.

## **CONCLUSÃO**

Compreende-se que a vários modos pelo qual a criança e o adolescente são protegidos, assim como fora garantido os seus direitos fundamentais, e assegurando os seus direitos através de princípios, fora estabelecido um princípio de maior relevância ao direito da criança e do adolescente, sendo este o princípio da prioridade absoluta.

O princípio da prioridade absoluta veio para garantir que toda criança e adolescente deva ter suas necessidades garantidas com prioridade, ou seja, a Administração Pública deve se atentar em atender em primeiro lugar as necessidades da criança e do adolescente considerando a fase em que esses se encontram, uma fase de desenvolvimento de maneira que deverá ter o melhor atendimento para o seu desenvolvimento pleno.

Nada mais é do que a questão de que fora garantido este direito para a criança e o adolescente estando tudo explícito nas normas. No entanto, se não houver o interesse e investimentos da Administração Pública para utilizar os seus recursos para execução do que é necessário, todas essas normas, princípios garantidores, se não for para atender as necessidades da criança e do adolescente, a lei nada mais será que letras mortas se não for para cumpri-las.

Compreende-se que a criança e o adolescente se tornaram sujeitos de direitos e passaram a ter garantias e proteção integral, assim como o atendimento prioritário através da criação do princípio da prioridade absoluta para o seu pleno desenvolvimento.

Ainda que os filhos dessas reclusas estejam no estabelecimento penal, direito este que fora garantido as reclusas de poder permanecer com seu filho após o seu nascimento até os sete anos de idade, as crianças gozam do mesmo direito de ter suas necessidades atendidas com prioridade, pois além deles serem os detentores do maior direito, as reclusas (mães) também possuem os seus direitos, o direito de poder permanecer com seu filho recém-nascido de poder amamentar, desta forma o que restou claro que ambos não estão sendo atendidos pela Administração Pública (ESTADO), pois sem os investimentos que se faz necessário pela Administração Pública não irá resolver.

## REFERÊNCIAS

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

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal, DF: Senado Federal.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, DF: Senado Federal.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 03, de 15 de julho de 2009**. Dispõe sobre a situação dos filhos de mulheres encarceradas. Disponível em <https://www.ibccrim.org.br/noticia/13345-Resolucao-do-CNPCP-disciplina-situacao-de-filhos-de-mulheres-encarceradas>. Acesso em 09 maio 2018.

CANTO, Grace Kelly Fortunato; **Estatuto da Criança e do Adolescente e a Ilegalidade da Verificação de Situação de Risco**. Florianópolis: OAB/SC, 2008.

CERETTA, Luciane Bisognin; VIEIRA, Reginaldo de Souza. **Temas em direito sanitário e saúde coletiva: SUS – uma política pública de Estado.** 22ª Ed. Criciúma/SC: UNESC, 2013.

COSTA JR., Paulo José da. **Curso de Direito Penal.** 12ª ed. São Paulo, Ed. Saraiva, 2012.

CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da Criança e do Adolescente.** 21ª ed. Criciúma/SC: UNESC, 2009.

CUSTÓDIO, André Viana; VIEIRA, Reginaldo de Souza. **Estado, Política e Direito: políticas públicas e direitos sociais.** 3ª ed. Criciúma/SC: UNESC, 2011.

HASHIMOTO, Érica Akie; GALLO, Janaina Soares. **Maternidade e Cárcere:** um olhar sobre o drama de se tornar mãe na prisão. Revista Liberdades. n. 9. Janeiro-abril de 2012. IBCCRIM. Disponível em: <[http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoesExi.php?rcon\\_id=117](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoesExi.php?rcon_id=117)> Acesso em: 09 out. 2018.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

STF. AGRAVO DE INSTRUMENTO: REsp 1283578/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 27/11/2012. **Jusbrasil** 2012.

STJ. Habeas Corpus 0000109-33.2011.8.18.0040, Rel. Pedro de Alcântara Macêdo, DJe 13/03/2012. **Jusbrasil** 2012.

VERONESE, Josiane Rose Petry; VIEIRA, Maria Carvalho do Amaral. **Crianças encarceradas:** a proteção integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.