

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NO CASO DA SENTENCIADA GESTANTE IMPOSTA AO CUMPRIMENTO DE PENA NO REGIME FECHADO

BORGES, Ana Karoline Rigo¹
VIEIRA, Tiago Vidal²

RESUMO

O presente artigo versa sobre os sistemas prisionais brasileiros atuais e aspectos do cumprimento de pena frente à dignidade da pessoa humana, especificamente no que tange à sentenciada, que se encontra em seu estado gestacional, condenada ao cumprimento em sede de regime fechado. Dessa forma, trata o presente trabalho da amplitude do sistema de cumprimento de pena dentro do cenário carcerário brasileiro, à luz dos direitos e das garantias fundamentais do indivíduo - e, em especial, da sentenciada gestante - observando a Constituição Federal em seu aspecto fundamental e supremo, resguardando a aplicação dos direitos garantidores em sua forma explícita, de modo a superar qualquer pináculo de afronta à Carta Magna.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade da pessoa humana. Sentenciada em estado gestacional. Cumprimento da pena. Sistema prisional brasileiro.

THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY IN THE CASE OF: SENTENCED PREGNANT WOMAN COMPLIED TO EXECUTE PENALTY IN CLOSED REGIME

ABSTRACT

The following article addresses the current Brazilian prison systems and aspects of penalty execution compared to human dignity, specifically regarding to the sentenced woman, who is in her gestational state condemned to compliance under a closed regime. Thus dealing with the range of the penalty execution process within the Brazilian prison setting, in light of the rights and fundamental assurances of each individual (and especially of the pregnant subject), observing the Federal Constitution in its primordial and sovereign aspect, safeguarding the application of the guaranteed rights in their explicit form, in order to overcome any pinnacle of affront to Magna Carta (charter of rights).

KEYWORDS: Human dignity, sentenced in gestational state, compliance with sentence; Brazilian prison system.

¹ Bacharelada no curso de Direito pelo Centro Universitário Faculdade Assis Gurgacz.
E-mail: anakarolinerb@gmail.com.

² Professor de Direito Penal pelo Centro Universitário Faculdade Assis Gurgacz. Advogado.
E-mail: tiagovidalvieira@hotmail.com.

1. INTRODUÇÃO

Dispõe o Art. 1º, III, da Magna Constituição Federal de 1988 acerca da dignidade da pessoa humana que, constituído como princípio fundamental, resguarda os direitos que devem ser observados pelo poder público e pela sociedade. Conforme Novellino (2010) incluem-se também os entes da Administração Pública, a fim de preservar e valorizar o ser humano (BRASIL, 1988 e NOVELINO, 2010).

O Art. 117, IV, LEP – Lei de Execuções Penais, por sua vez, prevê a possibilidade de aplicação do regime domiciliar, especificamente aos casos de condenada gestante (BRASIL, 1984).

Indaga-se, dessa forma porque, existindo tais normas que asseveram a efetiva aplicação dos direitos fundamentais/constitucionais à pessoa da apenada, ainda se pode observar registros de afronta nítida a esses princípios e garantias fundamentais?

Faz-se necessário lembrar que, observando a Constituição Federal em seu aspecto fundamental e supremo, é comum que se resguarde à aplicação dos direitos garantidores em sua literalidade, sem qualquer aprofundamento subjetivo (MAXIMILIANO, 1991).

É de sabença geral a realidade (precária, diga-se de passagem) do sistema carcerário atual, pois como se pode ver cotidianamente em noticiários, as penitenciárias e os presídios enfrentam o estado de superlotação, o que causa grande afronta ao princípio constitucional, qual seja a dignidade da pessoa humana, *quiçá*, daquela que se encontra em condição de período gestacional (NUCCI, 2015).

Em que pese a sentenciada ter o dever de cumprir com a reprimenda que lhe foi imposta, claramente se pode comover que não há opção de escolha para a criança que está sendo gerada pela condenada, fato este que ocorre justamente por se tratar do especial estado gestacional, em que a mãe carrega o filho em seu próprio ventre, não podendo privá-lo de tal situação (DOTTI, 2003).

Dessa forma, o presente artigo é de suma relevância, posto que traz à baila a demonstração dos direitos e das garantias constitucionais que norteiam o direito a ser resguardado, e que, confrontam a incidência de sentenciadas gestantes, cumprindo pena em regime fechado, em situação de desgaste físico e emocional, e que vem se tornando cada vez mais frequente. E, por conta disso, tal situação acaba tomando proporções desagradáveis que resultam em ofensa à Supremacia da Constituição Federal em todos seus aspectos principiológicos e normativos, o que não se espera em efetivo (FIGUEIREDO, 1999, p. 32).

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Conforme prevê a Constituição Federal, em seu artigo 1º, III, os direitos e garantias fundamentais, estabelecem a efetividade da dignidade e valorização humana, sendo-lhe aplicados todos os direitos intimamente ligados (PINHO, 2010 e BRASIL, 1988).

Não obstante, em seu art. 5º, XLV, a Constituição Federal resguarda o princípio da personalidade da pena, o qual assegura que nenhuma pena passará da pessoa do (a) condenado (a) (BRASIL, 1988).

Desse modo, não poderia a obrigatoriedade do cumprimento da pena imposta à sentenciada sobrepor-se a tantas garantias constitucionais, de modo que reste o filho cumprindo pena juntamente com a mãe, haja vista sua condição de “*habitador*” do ventre materno.

Não se pretende aqui servir o estado gestacional como indulto automático, permitindo assim que, estando nessa condição a sentenciada saia automaticamente do regime fechado para outro diverso e ameno.

Registre-se que, em se avaliando o quadro gestacional em seu aspecto físico e emocional, bem como o comportamento da sentenciada, pode-se abrir a possibilidade ao cumprimento de pena alternativa no decorrer do período gestacional e, não menos importante, no período inicial de vida do nascituro.

Dados recentes levantados pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça) estimam que há no Brasil um mínimo de 622 mulheres presas que estão grávidas ou amamentando (MARIZ; SOUZA, 2018).

E, não por outro motivo – *íncrito* – no dia 20/02/2018 o STF decidiu, por maioria de votos, pela concessão do *Habeas Corpus* coletivo 143641. Este possibilita a prisão domiciliar imediata de mulheres presas, em todo o país, quer sejam gestantes ou, sendo mães, estejam responsáveis por filhos de até 12 (doze) anos ou que apresente deficiência de qualquer natureza e espécie. Assistindo, portanto, inteira lucidez ao estudo tratado. Vejamos:

2.1. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Em seu aspecto histórico, o sistema prisional surgiu durante a Idade Média, quando a pena de prisão tinha como objetivo inicial a preservação dos réus ao julgamento e à execução, sem qualquer cunho de castigo.

Sequencialmente – até os dias de hoje – formou-se o sistema executório da pena, desprendendo-se da ideia de preservação, surgindo manifestamente excessos que se valiam, inclusive, de tortura para alcançar confissões e punir os culpados com medidas públicas e cruéis (NUCCI, 2010).

O processo de modernização do sistema surge com a ideia do sistema progressivo de cumprimento de pena, originário da Europa em 1840, em que o “Inglês Maconochie distribuiu vales ou marcas aos condenados, conforme o seu comportamento e rendimento no trabalho, de modo a alterar positivamente a sua condição, podendo diminuir a pena” (NUCCI, 2007, p. 61).

Aprimorado o sistema, passou-se a livrar, conforme merecimento, em consonância ao entendimento de que a responsabilidade do preso se fundava agora na moral, justamente porque, ainda que preso por cometimento de delito, o indivíduo é levado a progredir em comportamento, a fim de obter a liberdade.

Por isso, com a aprimoração sistemática tão ampla e moderna, fez-se necessária a positivação dos direitos e deveres do preso no regime prisional. Criaram-se, portanto, os regimes aberto, fechado, semiaberto, semiaberto harmonizado, livramento condicional e medida cautelar diversa da prisão (conforme dispõe o artigo 33, do Código Penal Brasileiro). Mais tarde houve o reconhecimento supremo dos princípios fundamentais constitucionais, como será exposto adiante (BRASIL, 1940).

2.1.1. Dos Regimes Prisionais Brasileiros

Segundo o Código Penal Brasileiro e a Lei de Execuções Penais, os regimes prisionais são divididos em três categorias sendo que o regime a ser cumprido pela pessoa condenada será determinado no momento em que o juiz fixar sentença condenatória, quando do estabelecido pelo *quantum* da pena a ser cumprida, dentre outros.

Ainda segundo Art. 112, Lei de Execuções Penais, deverá a pena privativa de liberdade ser executada de forma progressiva, transferindo-se para o regime menos gravoso, conforme determinação instituída pelo juiz - uma vez cumpridos os requisitos de alcance do cumprimento de pena, bom comportamento carcerário e respeitando-se as normas que vedam a progressão.

2.1.1.1. Aberto

Está previsto no artigo 33, §2º, “c”, do Código Penal, e dispõe que a pena a ser cumprida deverá ser de até quatro anos e, não sendo reincidente a pessoa condenada, possibilita-se o cumprimento domiciliar em condições diversas da prisão.

No entanto, para isso é necessário que a pena imposta seja a de reclusão, uma vez que, em se tratando de reclusão, ainda que o(a) condenado(a) não seja réu primário, poderá dar início ao cumprimento da pena em regime aberto - desde que compatível a conduta à natureza do regime (THOMPSON, 1980).

O regime aberto terá por base o senso de responsabilidade e autodisciplina do condenado, e o cumprimento da pena se dará por privativa de liberdade; podendo, portanto, exercer atividade profissional externa durante o dia - restando internamente em domicílio, durante repouso noturno, dias de folga e/ou finais de semana.

2.1.1.2. Semiaberto

Encontra disposição no art. 33, §2º, “b”, do Código Penal, e neste caso, resta à pessoa condenada o cumprimento de pena entre 04 (quatro) e 08 (oito) anos de prisão. Não sendo reincidente, poderá cumprir a pena em regime semiaberto (NUCCI, 2010).

Ainda, o(a) condenado(a) estará sujeito à progressão ou regressão de regime, tanto para o aberto ou fechado, respectivamente, a depender de seu comportamento carcerário.

No regime semiaberto o(a) condenado(a) não está submetido às mesmas regras do regime fechado, não lhe sendo utilizados mecanismos de segurança contra qualquer fuga.

Concernente ao desempenho de atividade profissional, o(a) condenado(a) ao regime semiaberto deverá trabalhar em comum com os demais condenados durante o dia, recolhendo-se durante a noite.

2.1.1.3. Fechado

Está disposto no art. 33, §2º, “a” e “b”, do Código Penal, e será o regime a ser cumprido, quando a sentença condenatória estabelecer o *quantum* da pena em superior a 08 (oito) anos de cumprimento, devendo o(a) condenado(a) permanecer em presídio/penitenciária sem de lá se

ausentar; sendo-lhe, portanto, privada a liberdade (NUCCI, 2010).

Nesse regime, o(a) condenado(a) ficará totalmente isolado do convívio social, privado da liberdade de locomover-se justamente pela modalidade de isolamento e internamento que o regime propõe.

Tem-se que, quando o(a) condenado(a) não é réu primário e recebe pena de reclusão, ainda que igual ou inferior a oito anos, também deverá cumpri-la no regime fechado.

Igualmente, o(a) condenado(a) que demonstrar incompatibilidade com o regime menos gravoso, revelando mau comportamento prisional, poderá ser transferido ao regime fechado, bem como também é possível o inverso.

3. DA FUNÇÃO DA PENA

A função da pena é retribuir e prevenir o agente de forma que a reprovação do delito cometido seja comprovada com a punição de “castigo”, afirmado com a intimidação que o caráter preventivo demonstra, quando o agente não deveria cometer outro delito, por grande temor de sofrer as consequências novamente (ALVES, 2011).

Do mesmo modo, tem-se que a função da pena é também a ressocialização do agente que, permeado de reprovação e prevenção, o recolhimento é vivido pelo agente infrator de modo a fazê-lo pensar – ou ao menos deveria – em não querer mais cometer qualquer delito, asseverando a possibilidade de prepará-lo para o retorno à liberdade (NUCCI, 2007).

No contexto de toda a modernização e progressão do sistema de execução da pena é que se constituem os direitos fundamentais da pessoa humana, em seu aspecto garantidor, por efeito da Supremacia Magna da Constituição Federal.

Ainda os princípios fundamentais regem-se de valores importantes que influenciam a norma jurídica, tendo seu efeito como vinculante, haja vista sua existência no mundo jurídico e a consequente aplicação do mesmo princípio ao caso em concreto (PINHO, 2010).

A violação de um princípio ofende sua norma informadora. A desatenção ao cumprimento de um princípio implica uma ofensa ao sistema de valores fundamentais gerando, assim, grave ilegalidade e inconstitucionalidade (NOVELINO, 2010).

Ronald Dworking sustenta que ao lado das regras jurídicas existam também os princípios. No entanto, em caso de conflito aparente de regras ou normas, aplica-se outra regra, que é a de que será sopesado (ponderado os valores) na medida em que a solução do caso concreto se dê pela dimensão do peso ou valor (PINHO, 2010).

Então, considerando o sistema progressivo de cumprimento da pena, fez-se necessária a consagração dos princípios fundamentais que sustentam os direitos individuais, resguardando e delimitando também os deveres.

3.1. Da individualização da pena

Em seu artigo 5º, incisos XLV e XLVI, a Constituição Federal dispõe acerca da individualização da pena, assegurando que nenhuma pena passará da pessoa do condenado.

Tratando sobre a individualidade de direitos e deveres, é importante trazer à baila o aspecto histórico da pena e a criação dos princípios norteadores. Tais princípios afirmam que, nessa priorização, individualmente devem ser respeitados os fundamentos e as garantias do(a) apenado(a). Determina-se, portanto, que o cumprimento, por óbvio, seja personalíssimo, devendo ser cumprido impreterivelmente pela pessoa condenada (DOTTI, 2003).

Nesse segmento, por tratar-se da individualidade e pessoalidade da pena, pode-se apurar como condição do cumprimento prisional o Princípio da Dignidade Humana, o qual afirma que, estabelecidas em sentença as condições de cumprimento da reprimenda, o(a) apenado(a) cumprirá dignamente, sem que qualquer direito fundamental seja lhe roubado (CARVALHO, 2009).

Presumivelmente mulheres também cometem delitos e, conseqüentemente, respondem a um cumprimento da pena estabelecido dentro dos regimes prisionais disponíveis em nosso ordenamento. Porém, é preciso ponderar sobre a grande problemática existente quando essas mulheres se encontram em período gestacional.

Em se tratando de estado e situação tão peculiar da mulher é notória a necessidade de aplicação de benesses e princípios que garantam a dignidade da apenada (THOMPSON, 1980).

Nesse diapasão é que, por existência de tal realidade, faz-se primordial o estudo aprofundado acerca da abrangência e efetividade aos princípios garantidores fundamentais que permeiam sobre – literalmente – a vida da apenada em seu estado mais singelo.

4. DOS PRINCIPIOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

4.1. Da dignidade da pessoa humana

A dignidade apresenta-se como uma conquista ético-jurídica, de forma que não somente

de definição sobreviva, mas também de grande aspecto moral, como sendo o “direito à contingência humana”, que se guiados apenas por razão e autofinalidade, traz enorme desconforto. O vocábulo dignidade deriva do latim *dignitas*, e, em regra, entende-se por moral que possui uma pessoa, e serve de base para seu respeito e conceito de si mesmo (ALVES, 2001).

Assim, nesse contexto, verifica-se que um dos papéis do Direito como instrumento é opor-se à total racionalidade e pertinência humana própria, a fim de controlar impulsos que venham a prejudicar o todo ou parte do todo. E, diferentemente de como se apresenta o direito positivado, pertinente à dignidade da pessoa humana, a norma acaba sendo violada quando da desídia ao cumprimento efetivo da mesma (BECCARIA, 2015).

Ainda se tratando de sentenciada que se encontra gestando outra vida, presa em regime fechado, faz-se mister admitir a quebra de princípios constitucionais intangíveis, visto que impõe condição contrária à dignidade proposta de que a pena será respondida exclusivamente pela pessoa da condenada, não podendo passar à outra pessoa, segundo preceitua o artigo 5º, LV, Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Rodrigo Cesar Rebello Pinho (2010, p. 111) destaca que “deverá a pessoa humana ser protegida em seus múltiplos aspectos, não bastando garantir o simples direito à vida, mas assegurando-lhe o máximo direito à dignidade e qualidade em sua existência”.

Os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana têm seus reflexos no direito humano, sendo que esse tem por base a aplicação humana da sanção penal brasileira. Destaca-se que com a aplicação de tal princípio, pode-se evitar que as sanções penais demasiadamente severas sejam aplicadas a crimes considerados leves/pequenos, nisto respeitando a razoabilidade, proporcionalidade, ao delito cometido.

Assim, resguarda-se a ideia de tratar o(a) condenado(a) com tamanha dignidade e respeito, conservando a pena diferente do ato de violência, mas tão somente como dever público de punir, imediato e necessário, proporcional ao delito praticado, de acordo com a determinação legal.

O Código Penal Brasileiro, dispõe em seu artigo 38, que “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”.

Segundo BECCARIA, conjunto ao dever de punir do Estado, deveriam haver contornos preventivos para novos delitos.

Assegurar a ideia de ressocialização da pena é, também, desenvolver uma crescente humanização no direito penal, apelando a todos os recursos de direito do indivíduo, buscando torná-lo confiante de si, restituindo-lhe o sentimento de ser responsável, *quiché*, eivado de grande

senso de valor humano dali em diante.

Portanto, não poderia o princípio da dignidade tratar-se distinto à função da pena; é, por isso, possível assegurar à sentenciada condenada ao regime fechado, em estado gestacional, esforços que garantam a qualidade da pessoa humana. Isso para propiciar a defesa e a manutenção de suas garantias essenciais, remanescendo, neste aspecto, resguardo a dignidade do nascituro.

De um ponto de vista filosófico, submeter o(a) condenado(a) à uma condição degradante extrema faz recuar o Estado de Direito, rompendo com o “pacto” existente entre indivíduo e poder público. Isso emprega ao indivíduo grande amargor, o qual é potencialmente liberado por reação de desespero e indiferença, fugindo do que comove a função real da pena.

4.2. Do direito social à proteção da maternidade e direito de infância do nascituro

Dentre tantos direitos assegurados pela Constituição Federal está também o direito social a que se trata a maternidade permanente, assegurando ao filho a condição, desde a infância, para permanecer junto com a mãe. Assim é o artigo 5º, L, Constituição Federal, o qual assegura condições às sentenciadas para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (BRASIL, 1988)

A Lei nº 11.942/2009 deu nova redação aos artigos 83 e 89, em detrimento das constantes intenções do Estado em produzir à sentenciada gestante um bom “desenvolvimento prisional”, porque assegura expressamente às mulheres presas o direito de cuidar e amamentar seus filhos por, no mínimo, 06 (seis) meses, promovendo ainda, disposição de espaço adequado no próprio estabelecimento penal (BRASIL, 2009).

Não obstante, dispõe o artigo 9º do ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente - acerca das condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas à pena privativa de liberdade (BRASIL, 1990). Resguardar o direito à infância encontra amparo legal, não somente em nossa Magna Constituição Federal, em seus Arts. 5º, inciso L, e 6º, caput, mas também no Estatuto da Criança e do Adolescente, priorizando-se o bem-estar daquele que virá a nascer, devendo passar por futura fase de lactação (BRASIL, 1988).

No artigo 10 do Estatuto da Criança e do Adolescente transparece um rol de obrigações a serem cumpridas por parte da equipe hospitalar em atenção à gestante e recém-nascido. Precisamente, o referido Estatuto propõe um acompanhamento digno e contínuo às recentes mães, automaticamente produzindo aos nascituros seus direitos mais nobres, sendo o de maior

relevância o de ser livremente amamentado, como bem colocado a seguir:

O leite materno **contém tudo que o bebê precisa até o 6º mês de vida**, inclusive água, além de proteger contra infecções.

O leite materno contém quantidade de água suficiente para as necessidades do bebê, mesmo em climas muito quentes. A oferta de água, chás ou qualquer outro alimento sólido ou líquido, aumenta a chance do bebê adoecer, além de substituir o volume de leite materno a ser ingerido, que é mais nutritivo. A criança que recebe outros alimentos além do leite materno, antes dos 6 meses, principalmente através de mamadeira, incluindo água e chás, **pode adoecer mais e ficar desnutrida**. (2003. MINISTÉRIO DA SAÚDE, BRASILIA – DF) (*grifei*)

De toda sorte o Princípio da Personalidade da pena está previsto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal e assegura o cumprimento individual da pena (BRASIL, 1988). Ainda, no artigo 5º, do mesmo códex, é possível conhecer do Princípio da Isonomia, no qual todos são iguais perante a lei, não sendo, portanto, permitida a distinção de pessoas.

Nesse aspecto, em se tratando de sentenciada gestante, não se pretende fomentar trato desigual, porém, não se pode afastar a nítida diferença entre homens e mulheres, em seus múltiplos aspectos e, justamente por isso, o estado gestacional no cárcere é situação de extrema e profunda relevância para um estudo aprofundado (ZAFFARONI, 2007).

Em se tratando de um sistema punitivo que abrange a privação de liberdade por medidas alternativas diversas da prisão, os efeitos da pena restariam se transmitindo ao nascituro - se a sentenciada estiver cumprindo a pena em regime fechado sob estado gestacional.

Assim sendo, de forma a não comprometer qualquer direito do nascituro, promovendo constrangimento já desde seu nascimento, qualquer outra medida diversa, alternativa, da constrição de liberdade, devem ser adotadas (ZAFFARONI, 2007).

5. ANÁLISE DO HC COLETIVO 143641, DA 2ª TURMA DO STF

Em benefício de toda mulher submetida ao cumprimento de pena no regime fechado, que ostente condição gestacional, puérpera ou que seja mãe de criança com 12 (doze) anos de idade sob sua responsabilidade, por intermédio de advogados membros do CADHu – Coletivo de Advogados em Direitos Humanos, foi proposto HC – *Habeas Corpus* coletivo, diretamente no STF.

Pela maioria dos votos, o *Habeas Corpus* 143641 determina o regime domiciliar às

mulheres presas, em todo território nacional, que se encontrem gestantes ou sendo mães de crianças de até 12 (doze) anos ou de pessoas com deficiência, sem prejuízo das medidas alternativas previstas pelo Código de Processo Penal (BRASIL, 2018).

A decisão, pretendendo atingir a totalidade de presas que se encontrem na situação de requisito necessário para aplicabilidade da determinação, permitiu-lhes conviver distante de tratamentos cruéis, desiguais e degradantes, que infrinjam os máximos direitos constitucionais garantidores da valoração humana, principalmente em se tratando de condição tão peculiar.

A disposição propaga destaque às Regras das Nações Unidas quanto ao tratamento de mulheres presas, a renomada Regra de Bangkok, inclusive adotada pelos Estados-Membros da ONU. Nesse aspecto, a regra supra, visa assegurar atenção às peculiaridades do gênero feminino, encontrando sentido à Regra 42, que assim se expressa: “O regime prisional deverá ser flexível o suficiente para atender às necessidades de mulheres gestantes, lactantes e mulheres com filhos/as”.

Assim, grande avanço abarcou a referida decisão, a qual também determinou que, quando da prisão, a mulher poderá ser submetida ao exame de gravidez, para que essa condição, em sendo positiva, seja levada em consideração pelo juiz, possibilitando-se a imediata concessão do regime domiciliar (BRASIL, 2018).

Importante ressaltar que, na votação supra mencionada, os ministros relatores resguardam não apenas o direito à dignidade das mães e grávidas, mas inclusive o direito individual do nascituro, a fim de que não cumpra pena que não lhe cabe. Ressalva-se que, conforme já suscitado anteriormente, os direitos da criança surgem como pano principal e primordial à garantia dos direitos fundamentais e constitucionais, isto porque, denota a importante relevância que se dá a vida como bem maior que há.

Nesse sentido a Constituição Federal bem-dita quanto ao direito à vida, enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente, em conjunto com o entendimento jurídico predominante atual, defende a existência social, cultural e de louvável condição física, psíquica e moral da criança desde o seu nascimento.

Destarte, as condições de local e estado emocional da mãe influencia - e muito, se não em um todo - para o bom desenvolver do feto em seu ventre, assim como o faz quando já descansa em seus braços a criança. Outrossim, o aspecto de desenvolvimento da criança se objetiva àquilo que a sociedade chama de caráter e valor moral, fatores esses que podem ser constituídos a partir de seu primeiro dia de vida, seja com memórias sensoriais boas ou com o afago de sua genitora, afago este que deve carregar-se de estado psicologicamente estável.

Alcançar o cumprimento da literalidade dos direitos e garantias fundamentais da criança, é preservar a sua existência, uma vez que, desde o seu nascimento a própria Constituição Federal lhe assegura a capacidade de viver.

Destaca-se que as beneficiadas não contemplaram qualquer acusação de crime grave, a saber aqueles cometidos mediante violência contra a pessoa.

Portanto, dedutível e indiscutível que esse precedente contribui positivamente para o aspecto social e relevante da norma, transmitindo aos direitos fundamentais e constitucionais a garantia que lhe merece.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A normativa brasileira atual assegura grande resguardo aos direitos fundamentais e constitucionais a pessoa que venha a ser condenada ao cumprimento de pena por ter praticado crime delituoso.

Para tanto, o sistema penal brasileiro compreende, no mínimo, 03 (três) classificações de cumprimento de pena, quais sejam: aberto, semiaberto e fechado. É preciso levar em consideração também que o sistema prisional hodierno atua de forma progressiva que, cumpre dizer, passa do mais gravoso ao menos gravoso, desde que respeitados os requisitos necessários legalmente exigidos.

A partir do cumprimento da pena, tem-se que a sua função é social, tendo em vista que pretende ressocializar o indivíduo, a fim de não eximi-lo da sociedade que antes atuava, mas, direcionando sempre à melhoria do ser humano, preservando seus valores e direitos. Assim, considerando a função social da pena, destaca-se a sua individualização, pretendendo garantir a individualidade do cumprimento, onde nenhuma pena passará da pessoa do(a) condenado(a).

Deste modo, se for a condenada pessoa que se encontre em estado gestacional o cumprimento da pena em regime fechado, impõe diretamente ao nascituro um cumprimento de pena – *lastimável* – que seu não é.

Não obstante, a individualização da pena promove a efetividade do princípio da dignidade humana, elencado como garantia fundamental e constitucional, pois está intimamente relacionado ao poder de intervenção do Estado sobre a liberdade do indivíduo, sendo que ambos possuem reações que promovem o Estado de Direito.

Assim, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental

afirma a humanização da pena como expressão do Estado de Direito Democrático. Além disso, trata-se de item constitucionalmente reconhecido em seus artigos 1.º, inciso III, 4.º, inciso II, e 5.º, incisos XLIX e XLVII, da Constituição Federal.

É dever do Estado resguardar a integridade física e emocional do indivíduo, muito mais quando se tratar de pessoa do gênero feminino, devido às suas peculiaridades. Nisto, abusos extremos que fogem do direito disponível à condenada desconfiguram o meio justo adequado de ressocialização do indivíduo, sob resguardo de afronta à sua dignidade, uma vez que, a não observância ao princípio da dignidade da pessoa humana promove caráter aflitivo e desumano à sentenciada gestante, deixando a descoberto os bens jurídicos tão protegidos pelo Direito Penal.

Nesse contexto, de forma a não ignorar a dignidade da sentenciada como pessoa humana, do gênero feminino, que depende de cuidados peculiares e específicos, em seu estado mais potencial singular, qual seja a de ser *gestante*, o Superior Tribunal Federal garantiu prisão domiciliar em favor de todas as presas provisórias do país que sejam gestantes ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda.

Sabidamente, o Ministro Ricardo Lewandowski, relator do HC 143.641, memorou que o Estado não possui capacidade de garantir estrutura mínima à uma gestante, *quiçá*, em relação ao recém-nascido, uma vez que são necessários cuidados específicos, como pré-natal, por exemplo.

Nota-se que, a finalidade dos efeitos do HC 143.641 não são os de permitir uma exclusão de punibilidade, diante do estado gestacional da mulher, mas o de assegurar sobretudo a dignidade da pessoa humana, em resguardando o maior bem que há, qual seja a vida, e além de uma vida, nestes casos, tratam-se de duas vidas, onde uma delas está em seu primeiro respirar.

Por fim, o Digníssimo Relator confirmou a supremacia dos direitos fundamentais e constitucionais do indivíduo. Nesse caso das sentenciadas em cumprimento de pena no regime fechado, deve-se afastar qualquer semelhança à Tiradentes (seus descendentes herdaram suas penas) e trazer luz ao Sistema Prisional Brasileiro, efetivando-se a individualização da pena, não permitindo a incidência de “*brasileirinhos em celas*”, que nada mais são do que crianças inocentes que cumprem a pena junto com a mãe.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: enfoque da doutrina social da Igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Processo Penal parte especial**. Salvador – BA. Editora JusPodivm. 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**, 2ª. ed., 2015, Saraiva, São Paulo.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Planalto. 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> acessado em: 05 mar. 2018.

BRASIL. **Dez passos para uma alimentação saudável: guia alimentar para crianças menores de 2 anos: álbum seriado**. MINISTÉRIO DA SAÚDE. – Brasília. 2003. 20 p.: il. – (Série A. Normas e Manuais Técnicos) ISBN 85-334-0624-X. Disponível em <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/10_passos.pdf> Acesso em: 06 nov. 2018

CASTANHO DE CARVALHO. Luiz Gustavo Grandinetti. **Processo Penal e Constituição. Princípios Constitucionais**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FIGUEIREDO. Marcelo. **O Controle da Moralidade na Constituição**. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 1999.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GARCIA, Janaina. **TJ cita aspecto "humanitário" e concede prisão domiciliar a mulher presa com 40g de maconha**. <https://noticias.uol.com.br>. 2018. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/02/16/tj-cita-aspecto-humanitario-e-concede-prisao-domiciliar-a-mulher-presa-com-40g-de-maconha.htm>> acesso em: 02 mai 2018.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 11. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1991.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **De quem é a responsabilidade pela superlotação dos presídios brasileiros?** <https://www.conjur.com.br>. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-23/nucci-quem-responsabilidade-superlotacao-prisoas2>> acesso em: 01 jun 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e execução Penal**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 2010.

PINHO, Rodrigo Cesar Rebello. **Teoria Geral da constituição e direitos fundamentais**. São Paulo, Saraiva. 2010.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Vida Digna: Direito, Ética e Ciência. *In*: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O Direito à Vida Digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SANTOS, Fernando Ferreira. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**: Uma Análise do Inciso III, do Art. 1º, da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. (Coleção Pensamento Criminológico).

2ª Turma concede HC coletivo a gestantes e mães de filhos com até doze anos presas preventivamente. <http://www.stf.jus.br>. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>> acesso em: 07 jun 2018.