

A ANTINOMIA JURÍDICA REAL ENTRE O DIREITO À MATERNIDADE DIGNA NO CÁRCERE E O PRINCÍPIO DA INTRASCENDÊNCIA DA PENA EM FACE DA SITUAÇÃO CONCRETA DO ESTABELECIMENTO PENAL *IRMÃ IRMA ZORZI*

Marcio José Farias Filho¹

Resumo: O estudo do tema parte da observação do aumento da criminalidade feminina, que ocasiona o aumento do aprisionamento de mulheres e gera um maior enfoque à maternidade na prisão. O direito à maternidade digna no cárcere garante que as mulheres permaneçam com seus filhos em âmbito prisional durante certo período de tempo. Esta situação, levando em consideração as condições das prisões brasileiras, induz ao questionamento sobre as circunstâncias as quais essas crianças se submetem quando permanecem com suas mães presidiárias, o que, por consequência, influi na análise do princípio da intranscendência da pena. Sob este enfoque, analisa-se a situação concreta do Estabelecimento Penal Irmã Irma Zorzi, fazendo-se, ao final, um contraponto entre o direito à maternidade digna no cárcere e o princípio da não transcendência penal, sob o escopo do conceito da antinomia jurídica. Para tanto, utiliza-se o método dedutivo acompanhado pela análise qualitativa da legislação sobre o tema, pela técnica documental em relação à observação de dados e pela técnica bibliográfica para caracterização dos conceitos jurídicos.

Palavras-chave: Maternidade na Prisão. Direitos Humanos. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Princípio da Intranscendência da Pena. Antinomia Jurídica.

THE REAL LEGAL ANTINOMY BETWEEN THE RIGHT TO DIGNIFIED MOTHERHOOD IN PRISON AND THE PRINCIPLE OF THE INTRASCENDENCE OF THE PENALTY IN THE FACE OF THE CONCRETE SITUATION OF THE CRIMINAL ESTABLISHMENT *IRMÃ IRMA ZORZI*

Abstract: The study of the theme starts from the observation of the increase in female criminality, which causes the increase in the imprisonment of women and generates a greater focus on motherhood in prison. The right to dignified motherhood in prison guarantees that women remain with their children in prison for a certain period of time. This situation, taking into account the conditions of brazilian prisons, leads to the questioning of the circumstances these children undergo when they remain with their incarcerated mothers, which, consequently,

1 Graduando em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados. E-mail: marcio_fariasfilho@hotmail.com.

influences the analysis of the principle of non-transcendence criminal. Under this approach, the concrete situation of the *Irmã Irma Zorzi* Penal Establishment is analyzed, making, in the end, a counterpoint between the right to dignified maternity in prison and the principle of non-transcendence criminal, under the scope of the concept of legal antinomy. For that, the deductive method is used, accompanied by the qualitative analysis of the legislation on the subject, the documental technique in relation to data observation and the bibliographic technique to characterize the legal concepts.

Keywords: Maternity in Prison. Human Rights. Principle of the Dignity of the Human Person. Principle of Non-transcendence Criminal. Legal Antinomy.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O aumento da criminalidade feminina é um fenômeno que, nos últimos anos, tem tomado conta das pesquisas acadêmicas, dos direcionamentos de políticas públicas e das disposições normativas estabelecidas através do direito. Em virtude disso, percebe-se a necessidade e a intenção de adequação das políticas de segurança a esta realidade latente.

De modo imanente, também é recente a discussão sobre o aumento da taxa de aprisionamento das mulheres. De 2005 até 2016, através da verificação feita a cada ano, é possível notar um aumento constante no número de mulheres privadas de liberdade: nesse período, a taxa de mulheres presas para cada 100 mil mulheres partiu de 13,80 em 2005 para chegar a 40,60 em 2016, tendo uma queda para 35,52 no ano seguinte e, além disso, vale mencionar que o Estado do Mato Grosso do Sul possui a terceira maior taxa de aprisionamento feminino do Brasil, perfazendo a marca de 92,2².

Em âmbito prisional, é notório que as mulheres possuem necessidades diferenciadas em comparação aos homens, o que leva à análise mais cuidadosa de suas condições de aprisionamento e das políticas penais adotadas. Neste sentido, uma das diferenças existentes diz respeito às inerentes possibilidades, trazidas pelo gênero feminino, da gravidez, do puerpério e da maternidade em situação carcerária.

De maneira relacionada, é importante lembrar que às mulheres é garantida constitucionalmente a proteção à maternidade. Tal direito repercute na observação do contexto na medida em que se assegura às mães a garantia de permanecer com seus filhos durante certo período de tempo, mesmo em situação de prisão. Além disso, durante a gravidez muitas mulheres continuam presas. É neste sentido que no ordenamento jurídico brasileiro existe um considerável arcabouço normativo que prevê a permanência do filhos no ambiente carcerário enquanto a mãe cumpre a pena a ela imposta.

Nesse contexto, a discussão do tema acaba por desembocar nas condições prisionais apresentadas pelos estabelecimentos brasileiros. É alvo de constatação que as prisões do Brasil apresentam tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, privação de condições mínimas de autocuidado e suscetibilidade ao adoecimento mental e físico³. Com isso, é

2 DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. Relatório Temático Sobre Mulheres Privadas de Liberdade. Brasília – DF. 2017. Disponível em: http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf. Acessado em: 22/11/2021.

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 – DF. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Dje 09/09/2015, p.4-7.

certo que a análise desta situação passa por questionamentos sobre a maneira pela qual a pena direcionada à mãe pode ou não influir na condição oferecida à criança em âmbito prisional.

É neste ponto que esta pesquisa visa analisar se no ano de 2019, no Estabelecimento Penal Feminino de Regime Fechado *Irmã Irma Zorzi*, localizado em Campo Grande – MS, a permanência da criança junto à mãe em situação de cárcere fez com que aquela se sujeitasse às mesmas condições impostas à apenada.

Tal análise é acompanhada pela demonstração da existência, no ordenamento jurídico brasileiro, do direito à maternidade digna no cárcere, o qual deriva da proteção à maternidade e tem por característica ocasionar a permanência da criança em âmbito prisional. Essa demonstração é feita por meio de um estudo qualitativo da legislação que abrange o tema, analisando seu direcionamento às mulheres presas, e da fundamentação teórica envolvida.

Além disso, a análise se expande para a observação da situação factual do Estabelecimento Penal mencionado, feita através da técnica documental, com a coleta de dados em órgãos oficiais. Ademais, analisa-se isso sob o prisma do princípio da intranscendência da pena, que visa expor a discussão do problema em relação à imposição das mesmas condições prisionais entre mãe e criança. Por fim, o evidente contraponto estabelecido entre o direito à maternidade digna na prisão e o princípio da intranscendência da pena é demonstrado por meio do conceito da antinomia jurídica, mostrando a contradição existente entre os dois desenvolvimentos normativos. Tais conceitos jurídicos, vale dizer, são analisados através a técnica bibliográfica, visto que utilizam-se obras publicadas para explicá-los e interpretá-los.

Por fim, cabe mencionar que toda a pesquisa desenvolve-se sob o método dedutivo, onde são utilizadas as premissas da caracterização do direito à maternidade digna no cárcere e do princípio da intranscendência da pena para se chegar à conclusão da antinomia jurídica entre os conceitos.

EXISTÊNCIA E FUNDAMENTOS DO DIREITO À MATERNIDADE DIGNA NO CÁRCERE

Os Direitos Humanos são um conjunto de direitos, garantias, instituições e faculdades que visam propiciar condições mínimas de existência aos seres humanos. Esses Direitos Humanos possuem um conteúdo legal, na medida em que estão positivados nos ordenamentos jurídicos, mas, também, um conteúdo moral, vez que não dependem exclusivamente de previsões legais para serem atribuídos como direitos (RABENHORST, 2008, p.51). Disto, denota-se que os Direitos Humanos são inerentes à própria condição humana, ou seja, as pessoas os possuem pelo simples fato de serem humanos.

Esses direitos intrínsecos à condição humana podem também ser reconhecidos pela expressão *Direitos Fundamentais*. David de Oliveira Monteiro (2013, p.37-38) apresenta que a diferença essencial entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais resulta no âmbito de aplicação, sendo os primeiros, internacionais, e os últimos, internos. Entretanto, quanto à

capacidade de inseparabilidade do ser humano tem-se que não há diferenças consideráveis entre eles⁴.

A proteção à maternidade, tema central da presente investigação, é um direito fundamental previsto no Art. 6º da Constituição Federal⁵. O aprisionamento não possui a capacidade de vedar o exercício desse direito, visto que não reduz, formalmente, a condição humana da aprisionada. Dessa forma, considera-se que é direito fundamental da mulher presa, logo inseparável, a proteção à maternidade. É possível observar essas diretrizes quando na Constituição Federal de 1988 se encontram “tendências internacionais no tratamento dos reclusos e com recortes de gênero” de modo que no Art. 5º verifica-se “uma preocupação com o poder degenerativo do encarceramento degradante” (BORGES; PIMENTEL, 2018, p. 1).

Os incisos XLIX e L do Art. 5º⁶ apresentam o dever do Estado de garantir o respeito à integridade física e moral e condições de dignidade para que durante o período de lactação com condições adequadas para manutenção do bebê com a mãe. Hoje é possível perceber que mesmo que prevista constitucionalmente essa prática “não é a recomendada nos parâmetros atuais, já que crianças não devem permanecer em prisões” (BORGES; PIMENTEL, 2018, p. 1).

Cabe reforçar que a respeito do tema, a previsão constitucional (Art. 5, L) estabelece essa proteção dentro do rol destinado aos direitos e garantias fundamentais. O texto legal visto sob a ótica de sua gramática (“às presidiárias”) denota que o direito é destinado às mulheres, atingindo, assim, seu direito à maternidade. Com isso, tem-se que é direito fundamental da mulher presa possuir condições para permanecer com seu filho durante a fase de amamentação.

Neste viés, Renata Miranda Lima (2020, p.32), em sua dissertação de Mestrado, menciona que “a maternidade digna no cárcere é um direito garantido tanto em Tratados Internacionais como na Constituição”. Para corroborar a assertiva, a autora aponta como base legal o Art. 6º, CF; os Arts. 14, 83 e 89, LEP (Lei de Execução Penal); e as *Regras de*

4 Essa proximidade de ambas as expressões incorre na presença de tentativas de aproximação sob alcunhas de “direitos humanos fundamentais” ou “direitos humano fundamentais” ou ainda “direitos humano-fundamentais”. Todos, em alguma medida, buscam reconhecer que esses direitos inerentes ao ser humano possuem uma dimensão internacional (presente no Direito dos Tratados, Declarações e Convenções) e nacional (se fazendo presentes no teor das Constituições).

5 Nesse sentido também se manifestam Kamilla Borges e Elaine Pimentel (2018, p. 1) para quem “o cumprimento de direitos básicos para as gestantes e parturientes não deve ser considerado um privilégio e sim uma obrigação do Estado, por meio das autoridades responsáveis pela custódia, já que privam mulheres com filhos pequenos do direito fundamental à liberdade”.

6 O dispositivo constitucional estabelece que “Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;”.

*Bangkok*⁷. O Art. 6º da Constituição Federal diz respeito aos direitos sociais que atingem todas as pessoas, e não somente mulheres apenadas. As Regras de Bangkok, até o momento, não possuem correspondência na legislação nacional, funcionando somente como um modelo orientador ou ideal a ser alcançado. Dessa maneira, o norte jurídico apresentado pela autora como base de sua afirmação retira a especificidade de um possível direito à maternidade digna no cárcere.

Neste ponto, cabe tecer algumas considerações sobre o princípio da dignidade, vez que está inserido no conteúdo do direito à maternidade no cárcere. A dignidade da pessoa humana é princípio fundamental reconhecido no Art. 1º, III, da Constituição Federal. O princípio jurídico da dignidade possui como primeiro fundamento a pessoa humana, reconhecida a intangibilidade da vida humana; em seguida, o fundamento se desdobra na integridade física e psíquica e nas condições materiais mínimas para o exercício da vida. Por fim, a dignidade alcança as condições mínimas de liberdade e convivência igualitária (AZEVEDO, 2002).

Com isso, define-se que a existência do direito à maternidade digna no cárcere está condicionada, basicamente, à possibilidade de permanência da criança na prisão e à adequação de previsões legais específicas que considerem o princípio da dignidade da pessoa humana como condição dessa permanência. Essa adequação legal deve considerar as particularidades da situação de prisão e possuir um viés prático, não sendo meramente principiológico. A correspondência entre dignidade, leis e a realidade fática da maternidade no cárcere pode ser analisada através de alguns estudos e referenciais teóricos.

A pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (2015), ao sistematizar o estudo, dividiu as análises entre condições de amamentação, existência de creche, alimentação saudável, higiene básica e assistência médica por meio de remédios, disponibilização de médicos e regularidade de consultas. Além disso, os destaques de campo ressaltaram a existência de unidades exclusivas para gestantes e puérperas; berçário, nutricionista e assistência social; psicólogos; e corpo técnico adequado ao exercício da maternidade (IPEA, 2015).

Alice Maria Santos Ramos (2017, p. 97), ao tratar da legislação sobre maternidade no cárcere, afirma que deve haver condições e estrutura física adequada, além de servidores com formação em quesitos que tocam a maternidade, como saúde de bebês e desenvolvimento infantil. Por sua vez, Ediliane Lopes Leite de Figueiredo e Luana Luiza Ferreira Serafim (2020, p. 269) destacam que nesse período da maternidade a atenção deve estar voltada para o acesso à saúde, as condições de insalubridade e a assistência de ginecologistas e psicólogos.

7 No que se refere Miriam Ventura, Luciana Simas e Bernard Larouzé esclarecem que as Regras de Bangkok (que tiveram sua aprovação pela Assembleia Geral das Nações Unidas no ano de 2010) “estabelecem o consenso ético-jurídico internacional sobre o tratamento de mulheres presas e as medidas não privativas de liberdade. No documento são reafirmados direitos humanos relativos à maternidade, à família, à saúde da mulher, inclusive sexual e reprodutiva, e de seus filhos nos presídios. Estas regras representam uma resposta à inadequação de legislação e políticas criminais às condições femininas e à maternidade, com a reafirmação das responsabilidades dos países na implementação urgente nesse campo de leis e políticas de proteção e promoção dos direitos humanos” (VENTURA; SIMAS; LAROUZÉ, 2015, n.p.).

Por seu turno, Lima (2020, p. 128) ao analisar as leis sobre o tema afirma que as garantias à maternidade digna são concretizadas no acesso ao direito à saúde, acompanhamento médico, amamentação, pré-natal e espaço adequado.

Félix, Fernandes e Queiroz (2020), ao verificarem alguns dados sobre situações prisionais fornecidos pelo DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional), compreendem que estão ligadas à maternidade e à garantia de direitos básicos das mulheres presas a existência de berçários, creches e centro de referência materno-infantil nos ambientes prisionais. Além disso, a pesquisa feita pelas autoras conclui que a proteção à maternidade passa pelo acesso à saúde, concretizado na disponibilização de médicos-pediatra, climatização nas salas de amamentação e descarte de lixo de forma apropriada; e à alimentação, com ambiente adequado para preparar refeições (FÉLIX; FERNANDES; QUEIROZ, 2020).

De acordo com os referenciais teóricos expostos, tem-se que o conteúdo da maternidade digna no cárcere abrange o acesso à saúde, amamentação, estadia adequada e profissionais qualificados. A efetivação desses acessos pode ser realizada pela alimentação saudável; higiene básica; disponibilização de remédios; descarte adequado de lixo; ambiente salubre para preparo de refeições; salas de amamentação climatizadas; creches, unidades exclusivas para puérpera e berçários com estrutura física adequada; e atendimento de médico-geral, assistente social, nutricionista, psicólogo, pediatra e agentes penitenciários preparados em saúde do bebê e desenvolvimento infantil. Dessa forma, para que exista o direito à maternidade digna no cárcere é necessário que os dispositivos legais abordem a permanência e condições de permanência na prisão considerando os aspectos elencados acima.

No Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu texto original que ainda possui vigência, consta um único dispositivo sobre o tema, exposto no art. 9º: “o poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade” (BRASIL, 1990). Por se tratar do Estatuto da Criança e do Adolescente é possível inferir que neste caso visa-se assegurar o direito da criança, e não da mãe. Apesar disso, de modo reflexo o direito à maternidade também é assegurado neste disposto, exigindo-se condições mínimas ao aleitamento materno em situações nas quais a mãe esteja submetida à privação de liberdade.

A Lei 11.942/2009, que dá nova redação aos Arts. 14, 83 e 89 da Lei de Execução Penal visa assegurar às mães presas e aos recém-nascidos mínimas condições de assistência. A LEP, com as alterações feitas, possui atualmente o seguinte texto:

Art. 14 [...]

§ 3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.

[...]

Art. 83 [...]

§ 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.

[...]

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.

Parágrafo único. São requisitos básicos da seção e da creche referidas neste artigo:

I – atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e

II – horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável. (BRASIL, 1984).

Esta lei visa dar amparo tanto às crianças quanto às mães. Contudo, devido ao fato de estar esse direito inserido na Lei de Execução Penal, os dispositivos devem ser pensados como destinados às apenadas, visto que a criança não está, juridicamente, sofrendo a execução da pena. Por isso, o texto legal demonstra termos como “assegurado à mulher”, “onde as condenadas possam” e “para gestante e parturiente”. Neste passo, a LEP assegura às mães acompanhamento médico, berçários, aleitamento materno, permanência até seis meses com os filhos, seção para parturiente e creche com atendimento qualificado.

A Lei 13.257/2016, chamada de Estatuto da Primeira Infância, altera o Art. 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente com o fito de dispor sobre políticas públicas para esse período do desenvolvimento infantil. Com as alterações, o ECA possui atualmente o seguinte texto:

Art. 8º [...]

§ 5º A assistência referida no § 4º deste artigo deverá ser prestada também a gestantes e mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção, bem como a gestantes e mães que se encontrem em situação de privação de liberdade.

[...]

§ 10. Incumbe ao poder público garantir, à gestante e à mulher com filho na primeira infância que se encontrem sob custódia em unidade de privação de liberdade, ambiência que atenda às normas sanitárias e assistenciais do Sistema Único de Saúde para o acolhimento do filho, em articulação com o sistema de ensino competente, visando ao desenvolvimento integral da criança. (BRASIL, 1990).

Vale ressaltar que a assistência do § 4º mencionada pelo § 5º refere-se à “assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal [...] como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal” (BRASIL, 1990).

Este ditame legal visa proteger os direitos da criança, não à toa é conhecido como *Estatuto da Primeira Infância*. Contudo, é preciso notar que a assistência psicológica no período pós-natal é estendida às mães em privação de liberdade. Além disso, a gramática legal direciona a garantia ao direito materno por meio do uso do termo “garantir à mulher”. Neste ponto, a Lei exige do Poder Público o atendimento de garantias sobre ambientes que atendam às normas sanitárias. Dessa forma, mesmo de modo reflexo o direito à maternidade digna está inserido neste quadro.

Em resumo, tem-se que a legislação sobre o tema assegura às mães a permanência com a criança e condições mínimas de amamentação; acompanhamento médico; berçários; seção para parturiente; creche com atendimento qualificado; assistência psicológica; e ambientes que atendam normas sanitárias. Dessa forma, confirma-se que existe o direito à maternidade digna no cárcere, pois, como se nota, os dispositivos legais preveem a permanência da criança

com sua mãe juntamente com exigências sobre saúde, amamentação, estadia adequada e assistência de profissionais qualificados, caracterizando-se, assim, a faceta do princípio da dignidade da pessoa humana.

CARACTERIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA DA PENA EM FACE DA SITUAÇÃO CONCRETA DO ESTABELECIMENTO PENAL “*IRMÃ IRMA ZORZI*”

O *princípio da intranscendência da pena* possui nomenclaturas diversas. Pode ser chamado como *princípio da personalidade da pena*, ou *da pessoalidade*, *alteridade*, *intransmissibilidade*, *incontagiabilidade* ou *responsabilidade pessoal* (FRANÇA, 2015, p. 14). Todas essas denominações diferentes representam o mesmo conteúdo, consignado no Art. 5º, XLV, da Constituição Federal: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”⁸. Esse princípio tem como função garantir direitos fundamentais e humanos da pessoa do condenado, adotando uma postura de que a pena não deve atingir (ou punir) outra pessoa para além do condenado. Dito de outra forma, trata-se de um princípio que garante que a punição seja proporcional e aplicada somente ao condenado sem reverberar (com punição estatal) outras pessoas como seus familiares.

Fernando Venice dos Anjos (2009), desenvolvendo sua análise crítica sobre a finalidade da pena na execução penal, aponta que o princípio da personalidade ou da intranscendência da pena determina que “a pena só pode ser dirigida contra o infrator, não podendo transbordar suas fronteiras afitivas para qualquer outra pessoa”, posto que há uma responsabilidade do autor do delito pelo fato típico, ilícito e culpável por ele cometido. Nesse sentido, apenas atinge terceiros em casos referentes à obrigação de reparar o dano causado com o perdimento de bens (ou responsabilização do patrimônio) atingindo esses bens em detrimento dos sucessores dentro do limite do valor patrimonial transferido (ANJOS, 2009, p. 104).

Ao observar o agente criminoso como um indivíduo com deveres perante a sociedade, Mayara Braz França (2015, p.13) define o princípio como garantidor de que a pena, devidamente estipulada, seja direcionada somente ao condenado, atuando em razão da sua culpabilidade. A autora, além disso, apresenta uma face proibitiva do princípio, consubstanciada no mandamento que veda a reprimenda de ultrapassar o indivíduo que praticou o crime (FRANÇA, 2015, p.60).

Em análise semelhante, Guilherme de Souza Nucci (2015, p.183) dispõe que a vedação à transcendência da pena visa assegurar que a medida punitiva somente atinja a individualidade do autor do crime, de modo que não se espraie para outras pessoas, mesmo que próximas do criminoso. Neste sentido, estabelece o autor:

Na órbita penal, a sanção converge para um único ponto: a pessoa do condenado. As penas aplicadas devem respeitar, na absoluta precisão do termo, a individualidade humana.

8 O inciso completo dispõe: “XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”(BRASIL, 1988).

Portanto, ao autor do crime destina-se a medida repressiva e preventiva do Estado, fundando-se em fatores variados. Preserva-se a família e todos os demais, que possuam algum vínculo com o acusado (NUCCI, 2015, p.184).

Para além dessa conceituação, Nucci (2015) contribui com o tema fazendo uma diferenciação entre modalidades de efeitos da pena. Levando em conta o entrelaçamento das relações humanas, afirma que a pena aplicada ao agente criminoso acaba por prejudicar terceiros, em maior ou menor grau (NUCCI, 2015, p.184). Com isso, o autor divide as consequências da pena entre diretas e indiretas, sendo as primeiras aquelas que afetam frontalmente autor do crime, e as últimas, as que atingem pessoas alheias ao fato delituoso (NUCCI, 2015, p. 184). Nas palavras do autor:

De maneira direta, o estabelecimento da pena gera restrições lesivas à liberdade individual ao condenado. O cumprimento de pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou pecuniária termina por implicar em afetação de direitos individuais, tais como a liberdade de ir e vir ou da livre disposição do patrimônio.

De maneira indireta, a fixação da pena pode produzir lesões a pessoas diversas do sentenciado, mas que com ele convivem ou dele dependem (NUCCI, 2015, p.184).

Neste liame, para Nucci (2015, p.184) o princípio da intranscendência da pena “tem por fim exclusivo assegurar que a punição direta do Estado em relação ao indivíduo não se espraie, atingindo terceiros, não participantes do delito”. Em contrapartida, o autor enxerga os efeitos indiretos como inevitáveis, não fazendo parte do conteúdo do princípio (NUCCI, 2015, p.184).

Nesse mesmo sentido, ao considerar a inevitabilidade dos efeitos indiretos da pena, Jamil Chaim Alves (2010) afirma que o princípio pode ser visto sob dois prismas distintos, um absoluto e outro relativo. Nos termos do autor:

Num primeiro aspecto, ele veicula uma proibição, em caráter absoluto, de que a pena abstratamente cominada se dirija a terceiras pessoas, que não concorreram para o delito.

[...]

Num segundo aspecto, que se relaciona aos efeitos reflexos da pena, o princípio determina que a sanção deve evitar, tanto quanto possível, prejudicar terceiros. Neste sentido, temos um mandamento relativo, pois, em muitos casos, é impossível que a condenação não afete os entes ligados ao sentenciado (ALVES, 2010).

Como se percebe, Nucci (2015) e Alves (2010) divergem quanto aos efeitos indiretos ou reflexos da pena, caracterizados como aqueles que atingem pessoas alheias à autoria do fato criminoso. Nucci (2015) os define como inevitáveis, não sendo concebível nenhum tipo de mitigação em relação às suas consequências. Entretanto, Alves (2010) defende que, apesar de impossível em muitos casos, a pena deve se abster de prejudicar terceiros, considerando, dessa forma, que esses efeitos são evitáveis.

Tal divergência, na perspectiva deste artigo, deriva da diferenciação entre concepções clássicas e modernas do princípio. Em uma *concepção clássica*, a vedação a transcendência deve ser vista unicamente como proibição de que os efeitos diretos sejam direcionados e atinjam terceiras pessoas. Nesta linha, é comum a lembrança ao clássico exemplo da

condenação de *Tiradentes*. Esta decisão, que possui viés histórico, condenou o mártir à morte e seus filhos e netos à proibição de recebimento da herança. Trata-se, dessa forma, da transcendência da sanção em caráter direto, violando a proibição absoluta do princípio.

Diversamente, uma concepção moderna do princípio entende que a pena, mesmo sendo direcionada exclusivamente ao condenado, deve tentar evitar efeitos deletérios àqueles que estão próximos do agente criminoso. Esses efeitos, exemplifica Alves (2010), podem ser a perda do rendimento familiar ou a privação do convívio com o condenado. Nesses casos, cabe dizer que o respeito ao princípio da intranscendência da pena se encontra no auxílio reclusão e na possibilidade de visitação aos presidiários.

Nesta linha de análise, e também com a intenção de exemplificar, Alves (2010) afirma que o Art. 5º, L, da Constituição Federal⁹ e o Art. 89 da Lei de Execução Penal¹⁰ são dispositivos que atenuam os efeitos reflexos da pena e, portanto, observam o princípio ora analisado. Tais passagens legais visam garantir que as consequências da pena não atinjam os filhos das mulheres presas¹¹. Com isso, é possível definir que a não observância dessas garantias gera a transcendência da pena.

É relevante refletir sobre esse princípio em razão da questão da mulher em situação de encarceramento e como isso repercute nos filhos. Nesse sentido, Luciana Simas, Miriam Ventura, Michelly Ribeiro Baptista e Bernard Larouzé ao investigarem a jurisprudência brasileira a respeito da maternidade no cárcere, apontam que “por estar privada de liberdade, as condições de cumprimento da pena da mulher repercutem em seus filhos” especial e principalmente “naqueles de parca idade que permanecem no cárcere, implicando grave violação a direito fundamental, por não serem oferecidas condições de adequada assistência”. Os autores entendem tal situação como uma clara inobservância do Art. 5º, XLV da CRFB/88 (SIMAS *et al.*, 2015, p. 567-568).

Neste sentido, insta analisar que a legislação sobre o tema, já citada no primeiro capítulo, analiticamente se divide em alguns eixos de abordagem. Essas leis tratam do sistema de saúde geral e da estrutura física dos presídios aos quais se submetem as gestantes, parturientes, lactantes e crianças, além de abordar o sistema de saúde mental oferecido às mulheres.

Mediante ao que preveem as leis, o eixo saúde física aborda o atendimento profissional voltado à saúde básica e ao bem-estar dado às mulheres e aos filhos; o eixo saúde mental trata do atendimento profissional em relação à saúde psíquica das gestantes e parturientes;

9 “Às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação” (BRASIL, 1988).

10 “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” (BRASIL, 1984).

11 No primeiro capítulo deste artigo esses dispositivos, analisados sob o direcionamento às mulheres presas, foram vistos como partes de um conjunto de leis que cria o que se denomina como direito à maternidade digna no cárcere. Contudo, neste ponto, de acordo com a teorização do princípio, eles podem ser observados como garantidores da não transcendência da pena aos filhos das presidiárias.

o eixo estrutura física aborda a existência dos recintos específicos exigidos pela lei para o exercício da maternidade e para os cuidados básicos da mulher e da criança.

A partir desta divisão analítica é possível observar a correspondência entre determinada situação factual e as previsões legais sobre o tema, estabelecendo em que medida a assistência garantida às mulheres e crianças encarceradas por meio da lei são também garantidas no caso concreto.

Para isso, passa-se a analisar a situação factual, até 2019, do Estabelecimento Penal Feminino *Irmã Irma Zorzi*, de Campo Grande – MS, instituição que possui internas submetidas ao regime fechado de execução penal¹². A escolha desta instituição como objeto da pesquisa ocorre visto que, no Estado do Mato Grosso do Sul, de acordo com os dados do Depen (2019), em comparação aos demais estabelecimentos penais femininos, este é o que possui o maior número de gestantes, lactantes, parturientes e filhos, que se traduzem como a população carcerária estudada nesta análise.

Os dados, em comparação ao relatório fornecido pelo Depen no ano anterior, de 2018, não apresentam significativas mudanças. Existem pequenas alterações na população carcerária estudada e na quantidade de profissionais de saúde disponíveis, tendo aumentado ou diminuído sensivelmente entre um ano e outro.

Dentro do eixo voltado à saúde das mulheres e crianças submetidas ao regime penal, verifica-se a quantidade de médicos, ginecologistas, pediatras, nutricionistas, enfermeiros e técnicos de enfermagem disponíveis no estabelecimento. Conforme o que transmitem os dados do Depen (2019), no recinto penal de Campo Grande – MS não existem ginecologistas, pediatras e nutricionistas disponíveis. Além disso, não há informação sobre a quantidade de médicos em serviço, mas o estabelecimento ressalva que são realizados atendimentos externos (DEPEN, 2019). Em contrapartida, trabalham no local 2 auxiliares ou técnicos de enfermagem e 1 enfermeiro (DEPEN, 2019).

No eixo que trata da atenção profissional voltada à saúde psíquica das gestantes e parturientes, a legislação restringe a análise à disponibilidade de profissionais da psicologia. Contudo, os dados fornecidos pelo Depen ampliam esse escopo, observando também a existência de psiquiatras e terapeutas no recinto penal. No estabelecimento penal *Irmã Irma Zorzi* existem em serviço 2 psicólogos e 1 psiquiatra, não havendo informação sobre a disponibilidade de terapeutas (DEPEN, 2019).

Dentro de eixo que trata das estruturas oferecidas às mulheres e crianças no recinto penal, aborda-se a existência de creches, berçários, seções ou celas para gestantes e parturientes, consultórios médicos e salas de atendimento para psicologia. No presídio feminino investigado, os dados do Depen (2019) informam que estão disponíveis para uso 1 berçário, com capacidade para 15 bebês, 2 consultórios médicos de uso exclusivo

12 Conforme informações do site da AGEPEN/MS (www.agepen.ms.gov.br), o Estabelecimento Penal Feminino *Irmã Irma Zorzi* é um estabelecimento penal de segurança média, destinado a presos condenados do sexo feminino que cumprem pena em regime fechado. A unidade foi inaugurada em 19/05/1995 e está localizada à Rua Uruguaiana, nº 563 – Bairro Coronel Antonino – CEP 79011-330 – Campo Grande – Mato Grosso do Sul.

e ao menos 1 sala de atendimento para psicologia e 1 cela para gestante, não havendo disponibilidade de creches no recinto.

Antes de passar-se à análise da correspondência entre o fato e a lei, é preciso mencionar os dados sobre a população carcerária a qual se direcionam tais dispositivos legais. Essa população é composta pelas gestantes, parturientes, lactantes e filhos encarcerados no estabelecimento penal. Os dados do Depen (2019) informam que existem no estabelecimento de Campo Grande - MS 7 gestantes ou parturientes e 4 lactantes. Quanto às crianças, permanecem no recinto 4 bebês com idade máxima de 6 meses (DEPEN, 2019).

Vale ressaltar que o Código de Processo Penal, nos Arts. 318, 318-A e 318-B, prevê a prisão domiciliar às mulheres imprescindíveis aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade, gestante ou com filhos até 12 (doze) anos de idade incompletos (BRASIL, 1941). Além disso, o Habeas Corpus 143-641, decidido pelo Supremo Tribunal Federal, concede a substituição da prisão preventiva pela domiciliar a todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes (BRASIL, 2018).

Contudo, ressalva o CPP que a medida aplica-se somente às prisões preventivas e que se excluem as mulheres que cometeram crime com violência ou grave ameaça a pessoa ou contra seu filho ou dependente (BRASIL, 1941). Ademais, indica a decisão do STF que a prisão domiciliar não se aplica em casos excepcionálíssimos, devidamente fundamentados pelos juízes que denegarem o benefício (BRASIL, 2018).

Lima (2020, p. 158-159), ao analisar os votos proferidos no Habeas Corpus 143-641, dispõe que o Ministro Dias Toffoli constrói seu voto utilizando como fundamento o direito da criança envolvida na relação e, concluindo, com base nisso, que “a concessão da prisão domiciliar dever ser conferida a partir da análise do caso concreto, pois somente caso a caso é possível aferir o melhor interesse da criança e do adolescente”.

De maneira relacionada, o Ministro Edson Fachin concorda com o fundamento utilizado pelo Ministro Dias Toffoli, contudo, finaliza seu voto um modo diferente, concluindo pela “necessidade da análise do caso concreto porque o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional não é um aval para a concessão de prisão domiciliar a todas as mulheres mães gestantes” (LIMA, 2020, p. 159).

Dessa forma, não há a aplicação geral dos Arts. 318, 318-A e 318-B do CPP, o que minimiza sua contribuição na diminuição da população carcerária estudada nesta pesquisa, gerando, de fato, a permanência de certo número de crianças com suas mães nas prisões, ainda que a tendência contemporânea seja de minoração desta realidade.

Sobre os dados quanto à atenção profissional que trata da saúde mental das mulheres e quanto à estrutura física do recinto verifica-se certa adequação entre a legislação e a situação factual, ressaltando-se somente a inexistência de informação sobre a quantidade de terapeutas. Neste ponto, cabe dizer que apesar de inexistirem creches disponíveis, também inexistem no estabelecimento crianças com idade superior e 6 meses, as quais se beneficiariam destes espaços.

Todavia, o que mais se destaca desses dados é a precariedade no atendimento profissional voltado à saúde das mulheres e crianças, não havendo a disponibilidade de médicos especialistas ou clínicos gerais no estabelecimento.

Dessa forma, observa-se que neste ponto a assistência garantida na lei não corresponde àquela dada na situação de fato. Tal quadro repercute diretamente na análise do princípio da intranscendência de pena. Como já mencionado anteriormente, a não observância dessas garantias legais ocasiona a transcendência da pena da mãe à criança, em especial nos seus efeitos reflexos. Nesta linha de raciocínio, é possível concluir que na situação factual do Estabelecimento Penal *Irmã Irma Zorzi*, de Campo Grande – MS, em 2019, ocorre a violação do princípio da intranscendência da pena, consagrado no Art. 5º, XLV, da Constituição Federal.

A ANTINOMIA JURÍDICA REAL ENTRE O DIREITO À MATERNIDADE DIGNA NO CÁRCERE E O PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA DA PENA

O conceito de antinomia jurídica traduz uma situação clássica que ocorre no direito desde os seus primórdios, consubstanciada na existência de normas contraditórias pelas quais os sujeitos chamados a obedecê-las ou aplicá-las possuem diante de si um conflito. É neste sentido que Norberto Bobbio (1995, p. 81), de forma preliminar, aponta que “a situação de normas incompatíveis entre si é uma dificuldade tradicional frente à qual se encontraram os juristas de todos os tempos, e teve uma denominação própria característica: antinomia”. Em face disso, é necessário que, em alguma medida, tais normas sejam conservadas ou eliminadas diante dos casos concretos.

De modo a ampliar a análise, Bobbio (1995, p. 85) aponta que entre essas normas conflitantes podem ocorrer três relações de incompatibilidade distintas: norma que ordena fazer algo e outra que proíbe fazê-lo (contrariedade); norma de ordena fazer algo e norma que permite não fazê-lo (contraditoriedade); e norma que proíbe fazer versus norma que permite fazer (contraditoriedade).

Visto isso, o autor define a antinomia como “aquela situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento” (BOBBIO, 1995, p. 86). Nota-se, assim, que, de maneira conceitual, a antinomia se caracteriza pela coexistência no ordenamento de normas sobre as quais não é possível que o sujeito responsável por segui-las ou aplicá-las verifique, de plano, qual conduta é a correta do ponto de vista jurídico.

Contudo, como bem aponta Bobbio (1995, p. 86-87), a situação antinômica somente se completa quando as duas normas pertencem ao mesmo ordenamento e quando elas possuem o mesmo âmbito de validade. Cabe dizer, neste ponto, que tal âmbito se refere à temporalidade e espacialidade de aplicação das normas; aos sujeitos aos quais se dirigem; e à materialidade, isto é, ao objeto que aborda (BOBBIO, 1995, p. 87).

Com isso, conceitua o autor, de maneira mais geral, que antinomia jurídica é aquela situação verificada entre “duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade” (BOBBIO, 1995, p.88). Vale ressaltar que a situação mencionada se refere ao conflito de normas, sendo uma relação de contrariedade ou contraditoriedade.

Nesta mesma linha de raciocínio, Tercio Sampaio Ferraz Junior (2016, p.171) define antinomia jurídica apontando que esta situação ocasiona ao sujeito um quadro no qual o deixa sem soluções perante o ordenamento, veja-se:

Podemos definir, portanto, antinomia jurídica como a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado.

Com isso, percebe-se que tanto Bobbio (1995) quanto Ferraz Junior (2016) apresentam conceitos de antinomia jurídica que destacam a posição eminentemente formal das normas contraditórias. Nota-se isso de maneira mais preponderante quando Bobbio (1995, p.86) fornece o seguinte exemplo de antinomia:

O art. 18 do T. U. das leis sobre a Segurança Pública italiana diz: “Os promotores de uma reunião num lugar público ou aberto ao público devem avisar, pelo menos três dias antes, o delegado” ; o art. 17, § 2º da Constituição diz: “Para as reuniões, também em lugares abertos ao público, não é exigido aviso prévio” . Aqui a oposição está clara: o art. 18 do T. U. obriga a fazer aquilo que o art. 17 da Constituição permite não fazer. Trata-se de duas normas incompatíveis porque são contraditórias.

Verifica-se, nesta análise, que a antinomia identificada por Bobbio (1995) é caracterizada já na observação formal das normas, ou seja, com a simples leitura dos dispositivos legais, mesmo que de maneira hermética, já é possível definir a existência da antinomia: “devem avisar” é antinômico a “não é exigido aviso prévio”.

Todavia, a caracterização das antinomias somente através desses conceitos não abrange casos mais complexos. É neste sentido que Juarez Freitas (1994, p.65) faz importante crítica à Teoria Bobbiana ao dizer que:

Restringe, equivocadamente, o seu conceito, numa postura que talvez explique as suas dificuldades de conciliação das metodologias estrutural e funcional, expungindo do mesmo, por impróprias, as mais importantes antinomias, quais sejam, as que envolvem princípios e valores, ou seja, as antinomias propriamente teleológicas, cumprindo notar que, em certa medida, todas o são, vez que as prescrições jurídicas jamais se revestem de conteúdo apenas lógico-formal, senão que de uma material tendência a fins, em relação aos quais deve ser procedida a interpretação e aplicação do Direito positivado.

Percebe-se, então, que um conceito de antinomia jurídica mais adequado seria aquele que leva em consideração não somente as normas em sua formalidade, mas, também, em seu reflexo nas situações concretas e em sua teleologia. Desta maneira, Freitas (1994, p.66) define antinomia jurídica como:

Incompatibilidades possíveis ou instauradas, entre normas, valores ou princípios jurídicos, pertencentes, validamente, ao mesmo sistema jurídico, tendo de ser vencidas para a preservação da unidade interna e coerência do sistema e para que se alcance a efetividade de sua teleologia constitucional.

Nesse sentido, Chaïm Perelman (2004) coaduna com o pensamento de Freitas (1994) ao estabelecer as antinomias como diretrizes incompatíveis. Considerando o direito como um sistema, da mesma forma que Bobbio (1995) o considera, conceitua o autor:

Diremos que estamos, num sistema de direito, diante de uma antinomia quando, em relação a um caso específico, existem no sistema duas diretrizes incompatíveis, às quais não se pode conformar-se simultaneamente, seja porque impõem duas obrigações em sentido oposto, seja porque uma proíbe o que a outra permite e não é possível se conformar a uma sem violar à outra. As antinomias, assim compreendidas, não dizem respeito ao verdadeiro ou ao falso, não afirmam simultaneamente duas proposições contraditórias, mas consistem em uma norma única ou várias normas cuja aplicação conduz, em dada situação, a diretrizes incompatíveis (PERELMAN, 2000, p.54).

A definição de Perelman (2000) corrobora com a assertiva de que as antinomias também se caracterizam pelo reflexo das normas em casos específicos, gerando, nestas situações, diretrizes incompatíveis.

No cenário trabalhado nesta pesquisa, as normas tratadas nos capítulos anteriores derivam dos mandamentos constitucionais insculpidos nos incisos XLV e L, Art. 5º da Constituição Federal. Tais dispositivos garantem a permanência da criança junto à mãe na prisão e proíbe a transcendência da pena a qualquer pessoa além do condenado.

De plano, não é possível apontar que essas normas são antinômicas. Neste quadro, é preciso analisar se a projeção do inciso L nas situações concretas ocasiona a violação à intranscendência da pena. Como foi visto no capítulo 2, a resposta a esta análise é positiva: de acordo com a teorização do princípio e mediante o confronto deste com o caso concreto do Estabelecimento Penal *Irmã Irma Zorzi*, de Campo Grande – MS, a permanência da criança junto às mães nas prisões faz com que aquelas suportem as mesmas condições impostas às presidiárias, o que gera a transcendência da pena.

Com isso, percebe-se que tais normas apresentam certa incompatibilidade quando levadas à aplicação na situação específica apontada. Contudo, a incompatibilidade normativa exigida para caracterização da antinomia deve se configurar como uma relação de contrariedade ou contraditoriedade entre os mandamentos legais. Neste ponto, é preciso mencionar a diferença entre contradição e oposição de normas.

Considerando a “situação insustentável” mencionada por Ferraz Junior (2016) e as “diretrizes incompatíveis” ditas por Perelman (2000), é possível notar que a antinomia jurídica é algo que deve ser evitado ou eliminado do ordenamento jurídico, visto que ocasiona, nos casos concretos, inconsistências quanto a aplicação das normas. Contudo, nem toda incompatibilidade normativa se traduz em antinomia e, por consequência, geram efeitos deletérios ao sistema do direito. É neste sentido que Claus-Wilhelm Canaris (1989, p. 204-205) apresenta a diferenciação entre oposição e contradição:

Mesmo quando não se aceite este entendimento do princípio da confiança, antes lhe contrapondo a concordância de requerer, só por si, a tutela do confiante, não se poderia ainda falar de uma «contradição». A problemática cairia então no quarto - e mais importante grupo que deve ser separado: o das oposições de valores e de princípios. Como já foi dito, outro propósito pertence à essência dos princípios gerais de Direito, que eles entrem, com

eloquência, em conflito entre si, sempre que, tomados cada um, apontem soluções opostas. Deve-se encontrar um compromisso, pelo qual se desse a cada princípio um determinado âmbito de aplicação. Trata-se, pois, aqui da característica, acima mencionada, da mútua limitação dos princípios.

De forma complementar e explicativa, Freitas (2004, p. 62) cita esses conceitos apresentados por Canaris (1989) e os apresenta de forma mais cristalina, da seguinte forma:

Uma contradição é sempre um desacordo interno que não deveria existir e, portanto, a ser eliminado, enquanto as oposições não deveriam ser suprimidas, já por constituírem a própria essência da ordem enquanto relativizações recíprocas, que mantêm os princípios entre si razoavelmente ajustados, até porque semelhante ajuste deve comportar, ao invés de uma supressão, uma via intermédia através da qual a sua oponibilidade se supere num compromisso, no sentido mais amplo.

Com isso, percebe-se que a oposição das normas, de certa forma, equilibra o sistema de direito, servindo como uma espécie de dinâmica entre freios e contrapesos diante das leis, princípios e valores jurídicos. A contradição de normas, ao contrário, é a relação que gera a antinomia jurídica, se traduzindo como situação deletéria ao ordenamento, visto que não possibilita a ponderação, mas, sim, a eliminação de princípios, leis, e valores em face da situação concreta.

Nesta perspectiva, identifica-se que as normas examinadas por esta pesquisa, traduzidas como direito à maternidade digna no cárcere e princípio da intranscendência da pena, não podem ser vistas como simplesmente opostas. Diante da projeção concreta de tais normas, percebe-se que a incompatibilidade vista entre elas supera a mera relação de “relativização recíproca” apontada por Freitas (2004) ou de “mútua limitação” dita por Canaris (1989). Como já apontado anteriormente, a permanência da criança junto à mãe na prisão, em determinada situação concreta, gera a transcendência da pena. Com isso, não há conciliação possível entre tais dispositivos, o que afasta totalmente a caracterização da oposição.

Cabe mencionar que, em perspectiva diversa, seria plausível considerar a legislação que forma o direito à maternidade digna no cárcere¹³, mencionada no capítulo 1, como uma espécie de conciliação entre esta norma e o princípio da intranscendência da pena. Nesta linha, os dispositivos legais que visam adaptar a realidade prisional às necessidades da maternidade serviriam como “relativização” ou “limitação” à consequente quebra do paradigma da não transcendência penal¹⁴.

Todavia, tal lógica de pensamento não merece maior zelo. Apesar das relativizações ou limitações propostas pelos dispositivos que visam dar efeito à proteção da maternidade na prisão, é notório, e até mesmo intuitivo, que o exercício da maternidade ocorrerá de

13 Arts. 5º, L e 6º da CF/88; Arts. 14, 83 e 89 da LEP/84; e Arts. 8º e 9º do ECA/90.

14 Essa perspectiva foi apresentada no capítulo 2 ao se apontar que os dispositivos elencados poderiam ser vistos como caminho para evitar a transcendência da pena aos filhos que permanecem com as mães na prisão.

forma mais satisfatória fora do ambiente prisional. É neste sentido que escreve Ana Gabriela Mendes Braga (2015) ao fazer uma comparação entre a lei e a realidade factual da prisão:

Ciente das consequências e limites da defesa de políticas não dissociadas do encarceramento e do sistema de justiça criminal, é importante pautar o marco político e a conclusão-chave da pesquisa: o melhor exercício de maternidade é sempre em liberdade.

[...]

A defesa de melhores prisões tem o efeito perverso de legitimar maternidades encarceradas. Sob esse argumento, nossas juízas e juízes têm preferido manter mulheres e crianças na cadeia, vigiadas, controladas. Uma melhor possibilidade de exercício da maternidade ocorrerá sempre fora da prisão; se a legislação fosse cumprida, tanto em relação à excepcionalidade da prisão preventiva como no tangente à aplicação da prisão domiciliar, grande parte dos problemas que afetam a mulher no ambiente prisional estariam minimizados. A escolha da prisão como resposta quase unívoca do sistema, especialmente para o crime de tráfico, cria paradoxos, os quais seriam evitados caso a gestante ou mãe não estivesse presa.

Nesta perspectiva, também se faz necessário mencionar que a permanência da criança junto à mãe na prisão acaba por fazer com que os efeitos da realidade carcerária atinjam os filhos das mulheres presas. É neste sentido que se conclui a análise da situação factual do Estabelecimento Penal Feminino de Campo Grande – MS, ao definir-se que os ditames legais que visam evitar a transcendência penal não foram observados nesta realidade prisional.

Nessa mesma linha de pensamento, Ramos (2017, p.20) aponta que, mediante a ineficácia de políticas públicas de proteção à infância e a ausência de garantias de direitos por parte do Estado, os filhos que permanecem junto com suas mães em ambiente prisional acabam cumprindo a pena imposta à mulher.

Nesse mesmo sentido, Taisa Maria Macena de Lima e Maria de Fátima Freire de Sá (2018), ao relatarem algumas situações de maternidade no cárcere, demonstram que “pessoas que nada fizeram contra a ordem jurídica estão recolhidas em estabelecimentos prisionais em razão de condutas atribuídas às suas mães”. Tal afirmação, analisada sob a ótica desta pesquisa, demonstra claramente que o sentido trazido pelas autoras é o da transcendência da pena aos filhos das presas.

De modo complementar, Ivonete Reinaldo da Silva e Taysa Matos (2020) apresentam que as gestantes e mães encarceradas convivem com a constatação diária de que seus filhos pagam pelos delitos cometidos por elas próprias. A assertiva trazida pelas autoras mostra, novamente, a realidade da transcendência da pena à crianças que permanecem no cárcere com suas mães.

Além disso, Kamilla Borges e Elaine Pimentel (2018, p.1) corroboram com Braga (2015) ao afirmarem que a prática da estadia de crianças em situação de cárcere junto às mães “não é recomendada nos parâmetros atuais, já que crianças não devem permanecer em prisões”.

Dessa forma, percebe-se que entre as normas apontadas não existe uma relação de relativização ou limitação possível. Ao contrário, diante do caso concreto, tais dispositivos necessitam ser conservados ou eliminados para que exista, no ordenamento ou sistema jurídico, certa coerência. Tal quadro leva esta análise a definir que na situação descrita as

normas mencionadas não são meramente opostas, mas sim contraditórias, o que, com efeito, leva à caracterização da antinomia jurídica.

Neste ponto, cabe ampliar a análise das antinomias jurídicas de acordo com sua possibilidade de solução. De modo analítico, Bobbio (1995, p. 92) diferencia as antinomias entre solúveis e insolúveis, sendo aquelas as que possuem solução segundo alguns critérios pré-estabelecidos, e estas as que não podem ser solucionadas segundo esses mesmos critérios. Ao tratar do tema, Bobbio (1995, p.92) dispõe que:

As razões pelas quais nem todas as antinomias são solúveis são duas:

- 1) há casos de antinomias nos quais não se pode aplicar nenhuma das regras pensadas para a solução das antinomias;
- 2) há casos em que se podem aplicar ao mesmo tempo duas ou mais regras em conflito entre si.

Tais regras ou critérios, vale mencionar, são a cronologia, hierarquia e especialidade das normas. Neste ponto, Bobbio (1995, p. 92) estabelece que as antinomias solúveis são denominadas de aparentes, e as insolúveis, reais. Nas antinomias reais “o intérprete é abandonado a si mesmo ou pela falta de um critério ou por conflito entre os critérios dados” (BOBBIO, 1995, p.92). Em contrapartida, as antinomias aparentes podem ser facilmente solucionadas pela aplicação dos critérios expostos.

Sobre os critérios para solução das antinomias, Bobbio (1995, p.97) explica que o “critério cronológico serve quando duas normas incompatíveis são sucessivas; o critério hierárquico serve quando [...] estão em nível diverso; o critério de especialidade serve no choque de uma norma geral com uma norma especial”.

Todavia, considerando a vastidão do ordenamento jurídico, é perfeitamente possível que ocorra a situação na qual duas normas conflitantes são gerais, do mesmo nível e contemporâneas. Sobre isso, vejamos as considerações de Bobbio (1995, p.97-98):

Corresponde à situação de duas normas gerais incompatíveis que se encontrem no mesmo código. Se num código há antinomias do tipo total-total e parcial-parcial (com exclusão do tipo total-parcial, que cai sob o critério da especialidade), tais antinomias não são solucionáveis com nenhum dos três critérios; não com o cronológico, porque as normas de um código são estabelecidas ao mesmo tempo; não com o hierárquico, porque são todas leis ordinárias; não com o critério da especialidade, porque este resolve somente o caso de antinomia total-parcial.

Além disso, também insta ressaltar que é perfeitamente possível a existência de antinomia jurídica entre normas constitucionais, isto é, inscritas no texto da mesma constituição. Sobre isso, escreve Freitas (1994, p.85-86):

É bem de ver que, nesta oitava hipótese, pelos mesmos fundamentos, em ambas as situações, a rigor deve ser tida como indesejável completamente, conquanto não impossível logicamente esta antinomia.

[...]

Digno de notar-se, a este propósito, que é por tal motivo que, numa interpretação sistemática bem entendida, não há prejuízo algum, cientificamente falando, em se admitir

a existência (certamente lastimada) de normas constitucionais inconstitucionais, por mais intrigante que a questão possa parecer à primeira vista.

O direito à maternidade digna no cárcere, apesar de ser constituído por uma série de leis infraconstitucionais, possui como norma fundamental o texto constitucional insculpido no inciso L do Art. 5º da Constituição Federal. Já o princípio da intranscendência da pena tem por base o inciso XLV do mesmo artigo. Ademais, importante salientar que tais incisos não foram objeto de emenda à constituição, tendo validade por ocasião do nascimento do texto constitucional de 1988.

Com isso, constata-se que são normas gerais, do mesmo nível e contemporâneas, que possuem entre si uma relação de contraditoriedade, na qual uma permite fazer (maternidade no cárcere) e outra proíbe fazer (intranscendência da pena). Dessa forma, observa-se a existência da antinomia jurídica real entre o direito à maternidade digna no cárcere e o princípio da intranscendência da pena, considerando a realidade prisional do Estabelecimento Penal Feminino *Irmã Irma Zorzi*, de Campo Grande – MS.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com o que foi observado, a legislação sobre a maternidade na prisão assegura às mulheres a permanência do filho em âmbito prisional, juntamente com condições adequadas de amamentação, berçários, acompanhamento médico, creche com atendimento qualificado, seção para parturiente, ambientes que atendam normas sanitárias e assistência psicológica.

Com isso, é notória a existência, no ordenamento jurídico brasileiro, do direito à maternidade digna no cárcere, visto que as disposições normativas preveem a permanência da criança com sua mãe em conjunto com outras garantias que caracterizam a faceta do princípio da dignidade da pessoa humana. Contudo, ao se analisar a situação factual do Estabelecimento Penal *Irmã Irma Zorzi*, nota-se que a assistência garantida legalmente não possui repercussão integral no caso concreto. Tal quadro leva à conclusão de que na situação pesquisada ocorre a violação ao princípio da intranscendência da pena. Dessa forma, sob o prisma do Estabelecimento Penal estudado, é possível constatar a antinomia jurídica real entre o direito à maternidade digna no cárcere e o princípio da intranscendência da pena.

Com isso, percebe-se que a antinomia identificada se limita à caracterização da transcendência penal por meio da análise concreta dos casos, considerando a falta das garantias asseguradas pelo direito à maternidade digna no cárcere. Contudo, existe a possibilidade de considerar prioritariamente questões mais amplas e abstratas, que fogem à análise individual dos casos, como, por exemplo, aspectos psicológicos do aprisionamento, efeitos negativos da falta de convivência comunitária e nuances deletérias da institucionalização excessiva.

Esse tipo de estudo, sem sombra de dúvidas, daria uma visão mais geral sobre a adequação do ambiente prisional ao desenvolvimento saudável da gravidez, do puerpério e da maternidade, ensejando a possibilidade de se estabelecer uma antinomia jurídica desde a análise formal das normas mencionadas.

Entretanto, como se verifica pelo desenvolvimento desta pesquisa, a antinomia caracterizada tem por base a análise das normas em seu reflexo nos casos concretos, considerando, neste trabalho, a situação do Estabelecimento Penal *Irmã Irma Zorzi*.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jamil Chaim. Princípio da personalidade da pena e execução penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 99, n. 899, set. 2010. Disponível em: <https://dSPACE-novo.almg.gov.br/retrieve/122793/Jamil%20Chaim%20Alves.pdf>. Acesso em: 22/06/2021.

ANJOS, Fernando Venice dos. **Análise crítica da finalidade da pena na execução penal: ressocialização e o direito penal brasileiro**. 2009, f. 184. Dissertação (Mestrado) Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13042010-145345/publico/Versao_integral_dissertacao_de_mestrado_Fernando_Vernice_dos.pdf Acessado em 05/08/2021.

AZEVEDO, A. J. D. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo - SP, V.97, p.107-125. Janeiro/2002. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67536>. Acessado em: 19/05/2021.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6ª edição. Brasília – DF. Universidade de Brasília, 1995. Disponível em: <file:///C:/Users/On-line/Downloads/Noberto%20Bobbio%20-%20Teoria%20do%20ordenamento%20jur%20C3%ADdico.pdf>. Acesso em: 15/11/2021.

BORGES, Kamilla; PIMENTEL, Elaine. Direitos reprodutivos e maternidade no cárcere feminino: da proteção legal à realidade do Estabelecimento Prisional Feminino Santa Luzia em Maceió/AL. **Anais do Congresso Internacional de Direito Público dos Direitos Humanos e Políticas de Igualdade**, [S.l.], v. 1, n. 1, set. 2018. ISSN 0000-0000. Disponível em: <https://www.seer.ufal.br/index.php/dphpi/article/view/5875/4139>>. Acesso em: 24 maio 2021.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Entre a Soberania da Lei e o Chão da Prisão: a maternidade encarcerada. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 11, n. 22, jul-dez 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/qHnWZrVyx7xV9DQwr97rdZQ/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 15/11/2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília - DF: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro – RJ. 1941.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Dar á luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão.** Brasília - DF. 2015.

BRASIL. **Lei nº 7.210**, de 11 de Julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União. Brasília – DF. 1984.

BRASIL. **Lei nº 8.069**, de 13 de Julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília – DF. 1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Habeas Corpus 143.641 São Paulo. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília – DF. 20 de Fevereiro de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>. Acessado em: 16/11/2021.

CANARIS, Claus – Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito.** Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. Disponível em: https://stream2.docero.com.br/pdf_dummy/eyJpZCI6IjQzNzgzMjciLCJuYW1lIjoiQ2xhdXMgV2lsaGVsbSBDYW5hcmlzIC0gUGVuc2FtZW50byBTaXN0ZW1cdTAwZTF0aWNvIGUgQ29uY2VpdG8gZGUgU2lzdGVtYSBuYSBDaVx1MDBiYW5jaWEgZG8gRGlyZWl0byIsImV4dGVuc2lvbiI6InBkZiIsImNoZW9rc3VtX2lkIjoiMTI0MjkwMjAifQ,,?. Acesso em: 15/11/2021.

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN). Brasília – DF. 2019. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/bases-de-dados/bases-de-dados>. Acessado em: 12/10/2021.

FÉLIX, Samara Gonzaga Ramos; FERNANDES, Rívia Barboza; QUEIROZ, Laryssa Saraiva. Maternidade e Infância no cárcere: um estudo de caso do Complexo Penitenciário de São Luís. **Sistemas de Justiça e Sociedade**, São Luís - MA, V.1, p.30-40, Dezembro/2020. Disponível em: <https://justicaesociedade.tjma.jus.br/index.php/esmam/article/view/80>. Acessado em: 20/05/2021.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação.** 9ª edição. São Paulo – SP. Atlas, 2016.

FIGUEIREDO, Ediliane Lopes Leite de; SERAFIM, Luana Luiza Ferreira. Avanços legais para proteção à maternidade e à infância no ambiente do cárcere. In: MELO, Ezilda. **Maternidade e Direito.** São Paulo - SP. Tirant lo Blanch Brasil. 2020. p.259-276. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/uploads/livros/pdf/1596895765.pdf>. Acessado em: 15/11/2021.

FRANÇA, Mayara Braz. **O Mito do Inciso XLV do Artigo 5º da Constituição Federal: efeitos da transcendência da pena nos familiares de apenados.** 2015. 67f. Monografia

(Graduação em Direito). Centro Universitário de Brasília. Brasília – DF. 2015. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/7085>. Acessado em: 22/06/2021.

FREITAS, Juares. **Interpretação Sistemática do Direito em Face das Antinomias Normativas, Axiológicas e Principiológicas**. 1994, f. 234. Tese (Doutorado) Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1994. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/106382/94485.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15/11/2021.

LIMA, Renata Miranda. **Prisão Domiciliar: um direito da mãe ou da criança à luz do STF na decisão cautelar do habeas corpus coletivo 143.641-SP/2018?**. 2020. 175f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Nove de Julho, São Paulo - SP, 2020. Disponível em: <https://bibliotecatede.uninove.br/handle/tede/2407>. Acessado em: 20/05/2021.

LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Infância Encarcerada. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 18, out-dez 2018. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/311>. Acesso em: 15/11/2021.

MONTEIRO, David de Oliveira. **Maternidade na prisão: instrumentos de proteção e defesa dos direitos humanos**. 2013. 115f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa - PB, 2013. Disponível em: https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/19546?locale=pt_BR. Acessado em: 20/05/2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 4ª edição. São Paulo – SP. Grupo GEN, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6296-8/>. Acessado em: 22/06/2021.

PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica: nova retórica**. 3ª edição. São Paulo – SP. Martins Fontes, 2000. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/238756571/Chaim-Perelman-Logica-Juridica-pdf>. Acesso em: 15/11/2021.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. Necessidades básicas e Direitos Humanos. In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; TOSI, Giuseppe. **Democracia e educação em direitos humanos numa época de insegurança**. Brasília – DF. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. 2008. p.40-52. Disponível em: <http://forumeja.org.br/node/2401>. Acessado em: 20/05/2021.

RAMOS, Alice Maria Santos. **Cárcere e infância: o direito das crianças de mães encarceradas**. 2017. 266f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa - PB, 2017.

SILVA, Ivonete Reinaldo da; MATOS, Taysa. Apesar de Você Amanhã Há de Ser um Novo Dia: o direito à maternidade na escuridão do cárcere. In: MELO, Ezilda.

Maternidade e Direito. São Paulo – SP. Tirant lo Blanch. Brasil. 2020. p.249-256.
Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/uploads/livros/pdf/1596895765.pdf>.
Acessado em: 15/11/2021.

SIMAS, Luciana; VENTURA, Miriam, BAPTISTA, Michelly Ribeiro;
LAROUZÉ, Bernard. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA ACERCA DA
MATERNIDADE NA PRISÃO. **Revista Direito FGV – São Paulo**, v. 11,
n. 2 p. 547-572, jul-dez 2015. Disponível em: [https://www.scielo.br/j/rdgv/a/
chxvtQBcxWJ3RSWd6GPx74h/?format=pdf&lang=pt](https://www.scielo.br/j/rdgv/a/chxvtQBcxWJ3RSWd6GPx74h/?format=pdf&lang=pt) Acessado 06/08/2021.

VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; LAROUZÉ, Bernard. Maternidade atrás das
grades: em busca da cidadania e da saúde. Um estudo sobre a legislação brasileira.
Caderno de Saúde Pública, n. 31, v. 3, mar 2015. Disponível em: [https://scielosp.org/
article/csp/2015.v31n3/607-619/](https://scielosp.org/article/csp/2015.v31n3/607-619/). Acessado em: 22/05/2021.