

# SUMÁRIO

1 Introdução

2 Os Presídios Femininos: Evolução Histórica

3 O Papel (Ou Responsabilidade) Do Estado Na Garantia Dos Direitos Humanos Das Mulheres Grávidas Encarceradas

4 O Perfil Das Mulheres Grávidas Encarceradas

5 Discricionariiedade Do Magistrado

6 Da Primazia Do Princípio Constitucional De Presunção De Inocência

6.1 Dos Requisitos Para Prisão Domiciliar

7 Da Capacidade Ressocializadora Das Penas

8 Considerações Finais

9 Referências

# A DIGNIDADE DA MULHER: CÁRCERE E A GESTAÇÃO

Aline Paulino Gonçalves<sup>1</sup>

Ricardo Martins<sup>2</sup>

**RESUMO:** Esta pesquisa tem como tema a abordagem na perspectiva da gravidez das mulheres nos estabelecimentos prisionais, à luz dos direitos humanos, com fulcro ao Código Penal e a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984). Em 2016, o Brasil chegou a 726.712 pessoas custodiadas no Sistema Penitenciário Brasileiro em junho de 2016, chegando assim a terceira maior população carcerária do mundo, sendo 45.989 mil presas, as brasileiras compõem a quarta maior população feminina encarcerada do mundo, cerca de 5%, de acordo com o Cadastro Nacional de Presas Grávidas ou Lactantes do Conselho Nacional de Justiça, atualmente tem-se 685 presas grávidas ou lactantes no Brasil. No decorrer do trabalho, fica nítida a transgressão à Lei que confere ao Estado o direito de punir, com fundamentação as normas vigentes, em tese o único direito restrito é o da liberdade, e todos os outros permanecem garantidos, porém os efeitos da sentença penal condenatória, atualmente, com a superlotação dos sistemas penitenciários e outros fatores, não tem sido apenas este, essas mulheres não sofrem apenas limitações ao seu direito de ir e vir, mas sim, violações aos seus direitos básicos, com a desatenção a direitos essenciais à saúde, à vida até os que são envolvidos em uma política de reintegração social, educação, trabalho e atenção à manutenção da unidade familiar, atingindo no tema do trabalho em apreço, não só a presa, como também seu filho. Resultando em informações claras e diretas sobre garantias constitucionais, prerrogativas legais e administrativas.

**Palavras-chave:** Artigo científico. Prisão. Mulheres Grávidas. Direitos humanos; Legislação.

## 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como tema a dignidade da mulher: cárcere e a gestação, no panorama nacional e mundial este assunto vem recebendo destaque uma vez que o Brasil tem atualmente a terceira maior população carcerária do mundo.

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 5º, inciso L, tem-se assegurada condições para que às presidiárias possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação. Destarte, nas demais leis infraconstitucionais, sendo a Lei de Execução Penal nº 7.210/1984, no artigo 117, inciso IV e no Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 9, onde tem-se notadamente

---

<sup>1</sup> Bacharelado do Curso de Direito da Universidade de Mogi das Cruzes, SP [aline.paulino95@hotmail.com](mailto:aline.paulino95@hotmail.com)

<sup>2</sup> Professor Ricardo Martins

previsão da obrigatoriedade na garantia de condições adequadas para as mulheres gestantes, lactantes e com filhos menores de 12 anos durante o período estabelecido.

O método utilizado para esta pesquisa foi o método de revisão de doutrina, análise de leis e jurisprudência emendas de tribunais nacionais. Buscaram-se também dados censitários em bases de dados nacionais, notícias veiculadas pela mídia a fim de se obter maiores detalhes sobre o tema.

Esta pesquisa se justifica na medida em que a sociedade necessita de mais respostas acerca deste tema, porque entende-se que quanto mais se estuda essa problemática mais se faz avançar a ciência do Direito.

O trabalho em apreço vai tratar sobre os direitos fundamentais, especificamente ao direito e garantia das mulheres presas grávidas, inclusive as que estão sob custódia estatal, tendo em vista que a Constituição da República Federativa do Brasil no artigo 5º que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”, nos mesmos termos a Lei de Execução Penal no artigo 83, § 2º, determina que:

Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva.

§ 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade. (Redação dada pela Lei nº 11.942, de 2009)

Consta ainda previsão, que a penitenciária para mulheres deve ser dotada de seção para gestante e parturiente e de creche, com a finalidade de assistir ao menor desamparado, cuja responsável esteja presa (artigo 89 Lei de Execução Penal).

O questionamento que norteia este trabalho é se os estabelecimentos prisionais femininos têm estrutura para “abrigar” gestantes e as parturientes em ambiente isolado, e também creches para acomodar as crianças durante o período de 6 meses em que é permitido permanecer com a mãe.

O presente feito, será desenvolvido com fulcro à Constituição Federal, Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984), Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) entre outras normas e doutrinadores tais como: Queiroz (2015), Mello e Gauer (2011) e Santa Rita (2007).

Ao transcorrer serão apresentados pontos específicos sobre a temática e sugestões acerca, nitidamente não será possível esgotar somente por intermédio do artigo.

## 2 OS PRESÍDIOS FEMININOS: EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Cada época da história utilizou mecanismos distintos para aplicação de punições àqueles que desobedeciam às regras. Mas é similar a todas as épocas que a função era o de devolver à sociedade um indivíduo cumpridor de leis, ainda que existisse, de fundo, um sentimento de vingança.

Há, na prisão, um caráter disciplinar, que busca coagir os indivíduos inseridos, não para que retornem à sociedade como um bom cidadão, mas como um homem útil ao sistema. É o que entende Foucault (2008, p. 119) quando afirma que “a disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados, corpos dóceis. A disciplina aumenta as forças do corpo (em termos econômicos de utilidade) e diminui essas mesmas forças (em termos políticos de obediência)”.

Zanetti (2010), relata que o primeiro presídio feminino de que se tem notícia data de 1645 em Amsterdã, na Holanda. A instituição era responsável por abrigar mulheres pobres, criminosas, bêbadas e prostitutas, além de meninas mal comportadas que não obedeciam a seus pais e maridos. Esse modelo foi copiado posteriormente na Inglaterra e nos Estados Unidos, a primeira penitenciária feminina surgiu em Nova York em 1835, sendo a única do gênero até 1870. Posterior período, foram inaugurados os chamados reformatórios, que visavam “ensinar” às presas o comportamento e posturas femininas, os afazeres do lar, entre outros hábitos domésticos comuns à época. No entanto, em um verdadeiro declínio, muitas dessas casas de correção obrigavam as mulheres aprisionadas a se prostituírem por imposição dos próprios administradores de tais estabelecimentos, sendo completamente avessas à função a qual se propunham.

Maia (2009) complementa a ideia afirmando que surgiram na segunda metade do século XIX as casas de correção, onde as presas eram confinadas em espaços completamente iguais aos dos homens, as vezes em conjunto. O fato acarretava uma séria de complicações, vez que começaram a ocorrer abusos sexuais frequentes. Em razão da necessidade de reduzir as tensões existentes no ambiente de confinamento feminino, os governos do Canadá, da França, do Chile e da Argentina optaram por transferir o dever de criação de centros de detenção femininos à igreja católica, que já atuava neste ramo, livrando-se assim da responsabilidade de construir e administrar as instituições de correção para mulheres.

O mesmo conclui, que os baixos índices de criminalidade feminina levaram ao esquecimento da causa e ao abandono dos centros de confinamento.

Carlos Aguirre (2009, p.51) afirmou que “as instituições para detenção de mulheres funcionavam como entidades semiautônomas não sujeitas a supervisão ou regulação estatal, violando claramente a lei ao permitirem a reclusão de mulheres sem mandado judicial”.

No Brasil, o cárcere feminino existiu desde que se tenha história, mas até o ano de 1940 o ordenamento jurídico do país nada regulamentava sobre o tema, muito embora já houvesse uma diferenciação mínima, conforme afirma Silva (2014), onde o encarceramento de mulheres se davam em salas, celas, alas e seções diferentes das masculinas, mas tal diferenciação não era regra: quem determinava a separação ou não entre mulheres e homens presos eram as autoridades responsáveis, que se baseavam, geralmente, nas condições físicas do local.

O histórico do encarceramento feminino demonstra sua forte relação com a moralidade e a religiosidade, fatores que não são relacionados ao cárcere masculino.

### **3 O PAPEL (OU RESPONSABILIDADE) DO ESTADO NA GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES GRÁVIDAS ENCARCERADAS**

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), atualmente tem-se 45.989 mil mulheres presas no Brasil, destas mulheres, 80% são mães e responsáveis principais ou únicas pelos cuidados dos filhos (DEPEN), dentre essas mulheres, 685 estão grávidas ou lactantes presas no Brasil, só em São Paulo, deste número, são 243 grávidas e lactantes.

É evidente que o número de mulheres encarceradas tem aumentado ao longo dos anos, e esse crescimento tem impactado diretamente na capacidade do sistema prisional e no déficit de vagas por Estado, em junho de 2016 por exemplo, já havia um déficit de vagas de 358.663 mil presos (incluindo os homens), válido reiterar que 74% das unidades prisionais destinam-se aos homens, e apenas 7% ao feminino e outros 17% são caracterizados como mistos, o que significa que podem contar com alas/celas específicas para o aprisionamento de mulheres dentro de um estabelecimento originalmente masculino (DEPEN).

Importante indicar, que a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984), em seu artigo 85, deixou estabelecido que a estrutura física do presídio deve ser compatível com a sua capacidade de lotação, e o artigo 88 da mesma Lei, garante que o cumprimento de pena ocorra em cela individual (área mínima de seis metros quadrados).

Os estabelecimentos penitenciários estão previstos no Título IV da Lei de Execuções Penais, que são as penitenciárias (artigos 87 e ss.), as colônias agrícolas, industrial ou similar (artigo 91/92), a casa do albergado (artigo 93 e ss.), o centro de observação (artigo 96 e ss.), o hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (artigo 99 e ss.) e as cadeias públicas (artigo 102 e ss.), que são destinados aos condenados, submetidos à medida de segurança, aos presos provisórios e aos egressos.

Caberá ao Juiz competente, a requerimento da autoridade administrativa, definir o estabelecimento prisional adequado para abrigar o preso provisório ou condenado, em atenção ao regime e aos requisitos estabelecidos (art. 86, § 3º, acrescentado pela Lei n. 10.792/2003). Essa decisão de caráter jurisdicional deverá ser precedida de manifestação do preso provisório ou condenado e do Ministério Público, sendo cabível o recurso de agravo em execução (art.197). Não poderá, entretanto, o preso provisório ou condenado exigir a transferência, pois se trata de ato facultativo, baseando-se em razões de conveniência e oportunidade. A transferência, por isso, não poderá ser concedida por meio de habeas corpus. (CAPEZ, 2011, p.60).

Para Noronha (1999), os estabelecimentos penitenciários representam a evolução do direito de punir estatal e de coibir os criminosos, pois a sanção penal percorreu um longo caminho histórico até chegar à condição atual, que é a pena privativa de liberdade.

Segundo Nunes (2013), antes de vigorar a Lei de Execuções Penais, não havia qualquer distinção entre estabelecimentos penitenciários, muito menos a divisão entre presos provisórios e os presos já condenados, e até em relação a doentes mentais que praticavam crimes, sendo todos eles, sem distinção, recolhidos num mesmo presídio, em flagrante violação aos princípios constitucionais da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana. Assim, num mesmo estabelecimento penal, as vezes numa mesma cela, existiam reclusos que ainda aguardavam o seu julgamento, outros já condenados em definitivo e tantos outros cumprindo medida de segurança.

Contudo, a resposta que atualmente é dada à estas mulheres, é o encarceramento, estigmatizando-as mais, e limitando ainda mais sua perspectiva de futuro, tendo em vista, que vão retornar à sociedade.

A saída é o intermédio do judiciário na punição efetiva do ato doloso, sem prejudicar seu retorno à sociedade.

Oliveira (2014) é enfático ao dizer que a realidade carcerária brasileira é lamentável, pois, apesar de as prisões estarem sendo realizadas em níveis aterrorizantes, os crimes ainda continuam sendo praticados na mesma proporção, tendo em vista que o Estado só investe nos presídios para depositar os presos, não preparando os mesmos para uma readaptação ao convívio em sociedade, fazendo com que o percentual de retorno de egressos ao cárcere fique em torno dos 70%.

Destarte, um estabelecimento penal, por mais estrutura que tenha, não deixa de ter grades limitações e regras, não sendo um local adequado para um recém-nascido de até 6 meses.

O intuito da prisão é a ressocialização da pessoa, fazendo com que não cometa mais crimes, essa progressão que é uma característica de inúmeros países, vai inserindo o preso aos poucos para a sociedade, não é demais lembrar, por oportuno, que o nosso texto magno estabelece, taxativamente, em seu art. 5º, XLV, que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, na sessão do dia 20/02/2018, por maioria de votos, conceder Habeas Corpus (HC 143641) coletivo para determinar a substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas, em todo o território nacional, que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal (CPP).

A decisão será comunicada aos presidentes dos tribunais estaduais e federais, inclusive da Justiça Militar estadual e federal, para que, no prazo de 60 dias, sejam analisadas e implementadas de modo integral as determinações fixadas pela Turma.

O HC foi impetrado, ou seja, ajuizado, pelo Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (CADHU), questionando ponto já constante na lei desde 2016.

Isto representa um grande avanço, visto que o HC coletivo impetrado, foi concedido de acordo com pedido, ou seja, qualquer mulher presa provisoriamente, com fulcro ao artigo 318 do Código penal, sendo; gestante, lactante ou mães de filhos até 12 anos, podem usufruir da prisão domiciliar, essa disposição legal é regra, o que ocorre atualmente é o tratamento da regra como exceção pelo judiciário, fazendo com que existam poucos casos em que esse direito dos filhos principalmente, sejam cumpridos pelo judiciário.

Nos casos em que não é concedida a prisão domiciliar, por peculiaridades específica da ré, o juiz tem que justificar o motivo da permanência na penitenciária/CDP, nesses casos, no estado de São Paulo, o recém-nascido fica com a mãe no período de 6 meses, lactante, e deve ficar em uma ala materna,

Entretanto, o agravante ainda, são os dados sobre infraestrutura relativa à maternidade no interior dos estabelecimentos prisionais, sobre os quais cabe apontar que:

- (i) nos estabelecimentos femininos, apenas 34% dispõem de cela ou dormitório adequado para gestantes, apenas 32% dispõem de berçário ou centro de referência materno infantil e apenas 5% dispõem de creche (INFOPEN Mulheres, p. 18-19);
- (ii) nos estabelecimentos mistos, apenas 6% das unidades dispõem de espaço específico para a custódia de gestantes, apenas 3% dispõem de berçário ou centro de referência materno infantil e nenhum dispõe de creche (INFOPEN Mulheres, p. 18-19).

Tal inércia do Estado impacta diretamente na situação das mulheres grávidas

encarceradas, infelizmente, de acordo com o Ifopen, a população carcerária feminina cresce em torno de 10,79% por mês, compondo assim a quarta maior população feminina do mundo

Os dados acima mencionado, mostram um aumento de 680% da população carcerária feminina brasileira em apenas 16 anos, e mesmo com tal crescimento, a maior parte dos estabelecimentos penais são projetados para os homens, e somente 7% para as mulheres.

O Estado tem o dever de proteger as mulheres encarceradas, sobre o assunto supramencionado, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a responsabilidade civil do ente público é objetiva, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE DETENTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ALÍNEA C. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE TERIA SIDO INTERPRETADO DE MODO DIVERGENTE PELOS ARESTOS CONFRONTADOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF. IMPROVIMENTO.

1. No tocante à alegada ausência de culpa pelo evento danoso, "a jurisprudência do **STJ reconhece a responsabilidade objetiva do Estado nos casos de morte de preso custodiado em unidade prisional**" (AgRg no AREsp 346.952/PE, Relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 23/10/2013). Precedentes.
2. Na interposição do recurso especial com base na alínea c do permissivo constitucional é imperiosa a indicação do dispositivo federal sobre o qual recai a suposta divergência jurisprudencial, o que não ocorreu no caso em tela. Assim, não pode ser conhecido o presente recurso especial, nos termos da Súmula 284/STF.
3. *Agravo regimental a que se nega provimento.*

(AgRg no AREsp 615.381/PE, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 19/12/2014)

Por fim, quando os danos são causados por omissão do Estado, estes submetem-se à teoria subjetiva, ou seja, deve-se comprovar a culpa estatal. Porém, quando tratamos de relações de custódia, o ente público tem o dever de garantir a integridade das pessoas e bens custodiados. Por isso, a responsabilidade estatal é objetiva inclusive quanto a atos de terceiros.

#### **4 O PERFIL DAS MULHERES GRÁVIDAS ENCARCERADAS**

De acordo com o Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes, divulgada no dia 13/03/2018, haviam 420 mulheres grávidas e 265 amamentando seus bebês nas prisões brasileiras.

No ano passado, um censo carcerário revelou o perfil das encarceradas que tiveram filho na prisão. Quase 70% delas tinham entre 20 e 29 anos, segundo levantamento da Fundação



Oswaldo Cruz e do Ministério da Saúde. Do total dessas mulheres, 70% são de negras e pardas, parcela mais marginalizada e excluída pelo sistema econômico brasileiro.

Segundo o CNJ, por meio de um censo carcerário, foi possível identificar o perfil das presas que tiveram filho na prisão: 56% são solteiras, 45% não tem nenhum registro em carteira, e se declaram autônomas, ou seja, é uma juventude pobre, negra, sem grandes expectativas dentro da sociedade.

Tem-se ainda, que de acordo com os dados do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), 4.560 mulheres grávidas ou com filhos de até 12 anos estão presas provisoriamente e deverão ser beneficiadas com a decisão do HC.

Em 2017, houve a autorização de prisão domiciliar de Adriana Ancelmo, (ex-primeira-dama do Rio de Janeiro com filhos de 11 e 15 anos), após decisão no Superior Tribunal de Justiça (STJ) houve indignação por parte da sociedade, pelo caráter excludente e seletivo da justiça, que garantiu o habeas corpus à mulher de Sergio Cabral (preso por delitos de corrupção), enquanto mantém-se em prisão milhares de mães pobres e negras.

O debate sobre o tema foi intensificado, com a divulgação da prisão de Jéssica Monteiro, detida em março de 2018, com 90 gramas de maconha, no estágio final da gravidez e mantida na cadeia, após o parto, com o bebê recém-nascido.

Com esse caráter excludente da Justiça, que é evidenciada como exemplo, no caso de Adriana Ancelmo (esposa do ex-governador do Rio de Janeiro Sérgio Cabral), e também no tratamento dado aos presos da operação Lava Jato, que aguardam julgamento em prisão domiciliar com tornozeleira eletrônica (dos 116 condenados, 97 respondem a seus processos em liberdade ou sob medidas alternativas), em comparação ao tratamento que recebem às mulheres pobres e negras das periferias brasileiras, gestantes, que são mantidas na prisão sem julgamento.

De acordo com relatório da Anistia Internacional divulgado no dia 21/02/2018, cerca de 40% dos 727 mil presos do Brasil ainda aguardam julgamento.

Ou seja, é um verdadeiro encarceramento da população pobre, que acaba tem seus filhos dentro da prisão, reproduzindo a pobreza de geração em geração.

Existem alguns condenados em condição especial, mas são mínimas as ocasiões em que são notados. Na maioria das vezes, são até esquecidos, assim como a condição que os distingue. Esses, são aqueles presos que menstruam, engravidam e concebem, ou, como mais são conhecidos, as mulheres.

Conforme constatado pela Departamento Penitenciário Nacional em 16 anos a quantidade de mulheres encarceradas saltou 700%, em 2000 eram 5.701 mulheres e em 2016 o número passou para 44 mil mulheres.

Prevê a Cartilha da Mulher Presa, do CNJ, que a mulher não perde a guarda dos filhos quando é presa. A guarda, no entanto, fica suspensa até o julgamento definitivo do processo, ou caso ela seja condenada a pena superior a dois anos de prisão. Enquanto durar o cumprimento da

pena, a guarda dos filhos fica com o marido, com parentes ou com amigos da família. Cumprida a pena, a guarda retorna à mãe, caso não haja decisão judicial contrária.

O fato de encarcerar, faz com que a vulnerabilidade social amplie, dificultando deste modo o acesso aos serviços de saúde, na prevenção, assistência ou vigilância, comprometendo até mesmo, o bem estar para exercício pleno da cidadania.

Um ponto fundamental, é a ruptura nos laços sociais das mulheres que passam a viver longe de seus familiares e amigos em um ambiente superpopuloso, insalubre, que acaba sendo marcado pela violência e com assistência médica limitada.

Tal vulnerabilidade torna-se um agravante, principalmente quando correlacionados à maternidade e ao nascimento de seus filhos no ambiente da prisão.

Se por um lado o parto é considerado um evento significativo e positivo na vida da mulher, é até mesmo um meio de motivacional a melhora nas condições que se encontram atualmente, por outro, pode ser fonte de estresse psicológico e de angústia, especialmente no contexto prisional.

Intuitivamente, por conta de estereótipos e senso comum, é dedutível que a população prisional no Brasil tenha menor grau de escolaridade – e os números confirmam essa impressão. Segundo o relatório do Ministério da Justiça, “manter os jovens na escola pelo menos até o término do fundamental pode ser uma das políticas de prevenção mais eficientes para a redução da criminalidade e, por conseguinte, da população prisional”.

## **5 DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO**

Não é possível tratar do encarceramento feminino sem mencionar a Lei de Drogas, (Lei nº 11.343/2006), que entrou em vigor no dia 08 de agosto de 2006, que representa 70% das prisões femininas.

Embora, a referida Lei tenha significado avanços, ao verificarmos a população carcerária, na verdade representou grande aumento, Gabriel Santos Elias, coordenador de Relações Institucionais na empresa Plataforma Brasileira de Política de Drogas (PBPD), explica como se deu esse processo:

O problema é que, como uma forma de compensar e aumentar essa distinção entre usuário e traficante, as penas para tráfico de drogas aumentaram. Isso fez com que a população carcerária nos últimos dez anos aumentasse muito, em grande parte por crimes relacionados a drogas. O crescimento saltou de 15% para 30% nos últimos dez anos. Realmente foi um impacto muito grande, especialmente para a população feminina, que aumentou 513%. Esse foi um dos principais impactos da Lei de Drogas de 2006. Por isso, é muito importante ressaltar o quão equivocada foi essa lei que buscou aumentar a punição para os crimes relacionados a tráfico.

Nos últimos anos, a única resposta do judiciário tem sido o encarceramento em massa, e só podemos notar o crescimento das taxas de violência, a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), representa 60% das mulheres encarceradas, presas por tráfico, delitos que, na grande maioria dos casos, não envolvem violência nem grave ameaça a pessoas, e cuja repressão recai, não raro, sobre a parcela mais vulnerável da população, em especial sobre os pequenos traficantes, quase sempre mulheres, vulgarmente denominadas de “mulas do tráfico”, onde a lei dê certo acaba sendo subjetiva, por não distinguir quem ganha dinheiro, quem é traficante e quem é usuário, fazendo-se necessárias medidas que sejam diferentes do encarceramento, tendo em vista, que é uma questão não só criminal, e sim social.

Os juízes tem se mostrado em geral conservadores, especialmente no que diz respeito à posse de maconha, fazendo com que a população carcerária se abarrote com mulheres pobres e negras, a maioria dessas mulheres, ocupa posição coadjuvante no crime de tráfico, realizando serviços de transporte de drogas, armazenamento ou pequeno comércio.

Nesses casos, quase sempre, como revelam os estudos especializados, a prisão preventiva se mostra desnecessária, já que a prisão domiciliar prevista no art. 318 pode, com a devida fiscalização, impedir a reiteração criminosas.

Quando essas mulheres são presas, a responsabilidade dos filhos é transferida para outras mulheres, principalmente familiares, amigas e até mesmo vizinhas, para evitar o envio de seus filhos aos abrigos por receio de perder a guarda das crianças até cumprimento da pena.

O costume de transferir o cuidado dos filhos para outras mulheres – e não aos homens – reflete a enorme disparidade de gênero no Brasil, já que as mulheres representam 60% da força de trabalho remunerada, e ainda assim dedicam 24,4 horas por semana às tarefas domésticas, mais que o dobro do que os homens, de acordo com uma pesquisa do IBGE “Se trabalho doméstico fosse considerado parte da economia nacional, elevaria o PIB brasileiro em 12%”, diz a economista de gênero Hildete Pereira de Melo, professora da Universidade Federal Fluminense.

Heidi Ann Cerneka, ativista americana que trabalhou com mulheres presas no Brasil por 20 anos e que participou da criação das Regras de Bangkok, acredita que parte do problema é o viés judicial. “No Brasil, os juízes são muito conservadores e tendem a condenar as mulheres não só por seus crimes, mas pelo que consideram ‘pouco femininas’ e ‘más mães’”, explica.

Uma das soluções é a substituição ao regime aberto de prisão, onde a mulher sai durante o dia para trabalhar e à noite se recolhe na casa de albergados, onde a Lei de Execução Penal, autoriza quem tem mais de 70 anos, filho menor de 12 anos, e grávidas a substituir a prisão em regime aberto pelo regime domiciliar, isso nos casos em que já houve condenação, e já progrediu no regime, ou iniciou no regime aberto.

A outra possibilidade é a prisão preventiva, ou seja, no curso do processo quando a mulher ainda não tem sentença condenatória, porém estão presentes as possibilidades de prisão

preventiva, que são; risco à ordem pública e ordem econômica, risco de fuga, ou fato de destruição de provas, ocultação ou ameaça à testemunha.

Nesses casos, em substituição da prisão que não ocorreu em decorrência da pena, e sim provisória, é autorizada a prisão domiciliar, para maior de 80 anos, que tenha filho doente, que tenha mais de 7 meses de gestação, que tenha algum dependente menor de 12 anos na qual precise dos cuidados da mulher.

## **6 DA PRIMAZIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Atualmente o que chama atenção é o alto índice de presas provisórias, ou seja, ainda sem condenação, 45%, de acordo com o novo Infopen, quase metade das mulheres encarceradas no Brasil hoje estão presas sem condenação.

A presunção de inocência trata-se de uma das garantias fundamentais, que pela via transversa, preceitua que todos serão considerados inocentes até que se prove o contrário, sendo um princípio implícito, é uma consequência a direta do devido processo legal, está consolidado expressamente na Constituição Federal de 1988, que assim dispõe no seu art. 5º, inciso LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”

Na mesma linha de entendimento, encontramos no teor do artigo 283 do Código de Processo Penal:

Art. 283 – Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

O Beccaria (1764), em sua famosa obra *Dos delitos e das penas*, já advertia que “um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do Juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada.”

Cabe dizer, que o direito Penal e o Direito Processual Penal tratam de um dos bens jurídicos mais caros e importantes aos seres humanos, a liberdade. Por essa razão é que todo o processo deve ser pautado sob a égide do princípio em comento.

Assim, tem-se que a presunção de inocência é uma garantia constitucional e princípio regente do processo penal. Ela decorre do próprio direito natural do indivíduo, assentado nas bases de uma sociedade livre, democrática, que respeita os valores morais, éticos, e sobretudo, os valores pessoais, aqueles que têm por essência a proteção da pessoa humana, dentre os quais, se insere o primado da liberdade.

Destarte, pode-se entender por esse princípio e suas fundamentações legais, que a acusada só pode ser considerada culpada, e por conseguinte sofrer condenação posterior transitada em julgado da sentença penal condenatória.

Não obstante, a referida garantia não proíbe que haja submissão à prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Tendo em vista que a própria Constituição Federal prevê casos onde é possível a ré sofrer efeitos da condenação anterior ao decreto condenatório, como exemplo, as hipóteses de flagrante delito ou ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI).

O motivo pelo qual não ultraja o princípio constitucional consiste no fato de que a prisão antes do acórdão ou sentença condenatória, se dá apenas em situações excepcionais, como exemplo o caso da prisão em flagrante (artigos 301 a 310, do CPP), prisão preventiva (artigo 311 a 316, do CPP), da prisão como condição para apelar (artigo 594, CPP), da prisão por força da sentença de pronúncia (artigos 282 e 408, § 1º, do CPP), e da prisão temporária (Lei nº 7.960/1989).

Quanto às prisões em virtude de acórdão penal condenatório recorrível (art. 27, § 2º, da Lei 8.038/90), há controvérsias acerca da sua natureza jurídica, o que se observa é que muitos doutrinadores não a classificam como prisão provisória.

Tal modalidade de prisão não preenche os requisitos da tutela cautelar, desta forma, se caracteriza por ser uma prisão provisória obrigatória decorrente da interposição de recursos às instâncias superiores, tratando-se, pois, de uma execução penal antecipada.

## **6.1 DOS REQUISITOS PARA PRISÃO DOMICILIAR**

A liberdade provisória é um benefício garantido pela Constituição Federal no artigo 5º do inciso LVI, onde há garantia de que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Na Lei nº 12.403/2011, que alterou os dispositivos do Código de Processo Penal, em relação à prisão processual; fiança, liberdade provisória dentre outras medidas cautelares.

Com fulcro a referida Lei, a prisão preventiva deve ser determinada nos casos em que não for cabível sua substituição por outro meio cautelar, como recolhimento domiciliar no período noturno, monitoramento eletrônico, dentre outros.

Com a vigente redação do artigo 300 da Lei de Execução Penal, onde tem-se obrigatoriedade da separação dos presos provisórios dos condenados.

Pode ser decretada prisão de acordo com a Lei nº 13.257/2016, que alterou artigos do Código de Processo Penal, onde mulheres com filhos de até 12 anos de idade e que ainda não foram condenadas podem requerer a substituição da prisão preventiva por domiciliar.

A resolução do CNJ (nº 213 de 2015) determina que na audiência de custódia seja verificado se há cabimento de liberdade provisória, em hipótese de gravidez, filhos ou dependentes sob cuidado da mãe presa em flagrante, se possui histórico de doença grave, incluída a dependência química, para encaminhamento assistencial.

Sobre os requisitos para recolhimento domiciliar da medida cautelar diversa da prisão, tem-se disposto no inciso V do artigo 319 do Código de Processo Penal, a exigência da constatação de residência fixa e de trabalho com carteira assinada.

## **7 DA CAPACIDADE RESSOCIALIZADORA DAS PENAS**

Como sabido, a função do Direito Penal é garantir a liberdade de todas as pessoas, assegurando as condições para o convívio social, atuando na segurança dos cidadãos, na liberdade, e tutelando os seus direitos, onde o cumprimento da pena no sistema prisional nunca poderá provocar a perda ou minimização dos direitos fundamentais, no entanto sua interferência é aplicada somente quando for imprescindível para o resguardo ou para a proteção pacífica da sociedade, garantindo a liberdade e punindo apenas lesões ao bem jurídico sendo este indispensável para a coexistência da sociedade, logo para haver a privação da liberdade é necessário que este bem seja muito importante por isso que não é qualquer caso que pode justificar a prisão do ser humano, a violação dos bens jurídicos que merecem proteção estão descritos na Constituição Federal.

Como disposto no artigo 5 da Constituição Federal, que trata das garantias fundamentais dos direitos e deveres individuais e coletivos “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”.

Entretanto, nós, como sociedade, acreditamos que quando a mulher vai presa deixa de possuir direitos, reprimindo-os, e tornando seus bens jurídicos violados, entretanto são valores constitucionalmente protegidos, deste modo, as mulheres encarceradas têm seus direitos assegurados tanto pela Constituição Federal, como também assegurados pela Lei de Execução Penal.

Mirabete (2010) afirma que o sistema de penas de privativa de liberdade e seu fim constituem verdadeira contradição. É praticamente impossível a ressocialização do homem que se encontra preso, quando vive em uma comunidade cujos valores são totalmente distintos daquele a que, em liberdade, deverá obedecer. Isso sem falas nas deficiências intrínsecas ou eventuais do encarceramento, como a superlotação, os atentados sexuais, a falta de ensino e de profissionalização e a carência de funcionários especializados.

As penas privativas de liberdade são classificadas em reclusão, detenção e prisão simples. As penas de reclusão e detenção são constituídas como base da implicação da prática de delito,

desempenhando-se primeiramente nos regimes fechados, semiabertos e abertos. Por outro lado, a pena de detenção é sobreposta nas contravenções penais, seu regime é desempenhado no local aberto ou semiaberto, enquanto que a pena simples os agentes ficam sempre apartados dos condenados à pena de reclusão ou de detenção.

A prisão serve somente para restringir a liberdade do autor, afim de punir sua ação ilícita, diante desse diapasão, colocam de lado qualquer esperança de utilização do presídio com finalidade de ressocialização, já que ao contrário disto, ocorrem julgamentos diários, rebeliões, fugas, violência sexual, abandono familiar, cárcere em condições desumanas, portanto podemos afirmar que a mulher encarcerada se torna vítima do sistema prisional.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como visto no decorrer do presente trabalho, foi possível averiguar que apesar da Constituição do Brasil, garantir que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança, no artigo 5º do inciso LVI, ainda assim, é notório a frequente negativa de prisão domiciliar ou mesmo a (lamentável) realidade em que o sistema carcerário encontra-se, o descaso devido à falta de respeito à dignidade da pessoa humana com a concordância das autoridades competentes, que constitui uma incapacidade do Estado no que diz respeito administração penitenciária.

Hoje, somos o terceiro país com a maior população carcerária do mundo, e é claro, que não acabamos com a violência aprisionando pessoas, nem tão pouco tratando de forma subumana e preconceituosa, muito pelo contrário, com o atual tratamento a violência tende a crescer, e se fortalecer se organizando cada vez mais.

Por este motivo, diante da negligência do Estado, e do aumento do encarceramento feminino de mulheres grávidas, pobres, sem estudo e negras, considerando ainda que muitas destas mulheres sofrem nos presídios, com o abandono da família, e muitas vezes passam por discriminação pela própria sociedade.

É necessário ter o conhecimento de que não é qualquer punição que vai fazer com o indivíduo se afaste da conduta delituosa, ou seja, privar o indivíduo de um bem que é fundamental para a sua subsistência, afastando-a da família no momento mais importante da mulher: gravidez, só colabora para que essas pessoas, que hoje são minoria, se reúnam com aqueles sujeitos que cometem infração mais gravosas.

As mulheres em situação de encarceramento têm demandas que são específicas, o que não raro, e acaba sendo agravado por histórico de violência familiar, maternidade, nacionalidade, situação financeira, uso de drogas, entre outros fatores.

O meio e os vínculos na qual as mulheres estabelecem suas relações familiares, incluindo até mesmo o envolvimento ao crime, principalmente tráfico de drogas, apresenta de forma geral, grande dessemelhança quando comparada com a realidade dos homens em situação análoga, deixando em segundo plano as necessidades do campo feminino.

Um exemplo é a grande deficiência de dados, indicadores e informações sobre o perfil das mulheres encarceradas, o que contribui continuamente na invisibilidade dessas pessoas.

Assim, com a ausência de políticas públicas desídia do Estado, falta de oportunidades para recomposição de laços afetivos, incentivo ao trabalho, e estudo, as mulheres encarceradas se veem sem possibilidade de progredir.

O encarceramento e por conseguinte, o sofrimento na prisão, não se limita apenas ao período do cumprimento da pena (quando há), mas se estende ao longo da vida destas mulheres, é como se o Estado “deixasse uma marca” em cada uma dessas mulheres, deixando profundas consequências.

Por isso, a pena privativa de liberdade será, sempre, a *última ratio legis*, ou seja, a última saída para a conservação da ordem jurídica.

Portanto é primordial fazer uma reforma no sistema carcerário, com o propósito de buscar a ressocialização, deste modo o Estado tem o dever de prevenir o crime, em contrapartida ele tem a obrigação de ressocializar, reintegrar, o preso na sociedade.

As mulheres encarceradas ficam a margem da sociedade, e quando são levadas a julgamento ficam a margem da lei, porque (infelizmente) o que é garantido, não as ampara, principalmente quando são negras, pobres e sem estudo básico. Elas existem.



## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gervan de Carvalho. **O crime nosso de cada dia**. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. (Apud LIMA, Renato Brasileiro de. Op. Cit. p. 43).

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** - 18. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Lei nº 11.343: Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad**. 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2018.

BRASIL. **Lei Nº 7.210: Lei de Execução Penal**. 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2018

BRASIL. **Lei Nº 8.069: Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2018.

CADASTRO NACIONAL DE PRESAS GRÁVIDAS OU LACTANTES. Conselho Nacional de Justiça. **Cadastro do CNJ registra 685 mulheres grávidas ou lactantes presas**. 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86323-cadastro-do-cnj-registra-685-mulheres-gravidas-ou-lactantes-presas>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

D'AGOSTINO, Rosanne. **Lava Jato tem 116 condenados e 27 presos em mais de 3 anos de operação**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/lava-jato-tem-116-condenados-e-27-presos-em-mais-de-3-anos-de-operacao.ghtml>>. Acesso em: 06 jul. 2017.

DEPEN. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. 2016. Disponível em: <[http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio\\_2016\\_junho.pdf](http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2018.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 30.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2011. p. 217

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FRANCO, Alberto Silva. Prólogo. In: ESPINOZA, Olga. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo**. São Paulo: IBCCrim, 2004.

HELPEES, Sintia Soares. **Vidas em jogo: um estudo sobre mulheres envolvidas com o tráfico de drogas**. São Paulo: IBCCrim, 2014

HÁ 726.712 pessoas presas no Brasil. 2017. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **HC 143.641**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-ricardo-lewandowski1.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

MELLO, Thaís Zanetti de. **(Des)velando os efeitos jurídico-penais da lei de drogas frente ao encarceramento feminino na Penitenciária Madre Pelletier em Porto Alegre: em busca de alternativas viáveis**. Mestrado em Ciências Criminais. Porto Alegre. 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 19<sup>a</sup> Ed. Atlas: Ex.02, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal. Volume 1**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NUNES, Adeildo. **Da Execução Penal**. 3.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5009-5/pages/88892526>>. Acesso em: 25 mai.2015.

POCHMANN, M. **Proteção Social na periferia do Capitalismo – considerações sobre o Brasil**. ed. São Paulo: Perspectiva, 2004.

QUEIROZ, Nana. **Presos Que Menstruam**. São Paulo: Record, 2015.

SANTOS ELIAS, Gabriel. **Lei de Drogas completa dez anos sob fortes críticas e a certeza de que a guerra às drogas não dá certo**. 2016. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/09/20/lei-de-drogas-completa-dez-anos-sob-fortes-criticas-e-certeza-de-que-guerra-as-drogas-nao-da-certo/>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

SOARES, B. M. e ILGENFRITZ, I. **Prisioneiras: vida e violência atrás das grades**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SOCIAIS, Estatísticas. **PNAD Contínua 2016: 90,6% das mulheres e 74,1% dos homens realizaram afazeres domésticos ou cuidados de pessoas**. 2017. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2013-agencia-de-noticias/releases/18566-pnad-continua-2016-90-6-das-mulheres-e-74-1-dos-homens-realizaram-afazeres-domesticos-ou-cuidados-de-pessoas.html>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

STUCHI, V.H.N. O trabalho decente e a dignidade da pessoa humana. In: FACHINETTI Junior, V. M. **Ensaios jurídicos contemporâneos – Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: IXTLAN, 2011.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2017.