

NASCIDOS DO CÁRCERE: UM OLHAR INTERDISCIPLINAR DO PAPEL FEMININO NO TRÁFICO DE DROGAS.

DOMINGUES, Renan da Silva¹
FERREIRA, Jéssica de Freitas¹
MUSSOLINE, Juliano Camargo¹
PRESTES, Alex Nunes¹
ÁVILA, Francine Nunes²
BITTENCOURT, Patricia Xavier²
CAMARGO, João Batista Monteiro²
RODRIGUES, Natalia Centeno²
VERDI, Roberta²

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade abordar a lei de drogas, seus aspectos e peculiaridades e em especial a situação das mulheres e mães encarceradas por conta do uso e tráfico de drogas. É notória a situação em que se encontram os presídios brasileiros, o Brasil não tem nenhum tipo de estrutura para manter os encarcerados lá dentro, tanto que os presídios estão superlotados e já não comportam mais detentos, agora imaginem uma mãe com seu filho “usufruindo” desses espaços, é algo absurdo e difícil de observar. Estes seres humanos, embora restringidos de sua liberdade, devem ter os direitos compatíveis com sua condição respeitados, e que se o condenado não for ressocializado, no momento em que retornar à sociedade continuará a delinquir tornando a sociedade mais insegura e violenta.

Palavras-chave: lei; drogas; cárcere.

ABSTRACT: The purpose of this article is to address the drug law, its aspects and peculiarities, and especially the situation of women and mothers incarcerated by drug use and trafficking. The situation in Brazil's prisons is notorious, Brazil does not have any kind of structure to keep prisoners inside, so much so that prisons are overcrowded and no longer have inmates, now imagine a mother with her child "enjoying" of these spaces, is something absurd and difficult to observe. These human beings, although restricted from their liberty, must have the rights compatible with their condition respected, and that if the condemned person is not resocialized, the moment in which to return to the society will continue to commit to make society more insecure and violent.

Keywords: law; drugs; prison.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A pesquisa versa sobre a lei de drogas e suas particularidades, e também as mulheres e mães encarceradas por conta do tráfico de drogas. Trazendo os aspectos civis, penais e processuais sobre o assunto abordado, bem como, com a possibilidade de perda do poder familiar.

Como um dos objetivos principais do estudo, a possibilidade de as mães envolvidas com o tráfico de drogas, terem suas penas de prisão preventiva convertida em prisão domiciliar, debruçando-nos no que aconteceu com Adriana Ancelmo, ex-primeira-dama do ex-governador do estado Rio de Janeiro, que teve sua prisão preventiva convertida em prisão

domiciliar com a finalidade de cuidar de seu filho pequeno, além de analisar o quanto a sua classe social interfere na conversão da pena.

É notória a situação em que os presídios brasileiros se encontram, de fato há uma grande deficiência estrutural, e no que tange às futuras ou atuais mães encarceradas, o impacto a esses filhos do cárcere é de difícil avaliação, porém são certos os seus impactos.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 ANÁLISE PENAL DA LEI DE DROGAS

No ano de 2006 foi promulgada a Lei nº 11.343, a Lei de Drogas, com o objetivo de fazer uso de políticas públicas sobre drogas, bem como traçar a diferença entre usuário e traficante, além de elencar os crimes e as penas para eles. Com o advento da nova lei de drogas foi instituído o SISNAD (Sistema nacional de políticas públicas sobre drogas), dentre outras medidas.

Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

O Sisnad tem por objetivo, conforme o art. 5º desta lei, contribuir para a inclusão social do cidadão; promover o conhecimento sobre drogas e a integração das políticas públicas, bem como assegurar os meios para que a finalidade deste sistema, explicitada no art. 3º, seja cumprida.

Art. 3º O Sisnad tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com:

- I- a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas;
- II- a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

Em relação à diferença entre usuário e traficante, pode-se dizer que a primeira é a destinação que a pessoa dará a droga, a segunda é a definição dos crimes e por fim, o peso da pena. Cabe salientar que no caso do usuário, não há possibilidade de pena de privativa de liberdade, visto que o objetivo da lei, pelo prisma do usuário é a reeducação, orientação, prevenção, dentre outras medidas.

Trata-se de usuário quando a destinação dada à droga é o uso pessoal, seus crimes estão bem definidos no art. 28, e também as penas a que estarão submetidos os que vierem a cometer tais crimes.

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

- I- advertência sobre os efeitos das drogas;
- II- prestação de serviços à comunidade;
- III- medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Já no caso do traficante, seus crimes e penas estão definidos e elencados no art. 33 e seguintes, até o art. 47. Deve-se observar qual é a destinação dada para a droga, bem como as ramificações deste crime.

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena- reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Na sequência, no §1º, inc. I, do art. 33 está o crime equiparado ao tráfico, relacionado à matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas; no inc. II o cultivo de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas, e o lugar de cultivo será expropriado pelo poder público. Outra equiparação ao crime de tráfico é a utilização de local ou bem de qualquer natureza utilizado para o tráfico ilícito de drogas, disposto no inciso III.

O uso compartilhado é encontrado no §3º do art. 33, e restará caracterizado pelo oferecimento eventual e sem fim lucrativo de droga, para o uso em conjunto e para pessoa com quem possui relacionamento. Sua pena será de detenção de 5 meses a 1 ano e multa de 700 a 1500 dias multa.

O tráfico privilegiado restará configurado quando o cenário der causa a diminuição da pena, portanto a exigência de que o réu seja primário, possua bons antecedentes, não seja membro do crime organizado, tampouco se dedique a atividades criminosas. A redução da poderá variar de 1/6 a 2/3, caso o réu possua os requisitos para tal.

O artigo 34 trata do uso de maquinário, aparelho, instrumento ou objetos destinados à preparação de drogas ilícitas. Caso os itens elencados no art. 34 sejam encontrados, estaremos

diante de um crime autônomo. Para Nucci, haverá crime em concurso material, somando-se as penas, caso forem encontradas drogas e os objetos utilizados para a produção.

A associação para o tráfico se dá, conforme o art. 35 da lei de drogas, quando dois ou mais agentes associarem-se para fim de prática, reiteradamente ou não, os crimes dos artigos 33, caput e parágrafo §1º e art. 34 desta lei.

Há crime equiparado ao tráfico, também, no financiamento e custeio do ato, porém há diferença nas condutas; quem financia, não possui poder de decisão sobre o que movimentação do tráfico, ele só entrega o dinheiro e aguarda o lucro do negócio; já a pessoa que custeia, ela entrega o dinheiro e ao contrário do financiador, esta possui poder de decisão.

Também são esses agentes os que recebem as maiores penas previstas na lei de drogas; a pena é de reclusão, de 08 a 20 anos, e pagamento de 1.500(mil e quinhentos) 4.000 (quatro mil) dias multa.

O colaborador do tráfico é outro crime equiparado ao tráfico, e está previsto no art. 37 desta lei, caracteriza-se pela imagem dos fogueteiros e aviõozinhos. Estes eram condenados como partícipes, porém não se tratavam de traficantes.

A prescrição ou ministração de drogas ilícitas e é única forma culposa que a lei admite, pois se tratará de tráfico quando a conduta for dolosa. Este crime está previsto no art. 38 e trata-se de crime próprio, tendo vista que só agentes da área de saúde podem praticar as duas condutas.

Conduzir embarcação ou aeronave tendo o condutor consumido drogas ilícitas, é crime equiparado ao tráfico, previsto no art.39 da lei de drogas. Exclui-se do tipo penal o veículo automotor, pois se enquadraria no Código Brasileiro de Trânsito, bem se exclui o álcool, pois se enquadraria nos artigos 33 e 34 do Decreto Lei 2088/41. Cabe apontar que segundo a pesquisa de campo, a totalidade da população carcerária feminina, cumpre pena pelo tráfico ilícito de entorpecentes.

2.2 AS MULHERES NO CÁRCERE EM CONSONÂNCIA COM A DROGADIÇÃO E A POSSIBILIDADE DE PERDA DO PODER FAMILIAR

Conforme dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o tráfico de drogas é a principal incriminação que leva ao encarceramento feminino (68%), acompanhado de furto (9%) e roubo (8%), e a maioria, mais precisamente 80% dessas mulheres encarceradas, são

mães. Piorando a situação, essas mulheres são a principal ou praticamente a única referência de cuidado para seus filhos.

Nessas circunstâncias, vimos o quão importante e de grande valia é a aplicação de políticas públicas e também o conhecimento das “Regras de Bangkok”, que são regras mínimas da ONU para o tratamento de mulheres presas. Estas regras foram aprovadas pelas Nações Unidas em outubro de 2010. As Normas de Bangkok trazem diversos dispositivos relacionados às mães no cárcere, citamos um deles que é a preocupação com a manutenção dos vínculos entre a mãe presa e seus filhos, prevendo que o local de detenção deve ser sempre aquele mais próximo à sua residência.

Na maioria das vezes quando uma mulher é presa por conta de drogas, o seu marido/parceiro já está preso também, e provavelmente essa encarcerada tem filhos, o que ocasiona uma dor imensa para ambas as partes. Desde 2016 vigora uma lei que determina que grávidas e mães com filhos até 12 anos incompletos, tenham a prisão provisória convertida em prisão domiciliar, mas sua aplicação ainda não foi adotada de forma ampla pelo Judiciário.

Dessa forma, essas crianças ficam sob cuidados de parentes ou são sujeitas a uma instituição de abrigamento, caso não haja parentes que as cuidem, correndo o risco de destituição do poder familiar. É sabido que o caminho da drogadição é uma das coisas mais tristes que leva a perdição de tudo, e dentro desta temática, começamos a falar sobre a destituição do poder familiar, que é uma medida que deve ser decretada apenas judicialmente, em procedimento contraditório, após ser constatada a impossibilidade de reintegração da criança ou do adolescente à sua família de origem.

Conforme disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA):

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Art. 24. A perda e a suspensão do ~~pátrio-poder~~ poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

O Código Civil de 2002, fala sobre extinção do poder familiar e perda do poder familiar por ato judicial, nos artigos 1.635 e 1.638 dispostos abaixo:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

- I - pela morte dos pais ou do filho;
- II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;
- III - pela maioridade;
- IV - pela adoção;
- V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

- I - castigar imoderadamente o filho;
- II - deixar o filho em abandono;
- III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
- IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente;
- V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção.

É de conhecimento de todos, que desfrutar de um sistema carcerário no Brasil é lastimável, mas estar lá não sabendo como seus filhos irão ficar aqui fora é extremamente doloroso e desesperador, as complicações psicológicas que isso acarreta nessas crianças e também nas mães é lamentável. Na sua doutrina Gonçalves trata sobre a perda ou destituição do poder familiar decorrente do que estabelece o artigo 1.638, inciso III, “praticar atos contrários à moral e aos bons costumes”, dizendo que:

[...] Visa o legislador evitar que o mau exemplo dos pais prejudique a formação moral dos infantes. O lar é uma escola onde se forma a personalidade dos filhos. Sendo eles facilmente influenciáveis, devem os pais manter uma postura digna e honrada, para que nela se amolde o caráter daqueles. A falta de pudor, a libertinagem, o sexo sem recato podem ter influência maléfica sobre o posicionamento futuro dos descendentes na sociedade, no tocante a tais questões, sendo muitas vezes a causa que leva as filhas menores a se entregarem à prostituição. Mas o dispositivo em tela tem uma amplitude maior, abrangendo o procedimento moral e social sob diversos aspectos. Assim, o alcoolismo, a vadiagem, a mendicância, o uso de substâncias entorpecentes, a prática da prostituição e muitas outras condutas antissociais se incluem na expressão “atos contrários à moral e aos bons costumes” (GONÇALVES, 2015). (Grifo nosso)

Nesse processo de destituição do poder familiar, é indispensável à citação da mãe ou do pai contra quem esta sendo proposta a ação, para que eles possam ter ciência e oportunidade para se manifestar sobre a situação. Com relação à determinação da destituição do poder familiar apenas considerando o fato da mãe estar presa, apesar de haver previsão normativa coibindo a decisão apenas com base na condenação criminal do pai ou da mãe, como disposto no artigo 23, §2º do ECA:

§2º A condenação criminal do pai ou da mãe não implicará a destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação por crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra o próprio filho ou filha.

Mesmo assim, muitos juízes proferem sentenças baseados única e exclusivamente

nesta situação, conforme podemos perceber a partir da ementa de decisão reformada abaixo citada:

Apelação Cível. Ação de Destituição do Poder Familiar. Mãe presa e pai desaparecido. Inicial que imputa à mãe a condição de incapaz para o exercício da maternidade, sem descrever um fato concreto salvo a própria prisão, por causas não especificadas. Crianças em clara situação de vulnerabilidade e vítimas de maus tratos, na casa de parentes, após a prisão da mãe, requisitada para audiência onde foi citada no mesmo instante em que oferecida contestação pela Defensoria Pública. 1- A ação de destituição do poder familiar deve ser julgada a partir dos fatos narrados na inicial, que devem ser suficientemente precisos a ponto de permitir o pleno exercício do direito de defesa. 2- Além de não prevista em lei, a perda do Poder Familiar do preso, pelo só fato da prisão, sem informações do tipo violado, afronta o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 3- Tampouco é lícito subtrair-lhe a condição de pai ou mãe a partir da constatação do estado de abandono de seus filhos, se por este não pode ser responsabilizado. 4- Recurso provido para se julgar improcedente o pedido. (TJ-RJ - APL: 00417228420118190014 RJ 0041722-84.2011.8.19.0014, Relator: DES. EDUARDO GUSMAO ALVES DE BRITO NETO, Data de Julgamento: 14/05/2013, DÉCIMA SEXTA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 05/12/2013 19:26).

Se realmente constatado, que em nenhuma hipótese tenha condições dos filhos estarem ou voltarem para o convívio do seio familiar, o melhor para essas crianças será ter a destituição desse poder familiar, para que então possam encontrar um lar de verdade.

Em consonância com a pesquisa realizada e para termos um melhor entendimento sobre perda do poder familiar, realizamos uma entrevista com a assistente social do Presídio Regional de Bagé Ana Timm Velasques, foi perguntado se tinha conhecimento sobre destituição do poder familiar no Município de Bagé nas condições de drogadição e tráfico, e relatou que sim, mas é um número ínfimo, no PRB há somente um caso de perda do poder familiar, no entanto acontece com as mães que são usuárias e não somente traficantes. Posteriormente foi questionado se há algo que possa ser feito com o escopo de amenizar a atual situação da mulher grávida ou com filho no âmbito presidiário e nos foi respondido que pelo fato de as mães não ficarem com seus filhos no presídio, não há muito que fazer, todavia o que pode ser feito é a aplicação de Políticas Públicas específicas para os filhos das detentas. O que ocorre é que a criança cresce indo visitar a mãe, todos os finais de semana, e acabam pensando que o que a mãe faz é normal. *“eles visitam as mães todos os finais de semana, ao invés de irem à praça, tudo o que eles conhecem é o tráfico, e quando crescem tornam-se nossos clientes”*, palavras da agente penitenciária Jacqueline Prazeres Cougo.

Em análise ao habeas corpus que, fora concedido a Adriana Ancelmo para que pudesse cuidar de seu filho de 12 anos, também foi estendido a todas as detentas mães, porém isso não

acontece na mesma proporção. Este remédio é ministrado por um curto espaço de tempo. Trata-se de uma clara diferenciação de classe social.

Foi também tratado, o fato de que a pena não passa para terceiros, mas como evidenciado na pesquisa, ela passa; e passa para os filhos das mães que dão à luz dentro das dependências carcerárias, pois ficam até certo tempo junto com suas mães nas celas devido ao fato de que não há condições necessárias para que as crianças fiquem nos presídios. E com isso o melhor interesse da criança não é garantido.

2.3 A INOBSERVÂNCIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PELO ESTADO E SEUS REFLEXOS CIVIS

Quando se fala em direitos humanos, depreende-se que tais direitos são essenciais para uma vida digna, e que independentemente de cor, classe, condição social, todos devem ter esses direitos respeitados.

Contudo, apesar dos históricos progressos desses direitos, estes positivados na Constituição Federal (CF) de 1988, são indubitáveis o preconceito e a ignorância deliberada pelo Estado e sociedade, quando se insere o rol dessas garantias aos que se encontram, privados de sua liberdade. Estes seres humanos, embora restringidos de sua liberdade, devem ter os direitos compatíveis com sua condição respeitados, e que se o condenado não for ressocializado, no momento em que retornar à sociedade continuará a delinquir tornando a sociedade mais insegura e violenta. A ressocialização, bem como o respeito aos direitos do preso, interessa a toda a coletividade, visto que todos perdem com o crime.

Neste contexto, abordar-se-á a possibilidade de a mulher presa por envolvimento com tráfico de drogas (transportar, vender, guardar, etc.), que esteja grávida ou tenha filho com capacidade civil incompleta, possa pleitear reparação civil para si ou para seu filho (a), desde que, ocorra ofensa a seus direitos com danos materiais ou morais a eles enquanto sob custódia do Estado.

Mas, que direitos estamos falando que podem levar uma detenta, grávida ou com rebento, por envolvimento com o tráfico pleiteie uma indenização civil?

Dentre todos os direitos fundamentais elencados na Constituição, merece destaque o mais amplo e o mais importante deles: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o qual, segundo Sarlet (2012, p.62) é entendido como:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Além do princípio da Dignidade da Pessoa Humana podemos elencar outros princípios, também importantes segundo a CF e normas infraconstitucionais, que garantem o respeito ao indivíduo encarcerado, as quais aduzem o seguinte:

Art. 5º [...]

XLI- a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLVIII- a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

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.

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;

Lei de Execução Penal (LEP)

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.

Os princípios da Não Discriminação, Intranscendência da Pena, Integridade Física e Moral, como também direitos infraconstitucionais de dignidade carcerária, ambiente salubre adaptado para detenta e filho(s) respectivamente, corroboram para a tentativa de ressocializar e amenizar o trauma da maternidade dentro do cárcere.

Ressalta-se, ainda, que o Brasil é signatário de inúmeros documentos internacionais que resguardam os direitos dos indivíduos colocados sob a custódia do Estado, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, os Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas, a Convenção das Nações Unidas contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros (Regras de Mandela) e as Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras (Regras de Bangkok).

Apesar disso, passados tantos anos da sua edição, tanto a Constituição quanto a LEP são reiteradamente desrespeitadas pelas autoridades responsáveis pelo sistema prisional, é o que demonstra o estudo que está sendo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). De 18 de janeiro a 23 de fevereiro de 2018, uma equipe designada pela ministra Cármen Lúcia, presidente do órgão, visitou 22 estabelecimentos penais, em 15 estados e no Distrito Federal, verificando o tratamento dado aos bebês, às gestantes e às lactantes. A dificuldade no acesso à saúde da mãe e da criança foi constatada em todos os presídios femininos visitados. Na maioria dos locais visitados, constatou-se não haver ginecologistas ou obstetras acessíveis para o atendimento pré-natal das grávidas, nem pediatras disponíveis para os recém-nascidos que vivem nas cadeias brasileiras. Em algumas unidades foram encontradas, por exemplo, crianças com vacinação atrasada.

Atualmente, no que se refere à responsabilidade civil do Estado, ela é objetiva, decorre da imposição da lei. Está prevista no artigo 37, §6º, da CF e nos diz que "as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa". Entendimento reforçado pelo artigo 43 do Código Civil (CC): "as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo".

Desse modo, extrai-se do artigo 37, §6º, da CF e do artigo 43 do CC, que a responsabilidade estatal é objetiva na modalidade do risco administrativo, razão pela qual a culpa exclusiva da vítima e a força maior excluem o dever de indenizar. Mazza (2014) cita,

por exemplo, o preso assassinado na cadeia por outros detentos durante rebelião gera dever de o Estado indenizar a família. Entretanto, se a morte teve causas naturais (força maior) ou foi proveniente de suicídio (culpa exclusiva da vítima), não há dever de indenizar.

O aludido autor também diz que os danos causados por omissão do Estado submetem-se à teoria subjetiva, ou seja, há a necessidade de se comprovar a culpa estatal gerada por dolo ou culpa com a comprovação de que serviço não foi prestado ou foi prestado de forma ineficiente ou atrasada. Entretanto, 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.

Nas palavras de Di Pietro (2014, p. 728-729) deve-se verificar o que seria razoável exigir do Estado para que o dano fosse impedido, a autora expõe o seguinte entendimento:

Por outras palavras, enquanto no caso de atos comissivos a responsabilidade incide nas hipóteses de atos lícitos ou ilícitos, a omissão tem que ser ilícita para acarretar a responsabilidade do Estado. Por essa razão, acolhemos a lição daqueles que aceitam a tese da responsabilidade subjetiva nos casos de omissão do Poder Público. Com Celso Antônio Bandeira de Mello (2008:996), entendemos que, nessa hipótese, existe uma presunção de culpa do Poder Público. O lesado não precisa fazer a prova de que existiu a culpa ou o dolo. Ao Estado é que cabe demonstrar que agiu com diligência, que utilizou os meios adequados e disponíveis, e que se não agiu, é porque a sua atuação estaria acima do que seria razoável exigir; se fizer essa demonstração, não incidirá responsabilidade.

O doutrinador Mazza (2014, p.396) também expõe que:

[...] deve ser observada a inversão no ônus da prova relativa à culpa ou dolo, presumindo-se a responsabilidade estatal nas omissões ensejadoras de comprovado prejuízo ao particular, de modo a restar ao Estado, para afastar tal presunção, realizar a comprovação de que não agiu com culpa ou dolo.

Caso de grande repercussão que vem ao encontro do exposto aconteceu em 2011 no estado de São Paulo (SP), processo nº (0039692-16.2017.8.26.0000). A Justiça condenou o estado de SP a pagar indenização de R\$ 50 mil a uma ex-presidiária obrigada a dar à luz algemada, no Hospital Estadual de Caieiras, na Grande São Paulo.

A decisão judicial foi concedida no final de julho de 2014 em ação por dano moral proposta pela Defensoria Pública. Segundo a defesa, a mulher, que não quer se identificar, foi amarrada pelos pés e mãos antes, durante e após o parto. Ainda de acordo com a defesa, ela passou por contrações amarrada, o que dificultou o nascimento do bebê, a ação também questiona o fato dela não poder ter sido acompanhada por um familiar, que também é previsto em lei. O juiz responsável, Fausto José Martins Seabra diz que, são "inegáveis as sensações

negativas de humilhação, aflição e desconforto, entre outras, a que foi submetida à autora diante da cruel, desumana e degradante manutenção de algemas durante o seu trabalho de parto". Este processo ainda tramita no Tribunal de Justiça de SP.

Diante do exposto, um ponto bastante interessante dessa problemática, caso seja necessário à busca de uma tutela jurisdicional, é a quem incumbe o ônus da prova, pois é através desta que os fatos alegados são extraídos do campo dos acontecimentos e trazidos ao processo, a fim de que seja possível a reconstrução e reprodução dessas alegações e tem como finalidade conferir certeza às afirmações formuladas pelas partes.

Para Paulo Rangel (2011), o Direito Penal e Processual Penal, a presunção de inocência (ou de não culpabilidade) e o princípio do *in dubio pro reo*, são basilares no tocante ao ônus da prova. O princípio da presunção de inocência é trazido pelo inciso LVII do artigo 5º da CF e aduz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, já a incidência do princípio do *in dubio pro reo*, também conhecido como favor rei, informa que em caso de dúvida, deve o magistrado aplicar a solução que mais beneficie o réu. Umbilicalmente ligado à presunção de inocência, voltando-se ao direito probatório, esse princípio informa que se do material probatório restar alguma dúvida, essa dúvida deve sempre beneficiar o réu. O poder-dever punitivo pertence ao Estado, este através do MP, titular da ação penal, alega seu direito constitutivo (punir). Assim, fica claro o ônus da prova no processo penal é da acusação, não podendo ser imputado qualquer ônus ao réu.

Rangel (2011, p. 49) assume o seguinte entendimento quando discorre acerca do ônus da prova:

[...] a visão correta que se deve dar à regra constitucional do art. 5º, LVII, refere-se ao ônus da prova. Pensamos que, à luz do sistema acusatório, bem como do princípio da ampla defesa, inseridos no texto constitucional, não é o réu que tem que provar sua inocência, mas sim o Estado-administração (Ministério Público) que tem que provar a sua culpa. A regra inserta na Carta Política (art. 5º, LVII) inverte, totalmente, o ônus da prova para o Ministério Público. Hoje, não é mais o réu que tem que provar o álibi alegado; é o Ministério Público que tem que provar a inexistência deste álibi. [...]. Assim, sejam as causas de exclusão da ilicitude, de culpabilidade ou extinção da punibilidade, bem como os elementos subjetivos do tipo (dolo ou culpa), o ônus de provar ou não sua existência é do Ministério Público.

No Código de Processo Civil (CPC) o ônus incumbe quem alega que seu direito foi maculado, distribuindo o ônus da prova de acordo com a natureza da alegação de fato a provar, pois ao autor cumpre provar a alegação que concerne ao fato constitutivo do direito por ele afirmado (art. 373, I, CPC); ao réu, a alegação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito afirmado pelo autor (art. 373, II, CPC).

E como ficaria o ônus da prova quanto aos casos de responsabilidade do Estado?

A CF em seu art. 37, §6º, como supramencionado, deixa claro que o Estado responde objetivamente por danos causados a terceiros, ressalvado direito regressivo contra o agente que agiu com culpa ou dolo, também na omissão Estatal deve este se desincumbir do ônus da prova demonstrando que não agiu de forma omissa, destarte aponta-se que há uma presunção de culpa do poder público. O lesado não precisa fazer a prova de que existiu a culpa ou dolo. Cabe ao ente público a demonstração de que agiu com diligência, que utilizou os meios adequados e disponíveis e que, se não agiu, é porque a sua atuação estaria acima do que seria razoável exigir; se fizer esta demonstração, não incidirá a responsabilidade.

Hodiernamente observa-se, presencia-se e constata-se, através de estudos do próprio Estado inclusive, a atual situação carcerária no Brasil no que tange às futuras ou atuais mães encarceradas. O impacto a esses filhos do cárcere é de difícil avaliação, porém certos são seus efeitos.

Wacquant (2004, p.221) analisa a transcendência da pena da seguinte forma, verbis:

[...] o impacto danoso do encarceramento não age apenas sobre o detento, mas também, e de modo mais insidioso e injusto, sobre sua família: deterioração da situação financeira, desagregação das relações de amizade e de vizinhança, enfraquecimento dos vínculos afetivos, distúrbios na escolaridade dos filhos e perturbações psicológicas graves decorrentes do sentimento de exclusão aumentam o fardo penal.

É de incontestável certeza que o transgressor do ordenamento posto, não deve passar incólume após transgredi-lo, e que é o Estado o detentor do poder-dever de punir, porém deve garantir o mínimo de dignidade à pessoa humana sob sua tutela e quando não prestar a devida tutela ou se prestar de forma insuficiente deve arcar com sua ineficiência.

O Estado não pode se eximir de suas obrigações, devendo ressarcir os prejudicados, se responsabilizando por atos comissivos ou omissivos de sua parte que lesem seus administrados, o administrado deve demonstrar que sofreu o dano, sem atuação de força maior e sem sua culpa exclusiva para pleitear indenização cível por atos praticados por parte do Estado, porém este provando que agiu com diligência, utilizando os meios adequados e que não havia outro modo de agir não há como incidir responsabilidade de reparar o dano alegado pelo administrado.

2.4 CONVERSÃO DA PRISÃO PREVENTIVA EM PRISÃO DOMICILIAR, ATRAVÉS DO HABEAS CORPUS 143641

Em se tratando de apenadas, em sua grande maioria, muitas envolveram-se com tráfico de drogas, em função dos maridos ou companheiros, submetendo-se a traficar e inclusive tentar adentrar as dependências de penitenciárias para entregar droga ao companheiro detido. Por vezes essas relações perduram mesmo dentro de penitenciárias, ocasionando o grande de número de presas gestantes, além das detentas mães de crianças menores.

Considerando esses casos, no dia 20 de fevereiro de 2018, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, conceder Habeas Corpus nº 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, que se encontravam presas provisoriamente sem condenação, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

Para o Coletivo de Advogados em Direitos Humanos, impetrante do habeas corpus, a prisão preventiva, ao confinar mulheres grávidas em estabelecimentos prisionais precários, tira delas o acesso a programas de saúde pré-natal, assistência regular na gestação e no pós-parto, e ainda priva as crianças de condições adequadas ao seu desenvolvimento, constituindo-se em tratamento desumano, cruel e degradante, que infringe os postulados constitucionais relacionados à individualização da pena, à vedação de penas cruéis e, ainda, ao respeito à integridade física e moral da presa.

Inicialmente, os ministros da Segunda Turma discutiram o cabimento do Habeas Corpus Coletivo (HC coletivo). Para o Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, o Habeas Corpus, como foi apresentado, na dimensão coletiva, é cabível. Segundo ele, trata-se da única solução viável para garantir acesso à Justiça de grupos sociais mais vulneráveis. De acordo com o ministro, o habeas corpus coletivo deve ser aceito, principalmente, porque tem por objetivo salvaguardar um dos mais preciosos bens do ser humano, que é a liberdade.

Já o Ministro Dias Toffoli citou, entre outros argumentos, os incisos LXVIII, LXIX e LXX do artigo 5º da Constituição Federal, que afirmam o cabimento de mandado de segurança quando não couber habeas corpus. Assim como o MS pode ser coletivo, ele entende que o HC também pode ter esse caráter. Contudo, o ministro conheceu em parte do

HC, por entender que não se pode dar trâmite a impetrações contra decisões de primeiras e segundas instâncias, só devendo analisar os pleitos que já passaram pelo STJ. Nos demais casos, contudo, o STF pode conceder ordens de ofício, se assim o entender, explicou o ministro.

Para o Ministro Gilmar Mendes, do ponto de vista constitucional, é preciso ser bastante compreensivo no tocante à construção do HC como instrumento processual. O habeas, segundo o ministro, é a garantia básica que deu origem a todo o manancial do processo constitucional. O caso em julgamento, frisou, é bastante singularizado e necessita de coletivização.

O Ministro Celso de Mello defendeu que se devem aceitar adequações a novas exigências e necessidades resultantes dos processos sociais econômicos e políticos, de modo a viabilizar a adaptação do corpo da Constituição a nova conformação surgida em dado momento histórico.

O presidente da Turma, Ministro Edson Fachin, concordou com os argumentos apresentados pelos demais Ministros quanto à elasticidade da compreensão que permite a impetração de habeas corpus coletivo. Contudo, acompanhou o Ministro Dias Toffoli quanto à abrangência do conhecimento, que não atinge decisões de primeira e segunda instância.

A situação degradante dos presídios brasileiros, de fato há uma grande deficiência estrutural, com que mães e crianças sofram com situações degradantes, privadas de cuidados médicos. Importante ressaltar que a Constituição Federal determina, conforme disposto no artigo 5º, inciso XLV, que diz que nenhuma pena passará para terceiro, o que vem acontecendo em muitos casos, já que a pena da mãe passa para os filhos que nascem e permanecem enclausurados no ambiente hostil de uma prisão, demonstrando descumprimento sistemático de normas constitucionais quanto ao direito das presas e seus filhos, como uma ofensa primordial ao princípio da dignidade humana e dos direitos das crianças e adolescentes.

A corroborar com o tema, impende salientar a Lei 13.257/2016 – Estatuto da Primeira Infância, que trouxe aspectos práticos à custódia cautelar de gestante e da mãe encarcerada, autorizando o juiz a converter a prisão preventiva em domiciliar quando a mulher estiver grávida ou quando for mãe de filho de até 12 anos incompletos. Esse tema causou grande repercussão, especialmente quando Adriana Anselmo, esposa do ex-governador do Estado do Rio de Janeiro, Sergio Cabral, recebeu o referido Habeas Corpus por ter filhos menores de 12

anos, enquanto várias outras mulheres estavam na mesma situação e não gozaram do mesmo direito.

Inclusive no Estado de São Paulo na véspera do julgamento no STF uma mulher entrou em trabalho de parto na cela da delegacia de polícia onde havia estado presa e após o parto do hospital retornou a delegacia, sendo deixada com o filho recém-nascido em um colchão em situação degradante e desumana.

Segundo o Departamento Nacional Penitenciário, somente 34% dos estabelecimentos penitenciários dispõem de cela adequada para gestantes, 32% de berçários e 5% de creches, esses dados foram enviados ao relator do caso no STF, Ministro Ricardo Lewandowski.

Um dos itens levados em conta para conceder Habeas Corpus foi o impacto que o cárcere causa na criança e em suas mães, pois a criança que mora em um presídio não tem uma vida regular. Esse habeas corpus foi considerado a única forma de acesso à justiça para muitas presas, principalmente as de camadas sociais mais baixas.

No que se refere à mulher com filho menor de até 12 anos de idade incompletos, o atual inciso V foi introduzido no artigo 318 do CPP pela lei 13.257/16, que dispõe sobre políticas públicas para a primeira infância. A proteção recai especificamente sobre quem seja filho de mulher presa preventivamente, sendo que tais requisitos específicos não são exigidos no dispositivo contraposto. É imprescindível que por ocasião da custódia cautelar o filho se encontre sob os cuidados e responsabilidade de sua genitora presa, se estiver sob os cuidados de outra pessoa, como invariavelmente ocorre, não há sentido lógico em conceder a substituição benéfica, porquanto ausente o fundamento ético que animou o legislador ao tratar das políticas públicas protetivas da primeira infância.

A regra jurídica não visa estimular a procriação a ponto de permitir a utilização da prole como salvo-conduto contra o encarceramento preventivo. A elaboração da matriz normativa está permeada de evidente e indissociável fundamento ético, que não pode e não deve ser desconsiderado em hipótese alguma.

3 METODOLOGIA

A pesquisa realizada se valeu do método dedutivo e dialético, e os principais procedimentos adotados foram o bibliográfico, a partir de consultas em obras jurídicas. Por fim, as fontes da pesquisa se traduzem em consultas a livros jurídicos, estatutos, leis, sites de

internet e também, de entrevista com a assistente social e agente penitenciária do Presídio Regional de Bagé, Ana Timm Velasques e Jacqueline Prazeres Cougo, respectivamente.

4 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Com base no referencial teórico desenvolvido, o objetivo da pesquisa foi analisar a, um tanto quanto subjetiva e controversa, Lei de Drogas nº 11.343 de 23 de agosto de 2006, sob quatro diferentes títulos do ordenamento jurídico brasileiro: direito penal, direito processual penal, direito civil e direito processual civil. Por certo, estes diferentes temas, geraram diferentes pontos, os quais guiaram a pesquisa até a sua finalização. Trazendo os aspectos civis, penais e processuais sobre o assunto abordado, bem como, com a possibilidade de perda do poder familiar.

Analisando jurídica e jurisprudencialmente a lei de drogas, que resultou na exposição de seus crimes e suas penas, sendo possível destacar os pontos mais importantes da lei, bem como o modo em que são discutidos pelos tribunais. Na análise jurídica, foi possível, através do estudo, diferenciar quem são os protagonistas deste cenário que, assola as cidades brasileiras, bem como diferenciá-los com base nos diferentes tipos penais da lei.

Na análise jurisprudencial, foi possível expor e conhecer o modo como estão sendo julgados os pontos destacados como importantes no estudo, facilitando a afirmação categórica de que, conforme o se dará o comportamento dos tribunais, se dará a evolução da, um tanto quanto subjetiva e controversa, lei de drogas.

A relação Mãe-Filho, considerando as condições oferecidas pelo sistema carcerário brasileiro, como segundo ponto, revelou a falência deste sistema, bem como apontou a consequência da inserção no mundo do tráfico ilícito de entorpecentes, que é a perda do poder familiar, ainda que em número ínfimo, porém existente.

Discutiu-se também, a dignidade da pessoa humana direcionada a mãe, também a possibilidade de indenização pelos danos causados pelo sistema carcerário, bem como a responsabilidade objetiva do Estado. A dignidade é a qualidade intrínseca a toda pessoa, não sendo possível sua valoração, devendo, portanto ser respeitada, porém, no transcorrer da pesquisa foi possível verificar que esta não é respeitada pelo Estado, embora haja dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.

A discussão a respeito da indenização provou que é possível a indenização por danos materiais e morais à detenta, porém há um “porém”, a indenização que é devida aos detentos,

pelos danos sofridos relacionados à ineficiência carcerária, deve observar o efeito do possível, mas não é assunto para o artigo.

A responsabilidade objetiva do Estado já foi discutida em juízo, no estado de São Paulo e em outros entes federados, caso em que uma detenta teve de dar à luz algemada pelas mãos e pés, o estado foi condenado ao pagamento de indenização à detenta. Diante Ficou comprovado que, pela irresponsabilidade objetiva do Estado, o ato de gestar, parir e criar — um exercício divino da natureza humana resta prejudicado diante do cenário atual.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo do tema, bem como a pesquisa de campo, provou a falência do sistema carcerário, a respeito das condições para as mães presas terem seus filhos, também restou comprovado que, por falta dessas condições, a gestação resta dificultada, devido à ineficiência do estado.

Outro fato de importância extrema, que também foi revelado pela pesquisa de campo, é de que não há uma única política pública, que seja direcionada ao filho desta mãe, e que por falta desta política, a criança depois que cresce põe em prática tudo aquilo que seus olhos, privados doutra realidade, acostumaram-se a ver, até que experimentem a mesma situação de sua genitora. Continuando neste segundo ponto, é oportuno mencionar que 99% das detentas, cumpre pena pelo tráfico de drogas, porém apenas uma perdeu o poder familiar, pois se somou ao tráfico, o uso de drogas.

Foi possível comprovar através da realização do estudo e da pesquisa de campo, que há um descaso do Estado para com a população carcerária feminina que são ou serão mães, que quase a totalidade das detentas bageenses cumprem pena pelo tráfico e drogas, também que não há políticas públicas para que os filhos das detentas não se tornem detentos pelo mesmo crime da mãe, e por fim que há uma diferenciação na hora de ser concedido o habeas corpus as detentas mães.

Por fim, ficou comprovado que o Estado possui uma irresponsabilidade objetiva no cenário em que se encontram as detentas mães, por não constituir políticas públicas para essas crianças, por não prover condições mínimas para que tenham seus filhos e após possam cumprir suas penas, tudo o que não se quer é que as pessoas saiam impunes dos crimes que

cometeram, mas que suas penas sejam cumpridas com dignidade, e que possam se recuperar e não voltarem a fazer parte do mundo do tráfico ilícito de entorpecentes.

REFERÊNCIAS

COUGO, Jacqueline Prazeres; VELASQUES, Ana Timm: **depoimento** [ago. 2018]. Entrevistadores: Jéssica F. Ferreira e Renan da Silva Domingues. Bagé: Presídio Regional de Bagé, 2018. Entrevista concedida ao Projeto de Aperfeiçoamento Teórico e Prático do Instituto de Desenvolvimento Educacional de Bagé. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/17WOpgUgtojLZoGTF53Nb0WH4br06WlLc/view?usp=sharing>>

BANDEIRA, Regina. **Presídios femininos e o descaso com saúde e alimentação de grávidas e crianças**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86269-presidios-femininos-o-descaso-com-saude-e-alimentacao-de-gravidas-e-criancas>. Acesso em: 5 set. 2018

DIAS, MARIA BERENICE. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. 5: direito de família. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume 6: direito de família. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIMA, Raquel da Cruz. **Mulheres e tráfico de drogas: Uma sentença tripla – parte I**. Disponível em: <<http://ittc.org.br/mulheres-e-traffic-de-drogas-uma-sentenca-tripla-parte-i/>>. Acesso em: 04 set. 2018.

MAIA, Gustavo. **Em Habeas Corpus coletivo, STF concede prisão domiciliar a mulheres grávidas e mães presas**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>> Acesso em: 30 ago. 2018.

MAZZA, Alexandre. **Direito Administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Comentadas**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.



INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO
EDUCACIONAL DE BAGÉ LTDA.
FACULDADE IDEAU DE BAGÉ



RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. ed. rev., ampl e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

WACQUANT, Loïc. **A aberração carcerária à moda francesa**. Dados, v. 47, n. 2, 2004.