



**CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO:
MESTRADO PROFISSIONAL EM
DIREITOS SOCIAIS E PROCESSOS REIVINDICATÓRIOS**

FLÁVIA DIAS CHALITA TEIXEIRA

MATERNIDADE NO CARCÉRE E OS ÓRFÃOS DA LIBERDADE -

A realidade do Distrito Federal, a partir da decisão do STF em sede de *Habeas Corpus* coletivo.

Brasília

2020

FLÁVIA CHALITA

MATERNIDADE NO CARCÉRE E OS ÓRFÃOS DA LIBERDADE -

A realidade do Distrito Federal, a partir da decisão do STF em sede de *Habeas Corpus* coletivo.

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* - Mestrado Profissional em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios, área de concentração Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios, pelo Centro Universitário IESB.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Any Ávila Assunção

Brasília

2020

FLÁVIA CHALITA

MATERNIDADE NO CARCÉRE E OS ÓRFÃOS DA LIBERDADE -

A realidade do Distrito Federal, a partir da decisão do STF em sede de *Habeas Corpus* coletivo.

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* - Mestrado Profissional em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios, área de concentração Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios, pelo Centro Universitário IESB.

Brasília, _____ de _____ de 2020.

Banca examinadora:

Prof. Dra. Any Ávila Assunção - Orientadora
Prof. Titular do Programa de Mestrado
Profissional em Direitos Sociais do IESB

Ministro Douglas Alencar Rodrigues
Prof. Titular do Programa de Mestrado
Profissional em Direitos Sociais do IESB

Prof. Dr. Diogo Palau Flores dos Santos
Prof. Titular do Programa de Mestrado
Profissional em Direitos Sociais do IESB

Prof. Dr. Luciano Loiola da Silva
Prof. Titular do Programa de Mestrado do ISCP

A meu marido, Newton Teixeira, que esteve comigo durante todo o percurso desse mestrado, me ajudando, torcendo pelo meu sucesso! Te amo!

A minha filha, Luísa, que faz meus dias ficarem sempre mais felizes, te amo filha!

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Professora Dra. Any Ávila, minha orientadora, por servir como guia para os meus estudos e reflexões sobre a matéria, e por ter desempenhado o seu mister com singular eficiência e competência durante todo o período de preparo desta dissertação, e por dividir sua vasta sabedoria comigo.

Ao corpo docente dessa Instituição, altamente preparado, que contribuiu vastamente para enriquecer meus conhecimentos.

Aos colegas de mestrado, pela convivência e amizade.

Em especial, aos professores Ministro Douglas Alencar, Ministro Néfi Cordeiro e Professor Dr. Diogo Palau, por terem aceito o convite de avaliar este trabalho e para o qual teceram contribuições importantes, que o enriqueceram.

A todos, o meu agradecimento!

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 01 - Dados Étnico-Raciais da Mulheres Encarceradas

Gráfico 02 - Evolução quanto ao Encarceramento de Mulheres das Mulheres Encarceradas nos EUA, China, Rússia, Tailândia e Brasil

LISTA DE FIGURAS

- Figura 01** - Representação Pictórica do Cenário Empírico;
- Figura 02** - Diagrama da Metodologia Científica desta Pesquisa;
- Figura 03** - Faixa Etária das Mulheres Encarceradas no Brasil
- Figura 04** - Dados Étnico-Raciais da Mulheres Encarceradas
- Figura 05** - Escolaridade das Mulheres Encarceradas no Brasil
- Figura 06** - Distribuição quanto aos Crimes Tentados/Consumados entre os Registros das Mulheres Privadas de Liberdade, por Tipo Penal
- Figura 07** - Estado Civil das Mulheres Encarceradas no Brasil.
- Figura 08** - Número de Filhos das Mulheres das Mulheres Encarceradas no Brasil.
- Figura 09** - Distribuição/Número de Estabelecimentos Penais de Acordo com o Gênero
- Figura 10** - Mapeamento de Mulheres Encarceradas Durante Período de Gestação e/ou Lactação
- Figura 11** - Número de Mulheres Sem Condenação, Sentenciadas e com Medidas de Segurança
- Figura 13** - Estado Civil das Mulheres Presas na Penitenciária Feminina do Distrito Federal – PFDF
- Figura 14** - Religião das detentas na Penitenciária Feminina do Distrito Federal - PFDF
- Figura 15** - Escolaridade completo das detentas na Penitenciária Feminina do Distrito Federal – PFDF
- Figura 16** - Escolaridade incompleto das detentas na Penitenciária Feminina do Distrito Federal – PFDF
- Figura 17** - Regime prisional das detentas na Penitenciária Feminina do Distrito Federal – PFDF
- Figura 18** - Idade das detentas na Penitenciária Feminina do Distrito Federal – PFDF
- Figura 19** - Tempo de condenação das detentas na Penitenciária Feminina do Distrito Federal – PFDF

LISTA DE QUADROS

Quadro 01 - Mulheres Gestantes e Lactantes Privadas de Liberdade, por Unidade da Federação;

Quadro 02 - Estabelecimentos Penais que possuem Berçário e/ou Centro de Referência Materno-Infantil, por Unidade da Federação

Quadro 03 - Flagrante de Visitantes/ Mulheres com Entorpecentes em 2018

Quadro 04 - Flagrante de Visitantes/Mulheres com Entorpecentes em 2019

LISTA DE ABREVIATURAS

ACP – Ação Civil Pública

ADPF - Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AgR – Agravo Regimental

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF/88 - Constituição Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CNCP - Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

DEPEN – Departamento Penitenciário

DJE – Diário Justiça Eletrônico

ECA – Estatuto da Criança e Adolescente

FONINJ – Fórum Nacional da Infância e da Juventude

HC - Habeas Corpus

INFOPEN – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias

INFOPEN MULHERES – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Mulheres

LEP – Lei de Execução Penal

MP – Ministério Público

NAC - Núcleo de Audiência de Custódia

ONU – Organizações das Nações Unidas

PCDF – Polícia Civil do Distrito Federal

PFDF – Penitenciária Feminina do Distrito Federal

RISTF – regimento Interno do Supremo Tribunal

STF – Supremo Tribunal de Justiça

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJDF – Tribunal de Justiça do Distrito Federal

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina

UNICEF – Fundo das Nações Unidas para a Infância

RESUMO

O presente estudo tem por escopo analisar a situação das mulheres presas do DF, gestantes e mães de filhos recém-nascidos, notadamente diante da perspectiva dos princípios da individualização da pena e da preservação do melhor interesse da criança, a qual, em condições de privação de liberdade, acaba por suportar os efeitos deletérios da prisão cominada a suas genitoras. Para tanto, o trabalho parte de uma inovação jurisprudencial, qual seja, o *habeas corpus* coletivo, aplicável a determinados grupos ou categorias mais vulneráveis, mais especificamente às mulheres gestantes e mães de filhos menores, como solução viável a garantir a liberdade, principalmente das crianças que, por via reflexa, acabam também cumprindo a expiação destinada às suas mães. Denota-se que a consolidação do Poder Judiciário no Brasil se deu com maior intensidade após o advento da Constituição Federal (“CF”) de 1988. Nesse sentido, tem-se que a Carta Magna permitiu a massificação de acesso à justiça, o que resultou em uma nova necessidade para o judiciário brasileiro: dar respostas mais céleres aos conflitos. Contudo, o Poder Judiciário atualmente enfrenta um cenário de grande dificuldade para a resolução das demandas, notadamente as coletivas, como também uma verdadeira crise no acesso à justiça. Dessa forma, diante da sua relevância, o *Habeas Corpus* Coletivo nasceu de uma verdadeira preocupação com a efetividade da liberdade de locomoção de determinados grupos, visando assegurar uma correta prestação jurisdicional, de modo a tentar administrar essa nova realidade do Judiciário: tornar a prestação da tutela jurisdicional mais previsível, mais isonômica, mais rápida e eficaz. A mencionada efetividade jurisdicional foi coroada com o advento do julgamento do HC 143641/SP, no qual restou assegurada a substituição da prisão preventiva por domiciliar, em todo território nacional, das mulheres gestantes ou mães de crianças com até 12 anos ou de pessoas com deficiência, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal. Assim, esta pesquisa apresenta as questões afetas ao *Habeas Corpus* Coletivo, bem como a incidência dessa inovação jurisprudencial às demandas de cunho coletivo, como também o entendimento doutrinário a respeito do tema.

Palavras chaves: Mulheres Grávidas Presas; Mães Encarceradas; *Habeas Corpus* Coletivo

ABSTRACT

The present study aims to analyze the situation of women imprisoned in the Federal District, pregnant women and mothers of newborn children, notably in view of the perspective of the principles of individualization of the penalty and the preservation of the child's best interest, which, in conditions of deprivation of freedom, ends up enduring the deleterious effects of the prison imposed on his parents. Therefore, the work starts from a jurisprudential innovation, namely, the collective habeas corpus, applicable to certain groups or categories that are more vulnerable, more specifically to pregnant women and mothers of minor children, as a viable solution to guarantee freedom, especially for children. who, reflexively, also end up fulfilling the atonement for their mothers. It is noted that the consolidation of the Judiciary in Brazil took place with greater intensity after the advent of the Federal Constitution ("CF") of 1988. In this sense, it is clear that the Magna Carta allowed the widespread access to justice, which resulted in a new need for the Brazilian judiciary: to provide faster responses to conflicts. However, the Judiciary currently faces a scenario of great difficulty in resolving demands, notably collective ones, as well as a real crisis in access to justice. Thus, in view of its relevance, Habeas Corpus Coletivo was born out of a real concern with the effectiveness of freedom of movement for certain groups, aiming to ensure a correct jurisdictional provision, in order to try to manage this new reality of the Judiciary: making the provision of more predictable, more isonomic, faster and more effective jurisdictional protection. The aforementioned jurisdictional effectiveness was crowned with the advent of the HC 143641 / SP trial, in which the substitution of preventive detention for home, ensured throughout the national territory, of pregnant women or mothers of children up to 12 years of age or of persons with disabilities , without prejudice to the application of alternative measures provided for in article 319 of the Code of Criminal Procedure. Thus, this research presents the issues related to *Habeas Corpus Coletivo*, as well as the incidence of this jurisprudential innovation to the demands of a collective nature, as well as the doctrinal understanding about the theme.

Key words: Pregnant Women in Prison; Incarcerated Mothers; *Habeas Corpus Coletivo*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 DELINEAMENTOS INICIAIS DO CENÁRIO ESTRUTURAL FÍSICO E JURÍDICO DO ENCARCERAMENTO DE GESTANTES E MÃES DE FILHOS RECÉM-NASCIDOS. EXPLICANDO O HC COLETIVO Nº 143641/SP E OS PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS	18
1.1 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS	20
2 ANÁLISE SOCIOJURÍDICA DO APRISIONAMENTO FEMININO NO BRASIL .	26
2.1 Delineamentos Históricos e Análise Sociojurídica do Encarceramento Feminino no Brasil.....	26
2.2 As Mulheres Encarceradas no Sistema Prisional Brasileiro – dados recentes do aprisionamento.....	32
2.3 Quanto ao Perfil das Mulheres no Sistema Prisional Brasileiro (âmbito nacional) – Alguns dados sociodemográficos	36
3 A ESTRUTURA PRISIONAL BRASILEIRA – ASPECTOS MATERIAIS E JURÍDICOS	42
3.1 O índice de encarceramento de mulheres no Brasil e o cenário da estrutura prisional brasileira de acordo com o gênero	42
3.2 Aspectos jurídicos Relevantes quanto à Prisão em Flagrante e a Audiência de Custódia	48
4 A MATERNIDADE NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: O SISTEMA LEGAL DE REGÊNCIA E AS DIMENSÕES SIGNIFICATIVAS DO APRISIONAMENTO FEMININO NO BRASIL	57
4.1 O Direito da Criança à Convivência Familiar	62
4.2 A Separação dos Filhos da Mulher Privada de Liberdade – desdobramentos / implicações	67
4.3 O Contexto Legal e Implicações Jurídicas concernentes à Permanência dos Filhos com as Mães em Estabelecimentos Penais	70
4.4 Dos Direitos Coletivos em Sentido Amplo	72
4.5 Dos Direitos Difusos	74
4.6 Dos direitos Coletivos em sentido estrito.....	75
4.7 Dos direitos individuais homogêneos	76
4.8 Da legitimação para propor Demandas Coletivas	77
5 O HABEAS CORPUS 143.641/SP e AS MULHERES MÃES E GESTANTES ENCARCERADAS	82
5.1 Histórico do <i>Habeas Corpus</i>	82
5.2 O Instituto do <i>habeas corpus</i> no Brasil.....	84
5.3 <i>HABEAS CORPUS</i> COLETIVO: INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL À LIBERDADE E ACESSO A JUSTIÇA.....	86
5.4 a POSIÇÃO CONTRÁRIA AO HC COLETIVO	89
5.5 <i>HABEAS CORPUS</i> COLETIVO - Impactos econômicos e sociais	100
5.6 Os impactos/desdobramentos jurídicos sobre a matéria envolvendo as Mulheres Presas Definitivamente	102
6 Focalizando a Penitenciária Feminina do Distrito Federal: IMPLICAÇÕES PRÁTICAS e REPENSANDO novas perspectivas jurídicas para as mulheres mães e gestantes encarceradas	109
6.1 A Penitenciária Feminina do Distrito Federal.....	110
6.2 os Impactos do HC Coletivo no âmbito do Sistema Prisional do Distrito Federal - fevereiro de 2018 a julho de 2019	117

CONSIDERAÇÕES FINAIS	120
PRODUTO FINAL: ENCAMINHAMENTO DE 'PROJETO PILOTO' AO FONINJ – CNJ, OBJETIVANDO O CONTROLE DAS DECISÕES RELATIVAS AO HC COLETIVO	123
REFERÊNCIAS	126

INTRODUÇÃO

A realidade atual vem exigindo dos pesquisadores envolvidos com a temática referente ao sistema prisional/ espaço prisional feminino e direitos humanos maiores esforços para compreender as mudanças recentes, especificamente quanto às mulheres grávidas encarceradas e demais desdobramentos – levando-se em grande conta que o crescimento da população feminina nos presídios brasileiros sofreu um aumento de 567,4%, segundo dados do DEPEN (BRASIL DEPENS, 2019), nos anos de 2000 a 2014, refletindo a curva ascendente do encarceramento de mulheres vivenciada nos últimos anos.

O presente estudo tem por escopo tratar da situação das mulheres presas do DF, gestantes e mães de filhos recém-nascidos, notadamente diante da perspectiva dos princípios da individualização da pena e da preservação do melhor interesse da criança, a qual, em condições de privação de liberdade, acaba por suportar os efeitos deletérios da prisão cominada a suas genitoras.

Para tanto, o trabalho parte de uma inovação jurisprudencial, qual seja, o *habeas corpus* coletivo, aplicável a determinados grupos ou categorias mais vulneráveis, mais especificamente às mulheres gestantes e mães de filhos menores, como solução viável a garantir a liberdade, principalmente das crianças que, por via reflexa, acabam também cumprindo a expiação destinada às suas mães.

A esse respeito, importante consignar que o *habeas corpus* coletivo se trata de uma nova figura, paralela ao *habeas corpus* individual, com regras e parâmetros oriundas deste, entretanto, com características próprias.

As recentes pesquisas sobre o tema (PEREIRA, 2016; CONECTAS, 2016) apontam que as mulheres submetidas ao cárcere são jovens e com filhos, responsáveis pelo sustento familiar, possuem baixa escolaridade e renda e exerciam trabalho informal. Outro dado igualmente relevante é que, diferentemente da população masculina encarcerada, a prática de crimes violentos não predomina entre as acusações femininas, sendo o crime de ‘tráfico de drogas’ registrado como o maior responsável pelo aprisionamento do gênero. Outro dado a ser observado é o fato de serem responsáveis pelo sustento do lar, constituindo, alegada e

supostamente, o motivo para a prática do mencionado crime (BOITEUX, FERNANDES, PANCIERI e CHERNICHARO, 2019; BASTOS, 2019).

Perruci (1982), Lemgruber (1983), César (1995), Soares e Ilgenfritz (2002), Frinhani e Souza (2005), Almeida (2006) e Antony (2007) apontam a necessidade de não continuar ignorando as necessidades específicas das mulheres apenadas. Salientam que, se o atual sistema prisional brasileiro vem se mostrando despreparado para alcançar suas reais finalidades com sua população masculina, quando se trata de sua real efetividade em relação à prisão feminina, a falta, ou mesmo inexistência, de instituições capacitadas, o descompasso existente entre estas e o Poder Judiciário, bem como a escassez de profissionais qualificados, a situação é por demais preocupante.

Nota-se que em relação a várias situações, as dificuldades das mulheres são as mesmas dos homens (o ambiente, o sistema, a superpopulação etc.). Entretanto existem questões específicas que precisam ser observadas: a situação dos filhos, a gravidez, o emocional, a preservação de vínculos e relações familiares as necessidades específicas, as habilidades, as perspectivas após cumprimento de pena, dentre outros (SOARES e ILGENFRITZ, 2009).

Portanto, para muito além das inúmeras mazelas inerentes às vivências de uma prisão, há que se refletir acerca das particularidades da condição feminina nos espaços prisionais, em um processo contínuo e intenso de deterioração da cidadania e identidade destas mulheres, especialmente aquelas que experimentam a gravidez e o nascimento de seus filhos na prisão (ALMEIDA, 2006; ANTONY, 2007). O contexto se dá pelo fato de que tanto as instituições, como as próprias práticas penitenciárias e judiciais, não levam em consideração as especificidades inerentes ao gênero, precipuamente quanto ao exercício da maternidade no ambiente carcerário. Veja-se, abaixo, excertos de uma pesquisa descritiva acerca dos espaços prisionais:

[...] No Brasil, em sua grande maioria, as prisões femininas são escuras, encardidas e superlotadas. Dormir no chão, fazendo revezamento para ficar um pouco mais confortável, é praticamente regra. Os banheiros exalam mau cheiro, a higiene nem sempre é a mais desejável, os espaços para banho de sol são inadequados e não existe a mínima estrutura para acomodar uma criança. Por tudo isso, nos presídios, não há espaço para sonhos, ideais, muito menos para maternidade (SEIXAS, 2019, p. 29).

Apesar de os diplomas legais assegurarem a estas mulheres a reclusão em estabelecimento compatível, o direito à amamentação, à convivência familiar e comunitária, bem como à saúde, educação, trabalho e assistência jurídica, dentre outros tantos, a realidade vivida por estas mães e filhos é completamente distinta. Creches e enfermarias são, quase sempre, celas adaptadas. O ambiente insalubre contribui com a proliferação de doenças, enquanto a escassez de funcionários e a falta de profissionais da saúde, equipamentos e medicamentos tornam a assistência médica – tanto física, quanto psicológica – quase que nula (SEIXAS, 2019; COLARES e CHIES, 2010).

Assim, o tema é preocupante e suscita estudos e análises dos impactos jurídicos e sociais acerca das mulheres grávidas encarceradas, as garantias e direitos inerentes às mulheres que vivenciam a maternidade no interior de um penitenciária e das crianças nascidas no cárcere e privadas da liberdade, contrapondo-se às principais disposições existentes na estrutura jurídica vigente no país, destacadamente o HC Coletivo STF nº 143.651.

Conquanto o arcabouço normativo processual penal e de execução contemple preceitos, em tese, capazes de assegurar direitos às internas gestantes e lactantes, o **espectro de proteção ainda assim é limitado por dificuldades estruturais, além de ausência de uniformização de tratamento, ao levar-se em consideração as decisões judiciais que tratam da matéria**, além do fato de que as prisões femininas não estão adequadas/aparelhadas para receber essas mães e seus filhos de forma digna e humanitária.

Nesse contexto, cumpre trazer a lume os termos da decisão proferida em sede de *Habeas Corpus* Coletivo pelo STF (nº 143641/SP - Anexo I) – doravante, nesta dissertação nominado HC Coletivo 143641/SP –, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandoski, que reconheceu às mulheres presas, gestantes, mães de filhos recém-nascidos e menores até 12 anos, a possibilidade da custódia domiciliar (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018-a).

O **julgado em questão constitui marco essencial, fundamental para a concretização dos princípios da dignidade da pessoa humana, preservação do melhor interesse da criança e da individualização da pena**. Nessa perspectiva, se prestam a tutelar os direitos dos menores que, em condições de privação de liberdade, acabam por suportar os efeitos deletérios da prisão cominada as suas genitoras.

Nada obstante a decisão em comento, há que se ter presente que os seus termos não comportam aplicabilidade imediata e automática, diante da necessidade de se avaliar, individualmente, cada caso, pelos Juízes e Tribunais de todo o país. Há uma gama de decisões cambiantes, que não guardam a devida uniformidade com o julgado trazido como paradigma, bem assim com todo sistema normativo que aparam os direitos das mulheres e de seus filhos.

Assim, **sob a ancoragem dos direitos fundamentais e como uma dimensão indissociável dos Direitos Humanos – demonstrando a essencialidade dos direitos sociais, dentre os quais se inclui a maternidade e a infância – analisa-se, neste estudo, a situação das mulheres grávidas e mães encarceradas, além de verificar como se apresenta, em termos de eficácia jurídica, essa positivação/efetividade/exequibilidade, precipuamente após a edição do HC (nº 143641/SP – Anexo I).** Busca-se, ainda, com o presente estudo, analisar/verificar quais são os impactos da mencionada decisão em sede de HC Coletivo e se de fato implicou na melhoria da condição dos seus destinatários.

Reside aí, a problematização, objeto do presente trabalho, **diante da diversidade de entendimentos judiciais sobre a matéria, questionando-se: em que medida o *Habeas Corpus* Coletivo (nº 143641/SP - Anexo I) possui o condão de dar efetividade/concretude aos princípios da ‘dignidade humana’ das mulheres gestantes e recentes mães encarceradas, da ‘individualização da pena’, e via de consequência, do ‘melhor interesse da criança’?**

Para tais reflexões, esta dissertação, tecendo uma análise reflexiva e descritiva, com abordagem quantitativa e qualitativa sobre a questão em tela, explica, em seu primeiro capítulo, o cenário estrutural físico e jurídico do tema, explicando o HC COLETIVO Nº 143641/SP, bem como, os procedimentos metodológicos.

O segundo capítulo faz uma abordagem histórica e análise sociojurídica do encarceramento feminino no Brasil. Realiza-se, também, neste segundo capítulo, um mapeamento (abordagens etnográficas/sociodemográficas) do perfil das mulheres encarceradas no Sistema Prisional Brasileiro em nível nacional.

O capítulo seguinte (capítulo 03) ocupa-se em descrever e analisar a estrutura prisional brasileira nos aspectos materiais e jurídicos. As reflexões pertinentes à maternidade no sistema prisional brasileiro, precipuamente, quanto às dimensões significativas do encarceramento feminino no Brasil, são realizadas no capítulo 04.

Posteriormente, enfrenta-se, analiticamente, o instituto jurídico *habeas corpus* coletivo, conceito e princípios. O último capítulo (capítulo 05) focaliza a Penitenciária Feminina do Distrito Federal e as implicações prático- jurídicas relativas às mulheres gestantes e mães de menores de 12 anos.

Ao final é apresentada uma proposta interventiva de encaminhamento de ‘projeto piloto’ ao FONINJ – CNJ, objetivando o controle das decisões relativas ao HC Coletivo de modo a repercutir positivamente no resguardo do direito de liberdade nele albergado.

1 DELINEAMENTOS INICIAIS DO CENÁRIO ESTRUTURAL FÍSICO E JURÍDICO DO ENCARCERAMENTO DE GESTANTES E MÃES DE FILHOS RECÉM-NASCIDOS. EXPLICANDO O HC COLETIVO Nº 143641/SP E OS PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Esta pesquisa tem por escopo analisar a situação das mulheres encarceradas no DF, gestantes e mães de filhos recém-nascidos (focaliza-se, também, em âmbito nacional dados quantitativos acerca do aprisionamento feminino), precipuamente sob o ancoradouro dos princípios da individualização da pena e da preservação do melhor interesse da criança (que, em condições de privação de liberdade, acaba por suportar os efeitos deletérios da prisão cominada a suas genitoras).

Importante realçar as reflexões de Antony (2015, p. 45), que, desvendando o universo prisional feminino e o cotidiano das mulheres encarceradas, descreve:

[...] A maternidade no cárcere é acompanhada pela dor e descaso por parte do Estado, onde a maior parte destas mulheres passam por esta sem receber os devidos cuidados, acompanhamento especializado ou sequer realizar o pré-natal. Porém, é no tocante às relações sociais e familiares que a privação de liberdade assume seu caráter mais perverso. A mulher reclusa, enquanto mãe, sofre constantemente com a angústia e medo de ter, a qualquer momento, seu filho levado. Experimenta ainda a rejeição e o abandono da família e do companheiro, sendo obrigada a conviver com o ócio por ser imediatamente afastada do trabalho, estudo ou qualquer outra atividade produtiva que ocorra dentro da instituição. O desrespeito ao direito à amamentação e à convivência materna impacta de forma imensurável a vida destas mães e seus filhos, transformando a maternidade em uma experiência dramática e resultando, diversas vezes, na fragilização ou ainda no absoluto rompimento dos vínculos afetivos com sua prole.

Este estudo parte de uma inovação jurisprudencial, qual seja, o *habeas corpus* coletivo, aplicável a determinados grupos ou categorias mais vulneráveis, mais especificamente às mulheres gestantes e mães de filhos menores, como solução viável a garantir a liberdade, principalmente das crianças que, por via reflexa, acabam também cumprindo a expiação destinada às suas mães.

Conforme pesquisas e estudos realizados sobre o tema (SCHERER, 2020; VENTURA, SIMAS e LAOUZE, 2015), ainda que os presídios femininos se estruturam a partir de um modelo recepcionado para os presos do sexo masculino e que tenham se readaptado para receberem mulheres encarceradas, a situação das mulheres grávidas encarceradas deve ser

tratada de forma diferenciada frente as diversas peculiaridades das mulheres, sendo uma das principais a questão da maternidade durante o cumprimento da pena restritiva de liberdade . A situação da vivência dentro do presídio, conforme análise de Scherer (2020), que já é precária para as mulheres em geral, agrava-se consideravelmente quando envolve a gestação dentro do cárcere, a falta de medicamentos, o precário ou quase nulo exame pré-natal, no momento do parto e pós-parto, sem a estrutura apropriada para receber um recém-nascido, pois as dificuldades acabam transferidas também para um terceiro, criando uma situação de condenação extensiva, na qual o princípio constitucional da personalidade da pena é violado.

Assim, tal precariedade do sistema prisional feminino – ao que se acresce, frise-se, a ausência de estabelecimentos penais adequados à condição da mulher gestante e lactante – tornou patente a necessidade de uma providência jurisdicional a altura, capaz de resgatar os direitos básicos desse grupo de indivíduos, e, além formulação de políticas públicas concretas, destinadas à recuperação e resgate da dignidade dessas mulheres.

Foi nesse cenário que surgiu uma inovação jurisprudencial, o *habeas corpus* coletivo acima referenciado (Anexo I), aplicável à determinados grupos ou categorias vulneráveis, no caso *sub examine* mais especificamente às **mulheres mães de filhos menores e gestantes**, como solução viável a garantir a liberdade principalmente, das crianças que, por via reflexa, acabam também cumprindo a expiação destinada as suas mães.

O HC Coletivo, numa tentativa de esboçar uma reação proporcional às restrições de direitos impostas a essa categoria de mulheres e de crianças, veio expressar, ademais, uma forma de acesso à Justiça a que estavam privados.

A esse respeito, importante consignar que o *habeas corpus* coletivo se trata de uma nova figura, paralela ao *habeas corpus* individual, com regras e parâmetros oriundos deste, entretanto, com características próprias.

Assim, reitere-se, é sob a ancoragem dos direitos fundamentais e como uma dimensão indissociável dos Direitos Humanos – demonstrando a essencialidade dos direitos sociais, dentre os quais se inclui a maternidade e a infância – é que se **analisa, neste estudo, a situação das mulheres grávidas e mães encarceradas, além de verificar como se apresenta, em termos de eficácia jurídica, essa positivação/efetividade/exequibilidade, precipuamente após a edição do HC (nº 143641/SP – Anexo I).** Por conseguinte, esta pesquisa,

analisa/verifica quais são os impactos da mencionada decisão em sede de HC Coletivo e se de fato implicou na melhoria da condição dos seus destinatários.

Desta forma, esta dissertação, além lançar a lupa analítica sobre a situação das mulheres grávidas encarceradas no Brasil e a forma com que a maternidade é exercida neste contexto, o presente estudo coloca em evidência o HC Coletivo STF nº 143.651 e a incompatibilidade existente entre o ambiente carcerário e a geração de uma nova vida. Além disso, busca, mediante ‘proposta interventiva’, apresentar possibilidades de propiciar efetividade ao HC 143641/SP / STF/2018. E, no âmbito das políticas públicas, intenciona-se estimular a criação de condições mínimas necessárias à aplicação do ordenamento jurídico vigente para que, quando inevitável o aprisionamento, seus impactos na experiência materna sejam consideravelmente reduzidos.

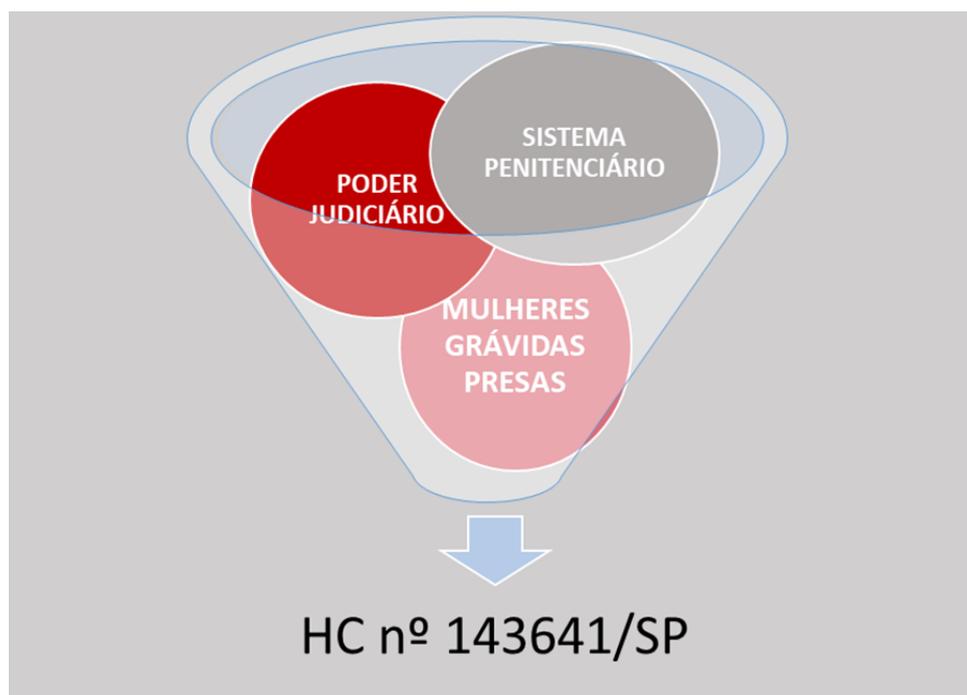
1.1 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Trata-se de uma pesquisa analítico-reflexiva, com abordagem quantitativa quanto ao perfil sociodemográfico das mulheres presas encarceradas, e documental, parametrizando-se em recentes pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais – embora, por ora, não se possa ter uma posição concreta dos seus efeitos no campo jurídico, eis que os operadores do direito somente conhecerão os seus reais desdobramentos, sejam eles positivos ou negativos, no decorrer da sua correta aplicação.

Tratando-se de **analisar em que medida o Habeas Corpus Coletivo (nº 143.641/SP - Anexo I) possui o condão de dar efetividade/concretude aos princípios da ‘dignidade humana’ das mulheres gestantes e recentes mães encarceradas, da ‘individualização da pena’, e via de consequência, do ‘melhor interesse da criança’,** a presente pesquisa desenvolveu-se no contexto das instituições penitenciárias brasileiras, destacadamente nos presídios femininos e o Sistema Penitenciário do Distrito Federal e o atual cenário jurídico-judicial referente às mulheres grávidas presas, cujo recorte temporal incide a partir do HC nº 143641/SP / STF/2018 até julho de 2019.

Veja-se, abaixo, a **representação pictórica** do problema da pesquisa

Figura 01 - Representação Pictórica do Cenário Empírico (Brasil, 2020)



Fonte: Autora desta dissertação

O percurso metodológico da presente pesquisa dá-se em diferentes abordagens e dimensões.

Primeiramente, importante registrar que se trata de uma pesquisa bibliográfica, reflexiva, documental e descritiva.

O estudo foi desenvolvido ancorando-se em livros, estudos e pesquisas científicas especializadas que abordam a questão, e, decisões judiciais relevantes e jurisprudência de tribunais nacionais, bem assim no estudo dos sistemas adotados no direito comparado.

Foi realizada a incursão bibliográfica de modo a oferecer aporte teórico ao desenvolvimento deste trabalho. Minayo (2006) e Richardson (2007) explicam que a pesquisa bibliográfica se caracteriza pela análise de material já publicado, constituindo-se, principalmente, de livros, artigos de periódicos e, atualmente, de material disponibilizado na internet.

Posteriormente, busca-se focalizar e descrever o sistema prisional brasileiro no que toca às mulheres encarceradas – com ênfase no Distrito Federal e a população em questão (mulheres presas) com vistas à escavar dados para a compreensão do problema em tela.

Saliente-se que as pesquisas descritivas, por sua vez, têm por objetivo descrever os fatos e fenômenos de determinada realidade, de forma a obter informações a respeito daquilo que já se definiu como problema a ser investigado (TRIVIÑOS, 2010). A diferença em relação à pesquisa exploratória é que o assunto da pesquisa já é conhecido. A grande contribuição das pesquisas descritivas é proporcionar novas visões sobre uma realidade já conhecida (GIL, 2008).

Quanto ao aspecto documental do estudo, a pesquisa vale-se de documentos referentes ao sistema prisional brasileiro e dos pronunciamentos decisórios judiciais recaindo a análise no Supremo Tribunal Federal e demais decisões judiciais relativas ao tema em tela.

Considere-se, portanto, que a pesquisa possui como campo de investigação, o **sistema prisional brasileiro com ênfase no Distrito Federal**, focalizando as mulheres encarceradas grávidas e os filhos nascidos no cárcere e o **Poder Judiciário brasileiro**, no que diz respeito aos pronunciamentos decisórios emitidos no âmbito do Supremo Tribunal Federal, designadamente o HC nº 143641/SP de fevereiro de 2018 e seu impacto no âmbito das mulheres encarceradas no sistema prisional no âmbito do Distrito Federal.

A pesquisa é realizada por meio de abordagem quantitativa e qualitativa. Num primeiro momento utiliza-se a perspectiva quantitativa, procedendo-se a análise estatística das variáveis relativas aos bancos de dados referentes ao perfil criminal e sociodemográfico das mulheres encarceradas no Brasil e no Distrito Federal. Segundo Vieira e Zouain (2010) a pesquisa quantitativa requer o uso de recursos e de técnicas estatísticas, enquanto que a pesquisa qualitativa não requer o uso de métodos e técnicas estatísticas, na qual os pesquisadores tendem a analisar seus dados indutivamente.

Na abordagem quantitativa, a análise e exposição dos dados é concebida pela estatística descritiva que, de acordo com Fávero et al. (2009), assegura ao pesquisador, por meio de tabelas, gráficos e medidas-resumo, uma melhor compreensão a respeito dos resultados obtidos, identificando tendências, variabilidade e valores atípicos. Assim, os dados são organizados e apresentados em forma de gráficos e tabelas.

Assim, visando à compreensão dos impactos do HC nº 143641/SP (e como se apresenta atualmente a posituação desse direito à liberdade – como direito fundamental – no Brasil, em termos de eficácia jurídica) e a atual dificuldade/vulnerabilidade para dar efetividade

ao direito das mulheres gestantes e lactantes encarceradas no Brasil (particularmente no sistema prisional do Distrito Federal) enquanto direito fundamental social positivado na Carta Política de 1988, é realizada uma abordagem qualitativa (analisando-se o teor de tal julgado) – importante destacar que nesse momento da pesquisa serão quantificados os números de mulheres presa no Sistema Prisional do Distrito Federal após o HC nº 143641/SP / STF/2018.

A abordagem qualitativa é aquela que possui, como característica básica, compreender um fenômeno no contexto em que ocorre e do qual é parte e, para tal mister o pesquisador:

[...] para se ter uma "boa" pesquisa qualitativa, tais como: credibilidade, no sentido de validade interna, ou seja, apresentar resultados dignos de confiança; transferibilidade, não se tratando de generalização, mas no sentido de realizar uma descrição densa do fenômeno que permita ao leitor imaginar o estudo em outro contexto; confiança em relação ao processo desenvolvido pelo pesquisador; confirmabilidade (ou confiabilidade) dos resultados, que envolve avaliar se os resultados estão coerentes com os dados coletados; explicitação cuidadosa da metodologia, detalhando minuciosamente como a pesquisa foi realizada e, por fim, relevância das questões de pesquisa, em relação a estudos anteriores (GODOY, 2005, p. 21).

A abordagem qualitativa vem imersa na análise de conteúdo, com reflexões críticas incidindo sobre os pronunciamentos decisórios, designadamente no âmbito do Distrito Federal. A análise de conteúdo, segundo é:

[...] Atentamos para o fato de que o rigor metodológico em Análise de Conteúdo e as estratégias de apagamento das implicações do pesquisador na construção de suas análises são acompanhados de uma abordagem de conceitos que sustentam o trabalho de análise realizado, de um aporte teórico-conceitual.. Desta forma, configura a análise de conteúdo como um conjunto de técnicas de análise das comunicações, que utiliza procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens e de um aporte teórico-conceitual (BARDIN, 2011, p.21)

Portanto, a pesquisa seguiu o percurso trilhado pelas questões que compõem:

- a) **Levantamento bibliográfico** de toda legislação sobre a matéria, de citações, de informações gerais, de artigos e seus respectivos fichamentos/registros de leitura.
- b) **Pesquisa Documental** - levantamento, coleta de dados referentes a (fontes primárias e fontes secundárias):
 - b.1) Documentos judiciais (HC nº 143641/SP / STF/2018 e outros pronunciamentos judiciais)

b.2) Documentos públicos/oficiais (relatórios, pesquisas etc)

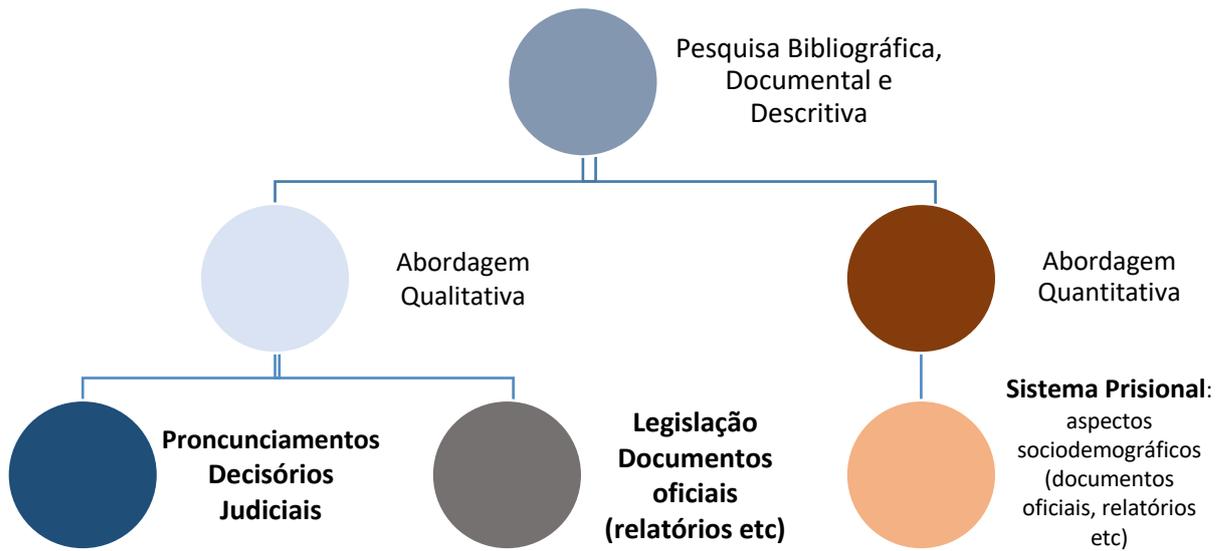
b.3) Documentos de domínio público, particulares, artigos etc.

Na pesquisa documental foram extraídas, sinteticamente, os seguintes dados:

- a) a historicização dos presídios femininos e sua deficiência de caráter estrutural;
- b) a historicização das legislações constitucionais e infraconstitucionais relativas às mulheres presas no Brasil
- c) a análise de dados relativos às mulheres presas nas condições de gestantes, lactantes e mães de filhos até 12 anos, destacando o período de 2016 a 2018 – base INFOPEN;
- d) a análise do perfil das mulheres presas no sistema carcerário brasileiro, no que condiz com a idade, raça, escolaridade, estado civil e filhos no Brasil, ano base 2016;
- e) a análise do perfil das mulheres presas na Penitenciária de Brasília -DF, que se encontram/preenchem as condições do HC;

Segue-se, abaixo, a representação pictórica da trilha metodológica a ser utilizada na pesquisa.

Figura 02 - Diagrama da Metodologia Científica desta Pesquisa (Brasil, 2020)



Fonte: Autora desta dissertação

Após a coleta de dados, procedeu-se à seleção, codificação e tabulação, e, posteriormente, à análise, ancorando-se na centralidade teórica eleita, buscando construir conceitos e desenvolver entendimentos quanto aos impactos do HC Coletivo HC nº 143641/SP, especialmente no âmbito do Sistema Prisional do Distrito Federal.

2 ANÁLISE SOCIOJURÍDICA DO APRISIONAMENTO FEMININO NO BRASIL

Este capítulo tece delineamentos acerca do cenário histórico da população prisional feminina no Brasil e uma breve análise sociojurídica acerca de tais encarceramentos, para, posteriormente, analisar o perfil das mulheres presas grávidas, na perspectiva legal-normativa e no acesso a direitos no sistema prisional brasileiro.

2.1 DELINEAMENTOS HISTÓRICOS E ANÁLISE SOCIOJURÍDICA DO ENCARCERAMENTO FEMININO NO BRASIL

Segundo Mendes (2014, p. 154/160) o processo histórico de custódia da mulher não pode ser creditado unicamente às revoluções burguesas do século XVIII e seus referentes objetivos oriundos do poder punitivo, visto que o “[...] saber criminológico enquanto sujeito da criminalização e vitimização imposto pelo sistema também seria eliminado uma vez que o cárcere se estabeleceu antes mesmo do modo econômico, social e político burguês”.

O aprisionamento de mulheres, conforme análise do mencionado autor, sempre representou algo além do que poderia significar para o universo masculino, pois o entendimento de que a noção de crime, criminoso e pena não se relaciona com o processo de transformação econômica que vem do século XVI até praticamente nossos dias, fez com que a administração penitenciária feminina coordenada por ordens religiosas fosse algo comum até meados do século XX. Vejam-se, alguns excertos analíticos acerca do tema:

[...] Antecedentes mais remotos, mas de contundente importância histórica evidenciam que a história da criminalização das mulheres é evidentemente a história do exercício do poder fundado em um direito cujas bases são inegavelmente patriarcais e machistas”. É interessante realizar uma reflexão acerca do tratamento despendido pelo sistema penal às mulheres e se estas recebem um tratamento diferenciado para pior, justamente como forma de reforçar em conjunto com outras discriminações e desigualdades a identidade que a sociedade espera da mulher (SPOSATO, 2007, p. 254).

[...] As escravas foram as primeiras mulheres presas no Brasil das quais se tiveram notícia. Inicialmente, as mulheres eram presas junto com os homens e não detinham nenhuma garantia de sua segurança física e psicológica e ficavam sujeitas aos mais variados tipos de violência física e sexual. Lemos de Brito, em 1924, então funcionário da corte foi o precursor e principal idealizador de projetos que passaram a envolver algum tipo de preocupação com a condição carcerária feminina (HELPEPES, 2014, p. 69).

[...] Na verdade, a separação dos homens e das mulheres dentro do ambiente carcerário somente aconteceu por causa da preocupação com o bem estar dos homens, pois conforme mencionado, a presença de mulheres nas carceragens perturbavam os presos do sexo masculino, portanto, tal medida foi tomada em prol de garantir a tranquilidade masculina e não necessariamente com o intuito de fornecer as mulheres um ambiente mais digno (HELPEES, 2014, p. 71).

[...] O discurso moral e religioso nas formas de aprisionamento da mulher também faz parte da origem histórica das prisões femininas no Brasil, o qual buscou suas bases morais no ensino religioso para a criação de estabelecimentos prisionais “corretivos” destinados a mulheres, também denominados de “reformatório especial”, uma vez que a criminalização mais frequente sempre foi relacionada à prostituição, vadiagem e embriaguez (BRASIL, 2008, p. 15).

Até o século XIX, são escassos os registros a respeito da população carcerária feminina no Brasil, não sendo certo precisar o que ocorreu nessa época sobre o tema. De fato, não há registros fixos e concretos a respeito. Em 1870, com o Relatório do Conselho Penitenciário do Distrito Federal, foram compilados os primeiros apontamentos a respeito das mulheres presas. O relatório, com poucas informações, menciona que 187 mulheres escravas passaram pelo calabouço, à época prisão de escravos que funcionava junto com a Casa de Correção da Corte, entre os anos de 1869 e 1870, tendo uma delas permanecido encarcerada durante 25 anos (OLIVEIRA, 2008).

Por muito tempo, o número de mulheres que cometia crimes ou contravenções penais era ínfimo, se comparado ao público masculino. Os delitos mais recorrentes na época envolviam vadiagem, alcoolismo, prostituição, furtos e brigas. A isso acresçam-se os fatos que eram vistos como perturbações mentais de mulheres desnaturadas, como o aborto, infanticídio, adultério e bruxarias.

As mulheres, quando cometiam tais crimes, ficavam em celas improvisadas em presídios masculinos ou delegacias, pois o Estado não se dispunha a investir em instalações para receber essas infratoras (SANTOS, 2010-a; SANTOS, 2010-b).

Em 1905, já no Brasil República, Relatório da Casa de Correção da Capital Federal faz referência a melhorias realizadas para adaptar alojamentos de um antigo manicômio em prisão de mulheres. Todavia, apenas depois da Revolução de 1930, no Estado Novo, com os estudos para as melhorias no Código Penal, mais precisamente com a reforma penal levada a efeito nos anos 40, foi idealizado um projeto para a criação da Prisão das Mulheres, Penitenciária Agroindustrial e Sanatórios Penais (OLIVEIRA, 2008).

Por meio do Código Penal de 1940 foi instituída nacionalmente a primeira separação física entre homens e mulheres em presídios públicos, constando, no parágrafo 2º, do art. 29, do Código Penal de 1940, que: “as mulheres cumprem pena em estabelecimento especial, ou, à falta, em secção adequada de penitenciária ou prisão comum, ficando sujeitas a trabalho interno” (BRASIL, 1940).

O primeiro presídio destinado exclusivamente às mulheres foi sediado na cidade de São Paulo, inaugurado no ano de 1942, coordenado pela igreja, na gestão da Congregação de Nossa Senhora da Caridade do Bom Pastor de Angers até o ano de 1977.

Para os autores Soares e Ilgenfritz (2002, p. 57), tal divisão era necessária, a fim de “garantir a paz e a tranquilidade desejada nas prisões masculinas, do que propriamente a dar mais dignidade às acomodações carcerárias, até então compartilhadas por homens e mulheres”.

Neste pensamento, prelecionam ainda os autores Soares e Ilgenfritz (2002, p. 58):

[...] Dedicadas às prendas domésticas de todo tipo (bordado, costura, cozinha, cuidado da casa e dos filhos e marido), elas estariam aptas a retornar ao convívio social e da família, ou, caso fossem solteiras, idosas ou sem vocação para o casamento, estariam preparadas para a vida religiosa.

Na França a situação não foi diferente, muitas mulheres presas sofriam com o abuso de seus carcereiros, onde era comum que engravidassem de guardiões, e até mesmo de outros presos, pelo contato próximo que tinham estando detidos em um mesmo local. Assim, no século XIX, no ano de 1870, na cidade de Rennes, foi criado um presídio destinado ao abrigo de apenas mulheres, a chamada casa de força e correção, diferentemente dos estabelecimentos penais da atualidade (SANTOS, 2010-a; SANTOS, 2010-b).

Os Estados Unidos tiveram sua primeira prisão voltada para o público feminino em 1835, em Nova York. Posteriormente, no Estado de Indiana foi criado um presídio feminino independente, diferenciado administrativamente, fisicamente e com uma estrutura diversa dos presídios masculinos (SANTOS, 2010-a; SANTOS, 2010-b).

No Brasil, as primeiras prisões especiais para mulheres são datadas do ano de 1937 a 1942, localizadas no Rio Grande do Sul, São Paulo e em Bangu, no Rio de Janeiro (SANTOS, 2010-a; SANTOS, 2010-b).

Sobre o tema, analisa Oliveira (2008, p.27):

[...] ao ser criada a Penitenciária de Mulheres, surgiu a preocupação em definir normas pedagógicas que transformassem as “meretrizes, vagabundas e perniciosas” em mulheres dóceis, obedientes às regras da prisão, educadas, convertidas em caridosas beatas, voltadas às prendas domésticas, aos cuidados com os filhos, à sexualidade educada para a procriação e a satisfação do marido. Construída especialmente para tal fim, nasce, em 9 de novembro de 1942, a primeira penitenciária feminina do antigo Distrito Federal, em Bangu, bem longe dos presídios para homens.

Ainda nesta linha, segundo Olga Espinoza (2003, p. 39), “[...] com essa medida buscava-se que a educação penitenciária restaurasse o sentido de legalidade e de trabalho nos homens presos, enquanto, no tocante às mulheres, era prioritário reinstalar o sentimento de pudor”.

Com advento da Constituição de 1988, a legislação brasileira, objetivando cumprir o princípio da individualização da pena, regulamenta seu cumprimento em estabelecimento específico: “[...] A pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (BRASIL, 1988).

No que tange às mulheres presas grávidas, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso L, também dispôs: “[...] às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação” (BRASIL, 1988).

Outro avanço, neste sentido, foi a Lei nº 9.046/95, em seu artigo 83, parágrafo 2º, dispondo que, além da assistência educacional, laborativa, esportiva e de lazer nos estabelecimentos penais, especificamente aqueles destinados às mulheres, seriam dotados de estrutura de berçário, a fim de que estas pudessem amamentar seus filhos.

A Resolução nº 14 de 1994, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - CNPCP, dispondo sobre as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil, distribuídas em 65 artigos, acrescenta previsões de atendimento de gênero, omissas na Leis de Execuções Penais.

Em relação à mulher, as normas da citada Resolução assim dispuseram (BRASIL, CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA, 1994):

- a) as mulheres cumprirão pena em estabelecimentos próprios (art. 7º, parágrafo 1º);

- b) serão asseguradas condições para que a presa possa permanecer com seus filhos durante o período de amamentação dos mesmos. (art. 7º, parágrafo 2º);
- c) aos menores de 0 a 6 anos, filhos de preso, será garantido o atendimento em creche e em pré-escola (art. 11);
- d) o estabelecimento prisional destinado a mulheres disporá de dependência dotada de material obstétrico para atender à grávida, à parturiente e à convalescente, sem condições de ser transferida a unidade hospitalar para tratamento apropriado em caso de emergência. (art. 17).

Inobstante, a previsão expressa, tanto em sede constitucional, quanto em normas de menor hierarquia, da preservação e do respeito dos direitos básicos das internas, é consabido que tais mandamentos não são observados a contento, mostrando-se as condições dessas detentas, não raro, em flagrante desrespeito com princípios básicos de dignidade da pessoa humana.

Axel Honneth (2003) menciona que os sujeitos são forjados em suas interações e só conseguirão formar uma auto relação positiva caso se sintam reconhecidos por seus parceiros de interação. O autor constrói uma trilogia necessária para o reconhecimento dos sujeitos, que envolve três planos: a autoconfiança que buscamos nas relações de amor e afetividade; o auto respeito que adquirimos nas relações de direito na esfera político-jurídica; e a autoestima que pretendemos obter nas relações de solidariedade nas esferas civil e pública (HONNETH, 2003).

No que diz respeito ao objeto do presente estudo, a condição em que se encontram essas mulheres, com a privação de liberdade, permite identificar que os estigmas da prisão são potencializados, seja pelo distanciamento de seus filhos, seja pela própria privação de liberdade que é estendida injustamente aos menores, quando mantidos em sua companhia no cárcere.

Nessa linha de raciocínio, fica evidenciado que a vulnerabilidade, fragilização e precariedade no sistema carcerário feminino, constitui afronta direta aos preceitos fundamentais, inerentes à dignidade da pessoa.

A propósito da temática, Honneth (2003, p. 207) pontua que nas sociedades modernas “[...] as relações de estima social estão sujeitas a uma luta permanente, na qual os diversos

grupos procuram elevar, com os meios da força simbólica e em referência às finalidades gerais, o valor das capacidades associadas a sua forma de vida”.

Além disso, como já frisado, Sarlet (2015, p. 53), em sua obra ‘Dignidade da Pessoa Humana’, assim se posiciona a respeito do tema:

[...] Não se deverá olvidar que a dignidade - ao menos de acordo com o que parece ser a opinião largamente majoritária - independe das circunstâncias concretas, já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos - mesmo o maior dos criminosos - são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas - ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmos.

Acerca da temática pena, não é por demais lembrar a conclusão de Cessare Beccaria (2012, p. 123), na sua clássica obra dos Delitos e das Penas, para quem:

[...] A severidade das penas deve ser proporcional ao estado da nação. Entre povos recém-saídos da barbárie, elas devem ser mais severas, pois são necessárias impressões mais fortes; mas conforme as mentes dos homens tornam-se abrandadas pelas relações da sociedade, a severidade das penas deve ser diminuída se o desejo é de que as necessárias relações entre os objetos e as sensações sejam mantidas.

O autor, arremata com seguinte teorema: “[...] Que a pena não seja um ato de violência de um ou de muitos contra um membro da sociedade. Ela deve ser pública, e imediata e necessária, a menor possível para o caso, proporcional ao crime e determinada pelas leis” (BECCARIA, 2012, p. 123).

Trazendo o ensinamento de Beccaria (2012) para fins de análise acerca do presente tema, salta os olhos, a inadequação e ausência de proporcionalidade numa expiação que transcende a figura do causador do delito, para atingir crianças inocentes, que não merecem suportar seus efeitos.

A visão, ao que parece, talvez equivocada, acerca do instituto da pena como mera retribuição do ato ilícito perpetrado deve ceder às novas exigências de uma nova sociedade humanizada e plural. Nesse particular, oportuno se faz trazer à baila o ensinamento de Habermas (2000, p. 11), na obra o ‘Discurso Filosófico da Modernidade’, segundo o qual: “[...] Um presente que se compreende, a partir dos horizontes dos novos tempos, como atualidade da época mais recente, tem de reconstituir a ruptura com o passado como uma renovação contínua.”.

2.2 AS MULHERES ENCARCERADAS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO – DADOS RECENTES DO APRISIONAMENTO

Conforme estudos realizados por Spinola (2016) a população carcerária no Brasil em 2012 totalizava 548.003, onde as mulheres representavam 6,4%, ou seja, 35.072 desse total (BRASIL, 2012a, 2012b). Assim, estima-se a ocorrência de um aumento significativo desse percentual nos posteriores quatro anos, visto que o número de mulheres presas aumentou vertiginosamente nas estatísticas. Entre 2000 e 2012, a população carcerária feminina teve um crescimento de 246%, enquanto que a masculina de 130% (BRASIL, 2015). Em 2011 os déficits de vagas femininas no sistema prisional já estavam em 39,22% (BRASIL, 2011a).

Na contramão deste significativo crescimento da população feminina, historicamente o sistema penitenciário tem se direcionado a uma ocupação predominantemente masculina, com a preconização de um modelo em torno desse gênero em sua organização. No entanto, diferentemente dos homens, as mulheres trazem consigo características e necessidades particulares no que se refere às diferenças e desigualdades de gênero, que exigem um tratamento e cuidados distintos na complexa experiência do encarceramento (BRASIL, 2007, 2008, 2013; Pastoral Carcerária, 2012). Isto se evidencia especialmente nas questões jurídicas e nos cuidados em saúde, e mais ainda no que diz respeito às delicadas experiências de gestação, amamentação e maternidade (SPINOLA, 2017; CEJIL *et al.*, 2007; BRASIL, 2007, 2008, 2015).

A problemática também tem ganhado algum espaço no debate público, com importantes reflexos no plano normativo e legal nos últimos cinco anos (BRASIL, 2015). Tais discussões/ análises têm sido fomentada principalmente por grupos e entidades relacionadas à defesa de direitos como a Pastoral Carcerária, a Defensoria Pública, o Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional, o Instituto Terra, Trabalho e Cidadania e, o Grupo de Estudos e Trabalho ‘Mulheres Encarceradas’, dentre outros. Pesquisas realizadas por estes grupos, assim como pelo Ministério da Justiça, têm exposto as precárias condições, vulnerabilidades e violações vivenciadas tanto pelas mulheres privadas de liberdade e seus filhos, bem como feito proposições de mudanças para tal realidade (PASTORAL CARCERÁRIA, 2016; CEJIL *et al.*, 2007; BRASIL, 2007, 2008, 2013, 2015). Destaca-se ainda, o esforço do Governo Federal em priorizar e investir em ações que preconizam a equidade de gênero, o combate à violência e o enfrentamento das vulnerabilidades femininas (BRASIL, 2018).

Na esteira de tais reflexões e dados, cumpre, agora, pontuar a realidade atual do sistema prisional brasileiro no que concerne às mulheres concernentes à 2015. Conforme o último levantamento realizado junto ao INFOPEN ¹ (dados referentes ao ano de 2015 e ao primeiro semestre de 2016) havia 42.355 mulheres encarceradas nessas condições (BRASIL, DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2018). Nesse universo, o quantitativo de 1.155 são gestantes e lactantes. Veja-se a quadro abaixo:

¹ O INFOPEN é um sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro. O sistema, atualizado pelos gestores dos estabelecimentos desde 2004, sintetiza informações sobre os estabelecimentos penais e a população prisional. Em 2014, o DEPEN reformulou a metodologia utilizada, com vistas a modernizar o instrumento de coleta e ampliar o leque de informações coletadas. Pela primeira vez, o levantamento recebeu o formato de um relatório detalhado. O tratamento dos dados permitiu amplo diagnóstico da realidade estudada, mas que não esgotam, de forma alguma, todas as possibilidades de análise. Assim, convidamos todos os interessados a criticar e debater os resultados, com vistas à melhoria da gestão da informação e da política penal brasileira.

Quadro 01 - Mulheres Gestantes e Lactantes Privadas de Liberdade, por Unidade da Federação (Brasil, 2020)

UF	Quantidade de gestantes	Quantidade de lactantes	Gestantes em unidades que têm cela adequada	
			N	%
AC	12	6	2	17%
AL	3	4	3	100%
AM	25	3	1	4%
AP	1	2	1	100%
BA	5	2	2	40%
CE	13	10	13	100%
DF	7	18	7	100%
ES	17	13	10	59%
GO	14	4	4	29%
MA	6	7	6	100%
MG	63	34	34	54%
MS	34	18	21	62%
MT	5	4	1	20%
PA	15	17	14	93%
PB	14	11	12	86%
PE	25	6	23	92%
PI	0	0	0	0%
PR	32	24	22	69%
RJ	NI	20	NI	NI
RN	16	1	0	0%
RO	27	16	15	56%
RR	2	0	0	0%
RS	4	12	4	100%
SC	16	7	11	69%
SE	3	2	3	100%
SP	169	109	60	36%
TO	8	0	0	0%
Brasil	536	350	269	50%

Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias INFOPEN / ano referência 2016 – INFOPEN.

Da mesma forma, a pesquisa retrata, conforme tabela acima, que somente 14% das unidades femininas ou mistas dispõem de berçário e/ou centro de referência materno-infantil. Consigne-se que nesse percentual são também considerados os espaços destinados a bebês com até 2 anos de idade.

Por fim, as unidades que declararam capazes de oferecer tais espaços possuem a capacidade para receber um total de até 467 bebês. Veja-se o quadro abaixo:

Quadro 02 - Estabelecimentos Penais que possuem Berçário e/ou Centro de Referência Materno-Infantil, por Unidade da Federação (Brasil, 2020)

Unidades que têm berçário e/ou centro de referência materno-infantil			
UF	N	%	Capacidade de bebês
AC	1	33%	2
AL	1	33%	8
AM	2	18%	10
AP	1	100%	0
BA	2	29%	4
CE	1	3%	15
DF	1	100%	11
ES	5	71%	28
GO	3	6%	10
MA	1	17%	15
MG	1	1%	2
MS	2	17%	25
MT	1	11%	5
PA	2	25%	17
PB	2	40%	11
PE	2	33%	16
PI	0	0%	0
PR	2	29%	23
RJ	1	13%	20
RN	0	0%	0
RO	1	6%	14
RR	0	0%	0
RS	2	13%	31
SC	4	29%	11
SE	1	50%	6
SP	10	45%	183
TO	0	0%	0
Brasil	49	14%	467

Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias INFOPEN / ano referência 2016 – INFOPEN.

Conforme já dito, conquanto o arcabouço normativo processual penal e de execução contemple preceitos, em tese, capazes de assegurar direitos às internas gestantes e lactantes, o espectro de proteção ainda assim é limitado por dificuldades estruturais, além de ausência de uniformização de tratamento, ao levar-se em consideração as decisões judiciais que tratam da matéria.

Assim, os dados colacionados nos Quadros nº 1 e 2, levam a inferir que as prisões femininas não estão adequadas/aparelhadas para receber essas mães e seus filhos de forma digna e humanitária.

2.3 QUANTO AO PERFIL DAS MULHERES NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO (ÂMBITO NACIONAL) – ALGUNS DADOS SOCIODEMOGRÁFICOS

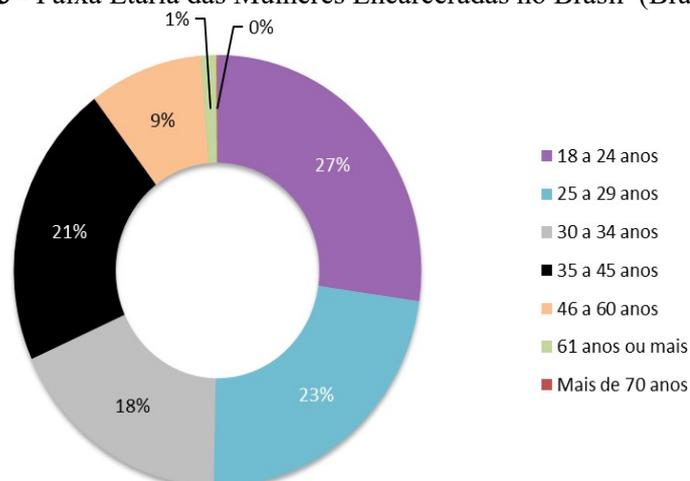
Para compreender a situação jurídica das mulheres grávidas e mães encarceradas no Brasil, torna-se relevante desvelar essa condição feminina em situação de extrema vulnerabilidade frente ao sistema penal tendo em sua centralidade considerar o perfil sociodemográfico de tais mulheres presas.

A análise aqui traçada atentou-se para as seguintes **categorias/aspectos**: etariedade, dados étnico-raciais, escolaridade, tipos de crimes cometidos, estado civil e filhos.

Antes de adentrar em cada dimensão acima citada, parece importante ressaltar a pesquisa realizada por Braga e Angotti (2014, p. 4/6), ao descreverem que o perfil da mulher presa nos equipamentos do sistema penitenciário brasileiro são jovens entre 18 a 30 anos, de baixa renda e escolaridade, majoritariamente mulheres pretas e pardas, com histórias de vulnerabilidade social semelhantes, e que “[...] em geral mãe, presa provisória suspeita de crime relacionado ao tráfico de drogas ou contra o patrimônio; e, em menor proporção, condenadas por crimes dessa natureza [...]”. Os autores asseveram que, em meio a este cenário, o cárcere brasileiro é apontado como lugar de exclusão social, onde se perpetuam vulnerabilidades e discriminações que já antecediam o aprisionamento.

Portanto, neste item, delinea-se o perfil das mulheres presas no sistema carcerário brasileiro, cujos dados obtidos foram extraídos do site do INFOPEN, com ano de referência junho/2016 (BRASIL, DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2018).

Figura 03 - Faixa Etária das Mulheres Encarceradas no Brasil (Brasil, 2020)

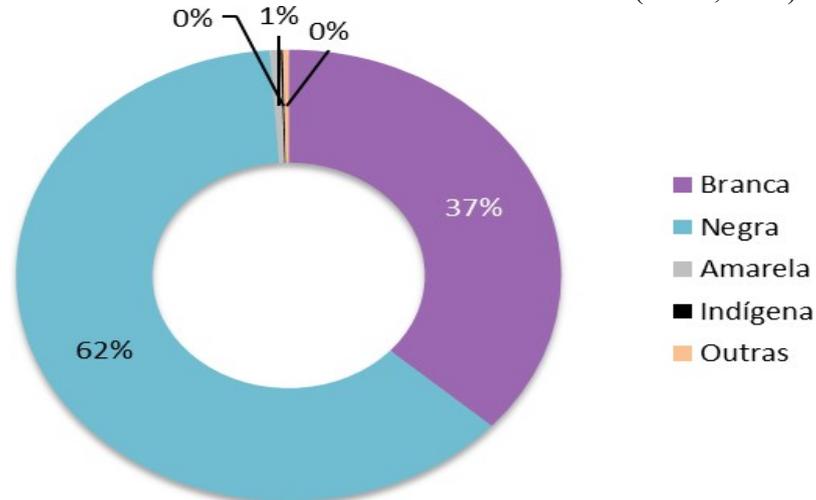


Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias INFOPEN / ano referência 2016

A respeito da idade, fica evidenciado que as mulheres presas possuem pouca variação de faixa etária, tendo seu percentual reduzido apenas na faixa de 45 anos, para mais. Dessa forma, evidencia-se que há uma correlação entre a idade mais jovem e o cometimento de crimes, até 29 anos, correspondendo essa faixa a 50% da massa carcerária.

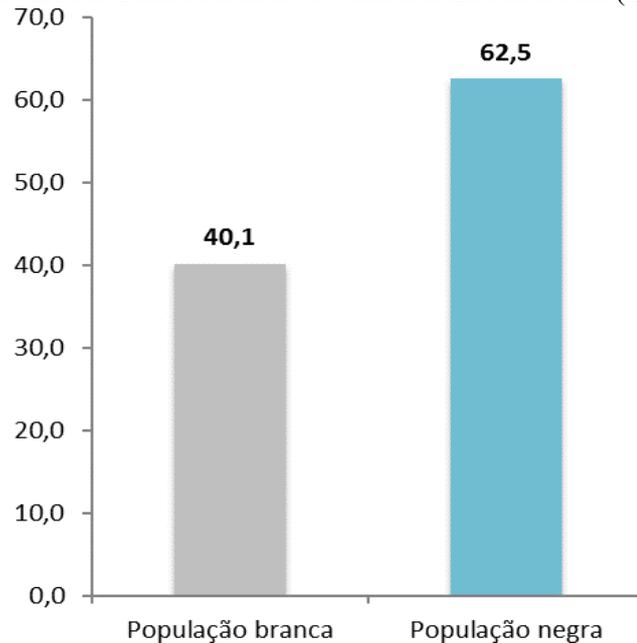
Se aprofundarmos a análise acerca do aprisionamento em diferentes faixas etárias da população criminalmente imputável, é possível verificar que as chances de mulheres entre 18 e 29 anos serem presas no Brasil é 2,8 vezes maior do que as chances de mulheres com 30 anos ou mais serem presas. Existem 101,9 jovens (de 18 a 29 anos) presas para cada 100.000 mulheres brasileiras com mais de 18 anos, enquanto a taxa de mulheres com 30 anos ou mais (não jovens) presas é equivalente a 36,4 para cada grupo de 100 mil mulheres acima de 18 anos.

Figura 04 - Dados Étnico-Raciais da Mulheres Encarceradas (Brasil, 2020)



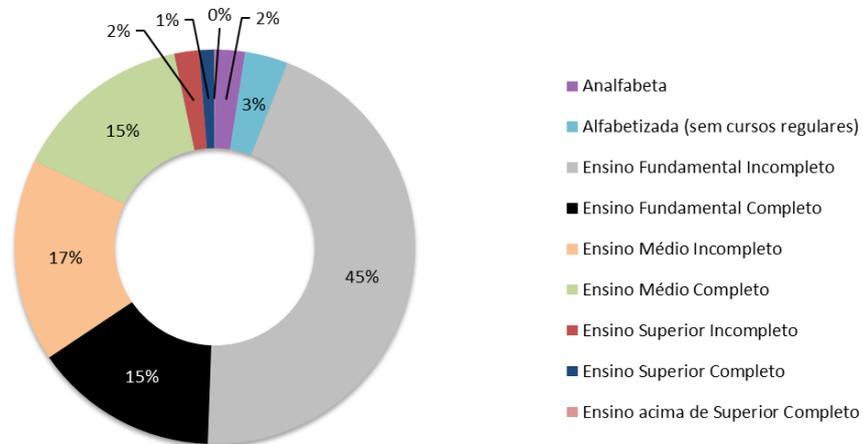
Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias INFOPEN / ano referência 2016

No aspecto da étnico-racial foi verificado que a sua grande maioria são negros. Para fins de levantamento foram computados os ‘pardos’, que, somados, formam um percentual de 62% do sistema prisional feminino.

Gráfico 01 - Dados Étnico-Raciais da Mulheres Encarceradas (Brasil, 2020)

Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias INFOPEN / ano referência 2016.

Quanto à escolaridade, temos que 66% da população prisional feminina ainda não acessou o ensino médio, tendo concluído, no máximo, o ensino fundamental. Apenas 15% da população prisional feminina concluiu o ensino médio. Vejam-se tais dados compilados no gráfico abaixo:

Figura 05 - Escolaridade das Mulheres Encarceradas no Brasil (Brasil, 2020).

Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias INFOPEN / ano referência 2016

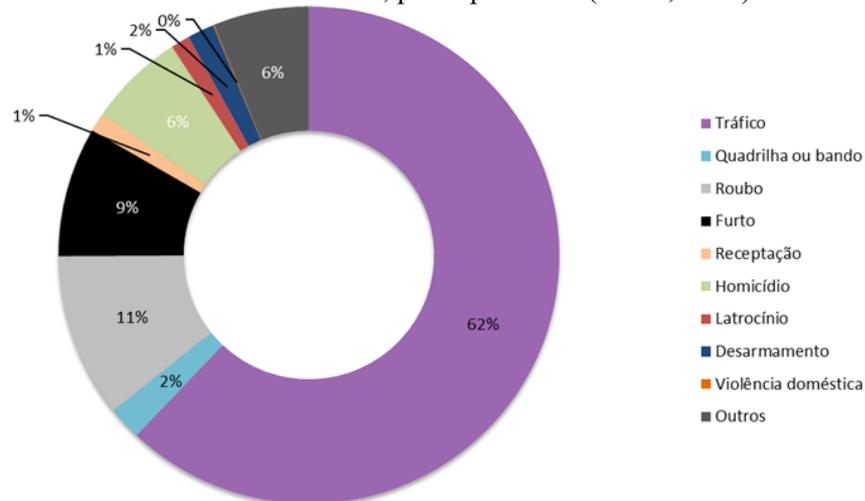
A precariedade da educação brasileira também reflete diretamente em outras áreas, como na saúde, nos índices de mortalidade e também no sistema penitenciário. O nível de educação da mãe aparece como mais importante para a sobrevivência da criança do que o

rendimento familiar propriamente dito, o que evidenciam a necessidade de realizar políticas públicas destinadas a melhorar a educação de jovens do sexo feminino como medida tão relevante quanto empreender esforços para elevar o nível de renda familiar (PNUD, 2013, p.06).

O baixo grau de instrução demonstrado no gráfico parece reproduzir o motivo pelo qual estas mulheres foram parar no cárcere diante das desigualdades sociais e a da falta de oportunidades sofridas. Há a hipótese de que aquelas que não partem para o mundo do crime sejam mais resignadas com o contexto social ao qual pertencem.

Quanto aos crimes efetuados pelas mulheres, 62% correspondem ao tráfico de drogas². Entre as tipificações relacionadas ao tráfico de drogas, o crime de Associação para o tráfico corresponde a 16% das incidências e o crime de Tráfico internacional de drogas responde por 2%, sendo que o restante das incidências referem-se à tipificação de Tráfico de drogas, propriamente dita. Vide, abaixo, no Gráfico 5, demonstrando pictoricamente, tais dados:

Figura 06 - Distribuição quanto aos Crimes Tentados/Consumados entre os Registros das Mulheres Privadas de Liberdade, por Tipo Penal (Brasil, 2020)



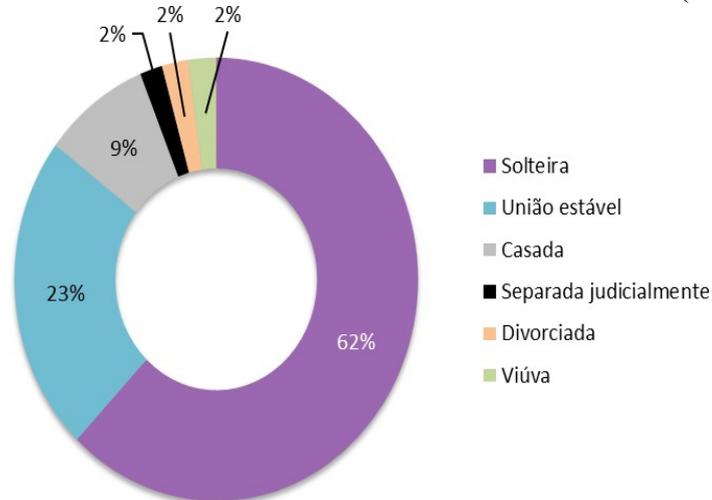
Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias INFOPEN /ano referência 2016.

Portanto, em todo o Brasil, a maior porcentagem dos crimes cometidos por mulheres diz respeito a atividades referentes ao tráfico de drogas, conforme pode ser visualizado no gráfico acima.

² Incluem os crimes de Tráfico de drogas (Art. 12 da Lei 6.368/76 e Art. 33 da Lei 11.343/06), Associação para o tráfico (Art. 14 da Lei 6.368/76 e Art. 35 da Lei 11.343/06) e Tráfico internacional de drogas (Art. 18 da Lei 6.368/76 e art. 33 e 40, inciso I da Lei 11.343/06).

Quanto ao estado civil das mulheres privadas de liberdade no Brasil, são na sua grande maioria solteiras (62%), o que vai ao encontro da já mencionada conclusão acerca da maioria jovem de mulheres encarceradas.

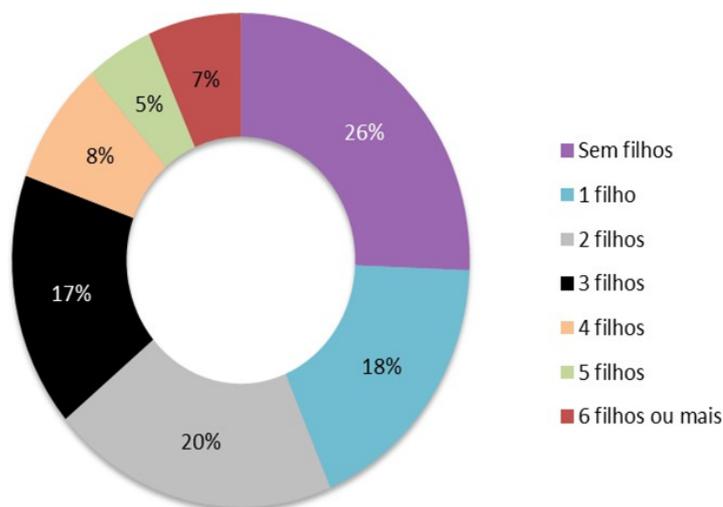
Figura 07 - Estado Civil das Mulheres Encarceradas no Brasil. (Brasil, 2020)



Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias INFOPEN / ano referência 2016

Quanto à quantidade de filhos – informação/dado importante para este estudo – os dados coletados pelo INFOPEN não condizem com a realidade no Brasil, em razão da falta de informações de algumas unidades prisionais, tais como nos estados do Rio de Janeiro e Distrito Federal, que não dispunham de nenhum dado, até janeiro de 2020, compilado a esse respeito. Seguem-se, abaixo, na Figura 8, as informações/dados compilados pelo INFOPEN.

Figura 08 - Número de Filhos das Mulheres Encarceradas no Brasil. (Brasil, 2020)



Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias INFOPEN / ano referência 2016

Desta forma, apenas 7% da população prisional feminina (ano de 2016), foi alcançada para essa pesquisa, correspondendo a uma amostra de 2.689 mulheres sobre as quais se tem informações – sendo certo que, **tal amostra, não alcança a realidade brasileira de 42.355 mulheres presas.**

Em face do exposto, é possível concluir que a população carcerária feminina é notavelmente menor que a masculina, porém, seu número gradativamente aumenta em proporções maiores do que a masculina, tal afirmação, pode ser comprovada pelos dados oficiais informados pelo DEPEN abordados neste trabalho. Entretanto, ainda que elas representem menor contingente numérico, vivem desprovidas de condições mínimas, dignas e adequadas, as quais seriam capazes de proporcionar para elas a oportunidade de após o cárcere retornar a sociedade dentro dos padrões de conduta que correspondam aos anseios sociais.

A mulher reclusa faz parte de estatísticas que evidenciam marginalidade e exclusão: a maioria delas não são brancas, possuem filhos, contam com baixo nível de escolaridade e salvo exceções, cometeram delitos de menor gravidade. Tal desiderato corrobora com a ideia de que a prisão pode ser associada com a desigualdade social, discriminação e seletividade do sistema de justiça penal, que pune os mais vulneráveis de acordo com critérios relacionados à raça, renda e gênero (ESPINOZA, 2004, p.127).

O sistema penitenciário como um todo evidencia as suas falhas nos dados oficiais apresentados, entretanto, o quadro pode ser ainda mais grave, uma vez que a escassez dos dados e algumas informações desconexas por parte dos estados membros dificultam o levantamento dos problemas enfrentados, assim como a formulação de políticas públicas adequadas e eficazes para a melhoria e solução de condições desumanas e degradantes.

3 A ESTRUTURA PRISIONAL BRASILEIRA – ASPECTOS MATERIAIS E JURÍDICOS

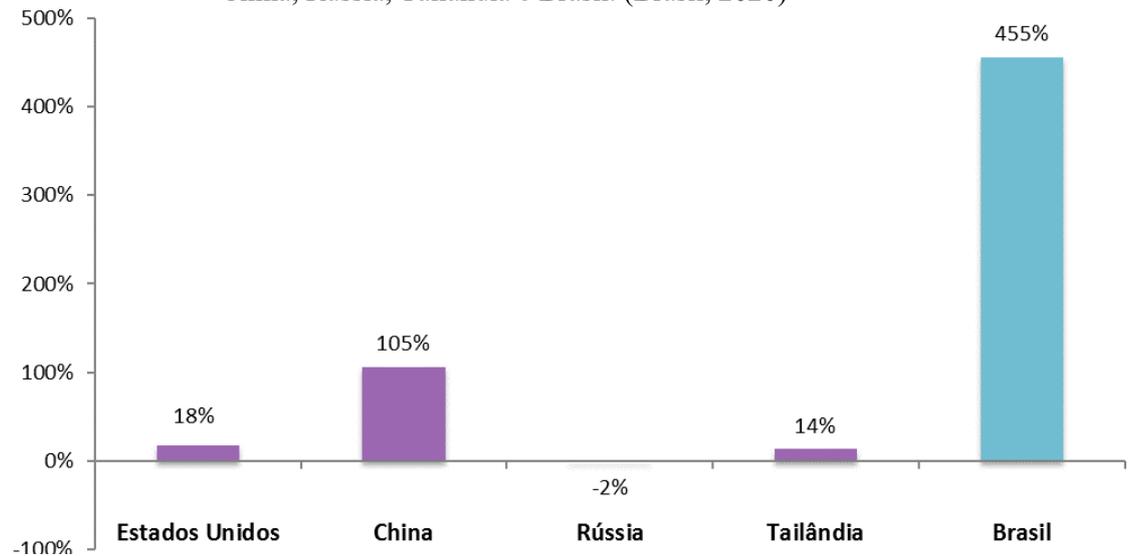
Tecidas as análises/abordagens acerca da historicidade das mulheres presas e o perfil da mulher gestante e mãe encarcerada no Brasil, trilha-se, neste capítulo, a reflexão acerca da estrutura prisional brasileira. Analisa-se, desde já, nesse capítulo, sob o recorte de gênero, os aspectos jurídicos relevantes quanto à prisão em flagrante e a audiência de custódia, no sentido de se observar/verificar/estudar a hipótese (se aplicável) de beneficiar a ‘agente’/mulher com a prisão domiciliar – evitando-se, desse modo, o aprisionamento de mulheres gestantes.

3.1 O ÍNDICE DE ENCARCERAMENTO DE MULHERES NO BRASIL E O CENÁRIO DA ESTRUTURA PRISIONAL BRASILEIRA DE ACORDO COM O GÊNERO

O Brasil, comparado com outros doze países que mais encarceram no mundo, está na quarta posição mundial, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia em relação ao tamanho absoluto de sua população prisional feminina.

Nos dados retirados do INFOPEN (ano 2016) quanto à **evolução da taxa de aprisionamento nos cinco países que mais encarceram mulheres no mundo**, é possível observar que a expansão do encarceramento de mulheres no Brasil não encontra parâmetro de comparabilidade entre o grupo de países. Em um período de 16 anos, entre 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento de mulheres aumentou em 455% no Brasil.

Gráfico 02 - Evolução quanto ao Encarceramento de Mulheres das Mulheres Encarceradas nos EUA, China, Rússia, Tailândia e Brasil. (Brasil, 2020)



Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias INFOPEN / ano referência 2016

O Brasil comparado com outros doze países que mais encarceram no mundo, está na quarta posição mundial, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia em relação ao tamanho absoluto de sua população prisional feminina.

Outra questão que merece ser considerada diz respeito à estrutura precária dos estabelecimentos prisionais, bem assim a fragilidade do estado em implementar os direitos e garantias reconhecidos às internas na CF, na Lei de Execução Penal, além de outras leis extravagantes.

A situação preocupante do sistema prisional, vivenciada, consideravelmente, pelas mulheres presas, e, aqui, observada/descrita no julgamento da ADPF 347 MC/DF, deixa antever as gravíssimas falhas do Estado perante tais presidiárias, e na institucionalização da ‘cultura do encarceramento’, conforme trecho que segue:

[...] A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. A inércia, como dito, não é de uma única autoridade pública – do Legislativo ou do Executivo de uma particular unidade federativa –, e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo. Os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto, vêm se mantendo incapazes e manifestando verdadeira falta de vontade em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. Faltam sensibilidade legislativa e motivação política do Executivo. É possível apontar a responsabilidade do Judiciário no que 41% desses presos, aproximadamente, estão sob custódia provisória. Pesquisas demonstram que, julgados, a maioria alcança a absolvição ou a condenação a

penas alternativas, surgindo, assim, o equívoco da chamada ‘cultura do encarceramento’.[...]

Com relação aos problemas causados pela chamada ‘cultura do encarceramento’, do número de prisões provisórias decorrente de possíveis excessos na forma de interpretar-se e aplicar-se a legislação penal e processual, cabe ao Tribunal exercer função típica de racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal de modo a minimizar o quadro, em vez de agravá-lo, como vem ocorrendo.

A forte violação de direitos fundamentais, alcançando a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial justifica a atuação mais assertiva do Tribunal. Trata-se de entendimento pacificado, como revelado no julgamento do aludido Recurso Extraordinário no 592.581/RS, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, no qual assentada a viabilidade de o Poder Judiciário obrigar a União e estados a realizarem obras em presídios para garantir a integridade física dos presos, independentemente de dotação orçamentaria. Inequivocamente, a realização efetiva desse direito é elemento de legitimidade do Poder Público em geral.

Há mais: apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que veem impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016, grifo nosso).

No que tange aos dados oficiais reportados no julgado acima, o INFOPEN informa crescimento carcerário de 567% entre os anos de 2000 a 2014; que nos estabelecimentos femininos apenas 34% dispõem de cela ou dormitório para gestantes, 32% de berçários e apenas 5% de creche (BRASIL, DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2014).

Vale registrar que a Corte Suprema também utilizou como fundamento no julgado em comento normas internacionais, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Também foi dado destaque à Organização das Nações Unidas, as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros (Regras de Mandela), e **em especial as Regras de Bangkok**, que elencam normas específicas voltadas às mulheres encarceradas.

A despeito de todo esse arcabouço normativo internacional que dá guarida a um tratamento humano e satisfatório às mulheres encarceradas, em especial gestantes e mães de crianças, a realidade é que o Brasil segue descumprindo-as, como bem pontuou em seu voto o Ministro relator do HC Coletivo STF nº 143.641/SP, Ricardo Lewandowski:

[...] Apesar de o Governo Brasileiro ter participado ativamente das negociações para a elaboração das Regras de Bangkok e a sua aprovação na Assembleia Geral das Nações Unidas, até o momento elas não foram plasmadas em políticas públicas consistentes, em nosso país, sinalizando, ainda, o quanto carece de fomento a implementação e a internalização eficaz pelo Brasil das normas de direito internacional dos direitos humanos (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, a).

Assim, o direito de buscar a prestação jurisdicional do Estado deixou de ter uma índole puramente individualista para ganhar uma maior amplitude subjetiva, considerada a possibilidade de figurarem como beneficiários da prestação jurisdicional um conjunto de pessoas com interesses individuais homogêneos, coletivos ou difusos, passando os ordenamentos modernos a admitir a tutela dos direitos coletivos e a tutela coletiva de direitos.

Ainda na mesma linha, conforme ensinamento de Jorge Bheron Rocha (2007, p. 36) sobre o tema:

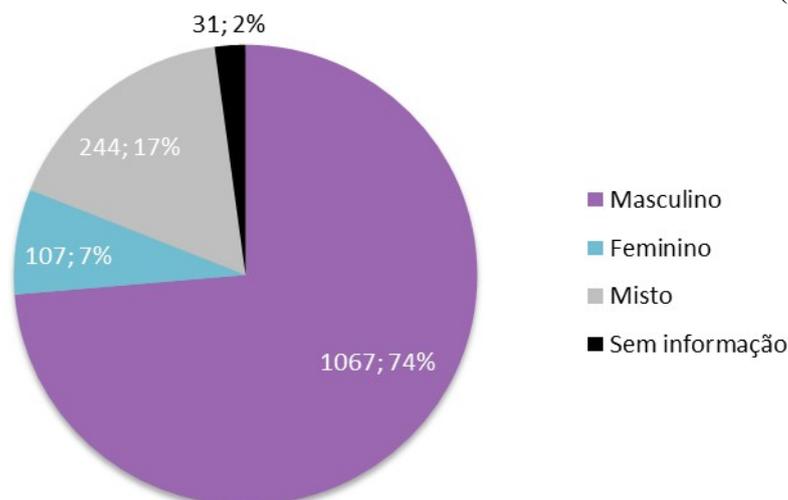
[...] O atual fenômeno da coletivização do processo, resultado da necessidade de se conferir proteção coletiva aos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, tem relação com motivações de ordem histórica, social e econômica que se iniciaram impelidas pelas modificações sociais ocorridas com a Revolução Francesa e que terminaram por desencadear o fenômeno processual coletivo.

Desta feita, diante do cabimento deste *habeas corpus* coletivo, é possível que inovações no ramo da tutela coletiva de direitos individuais venham a promover economia, celeridade processual e igualdade de tratamento entre os jurisdicionados, de modo a lhes assegurar o pleno acesso à justiça. Nesse contexto, o *habeas corpus* coletivo constitui instrumento necessário à tutela da liberdade de locomoção, infelizmente ainda marcada pela desigualdade em nossa sociedade.

Assim, torna-se relevante consignar, nesse contexto, a distribuição/destinação dos estabelecimentos penais no Brasil, de acordo com o gênero, desvelando o despreparo da atual estrutura prisional brasileira, precipuamente quanto às mulheres encarceradas.

Primeiramente, veja-se, na figura abaixo, em **quantidade (e em percentagens)**, os estabelecimentos penais no Brasil, focalizando-se as mulheres encarceradas.

Figura 09 - Distribuição/Número de Estabelecimentos Penais de acordo com o Gênero (Brasil, 2020)



Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias INFOPEN / ano referência 2016

Observa-se na figura 9 que a maior parte dos estabelecimentos penais foi destinada para o público masculino, sendo certo que **74% das unidades prisionais destinam-se aos homens, 7% ao público feminino** e outros 16% são caracterizados como mistos.

De acordo com dados do INFOPEN, a taxa de ocupação no sistema prisional brasileiro, em relação às mulheres, é de 156,7%, conforme registrado em junho de 2016, o que significa dizer que em um espaço destinado originariamente para 10 mulheres, encontram-se custodiadas 16 mulheres no sistema prisional.

Segundo o INFOPEN, o déficit total de vagas no país – que chega a 368 mil vagas – as unidades masculinas respondem por 80% deste déficit, enquanto as unidades femininas somam apenas 2% do déficit total no sistema prisional.

Diante de tal conjuntura/situação (diga-se, alarmante!) em que se encontram as unidades prisionais no país, em junho de 2015 o **Partido Socialismo e Liberdade (PSOL)** ajuizou no Supremo Tribunal Federal a ‘**Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**’, nº. 347, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, **pleiteando o reconhecimento da violação de direitos fundamentais da população carcerária.**

Diante da realidade de superlotação prisional e da gravidade das condições desumanas as quais os/as presos/as são submetidos/as, visava a iniciativa que fosse reconhecido o conceito de ‘estado de coisas inconstitucional’, para sanar as lesões aos direitos fundamentais da Constituição que decorrem da omissão de políticas públicas.

No **juízo da ADPF nº 347/DF43**, todos os ministros do Supremo Tribunal Federal **reconheceram a violação dos direitos fundamentais no sistema penitenciário brasileiro**, ante à inércia e omissão do Estado – União, Estados e Distrito Federal – que se espalha nos três poderes (Judiciário, Legislativo e Executivo).

O Tribunal, por maioria, deferiu em parte a Medida Cautelar, para decretar a realização das audiências de custódia, para que o preso compareça perante a autoridade judiciária no prazo de 24 horas após a sua detenção, e determinou que a União libere o saldo do FUNPEN para que este concretize sua finalidade, além de se abster de realizar novos contingenciamentos.

Nesse contexto, no referido julgado, foi expressamente abordada situação da mulher presa, o que nos auxilia para análise do presente trabalho. Veja-se:

[...] A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. A inércia, como dito, não é de uma única autoridade pública – do Legislativo ou do Executivo de uma particular unidade federativa –, e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo. Os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto, vêm se mantendo incapazes e manifestando verdadeira falta de vontade em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. Faltam sensibilidade legislativa e motivação política do Executivo. É possível apontar a responsabilidade do Judiciário no que 41% desses presos, aproximadamente, estão sob custódia provisória. Pesquisas demonstram que, julgados, a maioria alcança a absolvição ou a condenação a penas alternativas, surgindo, assim, o equívoco da chamada ‘cultura do encarceramento’. [...] Com relação aos problemas causados pela chamada ‘cultura do encarceramento’, do número de prisões provisórias decorrente de possíveis excessos na forma de interpretar-se e aplicar-se a legislação penal e processual, cabe ao Tribunal exercer função típica de racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal de modo a minimizar o quadro, em vez de agravá-lo, como vem ocorrendo. A forte violação de direitos fundamentais, alcançando a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial justifica a atuação mais assertiva do Tribunal. Trata-se de entendimento pacificado, como revelado no julgamento do aludido Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, no qual assentada a viabilidade de o Poder Judiciário obrigar a União e estados a realizarem obras em presídios para garantir a integridade física dos presos, independentemente de dotação orçamentária. Inequivocamente, a realização efetiva desse direito é elemento de legitimidade do Poder Público em geral. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016)

Noutro pórtico, no julgamento do HC Coletivo, os Ministros da Corte apontaram uma falha estrutural que agrava a ‘cultura do encarceramento’, vigente pela imposição desmedida de prisões provisórias a mulheres, principalmente das mais pobres, *in verbis*:

[...] Tal decorre, como já aventado por diversos analistas dessa problemática seja por um proceder mecânico, automatizado, de certos magistrados, assoberbados pelo excesso de trabalho, seja por uma interpretação acrítica, matizada por um ultrapassado viés punitivista da legislação penal e processual penal, cujo resultado leva a situações que ferem a dignidade humana de gestantes e mães submetidas a uma situação carcerária degradante, com evidentes prejuízos para as respectivas crianças.” BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, a)

3.2 ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES QUANTO À PRISÃO EM FLAGRANTE E A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A audiência de custódia consiste em oportunizar à presa em flagrante a sua oitiva, na presença do juiz, do membro do Ministério Público e de seu defensor, para que possa discorrer acerca das condições de sua prisão. Nesta oportunidade, após manifestação do parquet, bem assim da defesa, o juiz irá se pronunciar sobre a possibilidade de relaxamento da prisão, concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança, aplicação das medidas cautelares diversas, ou, ainda, conversão do flagrante em preventiva, analisadas, para tanto, as particularidades do caso concreto, bem assim as condições pessoais e folha de antecedentes penais da autuada.

A disciplina da audiência de custódia tem amparo no artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, promulgada pelo Decreto Presidencial nº 678/92; no artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Decreto Presidencial nº 592/92; nas recomendações do Conselho Nacional de Justiça; e, no Tribunal de Justiça local, nas deliberações contidas no Procedimento Administrativo nº 18.297/2014, do TJDF, rendendo ensejo à sua instituição por meio da Portaria Conjunta nº 101, de 07 de outubro de 2015, publicada no DJ em 14/10/2015, no que se convencionou designar de Núcleo de Audiência de Custódia – NAC.

Veja-se que, na forma do art. 3º da Portaria em comento, o preso em flagrante, em seguida à sua prisão, deve ser apresentado ao juiz competente para presidir a audiência de custódia.

Dessa forma, munido o juiz do auto de prisão em flagrante, ouvirá o autuado acerca das circunstâncias objetivas da sua prisão, após prévia entrevista com o seu advogado.

Em seguida, oportunizadas a manifestação do Ministério Público e da defesa, caberá ao magistrado proferir decisão nos termos do art. 310 do Código de Processo Penal – CPP³, atentando para as possibilidades de deferimento das medidas cautelares alternativas, previstas no art. 319 do mesmo diploma legal, bem assim para a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, conforme os termos do art. 318 da mesma lei.

Portanto, a primeira análise a ser feita é a da legalidade da prisão em flagrante, segundo a inteligência do art. 302 do CPP. Conforme o dispositivo em comento:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Os incisos I e II se referem ao denominado flagrante próprio ou perfeito; o inciso III trata do que se convencionou designar como flagrante impróprio, imperfeito ou quase-flagrante; e o inciso IV se refere ao intitulado flagrante presumido.

Se avaliam, de igual forma, os requisitos formais da prisão em flagrante, na forma do art. 304 e ss. do CPP. Caso padeça de alguma mácula, o caso é de imediato relaxamento da prisão ilegal, conforme o disposto no art. 5º, inciso LXV, da Constituição Federal. Noutra giro, uma vez constatada a higidez material e formal do auto de prisão em flagrante, passa-se à análise da necessidade ou não da sua conversão em preventiva.

Com efeito, a prisão preventiva encontra previsão legal a partir do art. 311 e ss. do CPP e somente juízes ou tribunais podem decretá-la.

Na abordagem da prisão preventiva, mais precisamente na avaliação da sua necessidade, podem ser elencados três momentos distintos, a saber, a existência dos

³ Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

pressupostos (art. 312, segunda parte), fundamentos (art. 312, primeira parte), bem assim as hipóteses de cabimento ou condições de admissibilidade (art. 313).

Pois bem, a prisão preventiva, como espécie de medida cautelar do processo penal, submete-se à existência dos pressupostos consubstanciados no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*. Reside aquele na prova da existência do crime e nos indícios de autoria. Quanto ao *periculum in mora*, a despeito da impropriedade da terminologia mais afeita ao processo civil, se refere ao perigo que a liberdade do agente pode representar para a sociedade ou para o regular andamento do processo.

Quanto aos fundamentos da preventiva, mister se faz conferir o *caput* do art. 312 do CPP, primeira parte, a saber:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. – destaquei.

Pois bem, segundo o magistério de André Nicolitt (2016), reside a garantia da ordem pública em um conceito vago e indeterminado. Pontua o autor que:

[...] a doutrina e a jurisprudência tradicionais têm associado a expressão ora à chamada periculosidade do agente, outras vezes à necessidade de assegurar o “meio social” e também à credibilidade da justiça em face da gravidade ou repercussão do crime.

No concernente à garantia da ordem econômica, envolvem os comportamentos, na forma do art. 36 da Lei nº 12.529/2011 (que Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica), que tenham o condão de, *verbis*:

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Prosseguindo, acerca da conveniência da instrução criminal, envolve todos os comportamentos passíveis, em tese, de colocar em xeque a adequada colheita da prova, em decorrência de uma postura nociva neste sentido por parte do acusado. Envolve neste rol, *v.g.*,

a ameaça a testemunhas e a destruição de provas, atitudes estas que constituem justificativa passível de ensejar a prisão cautelar em questão, para salvaguarda do processo.

Por derradeiro, temos a prisão para assegurar a aplicação da lei penal. Cuida-se do típico exemplo em que o réu realiza ações que apontam para a sua intenção de não se submeter à pena, em caso de condenação, como a mudança de endereço sem a devida comunicação ao juízo processante, ou, na mesma linha, o planejamento de viagem internacional (compra de passagem aérea), sem autorização e conhecimento do juízo da causa.

Noutro giro, o art. 313 do CPP assim elenca as suas hipóteses de cabimento:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

O parágrafo único do art. 312 do CPP ainda preconiza uma outra possibilidade de prisão preventiva, decorrente do descumprimento de quaisquer das obrigações estabelecidas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

Dessa forma, cuidando-se de prisão legal, se na apreciação do caso concreto não restarem observados os pressupostos, fundamentos e circunstâncias de admissibilidade da prisão preventiva, o caso é o de concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança, e aplicação das medidas cautelares do art. 319 do CPP, a critério do juízo da Custódia.

Com efeito, as medidas cautelares diversas da prisão, instituídas no ordenamento pátrio a partir da alteração dada pela Lei nº 12.403/2011, são as seguintes:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

Veja-se que as medidas cautelares surgiram como uma alternativa ao cárcere, mediante o estabelecimento de condições menos gravosas que mantêm o agente vinculado ao processo e cuja inobservância, em tese, pode render ensejo até mesmo à decretação da preventiva.

Questão importante diz respeito ao fato de que a fiança pode ser cumulada com as medidas cautelares, segundo a inteligência do § 4º do art. 319 do CPP.

Não se olvide que, de acordo com art. 323 do CPP, não será concedida fiança nos crimes de racismo, de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos, além dos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Na forma do art. 324 do mesmo diploma legal, também não será, igualmente, concedida fiança, aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 do CPP, em caso de prisão civil ou militar ou quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva.

Embora a vedação da fiança pelo legislador tivesse como mote emprestar um tratamento mais rigoroso aos comportamentos acima elencados, fato é que na prática a vedação importou, por mais paradoxal que possa parecer, justamente em um tratamento mais benéfico a tais agentes, eis que, nessas circunstâncias, os juízes, por óbvio não sendo o caso de conversão

do flagrante em preventiva, acabam optando por conceder a liberdade somente com a cominação das cautelares, enquanto os autuados envolvidos em crimes em tese menos graves, devem suportar não apenas as cautelares, como também a fiança.

Outrossim, em se tratando de crime a que a lei não comine, abstratamente, pena privativa de liberdade superior a 04 (quatro) anos, a autoridade policial poderá fixar o valor da fiança (art. 322 do CPP).

Neste particular, não raro o agente, num primeiro momento, por não dispor de dinheiro para arcar com o valor da fiança fixada pelo delegado de polícia, permanece preso até o momento da audiência de custódia, quando então o magistrado a reduz ou até mesmo isenta o agente do seu recolhimento, conforme autoriza o § 1º do art. 325 do CPP. Neste sentido, se evidenciam, por exemplo os casos que envolvem o delito de embriaguez ao volante.

Por fim, como alternativa à prisão preventiva, diante das condições pessoais de alguns agentes, a lei prevê a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

Neste ponto se subsumi os casos que envolvem as mães e gestantes, objetos deste trabalho.

Sobre a matéria, colhem-se os seguintes dispositivos do CPP:

Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

Interessante registrar, ademais, que após a decisão constante do HC coletivo, sobreveio nova alteração no CPP, por meio da Lei nº 12.769, de 2018, mais precisamente a inclusão dos

arts. 318-A e 318-B, e que vieram a cancelar, em linhas gerais, o mandamento constante do supramencionado *mandamus*.

Confira-se:

Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que:

- I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;
- II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.

Art. 318-B. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código.

Como arremate, é possível inferir que, na análise da questão referente à prisão das mulheres gestantes e mães de filhos menores de até 12 (doze) anos de idade incompletos, é de se observar o seguinte iter:

- a) Inicialmente, analisa-se se é o caso de relaxamento da prisão;
- b) Caso não seja, avalia-se se é o caso de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, com ou sem fiança, *a contrario sensu* da existência dos pressupostos, fundamentos e circunstâncias de admissibilidade da prisão preventiva;
- c) Por derradeiro, mesmo que se cuide de caso de conversão do flagrante em preventiva, há que se observar se não é o caso de, como medida menos drástica, beneficiar a agente com a prisão domiciliar.

Recentemente, foi aprovada a Lei 13.964/2019, proveniente de um projeto do Governo denominado de Pacote Anticrime. Com a sua aprovação pelo Congresso Nacional, o Código Penal sofre alterações a partir do início de sua vigência, fixada para 30 dias após a publicação oficial.

A mencionada lei traz alterações e inovações na legislação penal e processual penal. No contexto do trabalho, algumas considerações importantes a serem informadas.

O art. 282 do CPP, em seu § 6º assim previa: “[...] A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).”

E foi alterado para a seguinte redação:

[...] A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada. (BRASIL, 2019)

Desta forma, verifica-se que o juiz terá que fundamentar de forma individual o caso da mulher que ficará presa preventivamente e o não cabimento da prisão domiciliar.

Outra alteração sensível e benéfica é a alteração do art. 310 do CPP, que teve a inclusão do prazo de **24 horas** para que se realize a audiência de custódia e se fundamente a sua motivação:

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:

§ 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

§ 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.

§ 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no **caput** deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão.

§ 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no **caput** deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva. (grifamos, BRASIL, 1941)

Na mesma linha, o art. 315 do CPP requer a obrigatoriedade de a decisão que dispor sobre a prisão preventiva seja fundamentada e suas exceções, trazendo mais segurança nos pronunciamentos judiciais:

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.

§ 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

- II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
- III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
- IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
- VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (BRASIL, 1941)

De todas as alterações, talvez essa seja a de maior importância para essa classe de mulheres, e que consiste de que no prazo de 90 dias será feita a revisão da prisão, onde pode ser verificado ainda remanescem os requisitos ensejadores da custódia preventiva:

Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.” (NR).

Em face do exposto, é possível concluir que as prisões femininas não estão adequadas satisfatoriamente para receber e atender as necessidades dessas mulheres, em especial as gestantes que necessitam de cuidados diferenciados durante a gravidez e após o nascimento dos seus filhos.

Nesse aspecto, a despeito de a audiência de custódia também ter representado um avanço, ao permitir o imediato contato da presa em flagrante com o juiz, a fim de aferir as circunstâncias e legalidade da prisão, no que diz respeito as mulheres objeto deste trabalho, ainda não se mostra capaz de garantir e assegurar os seus direitos, notadamente quando há a sua conversão em preventiva.

4 A MATERNIDADE NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: O SISTEMA LEGAL DE REGÊNCIA E AS DIMENSÕES SIGNIFICATIVAS DO APRISIONAMENTO FEMININO NO BRASIL

No presente tópico são analisadas as principais normas que regem a matéria. De igual forma, aborda-se a importância do convívio entre mães e filhos e as consequências deletérias da permanência de crianças no cárcere, além da própria separação entre elas e suas genitoras.

Em termos jurídicos tem-se várias normas que permeiam o tema; a Constituição Federal, o Código de Processo Penal, a Lei de Execuções Penais, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o Estatuto da Primeira Infância, além de normas internacionais de proteção à pessoa humana.

Partindo da lei maior do país, na Constituição Federal encontram-se os seguintes preceitos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

inciso II - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

[...]

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

[...]

inciso XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado (...);

[...]

inciso L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

[...]

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

[...]

inciso XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Além, do artigo 6º, que visa a proteção a maternidade e a infância. Vale destacar, nesse contexto, quiçá um dos mais importantes preceitos constitucionais a ser aplicados neste estudo, o art. 5º, inciso XLV, ao prever que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado.

Cuida-se de um conceito suficientemente claro, a indicar que a única pessoa a ser responsabilizada e penalizada pela realização de um crime deve ser o próprio criminoso, não podendo nenhuma outra receber algum tipo de resposta estatal ou punição, caso não tenha – ela própria – cometido o delito.

Nessa linha de argumentação, imputar essa penalização à criança que está no ventre das mulheres que se encontram na condição de internas do sistema é ir de encontro a tal preceito.

Antes de adentrar-se nas demais normas, fica evidenciado, apenas com o contido em na Constituição Federal de 1988, que hodiernamente se observa um sistemático e recorrente desrespeito às mulheres encarceradas, em especial às crianças nascidas dessas detentas.

Em prosseguimento, registra-se, ainda, a Lei de Execuções Penais, com a alteração que lhe foi dada pela Lei 11.942/2009, que prevê:

Art. 14 A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

[...]

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

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.

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

No Estatuto da Criança e Adolescente, em seu art.8º, parágrafo 10, dispôs que incumbe ao poder público garantir, à gestante e a mulher com filho na primeira infância que se encontrem

sob custódia em unidade de privação de liberdade, uma ambiência que atenda às normas sanitárias e assistenciais do sistema único de saúde para o acolhimento do filho, visando ao desenvolvimento integral da criança.

Prevê ainda, em seu artigo 9º, que incumbe ao poder público a competência para prestar condições adequadas ao aleitamento materno. Nessa linha, cabe citar a Resolução n. 14 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária que dispõem com a mesma preocupação em manter as presas/mães possam ficar com seus filhos durante o período de amamentação.

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (art.3º ECA).

E a preocupação se estendeu no art.15, visando a essas crianças o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis (art.15 ECA).

Importante destacar, ademais, a constante preocupação do legislador quanto a essa temática, o que motivou a alteração significativa do Estatuto da Criança e do Adolescente, com a recente edição do Estatuto da Primeira Infância (Lei 13.257/2016).

A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante à efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. Veja-se:

Art. 8º É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção § 1º O atendimento pré-natal será realizado por profissionais da atenção primária.

[...]

§ 2º Os profissionais de saúde de referência da gestante garantirão sua vinculação, no último trimestre da gestação, ao estabelecimento em que será realizado o parto, garantido o direito de opção da mulher.

§ 3º Os serviços de saúde onde o parto for realizado assegurarão às mulheres e aos seus filhos recém-nascidos alta hospitalar responsável e

contrarreferência na atenção primária, bem como o acesso a outros serviços e a grupos de apoio à amamentação.

§ 4º Incumbe ao poder público proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal.

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

§ 6º A gestante e a parturiente têm direito a 1 (um) acompanhante de sua preferência durante o período do pré- natal, do trabalho de parto e do pós-parto imediato.

§ 7º A gestante deverá receber orientação sobre aleitamento materno, alimentação complementar saudável e crescimento e desenvolvimento infantil, bem como sobre formas de favorecer a criação de vínculos afetivos e de estimular o desenvolvimento integral da criança.

§ 8º A gestante tem direito a acompanhamento saudável durante toda a gestação e a parto natural cuidadoso, estabelecendo-se a aplicação de cesariana e outras intervenções cirúrgicas por motivos médicos.

§ 9º A atenção primária à saúde fará a busca ativa da gestante que não iniciar ou que abandonar as consultas de pré- natal, bem como da puérpera que não comparecer às consultas pós-parto.

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

Art. 9º O poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade.

§ 1º Os profissionais das unidades primárias de saúde desenvolverão ações sistemáticas, individuais ou coletivas, visando ao planejamento, à implementação e à avaliação de ações de promoção, proteção e apoio ao aleitamento materno e à alimentação complementar saudável, de forma contínua.

§ 2º Os serviços de unidades de terapia intensiva neonatal deverão dispor de banco de leite humano ou unidade de coleta de leite humano.

A mesma lei em comento (Primeira Infância, nº 13.257/16) também foi alterada e foram ampliadas as hipóteses que possibilitam a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, constantes no art. 318 do Código de Processo Penal:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - maior de 80 (oitenta) anos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - gestante; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

Art. 318-B. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018 – nosso grifo).

Vale destacar, o recente Decreto de 12 de abril de 2017, que previu a concessão de indulto especial e comutação de penas às mulheres presas.

Art. 1º O indulto especial será concedido às mulheres presas, nacionais ou estrangeiras, que, até o dia 14 de maio de 2017, atendam, de forma cumulativa, aos seguintes requisitos:

I - não estejam respondendo ou tenham sido condenadas pela prática de outro crime cometido mediante violência ou grave ameaça;

II - não tenham sido punidas com a prática de falta grave; e

III - se enquadrem, no mínimo, em uma das seguintes hipóteses:

a) mães condenadas à pena privativa de liberdade por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, que possuam filhos, nascidos ou não dentro do sistema penitenciário brasileiro, de até doze anos de idade ou de qualquer idade se pessoa com deficiência, nos termos da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 - Estatuto da Pessoa com Deficiência, que comprovadamente necessite de seus cuidados, desde que cumprido um sexto da pena;

[...]

e) gestantes cuja gravidez seja considerada de alto risco, condenadas à pena privativa de liberdade, desde que comprovada a condição por laudo médico emitido por profissional designado pelo juízo competente;

[...]

Art. 2º A comutação da pena privativa de liberdade será concedida às mulheres, nacionais e estrangeiras, nas seguintes proporções:

[...]

II - em dois terços, se não reincidentes, quando se tratar de mulheres condenadas por crime cometido sem violência ou grave ameaça e que tenham filho menor de dezesseis anos de idade ou de qualquer idade se considerado pessoa com deficiência ou portador de doença crônica grave e que necessite de seus cuidados, desde que cumprido um quinto da pena até 14 de maio de 2017; e

III - à metade, se reincidentes, quando se tratar de mulheres condenadas por crime cometido sem violência ou grave ameaça e que tenha filho menor de dezesseis anos de idade ou de qualquer idade se considerado pessoa com deficiência ou portador de doença crônica grave e que necessite de seus cuidados, desde que cumprido um quinto da pena até 14 de maio de 2017.

E por último, mas não menos importante, destacamos as normativas internacionais que envolvem o presente estudo, a saber, 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 de Bangkok.

Visível que, apesar de todos esses comandos normativos, no sentido de se exigir a aplicação da proteção a maternidade e ao melhor interesse da criança, ainda não se operacionalizam com soluções pertinentes e eficazes, que são exigidas ao caso.

Diante de tantas violações, se evoluiu para uma inovação jurisprudencial no país, o *Habeas Corpus* Coletivo (nº 143.641), visando minimizar a morosidade nos julgados, decisões díspares e a clara supressão de direitos dessas mulheres e crianças.

No esteio de tais reflexões, são tecidos, abaixo, aportes analíticos sobre: o direito da criança à convivência familiar; a separação dos filhos da mulher privada de liberdade – desdobramentos / implicações; o contexto legal e implicações jurídicas concernentes à permanência dos filhos com as mães em estabelecimentos penais; os direitos coletivos em sentido amplo; os direitos difusos; os direitos coletivos em sentido estrito; os direitos individuais homogêneos; e, a legitimação para propor demandas coletivas.

4.1 O DIREITO DA CRIANÇA À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Como corolário lógico do princípio do ‘melhor interesse da criança’, decorre o direito à convivência familiar. Se a família é o núcleo primeiro e base da formação do indivíduo, não

se pode furtar a criança de se ver acolhida nesse contexto. Conforme leciona Thiago Rosa Soares (2018, p. 267):

A família não é protegida por ser um ente finalizado em si mesmo. A função dessa proteção decorre do fato de ser a família o local por excelência do desenvolvimento da pessoa, por ser o microcosmos onde se define a personalidade, ente de proteção e acolhimento do indivíduo.

Se, por um lado, a permanência da criança no cárcere, em companhia de sua genitora, visa assegurar que tenha as suas necessidades básicas atendidas, notadamente em função da maior proximidade com a mãe, por outro não se pode descurar que nessas condições permanece alijada da possibilidade de sair, conhecer novos lugares, interagir com outras pessoas, inclusive outros familiares, afigurando-se, destarte, restrição inadmissível a um espectro de direitos que encontra salvaguarda não apenas na Constituição Federal, o que já seria suficiente para a sua implementação, mas em incontáveis diplomas nacionais e internacionais.

O já mencionado marco legal da Primeira Infância – Lei 13.257/2016 – se refere ao direito à convivência familiar em seu art. 5º, *verbis*:

Art. 5º. Constituem áreas prioritárias para as políticas públicas para a primeira infância a saúde, a alimentação e a nutrição, a educação infantil, a **convivência familiar** e comunitária, a assistência social à família da criança, a cultura, o brincar e o lazer, o espaço e o meio ambiente, bem como a proteção contra toda forma de violência e de pressão consumista, a prevenção de acidentes e a adoção de medidas que evitem a exposição precoce à comunicação mercadológica. (BRASIL, 2016, grifo nosso).

No mesmo norte, o art. 13, ao explicitar o papel do Estado, em suas três esferas, no sentido de apoiar as famílias necessitadas em redes de proteção específicas:

Art. 13. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios apoiarão a participação das famílias em redes de proteção e cuidado da criança em seus contextos sociofamiliar e comunitário visando, entre outros objetivos, à **formação e ao fortalecimento dos vínculos familiares** e comunitários, com prioridade aos contextos que apresentem riscos ao desenvolvimento da criança. (BRASIL, 2016, grifo nosso)

Acerca do tema, cumpre trazer à colação os seguintes julgados do STF e do STJ, envolvendo, respectivamente, matéria de extradição e expulsão, e as consequências com relação a filhos menores do estrangeiro, de nacionalidade brasileira:

QUESTÃO DE ORDEM. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. EXTRADIÇÃO EXECUTÓRIA. EMISSÃO DE CHEQUES SEM FUNDOS.

TÍTULOS PRÉ-DATADOS. PRISÃO PARA FINS DE EXTRADIÇÃO. EXAME DA NECESSIDADE E DA PROPORCIONALIDADE DO APRISIONAMENTO. ESTRANGEIRO REQUESTADO QUE RESIDE NO BRASIL HÁ MAIS DE SETE ANOS. COMPROVAÇÃO DE QUE EXERCE ATIVIDADE LABORAL LÍCITA. ESPECIALÍSSIMA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À FAMÍLIA. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PARA FINS EXTRADICIONAIS, MEDIANTE O CUMPRIMENTO DE CONDIÇÕES. 1. Prevalece na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a prisão preventiva para fins de extradição constitui requisito de procedibilidade da ação extradiciona, não se confundindo com a segregação preventiva de que trata o código de processo penal. 2. Esse entendimento jurisprudencial já foi, por vezes, mitigado, diante de uma tão vistosa quanto injustificada demora na segregação do extraditando e em situações de evidente desnecessidade do aprisionamento cautelar do estrangeiro requestado. 3. O processo de extradição se estabelece num contexto de controle internacional da criminalidade e do combate à proliferação de "paraísos" ou valhacoutos para trãsfugas penais. **O que não autoriza fazer da prisão preventiva para extradição uma dura e fria negativa de acesso aos direitos e garantias processuais de base constitucional, além de enfaticamente proclamados em tratados internacionais de que o Brasil faz parte; sobretudo em face da especialíssima proteção à família, pois o certo é que se deve assegurar à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar (arts. 226 e 227), já acentuadamente prejudicada com a prisão em si do extraditando.** 4. Sendo o indivíduo uma realidade única ou insimilar, irrepetível mesmo na sua condição de microcosmo ou de um universo à parte, todo instituto de direito penal que se lhe aplique há de exibir o timbre da personalização. Em matéria penal é a própria Constituição que se deseja assim personalizada ou orteguianamente aplicada (na linha do " eu sou eu e minhas circunstâncias", como enunciou Ortega y Gasset), a partir dos graves institutos da prisão e da pena, que têm seu regime jurídico central no lastro formal dela própria, Constituição Federal. 5. A prisão preventiva para fins extradicionais é de ser balizada pela necessidade e pela razoabilidade do aprisionamento. Precedentes do plenário do Supremo Tribunal Federal. 6. No caso, os fatos protagonizados pelo extraditando (emissão de cheques sem fundos) se acham naquela tênue linha que separa os chamados ilícitos penais dos ilícitos civis. A evidenciar a ausência de periculosidade social na liberdade do agente. Aliando-se a isso a falta de elementos concretos que permitam a elaboração de um juízo minimamente seguro quanto a risco de fuga do extraditando ou de qualquer outra forma de retardamento processual. **7. Se a história de vida do extraditando no Brasil não impede o deferimento do pedido de entrega, obriga o julgador a um mais refletido exercício mental quanto às seqüelas familiarmente graves da prisão cautelar. Prisão que, na concreta situação deste processo, implicaria a total desassistência material do filho menor do estrangeiro requestado e de sua esposa doméstica.** 8. Questão de ordem resolvida para revogar a prisão preventiva do extraditando, mediante o cumprimento de explicitadas condições. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, grifo nosso)

HABEAS CORPUS. EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO. ART. 75, II, B, DA LEI Nº 6.815/80. FILHA BRASILEIRA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. RESIDÊNCIA NO BRASIL. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉCONSTITUÍDA. FATOS CONTROVERTIDOS. IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA EM SEDE DE HABEAS CORPUS. ORDEM DENEGADA.

1. Inicialmente, cumpre ressaltar que, em sede de habeas corpus, todos os fatos alegados com vistas a demonstrar a ilegalidade do ato tido por coator devem estar comprovados de plano, de modo que, da simples leitura da documentação juntada aos autos, se possa verificar a ofensa ao direito do paciente. Por ser inviável a dilação probatória nesta via, não há como conhecer do writ quando os fatos apresentados forem controvertidos. 2. **Quanto ao tema em debate no presente habeas corpus, verifica-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido da impossibilidade de expulsão de estrangeiro que tenha filho brasileiro dele dependente.** 3. **O fundamento para a permanência do estrangeiro no território brasileiro é a necessidade de proteção dos interesses do menor, sejam econômicos ou afetivos, entendendo-se que a disposição constante do art. 75, II, b, da Lei nº 6.815/80, "foi introduzida pela Lei nº 6.964, de 09/12/81 e deve ser interpretada em consonância com a legislação superveniente, especialmente com a CF/88, a Lei nº 8.069 (ECA), de 13.07.90, bem como, as convenções internacionais recepcionadas por nosso ordenamento jurídico. A partir dessas inovações legislativas, a infância e a juventude passaram a contar com proteção integral, que as insere como prioridade absoluta, garantindo, entre outros, o direito à identidade, à convivência familiar e comunitária, à assistência pelos pais" (HC 31.449/DF, 1ª Seção, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 31.5.2004).** Assim, busca-se resguardar, além da subsistência da criança brasileira, a sua convivência com a família. 4. Na hipótese em análise, contudo, não está evidenciado que a criança, de fato, reside com sua família no Brasil, ou que depende do seu pai. 5. O impetrante juntou aos autos uma declaração da esposa do paciente em que afirma que mora em cidade de Mato Grosso do Sul com sua filha e que esta depende economicamente do pai. Entretanto, não foi apresentado nenhum comprovante de residência, tampouco demonstrada a alegada dependência financeira. 6. Por outro lado, o Sr. Ministro de Estado da Justiça, ao prestar informações, juntou cópia do depoimento prestado pelo paciente no momento de sua prisão, no qual afirma que sua esposa, de nacionalidade paraguaia, mora em Capitão Bado, no Paraguai, e que sua filha brasileira reside com a mãe (fl. 93). Consta, ainda, do depoimento, a declaração de que a menor teria nascido no território brasileiro apenas pelo fato de o hospital situado no Estado de Mato Grosso do Sul ser o mais próximo na região. 7. Destarte, observa-se que há controvérsia acerca da residência da menor e de sua família, bem como da sua dependência econômica em relação pai, o que inviabiliza o acolhimento da pretensão nesta via do habeas corpus, haja vista a impossibilidade de dilação probatória. 8. Ordem denegada. (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2008, grifo nosso).

No julgado acima, conquanto não tenha sido acolhida a pretensão do impetrante, um estrangeiro, de permanecer no país para não ser afastado do filho, tal se deu em função da ausência de provas da convivência entre ambos, segundo se infere da leitura do acórdão. Nada obstante, restou assentado no *decisum*, de forma expressa, a preponderância dos interesses da infância e da juventude, dentro da doutrina de proteção integral albergada pelo estado brasileiro, donde se infere que, houvesse logrado êxito em demonstrar que convivia com o menor, por certo o *mandamus* lhe seria concedido.

Tamanha é a amplitude da questão que no julgado em comento é expressa a menção de que a jurisprudência do STJ sedimentou-se no sentido de não acolher a expulsão de estrangeiro com filho brasileiro dele dependente.

Também em questões envolvendo a destituição do poder familiar e o afastamento dos pais registra-se evidência de que o direito da convivência familiar do menor encontra amparo, como se deduz do aresto que segue, também do STJ:

HABEAS CORPUS. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR E DE AFASTAMENTO DOS PAIS REGISTRAIS. SUSPEITA DE OCORRÊNCIA DA CHAMADA "ADOÇÃO À BRASILEIRA". HABEAS CORPUS CONTRA DECISÃO DE RELATOR. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 691 DO STF. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE ABRIGAMENTO DE CRIANÇA. INEXISTÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DE SUFICIENTE RELAÇÃO AFETIVA ENTRE PRETensa GUARDIÃ E A INFANTE. DESABRIGAMENTO DO MENOR E COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA PREVIAMENTE INSCRITA NO CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE NOVO ROMPIMENTO DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR. NÃO OCORRÊNCIA DE DECISÃO FLAGRANTEMENTE ILEGAL OU TERATOLÓGICA. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A teor da Súmula nº 691 do STF, não se conhece de habeas corpus impetrado contra decisão liminar de relator proferida em outro writ, exceto na hipótese de decisão teratológica ou manifestamente ilegal, o que não se verificou no caso. 2. **A jurisprudência desta eg. Corte Superior tem decidido que não é do melhor interesse da criança o acolhimento temporário em abrigo, quando não há evidente risco à sua integridade física e psíquica, com a preservação dos laços afetivos eventualmente configurados entre a família substituta e o adotado ilegalmente. Precedentes. 3. Todavia, em hipóteses excepcionais, nas quais não se chegou a formar laços afetivos suficientes entre o infante e a família que o registrou e adotou ilegalmente, em razão do pouquíssimo tempo de convivência entre eles (dois meses), bem como diante do desabrigo e do acolhimento da criança por nova família que seguiu os trâmites legais da adoção, aguardou a vez no cadastro nacional de adoção e vem cuidando do bem estar físico e psicológico da criança e proporcionando um desenvolvimento sadio, não é recomendável nova ruptura da convivência familiar do paciente. Observância dos princípios do melhor interesse e da proteção integral da criança. 4. Também em situações excepcionais, a jurisprudência desta eg. Corte Superior, em observância aos princípios do melhor interesse e da proteção integral da criança, opta pelo acolhimento institucional de criança em hipóteses de indícios ou prática de "adoção a brasileira" em detrimento da sua colocação na família que a acolhe. Precedentes. 5. Ordem denegada. (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016, grifo nosso).**

4.2 A SEPARAÇÃO DOS FILHOS DA MULHER PRIVADA DE LIBERDADE – DESDOBRAMENTOS / IMPLICAÇÕES

Estudos recentes, indicam que os primeiros mil dias de vida são determinantes para o futuro da criança. Esse período, que inicia-se na gravidez e vai até o bebê completar três anos de idade, que os sistemas nervoso e imunológico se desenvolvem para que a criança tenha a chance de se tornar um adulto saudável no aspecto físico e emocional.

Para a diretora da Sociedade Brasileira de Pediatria, Maria Tereza da Costa (2019), crianças que têm privação do estímulo naturalmente podem ter dificuldade futuras para inserção no aprendizado e no trabalho: “[...] Não são exercícios e atitudes difíceis. São atitudes, muitas vezes, muito naturais, mas que a gente vem perdendo e achando que é algo que tem a ver só com o conhecimento científico. Na verdade tem a ver com a interação humana”.

O Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) (nacoesunidas.org/primeiros-momentos-sao-centrais-para-desenvolvimento-cerebral-das-criancas-diz-unicef/) ressalta a iniciativa de aumentar a consciência sobre a importância dos primeiros mil dias de vida de uma criança e o impacto das experiências precoces no cérebro em desenvolvimento.

Afirma que durante esse período, as células cerebrais podem fazer até mil novas conexões a cada segundo – uma velocidade única na vida. Essas conexões contribuem para o funcionamento e a aprendizagem do cérebro das crianças e lançam as bases para a saúde e a felicidade delas no futuro e que a falta de cuidado – que inclui nutrição adequada, estimulação, amor e proteção contra o estresse e a violência – pode impedir o desenvolvimento dessas conexões fundamentais.

Pesquisa realizada no âmbito do Projeto ‘Pensando Direito’, da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ, 2015), em parceria com o Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA), identificou que a maioria das mulheres em situação prisional no Brasil, inclusive grávidas e puérperas, seriam jovens, de baixa renda, *em geral mães*, respondendo pela prática de crimes relacionados ao tráfico de drogas ou contra o patrimônio, *presas provisórias*, e em menor número, presas condenadas por crimes também dessa natureza.

Na penitenciária do Estado do Paraná, foi criada, através da Lei Estadual nº 9.304/90, foi criada a Creche Pré-Escolar “Cantinho Feliz na Penitenciária Estadual Feminina”, que é

considerada a única que atende os requisitos de instalações para que as mães possam ficar com seus filhos. que cumprem penas no período de aleitamento até os 06 anos de idade, enquanto não possuem condições de sobrevivência com a família (art. 1º, parágrafo único).

Vale lembrar, que o Estatuto da Criança e Adolescente - ECA, ao tratar do tema, em seu art. 19, §1º, dispôs que toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 06 (seis) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta.

O art. 19, em seu §2º do ECA, neste sentido, regulamenta que a permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 02 (dois) anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária.

É o Estatuto da Criança e do Adolescente prioriza a manutenção ou reintegração de criança ou adolescente no ambiente familiar em relação a qualquer outra medida de acolhimento (art. 19, §3º, do ECA).

Vale lembrar que a lei estabelece também que os estabelecimentos penais femininos serão dotados de berçário, onde as condenadas possam amamentar seus filhos (artigo 83 parágrafo 2º). No artigo 89, rege que a penitenciária feminina poderá ser dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para as crianças que ficarem desamparadas.

Entretanto, não há uma regulamentação nem mesmo obrigatoriedade em relação às creches que estipule, por exemplo, a idade de permanência da criança no presídio, e muito menos quais serviços devem ser disponibilizados pela creche.

Embora todas essas regulamentações a fim de destinar um ambiente menos hostil na unidades prisionais (em decorrência da situação prisional de suas genitoras), entende-se que pode ele acarretar um prejuízo no desenvolvimento psíquico, educacional, social, físico dessas crianças.

Seguem, abaixo, algumas considerações relativas aos institutos jurídicos em comento:

- No que diz respeito à **prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência**, na atualidade, a concessão está vinculada aquelas mulheres cujo crime cometido não empregou violência ou grave ameaça a pessoa, nem foi praticado contra o seu descendente;

a) No caso de **presa gestante**: no Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal e nos Tribunais Superiores (STF e STJ) vinha prevalecendo o entendimento de que não bastaria a simples comprovação da gestação por parte da mulher presa, sendo necessário que se comprovasse que o estabelecimento penal não dispunha de instalações adequadas e cuidados médicos necessários para o acompanhamento da gestação. Notava-se, porém, cada vez mais o surgimento de posições que tendiam a modificar este cenário, daí a necessária cautela que já devia existir nas conclusões generalizadas nesta seara. Este último cenário reforça-se, inclusive, a partir da decisão proferida em sede do HC Coletivo n. 143.641/SP, pela 2^a Turma do Supremo Tribunal Federal e da inserção do art. 318-A do CPP os quais, em certa medida, passaram a **presumir a inexistência de condições adequadas nos estabelecimentos penais**;

b) No caso da **detenta com criança de até 12 (dose) anos incompletos de idade sob seu cuidado**:

b.1) no **TJDF**, vinha prevalecendo que devia restar comprovada uma demonstração da indispensabilidade da mulher presa para o desenvolvimento de seus filhos, após a concessão do HC coletivo, houve uma sensível melhora, mais ainda prevalece as situações da prisão, principalmente em relação ao crime de tráfico de drogas ;

b.2) no **STJ**, vinha prevalecendo que o art. 318, inciso V, do CPP não condicionava esta prisão domiciliar à comprovação da imprescindibilidade dos cuidados com os filhos, Ministro Néfi Cordeiro, vem se destacando com decisões a favoráveis a respeito do tema.

b.3) no **STF (2a Turma)**, se constatava uma divergência de entendimentos dentro da mesma Turma, pois: **i)** por um lado, uma decisão de relatoria do Ministro

Teori Zavascki capitaneava o entendimento de que a conversão da prisão preventiva em domiciliar não se daria de forma automática e estaria, por isto, condicionada à presença de elementos subjetivos relativos à imprescindibilidade da genitora para com os cuidados dos filhos, tutelando-se os interesses da criança e do adolescente que devem prevalecer quando houver convencimento do juiz; **ii)** por outro lado, o Ministro Gilmar Mendes já tinha reconhecido que esta prisão domiciliar, por encontrar respaldo legal na proteção à maternidade e à infância, estaria voltada a priorizar o bem-estar do menor e do nascituro, principalmente em razão dos cuidados necessários em seu nascimento e na futura fase de amamentação, cruciais para seu desenvolvimento, sendo por isto desnecessária qualquer outra condição fática. Com advento do HC coletivo – que agora ganha reforço pelas novas disposições do art. 318-A do CPP – fortalecem este último argumento, procurando estabelecer que a concessão do benefício seria a *regra*, ainda que reservando algum espaço para hipóteses excepcionais de manutenção cautelar;

- No que diz respeito à **prisão domiciliar no curso da execução da pena** tem-se que, embora a Lei de Execução Penal autorize a concessão de prisão domiciliar somente à presa condenada *em regime aberto*, os Tribunais vinham flexibilizando essa possibilidade, em situações peculiares, como no caso de condenadas gestantes, com filhos menor ou deficiente físico ou mental (art. 117, incs. III e IV, da LEP) em cumprimento de regimes prisionais semiaberto e fechado. Com o advento da Lei n. 13.769/2018, passou-se a autorizar progressão especial de regime com critérios diferenciados para as mulheres que se encontrem em situações peculiares, o que poderá levar a uma reinterpretação jurisprudencial.

4.3 O CONTEXTO LEGAL E IMPLICAÇÕES JURÍDICAS CONCERNENTES À PERMANÊNCIA DOS FILHOS COM AS MÃES EM ESTABELECIMENTOS PENAIIS

De início, cumpre referir que a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ), atuando em parceria com o Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA) realizou pesquisa acerca da temática em comento no bojo do Projeto “Pensando Direito”.

Consoante o resultado da pesquisa em tela, no ano de 2012 as mulheres representavam 6,4% da população prisional do país, o que em números absolutos significava 35.072, de um total de 548.003 indivíduos presos. Entre 2008 e 2011, foi verificado um crescimento de 27% na região Norte, 28% no Sul, 28% no Nordeste, 8% no Sudeste e 9% no Centro-Oeste. Entre os anos de 2000 a 2012, a população carcerária masculina cresceu 130%, enquanto a feminina teve um aporte de 246%. Dados do ano 2000 apontavam que a população carcerária feminina era de 10.112 presas, tendo esse número saltado para mais de 35.000 em 2012 (IPEA, 2015).

A pesquisa identificou, ademais, que a maioria das mulheres presas no Brasil, são jovens, de baixa renda, em geral mães, respondendo pelos crimes relacionados ao tráfico de drogas ou contra o patrimônio. (IPEA, 2015. p. 15)

Nesse contexto de flagrante e exponencial aumento da massa carcerária feminina, o Estatuto da Criança e Adolescente, ao tratar das unidades de acolhimento institucional, em seu art. 19, §1º, dispôs que toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 06 (seis) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta.

O art. 19, do ECA, em seu § 2º, preconiza que a permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 02 (dois) anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária.

O que se demonstra, portanto, é que o Estatuto da Criança e do Adolescente prioriza a manutenção ou reintegração de criança ou adolescente no ambiente familiar, em detrimento a qualquer outra medida de acolhimento (art. 19, §3º, do ECA).

E, diante do ambiente hostil no qual essas crianças acabam permanecendo (em decorrência da situação prisional de suas genitoras), não é desarrazoado crer que tal condição pode resultar em prejuízo ao seu desenvolvimento psíquico, educacional, social e físico.

Assim, muito embora algumas penitenciárias possuam creches, é necessário reconhecer que essa situação, ainda assim, longe está de ser a ideal. Afinal, essas crianças vivem

dentro das penitenciárias femininas e terminam por sofrer, de forma inequívoca, os reflexos da privação de liberdade de suas mães.

A pesquisa reporta, ademais, os relatos das presas em relação ao destino das crianças. Deixa antever que alguns fatores pesam mais nessa escolha, como o tempo de pena, a existência de familiares confiáveis para assumir a guarda, o primeiro filho, o apoio que se tinha no ambiente externo, as condições do estabelecimento, dentre outras.

Diante da pluralidade de contextos das mães presas, o que se percebia, enfim, era a **impossibilidade de generalizar uma só resposta no sistema de justiça**, pois na decisão entre ficar com a criança no estabelecimento prisional ou separar-se dela no nascimento, haveria a necessidade de levar-se em conta todo o contexto psicossocial e familiar da mãe, bem como sua vontade pessoal.

Foi tendo em conta todo também este cenário que a Lei da Primeira Infância, com as alterações que realizou no Código de Processo Penal, viria a possibilitar a concessão da prisão domiciliar em substituição à prisão cautelar, tornando possível a compatibilização da convivência da mãe com a criança em ambiente externo à prisão.

A compreensão desse contexto e da *legislação* é de suma importância, na medida em que permite inferir, sem embargo de reconhecer o ambiente absolutamente hostil do cárcere para as gestantes, que **jamais houve um interesse de promover um desencarceramento inconsequente, generalizado e banalizado**, que ignorasse a análise de toda e qualquer condição para a concessão da prisão domiciliar (IPEA, 2015, p. 41).

4.4 DOS DIREITOS COLETIVOS EM SENTIDO AMPLO

Por meio da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985 (“Lei 7.347/1985” ou “Lei da ACP”), restou disciplinada a Ação Civil Pública (“ACP”) de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e turístico.

Todavia, a partir da Lei 8.078 de 1990 (“Lei 8.078/1990” ou “CDC”), foi introduzido o inciso IV, ao artigo 1º da Lei 7.347/1985, no qual foi permitido, igualmente, através da citada Lei da ACP, a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Nesse mister, tem-se que a sobredita Lei concebeu a ACP como sendo o adequado meio de defesa dos direitos coletivos em sentido amplo.

Na seara da Lei da ACP, no tocante à defesa dos citados direitos, mesmo não podendo se definir os respectivos sujeitos, inegável que aquela foi um marco importante para a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Todavia, é importante registrar que a Lei 7.347/1985, não definiu o que seriam esses direitos, papel esse que coube à Lei 8.078/1990, cujo artigo 81 assim dispõe:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Embora o tema seja apreciado em tópico próprio, antecipa-se que, da leitura do citado artigo, o CDC definiu o que seriam interesses difusos como sendo os transindividuais de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por uma circunstância de fato (art.81, parágrafo único, inciso I).

Os interesses coletivos, a seu turno, são conceituados como os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular do grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (art. 81, parágrafo único, inciso II).

Muito embora no Brasil não exista um Código de Processos Coletivos, a estreita comunicação estabelecida entre os sistemas do CDC e da Lei da ACP, construída pelos artigos 90 e 21 dos respectivos diplomas processuais, faz surgir um verdadeiro microsistema processual coletivo, que permite um constante diálogo e a aplicação em reciprocidade das fontes relativas à tutela dos direitos coletivos (NERY JÚNIOR,1991).

A esse respeito, tem-se que a aplicabilidade do sobredito microsistema não fica limitada às ações civis públicas, ou seja, o seu alcance é muito maior, podendo abarcar todas as

demais ações coletivas brasileiras que admitem a defesa dos direitos difusos, v.g, a ação popular, a ação de improbidade administrativa, mandando de segurança coletivo etc.

4.5 DOS DIREITOS DIFUSOS

Das categorias de direitos transindividuais previstas no art. 81 do CDC, os direitos difusos são aqueles que possuem a mais ampla transindividualidade real. Isso porque possui como característica a indeterminação dos sujeitos titulares – unidos por um vínculo meramente de fato.

Para Francisco Antonio de Oliveira (2012), a categoria dos direitos difusos são revestidos de:

[...] a) transindividualidade, vale dizer, a circunstância de ultrapassarem a esfera pessoal do indivíduo, pelo fato de não pertencerem exclusivamente a ele, mas eventualmente a todos, podendo, ao mesmo tempo, transferir-se de um para outro conforme condições de tempo e lugar; b) a indivisibilidade, ou seja, não podem fragmentar-se, pois interessam a toda a coletividade e não apenas a um ou a alguns de seus membros; c) a indeterminabilidade dos titulares respectivos, na medida em que estes não estão claramente individualizados, do mesmo modo que nenhuma pessoa, isoladamente, pode intitular-se de sujeito; d) a circunstância de se ligarem seus titulares por um simples fato, e não necessariamente em decorrência de relação jurídica (OLIVEIRA: 2012, p. 32).

Desse modo, pode-se dizer que os direitos difusos pertencem a pessoas indeterminadas com interesses metaindividuais e que estão situados em um plano da indivisibilidade, uma vez que não se é possível identificar quem são os detentores de fato do direito postulado.

Logo, são interesses cujas pessoas são desconhecidas, mais que não obstante deixam de ter uma titularização. Desta forma, esses direitos são compostos pela indivisibilidade e pela indeterminabilidade.

Veja-se que a indivisibilidade relaciona-se com a própria natureza da pretensão, cuja fruição deve se dar indistintamente entre todos os seus titulares. Assim, não é por outro motivo que o art. 103, I, CDC, prevê a eficácia *erga omnes* da sentença de procedência, pois, logicamente, o resultado da tutela dos direitos difusos deve aproveitar a todos, sem distinção (VENTURINI, 2007).

A característica da indivisibilidade, aliás, é referida como a principal nota das demandas coletivas, como afirma Aloísio de Castro Mendes:

[...] No Brasil, o caráter essencialmente coletivo de uma demanda está relacionado com a indivisibilidade do objeto, situação esta que, se constatada, implicará no tratamento unitário, ou seja, não comportando soluções diversas para os interessados, tal qual ocorre, em situação análoga, com o litisconsórcio unitário (MENDES: 2012, p. 211)

4.6 DOS DIREITOS COLETIVOS EM SENTIDO ESTRITO

Os direitos coletivos em sentido estrito, por sua vez, também têm como característica a transindividualidade, contudo existe a possibilidade de se determinar os sujeitos detentores do direito vindicado, por meio de grupo, categoria ou classe de pessoas, que são unidos por uma relação jurídica-base.

No entender do Doutrinador Mancuso, os interesses coletivos exigem uma organização mínima para sua caracterização, sendo essencial um mínimo de coesão e de identificação. Os grupos devem ser determinados ou determináveis e serão os portadores do interesse. Deverá haver um vínculo básico entre os componentes do grupo, vínculo esse comum a todos os participantes do grupo, o qual lhes confere uma situação jurídica diferenciada (MANCUSO: 1999, p. 53).

Assim, pode-se dizer que, tanto no direito difuso quanto no coletivo, existe a transindividualidade, como também possuem a natureza da indivisibilidade. Todavia, no primeiro caso a titularidade é indeterminada e ligada por uma mesma circunstância de fato, por outro lado, nos direitos coletivos, os titulares são determináveis e ligados entre si, por uma relação jurídica-base.

Para Nelson Nery Junior, “[...] a principal distinção entre um e outro está na existência de uma relação jurídica-base nos interesses ou direitos coletivos a unir os respectivos titulares, ao passo que o liame quando se cogita dos difusos, é uma mera circunstância factual, estando ausente qualquer relacionamento jurídico” (2003, p. 175).

Desta forma, diferentemente do que ocorre com os direitos difusos, quando as pretensões indivisíveis encontram-se dispersa entre indivíduos indeterminados e indetermináveis, na hipótese dos direitos coletivos, a existência de relações formais entre os

seus titulares, ligados não apenas por circunstâncias fáticas, mas por concretas relações jurídico-formais, torna possível a alusão à corporificação de grupos, classes ou categorias, em torno dos quais se concentram pretensões comuns e indivisíveis⁴.

Assim, não podem as pretensões genuinamente coletivas serem identificáveis em relação a apenas alguns dos membros da classe, pois são comuns a toda uma categoria, grupo ou classe social.

Por essa razão, o CDC, ao estabelecer o regime da extensão subjetiva do julgamento nas ações coletivas, emprega a expressão *ultra partes* para se referir à repercussão indivisível e abrangente da tutela jurisdicional a todos os titulares da pretensão coletiva⁵.

4.7 DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Cabe registrar que, por meio da Lei da ACP, permitiu-se efetivamente a tutela coletiva de direitos meta-individuais, contudo foi a partir do CDC, mediante a previsão da proteção dos chamados direitos individuais homogêneos, que estes foram substancialmente ampliados, no sentido de viabilizar a tutela de determinados direitos subjetivos individuais por intermédio da ação coletiva. Assim, é possível, pelas ações coletivas, tanto a dedução de pedidos de tutela de direito difusos e coletivos, como também de direitos individuais, desde que adequadamente qualificados como homogêneos.

Os direitos individuais homogêneos, também chamados “direitos acidentalmente coletivos” por José Carlos Barbosa Moreira (1984, p. 83), são aqueles que decorrem de uma origem comum, possuem transindividualidade instrumental ou artificial, os seus titulares são pessoas determinadas e o seu objeto é divisível e admite reparabilidade direta, ou seja, fruição e recomposição individual.

Nas palavras de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery os direitos individuais homogêneos são:

⁴ Segundo Mancuso, “[...] não há propriamente uma diferença de essência ou de natureza entre esses dois tipos de interesse: ambos integram o gênero ‘meta-individual’; a particularidade está em que um interesse difuso pode tornar-se ‘coletivo’ se e quando estiver revestido do grau de definição, coesão e o organização destes últimos” (2004, p. 147, nota 178)

⁵ Art. 103, II, CDC, nas ações coletivas para tutela de direitos coletivos “[...] a sentença fará coisa julgada oponível *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, classe ou categoria”. (BRASIL. Lei nº 8.078/90).

[...] direitos individuais cujo titular é perfeitamente identificável e cujo objeto é divisível e cindível. O que caracteriza um direito individual comum como homogêneo é a sua origem comum. A grande novidade trazida pelo CDC no particular foi permitir que esses direitos individuais pudessem ser defendidos coletivamente em juízo. Não se trata de pluralidade subjetiva de demanda (litisconsórcio), mas de uma única demanda, coletiva, objetivando a tutela dos titulares dos direitos individuais homogêneos. A ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos é, grosso modo, a *class actin* brasileira (NERY JÚNIOR; ANDRADE NERY: 2003, p. 813)

No tocante a este direito, tem-se que a sua existência nasceu por razões pragmáticas, o qual tem como escopo unir várias demandas individuais em uma única coletiva, por razões de facilitação do acesso à justiça e priorização da eficiência e da economicidade processual.

4.8 DA LEGITIMAÇÃO PARA PROPOR DEMANDAS COLETIVAS

Como regra geral, a pessoa que reclama a tutela jurisdicional deve ser o titular da pretensão formulada ao juízo da causa.

Assim, quando uma pessoa ajuíza a ação, diz-se que ele é o titular da pretensão, portanto estar-se-ia diante da legitimação ordinária, justamente porque esse é o fundamento do direito da ação.

Contudo, o legislador prevê situações na qual confere o direito de ação a quem, não é o titular do interesse material, resultando nestes casos na chamada substituição processual. Nestes casos, o legitimado pleiteia em nome próprio o direito alheio.

A Lei 7.347/1985 trouxe no seu artigo 5º o rol de legitimados para propor a ACP, no que tange a ação principal e a ação cautelar, veja-se:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente: **a)** esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil, e; **b)** inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Como visto, o rol de legitimados trazidos de forma expressa na Lei da APC para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, pauta-se de exceção legal da legitimação extraordinária. Destarte, pode-se afirmar que preenchido os requisitos legais do indigitado artigo, as pessoas ali arroladas poderão propor a ação civil pública.

Todavia, consoante textualmente previsto na Lei, as associações, excepcionalmente, devem demonstrar pertinência temática, assim como as autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedade de economia mista, pois os demais legitimados são presumidamente representantes adequados, porque tem suas legitimidades determinadas em razão da lei.

Quanto ao requisito da constituição pelo prazo de pelo menos um ano, a própria Lei 7.347/1985 prevê a sua possibilidade de dispensa, pelo juiz, em casos de manifesto interesse social, reconhecido através da dimensão ou característica do dano, ou da relevância do bem jurídico a ser protegido.

Por outro lado, em se tratando da legitimidade passiva, esclarece-se que será legitimado passivo, ou seja, será réu em uma ação civil pública, qualquer pessoa, seja física ou jurídica, responsável pelo dano ou ameaça de dano a interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Importante, também, pontuar que a legitimação para as ações civis públicas é concorrente e disjuntiva: concorrente porque a legitimação processual é concedida, por lei, a diversas entidades, de modo que uma mesma pretensão material pode ser deduzida em juízo por entes igualmente legitimados; disjuntiva porque cada um dos entes legitimados pode atuar isoladamente em juízo, independentemente da anuência, da autorização ou da participação dos demais.

Assim pode se afirmar que as pessoas referidas nos arts. 5º da Lei da ACP, bem como 82 do CDC, ostentam uma legitimação processual de natureza extraordinária.

Assim, o legislador, “[...] ao autorizar determinadas entidades à propositura das ações coletivas, conferiu-lhes autonomia processual, fórmula pela qual desejou obter o máximo aproveitamento (qualitativo e quantitativo) da tutela jurisdicional coletiva” (VENTURINI:2007, p. 44).

A esse respeito, igualmente tem-se posicionado a jurisprudência, veja-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. HIPÓTESES DO ARTIGO 1.015, DO CPC/2015. CONHECIMENTO. GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REJEIÇÃO. LEGITIMAÇÃO CONJUNTA E DISJUNTIVA. INGRESSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM DEMANDA JÁ AJUIZADA POR ASSOCIAÇÃO. POSSIBILIDADE. REVOGAÇÃO DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA. NÃO CABIMENTO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. MATÉRIA NÃO APRECIADA NA INSTÂNCIA DE ORIGEM. 1. Agravo de Instrumento contra decisão pela qual foi admitida a inclusão do Ministério Público no pólo ativo da ação civil pública ajuizada por associação coletivada. 2. O novo Código de Processo Civil admite Agravo de Instrumento contra decisão que exclui litisconsorte e admite ou inadmite intervenção de terceiros (artigo 1.015, incisos VII e IX). Havendo dissenso doutrinário sobre se o Ministério Público, ao ingressar na ação já ajuizada por associação coletivada, é litisconsorte ou assistente, a melhor opção é conhecer do Agravo de Instrumento, em prol do acesso à justiça, não se revelando adequando, nesta sede de admissibilidade do recurso, decidir sobre essa qualidade do interveniente, tanto mais se a matéria não restou debatida na instância de origem. 3. Não há supressão de instância, por não ter sido a matéria deduzida nas razões recursais submetida à apreciação do Juiz a quo, se a situação que ensejou a interposição do Agravo de Instrumento surgiu no momento em que foi proferida a decisão. Assim, não poderia o Agravante discutir a matéria no Juízo a quo. 4. A Constituição da República de 1988, em seu art. 129, § 1º, bem como as leis que integram o macrossistema protetivo de interesses metaindividuais, consagraram a pluralidade de legitimados ativos para promover as ações coletivas. Assim, os coletivados podem agir conjunta ou separadamente na proteção de tais interesses, sendo certo que a ampliação subjetiva da lide pode ocorrer no ajuizamento da ação ou no seu curso. 5. A alegação de litigância de má-fé, pela ação temerária da parte no curso do processo, deve ser apreciada primeiramente pelo Juiz a quo, sob pena de supressão de instância. 6. Nas ações coletivas manejadas com amparo na Lei 7.347/85 não há que se falar em deferimento ou revogação dos benefícios da gratuidade de justiça. Eventual condenação da associação ao pagamento das verbas de sucumbência pressupõe a comprovada litigância de má-fé, nos termos do art. 18, Lei nº 7.347/85. 7. Agravo de Instrumento improvido. Julgados prejudicados os Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração interpostos em face da decisão que indeferiu a liminar. (BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2017)

Para tanto, segue a fundamentação utilizada no mencionado acórdão, de modo a corroborar com o rol de legitimados aptos a ingressar com uma ACP, veja-se:

A Ação em comento versa sobre defesa de interesse difuso supostamente violado pela empresa Google Brasil Internet Ltda., por suposta prática de coleta indevida de dados pessoais de um número indefinido de cidadãos, por meio de equipamentos (softwares e hardwares) instalados em automóveis do projeto Google Street View, quebrando, assim, o sigilo das comunicações de dados e violando o art. 5º X e XII, da Constituição da República. Os legitimados para promover a tutela de interesses transindividuais em Juízo estão enumerados no art. 5º da Lei nº 7.347/85 da seguinte forma: I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007). II - a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007). III - a União,

os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007). IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007). V - a associação que, concomitantemente: (...) Vê-se, pois, que em razão na natureza metaindividual dos interesses ressaltados na norma, o legislador atribuiu sua tutela a vários sujeitos, estabelecendo, assim, uma legitimação ativa “concorrente e disjuntiva”, como define a doutrina. Isso significa que os legitimados ostentam condição de igualdade na possibilidade de ajuizar a demanda e que podem fazê-lo isoladamente, sendo, contudo, assegurada a faculdade de ingressar posteriormente na demanda já ajuizada.

Na sequência, os parágrafos 1º, 2º, 3º e 5º do art. 5º em comento, dispõem: § 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei. § 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes. § 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 1990) (...) § 5º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei.

Tendo em vista os parágrafos acima transcritos, o Agravante sustenta que o Ministério Público, se não ajuíza a ação coletiva, somente pode atuar na condição de fiscal da lei e que não pode integrar o pólo ativo da demanda, ressalvadas as hipóteses de abandono ou de desistência pelo autor originário. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, a).

Nesse sentido, tem-se claramente que a opção do legislador foi pela pluralidade de legitimados para a propositura da ação coletiva, e como isso a possibilidade de atuação conjunta dos ‘colegitimados’. Se assim não o fosse, o legislador não teria incluído na lei, e de forma expressa, tal possibilidade.

Na esteira de tal compreensão – designadamente quanto ao instituto do *habeas corpus* coletivo –, pode-se inferir que a categoria que mais se assemelha à condição das mulheres presas preventivamente, gestantes ou mães de filhos de até 12 anos, é a de direitos difusos, na medida em que entre elas não há relação jurídica base, no entanto, todas estão unidas por uma mesma situação fática, a saber, a condição da maternidade e a restrição provisória da liberdade.

Assim, é adequado dizer que o instituto do *habeas corpus* coletivo consiste em uma ação coletiva, com viés de garantia constitucional fundamental, com aplicabilidade imediata e interpretação ampla. Visa tutelar o direito de liberdade de locomoção em todas as suas acepções, sejam difusas, coletivas ou envolvendo situações individuais em que haja homogeneidade de

questões de fato ou de direito, levando-se em consideração o disposto no art. 5º, inciso LXVIII, da CF, e os ditames constantes dos art.647 e seguintes do CPP.

Percebe-se, assim, a evolução das ações de caráter coletivo, inicialmente na seara cível, para abarcar, recentemente, a esfera criminal. Inexoravelmente, o direito processual pátrio, inicialmente gestado para atender demandas de cunho pessoal, teve que evoluir para contemplar os reclames de uma sociedade cada vez mais dinâmica, em especial diante de comportamentos que podem se refletir no espectro de direitos de vários indivíduos ao mesmo tempo. Daí a necessidade dos instrumentos jurídicos de tutela transindividual, em especial, dentro do objeto do presente estudo, o *habeas corpus* coletivo.

5 O *HABEAS CORPUS* 143.641/SP E AS MULHERES MÃES E GESTANTES ENCARCERADAS

Neste capítulo, traz-se a evolução histórica do *habeas corpus*, a sua formatação inicial e desdobramentos até chegar ao ordenamento atual, constitucional e legal, além, por óbvio, dos fundamentos e características do *habeas corpus* coletivo, visando à então verificar a importância

5.1 HISTÓRICO DO *HABEAS CORPUS*

O instituto do *habeas corpus* remonta ao absolutismo dos reis na Idade Média, período em que os indivíduos eram alvo de toda a sorte de abusos e ilegalidades por parte do poder constituído.

De modo a fazer valer os seus interesses, o déspota não tinha limites para cobrar impostos, não raro de carácter confiscatório, além de restringir a liberdade do cidadão sem que houvesse a observância de um processo legal.

Esse viés totalitário e desmedido passou a desagradar inclusive a elite de vários lugares. Pois bem, os autores apontam, aqui, a gênese do *habeas corpus*.

Na Inglaterra, em 1215, foi então editada a Magna Carta, imposta aos barões ao Rei João Sem Terra, de modo a que respeitasse as liberdades mínimas do cidadão.

Os estudiosos apontam aqui, também, a origem do Tribunal do Júri, com a instituição de julgamentos imparciais, em que as pessoas do povo eram julgadas por seus pares, sem a intervenção do poder real, daí advindo os princípios da legalidade, ninguém poderá ser processado ou preso, senão pela lei da terra, e que posteriormente evoluiu para o que hodiernamente chamamos de devido processo legal.

No entanto, direitos fundamentais como a legalidade e a imparcialidade do juiz de nada valem sem a existência de instrumentos capazes de fazer valer os seus postulados.

Surge, então, o *habeas corpus*, como escopo de levar ao Poder Judiciário as demandas que implicavam em ilegalidades e/ou constrangimentos capazes de tolher a liberdade do indivíduo.

A propósito, dispunha o art. 29 da Magna Carta:

[...] No free man shall be taken, or imprisoned, or disseizes, or outlawed, or exiled, or any wise destroyed; nor will we go upon him, nor send upon him, but by the lawful judgement of his peers or by the law of the land. To none will we deny or delay, right or justice⁶.(INGLATERRA, MAGNA CHARTA LIBERTATUM,1215).

Diante da necessidade de afirmação do instituto, a aristocracia inglesa veio a regulamentar o instituto mais de quatrocentos anos depois, por meio do *Habeas Corpus Act*, no ano de 1679.

A partir daí o cidadão passou a ter a sua disposição um remédio jurídico dotado de celeridade, com previsão de multas e outras penalidades àqueles que não observassem os seus ditames, prazo para a apresentação do preso perante a Corte, proibição da transferência do preso de uma prisão para outra sem a autorização da autoridade competente, além da proibição de que uma pessoa colocada em liberdade por força de um *habeas corpus* fosse posteriormente presa pelo mesmo motivo.

Conquanto nascido na Inglaterra, guarda o instituto do *habeas corpus* nítida inspiração no Direito Romano. A propósito, Antônio Macedo Campos (1982, p. 60) leciona que "no Direito Romano havia um instituto que talvez tenha sido o precursor do *habeas corpus*. Destinava-se a garantir a pessoa livre que por qualquer circunstância tivesse sido reclamada como escravo. Se tal ocorresse havia o recurso ao *interdito de homene libero*, mas daí não se passou".

Segundo o magistério de Pinto Ferreira (1985, p. 3 e 23), depois ele se estendeu por toda a parte, em constituições ou leis ordinárias. Nessa seara, nos Estados Unidos, editou-se, em 1868, a XIV Emenda, estabelecendo que "nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis."

⁶ “[...] Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país” (tradução livre)

5.2 O INSTITUTO DO *HABEAS CORPUS* NO BRASIL

Interessante notar que a nossa Constituição do Império silenciou quanto ao instituto, sendo certo que um primeiro esboço acerca do remédio de salvaguarda das liberdades constou da Carta de 1824. A propósito, dispunha o ser art. 179, inciso VIII:

Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na lei; e nestes dentro de 24 horas contadas da entrada na prisão, sendo em cidades, vilas ou outras povoações próximas aos lugares da residência do juiz e nos lugares remotos dentro de um prazo razoável, que a lei marcará, atenta a extensão do território, o juiz por uma nota por ele assinada, fará constar ao réu o motivo da prisão, os nomes do seu acusador, e os das testemunhas, havendo-as.(BRASIL, CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO DO BRAZIL, 1824).

Já no Código Criminal de 1830 foram previstos seis tipos penais incriminadores relacionados ao *habeas corpus*, mesmo antes de o instituto ser consagrado no direito pátrio.

Apenas no ano de 1832 o *habeas corpus* teve previsão no Código de Processo Criminal. Pela Lei nº 2.033, de 1871 foi estendido aos estrangeiros e ganhou o caráter preventivo.

Na sequência, constou na Constituição da República de 1891 e, a partir de então, em todas as Cartas que lhe sucederam.

Na Lei Maior de 1988, encontra-se consagrada no art. 5º, inciso LXVIII, nos seguintes termos: Conceder-se á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

Da mesma forma, o remédio heroico está previsto, por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no art. 8º; na Convenção Europeia de 1950, no art. 5º, inciso 4; e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no art. 7º.

a) Conceito

Segundo a lição de Nucci (2017, p. 23), "trata-se de ação constitucional, destinada a coibir qualquer ilegalidade ou abuso de poder voltado à constrição da liberdade de ir vir e ficar, seja na esfera penal, seja na cível".

De acordo com o magistério de Paulo Rangel (2007, p. 797), "é um remédio jurídico-processual, de índole constitucional, que tem como escopo resguardar a liberdade de locomoção, quando ameaçada ou coarctada por ilegalidade ou abuso de poder".

b) Legitimidade

No quesito legitimidade, o polo ativo possui formatação *sui generis*, na medida em que contempla duas figuras, impetrante, aquele que deduz o pedido, e paciente, aquele em favor do qual se postula a providência. Nada impede que impetrante e paciente sejam a mesma pessoa.

Dado o caráter libertário do remédio constitucional, qualquer pessoa, física ou jurídica, pode impetrá-lo, nacional ou estrangeira, com ou sem o patrocínio de advogado. Lembra Nucci (2017, p. 52) que "pode tratar-se de pessoa menor de 18 anos, surdo-mudo, analfabeto, intertido, enfim, não se demanda capacidade para estar em juízo, pois o *habeas corpus* é ação-remédio de natureza constitucional. Logicamente, exige-se, ao menos, que o impetrante possa manifestar a sua vontade".

Já no polo passivo pode figurar qualquer pessoa física. Quanto à pessoa jurídica, embora possa, em tese, ser acusada em ação penal, não pode ter a sua liberdade restringida. Na medida em que as penas, em tese, que lhe são previstas, por óbvio não envolvem o cárcere, não vemos como possa constar como paciente de um *habeas corpus*.

c) Requisitos

O art. 648 do Código de Processo Penal elenca um rol meramente exemplificativo das situações que ensejam o *habeas corpus*.

De fato, ele pode ser manejado contra qualquer ilegalidade, desde o cerceamento da liberdade individual, com a prisão de alguém sem ordem judicial ou flagrante delito, ou abuso de poder, consubstanciado no uso excessivo da força, com desvio legal ou moral.

Reside, assim, na ilegalidade ou no abuso de poder a justa causa para a impetração.

5.3 *HABEAS CORPUS* COLETIVO: INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL À LIBERDADE E ACESSO A JUSTIÇA

Em recente decisão proferida pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em que conheceu do Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP (BRASIL, 2018), foi concedida a ordem para todas as mulheres presas submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, excetuando os crimes praticados com violência ou grave ameaça ou em casos excepcionalíssimos.

Tal medida se deu em razão da precariedade do sistema prisional vivenciado por essas mulheres, demonstrado por dados oficiais, e pela conclusão do julgamento da ADPF 347 MC/DF, retratando as gravíssimas falhas do sistema prisional perante essa categoria e no reconhecimento da ‘cultura do encarceramento’, conforme trecho que se segue:

[...] A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. A inércia, como dito, não é de uma única autoridade pública – do Legislativo ou do Executivo de uma particular unidade federativa –, e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo. Os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto, vêm se mantendo incapazes e manifestando verdadeira falta de vontade em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. Faltam sensibilidade legislativa e motivação política do Executivo.

É possível apontar a responsabilidade do Judiciário no que 41% desses presos, aproximadamente, estão sob custódia provisória. Pesquisas demonstram que, julgados, a maioria alcança a absolvição ou a condenação a penas alternativas, surgindo, assim, o equívoco da chamada ‘cultura do encarceramento’.

[...]

Com relação aos problemas causados pela chamada ‘cultura do encarceramento’, do número de prisões provisórias decorrente de possíveis excessos na forma de interpretar-se e aplicar-se a legislação penal e processual, cabe ao Tribunal exercer função típica de racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal de modo a minimizar o quadro, em vez de agravá-lo, como vem ocorrendo.

A forte violação de direitos fundamentais, alcançando a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial justifica a atuação mais assertiva do Tribunal. Trata-se de entendimento pacificado, como revelado no julgamento do aludido Recurso Extraordinário no 592.581/RS, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, no qual assentada a viabilidade de o Poder Judiciário obrigar a União e estados a realizarem

obras em presídios para garantir a integridade física dos presos, independentemente de dotação orçamentaria. Inequivocamente, a realização efetiva desse direito é elemento de legitimidade do Poder Público em geral.

Há mais: apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que veem impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016, grifo nosso).

No que tange aos dados oficiais reportados no julgado, o INFOPEN (BRASIL, DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2018) informa crescimento carcerário de 567% entre os anos de 2000 a 2014; que nos estabelecimentos femininos apenas 34% dispõem de cela ou dormitório para gestantes, 32% de berçários e apenas 5% de creche.

Vale registrar que a Corte Suprema também utilizou como fundamento normas internacionais, tal como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana de Direitos Humanos. Também fora inserido em destaque à Organização das Nações Unidas, as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros (Regras de Mandela) e em especial as regras de Bangkok que elenca normas específicas voltadas às mulheres encarceradas.

A despeito de todo esse arcabouço normativo internacional que dá guarida a um tratamento humano e satisfatório às mulheres encarceradas, em especial gestantes e mães de crianças, a realidade é que o Brasil segue descumprindo tais normas, como bem pontuou em seu voto o Ministro relator Ricardo Lewandowski:

Apesar de o Governo Brasileiro ter participado ativamente das negociações para a elaboração das Regras de Bangkok e a sua aprovação na Assembleia Geral das Nações Unidas, até o momento elas não foram plasmadas em políticas públicas consistentes, em nosso país, sinalizando, ainda, o quanto carece de fomento a implementação e a internalização eficaz pelo Brasil das normas de direito internacional dos direitos humanos.” (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, a)

Todos esses dados conjuntamente com a responsabilidade do sistema judiciário, em atender os mais de 100 milhões de processos em tramitação no país em função de apenas 16 mil juízes e às dificuldades estruturais de acessos à Justiça, foram preponderantes para a decisão proferida.

A figura abaixo, traz o mapeamento das mulheres encarceradas grávidas em todo o País:

Figura 10 - Mapeamento de Mulheres Encarceradas Durante Período de Gestação e/ou Lactação (Brasil, 2020)



Fonte: Conselho Nacional de Justiça

Matheus Durães / Arte ONU

Fonte: INFOPEN/MULHERES (2018)

Assim, o direito de buscar a prestação jurisdicional do Estado deixou de ter uma índole puramente individualista para ganhar uma maior amplitude subjetiva, considerada a possibilidade de figurarem como beneficiários da prestação jurisdicional um conjunto de pessoas com interesses individuais homogêneos, coletivos ou difusos, passando os ordenamentos modernos a admitir a tutela dos direitos coletivos e a tutela coletiva de direitos

Ainda nesta linha, conforme ensinamento de Jorge Bheron Rocha (2007, P. 36), sobre o tema:

O atual fenômeno da coletivização do processo, resultado da necessidade de se conferir proteção coletiva aos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, tem relação com motivações de ordem histórica, social e econômica que se iniciaram impelidas pelas modificações sociais ocorridas com a Revolução Francesa e que terminaram por desencadear o fenômeno processual coletivo.

Desta feita, diante do cabimento deste *habeas corpus* coletivo, é possível que inovações no ramo da tutela coletiva de direitos individuais venham a promover economia e celeridade processual e notadamente a igualdade de tratamento entre os jurisdicionados e garantindo o pleno acesso à justiça. Nesse contexto, o *habeas corpus* coletivo constitui instrumento necessário à tutela da liberdade de locomoção, que infelizmente, ainda marcada pela desigualdade em nossa sociedade.

Sem embargo, é inquestionável que o *writ* em comento será marcado como importante passo no caminho da efetivação da garantia constitucional do acesso à Justiça.

5.4 A POSIÇÃO CONTRÁRIA AO HC COLETIVO

Na análise da temática, importa trazer a lume algumas linhas envolvendo as críticas que foram dirigidas à decisão proferida pelo STF no *habeas corpus* coletivo nº 143.641, mais precisamente na forma e alcance que foi concedida a ordem.

A primeira crítica, envolve a possibilidade de cabimento do remédio constitucional em questão com o viés de abranger um vasto grupo de legitimadas, cuja condição jurídica e circunstâncias da prisão são as mais variadas possíveis. (BLUM JÚNIOR; OLIVEIRA, 2018)

Cumprir pontuar que o *mandamus*, como já mencionado, foi impetrado por membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos. O Ministro relator, após externar o entendimento acerca da possibilidade de concessão do *habeas corpus* coletivo, como anteriormente decidido por Tribunais de Justiça, como o TJRS, além do próprio STJ, entendeu que a legitimidade ativa para a sua impetração se encontra afeta aos entes listados no artigo 12 da Lei nº 13.300/2016.

Destarte, por analogia ao que dispõem as regras que tratam do mandado de injunção coletivo, reconheceu a legitimidade ativa da Defensoria Pública da União, porquanto envolvia ação de abrangência nacional, admitindo os demais impetrantes como *amici curiae*.

Pois bem, a ordem foi parcialmente concedida, verbis,

[...] para o fim determinar que a prisão preventiva de todas as mulheres nas condições antes citadas seja substituída pela prisão domiciliar, excepcionando as acusadas/condenadas da prática de crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça, contra os próprios filhos, ou, ainda, em situações

excepcionalíssimas, neste último caso mediante justificativa do juiz. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, a)

Como se vê, é inegável que a decisão em comento atentou para a terrível realidade do sistema carcerário, já falido na atual formatação, bem assim para a desproporcionalidade dos nascituros e filhos em tenra idade se verem privados da liberdade em razão de atos que, definitivamente, não cometeram.

Ab initio, a crítica inicial que se faz ao habeas corpus coletivo diz respeito à ausência de previsão constitucional para tanto.

De fato, consoante o entendimento do Ministro Relator, a sua admissibilidade atende a "razões de política judiciária".

No entanto, segundo a crítica apresentada neste particular, em tese não se mostraria adequado avaliar de forma genérica os inúmeros e independentes casos de prisão preventiva envolvendo mulheres. (BLUM JÚNIOR; OLIVEIRA, 2018)

Por conseguinte, o tratamento uniforme que lhes empresta a decisão proferida em sede de HC coletivo desconsideraria as especificidades de cada situação, fragilizando, via de consequência, o sistema de repressão criminal.

Neste viés, de modo a que restassem tutelados os direitos dessas categorias de indivíduos – mães, gestantes e seus filhos com até 12 anos de idade – poderiam ter os interessados se valido de outros instrumentos expressamente previstos no sistema normativo, como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF, além da própria Ação Civil Pública.

Em que pese a crítica em comento, a interpretação que prevaleceu para a maioria dos Ministros da 2ª Turma do STF, também na leitura desta autora se coaduna com os princípios da dignidade da pessoa humana, melhor interesse da criança e individualização da pena, que em última análise devem orientar a análise do tema em discussão.

Não se olvide que a própria decisão apresenta exceções, como evidenciado, aos casos envolvendo acusadas/condenadas da prática de crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça, contra os próprios filhos, ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, neste último caso mediante justificativa do juiz (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, a).

Destarte, ao tempo em que se albergam os direitos dessas mulheres e menores com a concessão do *mandamus*, de igual forma se resguardam situações extraordinárias, que reclamam tratamento diferenciado. Estas passam a ser, contudo, exceções, merecendo a devida fundamentação para que tais mulheres permaneçam encarceradas, sempre tendo como norte a necessidade de prevalência dos direitos das crianças.

Noutro pórtico, há que se ter presente que a existência de outras modalidades de proteção jurídica que poderiam ter sido manejadas pelos interessados não afasta a possibilidade de impetração do habeas corpus coletivo. Em suma, todos constituem instrumentos autônomos, dotados de particularidades, mas que não são excludentes. Ademais, no caso em comento, parece-nos que o habeas corpus coletivo envolve um alcance e uma efetividade que mais se aproximam dos reclames exigidos no tratamento da questão.

Prosseguindo, outra crítica que se faz quanto ao cabimento do instituto, na forma e nos moldes em que foi utilizado, notadamente no que concerne à analogia ao mandado de injunção, envolve o fato de que tal método de interpretação somente se mostraria cabível de aplicação em caso de lacuna no sistema jurídico (BLUM JÚNIOR; OLIVEIRA, 2018).

Nessa linha de argumentação, se apregoa que o habeas corpus encontra plena regulação, não só em seu fundamento, constante da Constituição Federal, no art. 5º, inciso LXVIII, como também em lei ordinária, a saber, no Código de Processo Penal, em seus arts. 647 e ss.

Logo, não havendo vazio legislativo no tocante à regulação do instituto em comento, a admissão do HC coletivo pelo STF constituiria invasão na seara legislativa e inovação não amparada pelo balizamento normativo que estabeleceu o remédio heroico em testilha.

Assim sendo, para os partidários desse entendimento, sequer poderia ter sido conhecido o HC coletivo.

Sobre a matéria, cumpre trazer à baila o magistério de João Conrado Blum Júnior e Bruna Mayara de Oliveira, no artigo intitulado “O HC coletivo para as presas grávidas e mães: críticas à recente decisão do STF” (2018), para quem:

[...] Ninguém em sã consciência defenderia que o sistema carcerário traz benefícios para mulheres grávidas ou com filhos pequenos. Isso se revela

evidente. A violação aos direitos humanos mostra-se diuturna. Contudo, existe uma linha clara dos limites do Judiciário, a lei (desde que entendida como constitucional) e a Constituição, que num Estado Democrático de Direito deveria ser intransponível, principalmente pela instância judicial máxima. Vale dizer, se a lei não é reconhecida como inconstitucional, não pode a Corte Excelsa criar hipótese não prevista pelo legislador.

Nada obstante, com a devida vênia ao entendimento supra esposado, somos de parecer que o balizamento dado pelo legislador ordinário acerca do instituto do habeas corpus não afasta ou impede que o Guardião da Constituição lhe empreste uma interpretação extensiva, alcançando fatos não previstos quando da sua formatação originária, notadamente diante de uma necessidade premente, frente a uma constante violação de direitos indisponíveis de mulheres, crianças e nascituros.

Ainda na abordagem deste tópico – críticas ao habeas corpus coletivo – importa trazer à luz as considerações apontadas na divergência capitaneada pelo Ministro Edson Fachin no julgamento do writ em comento.

De fato, em seu voto o Ministro Fachin divergiu quanto à concessão do HC e apreciou a questão sobre outra perspectiva.

Para ele, o estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro, reconhecido no julgamento da ADPF 347, não tem o condão de implicar no direito automático à prisão domiciliar, mas apenas diante dos casos concretos podem ser avaliadas todas as alternativas aplicáveis. Veja-se:

[...] deferir a ordem exclusivamente para dar interpretação conforme aos incisos IV, V e VI do artigo 318 do CPP, a fim de reconhecer como única interpretação a que condiciona a substituição da prisão preventiva pela domiciliar à análise concreta e individualizada do melhor interesse da criança, sem revisão automática das prisões preventivas já decretadas. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, a).

Infere-se do seu voto que, na interpretação do art. 318 do Código de Processo Penal, a substituição da prisão preventiva pela domiciliar não consiste numa faculdade irrestrita ao magistrado, como uma leitura isolada do dispositivo poderia sugerir.

De fato, o art. 318 do Código de Processo Penal está assim vazado:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

- I - maior de 80 (oitenta) anos;
 - II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;
 - III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;
 - IV - gestante;
 - V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;
 - VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.
- Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo. (BRASIL, 1941)

Pois bem, refere o Ministro Fachin que não se mostra viável desconsiderar tais preceitos do Código de Processo Penal, conquanto tenha sido reconhecida na ADPF 347, da Relatoria Ministro Marco Aurélio, uma situação de “estado de coisas inconstitucional”, diante de um quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e da falência de políticas públicas.

Pontua o Ministro que, ao revés do que entendem os impetrantes, o sentido que norteou os debates travados no Tribunal, quando do julgamento da ADPF 347, foi de que o mencionado estado de coisas inconstitucional não implicaria automaticamente o encarceramento domiciliar (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, a).

A tônica do seu voto foi no sentido de que, *verbis*:

Apenas à luz dos casos concretos é que é possível avaliar todas as demais alternativas para que, como prevê a Declaração de Kiev sobre a Saúde das Mulheres Encarceradas, o encarceramento de mulheres grávidas ou com crianças menores seja reduzido ao mínimo. Essa diretriz decorre do próprio Código de Processo Penal, ao prever, para a prisão preventiva, que ela só poderá ser aplicada, “quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 282, § 6º, do Código Penal). (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, a)

Entendimento diverso, na ótica do Ministro Fachin, implicaria em negar ao magistrado a aplicação, ainda que justificada e excepcional, da prisão preventiva, o que se mostraria um contrassenso sem paralelo em outros ordenamentos jurídicos, inclusive tomando-se como referência os preceitos que albergam a proteção internacional de direitos humanos.

Arremata asseverando que “[...] as alterações do Código de Processo Penal promovidas pela Lei 13.257/2016, que dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância, sinaliza para a teleologia de sua aplicação: um plus em relação a mera faculdade, sem, porém, consubstanciar um dever imediato” (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, a).

De fato, a lei ordinária em comento veio a tornar efetivo o mandamento constante do art. 227 da Constituição Federal, que dispõe ser

[...] dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1998)

No mesmo norte, a Declaração de Kiev (2008), que em seu artigo 4.2 estabelece que sempre que os interesses das crianças estiverem envolvidos, o melhor interesse da criança deve ser o fator determinante, ao ser cotejado com a possibilidade do encarceramento de mulheres.

Além disso, no artigo 3.1 da Convenção de Direitos das Crianças, consta que “[...] todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança” (ONU, 1990).

O voto divergente fez menção, ademais, às Recomendações no Dia de Discussões sobre Crianças de Pais Encarcerados, do Comitê dos Direitos da Criança, órgão responsável por interpretar a Convenção, ao recomendar aos Estados o seguinte:

O Comitê enfatiza que no sentenciamento dos pais ou responsáveis, medidas alternativas à prisão devem, sempre que possível, ser fixadas em lugar de encarceramento, inclusive na fase provisória. Alternativas à detenção devem ser disponibilizadas e aplicadas caso a caso, com consideração plena acerca dos possíveis impactos de sentenças diferentes em relação ao melhor interesse da criança afetada (parágrafo 30). (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, a)

A conclusão do Ministro Fachin foi no sentido de que tais regras e princípios foram incorporados pelo ordenamento brasileiro.

Veja-se, a propósito, o que preconiza o art. 4º da Lei nº 13.257/2016:

Art. 4º As políticas públicas voltadas ao atendimento dos direitos da criança na primeira infância serão elaboradas e executadas de forma a:

- I - atender ao interesse superior da criança e à sua condição de sujeito de direitos e de cidadã;
- II - incluir a participação da criança na definição das ações que lhe digam respeito, em conformidade com suas características etárias e de desenvolvimento;

III - respeitar a individualidade e os ritmos de desenvolvimento das crianças e valorizar a diversidade da infância brasileira, assim como as diferenças entre as crianças em seus contextos sociais e culturais;

IV - reduzir as desigualdades no acesso aos bens e serviços que atendam aos direitos da criança na primeira infância, priorizando o investimento público na promoção da justiça social, da equidade e da inclusão sem discriminação da criança;

V - articular as dimensões ética, humanista e política da criança cidadã com as evidências científicas e a prática profissional no atendimento da primeira infância; VI - adotar abordagem participativa, envolvendo a sociedade, por meio de suas organizações representativas, os profissionais, os pais e as crianças, no aprimoramento da qualidade das ações e na garantia da oferta dos serviços;

VII - articular as ações setoriais com vistas ao atendimento integral e integrado; VIII - descentralizar as ações entre os entes da Federação;

IX - promover a formação da cultura de proteção e promoção da criança, com apoio dos meios de comunicação social.

Parágrafo único. A participação da criança na formulação das políticas e das ações que lhe dizem respeito tem o objetivo de promover sua inclusão social como cidadã e dar-se-á de acordo com a especificidade de sua idade, devendo ser realizada por profissionais qualificados em processos de escuta adequados às diferentes formas de expressão infantil. (BRASIL, 2016)

Conforme a leitura do Ministro Fachin, o direito da criança é o norte, a partir do qual é de se apreciar o direito de liberdade invocado no habeas corpus em referência.

Sob essa perspectiva, pondera no voto divergente que não apenas as mulheres, mas igualmente os homens presos, nos termos do art. 318, inciso VI, do CPP, têm direito à vida familiar e à reinserção social.

O mote principal da sua argumentação reside que o habeas corpus coletivo, dado o seu alcance genérico e impessoal, não seria o instrumento adequado para a análise de situações que comportam leitura autônoma e independente umas das outras, dadas as especificidades que as envolvem.

Sobre o tema, ilustrou o seu voto com as regras sobre a situação das mulheres gestantes, com filhos/as e lactantes na prisão inseridos nas Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade Para Mulheres Infratoras, conhecidas como Regras de Bangkok (2010), complementando o preceito 23 das Regras mínimas para o tratamento de reclusos, in litteris:

Regra 23

1. Nos estabelecimentos penitenciários para mulheres devem existir instalações especiais para o tratamento das reclusas grávidas, das que tenham acabado de dar à luz e das convalescentes. Desde que seja possível, devem ser

tomadas medidas para que o parto tenha lugar num hospital civil. Se a criança nascer num estabelecimento penitenciário, tal fato não deve constar do respectivo registro de nascimento.

2. Quando for permitido às mães reclusas conservar os filhos consigo, devem ser tomadas medidas para organizar um inventário dotado de pessoal qualificado, onde as crianças possam permanecer quando não estejam ao cuidado das mães.

[...]

Regra 48

1. Mulheres gestantes ou lactantes deverão receber orientação sobre dieta e saúde dentro de um programa a ser elaborado e supervisionado por um profissional da saúde qualificado. Deverão ser oferecidos gratuitamente alimentação adequada e pontual, um ambiente saudável e oportunidades regulares de exercícios físicos para gestantes, lactantes, bebês e crianças.

2. Mulheres presas não deverão ser desestimuladas a amamentar seus filhos/as, salvo se houver razões de saúde específicas para tal.

3. As necessidades médicas e nutricionais das mulheres presas que tenham recentemente dado à luz, mas cujos/as filhos/as não se encontram com elas na prisão, deverão ser incluídas em programas de tratamento.

Regra 49 - Decisões para autorizar os/as filhos/as a permanecerem com suas mães na prisão deverão ser fundamentadas no melhor interesse da criança. Crianças na prisão com suas mães jamais serão tratadas como presas.

Regra 50 - Mulheres presas cujos/as filhos/as estejam na prisão deverão ter o máximo possível de oportunidades de passar tempo com eles.

Regra 51

1. Crianças vivendo com as mães na prisão deverão ter acesso a serviços permanentes de saúde e seu desenvolvimento será supervisionado por especialistas, em colaboração com serviços de saúde comunitários.

2. O ambiente oferecido para a educação dessas crianças deverá ser o mais próximo possível àquele de crianças fora da prisão.

Regra 52

1. A decisão do momento de separação da mãe de seu filho deverá ser feita caso a caso e fundada no melhor interesse da criança, no âmbito da legislação nacional pertinente.

2. A remoção da criança da prisão deverá ser conduzida com delicadeza, e apenas quando alternativas de cuidado da criança tenham sido identificadas e, no caso de presas estrangeiras, com consulta aos funcionários/as consulares.

3. Uma vez separadas as crianças de suas mães e colocadas com familiares ou parentes, ou sob outras formas de cuidado, serão oferecidas às mulheres presas o máximo de oportunidades e condições para encontrar-se com seus filhos e filhas, quando estiver sendo atendido o melhor interesse das crianças e a segurança pública não for comprometida. (ONU, 2010)

Reforça que o artigo 12.1 da Convenção de Direito das Crianças estabelece que

os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os

assuntos relacionados com a criança, levando-se em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança. (ONU, 1990)

No ponto seguinte, a Convenção prevê que deve ser garantida a criança “[...] a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que a afete, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado” (ONU, 1990).

Arremata que no Comentário Geral n. 12, o Comitê de Direito das Crianças recomenda expressamente aos Estados que adotem medidas apropriadas para que sejam fixados parâmetros a serem destinados aos tomadores de decisão acerca das opiniões da criança e das consequências para sua vida (§ 33).

O Ministro chama a atenção em seu voto de que é justamente quanto a essa obrigação que a faculdade estabelecida pelo art. 318 não envolve liberalidade do juiz.

Pondera ser indiscutível que a decisão que fixa a custódia cautelar ou definitiva de um dos pais ou responsáveis atinge a vida da criança e, como tal, sempre que possível, deve ela manifestar-se sobre seu destino.

Entende, assim, que:

[...] Situações haverá em que o melhor interesse da criança exigirá a custódia cautelar, em outras talvez não. Apenas à luz das especificidades dos casos concretos é que será possível ao juiz determinar qual será o melhor interesse da criança. De outro lado, no caso das gestantes, a preocupação com a infância destina-se sobretudo à saúde e à alimentação adequadas que devem ser garantidas à mãe. Se, como prevê a Declaração de Kiev, deve ser compensada a flagrante desigualdade de gênero a que estão sujeitas as mulheres no estabelecimento da política pública, então é à luz dessa particular circunstância que o cumprimento das regras mínimas de tratamento das pessoas encarceradas deve ser estimado pelo juiz, nas concretas condições em que se encontram as mulheres. Noutras palavras, mesmo no caso das mulheres gestantes, a primazia do direito à infância exige a individualização das concretas circunstâncias em que a prisão cautelar poderia ser substituída pela domiciliar. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, a)

Diante disso, o Ministro Fachin, embora tenha deferido a ordem de *habeas corpus*, o fez, com os seguintes delineamentos:

[...] exclusivamente para dar interpretação conforme aos incisos IV, V e VI do art. 318 do Código de Processo Penal, a fim de reconhecer, como única interpretação constitucionalmente adequada, a que condicione a substituição da prisão preventiva pela domiciliar à análise concreta, justificada e individualizada, do melhor interesse da criança, sem revogação ou revisão

automática das prisões preventivas já decretadas. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, a)

A despeito da sólida argumentação trazida no entendimento divergente, parece-nos que os votos que prevaleceram melhor atendem à necessidade de salvaguarda dos interesses mais caros que devem ser sopesados na apreciação da matéria.

Por derradeiro, mas não menos relevante na análise do posicionamento divergente, um sinal de que, efetivamente, a concessão do *mandamus* foi acertada, reside no fato de que o próprio Ministro Edson Fachin, em agosto de 2018, portanto apenas seis meses após a prolação do seu voto no HC envolvendo as mulheres grávidas e mães de filhos menores, houve por bem se render à decisão dos seus pares quando do julgamento do HC nº 143.988 – AgR – Espírito Santo, de sua relatoria.

O HC ora mencionado foi impetrado pela Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, em que invocava um grave quadro de violação aos direitos humanos na Casa de Custódia UNINORTE, eis que, onde deveriam estar internados no máximo 90 (noventa) adolescentes, estariam custodiados 201 (duzentos e um).

Segundo o pontuado na inicial, “[...] tal situação acarreta numa quantidade excessiva de adolescentes por moradia, acabando 7,8 internos por dividir um quarto com estrutura para apenas 4, em precárias condições de habitabilidade” (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, b). Requereu, liminarmente, a concessão da ordem, a fim de que seja tutelada a liberdade ambulatorial de todos os internos da UNINORTE, devido ao quadro de violação aos direitos humanos, sugerindo, como solução, a adoção do princípio do *numerus clausus*.

Pois bem, ao proferir o seu “decisum” no feito em questão, o Min. Edson Fachin assim se posicionou:

Em razão dos argumentos lançados no agravo regimental e do recente julgamento do HC 143.641/SP realizado em 20.2.2018, Relator o Min. Ricardo Lewandowski, que admitiu o habeas corpus coletivo para discutir direitos individuais homogêneos, seguindo-se o HC 118.536/SP, Relator o Min. Dias Toffoli, que concedeu a ordem para determinar que o STJ analise a questão de fundo do HC coletivo 269.265/SP, com o permissivo contido no art. 317,§2º, do RISTF, reconsidero a decisão agravada e passo à reanálise dos autos. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, b)

Tem-se, assim que resta pacificada a questão relativa à possibilidade do manejo do habeas corpus coletivo no ordenamento pátrio, ao menos com relação à 2ª Turma do STF.

Outra ‘impropriedade’ observada pelos críticos à decisão envolve a exceção relativa aos crimes praticados com violência ou grave ameaça, ou contra seus descendentes ou situações excepcionalíssimas (BLUM JÚNIOR; OLIVEIRA, 2018).

É dizer, se há um estado inconstitucional de coisas que se abate em todas as mulheres que experimentam o cárcere, como alijar de uma decisão de tal envergadura aquelas que cometeram atos violentos, ou que atentaram contra seus filhos? Haveria, assim, a possibilidade de retirá-las do alcance da tutela concedida pelo STF sem ferir o princípio que a própria decisão visa assegurar?

Nada obstante, não se percebe, neste estudo, a questão sob tal ótica. Veja-se que, em sendo implementada a decisão, por certo a condição daquelas internas que, em decorrência da gravidade de seus atos, merecem permanecer encarceradas, por certo também se mostrará mais favorável. Ora, a diminuição do número de internas permitirá que se assegure, com mais propriedade, a dignidade daquelas mulheres que permanecem privadas de sua liberdade. É dizer, a decisão a todas favorece.

Outra crítica refere que o ‘*decisum*’ em comento teria implicado em inovação, também, no Código de Processo Penal, ao estabelecer uma modificação na leitura e na interpretação do art. 318 do CPP, ao preconizar uma situação que obriga o juiz à concessão (BLUM JÚNIOR; OLIVEIRA, 2018). Para os que discordam da r. decisão em comento, o STF se arvorou, uma vez mais, em verdadeiro ativismo judicial, ao invadir a competência do Poder Legislativo, em afronta ao disposto no art. 2º da Lei Maior.

Tal ponderação também possui fragilidades. Como restou indene de dúvidas no julgado, o que se fez foi dar uma interpretação conforme a Constituição à matéria. Não se olvide que a Carta Magna é que deve reger a interpretação das normas infraconstitucionais e, sendo o STF, segundo o próprio legislador constituinte originário, o responsável por essa apreciação, não há nenhum excesso ou despropósito na análise que foi feita acerca do tema posto à sua apreciação.

Em suma, entendemos que o caminho adotado pelo STF foi o mais acertado e consentâneo com a melhor interpretação da matéria, frente aos ditames constitucionais que devem orientá-la.

5.5 *HABEAS CORPUS* COLETIVO - IMPACTOS ECONÔMICOS E SOCIAIS

De modo a contextualizar a questão e avaliar a sua repercussão econômica impõem-se de início diferenciar a teoria tradicional do direito penal de uma teoria econômica das penas segundo o entendimento de Robert Cooter e Thomaz Ulen (2007).

Conforme a análise dos mencionados autores, o direito penal difere do direito civil, em síntese porque:

- 1- O criminoso pretendia prejudicar sua vítima, enquanto alguns delitos civis são acidentais;
- 2- O prejuízo causado pelo criminoso é público além de privado;
- 3- O autor da ação é o Estado, não um indivíduo privado;
- 4- O autor da ação tem prova mais elevada em julgamento penal;
- 5- Se o réu é culpado, ele será punido.

Por outro lado, a teoria econômica do crime e das penas distingue entre processos penais e disputas civis e apresenta motivos para características do crime. Neste particular, os autores desenvolveram o modelo preditivo do comportamento criminoso, baseado na teoria da escolha racional para se cometer um crime. Ao final, propõem um objetivo claro para o direito e a política penal, a saber, minimizar os custos sociais do crime.

De modo a focar no objeto do trabalho, passamos a analisar os aspectos relativos ao custo do interno para a sociedade.

Não se olvide que inúmeras variáveis são consideradas para se chegar a um valor aproximado envolvendo o mencionado custo. Para ilustrar, segundo o Tribunal de Contas de Santa Catarina, em 2012, cada preso custava ao mês, para o contribuinte, no regime de autogestão, R\$ 1.649,03, enquanto no regime de cogestão, R\$ 3.010,92. Segundo o Conselho Nacional de Justiça a média nacional de custo com o preso é de R\$ 2.400,00. (DA ROSA, 2016)

Tais custos refletem gastos com segurança, contratação de agentes penitenciários e outros funcionários, alimentação, vestuário, assistência médica e jurídica, custos com instalação, saúde, transporte, dentre outros.

A Ministra Carmem Lúcia do STF muito bem ilustra o alto custo de se manter uma pessoa presa, se comparado com investimento que se faz em educação básica: “[...] Um preso no Brasil custa R\$ 2,4 mil por mês e um estudante do ensino médio custa R\$ 2,2 mil por ano. Alguma coisa está errada na nossa Pátria amada.” (NOTÍCIAS STF, 2016)

Segundo dados trazidos da lavra do juiz do TJSC, Alexandre Morais da Rosa, se mostra necessário refletir o impacto das condenações para a sociedade, a saber:

[...] Assim é que este breve escrito procura fazer inserir, em cada decisão judicial, na linha do que indica o Conselho Nacional de Políticas Criminais (a necessidade de indicação do custo mensal de cada preso, por estabelecimento penal, nos termos do artigo 6º), a fatura de quanto custará a execução da pena. Em Santa Catarina, por exemplo, cada ano de pena custará R\$20 mil. Feitas as contas e assustados com os valores, quem sabe, possamos repensar a lógica do encarceramento por meio de medidas alternativas (redutores de dano) ou mesmo apontar que não há custo-benefício (*trade-off*). Quem sabe possamos ser mais inteligentes com o nosso dinheiro, já que o orçamento do Estado é único e poderíamos usar em saúde e educação, por exemplo. A condenação gera efeitos na vida de todos nós, especialmente se fizermos uma simples conta no Brasil: 700 mil presos x R\$2,5 mil = R\$ 1,75 bilhão (DA ROSA, 2016)

Questão relevante a se considerar é de que a maioria expressiva da população carcerária feminina ali se encontra por conta de envolvimento com fatos capitulados na lei de entorpecentes, notadamente o tráfico de drogas. Segundo estudo de Cooter e Ulen (2007), envolvendo a realidade americana um dos meios para diminuir a oferta e uso de drogas ilícitas é o aumento da pena esperada para sua venda ou consumo. No entanto, alguns economistas defendem que a política é incorreta, na medida em que a restrição na oferta e aumento do preço de mercado das drogas ilícitas não induz a que o dependente reduza significativamente seu consumo. Ao revés, o resultado envolve o aumento de da quantidade de crimes cometidos para gerar renda suficiente para sustentar o vício.

Ponderam os autores, assim, que uma alternativa seria a discriminação de preço da droga entre viciados e não dependentes. Com isso, os dependentes mais afeitos ao cometimento de delitos para ter acesso à droga, poderiam a ela ter acesso sem a necessidade de cometer outros delitos. No entanto, isso se justificaria dentro de um cenário de legalização e controle, o que não ocorre no nosso ordenamento pátrio. A propósito, a legalização consiste em uma opção apontada pelos autores acima mencionados, no bojo do qual se reportam a estudo feito por Gary Becker, Kevin Murphy e Michael Grossman, na obra *The Economic Theory of the Illegal Goods: The Case of Drugs*, 114 J.POL.ECON.38 (2006, p.62), em que exploram algumas das

consequências econômicas da legalização das drogas. Com efeito, concluíram os autores “[...] que o imposto monetário sobre um bem legal, causaria uma redução maior na produção e um aumento maior dos preços do que o cumprimento ótimo, mesmo reconhecendo que os produtores podem tentar criar um mercado paralelo para evir o imposto monetários.”

Logo, a possibilidade de aplicação de institutos ou mecanismos que reduzam o impacto dos custos carcerários, sem descurar da necessidade de prevenção geral e especial da pena, devem ser uma constante para o operador do direito nesta área.

Forçoso reconhecer, assim, que a r. decisão proferida em sede de *habeas corpus* coletivo pelo STF, que conferiu às gestantes e mães de crianças de até doze anos, que não tenham se envolvido em delitos perpetrados com violência ou grave ameaça, o direito à prisão domiciliar, consistiu em inegável avanço, porquanto inegável a economia decorrente da medida, ao tempo em que se assegura uma condição de maior dignidade à mulher e seus filhos, permitindo que aquelas respondam em liberdade por seus atos.

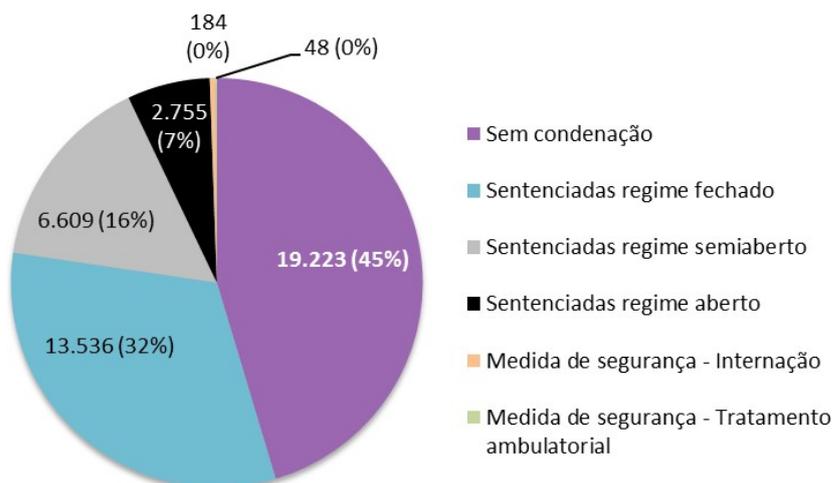
Sob outro viés, a economia decorrente desta medida por certo pode implicar em uma condição mais adequada no atendimento e reinserção daqueles indivíduos em relação aos quais não se pode preterir o cárcere, seja em razão da natureza do crime cometido, seja em função da sua periculosidade.

5.6 OS IMPACTOS/DESDOBRAMENTOS JURÍDICOS SOBRE A MATÉRIA ENVOLVENDO AS MULHERES PRESAS DEFINITIVAMENTE

Este item trata dos impactos do sistema legal de regência acima analisado quando de trata de mulheres presas definitivamente.

Veja-se, abaixo, dados acerca de tal contexto:

Figura 11 - Número de Mulheres Sem Condenação, Sentenciadas e com Medidas de Segurança (Brasil, 2020)



Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias - INFOPEN, Junho/2016.

De acordo com a figura acima, cujos dados referem-se à junho de 2016, 45% das mulheres presas no Brasil **não haviam sido ainda julgadas e condenadas, alvo de estudo do presente tema**. Entretanto o número de mulheres sentenciadas no regime fechado é de 32%, e conforme já explicitado, não são contempladas com a decisão do HC Coletivo.

A despeito de todas as considerações a respeito do HC coletivo nº 143.641 em questão, não se pode olvidar que a decisão trazida à lume não abrange os casos de mulheres que foram condenadas em definitivo à pena privativa de liberdade que exija o início de seu cumprimento em regime fechado.

Dessa forma, conquanto não se trate do objeto precípua do presente trabalho, oportuno buscar soluções, de modo a que essa categoria seja também contemplada. Ora, se no trato da questão a prioridade são os nascituros e filhos em tenra idade, o alento trazido com a decisão proferida no HC 143.641/SP não pode significar o fim do debate.

Ainda que se trate de mulheres com condenação em definitivo, há que se conciliar a pretensão punitiva e executória do Estado, com os direitos dos denominados ‘filhos do cárcere’, que guardam estatura constitucional.

Nessa linha de argumentação, de lege ferenda, entendemos adequado e pertinente a apresentação de uma proposta que se possam contemplá-las, se o caso com a ampliação dos casos de sursis especial, a ser gestada e discutida no foro competente, qual seja, o Legislativo.

Pois bem, como já pontuado, no julgamento do Habeas Corpus número 143.641/SP pela 2ª Turma, do Supremo Tribunal Federal, de Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, concedeu a ordem para: “[...]para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda”⁷.

No mesmo dispositivo, a substituição da prisão para domiciliar foi denegada nas seguintes situações:

- de presas que estejam nesta condição pela prática de crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça;
- de presas que estejam nesta condição pela prática de crimes praticados contra seus descendentes; ou
- em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos Juízos que denegarem o benefício.

Nos casos de reincidência, o Juízo deverá observar às circunstâncias do caso concreto, ainda que tendo como norte os princípios e as regras acima enunciados e, necessariamente, a excepcionalidade da prisão.

Neste sentido, a substituição da prisão por domiciliar poderá ocorrer **apenas** para as mulheres presas preventivamente que sejam: gestantes, sejam puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiências sob sua guarda, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional.

Assim, como já verberado, não restam dúvidas que o julgado refere -se **exclusivamente** aos casos de **mulheres presas preventivamente**, não tendo nenhuma incidência sobre àquelas presas que assim já se encontram com sentença condenatória definitiva.

Outro ponto a ser enfatizado foi a mudança legislativa no art. 318-A e 318-B, *in verbis*:

⁷ Esta citação faz parte do Trecho da decisão divulgada no site do STF, dentre a movimentação processual, na aba do mesmo dia 20.02.2018. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5183497>. Acesso em: 01 mar. 2019.

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - maior de 80 (oitenta) anos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - gestante; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

Art. 318-B. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

Tais alterações ocorreram na data de 19 de dezembro de 2018, após, portanto, prolatada a r. decisão no HC coletivo nº 143.641.

Percebe-se, neste norte, que o legislador pode ter sido influenciado pela decisão em comento em razão da repercussão dela decorrente. Com isso, restou evidenciado o compromisso do legislador em proteger a primeira infância, já que a modificação foi extremamente salutar e revela a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente ao "fortalecimento da família no exercício de sua função de cuidado e educação de seus filhos na primeira infância".

Entretanto, como já relatado, a problemática foi resolvida em parte, afinal, as presas com édito condenatório definitivo não são contempladas. É evidente que o HC Coletivo é parte importante nesse caminho a ser percorrido para o resguardo das garantias fundamentais para essas crianças.

Em razão disso, de modo a contemplar a benesse para todas as mulheres nas condições de grávidas, puérperas, mães de filhos ate 12 anos e filhos com deficiência, imperativo se faz

alteração na legislação atual, especificamente os dispositivos que tratam do sursis, ou suspensão condicional da pena.

O termo *SURSIS* nasceu “na França, a lei Bérenger alude a *sursis à l'exécution de La peine*. O uso forense, entre nós, daí extraiu a primeira palavra, pela qual se vulgarizou o instituto.” (LYRA. 1958. p.471).

O autor Roberto Lyra relata a história do seu surgimento no Brasil:

[...] No Brasil, a primeira iniciativa de assimilação do benefício pertenceu a Esmeraldino Bandeira.

O seu projeto reproduziu a lei francesa de Bérenger (1891) e apresentava como traço original e referência aos móveis e circunstâncias do crime. Em 1922, o Poder Legislativo autorizou o Executivo a regular o instituto, o que foi feito pelo dec. nº 16.586 de 6 de setembro de 1924.

O ministro João Luís Alves, em mensagem do dia anterior, justificou o projeto pelos objetivos de não-inutilizar o primário, expondo-o ao contágio carcerário, diminuir a reincidência e aliviar os cofres públicos. (LYRA.1958. p. 471).

Atualmente o instituto vem disciplinado, especialmente, no Código Penal, Decreto-lei No 2.848/40, em sua primeira parte, reformada pela Lei 7.209/84, do art. 77 ao 82.

Com efeito, segue o art. 77, em comento, para análise:

Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de 70 (setenta) anos de idade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998).

O arcabouço legal e jurisprudencial trazido neste capítulo indica a importância de estudos mais reflexivos sobre a matéria em questão, que, como se notou, reveste-se de caráter salutar ao alcance da justiça, em situações levadas à decisão pelo Poder Judiciário no que se refere às mulheres gestantes e mães de menores de 12 anos.

Denota-se que a consolidação do Poder Judiciário no Brasil deu-se com maior intensidade após o advento da Constituição Federal (“CF”) de 1988. Nesse sentido, tem-se que a Carta Magna permitiu a massificação de acesso a justiça, o que resultou em uma nova necessidade para o judiciário brasileiro: dar respostas mais céleres aos conflitos. Contudo, o Poder Judiciário atualmente enfrenta um cenário de grande dificuldade para a resolução das demandas, notadamente as coletivas, como também uma verdadeira crise no acesso à justiça.

Dessa forma, diante da sua relevância, o *Habeas Corpus* Coletivo nasceu de uma verdadeira preocupação com a efetividade da liberdade de locomoção de determinados grupos, visando assegurar uma correta prestação jurisdicional, de modo a tentar administrar essa nova realidade do Judiciário: tornar a prestação da tutela jurisdicional mais previsível, mais isonômica, mais rápida e eficaz.

A mencionada efetividade jurisdicional foi coroada com o advento do julgamento do HC nº 143641/SP, no qual restou assegurada a substituição da prisão preventiva por domiciliar, em todo território nacional, das mulheres gestantes ou mães de crianças com até 12 anos ou de pessoas com deficiência, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Vale ressaltar por derradeiro, que a decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, apesar de suscetível de críticas e passível de aperfeiçoamentos técnicos representou inegavelmente extraordinário avanço no tocante à defesa dos direitos fundamentais, com destaque para a liberdade de ir e vir de um grupo de pessoa claramente carente, ao incluir no arsenal de instrumentos, os quais poderão ser manejados para esse fim, o *habeas corpus* coletivo, sobretudo no mundo contemporâneo, em que as lesões massivas a tais direitos vem crescendo em escala exponencial. (LEWANDOWSKI, 2019)

Assim, entende-se, em razão de todas as análises acima expendidas, que é adequado e pertinente que o Congresso Nacional possa encaminhar alguma proposta que, ao tempo em que possa preservar o *jus puniendi* do Estado, permita contemplar situações envolvendo crianças

cujas genitoras foram condenadas em definitivo e necessitem cumprir a pena em regime inicial fechado.

6 FOCALIZANDO A PENITENCIÁRIA FEMININA DO DISTRITO FEDERAL: IMPLICAÇÕES PRÁTICAS E REPENSANDO NOVAS PERSPECTIVAS JURÍDICAS PARA AS MULHERES MÃES E GESTANTES ENCARCERADAS

Lançada a lupa analítica sobre a legislação e pronunciamentos decisórios – particularmente, o HC de nº 143.641 – acerca do tema em estudo, este capítulo ocupa-se em fazer uma etnografia prisional focalizando a Penitenciária Feminina do Distrito Federal e sua localização social em termos quantitativos e características sociais.

Assim, faz-se aqui um mapeamento das mulheres presas, com a etnografia prisional aqui delineada, atém-se ao contexto jurídico e físico das mulheres encarceradas no Distrito Federal, permitindo levar a reflexividade a uma articulação mais situada e sistemática entre aspectos individuais, intersubjetivos, sociais e institucionais, num pano de fundo comparativo face ao qual suposições avulsas na base de um ou outro destes fatores podem ser testadas de maneira integrada (CUNHA, 2002; GENDERS e PLAYERS, 2010; KRUTTSCHNITT e GARTNER, 2005; LIEBLING, 2013).

Abordagens etnográficas em profundidade matizaram a suposição de que a reclusão desorganiza ou desfaz invariavelmente laços interpessoais e mostraram que é demasiado simplista uma análise em termos de meros ganhos e perdas para familiares ou reclusos/as (TOURAUT, 2012).

Outras etnografias (CUNHA e GRANJA, 2014, em Portugal; PALOMAR VERA, 2007, no México) identificaram um processo de reconfiguração no caso de **mães reclusas e da sua relação com os filhos**: a separação das crianças é uma fonte constante de stress e gerar sentimentos de se ser uma “má mãe”, a prisão também pode dar azo a que as mães aí reelaborem a uma outra luz relações parentais problemáticas:

Para mais, em estabelecimentos em que as reclusas podem manter com elas os filhos de tenra idade, este novo meio pode prestar-se a que vivenciem de forma diversa a maternidade, criando novas subjetividades através das quais ressignificam também as suas experiências anteriores de parentalidade: protegidas das pressões imediatas da sobrevivência quotidiana, pobreza e violência, com tempo disponível para as crianças – que aqui são também objeto de atenção médico-educativa especializada –, podem experienciar um laço com os filhos com uma intensidade sem precedentes, atribuindo-lhe um sentido que se torna doravante central. Num tal contexto, a maternidade é hiperbolizada nas narrativas da identidade pessoal (PALOMAR VERA, 2007, p, 111).

Foucault (1977) – que não previu este ‘boom prisional’ e considerava a prisão como um analisador da sociedade, como uma instância condensada de uma racionalidade disciplinar mais ampla, permeando a sociedade num dado período histórico – tinha também identificado uma viragem histórica subsequente: de uma “sociedade disciplinar” para uma “sociedade de segurança” baseada na gestão de riscos (Foucault, 2009). Abordagens etnográficas em profundidade matizaram a suposição de que a reclusão desorganiza ou desfaz invariavelmente laços interpessoais e mostraram que é demasiado simplista uma análise em termos de meros ganhos e perdas para familiares ou reclusos/as.

6.1 A PENITENCIÁRIA FEMININA DO DISTRITO FEDERAL

A penitenciária do Distrito Federal (PFDF) é um estabelecimento prisional de segurança média, destinada ao aprisionamento de mulheres presas nos regimes semiaberto e fechado com e sem benefícios externos, bem como de presas provisórias que aguardam julgamento pelo Poder Judiciário.

O espaço é dividido em quatro blocos, separados em alas de acordo com o sistema prisional (prisão provisória, semiaberto, fechado). Abaixo, tem-se uma visão foto panorâmica da Penitenciária Feminina do Distrito Federal – Brasil.

Figura 12 - Penitenciária Feminina do Distrito Federal – PFDF (Brasil, 2020)



Fonte: Google Maps, 2020)

A Penitenciária Feminina do DF possui uma ala exclusiva para as internas gestantes e outra ala para lactantes com recém-nascidos até 6 meses de idade. Nestas alas há instalações com estrutura para as mães custodiadas possam oferecer cuidados maternos aos seus bebês. Na ala (A) está o berçário, que tem 22 vagas equipada com beliches, berços, local de higienização para os bebês e banheiro coletivo com chuveiros quentes. Na ala para gestantes (B) tem 24 vagas, ambas fechadas com grade extensa (DISTRITO FEDERAL, 2020).

Como não há creches, os bebês, quando completam 6 meses de nascidos, são entregues aos seus familiares. Caso não tenham, estarão sujeitos aos procedimentos da Vara da Infância e da Juventude.

No que tange à alimentação e vestuário, a penitenciária noticia em seu *site* que as detentas recebem enxoval completo, fornecimento de materiais de higiene para mãe e filho, tais como fraldas descartáveis, sabonetes infantil e adulto, pomadas, banheira infantil de plástico, sabão em pó e em pedra – para lavagem do enxoval, absorventes e outros. Entretanto, em visita a PCDF, muitas relatam alimentação inadequada para si e para as crianças, bem como falta de fraldas e materiais para higiene dos bebês.

No quesito saúde, o acompanhamento do pré-natal é realizado na própria Penitenciária Feminina, por equipe do núcleo de saúde, exceto em casos de gravidez de alto risco, que são encaminhados à rede hospitalar pública. Da mesma sorte, as detentas também relatam pouca assistência na gravidez e principalmente o atendimento pediátrico às crianças lá nascidas.

Nesse particular, seguem informações do *site* Human Rights Watch (2019). É uma organização internacional de direitos humanos, não-governamental, sem fins lucrativos, contando com aproximadamente 400 membros que trabalham em diversas localidades ao redor do mundo. Nossa equipe é composta por profissionais de direitos humanos como advogados, jornalistas e especialistas e acadêmicos de diversas origens e nacionalidades. Fundada em 1978, a Human Rights Watch é reconhecida por investigações aprofundadas sobre violações de direitos humanos, elaboração de relatórios imparciais sobre essas investigações e o uso efetivo dos meios de comunicação para informar e sensibilizar diversos públicos sobre suas causas. Contando com o apoio de organizações locais de direitos humanos, publicamos mais de 100 relatórios e artigos sobre direitos humanos em todo o mundo todo os anos. A partir de casos concretos de violações, a HRW se reúne com governos e organizações internacionais para

propor políticas públicas e reformas legais necessárias para proteger direitos e garantir a reparação para vítimas de violações passadas.

Enquanto a lei brasileira exige que prisões tenham seções especiais para gestantes e mulheres com bebês de até seis meses de idade. Apenas 16 por cento das unidades prisionais tinham essa infraestrutura até junho de 2016. E apenas 3 por cento contavam com creches para crianças menores de 7 anos, também exigidas por lei. Apenas um ginecologista estava disponível para cada 1.500 mulheres encarceradas.

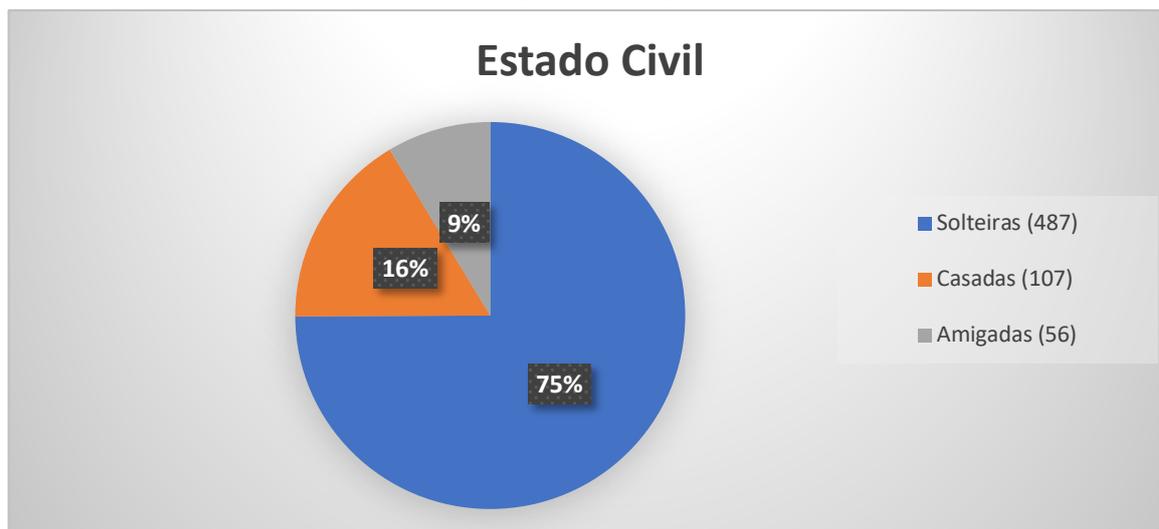
Em outubro de 2016, a organização Human Rights Watch documentou as condições ilegais de encarceramento na prisão feminina do Bom Pastor, em Recife. Além disso, os cuidados pré-natais eram deficientes e os pós-natais literalmente inexistentes. Pesquisadores da Human Rights Watch entrevistaram várias mães que choravam enquanto seguravam seus bebês, temendo o momento em que os filhos completariam seis meses de idade e, então, seriam retirados de seus cuidados pelos agentes penitenciários, na medida em que o estabelecimento não tinha instalações para mantê-los. As crianças eram encaminhadas para cuidados de familiares ou abrigos.

Dados colacionados na matéria publicada no Jornal Correio Brasiliense, de 18 de novembro de 2018, davam conta da existência de 841 vagas destinadas às mulheres na PCDF, e que naquela data dispunham 692 detentas. Dessas, havia 8 lactantes e 7 gestantes (uma delas beneficiada com trabalho externo) e 125 mulheres com filhos até 12 anos.

Ainda na trilha etnográfica da Penitenciária Feminina e Presas do Distrito Federal seguem dados do perfil dessas mulheres⁸:

⁸ Os dados inseridos nos gráficos que seguem foram todos retirados daqueles coletados pelo Correio Braziliense, publicados em 18 nov. 2018 no caderno cidades, entre as folhas 20 e 21.

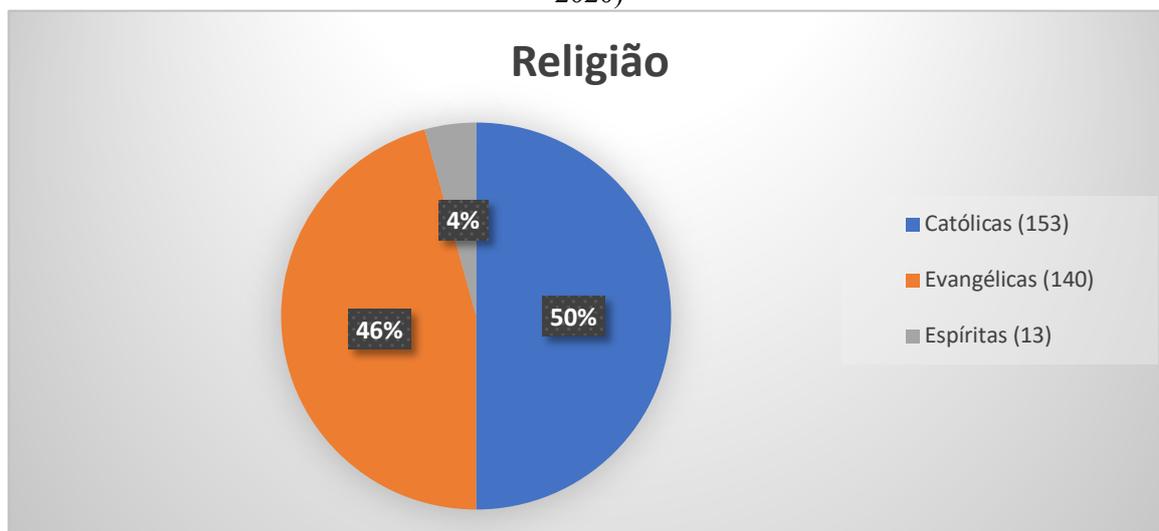
Figura 13 - Estado Civil das Mulheres Presas na Penitenciária Feminina do Distrito Federal – PFDF (Brasil, 2020)



Fonte: Correio Braziliense, Caderno Cidade, publicado em 18 nov. 2018, p. 20/21

Em relação ao estado civil da população prisional no DF, foi possível obter informações que 75% do total de mulheres privadas de liberdade são mulheres solteiras. A distribuição da população prisional de acordo com a faixa etária expressa a concentração de jovens entre essa população, fator que pode corroborar a concentração de pessoas solteiras.

Figura 14 - Religião das detentas na Penitenciária Feminina do Distrito Federal – PFDF (Brasil, 2020)



Fonte: Correio Braziliense, Caderno Cidade, publicado em 18 nov. 2018, p. 20/21

No que tange a opção religiosa, o perfil de católicas e evangélicas são muito próximos com 50% e 46% respectivamente. Percebe-se o crescimento expressivo no últimos anos da igreja evangélica e o ínfimo percentual das religião espírita.

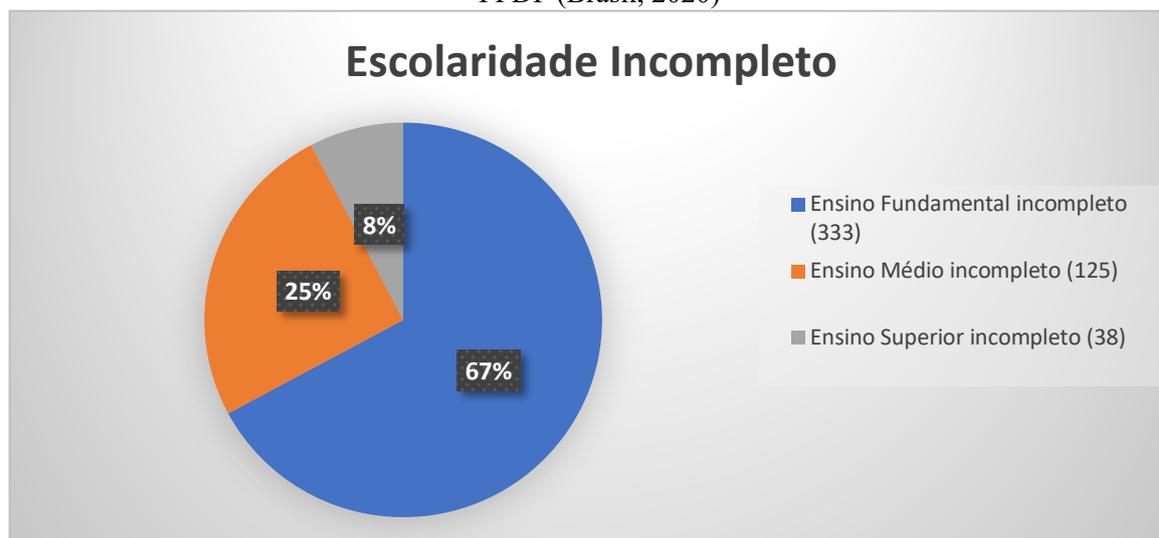
Figura 15 - Escolaridade completo das detentas na Penitenciária Feminina do Distrito Federal – PFDF (Brasil, 2020)



Fonte: Correio Braziliense, Caderno Cidade, publicado em 18 nov. 2018, p. 20/21

A escolaridade das detentas do DF, não se difere em muito da realidade de outros Estados, demonstrando a baixa escolaridade das presas, constando o percentual de 67% com ensino médio completo, 28% com ensino fundamental completo e apenas 5% o ensino superior completo.

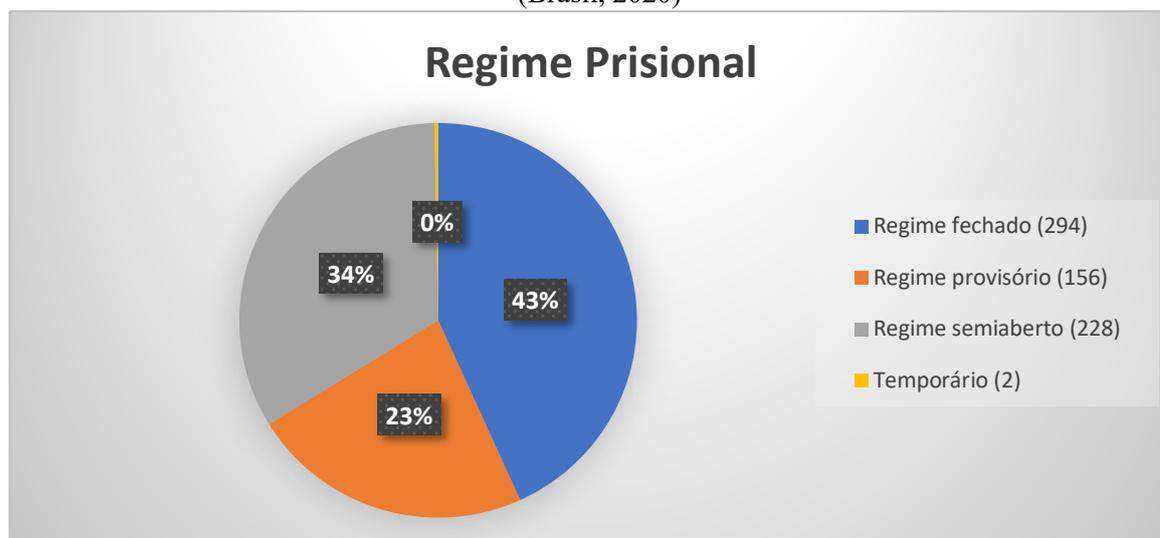
Figura 16 – Escolaridade incompleto das detentas na Penitenciária Feminina do Distrito Federal – PFDF (Brasil, 2020)



Fonte: Correio Braziliense, Caderno Cidade, publicado em 18 nov. 2018, p. 20/21

Ainda da análise dos dados da escolaridade, os índices da escolaridade não concluído, fica ainda mais latente a baixa educação das presas. No gráfico acima, constatamos que 67% não concluíram o ensino fundamental, 25% sem conclusão do ensino médio e 8% do ensino superior.

Figura 17 - Regime prisional das detentas na Penitenciária Feminina do Distrito Federal – PFDF (Brasil, 2020)



Fonte: Correio Braziliense, Caderno Cidade, publicado em 18 nov. 2018, p. 20/21

Na penitenciária do Distrito Federal o regime fechado consta com 43% das detentas, 34% no regime semiaberto, alvo de estudo do presente trabalho, 23% regime provisório e apenas 2 detentas no regime temporário.

No que concerne ao tráfico de drogas no DF, a tabela abaixo colacionada, envolve os casos ocorridos na penitenciária do DF nos anos de 2018 e parcialmente o ano de 2019 (OUTUBRO/2018), apenas de mulheres que foram presas em flagrante ao tentarem ingressar no sistema prisional com drogas, na maioria das vezes induzidas pelos seus parceiros.

Quadro 03 - Flagrante de Visitantes/ Mulheres com Entorpecentes em 2018 (Brasil, 2020)

MESES	CDP	CIR	PDF I	PDF II	PFDF	MULHER
JAN	07	01	05	07	00	19
FEV	04	04	09	04	00	18
MAR	02	03	05	08	00	11
ABR	00	01	09	04	00	12
MAI	02	03	08	07	00	17
JUN	01	03	07	04	00	13
JUL	00	01	06	06	00	11
AGO	00	03	12	05	00	18
SET	02	01	05	03	01	10
OUT	03	00	08	04	00	14
NOV	05	02	08	07	00	18
DEZ	01	02	05	03	00	09
TOTAL:	18	17	47	39	02	117

Fonte: SESIPE, out. 2019

Via de regra, boa parte desses casos decorrem de situações envolvendo dívidas contraídas pelos presos, bem assim para dar continuidade no tráfico na penitenciária.

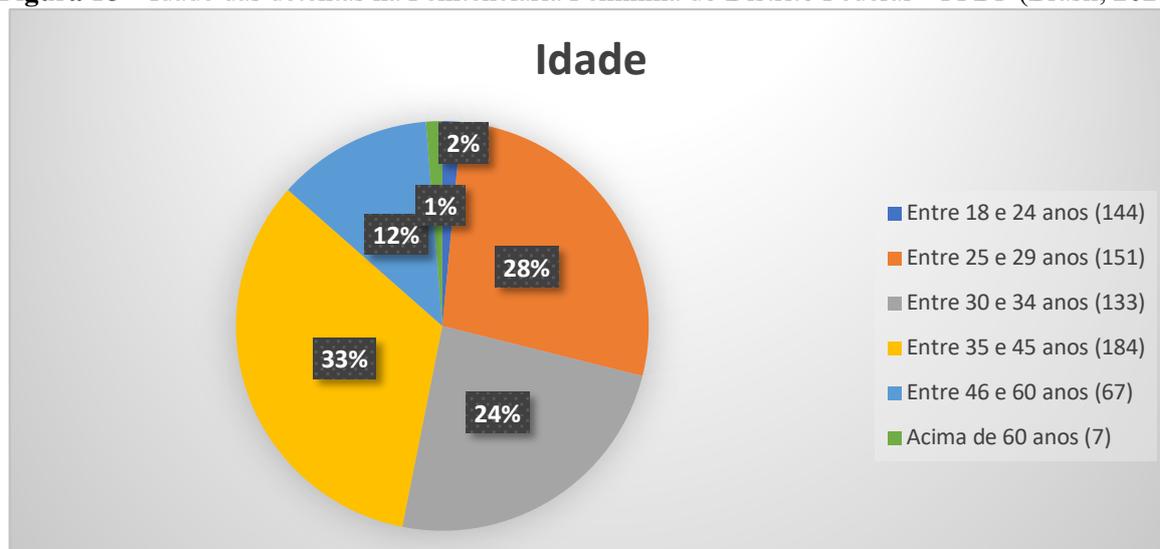
Quadro 04 – Flagrante de Visitantes/Mulheres com Entorpecentes em 2019 (Brasil, 2020)

MESES	CDP	CIR	PDF I	PDF II	PFDF	MULHER
JAN	07	01	05	07	00	19
FEV	04	04	09	04	00	18
MAR	02	03	05	08	00	11
ABR	00	01	09	04	00	12
MAI	02	03	08	07	00	17
JUN	01	03	07	04	00	13
JUL	00	01	06	06	00	11
AGO	00	03	12	05	00	18
SET	02	01	05	03	01	10
OUT	03	00	08	04	00	14
NOV	05	02	08	07	00	18
DEZ	01	02	05	03	00	09
TOTAL:	27	24	87	62	01	170

Fonte: SESIPE, out. 2019

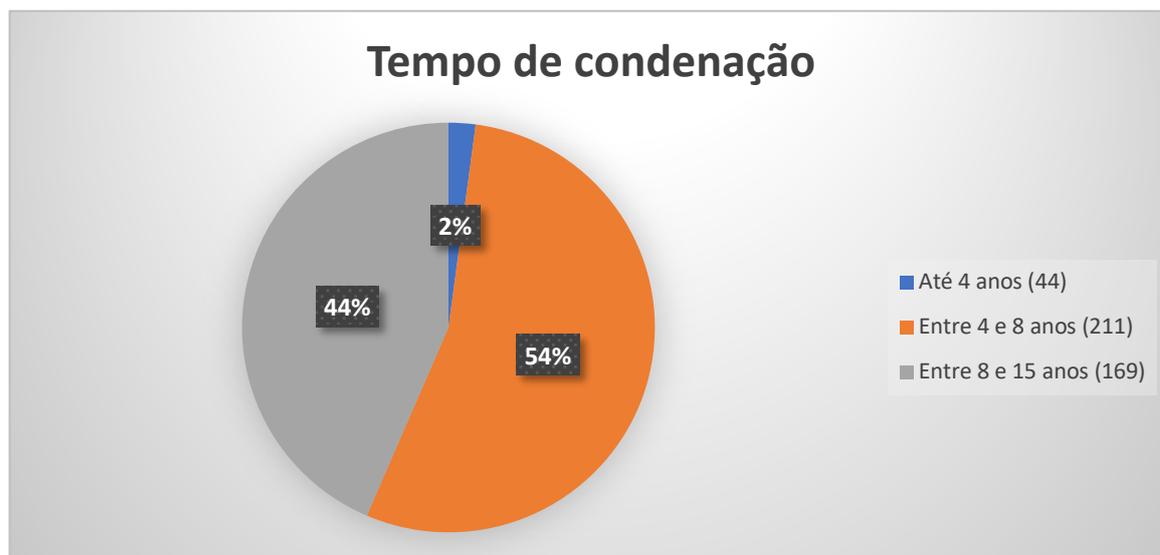
Quanto ao fator idade, a maior concentração está contida nas mulheres com idade entre 35 e 45 anos, em seguida pela faixa etária de 25 e 29 anos, 30 e 34 anos, 46 e 60 anos, 18 e 24 anos e por último com 1%, as detentas com idade acima de 60 anos.

Figura 18 – Idade das detentas na Penitenciária Feminina do Distrito Federal – PFDF (Brasil, 2020)



Fonte: Correio Braziliense, Caderno Cidade, publicado em 18 nov. 2018, p. 20/21

Figura 19 –Tempo de condenação das detentas na Penitenciária Feminina do Distrito Federal – PFDF (Brasil, 2020)



Fonte: Correio Braziliense, Caderno Cidade, publicado em 18 nov. 2018, p. 20/21

O tempo de condenação entre 4 e 8 anos destaca-se com o maior percentual (54%). Em relação aos crimes, a maioria está presa por tráfico de drogas, roubo e crimes contra a vida, como homicídio tentado e consumado.

6.2 OS IMPACTOS DO HC COLETIVO NO ÂMBITO DO SISTEMA PRISIONAL DO DISTRITO FEDERAL - FEVEREIRO DE 2018 A JULHO DE 2019

Após a concessão do Habeas Corpus Coletivo, apenas 25 detentas foram beneficiadas, sendo que cinco destas retornaram à penitenciária por descumprir as medidas cautelares estabelecidas como alternativa ao cárcere. A delegada e diretora à época, Dra. Deuzelita Pereira Martins, relata que a maioria das detentas são dependentes químicas, o que acabando gerando uma enorme dificuldade de assumir seu papel de genitora junto a seus filhos.

Outro ponto que a diretora expõe é que em nove anos de atuação no presídio, presenciou apenas um caso de gravidez dentro do sistema penitenciário, sendo na sua maioria ou quase sua totalidade de mulheres que já adentraram grávidas no cárcere.

Infelizmente, o que podemos constatar é que a concessão do HC teve baixo índice de efetividade sendo constatado pelo Departamento Penitenciário Nacional (Infopen/Mulheres), data base junho de 2016. Na oportunidade, o número total de mulheres encarceradas no País eram de mais de 42 mil, mantidas em instalações construídas para abrigar 27 mil pessoas.

Quarenta e cinco por cento das mulheres detidas – dezenove mil – ainda aguardavam julgamento (VITAL, 2018).

O DEPEN (2019) solicitou às Secretarias Estaduais de Administração Penitenciária de cada Estado um número estimado de mulheres presas que atendiam aos critérios estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal. Da mesma forma, solicitou o número de mulheres que, de fato, foram submetidas à prisão domiciliar. As secretarias estimaram que, em setembro de 2018, 9.245 mulheres estariam em prisão preventiva desde a decisão do STF e atendiam aos critérios exigidos no mandamus, mas que os juízes de 1º grau haviam concedido prisão domiciliar apenas para 3.073, é dizer, menos de um terço.

O que ocorre é que os juízes de 1º grau não vêm cumprindo a decisão do STF, com várias argumentações, sendo a mais utilizada como negativa para a concessão da medida o fato de a mulher estar ligada ao tráfico ou ser dependente química, e, portanto, merecedora da prisão preventiva, ao revés da liberdade provisória ou prisão domiciliar (HUMAN RIGHTS WATCH, 2019).

A advogada Eloísa Machado, membro do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (CADHu), grupo que atuou no HC coletivo, diz que chama a atenção os “casos indeferidos irresponsavelmente” (VITAL, 2018), principalmente os que envolvem mulheres detidas como incursoas, em tese, no artigo 33 da Lei n. 11.343/2006. “[...] Tráfico de drogas é a regra do sistema. Não pode ser considerado excepcionalíssimo”, afirma (VITAL, 2018). Ela aponta que a decisão do STF garantiu o cumprimento de dispositivos já fixados na legislação, por meio do Estatuto da Primeira Infância (Lei 13.257/16).

Essas negativas vem sendo alvo de ações pelas Defensorias Públicas Estaduais, como por exemplo a Defensoria Pública do Rio de Janeiro, que postulou junto ao STF em março deste ano a concessão de prisão domiciliar a 20 mulheres que satisfaziam os critérios do HC, mas que estariam presas preventivamente. Como recomendação, as Defensorias solicitaram que as Corregedorias instaurassem procedimentos disciplinares contra juízes que não estivessem cumprindo a íntegra da decisão concedida em sede Habeas Corpus Coletivo (HUMAN RIGHTS WATCH, 2019).

Aqui no Distrito Federal, em entrevista ao site Brasil de Fato (2018), a defensora pública Karoline Leal, integrante do Núcleo de Direitos Humanos da Defensoria Pública do

Distrito Federal, afirma que a partir do dia 19 de maio de 2018, (60 dias após a publicação do HC) teriam como objeto oficiar ao Tribunal de Justiça - TJDF, para saber o resultado. Caso fosse necessário, em razão das inúmeras negativas, seria estudada a viabilidade de um habeas corpus coletivo junto ao próprio Tribunal de Justiça do DF.

Fato é que, a falta de informações concretas vem dificultando a obtenção geral de dados assertivos quanto a efetividade da concessão do HC Coletivo, embora os poucos dados esparsos e incertos venham a demonstrar que poucas foram beneficiadas com a decisão.

Vale lembrar que a concessão do HC vem atender as mulheres presas preventivamente, ou seja, aquelas que ainda não tiveram decisão judicial. Há uma certa confusão dos dados colhidos, até porque se considerarmos a quantidade de mulheres presas já sentenciadas que se encontram com essa prerrogativa, filhos até 12 anos, a quantidade seria mais expressiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realidade prisional existente deixa antever a situação preocupante das mulheres presas em todo Brasil, com a ausência de um olhar diferenciado para essa categoria, em especial as gestantes e puérperas.

Foi sob a ancoragem dos direitos fundamentais e como uma dimensão indissociável dos Direitos Humanos que se analisou, nesta dissertação, a situação das mulheres grávidas e mães encarceradas, lançando a lupa analítica sobre os impactos/implicações que o HC (nº 143641/SP – Anexo I) propiciou na melhoria da condição de seus destinatários.

Verificou-se que a população carcerária feminina no Brasil – e no Distrito Federal – é notavelmente menor que a masculina, porém, seu número gradativamente aumenta em proporções maiores do que a masculina, tal afirmação, pode ser comprovada pelos dados oficiais informados pelo DEPEN abordados neste trabalho. Entretanto, ainda que elas representem menor contingente numérico, vivem desprovidas de condições mínimas, dignas e adequadas, as quais seriam capazes de proporcionar para elas a oportunidade de após o cárcere retornar a sociedade dentro dos padrões de conduta que correspondam aos anseios sociais. Constatou-se, por conseguinte, que as prisões femininas não estão adequadas satisfatoriamente para receber e atender as necessidades dessas mulheres, em especial as gestantes que necessitam de cuidados diferenciados durante a gravidez e após o nascimento dos seus filhos.

No trabalho ficou demonstrada a ineficiência do poder público em atender às necessidades mínimas destas mulheres, com a elaboração e implantação de políticas públicas eficientes, visando assegurar normativas constitucionais e internacionais.

Os dados compilados no presente estudo permitem concluir que a criminalidade feminina guarda nuances próprias que divergem dos delitos cometidos pelos homens. O público em questão, em sua grande maioria, envolve mulheres negras, com pouco grau de instrução e baixo poder econômico.

Outro ponto a se destacar é que o sistema prisional não se encontra adequadamente formatado para atender as necessidades das mulheres mães e gestantes, de modo assegurar a sua convivência num momento determinante para o desenvolvimento sadio da criança, em seus aspectos físico e mental.

Após o advento da CF de 1988, muito se evoluiu no sentido de reconhecer e assegurar judicialmente os direitos coletivos, assim considerados os difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, notadamente na seara cível. Embora tenha se desenvolvido um pouco mais tarde, percebe-se esta tendência também na esfera processual penal, o que se refletiu na impetração do HC Coletivo nº 143.641.

Na esteira de tal compreensão – designadamente quanto ao instituto do *habeas corpus* coletivo –, pode-se inferir que a categoria que mais se assemelha à condição das mulheres presas preventivamente, gestantes ou mães de filhos de até 12 anos, é a de direitos difusos, na medida em que entre elas não há relação jurídica base, no entanto, todas estão unidas por uma mesma situação fática, a saber, a condição da maternidade e a restrição provisória da liberdade. Assim, é adequado dizer que o instituto do *habeas corpus* coletivo consiste em uma ação coletiva, com viés de garantia constitucional fundamental, com aplicabilidade imediata e interpretação ampla. Visa tutelar o direito de liberdade de locomoção em todas as suas acepções, sejam difusas, coletivas ou envolvendo situações individuais em que haja homogeneidade de questões de fato ou de direito, levando-se em consideração o disposto no art. 5º, inciso LXVIII, da CF, e os ditames constantes dos art.647 e seguintes do CPP.

Percebeu-se, pois, a evolução das ações de caráter coletivo, inicialmente na seara cível, para abarcar, recentemente, a esfera criminal. Inexoravelmente, o direito processual pátrio, inicialmente gestado para atender demandas de cunho pessoal, teve que evoluir para contemplar os reclames de uma sociedade cada vez mais dinâmica, em especial diante de comportamentos que podem se refletir no espectro de direitos de vários indivíduos ao mesmo tempo. Daí a necessidade dos instrumentos jurídicos de tutela transindividual, em especial, dentro do objeto do presente estudo, o *habeas corpus* coletivo.

Com efeito, o HC nº 143641/SP se prestou a fortalecer a necessidade de observância dos direitos fundamentais do grupo em estudo, bem assim de tornar efetivas e céleres medidas capazes de assegurar os mencionados direitos: assegurou a substituição da prisão preventiva por domiciliar, em todo território nacional, das mulheres gestantes ou mães de crianças com até 12 anos ou de pessoas com deficiência, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Em especial, a realidade da penitenciária feminina do Distrito Federal foi objeto de estudo, concluindo-se que, embora se trate de unidade diferenciada, se comparada com

estabelecimentos prisionais de outras unidades da Federação, muito ainda há a ser feito no sentido de garantir, de forma eficiente, os direitos de menores que se encontram recolhidos em presídios com suas mães.

Suplantada essa etapa, nada obstante dos avanços que representaram o HC Coletivo, restou inequívoco que o sistema carece ainda do devido acompanhamento, de modo que reste evidenciado o estrito cumprimento das determinações que encerram o referido *decisium*. Nessa linha de argumentação, em pesquisa junto ao CNJ, verificou a existência do Fórum da Criança e Adolescente – FONINJ, cuja incumbência, em linhas gerais, está afeta ao resguardo do interesse desse grupo.

Assim sendo, a proposta que ora se apresenta consiste em uma solução prática e objetiva, a saber, a de atribuir ao FONINJ o devido acompanhamento que garanta a eficácia das determinações trazidas pelo HC Coletivo.

Importa consignar que a proposta em testilha servirá ao aprimoramento do sistema, não só no âmbito do Distrito Federal, como também de todo o Brasil.

PRODUTO FINAL: ENCAMINHAMENTO DE 'PROJETO PILOTO' AO FONINJ – CNJ, OBJETIVANDO O CONTROLE DAS DECISÕES RELATIVAS AO HC COLETIVO

Importante destacar o papel do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, a quem a Constituição Federal, comete a incumbência de controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, além do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.

Neste diapasão, incumbe trazer à baila a Resolução de número 231, de 28 de junho de 2018, do CNJ, que institui o Fórum Nacional da Infância e da Juventude – FONINJ, cujas atribuições na forma de seu artigo 2º são as seguintes:

- I – orientar os trabalhos desenvolvidos pelas Coordenadorias da Infância e da Juventude dos Estados e do Distrito Federal;
- II – elaborar estudos que viabilizem a implantação de projetos que digam respeito a políticas públicas da infância e da juventude no âmbito do Poder Judiciário;
- III – propor medidas visando à execução de políticas públicas de infância e juventude no âmbito do Poder Judiciário;
- IV – facilitar a interlocução entre os órgãos da Justiça Federal, da Justiça do Trabalho, da Justiça da Infância e da Juventude, as Coordenadorias da Infância e da Juventude e o Conselho Nacional de Justiça;
- V – fomentar iniciativas de aprimoramento da prestação jurisdicional e propor medidas visando à sua implementação em âmbito nacional;
- VI – viabilizar a solução mais rápida e eficiente das demandas relacionadas à implementação de políticas públicas, no âmbito do Poder Judiciário, para crianças e adolescentes;
- VII – propor, por iniciativa própria, medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional na área da infância e da juventude;
- VIII – monitorar os dados estatísticos das ações judiciais em que sejam partes ou interessados a criança e o adolescente na condição de vítima ou em situação de risco, bem como o adolescente em conflito com a lei;
- IX – elaborar o estudo e o monitoramento da atividade das unidades judiciárias com competência para processo e julgamento das ações judiciais descritas no inciso anterior;
- X – propor medidas concretas e normativas voltadas à otimização de rotinas processuais, à organização e estruturação das unidades judiciárias com competência para o processo e julgamento das ações judiciais descritas no inciso VIII;
- XI – realizar a análise da estrutura e das atividades desenvolvidas por entidades responsáveis pela manutenção de programas socioeducativos e de proteção à criança e ao adolescente, como entidades de acolhimento e unidades de internação;
- XII – organizar encontros nacionais, regionais e seminários de membros do Poder Judiciário, com a participação de outros segmentos do Poder Público, da sociedade civil, das comunidades e outros interessados, para a discussão de temas relacionados com as atividades do Fórum;

- XIII – coordenar e realizar o estudo e a proposição de outras medidas consideradas pertinentes ao cumprimento dos objetivos do Fórum;
- XIV – manter intercâmbio, respeitados os limites de sua finalidade, com entes de natureza judicial, acadêmica e social do país e do exterior, que atuam na referida temática;
- XV – elaborar e fazer cumprir o regimento interno e o(s) programa(s) de trabalho do Fórum;
- XVI – realizar reuniões periódicas ordinárias, ou extraordinárias, sempre que necessário, para a condução dos trabalhos do Fórum;
- XVII – promover a cooperação entre as Coordenadorias da Infância e da Juventude;
- XVIII – recomendar ações aos Tribunais de Justiça, inclusive aquelas propostas pelas Coordenadorias da Infância e da Juventude;
- XIX – promover o intercâmbio e cooperação entre Juízes Federais, Juízes do Trabalho e Juízes da Infância e da Juventude em temas de interesse comum, relacionados com os direitos da criança, do adolescente e do jovem;
- XX – participar de eventos promovidos por entes públicos ou entidades privadas sobre temas relacionados aos objetivos do Fórum;
- XXI – propor medidas de aprimoramento da prestação jurisdicional por meio da divulgação de boas práticas identificadas;
- XXII – apoiar as Coordenadorias na articulação interna e externa da Justiça da Infância e da Juventude com outros órgãos governamentais e não governamentais. (BRASIL, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018)

Conquanto boa parte das atribuições do FONINJ guardem pertinência com a matéria afeta às varas da Infância e Juventude, parece-nos inequívoco que a prévia existência de um Fórum do CNJ já estruturado para a atenção aos interesses de crianças e adolescentes, de igual forma deve abranger as questões atinentes à situação das mulheres presas, gestantes ou com filhos de até doze anos, notadamente porque a estes se estendem também, de forma reflexa, todas as mazelas advindas do cárcere.

Pois bem, no curso do trabalho foi possível inferir que a despeito do avanço que representou o HC Coletivo para o reconhecimento de direitos das mulheres presas preventivamente, de outro lado resta patente a inexistência de um mecanismo eficaz para aferir a efetividade da mencionada decisão nos casos concretos, em especial aqueles que se enquadram nas exceções à regra geral estabelecida no HC.

Vale repisar que foram muitos os percalços para se construir tal inovação, albergando o interesse coletivo de várias mulheres e crianças que se encontravam-se notadamente desassistidas. Isso tudo porque, em que pese a relevância do julgado, até o momento não foram criados mecanismos capazes de mensurar esses dados, o que dificulta demonstrar se de fato o julgado atingiu de forma eficiente seus destinatários.

Dessa forma, a sugestão ora apresentada aproveita, assim, sem maiores ônus, uma estrutura previamente existente no âmbito CNJ, a quem tocará a incumbência de zelar pelo cumprimento das determinações estabelecidas no HC Coletivo.

Feitas essas considerações, a **sugestão para aprimoramento do sistema** envolve, **dentre as atribuições previstas no art. 2º da Resolução n. 231 do CNJ, a inclusão do inciso XXIII, com a seguinte redação:**

XXIII - Fiscalizar o cumprimento do *habeas corpus* coletivo ou de qualquer outra medida em que figurem como beneficiárias mulheres, em especial gestantes, de modo a apurar a sua eficácia e efetividade.

Destaca-se que, uma vez compilados os respectivos dados em comento, poderá ser apurado em que medida se deu o efetivo cumprimento da decisão do HC Coletivo 143.641, visto que, o CNJ, enquanto órgão correcional do Judiciário de alcance nacional, dispõe da prerrogativa constitucional e dos devidos instrumentos para corrigir eventuais excessos, distorções ou omissões no trato da questão.

REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: **Temas de direito processual**. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984.

BECCARIA, Cessare. (1738-1794). **Dos delitos e das penas**. Tradução de Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012.

BECKER, Gary; MURPHY, Kevin; GROSSMAN Michael. **The Economic Theory of the Illegal Goods: The Case of Drugs**. The National Bureau of Economic Research, dez. 2004. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w10976>. Acesso em: 22 jan. 2020

BRASIL. [Código de Defesa do Consumidor (1990)]. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em 15 nov. 2017.

BRASIL. [Código de Processo Penal (1941)]. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em 24 out. 2018.

BRASIL. [Código Penal (1940)]. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 24 out. 2018.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política Do Império Do Brazil**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em 27 fev. 2018.

BRASIL. [Constituição (1998)]. **Constituição da República Federativa do Brasil** Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 01 out. 2018.

BRASIL. [Lei de Execução Penal (1984)]. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Brasília, DF: Presidência da República [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 13 abr. 2019.

BRASIL. [Marco Legal da Primeira Infância (2016)]. **Lei nº 13.257, de 08 de março de 2016**. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm. Acesso em: 01 nov. 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. CPI Sistema Carcerário. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara,

2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/relatorio-cpi-sistema-carcerario.pdf>. Acesso em janeiro de 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 231, de 28 de junho de 2016**. Institui o Fórum Nacional da Infância e da Juventude (FONINJ). Brasília: Conselho Nacional de Justiça [2020]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2306>. Acesso em: 03 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. 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; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em 15 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.942, de 28 de maio de 2009**. Dá nova redação aos arts. 14, 83 e 89 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência. Brasília, DF: Presidência da República, 2009a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9046.htm. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.962, de 8 de abril de 2014**. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, para assegurar a convivência da criança e do adolescente com os pais privados de liberdade. Brasília, DF: Presidência da República, 2014b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12962.htm. Acesso em: 29 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.046, de 18 de maio de 1995**. Acrescenta parágrafos ao art. 83 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9046.htm. Acesso em: 03 out. 2018.

BRASIL. Ministério da Cidadania. Secretaria Especial do Desenvolvimento Social. **Criança Feliz: a importância dos primeiros mil dias de vida. Notícias da Secretaria especial do Desenvolvimento Social**, Brasília, 04 ago. 2017, não paginado. Disponível em: <http://mds.gov.br/area-de-imprensa/noticias/2017/agosto/crianca-feliz-a-importancia-dos-primeiros-mil-dias-de-vida>. Acesso em: 7 mar. 2019

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Resolução nº 14, de 11 de novembro de 1994**. Fixa regras mínimas para o tratamento do preso no Brasil Disponível em: <http://www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/regras-minimas-para-tratamento-dos-presos-no-brasil.pdf>. Acesso em: 05 out. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN MULHERES** 2ª ed (ano referência 2016). Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2018. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Acesso em: 25 nov. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Penitenciário Nacional. Conselho Federal de Psicologia. **Diretrizes para Atuação e Formação dos Psicólogos do Sistema Prisional Brasileiro**. Brasília: Ministério da Justiça, 2007. Disponível em: https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2012/07/depen_cartilha.pdf. Acesso em 12 set. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN MULHERES** – junho 2014. Brasília: Ministério da Justiça, [2015?]. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Mulheres Encarceradas** – Diagnóstico Nacional. Consolidação dos dados fornecidos pelas unidades da federação, 2008.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Sistema Integrado de Informação penitenciária - InfoPen. **Formulário Categoria e Indicadores Preenchidos Todas UF's**, referentes a 12/2012. Disponível em: <http://ghlb.files.wordpress.com/2013/04/c2a0estastc3adsticas.pdf>. Acesso em 15 jan. de 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Relatório Estatístico Analítico**. Brasília: Ministério da Justiça, 2012a. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/relatorios-analiticos>. Acesso em: 11 jan. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Sistema Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça. 2012b. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen>. Acesso em: 11 jan. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. Gabinete do Ministro. **Portaria Interministerial nº. 210, de 16 de janeiro de 2014**. Institui a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional, e dá outras providências. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_25232895_PORTARIA_INTERMINISTERIAL_N_210_DE_16_DE_JANEIRO_DE_2014.aspx. Acesso em 22 mai. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres. Junho/2018**. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. **Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão**. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA 2015. Disponível em

<https://www.justica.gov.br/news/201clugar-de-crianca-nao-e-na-prisao-nem-longe-de-sua-mae201d-diz-pesquisa/pesquisa-dar-a-luz-na-sombra-1.pdf/view> Acesso em: 23 set. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Grupo de Trabalho Interministerial. **Relatório final: reorganização e reformulação do sistema prisional feminino**. Brasília: Ministério da Justiça, 2007.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 482, de 1º de abril de 2014**. Institui normas para a operacionalização da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Brasília: Ministério da Saúde, 2014a. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2014/prt0482_01_04_2014.html. Acesso em 27 out. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. **Pré-natal e Puerpério: atenção qualificada e humanizada – manual técnico**. Brasília: Ministério da Saúde, 2006. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual_pre_natal_puerperio_3ed.pdf. Acesso em janeiro de 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde no Sistema Penitenciário. **Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário**. Brasília: Ministério da Saúde, 2004. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cartilha_pnssp.pdf. Acesso em: 11 jan. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. **Saúde da criança: nutrição infantil aleitamento materno e alimentação complementar**. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009c. (Cadernos de Atenção Básica, n. 23; Série A. Normas e Manuais Técnicos). Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/saude_crianca_nutricao_aleitamento_alimentacao.pdf. Acesso em 08 jan. 2020

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Plano nacional de saúde no Sistema Penitenciário**. 2ª ed. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2005. (Série B. Textos Básicos de Saúde).

BRASIL. Ministério de Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Dados gerais mulheres presas. Infopen Estatística**. Brasília: Ministério da Justiça, 2011a. Disponível em: www.mj.gov.br/depen. Acesso em: 12 jan. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Políticas para as Mulheres. **Plano Nacional de Políticas para as Mulheres**. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). **Habeas Corpus nº 90.760**. *Habeas Corpus*. Expulsão de estrangeiro. art. 75, II, b, da lei 6.815/80. Filha brasileira. Dependência econômica. Residência no Brasil. Ausência de prova pré-constituída. Fatos controvertidos. Impossibilidade de dilação probatória em sede de *Habeas Corpus*. Ordem denegada. Relatora Min. Denise Martins Arruda. Julgado em 27 fev. 2008, publicado no DJe de 17 mar. 2008. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=90760&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 07 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Habeas Corpus nº 454.161**. *Habeas Corpus*. Ação de destituição de poder familiar e de afastamento dos pais registrais. Suspeita de ocorrência da chamada "adoção à brasileira". *Habeas Corpus* contra decisão de relator. Incidência da súmula n. 691 do STF. Impossibilidade de concessão da ordem de ofício. Determinação judicial de abrigamento de criança. Inexistência de configuração de suficiente relação afetiva entre pretensa guardiã e a infante. Desabrigamento do menor e colocação em família previamente inscrita no cadastro nacional de adoção. Impossibilidade de novo rompimento de convivência familiar. Não ocorrência de decisão flagrantemente ilegal ou teratológica. *Habeas Corpus* denegado. Relator Min. Moura Ribeiro. Julgado em: 14 ago. 2018, publicado no DJe de 23 ago. 2018, p. 1822. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=454161&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 07 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Custodiado – Integridade Física e Moral – Sistema Penitenciário – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – Adequação. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias do Brasil. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em 09 set. 2015, publicado no DJe nº 031 de 19 fev. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em 01 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP**. *Habeas Corpus* coletivo. Admissibilidade. Doutrina brasileira do habeas corpus. Máxima efetividade do writ. Mães e gestantes presas. Relações sociais massificadas e burocratizadas. Grupos sociais vulneráveis. Acesso à justiça. Facilitação. Emprego de remédios processuais adequados. Legitimidade ativa. Aplicação analógica da lei 13.300/2016. Mulheres grávidas ou com crianças sob sua guarda. Prisões preventivas cumpridas em condições degradantes. Inadmissibilidade. Privação de cuidados médicos pré-natal e pós-parto. Falta de berçários e creches. ADPF 347 MC/DF. Sistema Prisional brasileiro. Estado de coisas inconstitucional. Cultura do encarceramento. Necessidade de superação. Detenções cautelares decretadas de forma abusiva e irrazoável. Incapacidade do estado de assegurar direitos fundamentais às encarceradas. Objetivos de desenvolvimento do milênio e de desenvolvimento sustentável da organização das nações unidas. Regras de Bangkok. Estatuto da primeira infância. Aplicação à espécie. Ordem concedida. Extensão de ofício. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 20 fev. 2018, publicado no DJe nº 215 de 09 out. 2018a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>. Acesso em: 01 out. 2018a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Habeas Corpus Coletivo nº 143.988/ES**. Relator Min. Edson Fachin. Julgado em 16 ago. 2018, publicado no DJe nº 169 de 20 ago. 2018b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5189678>. Acesso em: 01 out. 2018b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Questão de Ordem na Extradição nº 1.254 – Romênia**. Questão de Ordem. Pedido de Liberdade Provisória. Extradição executória. Emissão de cheques sem fundos. Títulos pré-datados. Prisão para fins de extradição. Exame da

necessidade e da proporcionalidade do aprisionamento. Estrangeiro requestado que reside no Brasil há mais de sete anos. Comprovação de que exerce atividade laboral lícita. Especialíssima proteção constitucional à família. Revogação da prisão preventiva para fins extradicionais, mediante o cumprimento de condições. Relator Min. Ayres Britto. Julgado em 06 set. 2011, publicado no DJe nº 180 de 20 set. 2011, p. 47. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627636>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ministra Cármen Lúcia diz que preso custa 13 vezes mais do que um estudante no Brasil. **NOTÍCIAS STF**, Brasília, 10 nov. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=329238>. Acesso em 14 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (Segunda Turma Cível). **Acórdão n.998736, 07020858720168070000**. Agravo de Instrumento. Direito Processual Civil. Ação Civil Pública. Hipóteses do artigo 1.015, do CPC/2015. Conhecimento. Garantia do acesso à justiça. Supressão de instância. Rejeição. Legitimação conjunta e disjuntiva. Ingresso do Ministério Público em demanda já ajuizada por associação. Possibilidade. Revogação da gratuidade de justiça. Não cabimento. Litigância de má-fe. Matéria não apreciada na instância de origem. Relator: Cesar Laboissiere Loyola. 2ª Turma Cível. Julgado em 23 fev. 2017, publicado no DJE: de 09 mar. 2017 Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=998736. Acesso em 15 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (Subseção II Especializada em Dissídios Individuais). **Agravo Regimental em Habeas Corpus nº TST-AgR-HC-5451-88.2017.5.00.0000**. Agravo Regimental interposto contra decisão da relatora que deferiu o pedido liminar em sede de *Habeas Corpus*. Jogador de futebol. Direito à liberdade do trabalho. Rescisão indireta. Verificação da ocorrência, em juízo perfunctório, da fumaça do bom direito e do perigo da demora. Rel. Ministra Delaíde Miranda Arantes, julgado em 08 ago. 2017, publicado no DJ de 18 ago. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/marcelinho-paraiba-delaide.pdf>. Acesso em: 01 out. 2018.

CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**, v. 32, n. 147, mai. 2007.

CAMPOS. Antônio Macedo de. *Habeas corpus*. Doutrina. Prática. Legislação. Bauru: Jalovi, 1982.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas**. Salvador: JusPodivim, 2015.

CIEGLINSKI, Thaís. **Cármem Lúcia: Lei Do Ventre Livre é De 1871, mas brasileiro ainda nascem na prisão.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86910-carmen-lucia-lei-do-vente-livre-e-de-1871-mas-brasileirinhos-ainda-nascem-na-prisao>. Acesso em: 11 jan. 2020.

COOTER, Robert D, ULEN, Thomaz S. **Law and Economics**. 5th Edition, Pearson [S.l.], 2007.

CUNHA, M. The changing scale of imprisonment and the transformation of care: the erosion of the ‘welfare society’ by the ‘penal state’ in contemporary Portugal. *In*: M. Schlecker, F. Fleischer (orgs.). **Ethnographies of Social Support**. New York: Palgrave MacMillan, 2013.

CUNHA, M.; GRANJA, R. **Gender asymmetries, parenthood and confinement in two Portuguese prisons**. Champ Pénal/Penal Field, 2014.

DA ROSA, Alexandre Moraes. Encarceramento feminino cresce, e sociedade paga caro por isso. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 jan. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-22/limite-penal-encarceramento-feminino-cresce-sociedade-paga-carro-isso>. Acesso em: 29 abr. 2019.

DISTRITO FEDERAL. Subsecretaria Do Sistema Penitenciário Do Distrito Federal. Penitenciária Feminina do Distrito Federal – PPDF. Disponível em: <http://www.sesipe.ssp.df.gov.br/pfdf/> Acesso em 2 fev. 2020.

ESPINOZA, Olga. A Prisão Feminina desde um Olhar da Criminologia Feminista. **Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias**. Universidade Católica de Pelotas, Pelotas, v.1, n. 1, p. 35, jan./dez. 2002. Disponível em: <https://antares.ucpel.tche.br/ojs/index.php/PENIT/article/viewFile/34/33>. Acesso em:

ESPINOZA, Olga. A mulher como vítima e agressora no sistema punitivo. **Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias**. Universidade Católica de Pelotas, Pelotas, v.2, n. 1, EDUCAT 2003.

FERREIRA, Pinto. **Teoria e prática do habeas corpus**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

GENDERS, E.; PLAYERS, E. (1989). **Race Relations in Prison**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

HABERMAS, Jürgen (1929). **O discurso filosófico da modernidade: doze lições**. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

INGLATERRA. **Magna Charta Libertatum, de 15 de junho de 1215**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-charta-1215-magna-charta-libertatum.html>. Acesso em: 01 set. 2018.

KRUTTSCHNITT, C.; GARTNER, R. **Marking Time in the Golden State: Women’s imprisonment in California**. Cambridge: Cambridge University Press (2005).

LEWANDOWSKI, Ricardo. *In*: ARABI, Abnner Youssif Mota; MALUF, Fernando; MACHADO NETO, Marcello Lavenère. **Constituição da República 30 Anos Depois: Uma Análise Prática da Eficiência dos Direitos Fundamentais**. (Estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux). Belo Horizonte: Fórum, 2019.

LIEBLING, A.; ARNOLD, H. Prisons and Their Moral Performance. **A study of values, quality and prison life**. Oxford: Clarendon Press , 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MANTINES, Fernando. Incidente demanda repetitiva CPC divide magistrados em evento. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 23 abr. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-abr-23/incidente-demanda-repetitiva-cpc-divide-magistrados-evento>. Acesso em: 15 mai. 2017.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos tribunais, v. 37, n. 211, set. 2012. p. 191-207.

NERY JÚNIOR, Nelson. O processo civil no código de defesa do consumidor. *In*: **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 61, jan/mar. 1991.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 7.ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NICOLLIT, André. **Manual de Processo Penal, 6ª ed. Revista, atualizada e ampliada**. São Paulo: RT, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Habeas Corpus**. 2.Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OLIVEIRA, Erika Patricia Teixeira de. **Mulheres em conflito com a lei: representações sociais, identidades de gênero e letramento**. 2008, 145f.. Dissertação de Mestrado (Letras) – Universidade Estadual de Maringá, Maringá, 2008. Disponível em: <http://ple.uem.br/defesas/pdf/eptoliveira.pdf>. Acesso em: 15 out. 2018.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Ação Civil Pública: enfoques trabalhistas**. 3.ed. São Paulo: LTr, 2012.

PALOMAR VERA, C. **Maternidad en Prisión**. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 2007.

PASTORAL CARCERÁRIA. **Mulheres Encarceradas** (2016). Disponível em: <https://carceraria.org.br/mulher-encarcerada>. Acesso em: 20 jan. 2020.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 12. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ROCHA, Jorge Bheron. **Legitimidade da Defensoria Pública para Ajuizar Ação Civil Pública tendo por Objeto Direitos Transindividuais**. 2007, 100f.. Trabalho de Conclusão de Curso (especialização) – Centro de Estudos Sociais Aplicados. Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, 2007. Disponível em: https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/3097/Monografia_Defensoria_Bheron.pdf. Acesso em: 14 mai. 2014.

SANTOS, Jahyra Helena P.; SANTOS, Ivanna Pequena dos. **Prisão: um aporte sobre a origem do encarceramento feminino no Brasil**. [S.l.: s.n.], [2010?]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c76fe1d8e0846243>. Acesso em: 25 nov. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da (pessoa) humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal**. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SCAFF, Fernando Campos. Considerações sobre o poder familiar. In: SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; ZUCCHI, Maria Cristina (org.). **Direito de Família no novo milênio: Estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo**. São Paulo: Atlas, 2010.

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

SOARES, Tiago Rosa; SILVA, Rafael Silveira e. Constituição e tutela jurídica das famílias. In: SILVA, Rafael Silveira e (org.). **30 Anos da Constituição Evolução, desafios e perspectivas para o futuro**. Vol. IV. Brasília: Senado Federal, 2018.

SPINOLA, Priscilla Feres. **A experiência da maternidade no cárcere : cotidiano e trajetórias de vida**. São Paulo: Cadernos USP, 2016. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5170/tde-11052017-140243/pt-br.php>. Acesso em: 15 jan. 202

TEMER, Sofia. **O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo código de processo civil**: Disponível em: <http://www.academia.edu/15300046/>. Acesso em: 18 mai. 2017.

TOURAUT, C. *La Famille à l'épreuve de la prison*. Paris: PUF, 2012

TRAMMELL, R. **Enforcing the Convict Code: Violence and prison culture**. Boulder, CO/ Lond, 2012

VENTURA M, SIMAS L, LAOUZÉ B. **Maternidade atrás das grades: em busca de cidadania e de saúde**. Um estudo sobre a legislação brasileira. *Cad. Saúde Pública*. 2015.

VENTURINI, Elton. **Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2007.