

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO  
FACULDADE DE DIREITO

Maríndia de Oliveira Schneider

A LEI N.º 13.769/2018 COMO INSTRUMENTO PARA  
FREAR O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL  
DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Sarandi

2020

Maríndia de Oliveira Schneider

A LEI N.º 13.769/2018 COMO INSTRUMENTO PARA  
FREAR O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL  
DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, Campus Sarandi, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação do Professor Me. Vinícius Francisco Toazza.

Sarandi

2020

“— É a justiça — explicou por fim o pintor.  
— Ah, sim! agora eu a reconheço — exclamou K.; aqui está a venda sobre os olhos, e aqui a balança. Mas não são asas essas que se vêm nos calcanhares? E não está representada em atitude de corrida?  
— Sim — disse o pintor —, encarregaram-me de pintá-la assim. Para dizer a verdade, trata-se da justiça e da deusa da vitória em uma só imagem.  
— O que não forma nenhuma boa combinação — observou K., sorrindo. — A justiça tem de estar quieta porque do contrário a balança vacila, com o que se torna impossível um juízo exato.”

Franz Kafka.

Dedico o presente trabalho à minha mãe Alcione e minha irmã Geisa, elas que são minha base e minha razão. Sem vocês não seria possível.

## AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço à Deus pelo amparo nos momentos mais difíceis ao longo de toda esta jornada e pela possibilidade da realização deste sonho.

À toda minha família pelo amor e suporte, sem dúvidas vocês são parte desta conquista. Em especial, toda a gratidão deste mundo à mulher mais incrível e batalhadora, minha amada mãe Alcione, e à minha amada irmã Geisa, que suportaram, ao meu lado, todos os momentos de aflição, angústia e incertezas, mas que também estão sempre nos meus melhores momentos. Sempre será por vocês.

À pessoa que também sempre esteve no meu lado, tanto nos melhores quanto nos piores momentos. Muito obrigada por existir, sempre me auxiliar e por me fazer tão feliz, Gilberto.

À todos os meus amigos pelo constante apoio e à todos os colegas de curso, com os quais tive o prazer de conviver.

Ao meu orientador, Professor Me. Vinícius Francisco Toazza pela atenção, compreensão e auxílio no desenvolvimento deste trabalho.

E, por fim, à todos que de uma forma ou outra contribuíram nesta minha caminhada acadêmica.

## RESUMO

A presente monografia apresenta uma breve abordagem da situação prisional de mulheres gestantes e/ou mãe de crianças menores de doze anos ou, ainda, mãe de pessoa portadora de deficiência inserida num sistema carcerário dominado pelo chamado Estado de Coisas Inconstitucional e as soluções encontradas pelos Poderes Judiciário e Legislativo para tais situações específicas, a partir da decisão proferida no Habeas Corpus coletivo n.º 143.641/SP, bem como das normativas instituídas pela Lei n.º 13.769/2018. A proposta inserida no presente trabalho refere-se à análise da aplicação das benesses trazidas pela novel legislação acerca, demasiadamente, da conversão da prisão preventiva em domiciliar, esta que encontra empecilhos em face das ditas situações excepcionalíssimas, as quais, exceto as legalmente previstas pela Lei n.º 13.769/2018, constituem as únicas justificativas para o indeferimento da conversão da prisão preventiva em domiciliar. A principal problemática, em suma, apreciada em três capítulos, é a aplicação da Lei n.º 13.769/2018 como forma de combater o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário em face da submissão das denominadas situações excepcionalíssimas a critérios amplos e subjetivos dos aplicadores da norma jurídica, em especial, nos crimes que possuem relação à entorpecentes e a seletividade na concessão do benefício. Ao fim, o estudo abarca o entendimento de que a ampla abertura para a discricionariedade por parte dos julgadores acaba por prejudicar os próprios fins declarados explícita e implicitamente pela legislação em questão, bem como retarda a necessária contenção do Estado de Coisa Inconstitucional do sistema prisional, uma vez que tal poder de escolha das ditas situações excepcionalíssimas acaba impedindo ou prejudicando, assim, a extensão das benesses aos delitos cuja capitulação não comporta um regime de liberdade inicial, delitos envolvendo entorpecentes, os quais totalizam mais da metade do total da população feminina encarcerada.

**Palavras-chave:** Encarceramento Feminino. Estado de Coisas Inconstitucional. Habeas Corpus Coletivo. Gestantes. Lactantes. Lei n.º 13.769/2018. Prisão Domiciliar. Sistema Prisional

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI: Ação direta de inconstitucionalidade  
ADC: Ação declaratória de constitucionalidade  
ADPF: Arguição de descumprimento de preceito fundamental  
Art.: Artigo  
CADHu: Coletivo de Advogados em Direitos Humanos  
CF: Constituição Federal  
CNJ: Conselho Nacional de Justiça  
COMAG: Conselho da Magistratura  
CPP: Código de Processo Penal  
DPE: Defensoria Pública Estadual  
ECI: Estado de Coisas Inconstitucional  
INFOPEN: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias  
ITTC: Instituto Terra, Trabalho e Cidadania  
HC: Habeas Corpus  
LEP: Lei de Execuções Penais  
PDD: Portador de deficiência  
PSOL: Partido Socialismo e Liberdade  
SPA: Substâncias psicoativas  
STJ: Superior Tribunal de Justiça  
STF: Supremo Tribunal de Justiça  
SUSEPE: Superintendência dos Serviços Penitenciários  
TJRS: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul  
VEC: Vara de Execuções Criminais  
Writ: Habeas Corpus

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>09</b>
<b>1 INSERÇÃO DA MULHER NO CÁRCERE, SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E PROTEÇÃO LEGAL DE DIREITOS ASSEGURADOS.....</b>	<b>11</b>
<b>1.1 A presença feminina no cárcere .....</b>	<b>11</b>
<b>1.2. Dados estatísticos sobre a situação carcerária da mulher presa no Brasil .....</b>	<b>18</b>
<b>1.3. Princípios que permeiam o sistema penal (processual, penal e de execução da pena) e os direitos das mulheres privadas de liberdade .....</b>	<b>21</b>
<b>2 O JULGAMENTO DA ADPF N.º 347 E AS SOLUÇÕES ENCONTRADAS PELO ESTADO BRASILEIRO PARA ENFRENTAR O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL.....</b>	<b>28</b>
<b>2.1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental .....</b>	<b>28</b>
<b>2.2. Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional .....</b>	<b>30</b>
<b>2.3. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF N.º 347 .....</b>	<b>34</b>
<b>2.4. Habeas Corpus Coletivo N.º 143.641/2018 .....</b>	<b>36</b>
<b>2.5 Lei N.º 13.769/2018: a lei que ampliou e facilitou o cabimento da prisão domiciliar à gestantes e mães de crianças ou portadores de deficiência .....</b>	<b>41</b>
<b>3 DO ENTENDIMENTO NAS DECISÕES EM RELAÇÃO À PRISÃO DOMICILIAR DE MULHERES PRESAS EM SE TRATANDO DE TRÁFICO DE DROGAS .....</b>	<b>44</b>
<b>3.1. O impacto das medidas de combate ao Estado de Coisas Inconstitucional .....</b>	<b>44</b>
<b>3.2. Análise jurisprudencial relativa à mulheres recolhidas junto ao Presídio Estadual de Sarandi e de dois acórdãos proferidos pelo STJ .....</b>	<b>51</b>
<b>3.3. Crítica às medidas já adotadas.....</b>	<b>62</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>68</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>70</b>



## INTRODUÇÃO

O sistema carcerário brasileiro configura palco e espaço para graves e inúmeras violações de direitos humanos, bem como de direitos fundamentais. Por outro lado, não é novidade que no decurso do tempo, houve e continua havendo um aumento da população carcerária, notadamente pessoas reclusas de forma provisória – através das prisões ditas processuais – e de forma definitiva – na forma de execução penal – em um sistema prisional que parece se desvirtuar dos fins esperados. Contudo, há uma crescente inserção provisória – entenda-se como prisão preventiva e/ou temporária – de determinados grupos sociais, econômicos e étnicos/raciais numa instituição que nasceu fadada ao fracasso, em relação às finalidades formalmente declaradas como objetivo e justificativa para a existência de um sistema prisional carcerário.

Deveras, no sistema prisional brasileiro aparentemente existe o denominado Estado de Coisas Inconstitucional, que é primordialmente discutido na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental N.º 347, junto ao Supremo Tribunal Federal.

Há uma variedade de assuntos que podem ser abordados quando da análise do Estado de Coisas Inconstitucionais junto ao sistema carcerário brasileiro, razão pela qual como forma de possibilitar a delimitação do tema, a presente pesquisa de monografia tratará sobre o instituto do cárcere e seu Estado de Coisas Inconstitucional e medidas de combater o ECI em relação às pessoas encarceradas do sexo feminino, especificamente à mulheres na condição de gestante e/ou mãe de crianças menores de 12 (doze) anos de idade ou mãe de pessoa portadora de deficiência (PDD), através dos ditames da Lei n.º 13.769/2018 e do Habeas Corpus Coletivo n.º 143.641/SP.

Ademais, tratar-se-á demasiadamente sobre o instituto das prisões processuais, majoritariamente em relação à prisão preventiva, visto que caracteriza cerca de metade da forma de prisão do percentual total de mulheres presas no país. Sem embargo, tal pesquisa inevitavelmente será direcionada aos delitos da Lei n.º 11.343/2006, uma vez que mais da metade da população feminina encarcerada possui envolvimento com delitos relativos à entorpecentes, tudo conforme dados estatísticos publicados pelo INFOPEN.

O principal escopo do presente trabalho monográfico é a análise das modificações junto ao ordenamento jurídico da Lei n.º 13.769/2018 como forma de combater o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário, sendo, para tanto observado as interpretações e efeitos do HC coletivo n.º 143.641/SP, notadamente ao benefício da substituição da prisão

preventiva pela domiciliar em relação às denominadas situações excepcionalíssimas que, somente então, justificariam a não conversão da prisão preventiva em domiciliar, situações estas que não foram abarcadas pela novel legislação processual-penal tampouco foram definidas pela Corte Suprema.

O método de abordagem utilizado para o desenvolvimento da presente produção de monografia foi o hipotético-dedutivo, bem como o procedimento utilizado foi o de pesquisa de material bibliográfico, dados e jurisprudência de modo a buscar o melhor entendimento sobre a teoria e a real face dos modos de concessão dos benefícios trazidos pela Lei n.º 13.769/2018, suas possíveis consequências e ou/efeitos na diminuição do “Estado de Coisas Inconstitucional” no sistema carcerário na tratativa de mulheres privadas de liberdade, buscando verificar se a concessão dos benefícios deve ser aplicada de modo objetivo conforme aplicação literal da legislação ou se poderá ser aplicada mediante análise da situação fática e de requisitos acrescidos, inclusive de ordem subjetiva, através das denominadas situações excepcionais.

O presente trabalho será apresentado em três capítulos, sendo que no capítulo inicial há uma breve exposição sobre a inserção da mulher no cárcere, seguida de apresentação de dados estatísticos relativos à mulher no sistema prisional, e por fim, tratativas sobre princípios e direitos assegurados à população carcerária feminina, no viés constitucional, penal, processual-penal e executório da pena.

No segundo capítulo faz-se sucinta análise do denominado Estado de Coisas Inconstitucional originalmente formulado pela Corte da Colômbia, sobre a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental que também figurou como uma das bases de sustentação das teses lançadas no Habeas Corpus Coletivo n.º 143.641/SP, e ao final, a promulgação da Lei n.º 13.769/2018, legislação que ampliou e facilitou a prisão domiciliar às gestantes e mulheres mães de crianças e/ou pessoas portadora de deficiência.

No último capítulo, finalmente, há a exposição da eficácia das medidas trazidas pela legislação bem como os fundamentos consagrados no HC coletivo a partir de pesquisa efetuada pelo ITTC, seguida por breve análise de julgados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, utilizando como critério delimitador as Comarcas originárias que destinam pessoas presas ao Presídio Estadual de Sarandi. Inobstante, em decorrência do noticiado no site oficial do Superior Tribunal de Justiça, promovendo ampla divulgação aos possíveis entendimentos diversos na questão de delitos da Lei de Drogas, também promoveu-se análise das ementas noticiadas e seus respectivos acórdãos.

Finalmente, faz-se uma humilde, singela e construtiva crítica às medidas já adotadas.

# 1 INSERÇÃO DA MULHER NO CÁRCERE, SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO QUANTO AO PÚBLICO FEMININO E PROTEÇÃO LEGAL DE DIREITOS ASSEGURADOS

## 1.1. A presença feminina no cárcere

Os estabelecimentos prisionais foram idealizados pelo gênero masculino, bem como surgiram estruturados com o intuito de alojar a população do gênero masculino, sendo que em cada momento histórico demonstrou os objetivos e finalidades, considerando cada sociedade de cada época, tendo sido trazido à baila as discussões quanto ao aparato de controle e vigilância vinculado estritamente ao poder, na obra *Vigiar e Punir*, de Michel Foucault, em 1975 (TRINDADE, 2011 p. 168).

O sociólogo canadense Erving Goffman (1961, p. 17-21) entende que todas as instituições possuem tendência de fechamento em face das relações sociais e definiu como instituições totais, locais destinados à vigiados e vigiantes, os primeiros agrupados de forma organizada, em razão do favorecimento à supervisão. Dentre as cinco definições de instituições totais formuladas por Goffman, está o estabelecimento prisional, pois:

Uma instituição total pode ser definida como um local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada. As prisões servem como exemplo claro disso, desde que consideremos que o aspecto característico de prisões (GOFFMAN, 1961, p. 11).

Notadamente, como instituição total vislumbrada para imposição e manutenção do poder estatal, conforme pensamentos de TRINDADE *apud* DIKOTTER:

[...] muitos admiradores de Foucault tem aceitado acriticamente a visão do filósofo francês de que a prisão é uma criação perfeita do Estado moderno, enquanto que as evidências nos têm afastado cada vez mais da retórica oficial e das ideias grandiosas e demonstrado a realidade desordenada do encarceramento (2009, p. 169).

Em razão do poder, dada a composição e produção histórica, para a população do gênero feminino a restrição da liberdade continuamente foi/é perpetrada no âmbito dos lares, seja pelos maridos ou pelo próprio genitor, em razão da submissão oriunda da cultura impregnada do patriarcado, desde as sociedades antigas de que se tem conhecimento. A ideologia da soberania patriarcal tem base e objetivo na legitimação e concretização do poder masculino sob o sexo

oposto, sexo este, que baseado na cultura de gênero feminino possui traços de submissão e passividade.

As mulheres intituladas como desviantes, diante dos padrões da época, estavam propensas à duas formas de constrição da liberdade, ambas muito semelhantes: a constrição da sua liberdade – além das demais formas de contenção e repressão através do uso da violência em diversas facetas - em sua casa ou em um convento, cuja finalidade era a mesma: dominação cumulada com a conversão moral e religiosa, aparo conveniente à manutenção do patriarcado e inserida nos ditames da religião.

Historicamente, quando da perpetuação da Inquisição Católica, as mulheres que detinham um comportamento “inadequado” aos padrões esperados e impostos de cada época eram vistas como desviantes, taxadas como loucas e/ou como bruxas.

A íntima vinculação da mulher com os atos proibidos, notadamente atos e conhecimento de bruxaria foi extremamente influenciado pela eclesiástica católica oriundas do antigo testamento, sem contudo anular a existência de lições antecessoras, notadamente quanto à documentos confeccionados na antiguidade e influência de autores medievais, a ligação da mulher com o “ato proibido” teve início, pode-se dizer, ao menos no campo das ciências criminológicas, com o “*Malleus Maleficarum*” (MENDES, 2014, p. 21), cuja tradução é “O Martelo das Feiticeiras”, escrito por Heinrich Kramer e James Sprenger, publicado no ano de 1486.

Naquele escrito, cujas explicações e indicações de comportamentos inadequados e sanções impostas aos transgressores, em especial relevância à mulheres denominadas bruxas, constituíram um verdadeiro instrumento mandamental, uma espécie de “legislação” na época.

As mulheres foram então definidas como gênero naturalmente frágil e propensa ao cometimento de verdadeiros pecados, o que transgredia, obviamente as regras impostas para a manutenção da vida em sociedade da época, bem como apresentava risco, um mal a ser combatido. Constituiu instrumento de poder e dominação em face das mulheres, pois, conforme explanado por Soraia da Rosa Mendes (2014, p. 22) “como diziam, a própria etimologia da palavra que lhe designa o sexo assim indicava, pois *Femina* vem de *Fe* e *Minus*. Ou seja, a mulher era, sempre, mais fraca em manter e preservar a sua fé”.

Durante os séculos XV à XVII ocorreu na Europa a Era da Inquisição, momento histórico em que para as mulheres foi fortemente atribuída a carga de fragilidade. A considerar a instabilidade atribuída, aquelas que possuíam conhecimentos medicinais-naturais ou, ainda, com mínimos desejos de liberdade e coragem para enfrentar as proibições e ascensão do poder foram pejorativamente denominadas como bruxas, sendo à elas imposto o inevitável destino de

queimar nas fogueiras ou desfalecer afogada, conforme autorizado pelos mandamentos religiosos, a fim de eliminar o mal inserido – ou que poderia ser inserido – no seio da sociedade, justificando – a injustificada – “Caça às bruxas”.

As mulheres perseguidas na época eram intituladas de loucas, históricas e repugnantes, visando tão somente a garantia da supremacia do poder da classe dominante, muito auxiliado pela Igreja Católica, especialmente pelo livro de instruções e ensinamentos do “*Malleus Maleficarum*” (ARAÚJO, 2018, p. 27).

Sobre a construção da custódia da mulher, discorre Mendes (2014, p.145):

A ideologia é a de custodiar a mulher. O que interessava tanto ao homem, enquanto pai ou marido, como também interessava às instâncias eclesiásticas, políticas e econômicas que desejam seu afastamento da esfera pública. Eis o porquê da criação de uma política de “correção” da mulher ainda não experimentada, mesmo que milenar já fosse a submissão feminina entre gregos, romanos, hebreus e outros povos. (2014, p. 145).

Sobre o tema, ressalta-se que:

[...] no tocante às mulheres e seu papel perante a sociedade, observa-se a clara relação entre as mulheres e a sexualidade, na qual eram controladas em demasia pelos homens, significando que qualquer ruptura a esse controle e devoção de seus corpos poderia significar a morte (ABIKO, 2019, recurso online).

Nas palavras de ARAÚJO *apud* EHRENREICH; ENGLISH (1973, p. 10):

As denúncias em torno das mulheres tidas como bruxas se resumiam primeiramente a todos os crimes sexuais concebíveis e contra os homens. Também as acusava de estarem organizadas. E a terceira acusação, finalmente, era que teriam poderem mágicos sobre a saúde, que podiam provocar o mal, mas também tinham capacidade de curar. No mínimo se as acusava especificamente de possuir conhecimentos médicos e ginecológicos (2018, p. 27).

A perseguição contra as mulheres intituladas como bruxas perpetuou-se através dos séculos, figurando como importante marco de contenção e perseguição em relação ao gênero feminino, sem, contudo, ter encontrado um fim, modificando sua faceta no decurso temporal. Assim descreve MENDES *apud* ZAFFARONI (2014, p. 145):

A inquisição é uma das faces do processo de perseguição e repressão das mulheres, que se inicia de forma orgânica, como diz Zaffaroni, a partir do período medieval. Entretanto, não está somente nela a ação repressiva. Existe um conjunto de práticas de controle das mulheres que vão desde o seu confinamento ao espaço doméstico até seu enquadramento em algum tipo penal específico.

No século XIX, com a Escola Criminológica Positiva, seguindo o paradigma etiológico de criminologia, na primeira vertente, conforme pensamentos da Antropologia Criminal exarada pelo italiano médico Cesare Lombroso definiu a criminalidade como causa natural e biológica, sustentando a tese do criminoso nato, ou seja, para o autor, a causa da criminalidade estaria no próprio criminoso, que as detinha em razão de características físicas e biológicas, (ANDRADE, 2003 , p. 34-35), as quais premeditavam atividade delituosa em razão da própria determinação biológica. Lombroso defendeu sua teoria a partir de um determinismo biológico e psíquico predestinado, por seu tipo, a cometer crimes.

Numa teoria voltada a explicar a criminalidade, atribuiu a mulher incapacidade de consciência, porquanto se tratar se um ser notadamente inferior ao homem, sendo isenta de periculosidade. Atribuiu a mulher “boa” várias características sustentadas pela religião, tratando-a como sensível, dócil, cujo destino é a maternidade, enfim, dominável, contribuindo, assim para o discurso – ainda – impregnado na sociedade atual: o discurso da vitimologia. (ARAÚJO, 2018, p. 28).

Ainda junto à Escola Clássica, segundo a teoria sociológica fundamentada por Ferri a sociedade é dividida entre o bem e o mal, sendo que para este pensador o crime não é vislumbrado como fruto do livre arbítrio, mas sim é o resultado decorrente de uma tríplice ordem, as quais constituem determinadas características, que verificada em uma minoria de indivíduos, são vistos como distintos da normalidade socialmente aceita e estabelecida, diferenciando, assim, como o dito “socialmente perigoso” (ANDRADE, 2003, p. 36).

Objetivando a defesa da sociedade (bem) o direito penal “justifica a pena como meio de defesa social e seus fins socialmente úteis: a prevenção especial positiva (recuperação do criminoso mediante a execução penal)” (ANDRADE, 2003, p. 37), tornando a recuperação como o remédio para os perigos sociais, e instaurando assim “o discurso do contra a criminalidade (“o mal”) em defesa da sociedade (“o bem”) respaldado pela ciência”. (ANDRADE, 2003, p. 36-38).

Em que pese o decurso temporal, no século seguinte, as mulheres eram privadas de liberdade muito mais por incurso nos ditos crimes religiosos e de ordem moral, como por exemplo: adultério ou anúncio falsa de gravidez. A sanção determinada pena visava a “reeducação moral” destas mulheres, a fim de possibilitar a cada uma o retorno à convivência social, nos moldes vislumbrados e esperados, conforme esta cultura e religião, sendo que, conseqüentemente o cumprimento da sanção ocorria dentro de estabelecimentos religiosos.

No Estado do Rio Grande do Sul, a Capela Bom Pastor foi pioneira no ramo prisional feminino, em razão dos ideais contidos nas missões assumidas pelas irmãs católicas e pelos

objetivos vislumbrados de promover a conversão das mulheres desviantes e domesticar o público feminino. O Estado detinha contrato junto à Congregação, estava subordinada ao Estado porém exercia seu próprio regimento interno. Posteriormente, em meados de 1970, a Capela tornou-se Penitenciária Feminina Madre Pelletier, cuja denominação homenageia sua fundadora, e, finalmente, em 1991 foi desapropriada, passando a constituir propriedade do Estado, administrada exclusivamente por este, existindo até os dias atuais, constituindo uma das três prisões femininas localizadas no Estado, juntamente da Penitenciária Feminina de Torres e da Penitenciária Feminina de Guaíba.

A Penitenciária Madre Pelletier constitui hoje uma das três penitenciárias femininas do Estado do Rio Grande do Sul. Significa dizer que desde a inserção das mulheres em presídios, sob encarceramento em presídios exclusivamente masculinos – e mesmo considerando a existência de presídios “mistos”, no interior dos presídios, além de todas as necessidades e restrições em razão da condição feminina, muitos abusos eram perpetrados, inclusive de cunho sexual, em razão da inexistência de espaços adequados e destinados à população feminina.

A mudança de paradigma no ramo da criminologia permitiu melhor compreensão do crime em relação à sociedade e às instituições reguladoras – instituições que exercem o poder – através do paradigma da reação social “ocupando-se hoje, especialmente, do controle sociopenal e da análise da estrutura, operacionalidade e reais funções do sistema penal” (ANDRADE, 2003, p. 184).

Assim, a criminologia crítica passou a tratar o fenômeno crime como fruto das construções e das reações sociais, através da concretização de um pensamento que corresponde ao senso comum e que rege as relações dos respectivos operadores do sistema penal, um determinado (pre) conceito que proporciona a ideia de crime-criminoso, com estereótipos criminalizados de classes sociais e econômicas proveniente do capitalismo, cujo etiquetamento em seu modo de distribuição é desigual e segue uma ordem linear entre os indivíduos pré-determinados (ANDRADE, 2003, p. 33-34).

Aqui ganha espaço a discussão em relação à criminalização da mulher na vertente do etiquetamento e da reação social. Não raramente mulheres de classe social média/alta e brancas, quando incidem em ilícitos penais, encontram justificativa no seio social em razão de uma dita “loucura”. A mulher branca e financeiramente suficiente dificilmente terá relacionado ao seu nome o título de delinquente/criminosa. O contrário ocorre com mulheres de classes sociais e financeiras vulneráveis, as quais, rotineiramente, são definidas como delinquentes. “A loucura tende a ser atribuída às mulheres brancas e de classes socioeconômicas mais altas, enquanto as

mulheres negras são enquadradas como criminosas” (GERMANO; MONTEIRO; LIBERATO, 2018, p. 34) conforme a seletividade produzida pelo sistema de poder estatal e social sob a ótica patriarcal, racista e capitalista.

Conforme expõem GERMANO, MONTEIRO e LIBERATO (2018, p. 30):

Isoladamente, contudo, o gênero considerado como variável é limitado para dar conta deste cenário, uma vez que a seletividade penal no país e noutras partes do mundo não afeta de forma similar mulheres brancas e negras, pobres e ricas. O controle social de tais corpos é também racializado e se entrecruza com outras hierarquias no campo do poder. Como já antecipamos, a maior parte das prisioneiras no país (como ocorre em toda a América Latina) é composta por negras e pardas empobrecidas e com baixa escolaridade.

Fatidicamente, em razão da maior e crescente participação ativa da mulher na sociedade, houve também um crescimento do encarceramento feminino em razão de outros diversos delitos, em especial nos crimes associados à entorpecentes:

A criminalização feminina na América Latina começa a dar sinais de mudança a partir da década de 1980. O empobrecimento feminino e a divisão sexual do trabalho são fatores importantes para a compreensão do aumento da participação das mulheres no mercado das drogas ilícitas nos últimos anos (VIANA; CARDOSO, 2018, p. 620).

Desde os anos 2000 os índices de aprisionamento feminino dispararam no crescimento, chegando ao percentual de 656% até o mês de junho de 2016 (INFOPEN). Para a compreensão do tema deve-se considerar:

[...] as profundas mudanças econômicas, políticas e sociais em curso na sociedade global de matriz predominantemente neoliberal que vem alterando drasticamente o quadro de empobrecimento feminino e levando à seleção perversa de mulheres pelo sistema penal (GERMANO; MONTEIRO; LIBERATO, 2018, p. 29).

Os aumentos nos índices promoveram maior visibilidade à questão de aprisionamento feminino, o que culminou, ainda que vagarosa e limitadamente, no reconhecimento da necessidade de promover condições para o encarceramento feminino, conforme suas peculiaridades e especificidades.

Há indicativos oriundos de pesquisas de que a grande maioria das mulheres encarceradas em razão de delitos descritos na lei n.º 11.343/2006<sup>1</sup> não encontravam-se na liderança, ocupando as classes mais baixas e vulneráveis, notadamente quanto o deslocamento e entrega de drogas – função conhecida popularmente como “mula”. Contudo, diante da

---

<sup>1</sup> Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad.



inexistência de critério objetivo determinante, a análise do fato em concreto e seu enquadramento depende do critério subjetivo do agente da abordagem, podendo utilizar de outros meios para a constatação do ilícito, podendo ser definido como mero usuário<sup>2</sup> – cuja sanção sequer prevê a constrição da liberdade – ou definido como crime de tráfico de drogas<sup>3</sup> - cuja pena em abstrato prevê um mínimo de 05 anos de reclusão podendo chegar a 15 anos.

Em suma, conforme extrai-se da apresentação disposta na página virtual do movimento Mulheres Em Prisão, do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania:

A maioria delas é mãe e está longe dos seus filhos e dos seus lares. É provedora do lar e possui dependentes. Essas mulheres foram presas por diversos motivos, mas nem tão diversos assim: mais da metade delas por envolvimento com o comércio de drogas. De maneira geral, as mulheres presas hoje no Brasil faziam transporte ou comerciavam pequenas quantidades de drogas. Ou faziam consumo próprio. Essas mulheres deveriam mesmo estar encarceradas? (ITTC, c2015)

A maioria das mulheres encarceradas, conforme dados do INFOPEN, abaixo descritos, são mães e/ou provedora do sustento dos filhos, o que cumulativamente à situação socioeconômica das presas (provisória ou definitivamente) demonstram que:

[...] a feminização da pobreza e a inserção precária da mulher no mercado de trabalho de fato articulam-se ao tráfico de drogas, um negócio que crescentemente vem recrutando e vitimizando mulheres e meninas, além do alarmante contingente de homens e meninos (GERMANO; MONTEIRO e LIBERATO *apud* CHERNICHARO, 2018, p. 29).

Em que pese a nítida predominância de uma adequação masculina no mundo prisional, decorrente da lógica masculina dominante, foi percebida a necessidade de repensar o sistema de modo a distinguir, separar e promover condições e espaços destinados em razão do gênero, de modo prover e oferecer condições mínimas ao público feminino, cuja presença é cada vez mais notada, seja em razão do crescimento do aprisionamento ou em razão do retorno ao estabelecimento.

Como expôs o Ministro Ricardo Lewandowski na seção de apresentação da tradução das “Regras de Bangkok”, quando da recepção pelo sistema jurídico brasileiro:

As mulheres em situação de prisão têm demandas e necessidades muito específicas, o que não raro é agravado por históricos de violência familiar e condições como a maternidade, a nacionalidade estrangeira, a perda financeira ou o uso de drogas. Não é possível desprezar, nesse cenário, a distinção dos vínculos e relações familiares estabelecidos pelas mulheres, bem como sua forma de envolvimento com o crime,

---

<sup>2</sup> Artigo 28 da Lei n.º 11.343/2006.

<sup>3</sup> Artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006.

quando comparados com a população masculina, o que repercute de forma direta as condições de encarceramento a que estão submetidas. (CNJ: Regras de Bangkok, p. 12).

As constatações oriundas de diversos órgãos que estudam, acompanham e auxiliam na proteção dos direitos dos encarcerados, e em especial das mulheres privadas de liberdade, demonstram que mesmo nos presídios femininos violações de direitos fundamentais são perpetradas:

[...] Nos cárceres femininos, além das precariedades e violências comuns às prisões masculinas, as violações de direitos multiplicam-se: péssimo atendimento à saúde das gestantes, lactantes e mães; separação abrupta das mães e seus/suas filhos/as, incluindo adoções à revelia; falta de notícias dos/as filhos/as; ausência de materiais de uso pessoal e de roupas íntimas; restrições, quando não raro a impossibilidade, para viver a identidade afetiva, psicológica e física; pouquíssimas visitas, vivendo um verdadeiro abandono da família e da comunidade, entre outros. (Pastoral Carcerária, pagina online).

A constatação de violações de direitos fundamentais, tanto de mulheres presas quanto de seus filhos mantidos junto desta no cárcere, decorrem de pesquisas e informações fornecidas pelas penitenciárias, dados que serão expostos no capítulo seguinte.

## **1.2. Dados estatísticos sobre a situação carcerária da mulher presa no Brasil**

A diferenciação e o agrupamento dos grupos sociais privados de liberdade possibilita constatações estatísticas, necessárias e extremamente úteis, possibilitando verificar condições e situações em que pessoas encarceradas estão inseridas. Em que pese ainda existam falhas no sistema de informação e separação para cômputo e processamento de informações em decorrência do não fornecimento de dados específicos, os dados revelam o crescente aprisionamento feminino.

Conforme estatísticas do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública, oriunda de pesquisas realizadas pelo INFOPEN Mulheres, segunda edição, relativo a dados do ano de 2016, com pesquisa e cruzamento de dados realizados correspondentes ao mês de 2016, a situação da mulher privada de liberdade no Brasil possui uma trajetória assustadora, com enorme crescimento em um curto lapso temporal.

Conforme os últimos dados coletados, o Brasil ostentava, em 2016, o número de 726.712 mil pessoas custodiadas pelo Estado, sendo que o país detinha a quarta maior população carcerária feminina à nível global, com o gritante número de 42.355 pessoas, ficando atrás das potências mundiais Estados Unidos, China e Rússia, respectivamente em ordem

decrecente. Há necessidade de considerar a expansão territorial e o número populacional dos respectivos países.

Ainda em relação ao cenário internacional, no que se refere à taxa de aprisionamento a cada grupo de 100 mil habitantes, o Brasil ocupa o terceiro lugar mundial, com uma taxa de 40,6%, taxa inferior apenas da qual possui os Estados Unidos com 65,7% e da Tailândia com 60,7%.

Analisando os dados dos cinco maiores países que encarceram a população feminina, num lapso temporal de 16 anos, especificamente de 2000 até 2016, no Brasil constatou-se um crescimento de 455% (quatrocentos e cinquenta e cinco por cento) no que tange à taxa de aprisionamento, iniciando os anos 2002 com uma população de 6 mil mulheres presas e chegando a marca de mais de 42 mil mulheres presas.

Insta destacar que durante o mesmo período, os Estados Unidos demonstraram crescimento de 18%, já China ostentou aumento em 105%, enquanto a Rússia apresentou uma diminuição de -2% na taxa de aprisionamento.

Em nível nacional, o Estado de São Paulo mostrou-se o detentor da maior população carcerária na federação, concentrando 36% da população, com o número de 15.104, enquanto o Estado do Mato Grosso do Sul apresentou maior taxa de aprisionamento no espaço de tempo supramencionado, apresentando as proporções de 113 mulheres presas em cada grupo de 100 mil habitantes.

Em relação aos tipos de estabelecimentos prisionais que são destinados em razão de gênero, temos no Brasil o percentual de 74% unidades prisionais destinadas ao público masculino, 7% destinados exclusivamente ao público feminino, e 16% estabelecimentos penais denominados mistos, os quais originalmente foram destinados à encarcerar o público masculino, contudo, constituem-se em locais onde existe a possibilidade de haver uma ala em separado para presas mulheres, sendo que, na maioria dos exemplares, são deficitárias no oferecimento de condições básicas inerentes ao gênero feminino, não contendo, à exemplo, oferecimento de absorventes, berçário, sala de aleitamento e equipe multidisciplinar, entre tantas outras necessidades.

Considerando o percentual de 23%, resultado da soma de estabelecimentos femininos e mistos em funcionamento no Brasil, os dados indicaram que existem somente 55 (cinquenta e cinco) estabelecimento que dispõem de dormitório aptos e destinados à gestantes. No Estado do Rio Grande do Sul apenas 01 (um) estabelecimento declarou dispor de dormitório específico, com um público de 04 gestantes para 04 gestantes em espaço adequado. Já no Estado do Amazonas enquanto ostentava o número de 25 gestantes disponibilizava apenas 01 (uma) cela

com dormitório adequado, sendo que em um panorama nacional enquanto o número de gestantes presas beiram ao numerário de 536, somente 269 destas estavam alocadas em seção adequada para descanso.

Em relação à capacidade e infraestrutura para receber crianças de até dois anos de idade, apenas 14% dos estabelecimentos, entre mistos e femininos, dispõem de berçário, sendo, o Estado de São Paulo o Estado que ostenta o maior número possível, com capacidade máxima para 182 bebês. Já o Estado do Rio Grande do Sul possui capacidade para 31 bebês, enquanto, em número ínfimo, os Estados do Acre e de Minas Gerais comportam somente 2 bebês. Por sua vez os Estados do Rio Grande do Norte, Roraima, Piauí, Amapá e Tocantins declararam não possuir estrutura para acolher bebês.

Do número de 42.355 mulheres presas, 45% destas não possuem julgamento e/ou condenação - sendo que neste cálculo foram excluídas as mulheres custodiadas em delegacias em razão da ausência de dados -, enquanto 32% cumpriam pena no regime fechado, somente 16% encontravam-se em regime de cumprimento de pena semiaberto, e o número ínfimo de 7% que cumpriam a pena em regime aberto.

O perfil da mulher encarcerada, conforme os números estatísticos nacionais do período de 2016 é pessoas jovens entre 18 e 24 anos, seguido sucessivamente de pessoas na faixa etária entre 25 e 29 anos, da etnia/cor/raça, predominantemente, negra com o percentual de 62%, com ensino fundamental incompleto, solteiras, com filhos (um ou mais). O tipo penal – na modalidade tentada e consumada - com maior índice de incurso dentre as mulheres privadas de liberdade no Brasil, são notadamente os ligados ao tráfico de drogas, num percentual de 62%, seguidamente de crimes de roubo, furto e homicídio, respectivamente, em ordem decrescente.

Conforme o relatório do INFOPEN (2016):

A seletividade penal pode ser compreendida a partir da baixa participação de outros tipos penais na distribuição total de incidências, o que indica que o aparato punitivo do Estado encontra-se voltado para a repressão a determinados tipos de crimes (a saber: crimes patrimoniais e crimes ligados ao tráfico de drogas) e ao encarceramento de determinados grupos sociais, como foi demonstrado ao longo de toda a seção dedicada ao perfil da população prisional neste relatório, em detrimento de outros tipos penais e grupos sociais envolvidos em delitos.

O Estado do Rio Grande do Sul, conforme dados obtidos através de informações oficiais da SUSEPE/RS atualmente (dados atualizados até 27 de novembro de 2019) conta com o número de 2.211 mulheres. O perfil da mulher encarcerada, conforme dados atualizados até a data de 03 de janeiro de 2019, demonstram que preponderantemente a mulher presa possui etnia/cor branca, num percentual de 65,46%, seguido da denominação “mista”, com o

percentual de 22,27%, na faixa etária preponderantemente entre 35 à 45 anos, seguido em ordem decrescente da faixa etária de 30 à 34 anos, 25 à 29 anos, 18 e 24 anos e finalmente de 46 à 60 anos de idade. Em relação à escolaridade, apontam os dados que 53,5% da população feminina encarcerada possui ensino fundamental incompleto, cujo estado civil preponderantemente é solteiro, sendo que todas as mulheres declararam possui filhos e 417 pessoas possuem 2 filhos, 400 possuem 1 filho e 340 pessoas possuem 3 filhos.

Entre o número de pessoas encarceradas necessário ressaltar que a prisão cautelar preventiva vem sendo utilizada como forma de punição antecipada, violando assim a presunção de inocência. No caso das mulheres a situação não é diversa. Muitas pessoas estão inseridas no sistema prisional em razão de prisão meramente processual que muitas vezes deixam de ser justas em razão da realidade fática.

### **1.3. Princípios que permeiam o sistema penal (processual, penal e de execução da pena) e os direitos das mulheres privadas de liberdade**

A Constituição da República Federativa do Brasil, observado o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos princípios fundamentais do Estado Democrático, disposto no artigo 1º, inciso III, a carta maior, em seu artigo 5º elenca garantias fundamentais, direitos invioláveis e irrenunciáveis, dentre eles a garantia de tratamento igualitário, tratamento digno, proibição de qualquer tipo de tortura, coação e preconceito, ambos baseados e em razão de um dos princípios basilares de sustentação e interpretação constitucional: o princípio da dignidade da pessoa humana que norteia e guia basicamente todos os ramos do direito.

Sobre a dignidade da pessoa humana leciona Ingo Wolfgang Sarlet (2016, p. 259-260):

[...] assim como a dignidade da pessoa humana ganhou uma representatividade e importância no cenário constitucional e internacional, portanto, numa perspectiva tanto quantitativa quanto qualitativa, também se verificou, no plano da literatura (e não apenas no campo do Direito) e da jurisprudência, uma crescente tendência no sentido de enfatizar a existência de uma íntima e, por assim dizer, indissociável ligação entre dignidade da pessoa humana e direitos humanos e fundamentais reconhecidos e protegidos na esfera do direito internacional e do direito constitucional. [...] Por tal razão, também é verdadeiro que, na quadra atual da trajetória do Estado Constitucional, o reconhecimento da íntima e indissociável vinculação entre a dignidade da pessoa humana, os direitos humanos e fundamentais e a própria democracia.

Mesmo que tal princípio não possua um conceito líquido e não seja revestido por um caráter universal, certo é que a dignidade da pessoa humana possibilita a abertura de um amplo diálogo sobre crenças de quais os fatores que garantem esta dignidade, propiciando a sua

interpretação constitucional diante de diversos ditames legais, esta que sempre deverá visar a final obtenção da garantia dos direitos humanos.

Assim o sendo, toda a pessoa independentemente de estar em plena liberdade de locomoção ou com restrição desta, lhe são assegurados direitos inerentes à própria condição humana, motivo pelo qual toda forma de tortura e discriminação deve ser denunciada e combatida.

O **princípio da presunção de inocência**, consagrado no artigo 5º, inciso LVII, da CF, impõe um dever de tratamento, seja à pessoa investigada ou processada/denunciada tanto no âmbito interno (nos autos do processo) quanto na exteriorização deste, ou seja, no âmbito social. Na primeira dimensão impõe a inocência como status natural, cabendo ao órgão acusador despir o sujeito da inocência, ou seja, produzindo provas que ensejem a desconstituição desta. No âmbito externo, impõe à proteção do sujeito contra a estigmatização antecipada e da publicidade imoderada nos meios de comunicação, notadamente de modo a assegurar outros direitos fundamentais: a privacidade, intimidade, honra, proteção da imagem<sup>4</sup> e a dignidade<sup>5</sup> do cidadão. (LOPES JÚNIOR, 2018, p. 96-97).

Em suma, deve-se compreender que este “é o princípio reitor do processo penal e seu nível de eficácia denota o grau de evolução civilizatória de um povo. Do “não tratar o réu como condenado antes do trânsito em julgado”, podemos extrair que a presunção de inocência é um “dever de tratamento processual”. (LOPES JÚNIOR, 2018, p. 108).

Ainda no ano de 1984, antes da Constituição Cidadã, com o advento da promulgação da Lei de Execuções Penais (Lei n.º 7.210 de 11 de julho de 1984) foi reconhecida a **igualdade de tratamento entre os presos**<sup>6</sup>, observadas algumas peculiaridades que os distinguem. Se trata de comando legal provendo a distinção entre os encarcerados, não distinguindo-os pejorativamente em virtude de sexo, raça, etc., mas distinguindo de modo a promover as necessárias adequações necessárias à individualização da pena<sup>7</sup>, utilizando, para tanto, o que denomina-se **igualdade material**.

Assim, torna-se imperioso a observação das características físicas, morais e sociais de cada indivíduo – leia-se, indivíduo condenado ou preso provisório - que chega ao estabelecimento prisional – realizando, assim, a aplicação do princípio da igualdade. Esta

<sup>4</sup> Artigo 5º, inciso X da Constituição Federal.

<sup>5</sup> Artigo 1º, inciso III da Constituição Federal.

<sup>6</sup> Artigo 40 da Lei de Execuções Penais (Lei n.º 7.210 de 1984).

<sup>7</sup> Artigo 41, inciso XII da Lei de Execuções Penais (Lei n.º 7.210 de 1984).

<sup>8</sup> Artigo 5º, inciso XLVI da Constituição da República Federativa do Brasil.

<sup>9</sup> Pacto San José da Costa Rica.

possibilidade em promover tratamento diferenciado aos diferentes pode caracterizar a aplicação do princípio da igualdade, conforme os ditames do que se chama justiça (TAVARES, 2018, p.464). A primeira Regra de Bangkok retrata a possibilidade de tratamento diferenciado com a finalidade de alcançar distintas necessidades, o que de modo algum caracterizará medida discriminatória.

A diferenciação e distinção de grupos específicos decorre da aplicação do princípio da igualdade material, que prevê a distinção visando tratar de forma desigual os desiguais, a fim de diminuir a desigualdade e promover adequadas condições à cada grupo, garantindo a finalidade esperada, qual seja: de promover a igualdade. Assim, visando assegurar a igualdade formal e condições para o cumprimento da prisão (seja ela cautelar ou definitiva) legislam os artigos 82, §2º, 83, §2º e §3º e 84, §1º e §3º, que, conforme dados estatísticos não correspondem com a realidade vivenciadas dentro dos estabelecimentos penais.

Nesse mesmo sentido, denota-se também que o **princípio da humanidade e/ou proibição de penas cruéis**, este que deve nortear o direito penal, processual penal e, sobretudo, a execução criminal, cujo qual traduz o ideal de pena racional, visando evitar as ditas penas cruéis e de qualquer outra que encontre tendência ou objective descaracterizar a personalidade do homem como possuidor de direitos inerentes à sua própria condição humana. Traduzindo um dos objetivos do princípio supra referido, em seu sentido formal e material, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2008, p. 157):

[...] a república pode ter homens submetidos à pena, “pagando suas culpas”, mas não pode ter “cidadãos de segunda”, sujeitos considerados afetados por uma *capitis diminutio* para toda a vida.

[...]

Uma pena pode não ser cruel em abstrato, isto é, em consideração ao que tem lugar na generalidade dos casos, mas bem pode suscitar o problema de ser cruel no caso concreto.

A constrição da liberdade em si confronta o direito humano e fundamental inerente a cada cidadão, motivo pelo qual as condições de cumprimento desta sanção dita ressocializadora, com função educativa, de precaução e repressão, devem ser proporcionadas e asseguradas de modo a “obter êxito”. Memore-se que atribui-se, a formação de uma das principais facções presentes dentro e fora do cárcere decorreu de demasiado desamparo estatal quando da imposição e efetiva execução da prisão, que falhou grandemente. Insta dizer ainda que, embora acrescido de outros fatores demasiadamente importantes à criação e ascensão do crime organizado decorre da falha estatal em relação aos estabelecimentos penais.

Assim, consagrado na Constituição Federal, o princípio da humanidade é o “reitor do cumprimento da pena privativa de liberdade” (LUISI *apud* Hans Heinrich Jescheck, 2003, p. 46).

Em igual grau de importância, tem-se o **princípio da intranscendência ou princípio da personalidade**, previsto no artigo 5º, item 3 do Pacto de San José da Costa Rica<sup>9</sup> e insculpido na Constituição Federal<sup>10</sup>, que possui seu principal vetor na necessidade de que a pena atribuída, ou constrição pessoal meramente processual – prisão temporária, em especial a prisão preventiva – deve resguardar a responsabilização tão somente do sujeito passivo – leia-se, aquele privado de liberdade.

Significa dizer, conforme ensinamentos de ZAFFARONI e PIERANGELLI, que a pena deve ser atribuída tão somente à pessoa destinatária da sanção em razão de infração penal. (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2018, p. 166-167).

Ocorre que quando a discussão versa sobre presas mães e gestantes, na realidade fática resta vultoso separar o desenvolvimento de crianças e assistência materna. A população feminina presa, caracterizando aqui mulheres mães e grávidas, acaba por sofrer ao menos três espécies de pena: a prisão-pena oriunda do ilícito (leia-se, autoria presumida decorrente de prisão preventiva ou autoria e culpa confirmada mediante sentença penal condenatória); a constrição da possibilidade de acompanhar o integral desenvolvimento da sua prole, além de toda a responsabilização de ordem moral e social por, sendo genitora ou estando grávida, envolver-se em ilícitos penais, e a “condenação sem processo” de sua prole que inevitavelmente nascerá e/ ou crescerá em um ambiente no qual não faz jus estar, ou crescerá com o estigma de ser filho de uma mãe presa.

Por sua vez o **princípio da individualização da pena**. Tal princípio pressupõe a aplicação de pena adequada e também proporcional ao caso em concreto que é discutido nos autos – e, somente o que consta nos autos, conforme verdade processual visualizada – de modo a possibilitar à cada situação, contexto e indivíduo uma sanção efetiva.

Conforme pensamentos exarados por NUCCI (2019, p. 84), é através deste princípio que o aplicador da lei penal destina de modo individualizado a sanção inerente à cada situação, conforme merecimento, de modo a distanciar-se da pena-padrão.

Este princípio prevê, em sede de execução penal, a garantia de tratamento isonômico entre os presos, contudo, permitindo alguns tratamentos diferenciados, justamente em razão da individualização da pena, afinal, existem muitos casos diferentes em razão da divergência de

---

<sup>9</sup> Pacto San José da Costa Rica.

<sup>10</sup> Artigo 5º, inciso XLV da Constituição da República Federativa do Brasil.



condição, ou seja, a igualdade prevalece quando diante de iguais condições, aqui entendido como benefícios em sede de execução penal (AVENA, 2017, p.73).

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994)<sup>11</sup>, também conhecida como Convenção de Belém do Pará:

[...] foi o primeiro tratado internacional de proteção dos direitos humanos a reconhecer, de forma enfática, a violência contra a mulher como um fenômeno generalizado, que alcança, sem distinção de raça, classe, religião, idade ou qualquer outra condição (PIOVESAN, 2010, p. 271).

O Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996, em seu artigo 4º, elenca os direitos humanos das mulheres protegidos, cujo rol não é taxativo.

O Brasil recepcionou as **Regras Das Nações Unidas** para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras, conhecida por “Regras de Bangkok”, compromisso internacional assumido pelo país. Num total de 70 regras, todas visam um olhar diferenciados e voltado especificamente para a mulher encarcerada dadas as suas peculiaridades.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso L, prevê o direito que as mulheres presas possuam **condições para garantir a permanência adequada** dos filhos durante o período de amamentação, por esse motivo a legislação de execução penal prevê a destinação de locais específicos para a gestante presa e a disponibilização de creches, previsto expressamente no artigo 89 da LEP.

A proteção à maternidade e ao bem estar da criança do mesmo modo possuem proteção constitucional. Considerando que não há discussão sobre infância sem a genitora, posto que não há criança sem mãe, o marco legal da primeira infância<sup>12</sup> atribuiu à todas as mães e todas as crianças – compreendidas até os 12 anos de idade incompletos, conforme identifica o Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>13</sup> - direitos inerentes, surgindo a discussão acerca do encarceramento do público feminino, notadamente gestantes e mães de crianças.

O Marco Legal da Primeira Infância impactou o Código de Processo Penal de modo a este prever a possibilidade do regime da prisão domiciliar à mães como alternativa à prisão preventiva.

Especialmente a Regra n.º 3 constante nas Regras de Bangkok resultou em importante modificação na legislação pátria mormente no que se refere ao melhor interesse ao filho de

<sup>11</sup> Recepcionada no sistema normativo brasileiro através do Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996.

<sup>12</sup> Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016.

<sup>13</sup> Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990.

mulher presa/condenada, impactando, através do Marco Legal da Primeira Infância<sup>14</sup>, o artigo 318 do Código de Processo Penal, de modo a possibilitar alternativa da conversão da prisão preventiva pela domiciliar quando se tratar de gestante, mãe de filhos com 12 anos incompletos ou homem, com 12 anos de idade incompletos<sup>15</sup>.

Em que pese haja legislação e orientações de tratados e convenções prevendo as condições hábeis à garantir a dignidade à mulher presa, no Brasil, andamos – ainda – vagarosamente em direção à efetivação dos direitos reconhecidos e irrenunciáveis.

A questão fica muito mais vultosa quando verificamos a presença da gestante no cárcere, onde além de estar privada de sua liberdade de locomoção – seja em razão de prisão temporária ou em razão de cumprimento definitivo de pena – é privada de permanecer em contato com o seu filho e de conceder condições para o crescimento e desenvolvimento deste.

A estrutura de um presídio destinado ao público feminino varia em razão da esfera estadual ou federal, bem como em razão do espaço geográfico, ou seja, de Estado para Estado da Federação, mas dentre as várias semelhanças – e por quê não falar em igualdades – é percebida a situação humilhante em que uma mãe e sua prole é/podem ser inseridas, num contexto de inúmeras violações de direitos humanos, fundamentais e irrenunciáveis.

Considerando o número de prisões processuais/cautelares, tal instituto merece consideração. A prisão cautelar ou meramente processual no sistema brasileiro possui duas formas de existir: temporária ou preventiva.

A prisão temporária é regida pela lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, prevista para casos específicos, previstos na própria lei, através de um rol taxativo disposto no artigo 1º da mesma. A duração da segregação é de 5 cinco dias, prorrogáveis por mais 5, excetuado os crimes hediondos cujo prazo é de 30 dias, prorrogáveis por mais trinta. Tal medida poderá ser decretada uma única vez enquanto ainda em andamento o respectivo inquérito policial, posto que esta segregação visa assegurar as investigações (LOPES JÚNIOR, p. 176-178).

A prisão preventiva, por sua vez, pode ser decretada em qualquer fase, desde a fase investigativa até o trânsito em julgado da decisão, cabendo inclusive na fase recursal. Dar-se-á mediante requerimento formulado pela autoridade policial ou pelo Ministério Público posto que, a lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019 trouxe a impossibilidade de imposição de ofício de tal instituto. Os requisitos autorizadores da prisão preventiva são prova da materialidade e indícios de autoria, conhecido como *fumus comissi delicti* e o fundamento da mesma deve

---

<sup>14</sup> Lei n.º 13.257, de 08 de março de 2016.

<sup>15</sup> Conforme artigo 318, inciso V, do Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941.

encontrar respaldo no *periculum libertatis*, ou seja, o perigo oriundo do estado de liberdade do sujeito (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 91-98).

O sistema jurídico brasileiro tornou comum a prisão preventiva, em oposição ao ditame constitucional relativo ao estado de inocência natural. Todavia:

[...] pessoas que deveriam estar soltas foram presas desnecessariamente. Outras, que deveriam estar presas, permaneceram soltas, inexplicavelmente, durante o processo. Para tanto, a lei exige a demonstração da necessidade e da adequação da medida, sob pena de ilegalidade em sua adoção (RANGEL, 2019, p. 829).

Além da demonstração da necessidade, necessário atentar à proporcionalidade da medida, conforme RANGEL *apud* ALEXY “as restrições ao exercício de direitos fundamentais, para serem compatíveis com o Estado de Direito, devem ser fixadas respeitando-se a presunção elementar de liberdade e a máxima constitucional da proporcionalidade e da razoabilidade” (2019, p. 829).

O atual artigo 282, §6º do Código de Processo Penal, fruto da reforma promovida pela Lei nº 13.964, de 2019), deixa claro que:

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.

Debates acerca da medida restritiva da liberdade antes de decisão condenatória fomentam grandes diálogos dignos de constante relevância, uma vez que, na prisão preventiva, “[...] de um lado tem-se a necessidade de respeito ao acusado, notadamente no que tange ao princípio da presunção de inocência; de outro há situações fáticas em que a liberdade do acusado deve ser restringida para que outros bens jurídicos também sejam assegurados.” (DEZEM, 2015, p. 285).

Deste modo, em qualquer situação referente às medidas cautelares, em especial, quanto à prisão preventiva, critérios de a proporcionalidade e necessidade da medida devem ser ponderadas.

A utilização de medidas restritiva de liberdade de locomoção pessoal é comumente utilizada pelo sistema jurídico-processual brasileiro, e, no mesmo viés, diante da significativa evolução e participação da mulher na sociedade capitalista e desigual, observa-se o crescimento da mulher no cárcere, gênero este que pressupõe e necessita de atenção especial e tratamento específico, uma vez que as próprias condições em razão do sexo evidenciam, mas, sobretudo, quando a mulher encarcerada é mãe de crianças ou quando encontra-se gestante.

Impossível, por sua vez, negar a existência de previsões legais, tratados internacionais e orientações para o fim de promover à mulher gestante ou mãe o tratamento humano e digno, do qual faz jus não somente a mãe, mas também sua prole. Contudo, no campo da eficiência e efetividade pátria encontram-se diversos empecilhos – constatados ante aos dados expostos.

Para tanto, o sistema jurídico tem sido movimentado no sentido de propiciar, de fato, às mulheres gestantes e/ou mãe todos os direitos à elas já garantidos na Constituição Federal, no Código de Processo Penal e na Lei de Execuções Penais, inicialmente através da demonstração de um Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro até a efetiva mudança vislumbrada, trazida e promulgada pela Lei n.º 13.769 de 2018, de modo a garantir os preceitos também assegurados ao menores no Marco Legal da Primeira Infância.

## **2 O JULGAMENTO DA ADPF N.º 347 E AS SOLUÇÕES ENCONTRADAS PELO ESTADO BRASILEIRO PARA ENFRENTAR O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL**

### **2.1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que de ora em diante será tratada com a sigla ADPF, constitui um dos instrumento de controle concentrado abstrato de constitucionalidade, cujo objetivo é “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”, bem como “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição (Lei n.º 9.882 de 1999)”, uma vez que, conforme Barcellos (2019, p. 588):

Nos termos do art. 1º da Lei nº 9.882/1999, a ADPF presta-se à impugnação de atos do Poder Público que violam diretamente preceito fundamental, sendo seu objetivo, em última análise, a definição do sentido e alcance do preceito fundamental, e não discutir mera violação reflexa ou indireta à Constituição.

Assim, o constituinte atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência de julgar ações em que o pedido principal versar sobre constitucionalidade, sendo exclusividade da Corte a análise da contrariedade ou não em face dos ditames constitucionais.

Assim o sendo, a via – ou instrumento – ADPF está calcada no rol de competência originária de apreciação e julgamento pela Corte Suprema, conforme previsto do artigo 102, inciso I, alínea “a” da Carta Maior, justamente pela violação de preceitos considerados fundamentais, sendo que a ADPF “não se destina à proteção de toda e qualquer norma

constitucional, mas apenas aquelas que podem ser consideradas como preceitos fundamentais” (DANTAS, 2017, p. 290).

Preceitos fundamentais devem ser analisados em analogia aos direitos e garantias fundamentais, notadamente direitos humanos e prescrições que norteiam o sentido básico do regime constitucional, positivados na Carta Constitucional. Assim sendo, conforme Dantas (2017, p. 292) preceitos fundamentais são:

[...] os princípios e regras da Constituição indispensáveis à caracterização e existência do Estado, notadamente os relativos aos seus princípios fundamentais, à sua estrutura, forma de Estado e de governo, regime político, modo de aquisição e exercício do poder, estabelecimento de seus órgãos e fixação de suas competências, cláusulas pétreas, além dos direitos e garantias fundamentais.

Outrossim, em razão do princípio da subsidiariedade, o cabimento da ADPF, conforme previsto na pela Lei n.º 9.882, publicada em 03 de dezembro de 1999<sup>16</sup>, vislumbra-se somente de maneira extraordinária, cujo manejo é supletivo. Isto é, a via deve ser eleita apenas quando não houver outros meios de sanar tal lesividade suscitada, inclusive via ADI ou ADC, razão pela qual prevê o parágrafo primeiro do artigo 4º da lei específica acima citada, a não admissibilidade da ação quando existir meio diverso e eficaz a sanar a lesividade (BARROSO, 2008, p. 273-277).

O procedimento previsto para o trâmite desta ação constitucional está regulada pela Lei n.º 9.882, estabelecendo, conforme ditames constitucionais, como legitimados à propositura de tal ação o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional<sup>17</sup>.

Tal ação comporta pedido e deferimento de liminares/antecipatórias de tutela. Sobre a possibilidade do deferimento de medidas diversas liminares:

A particularidade da ADPF diz respeito aos conteúdos possíveis das decisões a serem tomadas, sobretudo no caso das cautelares. Isso porque, embora a ADPF possa veicular um debate sobre a constitucionalidade ou não de um ato normativo – outras discussões serão possíveis, dependendo do ato concreto do Poder Público que esteja sendo questionado – a providência necessária para sanar a violação ao preceito fundamental poderá não envolver propriamente ou apenas a declaração de inconstitucionalidade de uma norma (BARCELLOS, 2019, p. 591).

<sup>16</sup> Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

<sup>17</sup> Artigo 103, incisos I à IX da Constituição Federal de 1998.

Por fim, o pronunciamento definitivo desta ação, através do *quórum de deliberação*, prevê a tomada da decisão através de maioria absoluta, cuja decisão será irrecorrível, possuirá eficácia *erga omnes*, terá efeito vinculantes e terá efeitos retroativos (*ex tunc*), este último, salvo quando houver excepcional modulação temporal dos efeitos.

## 2.2. Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional

A Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário teve origem na Corte Constitucional Colombiana em razão da violação de direitos humanos e fundamentais decorrentes de omissões Estatais. O processo T-143950 foi aforado por internos do “Cárcel Nacional Modelo<sup>18</sup>”, integrantes do Comitê Permanente de Direitos Humanos, em razão da verificação de que o instituto “vulneraba los derechos humanos y los derechos fundamentales a la salubridad, igualdad, privacidad e intimidad de los presos de los pabellones<sup>19</sup>” (Processo T-143950).

A Corte Constitucional Colombiana na sentença T-153/98 reconheceu um estado de violações massiva de direitos, uma vez que:

Las condiciones de hacinamiento impiden brindarle a todos los reclusos los medios diseñados para el proyecto de resocialización (estudio, trabajo, etc.). Dada la imprevisión y el desgreño que han reinado en materia de infraestructura carcelaria, la sobrepoblación ha conducido a que los reclusos ni siquiera puedan gozar de las más mínimas condiciones para llevar una vida digna en la prisión, tales como contar con un camarote, con agua suficiente, con servicios sanitarios, con asistencia en salud, con visitas familiares en condiciones decorosas, etc. De manera general se puede concluir que el hacinamiento desvirtúa de manera absoluta los fines del tratamiento penitenciario. [...] <sup>20</sup>

Ao julgar a ação, no pronunciamento judicial, a Corte entendeu constitucionalmente a garantia dos direitos fundamentais da população reclusa, no sentido de que:

La racionalidad constitucional es diferente de la de las mayorías. Los derechos fundamentales son precisamente una limitación al principio de las mayorías, con el ánimo de garantizar los derechos de las minorías y de los individuos. El juez

<sup>18</sup>Cadeia Modelo Nacional. Tradução nossa.

<sup>19</sup>Violou os direitos humanos e os direitos fundamentais à saúde, igualdade, privacidade e intimidade dos reclusos. Tradução nossa.

<sup>20</sup>As condições superlotadas (ou seria de superlotação) impedem que todos os reclusos recebam os meios projetados para o projeto de ressocialização (estudo, trabalho, etc.). Dada a imprevisibilidade e a desordem que reinaram em termos de infraestrutura prisional, a superlotação fez com que os prisioneiros nem gozassem das condições mais mínimas para levar uma vida decente na prisão, como ter uma cabine, com água suficiente, com serviços de saúde, com serviços de saúde, com visitas familiares em condições decentes etc. Em geral, pode-se concluir que a superlotação compromete completamente os objetivos do tratamento na prisão [...]. Tradução nossa.

constitucional está obligado a asumir la vocería de las minorías olvidadas, es decir de aquellos grupos que difícilmente tienen acceso a los organismos políticos.<sup>21</sup>”

Ou seja, o julgador evidenciou a necessidade de observar os direitos assegurados como forma de manutenção do próprio sistema constitucional, de modo que o juiz deve agir constitucionalmente, atendendo e observando as súplicas das minorias – naquele julgados, os reclusos.

Os critérios utilizados pela Corte para verificar a existência de um estado de coisas inconstitucional, foram:

[...] (1) violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais, capaz de afetar um número significativo de pessoas; (2) a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir os direitos; (3) a adoção de práticas inconstitucionais a gerar, por exemplo, a necessidade de sempre ter que se buscar a tutela judicial para a obtenção do direito; (4) a não adoção de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias necessárias para evitar a violação de direitos; (6) a existência de um problema social cuja solução depende da intervenção de várias entidades, da adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e da disponibilização de recursos adicionais consideráveis; (7) a possibilidade de um congestionamento do sistema judicial, caso ocorra uma procura massiva pela proteção jurídica (MARMELSTEIN, 2015).

O julgador entendeu que diante das irregularidades e violações massivas de direitos o sistema penal colombiano acabava por atingir fins diversos do esperado. Ou seja, ao invés de ressocializar o indivíduo a fim de que pudesse retornar ao convívio social de modo a seguir os ditames legais, o efeito era totalmente inverso, contribuindo para o crescimento da criminalidade.

Reconhecendo a situação de ECI no sistema carcerário, a sentença proferida pelo órgão colegiado ordenou medidas com o intuito de extirpar a inconstitucionalidade do sistema, nestes termos, *in verbis*:

Ante la gravedad de las omisiones imputables a distintas autoridades públicas, la Corte debe declarar que el estado de cosas que se presenta en las prisiones colombianas, descrito en esta sentencia, es inconstitucional y exige de las autoridades públicas el uso inmediato de sus facultades constitucionales, con el fin de remediar esta situación. Para ello procederá a impartir las respectivas órdenes.

[...]

Primero.- **ORDENAR** que se notifique acerca de la existencia del estado de cosas inconstitucional en las prisiones al Presidente de la República; a los presidentes del Senado de la República y de la Cámara de Representantes; a los presidentes de la Sala Penal de la Corte Suprema Justicia y de las Salas Administrativa y Jurisdiccional

<sup>21</sup>“A racionalidade constitucional é diferente da maioria. Os direitos fundamentais são precisamente uma limitação ao princípio da maioria, com o objetivo de garantir os direitos das minorias e dos indivíduos. O juiz constitucional é obrigado a assumir a voz das minorias esquecidas, ou seja, daqueles grupos que difícilmente têm acesso a organizações políticas.” Tradução nossa.

Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura; al Fiscal General de la Nación; a los gobernadores y los alcaldes; a los presidentes de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales; y a los personeros municipales.

Segundo.- **REVOCAR** las sentencias proferidas por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, el día 16 de junio de 1997, y el Juzgado Cincuenta Penal Municipal de Bogotá, el día 21 de agosto de 1997, por medio de las cuales se denegaron las solicitudes de tutela interpuestas por Manuel José Duque Arcila y Jhon Jairo Hernández y otros, respectivamente. En su lugar se concederá el amparo solicitado.

Tercero.- **ORDENAR** al INPEC, al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Departamento Nacional de Planeación elaborar, en un término de tres meses a partir de la notificación de esta sentencia, un plan de construcción y refacción carcelaria tendente a garantizar a los reclusos condiciones de vida dignas en los penales. La Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de Nación ejercerán supervigilancia sobre este punto. Además, con el objeto de poder financiar enteramente los gastos que demande la ejecución del plan de construcción y refacción carcelaria, el Gobierno deberá realizar de inmediato las diligencias necesarias para que en el presupuesto de la actual vigencia fiscal y de las sucesivas se incluyan las partidas requeridas. Igualmente, el Gobierno deberá adelantar los trámites requeridos a fin de que el mencionado plan de construcción y refacción carcelaria y los gastos que demande su ejecución sean incorporados dentro del Plan Nacional de Desarrollo e Inversiones.

Cuarto.- **ORDENAR** al Ministerio de Justicia y del Derecho, al INPEC y al Departamento Nacional de Planeación, en cabeza de quien obre en cualquier tiempo como titular del Despacho o de la Dirección, la realización total del plan de construcción y refacción carcelaria en un término máximo de cuatro años, de conformidad con lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo e Inversiones.

Quinto.- **ORDENAR** al INPEC y al Ministerio de Justicia y del Derecho la suspensión inmediata de la ejecución del contrato de remodelación de las celdas de la Cárcel Distrital Modelo de Santafé de Bogotá.

Sexto.- **ORDENAR** al INPEC que, en un término máximo de tres meses, recluya en establecimientos especiales a los miembros de la Fuerza Pública que se encuentran privados de la libertad, con el objeto de garantizar su derecho a la vida y a la integridad personal.

Séptimo.- **ORDENAR** al INPEC que, en un término máximo de cuatro años, separe completamente los internos sindicados de los condenados.

Octavo.- **ORDENAR** a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que investigue la razón de la no asistencia de los jueces de penas y medidas de seguridad de Bogotá y Medellín a las cárceles Modelo y Bellavista.

Noveno.- **ORDENAR** al INPEC, al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Ministerio de Hacienda que tomen las medidas necesarias para solucionar las carencias de personal especializado en las prisiones y de la Guardia Penitenciaria.

Décimo.- **ORDENAR** a los gobernadores y alcaldes, y a los presidentes de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales que tomen las medidas necesarias para cumplir con su obligación de crear y mantener centros de reclusión propios.

Undécimo.- **ORDENAR** al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, y al Ministro de Justicia y del Derecho que, mientras se ejecutan las obras carcelarias ordenadas en esta sentencia, tomen las medidas necesarias para garantizar el orden público y el respeto de los derechos fundamentales de los internos en los establecimientos de reclusión del país.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> Dada a gravidade das omissões imputáveis a diferentes autoridades públicas, o Tribunal deve declarar que o estado de coisas que se apresenta nas prisões colombianas, descrito nesta sentença, é inconstitucional e exige que as autoridades públicas utilizem imediatamente os seus poderes constitucionais para remediar esta situação. Para o efeito, procederá à emissão das respectivas ordens.

[...]

Primeiro.- **ORDENAR** notificar o Presidente da República, os presidentes do Senado da República e da Câmara dos Representantes sobre a existência de situações inconstitucionais nas prisões; aos presidentes da Câmara Penal da Corte Suprema Justa e das Salas Administrativa e jurisdiccional Disciplinar do Conselho Superior da



Assim, o ECI pode ser resumidamente entendido e verificado quando da existência de “fracasso generalizado de políticas públicas que, causado pelo bloqueio do processo político ou institucional, resulta em violações massivas de direitos humanos” (MORAES, 2017, p.655).

### 2.3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n.º 347

A situação carcerária brasileira demonstra uma brutal violações de direitos humanos e sociais, inexistindo adjetivos suficientes para traduzir a realidade fática, num imparável crescente índice de encarceramento em massa. A horripilante situação é veiculada em todos os meios de comunicações, muito mais a fim de justificar a necessidade da segregação, através do discurso do medo e da propagação do terror.

A política e as instituições (compreendendo os três poderes) compactuam com a sociedade e vice-versa, bem como ambas compactuam com o encarceramento em massa, a

---

Justiça; ao Procurados Geral da Nação; aos governadores e aos prefeitos; aos presidentes das Assembleias Departamentais e dos Conselhos Distritais e Municipais; e aos funcionários municipais.

Segundo. - **REVOGAR** as sentenças proferidas pela Câmara de Cassação Civil e Agrária da Corte Suprema de Justiça, no dia 16 de junho de 1997, e o Juzgado Cinconta Penal Municipal de Bogotá, no dia 21 de agosto de 1997, que recusaram os pedidos de tutela apresentados por Manuel José Duque Arcila e Jhon Jairo Hernández e outros, respectivamente. Em vez disso, será concedida a Proteção solicitada.

Terceiro. - **ORDENAR o INPEC**, o Ministério da Justiça e do Direito e o Departamento Nacional de Planeamento elaborar, no prazo de três meses a contar da notificação desta sentença, um plano de construção e renovação das prisões para garantir aos reclusos condições de vida dignas nos pênaltis. A Defensoria do Povo e a Procuradoria Geral da Nação exercerão supervisão sobre este ponto. Além disso, a fim de permitir o financiamento integral das despesas necessárias à execução do plano de construção e renovação das prisões, o Governo deve tomar imediatamente as medidas necessárias para que as rubricas necessárias sejam incluídas no orçamento da atual vigência fiscal e das sucessivas. De igual modo, o Governo deverá adiantar as formalidades exigidas

Quarto.- **ORDENAR** ao Ministério da Justiça e do Direito, ao INPEC e ao Departamento Nacional de Planejamento, em chefe de quem atua em qualquer tempo como titular do Despacho ou da Direção, a realização total do plano de construção e renovação das prisões num prazo máximo de quatro anos, em conformidade com o estabelecido no Plano Nacional de Desenvolvimento e Investimento.

Quinto.- **ORDENAR** ao INPEC e ao Ministério da Justiça e do Direito a suspensão imediata da execução do contrato de remodelação das celas da Prisão Distrital Modelo de Santafé de Bogotá

Sexto.- **ORDENAR** ao INPEC que, num prazo máximo de três meses, reclusa em estabelecimentos especiais os membros da Força Pública que se encontram privados da liberdade, com o objetivo de garantir seu direito à vida e à integridade pessoal.

Sétimo.- **ORDENAR** ao INPEC que, num prazo máximo de quatro anos, separe completamente os internos sindicados dos condenados.

Oitavo **ORDENAR** à Sala Jurídica Disciplinar do Conselho Superior de Justiça que investigue a razão da não assistência dos juízes de penas e medidas de segurança de Bogotá e Medellín às prisões Modelo e Bellavista.

Nono. - **ORDENAR** ao INPEC, ao Ministério da Justiça e do Direito e ao Ministério das Finanças que tomem as medidas necessárias para colmatar as carências de pessoal especializado nas prisões e na Guarda Penitenciária.

Décimo. - **ORDENAR** aos governadores e prefeitos, e aos presidentes das Assembleias Departamentais e dos Conselhos Distritais e Municipais que tomem as medidas necessárias para cumprir com sua obrigação de criar e manter centros de reclusão próprios.

Décimo primeiro. - **ORDENAR** o Presidente da República, na qualidade de autoridade administrativa suprema, e o Ministro da Justiça e do Direito, que, durante a execução das obras prisionais ordenadas no presente acórdão, tomem as medidas necessárias para garantir a ordem pública e o respeito dos direitos fundamentais dos internos nos estabelecimentos de detenção do país. Tradução nossa.

última em razão da ilusória resolução do problema, com a segregação do parasita social, nas piores condições carcerárias justificada pela necessidade de uma vingança cruel. A primeira diante de segregação social.

Em vista do cenário caótico do sistema carcerário brasileiro, em setembro de 2015, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) suscitou uma ADPF, pleiteando o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário ante as violações à direitos fundamentais da pessoa presa e a consequente adoção das diversas providências necessárias, dentre elas a imposição da necessidade da justificativa expressa da manutenção de prisões provisórias, a possibilidade da conversão por medidas diversas da prisão, bem como a imprescindibilidade da realização de audiência de custódia<sup>23</sup> para apresentação do detido no prazo máximo de 24 horas, cuja ação é nominada ADPF 347.

Os requerimento da ação em caráter liminar são, *in verbis*:

[...] a) Determine a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. b) Reconheça a aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão. c) Determine aos juízes e tribunais brasileiros que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal. d) Reconheça que como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão. e) Afirme que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, visando assim a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção. f) Reconheça que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção. g) Determine ao Conselho Nacional de Justiça que coordene um ou mais mutirões carcerários, de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas “e” e “f”

---

<sup>23</sup> Audiência realizada em até 24 horas após a confecção do auto de prisão em flagrante, com a finalidade de que o flagrado seja ouvido diante da Autoridade Judicial, momento em que será verificado as condições da prisão. Na ocasião, o juiz decidirá pela homologação ou não (caso em que será relaxada ante à prisão ilegal), e posteriormente, decidirá sobre a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão preventiva ou decretará a preventiva. A audiência de custódia é usada como forma de controle da legalidade do flagrante e se propõe a humanizar o ato da prisão (LOPES JÚNIOR, 2018, p. 622).

acima. h) Imponha o imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, e vede à União Federal a realização de novos contingenciamentos, até que se reconheça a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

A Suprema Corte, no mesmo ano, decidiu por deferir a medida cautelar pleiteada de modo a acolher os pedidos enumerados nas alíneas “e” e “f”, reconhecendo – ainda que sem decisão com trânsito em julgado - a existência do estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário pátrio.

A decisão interlocutória recebeu a seguinte redação em sua ementa, na íntegra:

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 no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e fálência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão” (Supremo Tribunal de Justiça, 2015, p. 03).

Neste estado de violação de preceitos fundamentais, vislumbrado efetivamente como um problema histórico, cultural e patrocinado pelos três poderes, talvez muito mais pela via da omissão, a Suprema Corte se autodenuncia, demonstrando que possui parcela de culpa.

Como um exemplo – dentre tantos e que também foi pleiteado na ADPF, é a questão da realização de audiência de custódia, pois sendo o Brasil signatário do Pacto de San José da Costa Rica, jamais prestou a devida atenção no sentido de efetivar tal procedimento, sendo que somente em dezembro de 2015 (a regulamentação entrou em vigor em 2016), através da resolução n.º 213, regulamentou a referida audiência de custódia, contudo, sem atribuir sanção ou consequência quando da não realização. Em que pese a interpretação jurisprudencial vista através dos anos nos Tribunais, no sentido de que a não realização da audiência no prazo importa em ilegalidade da prisão, com o relaxamento da segregação (caso a caso), somente a

Lei de Abuso de Autoridade – de setembro de 2019 -, em seu artigo 19<sup>24</sup>, trouxe consequências em razão da dita injustificada demora.

Em que pese a ação ainda não disponha de julgamento em definitivo, os pleitos e dados expostos pela ADPF foram efetivamente recepcionados pelo sistema brasileiro de justiça, posto que serviram para a movimentação do sistema prisional no intuito de averiguar e amenizar a situação escancarada nos autos da ADPF, como por exemplo, determinou a audiência de custódia e a liberação do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização nos moldes vislumbrados e finalidades de sua criação.

De igual forma, foi utilizado como de base para a impetração do Habeas Corpus Coletivo n.º 143.641/2018, o qual prevê assegurar à todas as mães e/ou gestantes presas, o direito de permanecer com a sua prole em ambiente salubre, saudável e com mínimas condições de dignidade humana, com o deferimento da prisão domiciliar para todas as segregadas – cautelar ou definitivamente<sup>25</sup>, de modo a efetivar a legislação constitucional-penal vigente, bem como recomendações e tratados internacionais.

#### **2.4. Habeas Corpus Coletivo N.º 143.641/2018**

O Habeas Corpus é o remédio jurídico constitucional frente à coação ilegal (ilegalidade ou abuso de poder) iminente ou em ocorrência, notadamente destinado a garantir ou restituir a locomoção do cidadão. Remédio no sentido de amenizar um equívoco, perpetrado pelos operadores do sistema criminal, bem como no sentido de promover espécie de “punição ao juiz e/ou aos demais funcionários da justiça que não se encarregassem de promover a soltura do paciente a quem fora (ou devesse ser) concedida ordem de habeas corpus” (DIVAN, 2015, p. 309).

O HC originou-se no direito romano como forma de proteção da liberdade, contudo no mundo moderno esteve presente a partir da Magna Carta, conforme PADILHA (2018, p. 279):

O habeas corpus foi o primeiro remédio constitucional do mundo moderno, previsto pela primeira vez em 1215 na Magna Carta Libertatum, quando o rei João-Sem-terra, em troca de sua permanência no poder, aceitou reconhecer o direito da burguesia, concedendo-lhe alguns direitos, dentre os quais à locomoção e, como garantia a este direito, previu o habeas corpus.

---

<sup>24</sup> Art. 19. Impedir ou retardar, injustificadamente, o envio de pleito de preso à autoridade judiciária competente para a apreciação da legalidade de sua prisão ou das circunstâncias de sua custódia: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

<sup>25</sup> Entenda-se como preso com sentença transitada em julgado.

No Brasil, desde o Código Criminal do Império havia uma previsão normativa relacionando situações que poderiam ensejar o HC, notadamente quanto ao recolhimento do indivíduo, contudo somente a Constituição da República de 1891 ampliou o cabimento e a modalidade, bem como, as hipóteses de pleitear o HC como ação autônoma, não mais através de um rol taxativo, reconhecendo outras categorias de violações (DIVAN, 2015, p. 315- 316). A Constituição de 1891 consagrou o HC na doutrina brasileira e não restringiu a possibilidade ao direito de locomoção, cabendo, portanto, para salvaguarda de quaisquer outras garantias fundamentais (DANTAS, 2017, p. 356).

Deveras, a destinação do HC à época era substancialmente utilizado como instrumento constitucional-processual liberatório, sendo que a Lei n.º 2.033/1871, alterada em 1832 a fim de adequar a norma processual, houve a introdução do HC na modalidade preventiva “para os casos em que o cidadão estivesse ameaçado (na iminência) de sofrer uma restrição ilegal em sua liberdade” (LOPES JÚNIOR, 2018, p. 1120). Em relação à modalidade preventiva do HC leciona DIVAN *apud* PONTES DE MIRANDA (2015, p. 325):

A ameaça de constrangimento tem de ser apreciada, pelo princípio jurídico de que se há de evitar o que infringe a lei (princípio da medida preventiva ou cautelar). Tinha-se de apresentar ao legislador o problema técnico do pré-afastamento da coação. Pode ocorrer que não se saiba ao certo qual a coação que ocorreria; mas, para o deferimento, do mandado de habeas corpus basta que a ameaça possa levar a uma das coações possíveis

Na Constituição da República Federativa de 1988, a ação autônoma denominada HC encontra respaldo no artigo 5º, inciso LXXVII, proclamando a gratuidade aos cidadão para fins de impetração de ação constitucional, notadamente em prol do acesso à justiça igualitário, bem como no inciso LXVIII, o qual é dispõe: “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” (BRASIL, 1988), a fim de proteger constitucionalmente o *status libertatis*.

No Código de Processo Penal, a previsão do HC em sede de sistema processual-penal encontra previsão no art. 647: “Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplina” (BRASIL, 1941). Por sua vez, o art. 648 descreve o rol de categorias compreendidas como coação ilegal. Conforme a conceituação do HC na doutrina processual-penal de GIACOMOLLI (2016, p. 458):

Trata-se de meio impugnativo autônomo das decisões que ameaçam ou restringem a liberdade de ir e vir, de forma direta (prisão preventiva, v. g.) ou indireta (investigação ou processo sem justa causa, v. g.). Além de sua funcionalidade preventiva (ameaça de restrição à liberdade) e liberatória (sujeito já preso), é de ser admitida também uma funcionalidade impugnativa colateral do habeas corpus (*collateral attack*), evitando o constrangimento ilegal de forma ampla, tanto na fase investigatória, quanto judicial (crime já prescrito, insignificância, falta de requisitos essenciais na peça incoativa, v. g.)

Logo, em que pese na ótica da leitura do Código de Processo Penal, o HC esteja previsto no Livro III, o qual dispõe sobre acerca das nulidades e dos recursos em geral, o entendimento majoritário da doutrina competente é de que o HC não figura como uma espécie de recurso, objetivando o duplo grau de jurisdição das decisões, mas sim instrumento autônomo de extensão constitucional, possuindo força mandamental (LOPES JÚNIOR, 2018, p. 11220-1121), pois:

Toda pessoa que sofrer ameaça (habeas corpus preventivo) ou restrição (habeas corpus liberatório) ao seu direito fundamental de ir e vir disporá do habeas corpus, um remédio jurídico protetivo de seu direito. Esse meio impugnativo há de ser simples e rápido, conforme dispõe o art. 25.1 da CADH. O direito de liberdade pessoal ou física é tutelado de forma direta por meio do habeas corpus, evitando o início ou a continuação de detenções ou prisões arbitrárias (desprovidas de legalidade, sem fundamentação idônea e suficiente, inadequadas, desnecessárias, v. g.) (GIACOMOLLI, 2016, p. 459).

O cabimento do HC coletivo, por sua vez, demonstra cabimento frente a legislação constitucional, vez que a limitação do HC, embora destinado a tutelar direitos individuais, não aduz acerca da impossibilidade de impugnação em prol de uma maioria de pessoas, pois qualquer limitação não encontra adequação constitucional e convencional.

Assim o sendo, quando o constrangimento atingir número indeterminado de pessoas, no mesmo contexto fático, não se faz mister que cada uma utilize o “*habeas corpus*.” (GIACOMOLLI, 2016, p. 463), isto porque o ““*habeas corpus*” coletivo possui a mesma essência do *writ* individual, contudo é utilizado quando uma coletividade está com seu direito de liberdade de locomoção ameaçado ou lesado, configurando um constrangimento ilegal”. (CHEQUER)

Exemplo de cabimento do HC na modalidade coletiva, em 2012, o STJ julgou o HC coletivo N° 207.720/SP<sup>26</sup>, impetrado pela DPE de São Paulo em favor das crianças e adolescentes domiciliados ou transitoriamente situado na circunscrição da Comarca de

<sup>26</sup> Que tratava sobre o “toque de recolher”

Cajuru/SP, em razão da edição da Portaria 01/2011, realizado pela Juíza da Vara de Infância e Juventude de Cajuru/SP, criando uma espécie de "toque de recolher", cuja ementa do acórdão é a seguinte:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS. TOQUE DE RECOLHER. SUPERVENIÊNCIA DO JULGAMENTO DO MÉRITO. SUPERAÇÃO DA SÚMULA 691/STF. NORMA DE CARÁTER GENÉRICO E ABSTRATO. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA

Situação semelhante ocorreu no HC coletivo n.º 320.938/SP<sup>27</sup>, postulado em face de duas portarias editadas pela Vara da Infância e da Juventude Ribeirão Preto/SP, as quais limitavam o acesso de crianças e adolescentes em shoppings centers, proibindo a circulação desta população quando desacompanhados de seus responsáveis. O HC foi julgado pelo STJ, e embora tenha sido denegada a ordem, o Ministro Luís Felipe Salomão concedeu a ordem liminar de ofício, assegurando o integral direito de locomoção de todas as crianças e adolescentes da Comarca.

No âmbito da justiça criminal, por sua vez, no HC n.º 119753/SP teve tanto o pedido liminar negado quanto o julgamento de mérito. Na oportunidade, foi concluído pela inadmissibilidade do HC, porquanto tais questões deveriam ser discutidas na via de recurso extraordinário ao STF. Em que pese neste julgado tenha sido reiterado o cabimento do HC na forma coletiva, explicitou que a coletividade deve ser determinada. O julgado dispôs das seguintes ementas:

Execução penal. Habeas corpus coletivo. Progressão ao regime semiaberto deferida pelo Juízo da Execução Penal. Inexistência de estabelecimento prisional compatível. Problema gravíssimo, notoriamente no Estado de São Paulo. Repercussão geral e complexidade reconhecidas no RE 641.320. Convocação de audiência pública. Pretensão de prisão albergue domiciliar. Pleito cautelar que, além de satisfativo, abarca todos os presos, indiscriminadamente, que progrediram para o regime semiaberto, mas permanecem no regime fechado. - Liminar indeferida.  
HABEAS CORPUS COLETIVO. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO DEFERIDA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL COMPATÍVEL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CF, ART. 102, I, D E I. ROL TAXATIVO. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA: PARADOXO. ORGANICIDADE DO DIREITO. INEXISTÊNCIA DE TERATOLOGIA, ABUSO DE PODER OU FLAGRANTE ILEGALIDADE. INVIABILIDADE DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS COLETIVO PARA PESSOAS INDETERMINADAS. PRECEDENTES.

<sup>27</sup> Que tratava sobre os “rolezinhos”.

Assim, o HC coletivo, abarcando uma coletividade de pessoas possui admissibilidade do sistema constitucional pátrio quando existem condições de verificar especificamente de que grupo/coletivo/pessoas indeterminadas se trata. Em verdade, no HC coletivo pode-se agrupar as pessoas em razão da mesma situação ou características, pendendo apenas de identificação nominal, em suma.

O HC coletivo n.º 143.641/SP constitui o primeiro HC coletivo admitido por um órgão colegiado do STF. O referido HC foi impetrado por membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos em benefício de todas as mulheres presas preventiva que se encontrem na condição de gestantes, de puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade, bem como em nome das próprias crianças.

O Ministro Ricardo Lewandowski, relator do HC em questão, sustentou que:

[...] As narrativas acima evidenciam que há um descumprimento sistemático de regras constitucionais, convencionais e legais referentes aos direitos das presas e de seus filhos. Por isso, não restam dúvidas de que “cabe ao Tribunal exercer função típica de racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal de modo a minimizar o quadro” de violações a direitos humanos que vem se evidenciando, na linha do que já se decidiu na ADPF 347, bem assim em respeito aos compromissos assumidos pelo Brasil no plano global relativos à proteção dos direitos humanos e às recomendações que foram feitas ao País.

[...]

Essa posição é consentânea, ainda, com o entendimento do Supremo Tribunal Federal em temas correlatos, como o revelado na Repercussão Geral de número 423, por meio do julgamento do RE 641.320/RS, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no qual o Plenário desta Casa assentou que a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso. (HC n.º 143.641, 2018, p. 20).

O *writ* foi julgado levando em consideração a Lei n.º 13.257/2016<sup>28</sup>, bem como os dados informativos elencados e disponibilizados pelo INFOPEN, à luz das normativas nacionais e internacionais sobre questões envolvendo a reclusão de mulheres, especialmente gestantes. A decisão foi de concessão do HC coletivo:

Em face de todo o exposto, concedo a ordem 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, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício.

---

<sup>28</sup> Marco Legal da Primeira Infância.



A ordem foi estendida à todas as mulheres presas – preventiva ou definitivamente, estabelecendo ainda as situações que impedem a conversão da prisão dentro cárcere em prisão domiciliar e as formas de verificar a responsabilidade da mãe, enquanto guardiã dos menores, nestes termos:

Estendo a ordem, de ofício, às demais as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições previstas no parágrafo acima. Quando a detida for tecnicamente reincidente, o juiz deverá proceder em atenção às circunstâncias do caso concreto, mas sempre tendo por norte os princípios e as regras acima enunciadas, observando, ademais, a diretriz de excepcionalidade da prisão. Se o juiz entender que a prisão domiciliar se mostra inviável ou inadequada em determinadas situações, poderá substituí-la por medidas alternativas arroladas no já mencionado art. 319 do CPP. Para apurar a situação de guardiã dos seus filhos da mulher presa dever-se-á dar credibilidade à palavra da mãe, podendo o juiz, na dúvida, requisitar a elaboração de laudo social, devendo, no entanto, cumprir desde logo a presente determinação. Caso se constate a suspensão ou destituição do poder familiar por outros motivos que não a prisão, a presente ordem não se aplicará.

A decisão proferida pelo STF no *writ* acima exposto expôs o entendimento da Corte no que se refere à situação de gestantes e mães presas, com crianças dentro do cárcere, posto que em um Estado Democrático de Direitos não vislumbra-se “razoável que um inimputável, em situação de extrema vulnerabilidade, cumpra penas assim tão cruéis e desproporcionais, inclusive por crimes que não cometeu.” (MINGRONE, 2018)

## **2.5. Lei N.º 13.769/2018: a lei que ampliou e facilitou o cabimento da prisão domiciliar à gestantes e mães de crianças ou portadores de deficiência**

Deveras, desde a promulgação do Marco Legal da Primeira Infância, em 2016, o artigo 318 do Código de Processo Penal regulava a possibilidade da substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar para gestantes e mães de crianças.

Contudo, o pedido deveria ser efetuado por cada presa e dirigido ao juízo competente, dentre os quais, conforme dados informados no HC 143.641/SP, aproximadamente metade dos pedidos formalizados eram negado, sob a justificativa de que “as razões para o indeferimento estariam relacionados à gravidade do delito supostamente praticado pelas detidas e também à necessidade de prova da inadequação do ambiente carcerário no caso concreto” (HC 143.641/SP).

Com a concessão da ordem pleiteada no *writ*, notadamente quanto à liberdade da mulher-mãe gestante, em 2018, o Senado Federal aprovou o projeto de lei que previa a substituição da prisão no estabelecimento prisional pela prisão domiciliar para mães e gestantes encarceradas, sendo a Lei nº 13.769 de 2018 responsável por substancial alteração em matéria de legislação processual, modificando o Código de Processo Penal, a Lei de Execuções Penais e a Lei de Crimes Hediondos.

O artigo 112 da LEP prevê os requisitos para a progressão de regime de cumprimento de pena, posto que “a individualização executória da pena impõe a flexibilidade no cumprimento da sanção penal” (NUCCI, 2019, p.153).

Importa memorar que o ditame legal em tela já previa, em seu artigo 117, o recolhimento do apenado que já se encontrasse em regime aberto na sua residência particular, contudo somente em se tratando de condenado(a) com mais de 70 (setenta) anos de idade ou portador(a) de doença grave, apenada com filho menor ou portador de deficiência física ou mental ou condenada gestante, sendo que o disposto neste artigo abarca “condenados com particularidades específicas, de menor periculosidade à sociedade, motivo pelo qual podem ser inseridos em prisão domiciliar” (NUCCI, 2019, 164).

Assim, diante da lei n.º 13.769/2018, no artigo 112 da LEP restou incluído o parágrafo terceiro, acerca dos parâmetros para progressão de regime relativamente às gestantes e mulheres mães de crianças ou portadores de deficiência, assinalando os seguintes requisitos cumulativos:

- I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;
- II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente;
- III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior;
- IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;
- V - não ter integrado organização criminosa

O parágrafo quarto do artigo 112 é claro ao legislar que em caso de cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício de progressão previsto no parágrafo terceiro, acima mencionado. Em que pese a novel legislação n.º 13.964 de 2019 tenha trazido modificações de modo a substituir o cômputo fracionário pelo cômputo através de percentual da pena atribuída, nenhuma modificação efetuou no que se refere às gestantes e mães de crianças ou portador de deficiência.

Já na lei dos Crimes Hediondos<sup>29</sup> a modificação efetuada pela lei n.º 13.769/2018 se encontra no parágrafo segunda do artigo 2º ao prever que a progressão de regime deverá observar as alterações na LEP, posto que tal progressão dar-se-á:

[...] no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984. (Lei de Execução Penal).

Positivando o entendimento do STF, a Lei n.º 13.769/2018 promoveu mudanças no Código de Processo Penal, com a inclusão dos artigos 318-A e 318-B no capítulo de trata da prisão domiciliar, disposta no CPP logo após as normativas da prisão preventiva. O artigo 318-A trouxe que:

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.

Já o artigo 318-B trouxe a previsão de que a prisão domiciliar poderá ser concedida à gestante ou mãe sem prejuízo da aplicação de outras medidas diversa da prisão, estas calcadas no art. 319 do CPP.

O verbo “**será**” foi utilizado pelo legislador ao legislar em política criminal no artigo 318 do Código de Processo Penal. Aparentemente trata-se de norma, regra de aplicação em todos os casos que cumpram com o disposto no art. 318-A e seus incisos, de modo a automaticamente ser convertida a prisão preventiva em prisão domiciliar.

A novel legislação tem importância relevante na busca da efetivação de direitos fundamentais, conforme entendimento do magistrado Fernando Barbagalo: “É louvável o desiderato da nova lei na efetivação de princípios constitucionais de proteção à maternidade (art. 6º) e à infância (art. 227), seguindo também a linha estabelecida em orientações internacionais sobre o tema (Regras de Bangkok)” (BARBAGALO, 2019)

Contudo, em que pese o positivado em norma processual penal, há divergência no campo prático quanto à conversão esperada pelo HC 143.641 e pela Lei n.º 13.769/2018, vez que o Superior Tribunal de Justiça elencou situações excepcionalíssimas que acabariam por desautorizar a conversão da preventiva em domiciliar.

---

<sup>29</sup> Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990.

Através de todo o aparo judicial acima verificado, denota-se que o HC na modalidade coletiva efetivamente serviu para atingir uma maioria de mulheres privadas de liberdade – conquanto se encaixem nos requisitos elencados, sendo indiscutível, portanto, o seu cabimento e efetividade.

A eficácia do *writ*, posteriormente promulgado em legislação processual penal e de execução penal, barreiras são encontradas dadas as situações ditas excepcionalíssimas, que acabam por tornam o direito da conversão da prisão preventiva em domiciliar impossível de alcançar, visto que a subjetividade de tal instituto permite uma ampla aplicação da dita excepcionalidades, violando o princípio da proteção de excessos, diametralmente à ponderação e proporcionalidade.

De outro lado, existe o posicionamento de que diante das situações excepcionalíssimas, a cargo de cada juiz de direito, permite a adequação ao caso concreto, de modo, inclusive, a proteger a criança. Baseado no princípio da proteção deficiente, a corrente entende que ao aplicar a legislação indistintamente, sem a observância do caso em concreto, acabar-se-ia por desvirtuar os próprios fins do HC, abarcados na lei 13.769/2018.

Como forma de frear o visível estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro a aplicação da legislação n.º 13.769 de 2018 deve ser aplicado como regra de forma objetiva, ou, para a efetiva diminuição dos impactos do ECI deve-se observar as situações excepcionalíssimas, de forma subjetiva?

### **3 ENTENDIMENTOS DAS DECISÕES EM RELAÇÃO À PRISÃO DOMICILIAR DE MULHERES PRESAS POR DELITOS ASSOCIADO AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES**

#### **3.1. Breve análise do impacto das medidas de combate ao Estado de Coisas Inconstitucional**

Seguramente as alterações trazidas pela lei n.º 13.769/2018, oriunda do HC n.º 143.641, foram inseridas no sistema jurídico brasileiro com o intuito de diminuir os impactos do ECI do sistema carcerário – que embora ainda não oficialmente declarado pelo STF, foi liminarmente reconhecido, instituindo políticas para sanar e/ou diminuir tais violações massivas de direitos por vários órgãos do poder público, característica principal configuradora do ECI, características que foram vislumbradas tanto pela Corte da Colômbia quanto no Brasil, através de decisão liminar.

A possibilidade da conversão da prisão preventiva em prisão especial domiciliar, bem como a progressão de regime diferenciado propiciado à mulher gestante e/ou mãe de crianças menores de 12 anos ou mãe de portadores de deficiência parecem, de fato, auxiliarem na política do desencarceramento em massa.

Pesquisas jurisprudenciais e acompanhamento de casos realizados pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania originaram o Diagnóstico da Aplicação do Marco Legal da Primeira Infância. O ITTC em parceria com a DPE do Estado de São Paulo, elaborou o diagnóstico, tal qual foi dividido em três etapas: acompanhamento de audiências de custódia, acompanhamento de processos de instrução e também referente à análise de 200 (duzentos) pedidos veiculados junto ao STJ e do STF, filtradas entre a data de 09/08/2016 e 30/06/2018<sup>30</sup>.

Especificamente em relação à análise das jurisprudências nos Tribunais Superior, as situações e justificadores que embasaram os pedidos da conversão da preventiva foram:

[...] 90% baseados no fundamento de que a mulher possuía crianças com até 12 anos, seguido de 8,5% de mulheres gestantes, 8% de mulheres imprescindíveis aos cuidados de pessoa menor de 6 anos ou com deficiência e uma pequena porcentagem de 1% e 0,5% está associado, respectivamente, a mulheres imprescindíveis aos cuidados de outros (que não se referem à própria prole, como pais, neto(a), sobrinho(a), pessoas doentes) e mulheres debilitadas por alguma doença grave (ITTC, 2019, p. 92)

Destes pedidos e sob tais justificativa, as apurações provenientes da análise específica do numerário total de 200 (duzentos) pedidos específicos de prisão domiciliar julgados que precisaram ser levados ao conhecimento dos Tribunais Superiores<sup>31</sup>, nos quais todas as respectivas presas, mulheres gestantes ou mães, teriam direito à concessão da benesse, expuseram os seguintes resultados:

[...] “os números foram distintos, uma vez que, a maioria das decisões (total de 116) concedeu a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, correspondendo a 58% das decisões concedidas pelos Tribunais Superiores. Em contrapartida, 71 das mulheres teve mantida a sua prisão preventiva, o que representa 35,5% das 200 decisões analisadas. Dessa porcentagem foram excluídos 9 casos em que as mulheres tiveram concedida a liberdade provisória (com ou sem cautelares) e 4 que tiveram outros tipos de decisões que as mantiveram em liberdade (semi-aberto e aguardar julgamento em liberdade). Assim, considerando-se os 116 casos que tiveram concedida a prisão domiciliar e os 73 que tiveram o pedido negado, apuramos que nos Tribunais Superiores a taxa de concessões de prisão domiciliar é de 64,1% e a de negativas é de 38,6%”. (ITTC, 2019, p. 40)

---

<sup>30</sup> Data indicada, respectivamente, como início e fim das pesquisas.

<sup>31</sup> STJ e STF.

As situações excepcionalíssimas descritas no relatório como comumente utilizadas para o indeferimento da conversão da prisão domiciliar, abarcado pelo critério subjetivo, encontram relação com a política de guerra às drogas, posto que a grande maioria dos indeferimentos baseiam em na questão da lei de drogas (uso, comércio, porte, etc.) a fim de justificar a não concessão.

No mais, em determinados casos, a pesquisa verificou a presença de espécie de julgamento moral acerca da situação em concreto para o fim de denegar a ordem, justificando termos como “incompatibilidade para o exercício da maternidade” e “a maternidade não pode salvo conduta à criminalidade” como argumento justificador da excepcionalidade de modo a indeferir a prisão domiciliar, restando notório, que

[...] a ideia de que a maternidade quando relacionada à conduta da mulher passa a ser ilegítima é baseada em entendimento pessoal, conjectural, e, portanto, subjetivo, acerca de como a maternidade deve ser exercida. A representação das mulheres como criminosas entrelaça-se com aspectos como “raça/cor”, classe social, faixa etária (ITTC, 2019, p. 45).

A questão da maternidade socialmente aceita, parece, obrigatoriamente, a partir de uma soma das conjunturas raça/cor, classe socioeconômica e idade se espelhar na subjetividade de aceitação da questão “exercício da maternidade” daquele que julga o caso, sendo que pelo menos dois entendimentos distintos podem ocorrer: aquela que poderá ser chamada de mãe – portanto, executora da maternidade nos moldes aceitos/impostos – e aquela que poderá ser chamada apenas de genitora – porquanto não demonstrar inserção no modelo vislumbrado (pelo julgador, pela sociedade, ou por ambos?). De fato:

O critério das “situações excepcionalíssimas” é utilizado de forma subjetiva, variando a depender da valoração particular de cada magistrado/a e que, na maioria dos casos, sua utilização está atrelada à uma repreensão exacerbada dos crimes relacionados ao tráfico de drogas. Ao conjugar-se com o fato de ter sido supostamente cometido por uma mãe, o tráfico e a maternidade constituem um imbricamento<sup>32</sup> que reforça o encarceramento das mulheres, baseando-se em uma moralização da punição (ITTC, 2019, p. 47).

De mais a mais, a partir desta perspectiva, acende e reforça outro questionamento, de suma importância, que não deve cessar:

Questiona-se se tais argumentos moralizantes são utilizados na mesma proporção em relação a homens, se a qualidade de pai é valorada quando da verificação de tipicidade

---

<sup>32</sup> Entenda-se como: interligação ou uma estreita ligação.

do crime, aplicação e regime da pena ou mesmo concessão de posteriores benefícios. (MENEGUETI; DIAS. 2020, p. 18)

Através da investigação realizada, restou demonstrado “a força do julgamento moral acerca de uma maternidade atravessada pela seletividade étnico-racial e classista na entrada de determinadas mulheres no sistema de justiça criminal” (ITTC, 2019, p. 40), acarretando às mulheres pertencentes à classe selecionada uma “dupla punição: por infringir a lei e por não cumprir papel social expresso em um “ideal” de mãe único (homogêneo, hermético, universal), que desconsidera, portanto, os contextos sociais, econômicos, culturais, etc. específico das mulheres” (ITTC, 2019, p. 40).

De fato, não raras as vezes, o julgamento do pedido possui forte carga de moralismo e, quiçá, decisões favoráveis à manutenção do próprio sistema, posto que, na percepção de (Meneguetti; Dias *apud* Adorno, 2020, p. 18)

Não raro, as convicções pessoais desses agentes, a lógica de funcionamento do aparelho judiciário e os interesses corporativos que o sustentam contribuem para que, nos autos e nos ritos processuais, se julgue algo muito além do que o crime e seu suposto autor; julgam-se, antes de tudo, modelos de comportamento considerados adequados ao funcionamento regular e ordeiro da sociedade.

No mais, outro fator que efetivamente restou demonstrado na pesquisa realizada, é que os Tribunais Superiores concedem maior número de prisões domiciliares, restando verificado que:

[...] dentro das amostras da presente pesquisa, verificamos que as chances de que uma potencial beneficiária dos dispositivos desencarceradores do Marco Legal da Primeira Infância obtenha êxito em seu pedido nos Tribunais Superiores é muito maior do que na audiência de custódia e no curso do processo de conhecimento. [...] Chama a atenção que haja menos decisões negativas ao pedido de prisão domiciliar para as mulheres nas instâncias superiores, ao passo que, nessas mesmas instâncias, haja uma crescente descaracterização da pessoa ré, que passa a ter seu perfil socioeconômico e 119 racial muito menos especificado. Nas instâncias inferiores, há mais registros e mais possibilidades de juízes e juízas compreenderem a situação de vida dessas mulheres, uma vez que as encontram presencialmente durante as audiências, devem fazer perguntas sobre suas condições específicas e coletar informações para elaborar o conjunto probatório dos processos. No entanto, o número de decisões que dão preferência à privação de liberdade é enorme (ITTC, 2019, p. 116 e 118-119).

Assim, a possibilidade de a pessoa presa estar diante de um juiz – seja em audiência de custódia seja em sede de instrução processual – permite que o julgador analise-a a partir de:

[...] elementos tangíveis de classe, raça/cor e vulnerabilidade social fazem com que os juízes e juízas deslegitimem a maternidade dessas mulheres, verificando sua não correspondência a um “ideal de maternidade” (ou mesmo de “vida”), cuja concepção

é fundada nas próprias condições de classe, raça/cor e de gênero de quem julga (ITTC, 2019, p.118).

Tal verificação abre espaço para o debate sobre a seleção classista e de raça/cor, posto que:

[...] justamente nas instâncias superiores, onde há menos informações sobre as características concretas da mulher, seja significativamente maior o número de concessões de prisão domiciliar, demonstrando que quanto mais retiram-se das determinações de raça/cor e classe e mais a mulher se aproxima da abstração do sujeito jurídico, mais o Poder Judiciário reconhece a legitimidade da maternidade (ITTC, 2019, p. 125).

No mais, tal verificação ainda expõe outro grande problema, uma vez o custo para inserir o pedido junto às Superiores Instâncias o custo processual é maior, evidenciando, novamente, que o acesso à justiça é desigualitário, sendo que nestas instâncias “aparecem, portanto, mulheres que ocupam uma posição econômico-social muito distinta daquelas que auferem sua renda através de atividades informais e instáveis” (ITTC, 2019, p. 122), sendo simples reconhecer que:

[...] se nos Tribunais Superiores existem decisões mais favoráveis à aplicação do Marco Legal, mas o custo das ações judiciais no STF e STF é mais elevado, **podemos afirmar que o direito à prisão domiciliar adquire conotação elitista**, uma vez que passa a ser mais concedido para mulheres com melhores condições financeiras e sofre restrições no que tange ao acesso à justiça das mulheres mais pobres (ITTC, 2019, p. 122) (grifo nosso).

Aparentemente a situação atual não difere dos resultados elencados no Diagnóstico<sup>33</sup>, posto que em março de 2020 houve a juntada de petição pelo Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos (CADHu) nos autos do HC 143.641, na qual a petição expõe e analisa “468 decisões monocráticas proferidas por ministros entre fevereiro de 2018 e agosto de 2019 em ações referentes a mulheres presas gestantes ou mães”, julgadas pelo STF, notadamente quanto aos delitos associados à lei de drogas, explicitando que:

Em apenas 73 decisões, 15,5% dos casos, mulheres foram liberadas para prisão domiciliar, sendo que 30 foram emitidas pelo próprio relator do caso, ministro Ricardo Lewandowski. Outras 158 decisões negaram seguimento às ações, em decorrência de requisitos formais e 84 decisões indeferiram, liminar ou definitivamente, a aplicação do HC. Dessas, apenas 12 indicaram como motivação a existência de crimes com violência ou grave ameaça, exceção para obter o benefício. De 170 decisões que analisaram o caso em si e negaram o habeas corpus, apenas 38 fundamentam-se na existência de violência e grave ameaça. Em 17 decisões, aliás, a justificativa de

<sup>33</sup> Diagnóstico da Aplicação do Marco Legal da Primeira Infância



"tráfico na residência" foi utilizado para negativa, mesmo que isso não seja considerado um critério válido, de acordo com o próprio Supremo. (Notícia Uol).

Contudo, mesmo diante da exposição de casos práticos julgados e demais motivos que estariam promovendo uma desigual interpretação no âmbito do próprio STF, em 13 de abril do presente ano, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski determinou o arquivamento do HC, justificando que:

[...]. O direito é mais efetivo quando aplicado de forma gradual. Do contrário, ele pode despertar resistências que, ao fim e ao cabo, podem inviabilizar as conquistas alcançadas. Este habeas corpus coletivo cumpriu sua função, dentro dos limites e das inovações que a lei ampara. Assim, determino o arquivamento dos autos (HC 143.641, 2020).

Deveras, os resultados expostos no diagnóstico que retratam o cenário que restou verificado, frente à pesquisa acima descrita, demonstra que o instrumento (direito) desencarcerador<sup>34</sup> trazido pela legislação em voga e pelo HC coletivo, carece de efetividade e eficácia no campo prático, caminhando vagarosa e por vezes ineficientemente no combate do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário pátrio.

Destaca-se, por fim, que como no intuito de diminuir os impactos da pandemia do COVID-19<sup>3536</sup> nos mais diversos ramos da sociedade – e por consequência, nos ramos do direito-, o CNJ emitiu uma série de recomendações de medidas de contenção da disseminação do vírus, dado o alto índice de transmissão em curto espaço de tempo. No âmbito da justiça criminal, a Recomendação n.º 62 de 17 de março de 2020 foi publicada, orientando os magistrados responsáveis por varas judiciais criminais e por varas de execuções criminais, respectivamente, a consideração de aplicação de medidas diversas da prisão, quando cabíveis, bem como demais medidas ora elencadas:

Art. 4º [...] I – a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal, priorizando-se: a) **mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco**; b) pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus; c) prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa; II – a suspensão do dever

<sup>34</sup> Leia-se: medidas diversas da prisão (definitiva ou processual) privativa de liberdade.

<sup>35</sup> A Organização Mundial da Saúde declarou em 11 de março de 2020 que a COVID-19 é caracterizada como pandemia.

<sup>36</sup> O Decreto Legislativo n.º 6 de 2020 reconheceu o estado de calamidade pública em 20 de março de 2020.

de apresentação periódica ao juízo das pessoas em liberdade provisória ou suspensão condicional do processo, pelo prazo de 90 (noventa) dias; III – a máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva, observado o protocolo das autoridades sanitárias.

Art. 5º [...] I – concessão de saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto, nos termos das diretrizes fixadas pela Súmula Vinculante no 56 do Supremo Tribunal Federal, sobretudo em relação às: a) **mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até 12 anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência e demais pessoas presas que se enquadrem no grupo de risco**; b) pessoas presas em estabelecimentos penais com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão de sistema de Poder Judiciário Conselho Nacional de Justiça jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus; II – alinhamento do cronograma de saídas temporárias ao plano de contingência previsto no artigo 9º da presente Recomendação, avaliando eventual necessidade de prorrogação do prazo de retorno ou adiamento do benefício, assegurado, no último caso, o reagendamento da saída temporária após o término do período de restrição sanitária; III – concessão de prisão domiciliar em relação a todos as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto, mediante condições a serem definidas pelo Juiz da execução; IV – colocação em prisão domiciliar de pessoa presa com diagnóstico suspeito ou confirmado de Covid-19, mediante relatório da equipe de saúde, na ausência de espaço de isolamento adequado no estabelecimento penal; V – suspensão temporária do dever de apresentação regular em juízo das pessoas em cumprimento de pena no regime aberto, prisão domiciliar, penas restritivas de direitos, suspensão da execução da pena (sursis) e livramento condicional, pelo prazo de noventa dias; (CNJ, 2020, p. 06). (Grifo nosso)

A recomendação também dispõe sobre a necessária observância pelos magistrados com atribuições de fiscalização à sistema prisional a adoção de plano de contingência, com a observância das regras de higiene, campanhas de informações sobre a COVID-19 além de promover condições de impedir a disseminação do vírus junto aos estabelecimento prisionais através da fiscalização quanto às visitas aos reclusos.

Medidas à nível estadual também foram promovidas a fim de evitar a propagação da pandemia no sistema carcerário. No âmbito do Presídio Estadual de Sarandi que passou a integrar na competência da Vara de Execuções Criminais de Passo Fundo, como consequência do processo de instalação de VEC's regionais, criadas pela Lei Ordinária Estadual nº 15.132 de 30/1/18 e devidamente autorizadas pelo Conselho da Magistratura, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, através da Resolução n.º 1211/2018- COMAG, através da Resolução 011/2020 de 18 de março de 2020, houve a determinação, entre outras tantas, para que todas as gestantes e lactantes em cumprimento de pena sejam colocadas em prisão domiciliar, independentemente da existência de falta grave cuja apuração esteja pendente.

De fato, a situação vivenciada no mundo todo diante de uma pandemia pressionou o Poder Judiciário a firmar medidas desencarceradoras, “como se o Judiciário estivesse a mostrar seu zelo para com os milhares de presos” (VERAS, 2020), posto que:

[...] conceder saída para “pessoas presas em estabelecimentos com ocupação superior à capacidade” ou “que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus” significa, na acepção literal dessas formulações, libertar todos as 773.551 pessoas encarceradas no Brasil (Veras, 2020).

Dentro das grades do cárcere brasileiro, antes mesmo do surgimento da disseminação do COVID-19<sup>37</sup>, não estivemos ou ainda estamos colocando em risco a vida de pessoas, considerando o quadro massivo de violações à direitos fundamentais básicos (caracterizador do ECI), como, por exemplo, o direito à saúde e a um ambiente minimamente salubre, constitucionalmente assegurado pelo Estado brasileiro à todos os(as) recluso(as)?

### **3.2. Análise jurisprudencial relativa à mulheres recolhidas junto ao Presídio Estadual de Sarandi e de dois acórdãos proferidos pelo STJ**

No intuito de verificar a atual situação do deferimento da prisão preventiva em domiciliar, preceitos anunciados pela legislação em voga, utilizou-se jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Neste âmbito estadual, delimitou-se a pesquisa com observância de ementas de processos oriundos das comarcas que integram na competência territorial do Presídio Estadual de Sarandi, que engloba as Comarcas de Constantina, Nonoai, Ronda Alta e Sarandi.

Em relação ao termo de busca jurisprudencial, foi utilizada, no espaço denominado busca livre de pesquisa, a expressão “prisão domiciliar”, com fiel e especial observância aos julgados com referência à mulher gestante ou mãe, Lei n.º 13.769/2018 ou HC n.º 143.641, objeto de pesquisa do presente trabalho, sem, contudo, deixar de inserir na pesquisa quantitativa os resultados encontrados que não mencionavam a condição de gestante ou lactante ou mãe de menores de 12 anos ou de pessoa portadora de deficiência.

Para fixação de critério viabilizador de um recorte temporal, a pesquisa foi delimitada no período de 01/01/2019 até 31/12/2019 no campo “data de julgamento”. Justifica-se que, em relação à data de início, restou observado o início da presente produção acadêmica, qual seja a data de 01/01/2019, por outro lado em relação à data final, utilizou-se a data em que tal lapso temporal teria recorte especificamente em 01 (um) ano, ou seja, a data de 31/12/2019.

Justifica-se, por sua vez, que, em que pese atualmente o Presídio Estadual de Sarandi ser de competência da Vara de Execuções Criminais de Passo Fundo, como consequência do processo de instalação de VEC’s regionais, cujo procedimento de instalação fora anteriormente

---

<sup>37</sup> Também denominado “coronavírus”.

verificado, tendo em vista a proximidade territorial, o englobamento regionalizado e a localização do campus Sarandi desta Universidade, optou-se por pesquisar somente jurisprudências das referidas Comarcas originárias, estas que integram o agrupamento de jurisdição que destinam pessoas presas ao Presídio Estadual de Sarandi.

No mais, em que pese as jurisprudências e seus respectivos acórdão sejam públicos, nenhuma caracterização de cunho pessoal será prestada, razão pela qual decidiu-se substituir eventual denominação particular pelo termo “paciente ou recorrente/recorrida”.

Inicialmente, importa mencionar que a pesquisa de jurisprudências de processos originários da Comarca de Constantina e da Comarca de Ronda Alta não retornou nenhum resultado.

Em relação as pesquisas cuja origem deu-se na Comarca de Sarandi, a busca retornou 11 (onze) resultados, dentre estes onze, 04 (quatro) jurisprudências tratam de processos relativos à pessoa do sexo masculino e 02 (duas) jurisprudência não manifestam ser as pacientes gestantes, lactantes ou mães de menor ou portador de deficiência. Filtrando, assim, os dados conforme o foco da pesquisa tem-se a seguinte análise de cada julgado e respectiva razões que motivaram cada decisão. Ressalta-se que todas as jurisprudências analisadas tem relação à delitos da Lei de Drogas e, por vezes, com incidência no Estatuto do Desarmamento<sup>38</sup>.

A primeira jurisprudência refere-se à recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público em razão da conversão da prisão preventiva em domiciliar da recorrida por estar gestante e possuir filhos menores de 12 (doze) anos de idade, cuja ementa é a seguinte:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. INCONFORMIDADE MINISTERIAL. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O MESMO FIM E TRANSPORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. CONVERSÃO DA PRISÃO PREVENTIVA EM DOMICILIAR. ACUSADA MÃE DE CRIANÇA MENOR DE 12 ANOS DE IDADE. MANUTENÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

O Ministério Público, recorrente, sustentou que a decisão oriunda do HC coletivo não dispensa a análise do caso concreto e não se presta a configurar salvo conduto para mulheres com histórico de conflito com a legislação penal, asseverando ser o caso da recorrida, razão pela qual a prisão preventiva deveria ser decretada. Tráfico de drogas, associação para o tráfico e transporte de artefato bélico foram os fatos delituosos praticados, em tese, que deram causa a prisão preventiva da recorrida, que foi convertida em domiciliar. A manutenção da prisão domiciliar foi mantida, justificada pela comprovação da existência de filhos menores de 12 (doze) anos e pela não caracterização de situação excepcionalíssima, *in verbis*:

---

<sup>38</sup> Lei n.º 10.826, de 22 de dezembro de 2003.

Ora, nos termos do art. 318-A, do Código de Processo Penal (inserido pela Lei n.º 13.769/2018), “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 e II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.”

Como se vê, no caso em tela, está-se, efetivamente, diante de hipótese que permite a substituição da prisão preventiva por domiciliar, uma vez que não se vislumbra a existência de situação excepcionalíssima suficiente para negar a substituição pretendida. Isso porque o crime de tráfico não foi praticado no imóvel em que reside a paciente com seus filhos menores, bem como as condutas delituosas por ela perpetradas, embora gravíssimas, não o foram com violência ou grave ameaça, tampouco contra seus descendentes. (Avena, Norberto. Parecer nos autos n.º 70081881906, 2019)

Outra jurisprudência encontrada trata de HC, concedeu a prisão domiciliar com fulcro no art. 318, inc. V, do CPP, fazendo referência as modificações trazidas pelo Marco Legal da Primeira Infância e ao HC coletivo, o qual dispõe da seguinte ementa:

**HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA SUBSTITUÍDA PELA DOMICILIAR.** Paciente primária, presa em 1º de março de 2019, na posse, em tese, de 69 invólucros contendo cocaína pesando 56g e 1 invólucro contendo cocaína pesando 216g. Quantidade de droga supostamente apreendida que, embora considerável, não indica, por si só, a presença de perigo de liberdade. inexistência de apreensão de qualquer armamento. Paciente absolutamente primária, a qual nasceu no ano de 1995 e não registra envolvimento em qualquer outro expediente de natureza penal. Delito cometido sem violência contra a pessoa. paciente que possui uma filha de 4 anos de idade, fazendo jus à substituição da prisão preventiva pela domiciliar, nos termos do inciso v do artigo 318 do código de processo penal, incluído pela lei n.º 13.257, de 8 de março de 2016, e do entendimento do Supremo Tribunal Federal, que, em 20 de fevereiro de 2018, concedeu habeas corpus coletivo para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar – sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas previstas no artigo 319 do código de processo penal – de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda. Prisão preventiva substituída pela domiciliar. **ORDEM CONCEDIDA, POR MAIORIA. LIMINAR RATIFICADA.** (Grifos originais)

Em que pese em sede de liminar a ordem tenha sido indeferida, a decisão foi ratificada face à existência de um filho menor de 12 (doze) anos de idade e a inexistência de fundamentação idônea para o indeferimento do pedido de liberdade. A decisão mencionou a inexistência de qualquer antecedente criminal, a existência de circunstâncias autorizadas da conversão da prisão preventiva pela domiciliar e a ausência de demonstração do perigo no estado de liberdade da paciente.

Outra jurisprudência também oriunda da Comarca de Sarandi, quando no TJRS, obteve a prisão domiciliar.

**Ementa:** HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONVERSÃO DE PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. RISCO CONCRETO À ORDEM PÚBLICA. PRISÃO DOMICILIAR. A alteração produzida no Código de Processo Penal pela Lei n. 13.769/2018 que acresceu os artigos 318-A e 318-B àquele diploma legal assegurou, indiscriminadamente, à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou responsável por pessoas com deficiência, a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar. Oportuno consignar que a novel legislação não está, contrariamente ao que possa parecer, preservando os interesses da prole atingida, em hipóteses como a vertente, pela prática da narcotraficância desenvolvida pelas genitoras no local onde todos moravam. Mais, claro está que a colocação em prisão domiciliar em tais casos permitirá a continuidade da atividade delituosa na presença das crianças que resultarão, em verdade, sem proteção alguma. Todavia, tanto assegurou o legislador, o que enseja a substituição da segregação cautelar por prisão domiciliar, mostrando-se anódina a adoção de cautelas alternativas, pois nenhuma delas impedirá que as pacientes continuem se dedicando à narcotraficância. Liminar ratificada. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

Importante mencionar traços de “inconformidade” de tal ementa, uma vez que houve o deferimento da prisão domiciliar declarando deixar de aplicar medidas cautelares por entender que nenhuma das medidas impedirá a narcotraficância.

Tal resquício de inconformidade também resta verificada na seguinte ementa:

**PREVENTIVA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA A PRISÃO DOMICILIAR.**

1. A paciente foi presa em flagrante por trazer consigo 102 gramas de cocaína, quando tentava ingressar em estabelecimento prisional. Trata-se de ré reincidente específica, de modo que a aplicação das medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP mostram-se insuficientes para garantir a ordem pública.

2. A ré, no entanto, preenche os requisitos para concessão da prisão domiciliar, nos termos do artigo 318-A do CPP. O benefício não está adstrito a eventuais condições pessoais favoráveis ou à demonstração da imprescindibilidade aos cuidados do filho menor. No caso, não há contraindicativo ao benefício, de modo que a medida mostra-se como melhor forma de garantir os direitos da criança, sendo impositiva sua concessão.

**LIMINAR CONFIRMADA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.**  
(Grifos originais)

Neste caso, contudo, a paciente é reincidente específica. Mas, mesmo diante de tal situação, houve o deferimento da prisão domiciliar pela inexistência de contra indicativos em relação ao benefício da prisão domiciliar, configurando, por sua vez, forma de garantir o melhor interesse da criança.

A seguinte jurisprudência refere-se à pedido veiculado através de Habeas Corpus que teve o seu mérito prejudicado, uma vez que, posteriormente à apresentação do respetivo HC, houve informação de fato superveniente, consistente em decisão de primeiro grau deferindo a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar cumulada com cautelares diversas,

justificada pela condição de gestante da paciente e pela existência de 02 (dois) filhos menores de idade. In verbis:

**HABEAS CORPUS. DELITO DE NARCOTRÁFICO. PRISÃO. POSTERIOR CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR, ATENDENDO A PEDIDO DA DEFESA. Registra-se a ocorrência de fato superveniente, qual seja, a concessão de prisão domiciliar à paciente, em atendimento a pedido alternativo formulado por sua defesa; portanto, mostra-se o feito prejudicado. HABEAS CORPUS PREJUDICADO, EM DECISÃO MONOCRÁTICA. (Habeas Corpus, N° 70080888977, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em: 01-04-2019) (grifos originais).**

De outra banda, selecionando a Comarca de Nonoai como originária, a pesquisa retornou 03 (três) resultados de busca, sendo que 02 (duas) delas referem-se à pessoas do sexo masculino e somente 01 (uma) relativa à mulher gestante ou mãe, no âmbito na legislação n.º 13.769/2018, cujo teor da respectiva ementa merece destaque.

A ementa do julgado restou publicada nos seguintes moldes:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PACIENTE PRIMÁRIA. FILHOS MENORES DE 12 ANOS, POSTULOU A CONCESSÃO DA ORDEM, A SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS E, SUBSIDIARIAMENTE, PRISÃO DOMICILIAR. Atente-se que o tráfico de drogas é crime que além de causar sérios prejuízos à saúde pública, fomenta outros delitos graves, tais como homicídio, latrocínio e roubo, todos cometidos com violência e grave ameaça à pessoa, e merece ser severamente reprimido. Assim, a traficância também tumultua a ordem pública, porque leva os usuários ao cometimento de outros delitos, em particular os crimes contra o patrimônio, para obterem bens que lhes permitam a compra de entorpecentes ou para reforçar economicamente as facções. Conforme o auto de apreensão, foram encontrados na casa da paciente uma pistola marca Taurus, uma espingarda, 1 cacete, uma capa de colete balístico, um carregador de arma de fogo, 2 estojos de arma de fogo, 29 cartuchos de arma de fogo intactos, calibre .38, 35 cartuchos de arma de fogo intactos, calibre 12, 44 cartuchos de arma de fogo intactos calibre .380, várias capsulas deflagradas, rádio, coldre, 2 canivetes, 1 balança, 1 máscara, R\$ 1.406,35 em moeda corrente de forma fracionada, 1.296,83 g de maconha, vários celulares, 25,9g de crack, 89,45g de cocaína, entre outros objetos afeito ao comércio de drogas. Não preenchidos os requisitos do art. 318 e 319 para a concessão de medidas alternativas ou prisão domiciliar. Em que pese a paciente possuir três filhos pequenos, há informações de que Zenaide esteja envolvendo os filhos na traficância, além de criá-los em ambiente absolutamente inadequado, pois encontradas na residência armas, drogas e demais apetrechos utilizados no cometimento de crimes graves. Quanto ao fato de a paciente ser primária, tal condição pessoal favorável, por si só, é insuficiente para revogar prisão preventiva devidamente decretada, a qual deverá ser mantida ao menos durante a instrução criminal. ORDEM DENEGADA POR MAIORIA.

O fato que deu ensejo à prisão foi o cumprimento de um mandado de busca e apreensão que encontrou quantidade de drogas, armas e munições, apetrechos para o comércio de entorpecentes, onde a flagrada era absolutamente primária. A relatora denegou a ordem justificando ser o crime de tráfico de drogas um delito grave que prejudica a sociedade como

um todo, e reportou os fundamentos da decisão de primeiro grau que indeferiu a liberdade provisória, nos seguintes termos:

Ainda, segundo a autoridade policial (a paciente) estaria se utilizando de seus filhos menores para embalar entorpecentes. Não se pode olvidar que a traficância, em tese, exercida por (a paciente) no seu domicílio, local em que os filhos teriam contato com as drogas e com vasto armamento encontrado, o que evidenciaria violação das normas protetivas da infância e juventude e a possível omissão de cautela no que tange ao armamento encontrado em posse irregular. (Suprimi e acrescentei a expressão “a paciente”)

Tratando sobre a gravidade do delito em tela, exarou que:

[...] o tráfico de entorpecentes e seus autores, de forma direta ou indireta, são os responsáveis pela quase totalidade da violência que se vem alastrando de maneira incontrolável pelo País, alarmando e intranquilizando a população ordeira que possui atividades lícitas e que, é duramente castigada com uma das maiores cargas tributárias do planeta, merecendo, no mínimo, a liberdade de sair livremente às ruas sem ser molestada por indivíduos que não merecem a menor complacência do Estado.

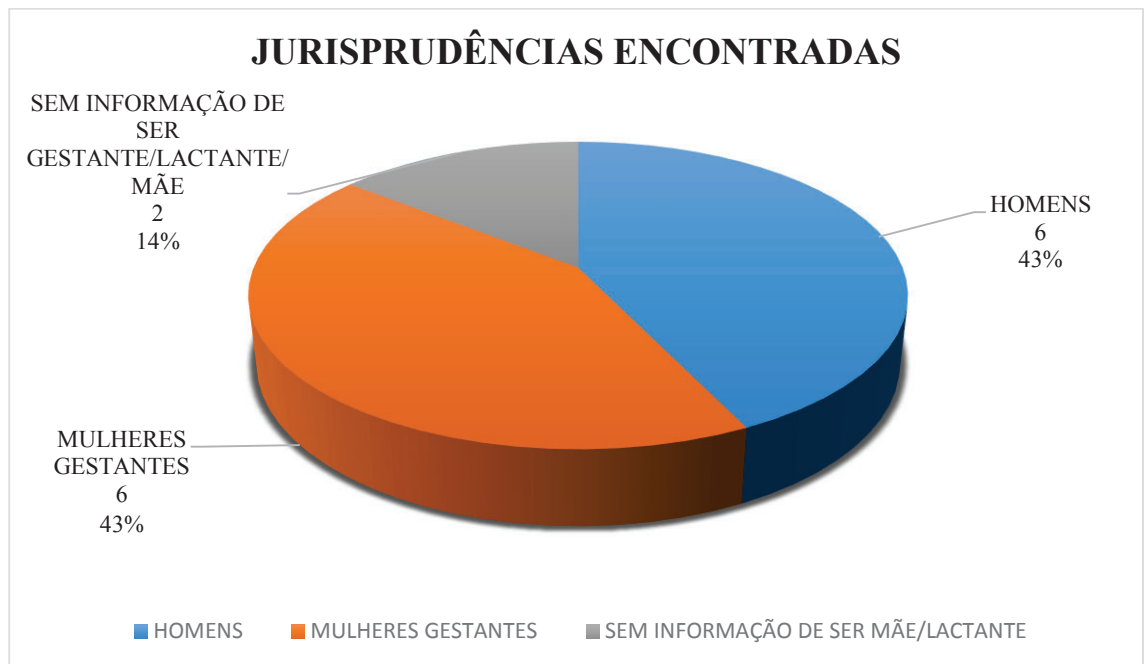
Explanou ainda que envolvimento com o tráfico são responsáveis por significativa parcela dos delitos em comento no atual cenário brasileiro, tendo influência em outros tanto crimes. Tratou sobre a informação de que a paciente estaria envolvendo um filho na traficância. Questionou onde estariam os filhos da paciente, uma vez a mãe, sedizente zelosa, restou com flagrante lavrado às 06h10min. Por fim, ao que se denota a partir do voto, entendendo pela necessidade da segregação em prol da proteção da sociedade denegou a concessão da ordem, o julgamento deu-se demasiadamente pelo fato delituosos imputado.

O voto de divergência, por sua vez, escancarou que mesmo diante da quantidade de, em tese, entorpecentes, a paciente, absolutamente primária, tem direito à concessão da liberdade. Asseverou o desembargador que, sendo a presa primária e não respondendo a outro processo nem registrando envolvimento em expediente criminal, inexistente o perigo de liberdade. Neste viés, ressaltou que a quantidade expressiva da droga supostamente apreendida não se presta a evidenciar o perigo de liberdade, tampouco, em que pese a apreensão de munições e armamentos inexistiu informes sobre resistência ou violência no momento do cumprimento do mandado e apreensão.

Ao fim, memorou que se trata de paciente mãe de 02 (dois) filhos, sendo à ela imputado a suposta prática de fatos sem violência contra a pessoa, e ressaltando não verificar perigo de liberdade, declarou seu voto sendo favorável à substituição da preventiva pela domiciliar mediante o cumprimento de medidas cautelares diversas.



Da análise conjunta dos resultados encontrados conforme delimitação territorial e temporal, os gráficos abaixo esclarecem dos dados constatados:

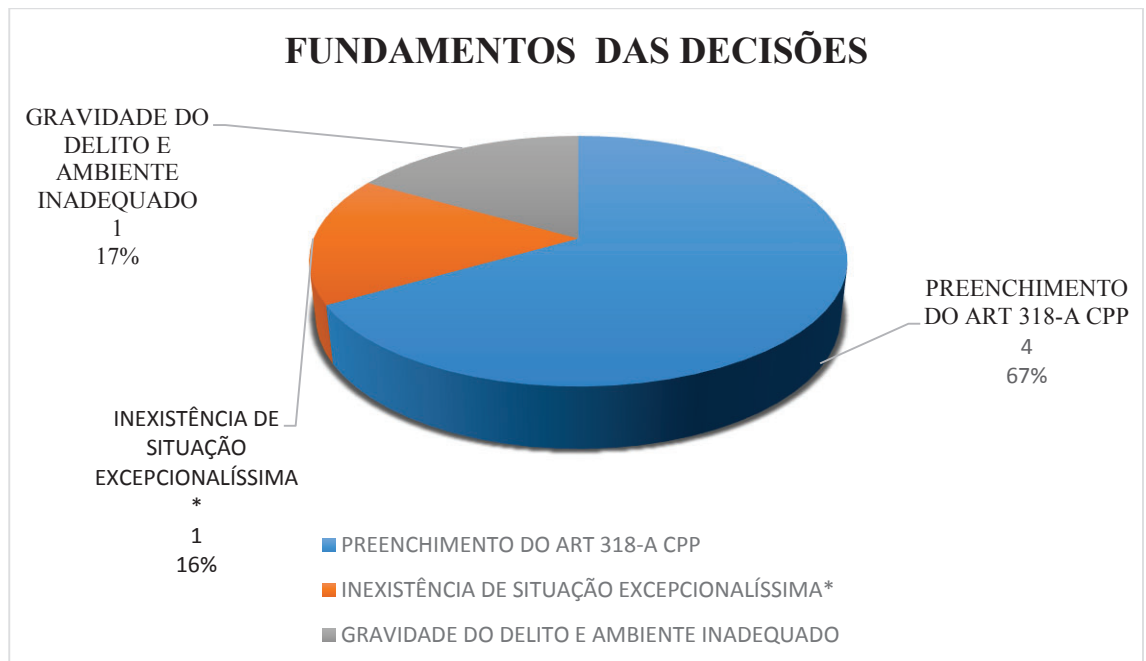


Do total de jurisprudências encontradas filtrou-se os pedidos que foram veiculados com informação da situação de gestante ou mãe de crianças, chegando ao numerário de 06 (seis) pedidos, os quais totalizaram 43% do valor total.

Entre este total de 06 (seis) pedidos formulados por gestantes e/ou mães de crianças, os entendimentos quanto à conversão, manutenção e denegação da conversão da prisão preventiva em cautelar foram os seguintes:



Dentre estas decisões, os respectivos fundamentos foram:



Assim o sendo, 67% das decisões foram fundamentadas no preenchimento dos requisitos elencados no art. 318-A do CPP<sup>39</sup>, enquanto num 16% das decisões foram utilizados dos fundamentos do HC n.º 143.641/SP, de modo a deferir a conversão.

No mais, 16% do total negaram a conversão utilizando como argumentos justificadores a gravidade do delito e o ambiente inapropriado para permanência das crianças, além de, no teor do voto, mencionar informações<sup>40</sup> proveniente do respectivo inquérito policial de que a genitora estaria inserindo um de seus filhos na traficância.

Da breve análise dos julgados de processos regionais que chegaram ao TJRS há uma considerável, embora não integralmente efetiva, aplicação da Lei n.º 13.769/2018, dos preceitos e direitos assegurados pelo Marco Legal da Primeira Infância e dos ditames declarados no HC coletivo n.º 143.641, uma vez que há a conversão da prisão preventiva em domiciliar.

Veja-se que os argumentos utilizados para denegar a ordem da única decisão nesse sentido, foi primordialmente afastado pelo Ministro Relator Ricardo Lewandowski, no HC supramencionado, posto que a suposta prática do delito ter ocorrido na residência e a gravidade do delito, por si só, não configuram situações que impedem, automaticamente, a conversão da prisão preventiva em domiciliar.

Em verdade, pode-se se dizer que no TJRS, conforme delimitações temporal e territorial utilizada para a realização da presente pesquisa, poucas são as divergências de aplicação das benesses da legislação novel e demais aparatos legais, protegendo a maternidade, a infância, a mãe e a criança, sem deixar de garantir a aplicação da lei penal, através de medidas cautelares diversas da prisão no estabelecimento carcerário.

Não se olvida, contudo, que somente uma decisão denegou a conversão, entretanto, podemos considerar como um caso em que tal, hipoteticamente, a conversão poderia ser autorizada pelo STJ ou STF, conforme os próprios fundamentos do HC em voga.

Por sua vez, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, existem decisões e julgados divergentes, os quais são justificados caso a caso seus próprios fundamentos, dando azo à entendimentos variáveis. As decisões escolhidas para breve análise, são fruto de publicação da Instituição em seu próprio site informativo<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> 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.

<sup>40</sup> Não houve a menção de indícios sobre tal situação, somente informações.

<sup>41</sup> Disponível em <[http://www.stj.jus.br/sites/porta1p/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2019/2019-02-22\\_06-57\\_Situacoes-excepcionais-podem-impedir-prisao-domiciliar-para-maes-mesmo-apos-alteracoes-do-CPP.aspx](http://www.stj.jus.br/sites/porta1p/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2019/2019-02-22_06-57_Situacoes-excepcionais-podem-impedir-prisao-domiciliar-para-maes-mesmo-apos-alteracoes-do-CPP.aspx)>

A publicação digital publicada em 22 de fevereiro de 2019 expõe duas decisões antagônicas tomadas pela Quinta Turma nos HCs n.º 426.526 e n.º 470.549, ambos relativos aos crimes de tráfico, nos quais ambos os pleitos eram de conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar, com fulcro na Lei n.º 13.769/2019, observadas as situações excepcionalíssimas conforme possibilidade prevista no HC coletivo n.º 143.641, sob a justificativa de que caso concreto impõe a necessidade de uma análise de particularidades e peculiaridades, a fim de verificar se, de fato, a presença física da genitora apresenta riscos aos filhos menores e/ou dependentes.

A ementa do julgado n.º 426.526/RJ assim restou publicada, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES MAJORADOS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. SENTENÇA SUPERVENIENTE INDISPONÍVEL. IMPETRAÇÃO PREJUDICADA. PRISÃO DOMICILIAR. SITUAÇÃO EXCEPCIONALÍSSIMA. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. LIDERANÇA DO TRÁFICO NA REGIÃO. ATIVIDADE LIGADA AO COMANDO VERMELHO. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Tendo em vista que a sentença superveniente não estava disponível para consulta, tão pouco havia sido juntada pela defesa à época do decisum ora atacado, correto o entendimento de que a impetração estava prejudicada, uma vez que não era possível sequer verificar se a custódia cautelar da agravante havia sido mantida. 2. O entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF que concedeu habeas corpus coletivo às presas preventivamente, mães de crianças, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, comporta três situações de exceção à sua abrangência, quais sejam: a) crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça, b) delitos perpetrados contra os descendentes ou c) em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas. 3. Da situação evidenciada nos autos verifica-se a excepcionalidade prevista no mencionado julgado, tendo em vista que, conforme fundamentado pelas instâncias ordinárias, a paciente é apontada como líder do tráfico de entorpecentes na região, exercia suas atividades mediante utilização de arma de fogo, e foi apreendida grande quantidade de drogas sob sua responsabilidade (470g de maconha e 857g de cocaína). Saliente-se que a agravante mantinha o funcionamento de "boca de fumo" ligada ao Comando Vermelho. Tais fatos justificam o afastamento da incidência da benesse. 4. Agravo regimental desprovido.

Neste primeiro caso, a Turma entendeu por situação excepcionalíssima a cumulação dos seguintes fatos: quantidade de entorpecentes apreendidos, paciente ocupando a posição de liderança no tráfico, uso de arma de fogo e associação à determinada associação criminosa. Pela conjuntura dos fatos verificados, os ministros entenderam que a manutenção da prisão preventiva da paciente seria o que melhor resguarda os interesses da criança, vez que tal situação fática demonstraria:

[...] um ambiente de constante risco e insegurança que afeta toda a família, apenas para exemplificar. Nessas hipóteses, percebe-se que a presença física da mãe ou responsável pode caracterizar violação de direitos que atinge diretamente as crianças

menores ou dependentes. (Min. Reynaldo Soares da Fonseca, voto nos autos do HC n.º 426.526/RJ)

Assim, entendendo que o caso mostra-se como causa impeditiva da benesse, caracterizando situação excepcionalíssima, manteve a prisão preventiva.

Já no outro caso julgado pela Quina Turma, a ementa foi a seguinte, *in verbis*:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RISCO DE REITERAÇÃO. EXPRESSIVA QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES, ALÉM DE PETRECHOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR. CABIMENTO. ART. 318-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA FRATERNIDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIORIDADE ABSOLUTA DA CRIANÇA. HABEAS CORPUS COLETIVO N. 143.641/SP. PREVALECE A APLICAÇÃO NA PARTE QUE A LEI NÃO REGULOU – SITUAÇÕES EXCEPCIONALÍSSIMAS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS POSITIVOS E NEGATIVOS PARA PRISÃO DOMICILIAR. CUMULAÇÃO COM MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. Para a decretação da prisão preventiva, é indispensável a demonstração da existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria. Exige-se, mesmo que a decisão esteja pautada em lastro probatório, que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato (art. 312 do CPP), demonstrada, ainda, a imprescindibilidade da medida. Precedentes do STF e STJ. 3. Na hipótese, foram apreendidos 653g (seiscentos e cinquenta e três gramas) de maconha, 406 g (quatrocentos e seis gramas) de "crack", bem como 35,30g (trinta e cinco gramas e trinta centigramas) de "cocaína", além de balança de precisão e outros materiais atinentes à traficância. Há notícia de que a paciente responde a outra ação penal pela prática do crime de tráfico de drogas e organização criminosa, a Documento: 1792638 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 20/02/2019 Página 1 de 4 Superior Tribunal de Justiça indicar a possibilidade de risco de reiteração delitiva. 4. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial (art. 317 do Código de Processo Penal). 5. O art. 318-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.769/2018, estabelece um poder-dever para o juiz substituir a prisão preventiva por domiciliar de gestante, mãe de criança menor de 12 anos e mulher responsável por pessoa com deficiência, sempre que apresentada prova idônea do requisito estabelecido na norma (art. 318, parágrafo único), ressalvadas as exceções legais. 6. A normatização de apenas duas das exceções não afasta a efetividade do que foi decidido pelo Supremo no Habeas Corpus n. 143.641/SP, nos pontos não alcançados pela nova lei. O fato de o legislador não ter inserido outras exceções na lei, não significa que o Magistrado esteja proibido de negar o benefício quando se deparar com casos excepcionais. Assim, deve prevalecer a interpretação teleológica da lei, assim como a proteção aos valores mais vulneráveis. Com efeito, naquilo que a lei não regulou, o precedente da Suprema Corte deve continuar sendo aplicado, pois uma interpretação restritiva da norma pode representar, em determinados casos, efetivo risco direto e indireto à criança ou ao deficiente, cuja proteção deve ser integral e prioritária. 7. Assim, a separação excepcionalíssima da mãe de seu filho, com a decretação da prisão preventiva, somente pode ocorrer quando violar direitos do menor ou do deficiente, tendo em vista a força normativa da nova lei que regula o tema. 8. No particular, verifica-se que a recorrente, é mãe de três crianças menores de 12 anos – 5 anos 3 meses de idade, além de um terceiro filho, de 8 anos de idade, cuja certidão não fora juntada aos autos. No entanto, o benefício da

prisão domiciliar foi negado ao argumento de que a paciente teria declarado "que quem mantém a casa é a sua avó e sua mãe e a criação dos 3 filhos também é feita em conjunto com mãe e avó", motivação que não demonstra qualquer risco aos direitos das crianças ou perigo à convivência em família, que justifique o indeferimento da prisão domiciliar. - Embora a paciente seja investigada por tráfico, não é reincidente; o fato que deu origem à prisão em exame não ocorreu na residência onde moram os filhos, bem como não envolveu atuação de organização criminosa, tanto que foi denunciada apenas pelo crime de tráfico de drogas. Inexistência de excepcionalidade. - Além disso, a situação dos autos também não se encaixa em Documento: 1792638 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 20/02/2019 Página 2 de 4 Superior Tribunal de Justiça nenhuma das exceções legais trazidas pela Lei 13.769/2018, mormente por não se tratar de delito praticado com violência ou grave ameaça, bem como não ter sido praticado contra os descendentes da paciente. 8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para substituir a prisão preventiva de M. S.N. pela prisão domiciliar com aplicação adicional das medidas cautelares previstas nos incisos III e IX, do art. 319 do CPP, sem prejuízo da fixação de outras julgadas adequadas pelo magistrado singular. (Suprimi o nome da paciente, utilizando apenas as iniciais do respectivo nome)

No Tribunal de Justiça, a paciente teve negado o benefício da prisão domiciliar pela justificativa de que a mãe não seria necessária à subsistência dos filhos, posto que estes já estavam aos cuidados de sua avó.

Contudo, junto ao STJ, o entendimento foi antagônico. Mesmo sendo apreendida com quantidade consideravelmente grande de entorpecentes, balança de precisão e outros apetrechos comumente utilizáveis na traficância, os ministros entenderam que, uma vez que a traficância não perpetrou-se, em tese, na residência em que a paciente reside com sua prole, bem como não há ligação com organização criminosa, os filhos não estariam vulneráveis pela presença da mãe, inexistindo justificativa para a manutenção da prisão preventiva.

A conclusão é de que existem situações de fato excepcionalíssimas que configuram real empecilho à concessão da prisão domiciliar sob a ótica de proteção dos filhos, menores de idade e portadores de deficiência. Outrossim, persiste a instabilidade quanto ao que e quais situações podem configurar barreira ao deferimento da prisão domiciliar, sem que tal configuração dependa exclusivamente de critérios morais e subjetivos dos julgadores. Em verdade, a solução para que muitos casos existentes e que vierem a existir é a submissão das ditas situações excepcionais em um rol taxativo.

Ainda que, conforme verificado acima, regionalmente o TJRS tem concedido a conversão da prisão preventiva em domiciliar sem maiores embargos e empasses, é fato que, a nível nacional, tal situação não resta vislumbrada. Razão pela qual pessoas presas preventivas que poderiam desde o primeiro grau de jurisdição estar em prisão domiciliar precisam aguardar, em muitos casos, o pronunciamento dos Tribunais Superiores.

### **3.3. Crítica às medidas já adotadas**

A problemática de encarceramento em massa e superlotação de presídios brasileiros, bem como as problemáticas quanto à estrutura e quanto ao não oferecimento de condições de cumprimento de pena ou detenção cautelar de forma digna configuram um problema antigo e crescente, patrocinado – seja por ação ou omissão - por diversos órgãos públicos e também pela sociedade.

Do mesmo modo a criminalização opressiva das substâncias psicoativas, denominadas SPA, definidas a partir de sob a forte influência de valores sociais, morais e preponderantemente, de por questões de ordem econômica, muito contribuiu para o encarceramento, conforme dados acima expostos, visto que “os efeitos mais dramáticos da “guerra às drogas” no Brasil são o extermínio e o encarceramento em massa da população jovem, pobre e negra (em sua maioria)” (RYBKA; NASCIMENTO; GUZZO, 2018, p. 105).

A partir da ótica de uma linha temporal, basta uma breve análise de dados para concluir-se que a “guerra às drogas”, fruto do proibicionismo<sup>42</sup>, muito contribuiu com a superlotação em massa, seletiva e classista verificada, tanto mais na questão do encarceramento feminino, cuja população carcerária está reclusa em virtude de delitos relacionados à Lei de drogas. Deveras,

[...] não se quer afirmar que o proibicionismo seja a única, ou mesmo a mais importante, técnica de assédio e aprisionamento destinado às ‘classes perigosas’, mas que ele é um importante recurso nessa função global de disciplina e contenção. Cada crime produzido por novas legislações inaugura um novo flanco de combate aos ‘perigosos’, um novo acesso ao sistema penitenciário, uma outra entrada para a vigilância constante. Se existe um crime que é forjado com tamanha carga de reprovação moral e científica, temos à frente um ‘perigo’ de considerável importância que conquista e catalisa sem dificuldades o consenso repressivo das sociedades. O ‘fracasso’ da proibição, então, potencializa-se em positividade: a guerra perdida contra ‘as drogas’ significa a guerra diariamente renovada e eficaz contra pobres, imigrantes, negros, camponeses entre outros ‘ameaçadores’. (RYBKA; NASCIMENTO; GUZZO apud Rodrigues, 2018, p. 108).

A Lei n.º 13.769/2018, fruto do HC coletivo n.º 143.641/SP, mostra-se um instrumento apto (parcial ou minimamente) à combater ou diminuir os impactos do ECI verificado no sistema prisional. Ao permitir a substituição da prisão processual denominada preventiva, bem como, fixar parâmetros diferenciados para a progressão de regime em sede de execução penal às mulheres gestantes e mães de crianças ou portador de deficiência, permite-se que as crianças – já estigmatizadas como filho(a) de criminoso – cresçam na companhia da mãe em um

---

<sup>42</sup> Constitui o proibicionismo em matéria de drogas, desde suas origens, um modelo político-repressivo altamente segregacionista e moralista, incompatível com o atual estado evolutivo da ciência penal. Suas justificações históricas, quando desveladas, revelam-se ilegítimas, e um século inteiro de império de tal modelo parece demonstrar que se trata de uma política imprestável do ponto de vista preventivo, repressivo e pedagógico. (TAFARELLO, 2009, p. 144)

ambiente familiar, em um lar onde pelo menos sentirá a fraternidade e poderá dispor de um meio social que – ainda que minimamente – permita o exercício da dignidade humana tanto da mãe quanto do filho. De fato:

A prisão domiciliar, nesse sentido, é um instrumento que abre possibilidades para que as mulheres e seus filhos e filhas o direito ao convívio, face às penas que as confinam ao cárcere, aproximando-as mais das garantias fundamentais à dignidade, ao desempenho da maternidade e ao desenvolvimento integral da criança (ITTC, 2019, p. 124).

Além do mais, as medidas desencarceradoras trazidas à baila pela legislação em voga parece configurar-se como maneira de promover o desencarceramento em massa daquelas reclusas que se encaixem tanto nos requisitos objetivos quanto nos subjetivos, a prisão domiciliar, enfim “abre possibilidades para a redução do processo de encarceramento que tem sido reconhecidamente ineficaz para “ressocializar” as pessoas e diminuir os índices de violência” (ITTC, 2019, p. 124). A questão, enfim, é o que são, de fato, situações excepcionálíssimas – caracterizadoras do quesito subjetivo.

A prisão preventiva no sistema processual penal brasileiro não possui critério temporal de prazo de duração definido em legislação. Tem-se, de fato, a partir do princípio da duração razoável do processo, estampado no art. LXXVIII<sup>43</sup> da CF, margem para discussão quanto ao excesso de prazo, entendimento que é demasiadamente variável, posto que:

Analisando as recentes decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nos deparamos com casos em que presos só são soltos quando já se encontram respondendo processos há mais de dois anos! Em outras situações, o mero agendamento de audiência para data muito posterior a prisão já configura o excesso de prazo e implica na soltura do preso (LIMA, 2018, recurso online).

Não parece pactuar com os fins da prisão bem como observados o melhor interesse do menor, protegido pelo ECA, a manutenção da prisão preventiva de mulheres gestantes e/ou mães, quanto mais em crimes relacionado à lei de drogas, quando a participação destas não configuram grau de importância na cadeia hierárquica ou quando não há demonstrativo de perigo na liberdade.

Deveras, isto não significa que as medidas devem ser aplicadas indiscriminadamente à toda população carcerária – provisória ou definitiva – que se encaixem apenas nos requisitos objetivos trazidos pela legislação processual acima citada, posto que, ao ignorar as condições

---

<sup>43</sup> A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.



concretas de cada caso, dadas as suas particularidades, de fato, estar-se-ia desvirtuando os fins esperados pelos aparto judicial que deu origem à lei.

A legislação, de fato, não pretende isentar mulheres e mães de efetivas sanções quando de uma sentença penal ou da detenção provisória quando presente os requisitos autorizadores, de fato e justificadamente, da prisão preventiva. Contudo, a manutenção de milhares de presas - chegando à quase 45% da população carcerária do gênero feminino no país<sup>44</sup>, sendo a grande maioria por incurso nas sanções da Lei 11.343/2006<sup>45</sup>, configurando baixo escalão na cadeia de distribuição de poder – hierarquia criminosa – geralmente as que fazem o trabalho de mula ou que assumem o papel deixado pelo companheiro ou que enxergam na traficância maneira de sobreviver, acarreta, de fato, uma superlotação desnecessária no sistema penitenciário, pois, em diversos casos tem-se uma reclusa primária e que não oferece perigo na sua soltura.

De modo algum a prisão domiciliar à substituir a preventiva importa em impunidade processual penal, destacando-se que “a prisão domiciliar não perde seu caráter de restrição da liberdade individual” (LEWANDOWSKI, 2018, p. 05), isto porque há a restrição da liberdade individual, bem como permanece intacta a possibilidade de continuidade do respectivo processo penal, existindo todas as possibilidades de prosseguir regularmente com as investigações, nos termos legais. Fato é que a prisão preventiva não – deve(ria) – se presta(r) à assegurar sentença uma sentença penal condenatória, se prestando, tão somente, para o fim de, de forma mascarada, atender qualquer anseio social justificado pelos pedidos de justiça.

A justificativa para o indeferimento da conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar para mulheres incursas nos crimes descritos e sancionados pela lei de drogas, não raras vezes tanto na visão jurídica quanto popular é a de que, estando a pessoa em sua residência, inexistirão empecilhos para a continuidade de práticas delitivas. De fato, há probabilidade. Assim como existe a probabilidade de não existir um retorno à atividade criminosa. Poucas – ou quase nenhuma - situações são garantidas na vida, tanto mais em direito. Tudo depende.

Contudo, ainda que existam vertentes exigindo o – e militando pelo – inverso, diante dos ditames da Constituição cidadã, há uma verdade indiscutível: até os dias atuais, o poder Estatal está muito acima do direito da liberdade da cidadã, de modo que, em havendo qualquer desconformidade com as condições diversas que podem ser estabelecidas quando do deferimento da prisão domiciliar, quando do incurso em novos fatos delituosos, bem como quando modificada a situação fática – devidamente demonstrada e justificada – o Estado pode exercer seu poder, revogando uma ordem anteriormente deferida.

---

<sup>44</sup> Dados expostos pelo INFOPEN 2019. Remete-se ao subtítulo 1.2 do capítulo 1 do presente trabalho.

<sup>45</sup> Lei de Drogas.

De mais a mais, não parece crível que a cidadã – dispendo de filhos que necessitam de auxílio moral, material e fraterno – permaneçam segredadas em razão de um sistema de judicial vagaroso, ocioso e, quiçá, desidioso.

Algumas ações foram formalizadas e efetuadas desde 2015, quando do ingresso com a ADPF com o intuito de declarar o ECI para fins de então procurar soluções e declarar a necessidade de combater a presente inconstitucionalidade, como forma de justificar a existência de um estabelecimento penal, de uma pena, visto que, nos moldes atuais, o sistema carcerário parece muito mais contribuir com o crescimento do índice de criminalidade do que barrar as atitudes penalmente ilegais na sociedade.

Em razão da pandemia de COVID-19, o DEPEN solicitou informações precisas em relação à tutela de direitos específicos das mulheres presas e, com isto, através da Informação n.º 63/2020/DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN, em 29 de abril de 2020, atualizou os números de pessoas presas em 27 (vinte e sete) Estados da Federação, fracionando nas seguintes categorias: mulheres na condição de gestantes, puérperas, mães de crianças de até 12 anos sob sua responsabilidade, mulheres com idade igual ou superior a 60 anos e mulheres com doenças crônicas ou doenças respiratórias.

Notadamente quanto à linha de pesquisa exposta, os resultados percebidos foram de que do total da população carcerária feminina 208 (duzentos e oito) encontram-se na condição de gestante, 44 (quarenta e quatro) estão puérperas e 12.821 (doze mil oitocentos e vinte e um) são mães de crianças de até 12 (doze) anos. Em relação às mulheres presas de forma provisória, apresentou-se que, conforme dados já citados, 77 (setenta e sete) encontram-se grávidas, 20 (vinte) são puérperas e 3.136 (três mil cento e trinta e seis) são mães de crianças de até 12 anos de idade.

No Estado do Rio Grande do Sul o número de mulheres gestantes é de 09 (nove) enquanto 430 (quatrocentas e trinta) são mães de crianças de até de 12 anos de idade. Na condição de puérpera o número foi zero.

O número total, considerando as informações prestadas pelos 27 (vinte e sete) Estados, chega à 13.073, que, a despeito de não haver maiores informações acerca dos requisitos elencados pela novel legislação e entendimento jurisprudencial confirmado em Habeas Corpus, pode-se concluir, mesmo que abstratamente, que entre estas possivelmente há considerável número de pessoas que poderiam ser beneficiadas com as benesses legais, auxiliando no desencarceramento e controle da própria propagação do coronavírus, a qual constitui preocupação mundialmente em debate.

Enfim, entende-se que as medidas diversas da prisão, bem como os auspícios diferenciados para progressão de regime elencados pela Lei 13.769/2018 podem, de fato, contribuir para a redução drástica da população carcerária brasileira, uma vez que, cumulada com o Marco Legal da Primeira Infância “visam garantir medidas que corroboram com o desencarceramento de mulheres que, não tendo cometido crime com violência ou grave ameaça ou contra seus descendentes, possam cumprir penas fora dos insalubres estabelecimentos prisionais” (ITTC, 2019, p. 124).

Para efeito de sua efetiva concretização, no entanto, as situações excepcionais, as únicas que então poderiam impedir a concessão do benefício, uma vez cumpridos os elencados no art. 318-A, devem ser analisadas sem o julgamento crítico-moral, classista e quiçá, incumbido de determinados (pre)conceitos dos julgadores, em suma, no primeiro grau de jurisdição, especialmente na audiência de custódia – ou seja, diante de uma imparcialidade moral/racial/classista do julgadores. A grande questão então seria: como ser imparcial quando se deve agir com certo grau de parcialidade a fim de verificar as ditas situações excepcionais?

A carência de um rol de situações e condições taxadas como situações excepcionalíssimas traz insegurança jurídica aos cidadãos e põe em risco tanto a proteção dos menores de idade quanto a direitos consagrados da cidadã.

Por fim, entende-se que a definição de um rol taxativo denominadas e caracterizadas como situações excepcionalíssimas a partir de um processo legislativo muito contribuiria para a redução da insegurança jurídica frente as decisões interpretativas dos julgadores, diminuindo a discricionariedade do julgado, tornando, assim, a Lei n.º 13.769/2018 instrumento efetivo na proteção da criança e do portador de deficiência, bem como como instrumento apto a reduzir o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, através do desencarceramento.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As modificações no sistema jurídico brasileiro introduzidas pela Lei n.º 13.769/2018, cujo direcionamento e aplicação deve se submeter cumulativamente aos ditames observados no Habeas Corpus Coletivo n.º 143.641/SP constituem ferramenta hábil para fins de diminuir os impactos do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, notadamente na questão da prisão feminina, encarceramento de gestantes e mães de crianças.

As benesses promulgadas na respectiva legislação podem contribuir em grandes proporções para o desencarceramento de mulheres, cujo índice de encarceramento cresce mais que a população masculina. Tanto os benefícios em sede de execução penal quanto as medidas diversas da prisão pena e/ou processual pretendem oferecer às mulheres gestantes ou mãe melhores condições para propiciar à sua prole um desenvolvimento salubre, afetuoso e minimamente digno.

Ao longo do presente trabalho, por sua vez, observou-se que regionalmente – ou seja, nas Comarcas que destinam pessoas ao Presídio Estadual de Sarandi/RS – os pleitos de substituição prisão preventiva pela prisão domiciliar que chegam até o Tribunal de Justiça, dado o lapso temporal e territorial, foram, em sua maioria, aplicado os ditames da legislação n.º 13.769/2018, pois em majoritariamente as decisões deferiram ou mantiveram a conversão da prisão preventiva pela domiciliar, sob o prisma tanto da novel legislação quanto do HC.

Contudo, quando observado o Diagnóstico da Aplicação do Marco Legal da Primeira Infância, realizado em São Paulo, Estado da Federação detentor da maior população carcerária do país, a situação da aplicação das medidas alternativas da prisão no cárcere, são encontrados empecilhos ou embaraços na concessão dessas benesses.

Estes embaraços formalmente são denominadas situações excepcionalíssimas, que, salvo nas hipóteses da prática de crime cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa e/ou a prática do crime contra seu filho ou dependente, constituem o único motivo para o indeferimento da conversão da prisão preventiva em domiciliar.

Contudo, há uma ampla fragilidade na caracterização das ditas situações excepcionais, as quais foram encontradas em diversas decisões, conforme o relatório, bem como conforme as duas jurisprudência oriundas do Superior Tribunal de Justiça, demonstrando temeroso grau de possibilidade de inserção de julgamento moral-social quando da verificação da situação em concreto.

De fato, deve o juiz analisar cada situação de forma subjetiva, demasiadamente em face aos interesses das crianças e/ou nascituros a fim de aplicar as medidas diversas da prisão no

estabelecimento prisional assegurando a efetividade e eficácia das benesses previstas pela legislação, contribuindo para a diminuição dos impactos do ECI do sistema penitenciário pátrio.

Ocorre que a possibilidade de um julgamento extensivo, perpassando julgamentos de ordem moral, social ou ainda religiosa do aplicador da lei, cria brecha para uma série de julgamentos incoerentes com as finalidades da legislação, mais uma vez aplicando os benefícios da legislação em prol de determinada camada social-econômica-racial.

A conclusão verificada através da pesquisa intitulada Diagnóstico de Aplicação do Marco Legal da Primeira Infância e também da pesquisa promovida nesta monografia dão conta de que fatores de ordem subjetiva-social e moralista não raras as vezes influenciam ou servem de base para a denegação da ordem de concessão da conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar (em segundo grau de jurisdição) ou para o indeferimento da conversão da preventiva pela domiciliar (em primeiro grau de jurisdição), contudo oportuno recordar que não cabe aos magistrados decidir e rotular quem é/seria/foi uma boa mãe ou uma boa gestante, dependendo, quando diante de casos necessários desta fidedigna verificação, de outras fontes de consulta como, por exemplo, de relatórios do Conselho Tutelar.

Noutro viés, sendo o julgador uma pessoa construída e instruída conforme ditames sociais costumeiros de pessoal expectativa/entendimento da visão do exercício da maternidade e, quiçá, da conduta esperada de uma mulher, quanto mais quando tratar-se de mãe ou gestante, resta prejudicada a total imparcialidade, posto que, é cediço, que o julgador deve justificar qualquer decisão conforme seu entendimento, ou seja, obrigatoriamente deve orientar-se para julgar de modo a converter ou não a prisão preventiva pela domiciliar.

Importa dizer que os preceitos e direitos assegurados pela lei n.º 13.769/2018 no sentido de contribuir para a redução ou contenção o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro são aptos, afinal, conforme pesquisa local exposta no capítulo anterior, mais da metade dos pedidos veiculados tiveram substituída a preventiva pela domiciliar, enquanto somente uma não foi substituída, cuja justificativa adotada foi, justamente, elementos inicialmente rechaçados pelo próprio STF e elementos descritivos/caracterizadores do exercício da maternidade pela paciente em questão.

Contudo, quando se observa as conclusões da pesquisa realizada pelo ITTC, no Estado de São Paulo, o qual possui a maior população carcerária do país, a situação encontrada é divergente, posto que critérios relativos moralistas e sociais acabam por interferir nas decisões – e motivá-las- e ainda, (pre)conceitos influenciam o julgamento, as quais, as vezes ilegítimas do ponto de vista jurídico, são denominadas “situações excepcionalíssimas”, cujo rol de extensão pode ser – e, notadamente, é – grande demais.

Entende-se que, os ditames abarcados pela lei em voga e do HC em questão respondem adequadamente para a contenção do ECI, contudo, poderia ser muito adequado, a fim de aplicar a legislação n.º 13.769/2018 de forma efetiva e que atinja de fato os fins propostos pela norma supra referida, bem como atendendo os ditames dispostos no HC coletivo n.º 143.641/2018.

Em relação aos delitos relacionados à lei de drogas, o instituto da conversão da prisão domiciliar em substituição da preventiva deve se sobrepôr, de modo a viabilizar a liberalidade, em que pese, diante da pena abstratamente atribuída especificamente ao crime de tráfico de drogas, seja maior de quatro anos, o que, em sentença penal não permitiria – de pronto - o cumprimento da pena em regime inicial aberto. Justifica-se tal medida, pois, deveras, a legislação não se propõe a escolher tipos penais em específicos, mas proporcionar condições mais humanas tanto para as mulheres mães/gestantes e sua prole, bem como, contribuir com a diminuição do grotesco Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário.

Para tanto, em especial nos crimes relacionados à lei de drogas – principal delito motivador do encarceramento feminino no país - faz-se necessário um rol de situações denominadas excepcionalíssimas, mediante requisitos objetivos devidamente estabelecidos pelo legislador, passando a ser em momento posterior, e caso seja necessário de ser utilizada, a possibilidade de verificações subjetivas de caso a caso – naqueles que, de fato e de direito a norma processual-penal não se presta a resolver a “questão” de forma simplesmente objetiva, visando, assim, a segurança jurídica e ampliando significativamente o alcance da norma, de modo a proteger a maternidade e os nascituros, crianças ou portadores de deficiência, caracterizando, por fim, como um instrumento apto, de fato, a reduzir o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, através do desencarceramento de muitas mulheres mães e/ou gestantes presas de forma preventiva.

## REFERÊNCIAS:

ABIKO, Paula Yurie. **O Martelo das Feiticeiras e a busca da verdade real no processo penal.** 2018. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/o-martelo-das-feiticeiras>>. Acesso em nov. 2019.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos de violência na era da globalização.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal.** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003.

ARAÚJO, Bruna Stéfanni Soares de. **Raça, gênero e colonialidade: críticas marginais para a criminologia feminista e sua epistemologia.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 146. Ano 26. São Paulo: Ed. RT. 2018.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução penal.** 4 ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método. 2017. Recurso online. Acesso em fev. 2020.

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Lei n.º 13.769/2.018: primeiras impressões.** Direito & Justiça do jornal Correio Braziliense. Brasília. DF. 04 fev. 2019. Disponível em <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2019/lei-13-769-2-018-primeiras-impressoes-juiz-fernando-barbagalo>>. Acesso em mar. 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019. Recurso online. Acesso em mar 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2008.

BRASIL. **Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN Mulheres 2ª ed.,** junho de 2016. Ministério da Justiça e Segurança Pública: Brasília, 2018. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres\\_arte\\_07-03-18.pdf/view](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf/view)>. Acesso em set. 2019.

\_\_\_\_\_, Conselho nacional de justiça. **Cartilha da Mulher presa.** 2ª ed. 2012. Disponível em: <[https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2011/11/cartilha\\_da\\_mulher\\_presa\\_1\\_portugues\\_4.pdf](https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2011/11/cartilha_da_mulher_presa_1_portugues_4.pdf)>. Acesso em nov. 2019.

\_\_\_\_\_, Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras.** Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas; Coordenação: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi. 1ª ed. Brasília: 2016. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>>. Acesso em mar 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** N° **347**. DF. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPFMC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 05 de jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. **Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/D1973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm)>. Acesso em 01 de mar. de 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Brasília. **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: 2006. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.html)>. Acesso em 29 de fev. de 2020.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Brasília. 1990. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em fev. de 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.257, de 8 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)**. Brasília. 2016. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm)>. Acesso em fev. de 2020.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990. **Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências**. Brasília. 1990. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm)> Acesso em mar 2020.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Brasília. 1984. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)>. Acesso em fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília. 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)> Acesso em jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 13.769, de 19 de dezembro de 2018. **Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), as Leis nºs 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), para estabelecer a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência e para disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma**



**situação.** Brasília, DF. 2018. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13769.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13769.htm)>. Acesso em mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.** Brasília. 2019. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 13.257, 8 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. 2016. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm#art18](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm#art18)> Acesso em mar. 2020.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 5 de outubro de 1988. Brasília. DF: Senado. 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.882, 3 de dezembro de 1999. **Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental.** Brasília. DF: Congresso Nacional. 1999. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm)>. Acesso em mar 2020.

\_\_\_\_\_. SUSEPE. **Superintendência dos Serviços Penitenciários.** Disponível em <<http://www.susepe.rs.gov.br/capa.php>>. Acesso em mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma concede HC coletivo a gestantes e mães de filhos com até 12 anos presas preventivamente. Brasília, fev. 2018. <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=393814>>. Acesso em out. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Brasília. 2015. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em maio 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus Coletivo N.º 143.641, da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator Ricardo Lewandowski. DF. 20 de fevereiro de 2018. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>>. Acesso em nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei de 16 de dezembro de 1830. **Manda executar o Código Criminal.** 1830. Rio de Janeiro. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm)> Acesso em mar. 2020.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil,** 24 de fevereiro de 1891. Rio de Janeiro. 1891. Disponível em <

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus Coletivo N.º 119.753/SP. Luiz Fux. São Paulo. 2013. Disponível em <[file:///C:/Users/User/Downloads/texto\\_180796851%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/texto_180796851%20(2).pdf)>. Acesso em mar 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus Coletivo N.º 320.938/SP, da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Luís Felipe Salomão. Brasília. 2015. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/196130756/andamento-do-processo-n-320938-sp-do-dia-09-06-2015-do-stj?ref=feed>>. Acesso em mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus Coletivo N.º 207.720/SP, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Herman Benjamin. 2011. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=18519930&num\\_registro=201101196863&data=20120223&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=18519930&num_registro=201101196863&data=20120223&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 7.960, 21 de dezembro de 1989. **Dispõe sobre a prisão temporária.** DF. 1989. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm)>. Acesso em mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Decreto 6 de 2020. **Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020.** Brasília. 2020. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/portaria/dlg6-2020.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/dlg6-2020.htm)>. Acesso em abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação N.º 62 de 17 de março de 2020.** Brasília. 2020. Disponível <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em abr. de 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus N.º 70071664635, da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator Victor Luiz Barcellos Lima. Porto Alegre. 2016. Disponível em <[https://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=70071664635&codEmenta=7706337&temIntT eor=true](https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70071664635&codEmenta=7706337&temIntT eor=true)>. Acesso em abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso em Sentido Estrito N.º 70081881906, da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator José Antônio Cidade Pitrez. Porto Alegre. 2019. Disponível em <[https://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=70081881906&codEmenta=7706337&temIntT eor=true](https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70081881906&codEmenta=7706337&temIntT eor=true)>. Acesso em abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus N.º 70080795669, da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator Diógenes V. Hassan Ribeiro. Porto Alegre. 2019. Disponível em

<[https://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal %20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca =700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=70080795669&codEmenta=7706337&temIntT eor=true](https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70080795669&codEmenta=7706337&temIntT eor=true)>. Acesso em abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus N.º 70081230500, da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator Honório Gonçalves da Silva Neto. Porto Alegre. 2019. Disponível em <[https://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal %20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca =700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=70081230500&codEmenta=7706337&temIntT eor=true](https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70081230500&codEmenta=7706337&temIntT eor=true)>. Acesso em abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus N.º 70082576497, da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre. 2019. Disponível em <[https://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal %20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca =700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=70082576497&codEmenta=7706337&temIntT eor=true](https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70082576497&codEmenta=7706337&temIntT eor=true)>. Acesso em abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus N.º 70080888977, da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator José Antônio Trindade Pitrez. Porto Alegre. 2019. Disponível em <[https://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal %20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca =700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=70080888977&codEmenta=7706337&temIntT eor=true](https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70080888977&codEmenta=7706337&temIntT eor=true)>. Acesso em maio 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus N.º 70082978453, da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relatora Maria de Lourdes Galvão Braccini de Gonzalez. Porto Alegre. 2019. Disponível em <[https://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal %20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca =700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=70082978453&codEmenta=7706337&temIntT eor=true](https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70082978453&codEmenta=7706337&temIntT eor=true)>. Acesso em maio 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus N.º 426.526/RJ, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Joel Ilan Paciornik. Brasília. 2019. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial= 1788878&num\\_registro=201703073354&data=20190220&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1788878&num_registro=201703073354&data=20190220&formato=PDF)>. Acesso em abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus N.º 470.459/TO, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília. 2019. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1 792638&num\\_registro=201802472603&data=20190220&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1792638&num_registro=201802472603&data=20190220&formato=PDF)>. Acesso em abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Situações excepcionais podem impedir prisão domiciliar para mães mesmo após alterações do CPP. Brasília. Recurso online. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2019/2019-02-22\\_06-57\\_Situacoes-excepcionais-podem-impedir-prisao-domiciliar-para-maes-mesmo-apos-alteracoes-do-CPP.aspx](http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2019/2019-02-22_06-57_Situacoes-excepcionais-podem-impedir-prisao-domiciliar-para-maes-mesmo-apos-alteracoes-do-CPP.aspx)>. Acesso em abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Situações excepcionais podem impedir prisão domiciliar para mães mesmo após alterações do CPP. Brasília. Recurso online. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/situacoes-excepcionais-podem-impedir-domiciliar-maes-stj>>. Acesso em abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 10.826, de 22 de dezembro de 2003. **Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências.** Brasília. 2003. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.826.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm)>. Acesso em maio de 2020.

\_\_\_\_\_. **Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.** Mapeamento de Mulheres grávidas, parturientes, mães de crianças até 12 anos, idosas e doentes. 2020. Disponível em <[http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1588195416\\_SEI\\_MJ11429916Informao\\_final.pdf](http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1588195416_SEI_MJ11429916Informao_final.pdf)>. Acesso em abr. 2020.

CHEQUER, Lílian Nássara Miranda. **HABEAS CORPUS COLETIVO.** Disponível em <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1200/HABEAS%20CORPUS%20COLETIVO.pdf?sequence=1>>. Acesso em mar. 2020.

COLÔMBIA, Sentencia T-153, de 28 de abril de 1998. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.html>>. Acesso em mar 2020.  
DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito processual constitucional.** 7 ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** coord. Darlan Barosso, Marco Antonio Araujo Junior. 1 ed. em e-book baseada na 1 ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. Recurso online. Acesso em maio 2020.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal.** Porto Alegre: Elegantia Juris. 2015.

GERMANO, I. M. P., MONTEIRO, R. A. F. G., & LIBERATO, M. T. C. (2018). **Criminologia crítica, feminismo e interseccionalidade na abordagem do aumento do encarceramento feminino.** *Psicologia: Ciência e Profissão*, 38 (n.spe.2), p. 27-43. Brasília. 2018. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/pcp/v38nspe2/1982-3703-pcp-38-spe2-0027.pdf>>. Acesso em fev. 2020.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica.** 3 ed. re., atual. e ampl. São Paulo: Atlas. 2016. Recurso online. Acesso em mar 2020.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva. 1974. Disponível em <<https://app.uff.br/slab/uploads/Manicomios-prisoos-e-conventos.pdf>>. Acesso em fev. 2020.

Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC). **MaternidadeSemPrisão: diagnóstico da aplicação do Marco Legal da Primeira Infância para o desencarceramento de mulheres**. São Paulo: ITTC. 2019. Disponível em <<http://itc.org.br/wp-content/uploads/2019/10/maternidadesemprisao-diagnostico-aplicacao-marco-legal.pdf>>. Acesso em mar 2020.

Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC). **Mulheres em prisão**. São Paulo: ITTC, c2015. Disponível em <<http://mulheresemprisao.org.br/>>. Acesso em mar 2020.

LIMA, Bruna. **O excesso de prazo na prisão preventiva**. 2018. Recurso online. Disponível em <<https://canalcienciascriminais.com.br/excesso-prazo-prisao-preventiva/>>. Acesso em abr. 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2017. Recurso online. Acesso fev. 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª ed. rev. aum. Porto Alegre: 2003.

MARMELSTEIN, George. **O Estado de Coisas Inconstitucional ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional?** In: Direitos Fundamentais.Net. 2015. Disponível em <<https://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci- apenas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/>>. Acesso em mar 2020.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista: novos paradigmas**. São Paulo: Saraiva. 2014. Recurso online. Acesso em fev. 2020.

MENEGUETI, Vanessa, DIAS, Camila Nunes. A (não) aplicação de prisão domiciliar a gestantes e mães: um estudo sobre o cumprimento do HC coletivo 143.641 pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 165/2020 | p. 379 - 419 | Mar / 2020 DTR\2020\381. 2020. Recurso online. Acesso em maio 2020.

MINGRONE, MARIANA. **Limites da individualização da pena e a importância do habeas Corpus Coletivo para as mães encarceradas**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. n. 311. 2018. Recurso online.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas. 2017. Recurso online. Acesso em maio 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de execução penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019. Recurso online. Acesso em mar 2020.

NUCCI, Guilherme Souza. **Curso de Direito Penal - Vol. 1 - Parte Geral - Arts. 1ª a 120 do Código Penal**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019. Recurso online. Disponível em <

[https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/default\\_attachments/1552252748-Nucci-Penal-Parte-Geral-arts-1-a-120-2019.pdf](https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/default_attachments/1552252748-Nucci-Penal-Parte-Geral-arts-1-a-120-2019.pdf)>. Acesso em fev. 2020.

OPAS. Organização Pan-Americana da Saúde. **OMS afirma que COVID-19 é agora caracterizada como pandemia.** Brasília. 2020. Disponível em <[https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6120:oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&Itemid=812](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6120:oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&Itemid=812)>. Acesso em abr. 2020.

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional.** 5. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2010. Recurso online. Acesso em fev. 2020.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 27 ed. São Paulo: Atlas. 2019. Recurso online. Acesso em fev. 2020.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). **Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico do Estado.** Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.iphae.rs.gov.br/Main.php?do=BensTombadosDetalhesAc&item=15906>>. Acesso em: 17 de outubro de 2019.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Lei Estadual Ordinária n.º 15.132, de 30 de janeiro de 2018. Porto Alegre. 2018. Disponível em <<https://leisestaduais.com.br/rs/lei-ordinaria-n-15132-2018-rio-grande-do-sul-cria-varas-de-execucao-criminal-regionais-cargos-e-funcoes-nos-servicos-auxiliares-da-justica-de-1o-grau-e-da-outras-providencias>>. Acesso em maio 2020.

RYBKA, Larissa Nadine; NASCIMENTO, Juliana Luporini do; GUZZO, Raquel Souza Lobo **Os mortos e feridos na “guerra às drogas”: uma crítica ao paradigma proibicionista.** Estudos de Psicologia (Campinas), vol. 35, núm. 1, Janeiro-Março, 2018, pp. 99-109. Programa de Pós-Graduação em Psicologia, Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Disponível em <<https://www.redalyc.org/jatsRepo/3953/395357094010/395357094010.pdf>>. Acesso em abr. 2020.

SARLET, Ingo. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 5ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva. 2016.

TAFFARELLO, Rogério Fernando. **Drogas: falência do proibicionismo e alternativas de política criminal.** São Paulo: R.F. 2009. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da USP. Recurso online. Disponível em <[https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-17112011-091652/publico/DISSERTACAO\\_COMPLETA\\_ROGERIO.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-17112011-091652/publico/DISSERTACAO_COMPLETA_ROGERIO.pdf)>. Acesso em abr. 2020.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018. Recurso online. Acesso em mar. 2020.

TRINDADE, Cláudia Moraes. **O nascimento de uma penitenciária: os primeiros presos da Casa de Prisão com Trabalho da Bahia (1860-1865).** Tempo. Niterói, vol.16 n.30, p 167-

196. 2011. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-77042011000100008&lng=pt&tlng=pt.](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-77042011000100008&lng=pt&tlng=pt.)>. Acesso em 29 de fevereiro de 2020.

VERAS, Luciana. **POR QUE SE PRENDE TANTO?** Revista Continente. ed. 232. Abr. de 2020. Recife: Companhia Editora de Pernambuco. 2020. Recurso online. Disponível <<http://revistacontinente.com.br/edicoes/232/por-que-se-prende-tantor>>. Acesso em abr. 2020.

VIANA, Priscylla Kethellen, CARDOSO, Franciele da Silva. **Encarceramento feminino por tráfico de drogas no Brasil: a estratégia neoliberal de exclusão das mulheres à margem do sistema capitalista.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 146. Ano 26. São Paulo: Ed. RT. 2018.

ZAFFARONI, Eugenio, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, parte geral.** vol. 1. 7<sup>a</sup> ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, parte geral.** 12<sup>a</sup> ed. Ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.