

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR E
ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE RONDÔNIA - EMERON

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITOS
HUMANOS E DESENVOLVIMENTO DA JUSTIÇA – PPG/DHJUS

SHARLENE FABRÍCIO DE SOUZA MUNIZ

AS PRISÕES CAUTELARES DE MÃES DE CRIANÇAS: Análise sobre as decisões
do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia após o *habeas corpus* 143.641 do
Supremo Tribunal Federal

Porto Velho
2021

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR E
ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE RONDÔNIA - EMERON

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITOS
HUMANOS E DESENVOLVIMENTO DA JUSTIÇA – PPG/DHJUS

SHARLENE FABRÍCIO DE SOUZA MUNIZ

AS PRISÕES CAUTELARES DE MÃES DE CRIANÇAS: Análise sobre as decisões
do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia após o *habeas corpus* 143.641 do
Supremo Tribunal Federal

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça - Mestrado Profissional (PPG/DHJUS) da Universidade Federal de Rondônia (Unir), como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça.

Área de concentração: Direitos Humanos e Acesso à Justiça.

Linha de Pesquisa: Direitos Humanos e Fundamentos da Justiça.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Patricia Mara Cabral de Vasconcellos.

Porto Velho
2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Fundação Universidade Federal de Rondônia
Gerada automaticamente mediante informações fornecidas pelo(a) autor(a)

M966p Muniz, Sharlene Fabrício de Souza.

As prisões cautelares de mães de crianças: análise sobre as decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia após o habeas corpus 143.641 do Supremo Tribunal Federal / Sharlene Fabrício de Souza Muniz. -- Porto Velho, RO, 2021.

92 f.

Orientador(a): Prof.^a Dra. Patricia Mara Cabral de Vasconcellos

Dissertação (Mestrado Profissional Interdisciplinar de Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça) - Fundação Universidade Federal de Rondônia

1.Direitos Humanos. 2.Prisão. 3.Maternidade. 4.Decisão judicial. I. Vasconcellos, Patricia Mara Cabral de. II. Título.

CDU 342.7(811.1)

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: Sharlene Fabrício de Souza Muniz

Título: AS PRISÕES CAUTELARES DE MÃES DE CRIANÇAS: Análise sobre as decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia após o habeas corpus 143.641 do Supremo Tribunal Federal

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça - Mestrado Profissional (PPG/DHJUS) da Universidade Federal de Rondônia (Unir), como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça.

Aprovado em: 28/06/2021

Banca Examinadora

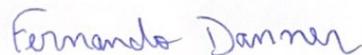
Orientadora: Profa. Dra. Patricia Mara Cabral de Vasconcellos (DHJUS/UNIR)

Assinatura:



Prof. Dr. Fernando Danner (DHJUS/UNIR)

Assinatura:



Profa. Dra. Barby Martins (DACS/UNIR)

Assinatura:



DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Florenice e Eulélio (*in memoriam*), e meu padrasto Arlênio, seres especiais e fontes de inspiração, amor e motivação.

À minha filha, Beatriz, maior amor da minha vida a quem dedico todas as minhas vitórias.

Ao meu esposo, Bruno, companheiro de todos os momentos, pela compreensão e carinho ao longo do período de elaboração deste trabalho e que me presenteou com seus queridos familiares que sempre foram luz no meu caminho.

AGRADECIMENTOS

Ao Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia que, em convênio firmado pela Escola da Magistratura do Estado de Rondônia – EMERON com a Universidade Federal de Rondônia – UNIR, financiou esta pesquisa.

À orientadora, Profa. Dra. Patrícia, por acolher meu trabalho e pela competência e respeito com que conduziu este processo, do alvorecer da ideia até a sua conclusão, além das contribuições fundamentais para o meu crescimento profissional.

Aos queridos colegas de mestrado, principalmente Ariadne, Victor e Denise, que acompanharam a minha trajetória no programa, sempre incentivando e apoiando.

Aos estimados colegas de trabalho Fábio, Joyce, Bruna e Janete, os quais, por serem tão competentes, não deixaram meus estudos se tornarem ainda mais árduos, merecendo destaque o nosso líder, desembargador Valdeci, que com sua sabedoria, me inspirou a seguir essa linha de pesquisa, notadamente quando passou a determinar a realização de estudos psicossociais ao receber os pedidos dessas mães, sempre demonstrando sensatez em suas decisões.

Enfim, agradeço a todos meus amados amigos que contribuíram para o meu aprimoramento e dividiram comigo as angústias nesse período que, mesmo com o isolamento da pandemia, se mantiveram próximos e não me deixaram esmorecer.

Proclamas, a cada passo, que esperas, confiante, o esplendor do futuro, mas, enquanto essas outras crianças chorarem desamparadas, clamaremos em vão pelo mundo melhor. (Emmanuel, psicografado por Chico Xavier, 1961)

RESUMO

O julgamento histórico pelo Supremo Tribunal Federal do *habeas corpus* n. 143.641, que concedeu a ordem de forma coletiva a todas as mulheres grávidas e mães de crianças de até 12 anos de idade ou com a custódia de pessoas com deficiência, substituindo a prisão preventiva destas pela domiciliar, trouxe a concretização desse direito que, apesar de reconhecido, vinha sendo desprezado. Isso fez com que a sociedade voltasse os olhos à situação de mães encarceradas, merecendo uma análise mais aprofundada sobre o assunto. Importante destacar que o estudo sobre essa proteção especial da mãe que se encontra recolhida no sistema prisional buscará analisar os princípios envolvidos e as medidas que estão sendo adotadas para a efetivação dos direitos fundamentais, sob a ótica dos direitos humanos e do desenvolvimento da justiça. Conseqüentemente, é necessário analisar as ressalvas ditadas nas decisões judiciais, ponderando as dificuldades dos Tribunais em efetivar a decisão do Supremo Tribunal Federal. O presente estudo considerou o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, adotando o tipo de pesquisa por amostragem de decisões de 2ª Instância sobre o assunto no período de janeiro de 2019 a junho de 2020. Realizou-se uma abordagem qualitativa e de natureza aplicada, objetivando gerar conhecimentos para aplicação prática, assim como de tipo exploratório com pesquisa bibliográfica e documental, utilizando-se de conhecimentos de autores consagrados para o estudo dos princípios fundamentais envolvidos na garantia dos direitos das mães encarceradas e dos filhos destas, além das jurisprudências que tenham abordado o tema, fazendo-se um estudo seletivo, crítico e analítico sobre o motivo de muitas decisões ainda não estarem aplicando o entendimento exposto pela Suprema Corte. Com isso, conclui-se que, apesar de o Supremo Tribunal Federal ter adotado um protagonismo de decisões de grande repercussão social, os Tribunais de Justiça têm enfrentado o dilema de aplicar o direito da sociedade em punir e repreender um delito, ou aplicar a especial proteção da família e a dignidade da pessoa humana, especificamente da criança cuja mãe encontra-se segregada.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Prisão. Maternidade. Decisão judicial.

ABSTRACT

The historic judgment by the Supreme Court of habeas corpus n. 143.641, which collectively granted the order to all pregnant women and mothers of children up to 12 years of age or in the custody of people with disabilities, substituting their preventive detention for home detention, brought the realization of this right which, despite recognized, had been despised. This made society turn its eyes to the situation of incarcerated mothers, deserving a deeper analysis on the subject. It is important to highlight that the study on this special protection of the mother that is in prison system will seek to analyze the principles involved and the measures that are being adopted for the realization of fundamental rights, from the perspective of human rights and the development of justice. Consequently, it is necessary to analyze the reservations dictated in that decision, considering the difficulties of the Courts in carrying out the decision of the Federal Supreme Court. This study considered the position of the Court of Justice of the State of Rondônia, adopting the type of research by sampling decisions of 2nd Instance on the subject from January 2019 to June 2020. A qualitative and applied approach was taken, aiming to generate knowledge for practical application, as well as an exploratory type with bibliographical and documentary research, using the knowledge of renowned authors to study the fundamental principles involved in guaranteeing the rights of mothers incarcerated and their children, in addition to the jurisprudence that have addressed the subject, making a selective, critical and analytical study on why many decisions are still not applying the understanding set forth by the Supreme Court. Therefore, it can be concluded that, despite the Federal Supreme Court having adopted a leading role in decisions of great social repercussion, the Courts of Justice have faced the dilemma of applying society's right to punish and reprimand a crime, or apply the special protection of the family and the dignity of the human person, specifically the child whose mother is segregated.

Keywords: Human Rights. Prison. Maternity. Judicial decision.

Sumário

1	INTRODUÇÃO	9
2	BREVE NOTA SOBRE OS PARADIGMAS JURÍDICOS	14
2.1	O PROTAGONISMO JUDICIÁRIO	18
2.2	O PROTAGONISMO JUDICIAL NO HC 143.641	21
2.3	A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS	24
2.4	A EVOLUÇÃO DE ENTENDIMENTO SOBRE O HC COLETIVO	28
3	A CRIMINOLOGIA SOB O ENFOQUE FEMININO	34
3.1	O ENCARCERAMENTO FEMININO NO BRASIL	39
3.2	A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA SOB O ENFOQUE FEMININO	49
4	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA E O HC 143.641	54
5	NOVAS BALIZAS PARA O ENCARCERAMENTO MATERNO	64
6	CONCLUSÃO	69
7	REFERÊNCIAS	73
	APÊNDICE A – MINUTA DE RESOLUÇÃO	84
	APÊNDICE B – RELAÇÃO DE PROCESSOS ANALISADOS	86

1 INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário tem adotado um papel muito além de mero aplicador da lei, sendo possível observar um protagonismo do Supremo Tribunal Federal em situações que não estão expressamente abarcadas pelas normas positivadas e cujas decisões acarretam grande repercussão social. Ilustra o caso a decisão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347 MC/DF em que o STF reconhece o estado inconstitucional de coisas do sistema penitenciário brasileiro, diante da violação sistêmica de direitos fundamentais originado pela ineficiência dos Poderes Públicos.

Neste contexto, outra decisão em que o STF demonstrou seu protagonismo foi no *habeas corpus* n. 143.641, em que a Suprema Corte concedeu a ordem de forma coletiva a todas as mulheres grávidas e mães de crianças de até 12 anos de idade ou com a custódia de pessoas com deficiência, substituindo a prisão preventiva destas pela domiciliar.

Esta pesquisa analisa o contexto em que foi interpretada a necessidade do *habeas corpus*¹ coletivo², transcorrendo sobre a justiciabilidade dos direitos humanos e como essa tutela coletiva tornou-se necessária por “razões de políticas judiciárias”, como asseverado pelo Ministro Relator Ricardo Lewandowski (2018), em seu voto no HC 143.641, observando-se que ausência de meios processuais que viabilizem qualquer tentativa de reparação dos direitos humanos em âmbito interno é mais um gravame que acentua este sistema violador.

Desse modo, as estruturas sociais e políticas rejeitam as mudanças necessárias para a efetivação dos direitos humanos e quando se trata do sistema carcerário, em que o STF já reconheceu, na ADPF 347 MC/DF, que encontra-se em um estado de coisas inconstitucional, fica evidenciada a perpetuação dessas estruturas, ante a falta de atuação conjunta entre a pluralidade de autoridades e pela

1 Previsto no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal: “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”;

2 Os Tribunais Superiores exigiam a individualização dos pacientes, ao argumento de que o ajuizamento da ação constitucional em favor de pessoas indeterminadas inviabiliza “não só a apreciação do constrangimento, mas também para fins de expedição de salvo-conduto em seu favor” (STF, 2016, s.p.)

ausência de uma metodologia específica que tenha o objetivo de sanar, ou ao menos amenizar, os atentados aos direitos humanos.

Considerando que a restrição imposta à efetividade dos direitos humanos também se caracteriza como uma violação, o entendimento que vinha sendo manifestado pelos Tribunais Superiores de não conhecimento de *habeas corpus* quando a impetração fosse coletiva sem a devida individualização dos pacientes, dificultava ainda mais o acesso à justiça dos que sofriam violações de direitos humanos, pois trata-se de uma das garantias constitucionais mais céleres e eficazes de combate a ilegalidades e abusos de poder, haja vista que a existência de relações sociais massificadas e burocratizadas exigem soluções por remédios processuais coletivos.

Por esta razão, não obstante o entendimento consolidado de ser inviável a impetração de *habeas corpus* coletivo sem a individualização dos pacientes, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *habeas corpus* n. 143.641, impetrado de forma coletiva a todas as mulheres presas grávidas e mães de crianças de até 12 anos de idade ou com a custódia de pessoas com deficiência, garantiu a máxima eficácia ao mandamento constitucional da razoável duração do processo e ao princípio universal da efetividade da prestação jurisdicional, ainda que tenha limitado a legitimidade ativa àqueles listados no art. 12 da Lei do Mandado de Injunção³.

O presente estudo avalia ainda as discussões da literatura sobre a justiça e as condições do cárcere feminino, para prover um diagnóstico sobre as decisões dos julgamentos emanados pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia no período de janeiro de 2019 a junho de 2020, evidenciando posicionamentos e

³ Art. 12 da Lei 13.300/2016: O mandado de injunção coletivo pode ser promovido:

- I - pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis;
- II - por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária;
- III - por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial;
- IV - pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal .

Parágrafo único. Os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria. (BRASIL, 2016)

fundamentos. Assim, será possível apontar se há e quais seriam as dificuldades de concretizar a decisão do STF em Rondônia.

Tem-se como premissa que esta proteção especial não visa apenas a mulher, mas principalmente seus filhos, notadamente considerando que o encarceramento feminino ainda acarreta consequências sociais mais graves que o dos homens, haja vista a maioria das presas serem mães, conforme estudo realizado pela Fiocruz “Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil” (LEAL et al, 2016), cuja análise foi feita a partir de uma série de casos provenientes de um censo nacional, realizado entre agosto de 2012 e janeiro de 2014. Ainda de acordo com essa pesquisa, 31% das mulheres encarceradas são arrimo de família e, portanto, as principais ou únicas responsáveis pelo cuidado dos filhos.

Assim, deve-se refletir sobre a importância da mãe para a formação do caráter e personalidade do indivíduo, sem deixar de observar que ela não é a única capaz de cuidar do filho, cabendo ao pai o mesmo nível de responsabilidade exigido da mãe. Pondera-se, dessa forma, sobre os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, solidariedade familiar e melhor interesse da criança e do adolescente, tendo em vista seu contexto familiar e, conseqüentemente, estrutural de toda a sociedade.

Registre-se que um dos embasamentos do *habeas corpus* ora em análise é a revalorização de um princípio essencial ao Direito Penal, qual seja, o princípio da personalidade, da intranscendência ou intransmissibilidade da pena, tendo o Ministro Relator Ricardo Lewandowski consignado em sua decisão histórica que “seguramente, mais de dois mil pequenos brasileirinhos, que estão atrás das grades, com suas mães, sofrendo indevidamente - contra o que dispõe a Constituição e contra o que dispõe o Direito positivo brasileiro - as agruras do cárcere” (STF, 2018).

A análise das decisões de Tribunais de Justiça de outros estados brasileiros sugerem que o Poder Judiciário tem dificultado a concretização deste novel entendimento, chegando a criar obstáculos que muitas vezes sequer possuem relação com a ressalva ditada na decisão do Supremo Tribunal Federal de que a ordem é válida para quem não cometeu crimes mediante violência ou grave ameaça, contra os próprios filhos, ou ainda em “situações excepcionalíssimas”, como, a título

de exemplo, a falta de documentos, cuidado dos avós e até a contratação de eficiente banca de advogados.

Diante destas perspectivas, o presente estudo demonstrará as decisões que os tribunais de justiça vem adotando, com foco principal no Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, e buscará entender os obstáculos enfrentados por tais tribunais para a aplicação da decisão do Supremo Tribunal Federal e definir parâmetros para buscar concretizar o direito fundamental da dignidade da pessoa humana, não só da mulher, mas principalmente do melhor interesse da criança e do adolescente.

No capítulo inicial (enumerado como 2) será abordada a nova vertente do pós-positivismo, com uma breve explanação sobre os paradigmas jurídicos, analisando a possibilidade de uma nova atuação do Poder Judiciário e discutindo sobre o protagonismo judicial e a sua relação com a decisão proferida no HC 143.641, em que houve inclusive a modificação de entendimento do STF sobre o cabimento de *habeas corpus* coletivo.

Em seguida, é desenvolvido um estudo da criminologia sob o enfoque feminino, discorrendo sobre o encarceramento feminino, em que são trazidos dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen. Faz-se ainda um paralelo com a participação de mulheres em grupos criminosos, a fim de se ponderar a periculosidade dessas com os direitos de seus filhos.

Ao final, após a realização do levantamento de julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia que tenham abordado a prisão cautelar de mães de crianças (cap.4), apresenta-se uma proposta de núcleo a ser instituído no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia (cap.5)

Com isso, visa-se o acompanhamento e sistematização dos dados referentes ao cumprimento das ordens coletivas de *habeas corpus* concedidas pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal nos HCs no 143.641 e 165.704 e a implementação das demais medidas previstas na Resolução n. 369/2021 do Conselho Nacional de Justiça, inclusive com competência para a realização de estudos psicossociais.

Portanto, busca-se demonstrar a necessidade de haver uma equipe especializada em analisar o contexto familiar em que os responsáveis dessas crianças encontrem-se segregados à disposição da justiça, a fim de que não fiquem

desamparadas, tendo em vista a inexistência de um setor específico sobre as situações ora demonstradas, devendo o Estado voltar os olhos com maior atenção a essas famílias.

2 BREVE NOTA SOBRE OS PARADIGMAS JURÍDICOS

Desde que os direitos humanos surgiram nas pautas de discussão, um dos mais importantes debates das democracias contemporâneas é o que busca responder a pergunta “como os juízes decidem”, reavivando-se os debates sobre as insuficiências do normativismo.

Para demonstrar o que isto significa, apresenta-se uma breve exposição sobre os principais paradigmas – direito natural, positivismo e pós-positivismo – e suas diferenças. Diante dessa abordagem será possível avaliar o protagonismo do STF discorrendo sobre a diferença entre a judicialização da política e o ativismo judicial, fazendo-se a subsunção do julgamento das mulheres presas que sejam mães de crianças com este fenômeno.

Cabe enfatizar que não se busca estudar os paradigmas em profundidade, dada sua amplitude, sendo o objetivo desta pesquisa avaliar as premissas da atuação do Poder Judiciário no caso do HC 143.641 em face das violações sistemáticas dos direitos humanos, partindo-se do pressuposto que a temática está fundamentada no paradigma pós-positivista.

Paradigmas são compreendidos a partir do pensamento de Thomas S. Kuhn, que os define como sendo “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (2001, p. 13), sendo considerados grandes paradigmas jurídicos o direito natural, o positivismo jurídico e o pós-positivismo.

O direito natural ou jusnaturalismo pode ser definido como uma importante ferramenta para impor limites ao absolutismo Estatal, servindo inclusive como paradigma para as revoluções liberais como a Revolução Americana de 1776 e a Revolução Francesa em 1789, sendo chamada corrente jusnaturalista o conjunto dessas teorias explicativas, que, em síntese, define o direito natural como fruto da inteligência de Deus, da razão ou da própria natureza humana.

Tem como mais notáveis defensores São Tomás de Aquino, principal representante do Jusnaturalismo Escolástico, que “concebe o direito natural a partir

dos mandamentos de conduta, derivados da razão e procedentes da lei divina” (NETO; REIS, 2020, p. 199); Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau, Immanuel Kant, John Locke, que, entre outros, desenvolveram o Jusnaturalismo Racionalista, conforme aponta Nader (2004) para quem, a grande virtude dessa escola, foi ter considerado a natureza humana como grande fonte do Direito; e ainda John Finnis, este considerado o principal representante do jusnaturalismo contemporâneo ou neonaturalismo, a quem se atribui o mérito de observar o Direito Natural para além das superstições e obscuridades que estigmatizam o tema, ao sustentar que “os princípios do direito natural, assim entendidos, são encontrados não apenas na filosofia moral ou ética e na conduta "individual", mas também na filosofia política e na jurisprudência, na ação política, nas adjudicações e na vida do cidadão” (FINNIS, 2006, p. 35).

Fazendo uma relação do jusnaturalismo com o Judiciário, é possível verificar a sua atuação em decisões que aplicam o entendimento de que a positivação dos dispositivos jurídicos nunca é completa e que só podem ser apreendidos na natureza humana, como observa Frederico Augusto Bonaldo Silva, ao desenvolver a hipótese de haver correspondência entre o Jusnaturalismo Clássico e a decisão monocrática na Ação Cautelar n. 4.070, que suspendeu o ex-parlamentar Eduardo Cunha dos seus cargos de deputado federal e de Presidente da Câmara dos Deputados, mesmo não encontrando assento em textos normativos de direito positivo, estando a decisão respaldada em princípios jurídicos do sistema constitucional brasileiro (SILVA, 2018, p.79).

Entretanto, por ser o jusnaturalismo considerado abstrato e anticientífico, cedeu-se espaço para o surgimento do positivismo jurídico, o qual se espelha na metodologia aplicada por Auguste Comte que “preconiza o emprego de novos métodos no exame científico dos problemas sociais substituindo as interpretações metafísicas e estabelecendo a autoridade e a ordem pública contra os abusos do individualismo da Escola Liberal” (JÚNIOR, 1984, p. 8).

Várias são as abordagens acerca do Positivismo Jurídico, tendo H. L. A. Hart, em seu ensaio *Positivism and the Separation of Law and Morals* e no livro *The Concept of Law*, enumerado cinco doutrinas diferentes sob a rubrica do positivismo jurídico: comando, separação, análise, decisão judicial como dedução lógica e não-

cognitivismo, sendo que ele atribui as três primeiras a Jeremy Bentham e John Austin, conforme expõe Stanley L. Paulson (2011, p. 112).

Há ainda a ideia de escalonamento da ordem jurídica de Hans Kelsen, “em que a validade da norma é conferida por uma norma superior, todo o sistema repousando na chamada “norma fundamental” ou *Grundnorm*, que para Kelsen é um pressuposto filosófico” (FONTES, 2017, s.p.).

Discute-se que a radicalização do conceito jurídico-positivista contribuiu para o surgimento do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes de governo que, sob a proteção da lei, promoveram a barbárie, considerando como justas guerras de ocupações genocidas, conforme critica Charles Nunes Bahia (2014, p. 38).

Diante disso, tendo os juristas percebido a inviabilidade ética de ficarem submetidos exclusivamente à ordem jurídica positiva, principalmente depois da experiência da 2ª Guerra Mundial, aduz-se sobre o paradigma que ainda encontra-se em construção, chamado de *pós-positivismo* (ou ainda neopositivismo, *soft positivism* ou positivismo inclusivo), cuja abordagem é adotada por muitos autores contemporâneos, como David Lyons, Jules Coleman e Wilfrid Waluchow (DIMOULIS, 2017, s.p.)

Essa corrente acrescenta a moral (expressados pelos valores e princípios) para o positivismo. sendo que esses valores e princípios são historicamente produzidos, ou seja, os direitos naturais são construídos, sendo então diferenciado do jusnaturalismo que entendia que esses direitos eram "dados".

Como leciona o Professor Luis Roberto Barroso:

Em certo sentido, apresenta-se ele [o pós-positivismo] como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. (BARROSO, 2014, p. 7)

Pode-se afirmar que enquanto o positivista questiona como obedecer ao direito, o pós-positivista questiona o porquê de obedecer ao direito. Logo, o positivismo legalista é uma onda menos intervencionista, enquanto que o pós-positivismo tem como consequência, às vezes, um judiciário mais presente e outras vezes mais contido, na forma de uma moderação judicial.

Por fim, insta mencionar ainda sobre o movimento denominado neoconstitucionalismo que produz uma teoria da decisão a partir da constituição, entendendo que há uma ligação direta entre o campo jurídico e o campo político, sendo que aquele limita este, ou seja, o princípio da constitucionalidade (proteção das minorias) limita o princípio da democracia (atuação da maioria).

Ricardo Marcondes Martins leciona que:

O termo “neoconstitucionalismo” foi proposto pela Escola de Gênova, mas se consagrou graças a constitucionalistas espanhóis e latino-americanos. Susanna Pozzolo utilizou-se do rótulo, pela primeira vez, na conferência ministrada no XVIII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica e Social, em 1997, na cidade de Buenos Aires, para referir-se a um “grupo de iusfilósofos que comparten un peculiar modo de acercarse al derecho”, em particular, “Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky e Carlos Santiago Nino” (MARTINS, 2017, s.p.)

Assim, considerando que decidir implica interpretar a norma e que no paradigma pós-positivista o direito não se impõe por sua força ou forma, mas pela sua fundamentação ética que deve apresentar razões convincentes para que ele seja obedecido, além de, nas complexas democracias contemporâneas, a pluralidade de interesses exigir uma justificativa razoável para as imposições jurídicas, deve-se fazer uma análise de como interpretar a norma, pela *voluntas legis* (vontade da lei) ou *voluntas legislatoris* (vontade do legislador), as quais podem ser compreendidas conforme ensinamento de Lenio Luiz Streck, citando Ferraz Jr:

Em Ferraz Jr esse debate recebe um tratamento mais sofisticado. Para ele, embora as duas correntes não possam ser distinguidas com grande nitidez, didaticamente podem ser separadas, conforme o reconhecimento da vontade do legislador (doutrina subjetivista) ou da vontade da lei (doutrina objetivista) como sede do sentido das normas. A primeira insiste em que, sendo a ciência jurídica um saber dogmático (a noção de dogma enquanto um princípio arbitrário, derivado de vontade do emissor de norma lhe é fundamental) é, basicamente, uma compreensão do pensamento do legislador; portanto, interpretação *ex tunc* (desde então), ressaltando-se, em consonância, o papel preponderante do aspecto genético e das técnicas que lhe são apropriadas (método histórico). Para a segunda (objetivista), a norma goza de um sentido próprio, determinado por fatores objetivos (o dogma é um arbitrário social), independente até certo ponto do sentido que lhe tenha querido dar o legislador, donde a concepção da interpretação como uma compreensão *ex nunc* (desde agora), ressaltando-se o papel preponderante dos aspectos estruturais em que a norma ocorre e as técnicas apropriadas à sua captação (sociológico). (STRECK, 2013, p. 155-156)

Nos dois últimos séculos vigorava o entendimento positivista de que devia-se interpretar de acordo com a vontade do legislador. É nesse contexto que Hans Kelsen constrói a Teoria Pura do Direito, em que se busca uma ciência do direito que não sofra nenhum tipo de influência político-ideológica, conforme explana Giovane Reale e Dario Antiseri (REALE; ANTISERI, 1991, p. 990)

No entanto, ao se buscar a vontade do legislador, sofre-se com a mesma tensão do debate que o procedimento legislativo sofreu, o que fará com que fique preso ao passado, cabendo ao intérprete, portanto, atualizar o sentido da lei.

Porém, ao se buscar a *voluntas legis*, também se identifica outro problema, pois ao conceder um grau de liberdade ao juiz para que este atribua de maneira discricionária o sentido de uma legislação, produzida democraticamente pelo legislador, atribui-lhe um salvo-conduto para que invada a esfera de atuação do Poder Legislativo (LIMA, 2014, p. 136). Logo, não se levará ao debate a pluralidade de concepções morais, religiosas e filosóficas/éticas conflitantes, causando decisões ilegítimas.

Diante dessa mudança de paradigma que vem surgindo, tem-se percebido que os Tribunais de Justiça, por vezes, apresentam resistência em adotar esse protagonismo judicial como forma de concretizar direitos, ficando presos ao que está positivado no texto legal. É o que se observa com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* n. 143.641 que concedeu a ordem de forma coletiva a todas as mulheres grávidas e mães de crianças de até 12 anos de idade ou com a custódia de pessoas com deficiência, substituindo a prisão preventiva destas pela domiciliar, cujo posicionamento tem passado por resistência na aplicação em alguns Tribunais de Justiça, como será analisado adiante.

2.1 O PROTAGONISMO JUDICIÁRIO

Como apontado no item anterior, a mudança de paradigma indica a possibilidade de nova atuação do Poder Judiciário, o que é discutido em torno do termo protagonismo do judiciário. O objetivo é mapear tal discussão e suas consequências para o direito contemporâneo.

Com a consolidação do ideário democrático, as aceleradas transformações econômicas, as doutrinas da separação dos poderes e *checks and balances* (sistema de pesos e contrapesos), a independência e cultura de imparcialidade do Poder Judiciário e a máxima *stare decisis et non quieta movere* (cumpra a decisão e não perturbe a paz), formou-se o ambiente intelectual e político favorável às intervenções judiciais. Isso gerou o fenômeno da judicialização da política, tendo a configuração estrutural do Estado de Direito que ampliou a esfera de atuação do Poder Judiciário sido modificada com esse papel proativo do judiciário, a superação do mito do "legislador negativo" e a hermenêutica constitucional para a criação e garantia de direitos.

Desta forma, vislumbra-se que as democracias contemporâneas têm ampliado a atuação do Poder Judiciário com a constitucionalização de direitos, a combinação de elementos formais e materiais do direito (o qual se verifica em não querer apenas carteira de trabalho, mas também um trabalho), a generalização de uma semântica dos direitos fundamentais (fundamentalização do direito); ampliação de uma consciência cidadã, de uma cidadania ativa (não quer dizer apenas relação com o estado, mas com a sociedade), gerando, assim, uma organização da sociedade civil o que aumenta a onda de acesso à justiça e, portanto, a expansão do protagonismo institucional e político dos tribunais em processos decisórios (judicialização da política).

Dworkin aponta que, apesar de que numa democracia o poder está nas mãos do povo, ela não proporciona igualdade genuína do poder político, pois muitos cidadãos são destituídos de privilégios, devendo-se considerar que, quando uma questão é tirada do legislativo e entregue aos tribunais, o poder político individual se torna menosprezado em face do poder econômico dos grandes negócios (DWORKIN, 2000. p. 27).

Entretanto, muito embora fundamentar a decisão implique em explicar e justificar, o que envolve sempre debate moral ao dizer que um argumento é melhor que outro, denotando-se que o juiz não faz *juris scientia* (ciência do direito), mas sim *juris prudentia* (prudência do direito), prática para se tomar a melhor decisão para o caso concreto.

Foi, portanto, com a época moderna que a noção aristotélica da *phronesis*, a sabedoria prudencial, foi abandonada. Com o desenvolvimento do conhecimento científico-teorético da modernidade a *juris-prudentia* foi transformada em *juris-scientia*, resultado de um conjunto de representação que vai associado a certas concepções metafísicas de base, como o nominalismo e o voluntarismo, “e um modelo ‘calculatório’ do saber, decorrente da noção moderna de ‘razão’ ” – e o paradigma pré-moderno da prudência cedeu lugar ao paradigma moderno da ciência, ou do positivismo. (KRETSCHMANN; DE LIMA PINTO, 2014, p. 97)

Porém, essa prudência pode ser uma justificativa para o juiz decidir conforme seu arbítrio, o que é refutado pelos pós-positivistas, sendo que a forma adequada de justificação para Neil MacCormick (2006) é a que prestigia a segurança (Estado de Direito) e a justiça (argumentação jurídica).

Destarte, importante diferenciar a judicialização da política do ativismo judicial, tendo em vista que, embora próximos, trata-se de fenômenos distintos, podendo-se dizer que aquela é a atuação e influência do Poder Judiciário, com base no Poder Constituinte, sobre a forma de organização da comunidade política (*polity*), o domínio especializado da esfera de ação governamental ou sistema político (*politics*) e as decisões de instâncias estatais sobre política públicas sociais, econômicas, etc. (*policy*). Já o ativismo judicial é uma iniciativa dos juízes, uma anulação frequente pelo Judiciário de ações dos outros Poderes, um suprimento de omissões dos outros poderes.

No estudo feito por Tate e Vallinder (1995), é possível extrair que a judicialização é uma atuação do Poder Judiciário que tem a finalidade de rever a decisão de um poder político tomando como base a Constituição ou ainda a transferência das decisões do Legislativo/Executivo para o Judiciário, sendo que Barroso (2010) assevera tratar-se de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.

Já o ativismo judicial é a atuação proativa da magistratura (cruzar a linha) no sentido de o juiz deixar de aplicar a lei para promover suas preferências políticas ou morais (análise de intenção), ou quando o juiz toma decisões que orientam ou impactam certas políticas públicas (análise de efeitos), ou ainda o juiz se substitui aos representantes eleitos da sociedade (análise de campo) e, por fim, o juiz não segue a orientação da jurisprudência e a torna instável (análise de comportamento).

No Brasil, há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisão. Dentre elas se incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde. Todas essas hipóteses distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio direito (BARROSO, 2010, p. 11)

Dada as devidas definições, sendo certo que esse tema ainda é bastante espinhoso para a filosofia e para a teoria política contemporânea, pode-se concluir que a judicialização (gênero) seria uma iniciativa do judiciário, enquanto o ativismo (espécie) seria uma iniciativa dos juízes, sendo ainda uma vertente que ganha mais força em momentos de judicialização da política.

Assim, é possível observar no caso do HC 143.641 uma judicialização da política, não se denotando o ativismo judicial, tendo em vista que não ocorreu a descaracterização da separação de Poderes, mas apenas a aplicação direta da Constituição a situação expressamente contempladas em seu texto.

2.2 O PROTAGONISMO JUDICIAL NO HC 143.641

Considerando a evolução da ciência do direito no sentido de entender que o Judiciário possui um papel muito mais relevante e criativo que o de simples boca da lei, observa-se na história recente do Supremo Tribunal Federal um protagonismo de decisões de grande repercussão social, notadamente em situações que não são expressamente previstas nas normas positivadas.

É o que se observa no julgamento do *habeas corpus* n. 143.641 que substituiu a prisão preventiva pela domiciliar a todas as mulheres grávidas e mães

de crianças de até 12 anos de idade ou com a custódia de pessoas com deficiência, tendo em vista o reconhecimento de uma realidade social que se sobrepunha e que urgia por amparo jurídico.

Nesse julgamento, o Judiciário, ao observar a omissão do Estado em solucionar o problema das mães presas, principalmente das gestantes e lactantes que sequer possuíam espaço adequado para ficar com seus filhos, resolveu agir e concedeu a ordem para as mães, inclusive modificando seu entendimento jurisprudencial sobre a concessão de *habeas corpus* coletivo⁴.

Por essas razões, somadas ao reconhecimento, pela Corte, na ADPF 347 MC/DF, de que nosso sistema prisional encontra-se em um estado de coisas inconstitucional, e ainda diante da existência de inúmeros julgados de todas as instâncias judiciais nas quais foram dadas interpretações dissonantes sobre o alcance da redação do art. 318, IV e V, do Código de Processo Penal (v.g., veja-se, no Superior Tribunal de Justiça: HC 414674, HC 39444, HC 403301, HC 381022), não há como deixar de reconhecer, segundo penso, a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento deste writ, sobretudo tendo em conta a relevância constitucional da matéria (STF, 2018, p. 29).

Importante frisar que após essa decisão histórica, foi sancionada a Lei n. 13.769, de 19 de dezembro de 2018, consolidando a evolução jurisprudencial e estabelecendo a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, disciplinando ainda o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação.

Posteriormente, na sessão realizada no dia 10 de outubro de 2020, a 2ª Turma do STF concedeu outro *habeas corpus* coletivo (HC 165704) a pais e responsáveis por crianças e pessoas com deficiência, determinando a substituição da prisão preventiva pela domiciliar aos que têm sob sua única responsabilidade a tutela de pessoas nessas condições, ao argumento de que o direito à prisão domiciliar deve ser examinado sob a ótica do melhor interesse das crianças ou das pessoas com deficiência.

⁴ Conforme será melhor explanado no Capítulo 2.3, o entendimento dos Tribunais Superiores era no sentido de não ser cabível o *habeas corpus* visando a defesa de direitos coletivos, exigindo que fosse realizada a individualização dos pacientes.

Percebe-se, portanto, que há uma transferência de poder político do Legislativo e do Executivo para o Judiciário, tendo Prieto Sanchís (2000, p. 119-120) chamado esse fenômeno de *onipresença judicial*, demonstrando uma supervalorização desse Poder, razão pela qual a judicialização da política tem ganhado notoriedade na atual conjuntura, uma vez que se tem observado a expansão do Judiciário, ante as decisões políticas proferidas pelos tribunais.

2.3 A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Considerando essa posição mais proativa do Poder Judiciário, faz-se necessário analisar como ocorre a justiciabilidade dos direitos humanos, se estão de fato sendo aplicados ou se vêm sendo menosprezados ante a estrutura burocratizada e massificada da sociedade contemporânea.

Sabe-se que os direitos humanos se organizam em três grupos: direitos políticos (participação do cidadão na sociedade e no governo, com o direito ao voto, à livre organização política e à liberdade de expressão), direitos civis (associados à integridade individual e a liberdade civil, como o direito de ir e vir, de privacidade, de propriedade, a liberdade religiosa) e direitos sociais (que visam garantir, coletivamente, maior igualdade e harmonia, como o direito à educação, à saúde e ao trabalho com remuneração digna).

Como explana o Manual Prático para Atuação em Direitos Humanos do Conselho Federal da OAB (2016), não foi difícil propagar essa ideia de direitos nos movimentos revolucionários do fim do século XVIII, pois os princípios da Declaração dos Direitos Humanos já estavam presentes no texto da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, o qual foi inspirado no movimento pela independência dos Estados Unidos e foi adotado pela Assembleia Nacional Constituinte da França revolucionária, que pretendia proclamar os "direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem". No entanto, observa-se que as estruturas sociais e políticas dificultam as mudanças necessárias para colocar em prática essa ideia de direitos, tendo em vista a exigência de modificações profundas nas esferas jurídicas e sociais, tendo essa dificuldade reflexos inclusive hodiernamente, principalmente no Brasil.

Assim, embora o Brasil não possua um efetivo sistema interno de direitos humanos, as instituições, os órgãos executivos de Estado, o poder legislativo e, especialmente, o poder judiciário devem compreender sua função diante da tarefa de dar validade social às normas atualmente carentes de eficácia.

Cabe, por fim, uma importante observação sobre o comportamento do poder judiciário a respeito da matéria: a aplicabilidade das normas de direitos humanos, em ações judiciais, não é devida apenas nos casos em que há a necessidade de utilizar o controle de constitucionalidade difuso ou o controle de convencionalidade –técnicas de solução de controvérsias onde há

conflito de normas. Sobretudo, as normas internas de direitos humanos (provenientes de TIDH ou não) gozam de independência para servir de fundamento jurídico para qualquer demanda onde se busque a reparação por um direito humano violado. A responsabilidade por dar efetividade a essa determinação é de cada magistrado e de cada colegiado provocado pelo advogado ou instituição representativa dos direitos individuais ou coletivos no país (Ministérios Públicos, Defensorias Públicas, Conselhos, ONG's, etc.). (OAB, 2016, p. 24-25)

A pesquisa do “Panorama de Acesso à Justiça no Brasil, 2004 a 2009” (Conselho Nacional de Justiça, Julho de 2011) evidencia a existência de uma seletividade no acesso à justiça, ainda que velada, tratando como desalento aqueles que não buscaram nenhum tipo de solução para seus conflitos, seja extra ou judicialmente:

Em vista disso, é oportuno reforçar que, se o Estado passar a agir de modo mais eficiente nos conflitos criminais poderá vir a ser mais demandado diretamente pela população, diminuindo os desalentados nessa esfera de conflito. Isso significa não apenas agir, mas demonstra a necessidade de o Estado em geral e o Judiciário em particular se apresentarem de modo mais incisivo como os grandes pacificadores desse tipo de conflito. Tal aspecto deve ser visto não apenas como uma questão de fortalecimento das políticas de segurança pública, mas também pelo reforço, do próprio Poder Judiciário, sobre qual é o seu papel na promoção da justiça criminal.

Aprofundando-se um pouco mais no perfil dos desalentados percebe-se, por exemplo, que seus rendimentos médios mensais são significativamente menores que o rendimento dos que agiram em prol das soluções dos seus conflitos. Enquanto o rendimento médio mensal daqueles que não buscaram solucionar seus conflitos é de R\$985,00 (gráfico 4), os que buscaram o PROCON e o Poder Judiciário, por exemplo, se aproxima de R\$1.500,00, cerca de 48% a mais. Essa realidade de desalento torna-se ainda mais significativa quando se leva em consideração que o custo financeiro associado a uma situação de conflito para os segmentos de menor renda é proporcionalmente mais oneroso para essas classes do que para aquelas de maior renda, situação que, a princípio, deveria impeli-los a buscarem mais as soluções e não menos.

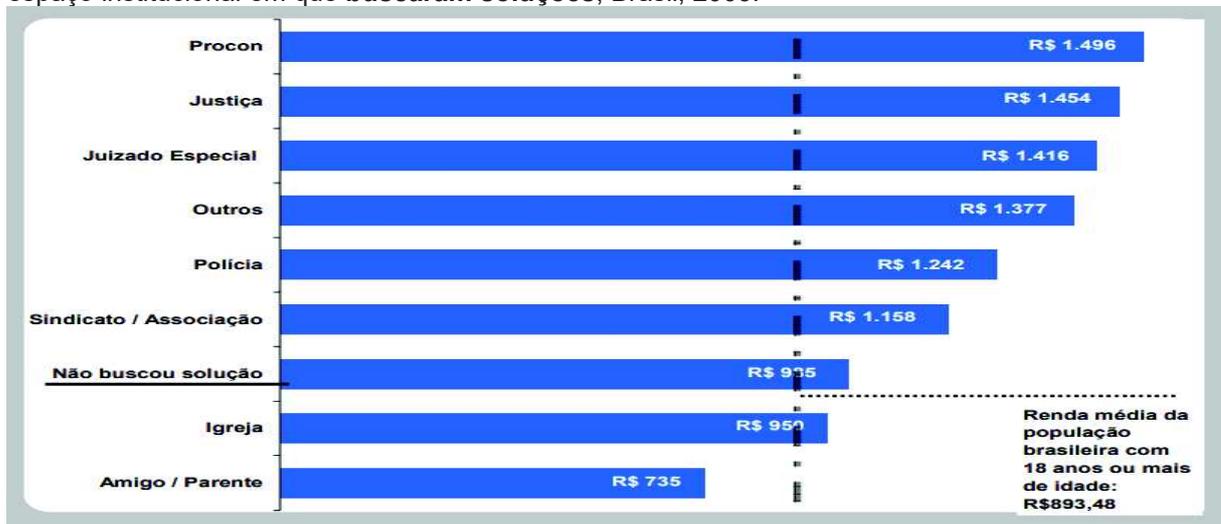
[..]

Outra evidência que corrobora tal argumento é a distância ainda maior entre as rendas médias dos que buscaram o Poder Judiciário e o PROCON e aqueles que não recorreram ao Estado, mas, sim, às relações do círculo de amigos, parentes e instituições religiosas. Embora se possa argumentar que tais agentes privados provavelmente foram procurados porque talvez os conflitos em questão não fossem tão graves, caso se tenha em mente o grau de resolutividade desses agentes para os principais tipos de conflito (criminal, trabalhista, consumerista, impostos, tributação e previdência), pode-se considerar que essas pessoas também são desalentadas, pelo menos em relação às instituições do Estado. Embora tal aspecto mereça investigações específicas que considerem o perfil laboral e educacional dos desalentados, ainda assim é possível argumentar que tal fenômeno tem relação com as condições sócio-econômicas. A relação entre condições de vida e capacidade de mobilização para a solução de conflitos é relevante em especial para reforçar a necessidade de o Estado repensar em que

medida se apresenta de modo eficiente frente àqueles que dele mais necessitam. (CNJ, 2011, p. 14)

Na figura a seguir observa-se que a renda média mensal dos chamados desalentos são significativamente menores daqueles que buscaram soluções dos seus conflitos:

Figura 1 - Renda média mensal das pessoas que vivenciaram conflitos entre 2004 e 2009, segundo o espaço institucional em que **buscaram soluções**, Brasil, 2009:



Fonte: CNJ. Panorama do acesso à Justiça no Brasil, 2004 a 2009, Gráfico 4, p. 15.

Este assunto também foi abordado pelo relator do habeas corpus 143.641, Ministro Ricardo Lewandowski:

É que, na sociedade contemporânea, burocratizada e massificada, as lesões a direitos, cada vez mais, assumem um caráter coletivo, sendo conveniente, inclusive por razões de política judiciária, disponibilizar-se um remédio expedito e efetivo para a proteção dos segmentos por elas atingidos, usualmente desprovidos de mecanismos de defesa céleres e adequados.

Como o processo de formação das demandas é complexo, já que composto por diversas fases - nomear, culpar e pleitear, na ilustrativa lição da doutrina norte-americana (Cf. FELSTINER, W. L. F.; ABEL, R. L.; SARAT, A. The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming. *Law & Society Review*, v. 15, n. 3/4, 1980), é razoável supor que muitos direitos deixarão de ser pleiteados porque os grupos mais vulneráveis - dentre os quais estão os das pessoas presas - não saberão reconhecê-las nem tampouco vocalizá-las. (STF, 2018)

Desta forma, se faz necessário discorrer sobre a justiciabilidade, que pode ser compreendida como a capacidade de ser discutido em juízo um bem jurídico, a qual deve ser compreendida como distinta do conceito de exigibilidade, conforme explica Liana Cirne Lins (2009) que define justiciabilidade como espécie da qual a exigibilidade é gênero, podendo essa dar-se contra inúmeras instâncias pelas mais diversas formas. A justiciabilidade, ainda de acordo com a autora, “caracteriza-se como forma específica de exigibilidade em juízo” (LINS, 2009, p. 52-53).

O Professor Malcolm Langford aponta que a onda de democratização e constitucionalização após a Guerra Fria, tomou uma direção diferente e conduziu à catalogação de muitos direitos econômicos, sociais e culturais justiciáveis em muitas constituições, citando o Brasil como exemplo de jurisdição que, conforme apontado por Piovesan, não utilizou a opção de trazer ações coletivas para ajudar no desenvolvimento da jurisprudência em decisão estratégica no caso HIV/AIDS:

No entanto, a onda de democratização e constitucionalização pós-Guerra Fria tomou uma direção diferente e levou à catalogação de muitos direitos econômicos, sociais e culturais justiciáveis em muitas constituições. Em algumas jurisdições, o direito de intentar ações coletivas (por exemplo, com uma organização de interesse público agindo como requerente) ajudou claramente o desenvolvimento inicial da jurisprudência (por exemplo, na África do Sul, Argentina e Venezuela), enquanto no Brasil, Piovesan observa que uma decisão estratégica de não usar esta opção foi tomada em litígios de HIV / AIDS (LANGFORD, 2009, p. 51, tradução nossa)⁵.

Logo, é possível concluir que o precedente de acolhimento do *habeas corpus* coletivo n. 143.641 pelo Supremo Tribunal Federal se apresenta de modo a superar tanto a arbitrariedade judicial quanto a sistemática exclusão de direitos de grupos hipossuficientes, típica de sistemas jurídicos que não dispõem de soluções coletivas para problemas estruturais, fazendo com que a justiciabilidade dos direitos humanos se torne mais acessível.

⁵ However, the post-Cold War wave of democratisation and constitutionalisation took a different direction and led to the cataloguing of many justiciable economic, social and cultural rights in many constitutions. In some jurisdictions, the right to bring collective actions (for example, with a public interest organisation acting as claimant) clearly assisted the initial development of the jurisprudence (for example, in South Africa, Argentina and Venezuela) while in Brazil, Piovesan notes that a strategic decision was made in HIV/AIDS litigation not to use this option.

2.4 A EVOLUÇÃO DE ENTENDIMENTO SOBRE O HC COLETIVO

A jurisprudência pátria havia consolidado o entendimento de que a urgência de processamento e solução do *habeas corpus* não se compatibiliza com a constatação de ilegalidades de forma coletiva e, muito embora não houvesse imposição legal, exigia que os pacientes estivessem inseridos em um mesmo contexto fático e processual que viabilizasse o seu exame sucessivo e particularizado, conforme se observa, exemplificativamente, das seguintes ementas dos Tribunais Superiores:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. DIREITO DE VISITA E OUTRAS IRREGULARIDADES NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL DE PRESIDENTE VENCESLAU/SP. NÃO CABIMENTO DE WRIT COM ROUPAGEM COLETIVA. FORMA DE REALIZAÇÃO DAS VISITAS. INVIABILIDADE DE MANEJO DE HABEAS CORPUS, EM REGRA, PARA TAL DISCUSSÃO. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE NA HIPÓTESE.

1. Não constitui o habeas corpus via adequada para análise de pleito deduzido em benefício de todos os presos de determinado estabelecimento prisional, sem a devida individualização dos pacientes, uma vez que não é cabível a impetração de habeas corpus visando a defesa de direitos coletivos.

2. Nos termos do entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, o direito de visita em unidade prisional destoa da finalidade constitucional do remédio heroico, uma vez que o objeto tutelado pelo habeas corpus é a liberdade de locomoção quando ameaçada por ilegalidade ou abuso de poder, sendo inviável, em regra, o manejo desta ação para questões concernentes ao direito de visitação do preso. Precedentes.

3. Ademais, "embora assegurado expressamente pela Lei de Execução Penal (art. 41, inciso X, da Lei n. 7.210/1984), o direito de visitação não possui caráter absoluto, sendo indevida sua sobreposição à disciplina interna garantidora da ordem nos presídios, devendo o interesse privado ceder espaço à primazia do interesse público" (HC 317.535/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/2/2016, DJe 26/2/2016), mormente quando devidamente justificada a forma de visitação realizada na hipótese, em que, por ser o estabelecimento destinado a líderes e membros ativos de facções criminosas, existem procedimentos de segurança mais rígidos, não estando configurado, ao menos ao que se tem dos autos, grave constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem.

4. Agravo regimental desprovido. (STJ, 2017)

Agravo regimental no habeas corpus. 2. Penal e Processual Penal. 3. Habeas Corpus coletivo em favor de todos os cidadãos que se encontram presos, ou que estejam na iminência de serem, para fins de execução provisória de pena decorrente de condenação confirmada em segundo grau. 4. Não há constrangimento ilegal na não inclusão em pauta das ADCs 43 e 44. 5. Justa causa nas prisões que são efetuadas. 6. Impossibilidade de

concessão de ordem genérica. Necessidade de análise de cada caso concreto. 7. Agravo regimental desprovido. (STF, 2019).

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, modificando seu entendimento jurisprudencial sobre a concessão de *habeas corpus* coletivo, decidiu no HC 143.641/SP, em efeito vinculante (ou seja, de observância obrigatória pelos Tribunais), apesar de não ser uma característica intrínseca deste tipo de ação, conceder a ordem a todas as mulheres grávidas, mães de crianças ou responsáveis por pessoas com deficiência, excetuando apenas as que tenham cometido crimes mediante violência ou grave ameaça, contra os próprios filhos, ou ainda em “situações excepcionalíssimas”.

Importante destacar que a legislação interna tem progredido no tocante à proteção dos direitos da mulher encarcerada, como se observa do Marco Legal da Primeira Infância (Lei n. 13.257/2016), o qual encontra raízes nas chamadas Regras de Bangkok, aprovada em dezembro de 2010, na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), que estabelece sobre as regras mínimas para tratamento da mulher presa e medidas não privativas de liberdade para as mulheres em conflito com a lei.

Todavia, mesmo com a alteração do art. 318, incisos IV e V, do Código de Processo Penal pela Lei n. 13.257/2016 (Estatuto da Primeira Infância), possibilitando a substituição de prisão preventiva por domiciliar para mães de crianças e gestantes, muitos casos concretos têm sido apreciados negativamente pelo judiciário.

Ademais, o estado inconstitucional de coisas que é o cárcere, reconhecido na ADPF 347 MC/DF, inviabiliza a efetivação do mínimo de dignidade humana, somando-se a isso a falta de uma metodologia específica que seja eficiente para garantir esta efetivação, denotando a falta de normas materiais que ajudam a dar efetividade às proteções.

Diante desse cenário, ao constatar a omissão do Poder Executivo em solucionar o problema das mães presas, principalmente das gestantes e lactantes que sequer possuíam espaço adequado para ficar com seus filhos, o que estava ferindo o princípio da intranscendência da pena, o STF resolveu agir e substituiu a

prisão preventiva pela domiciliar a todas as mulheres grávidas e mães de crianças de até 12 anos de idade ou com a custódia de pessoas com deficiência.

O voto condutor do Ministro Relator Ricardo Lewandowski pontuou que: “se existe um direito fundamental violado, há de existir no ordenamento jurídico um remédio processual à altura da lesão”, merecendo destaque os seguintes excertos:

Com efeito, segundo constatei no Recurso Extraordinário 612.043-PR, os distintos grupos sociais, atualmente, vêm se digladiando, em defesa de seus direitos e interesses, cada vez mais, com organizações burocráticas estatais e não estatais (Cf. FISS, O. *Um Novo Processo Civil: Estudos Norte-Americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004). Dentro desse quadro, a ação coletiva emerge como sendo talvez a única solução viável para garantir o efetivo acesso destes à Justiça, em especial dos grupos mais vulneráveis do ponto de vista social e econômico.

[...]

Como o processo de formação das demandas é complexo, já que composto por diversas fases - nomear, culpar e pleitear, na ilustrativa lição da doutrina norte-americana (Cf. FELSTINER, W. L. F.; ABEL, R. L.; SARAT, A. *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming*. *Law & Society Review*, v. 15, n. 3/4, 1980), é razoável supor que muitos direitos deixarão de ser pleiteados porque os grupos mais vulneráveis - dentre os quais estão os das pessoas presas - não saberão reconhecê-las nem tampouco vocalizá-las.

Portanto, tomando consciência da dificuldade de justiciabilidade dos grupos mais vulneráveis, especialmente as mulheres presas, o Ministro Relator passou então a interpretar dispositivos legais que dão embasamento para a possibilidade de concessão de *habeas corpus* na forma coletiva, demonstrando ser o remédio heroico flexível e estruturado e, portanto, eficiente e célere para combater as ameaças e lesões a direitos relacionados à liberdade, como o art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, que trata sobre a competência de juízes e tribunais expedir a ordem de ofício, e o art. 580 do mesmo Ditame que prevê a possibilidade de extensão da ordem, conforme é possível observar nos excertos que seguem:

Art. 580. No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.

[...]

Art. 654. O *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.

§1º A petição de *habeas corpus* conterá:

- a) o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exercer a violência, coação ou ameaça;
- b) a declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que funda o seu temor;
- c) a assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residências.

§2º Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal. (BRASIL, 1941)

O Ministro Dias Toffoli acrescentou ainda que, ao interpretar o art. 5º da Constituição, incisos LXVIII, LXIX e LXX, conclui-se que se o mandado de segurança é cabível quando não cabe o *habeas corpus* e cabe o mandado de segurança coletivo, então a Constituição prevê a possibilidade do *habeas corpus* coletivo:

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

[...]

LXVIII – 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;

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados (BRASIL, 1988)

O Relator Ministro Ricardo Lewandowski consignou também que, apesar de existirem outras ferramentas disponíveis para suscitar a defesa coletiva de direitos, como a ADPF, o conhecimento do *habeas corpus* não deve ser obstado, tendo em vista que o rol de legitimados daqueles instrumentos é mais restrito, o que dificulta o acesso à Justiça, principalmente de mulheres pobres e, sobretudo, presas como no caso em questão.

Quando se estreita o olhar para as mulheres em conflito com a justiça, percebe-se que a situação de abandono, confinamento e negligência a que são submetidas é intensificada pela violência de gênero, tendo em vista o esquecimento de que demandam atendimentos específicos, os quais ficam ainda mais

comprometidos quando as encarceradas estão grávidas ou são parturientes, uma vez que as demandas de cumprimento de direitos fundamentais dobram, já que envolvem de forma direta, mais de um sujeito de direitos em cárcere para que haja o mínimo de dignidade, conforme aponta Nana Queiroz (2017), que expôs a situação de mulheres em situação de privação de liberdade, do qual se destaca o seguinte relato:

A pequena Dariane-Ketelyn veio ao mundo com pressa. Foi um nascimento prematuro, um parto rápido, e uma saída-relâmpago da sala — quase como se fosse um apêndice retirado. Não se deu ao luxo de descansar do esforço de nascer no colo da mãe. Não deixaram nem que Gardênia segurasse a filha. Só consegui, de relance, conferir que era menina, como havia anunciado a médica.

“Até nisso é diferente a gente presa do que a gente solta. Solta, você pega seu filho, vê. E eu nem consegui olhar os dedos da mão e do pé, pra ver se não tava faltando nenhum”, ficou se repetindo.

Logo depois dessa inspecionada rápida, Gardênia foi algemada à cama novamente. O procedimento é comum para presas que dão à luz. A ativista Heidi Cerneka, uma americana de português quase impecável e fala pausada, que há treze anos trabalha com a causa da mulher presa no Brasil na Pastoral Carcerária, faz brincadeira com esse protocolo:

— Tem mulher que até dá à luz algemada na cama. Como se ela pudesse levantar parindo e sair correndo. Só homem pode pensar isso. Porque mesmo que ela pudesse levantar, qualquer policial com uma perna só andaria mais rápido que ela.

Heidi deixou Chicago há catorze anos, decidida a trabalhar com mulheres brasileiras. Começou com as garotas de programa, que eventualmente eram detidas por envolvimento com drogas e sempre reclamavam do abandono da mulher na cadeia. Foi checar a informação e nunca mais saiu dos presídios. Uma de suas causas mais fervorosas é o direito das mães (e dos bebês).

Como Gardênia, ela viu muitas. Conta que, certa vez — em 2009, ela crê — uma das alas maternas exclusivas estava lotada ao ponto de mães e bebês terem que se acomodar no chão.

— O berçário tinha 110 mulheres num espaço de quarenta e poucas. Tinha mãe que havia acabado de chegar do hospital, assim, pariu hoje de manhã, já recebeu alta no mesmo dia, e estava ali, dormindo no chão. E o bebê no chão junto com ela, claro.

A caridade geral varia de lugar a lugar. Em alguns, vale a ordem de chegada para definir quem dorme na cama e quem não. Em outros, a hierarquia de poder é que conta. Em outros ainda, felizmente para as grávidas, existe um código de caridade que faz com que as presas cedam seus lugares para que elas durmam com mais conforto. Também é comum que não recebam tratamento pré-natal. (QUEIROZ, 2017, p. 42)

Registre-se ainda que, com o julgamento do HC 143.641, a Corte Suprema conferiu efeito *erga omnes* (para todos) e vinculante a essa decisão, porquanto albergou todas as gestantes e mães de crianças ou com a custódia de pessoas com deficiência recolhidas no sistema prisional do país, razão pela qual, mantê-las

presas fora da exceção ditada no *decisum*, configura constrangimento ilegal, tendo o voto do relator deixado consignado que no caso de descumprimento, o instrumento cabível é o devido recurso e não a reclamação.

Importante assinalar que, apesar de ter reconhecido o cabimento do *habeas corpus* coletivo, a Suprema Corte limitou a legitimidade ativa por analogia à legislação referente ao mandado de injunção coletivo, tendo em vista a abrangência nacional desse tipo de decisão, nos termos do art. 12 da Lei 13.300/2016 que assim estabelece:

Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido:

I - pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis;

II - por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária;

III - por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial;

IV - pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal .

Parágrafo único. Os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria.

Portanto, ao limitar a legitimidade ativa do *habeas corpus* coletivo ao que prevê o art. 12 da Lei do Mandado de Injunção, por analogia, o Supremo garantiu a não banalização desse remédio heroico que tem por objetivo salvaguardar um dos bens mais preciosos do homem, que é a liberdade de locomoção do indivíduo, possibilitando uma maior abrangência da justiciabilidade dos direitos humanos, sem que ocasione congestionamento judicial, o que findaria por inviabilizar mais ainda o acesso à justiça.

3 A CRIMINOLOGIA SOB O ENFOQUE FEMININO

Faz-se necessário discutir sobre a estigmatização penal e o sistema penal, analisando o lugar da mulher dentro da estrutura social e das concepções criminológicas, a fim de compreender a estrutura que modela a sociedade e determina posições, inclusive de gênero.

Esse estudo é feito pela criminologia, a qual SHECAIRA (2012) define nos seguintes termos:

Estudo e a explicação da infração legal; os meios formais e informais de que a sociedade se utiliza para lidar com o crime e com os atos desviantes; a natureza das posturas com que as vítimas desses crimes são atendidas pela sociedade; e, por derradeiro, o enfoque sobre o autor desses fatos desviantes (SHECAIRA, 2012, p. 35).

Muito embora não exista uniformidade quanto ao surgimento da criminologia segundo padrões científicos, tendo muitos doutrinadores apontado Cesare Lombroso como o fundador da criminologia moderna, interessante o apontamento trazido por Camila Belinaso de Oliveira que adota como primeiro discurso criminológico científico o Martelo das Bruxas (ou das Feiticeiras) datado de 1487:

A ideologia medieval conduzida pelo Martelo das Bruxas ocultou as mulheres e produziu padrões desviantes construídos de forma seletiva para elas, que mantiveram um alto grau de determinismo biológico e social, ainda aplicado ao sistema criminal atual. (OLIVEIRA, 2017, p. 56)

Ao longo da história, a criminologia já teve diferentes enfoques e ofereceu diferentes explicações para seus objetos de estudos, tendo em vista o seu caráter interdisciplinar, sendo possível identificar como principais tendências a Criminologia Positivista ou Tradicional e a Criminologia Crítica ou da Reação Social.

A primeira aborda um discurso etiológico sobre o crime e a criminalidade, reconhecendo qualidades intrínsecas em determinados indivíduos que os fazem mais propensos à prática de delitos, tendo Cesare Lombroso como um dos principais idealizadores; já a segunda traz um discurso político sobre a criminalização, afirmando que esta condição depende de regras e valores

determinados historicamente, o que definiria classes de comportamentos e de pessoas (ESPINOZA, 2002. p. 47).

De Calazans et al (2016) consideram que o nascimento da Criminologia esteve vinculado ao conjunto de teorias que construiu, em fins do século XVIII, as falsas ideias científicas sobre a inferioridade racial e que as teorias sobre a criminalidades foram um exemplo evidente de racismo:

Na década de 1870, com a Escola Positiva Italiana, havia uma estreita vinculação entre teorias da raça que defendiam a tese absurda da inferioridade de negros e indígenas e as teorias da criminalidade que se ocupavam de definir suas causas a partir da análise dos indivíduos ou grupos selecionados pelo sistema penal. Logo, os criminólogos positivistas acreditavam existir uma criminalidade diferencial dos negros e indígenas, explicada/justificada com o argumento da inferioridade racial, ou seja, os afrodescendentes e os indígenas seriam mais criminosos porque mais inferiores que outros grupos raciais. (DE CALAZANS et al, 2016, p. 450)

Ao estudar o sexo feminino, a criminologia positivista concluiu que a mulher honesta seria o oposto da prostituta, “a prostituta se torna o exemplo de delinquente feminina, e a situação seria decorrente de uma inevitável predisposição orgânica à loucura” (MENDES, 2014, p.43).

Já a criminologia crítica, ao analisar o chamado desvio feminino, insere em “cada tipo de controle - informal e formal -, com uma função específica de acordo com o modelo de Estado e de sociedade, em razão da orientação político-econômica e dos interesses que dela derivam” (MIRALLES, 2015, p. 177).

Para FOUCAULT (1987), o fato de a prisão permanecer existindo, mesmo com críticas seculares (não diminui a taxa de criminalidade e causa altos índices de reincidência), dá-se porque ainda desempenha funções importantes na manutenção das relações de poder na sociedade moderna, sendo que a principal função desempenhada pela prisão é que ela permite gerir as ilegalidades das classes dominadas, criando um meio delinquente fechado, separado e útil em termos políticos:

A delinqüência, ilegalidade dominada, é um agente para a ilegalidade dos grupos dominantes. A implantação das redes de prostituição no século XIX é característica a respeito: os controles de polícia e de saúde sobre as prostitutas, sua passagem regular pela prisão, a organização em grande escala dos lupanares, a hierarquia cuidadosa que era mantida no meio da prostituição, seu enquadramento por delinqüentes-indicadores, tudo isso

permitia canalizar e recuperar, através de uma série de intermediários, os enormes lucros sobre um prazer sexual que uma moralização cotidiana cada vez mais insistente votava a uma semiclandestinidadade e tornava naturalmente dispendioso; na computação do preço do prazer, na constituição de lucro da sexualidade reprimida e na recuperação desse lucro, o meio delinqüente era cúmplice de um puritanismo interessado: um agente fiscal ilícito sobre práticas ilegais. Os tráficos de armas, os de álcool nos países de lei seca, ou mais recentemente os de droga, mostrariam da mesma maneira esse funcionamento da “delinqüência útil”; a existência de uma proibição legal cria em torno dela um campo de práticas ilegais, sobre o qual se chega a exercer controle e a tirar um lucro ilícito por meio de elementos ilegais, mas tornados manejáveis por sua organização em delinqüência. Esta é um instrumento para gerir e explorar as ilegalidades. (FOUCAULT, 1987, p. 306-307)

Nesse cenário, a criminologia feminista, que adquiriu maior desenvolvimento a partir dos anos 60, expôs o quanto as teorias criminológicas até então eram não só androcêntricas, como também sexistas, como afirma Carmen Hein de Campos, abordando Alda Facio, Rosalía Camacho e Vera Regina Pereira Andrade:

A principal contribuição do movimento de criminólogas feministas foi identificar que a tese da seletividade não contemplava, em sua origem, a desigualdade de gênero nos diversos grupos sociais. Ao excluir a especificidade do gênero mulher do seu objeto, a Criminologia Crítica excluía metade da população composta por mulheres. A ausência do feminino nas análises não permitia uma compreensão da conduta delitiva e do controle social geral. (FACIO e CAMACHO, 1993; ANDRADE, 1997 apud CAMPOS, 1998, p. 51).

Deve-se destacar que as mulheres não podem ser tratadas do mesmo jeito que os homens, mesmo na prisão, pois ao serem os presos tratados da mesma forma, não serão considerados "os bebês nascidos no chão das cadeias" (QUEIRÓZ, 2017, p. 19) e outras situações envolvendo a maternidade, a qual por si só já possui dificuldades intensas que lhe são inerentes mesmo em ambiente favorável, tornando-se praticamente um tormento na prisão, o que é refletido no filho e, conseqüentemente, na sociedade.

A criminologia feminista revelou que a proteção penal se destina, na verdade, à família e à maternidade (CAMPOS, 1998, p. 168), expondo o fator da opressão patriarcal, oferecendo novas aproximações e análises da criminalidade feminina.

Entretanto, nesse contexto de desenvolvimento do movimento feminista, suscitou-se a questão da mulher negra, inserida na sociedade num cenário de dupla discriminação, concernente à raça e ao gênero, uma vez que a mulher negra tinha

suas particularidades étnicas invisibilizadas pelas feministas que denunciavam apenas problemas da mulher ocidental, branca e de classe média, enquanto que no movimento negro, a mulher continuava sendo oprimida sexualmente (DE VASCONCELOS; DE OLIVEIRA, 2016).

LARRAURI (1991) afirma que a criminologia crítica, ao concentrar-se no surgimento do capitalismo, falha em explicar a opressão das mulheres, ignorando o patriarcado. A autora explica que a sociedade capitalista também oprime a mulher, porém esta opressão é produto da estrutura patriarcal.

Não obstante os estudos criminológicos anteriores ao feminista tenham ignorado as mulheres ao argumento de que os criminosos deveriam ser analisados de maneira idêntica, é possível verificar que o tratamento de fato é diferente, como denuncia Angela Davis (2018) ao afirmar que o poder regulador trata homens e mulheres de forma diferente e que as estruturas patriarcais e as violências inerentes a essas estruturas de dominação repercutem em formas de violência sobre as mulheres, fazendo com que os mecanismos de controle e de punição incidam de forma mais severa.

A autora afirma que a criminalidade masculina sempre foi considerada mais “normal” do que a criminalidade feminina, relatando que mulheres foram encarceradas em instituições psiquiátricas em proporções maiores do que nas prisões (DAVIS, 2018).

Há ainda a ideia de que a mulher criminosa apresenta um real perigo para a sociedade, mais do que os homens, pois poderia influenciar seus filhos e ainda encorajá-los a atitudes criminosas (STANTON, 1980, p.4).

Bastante elucidativas são as considerações trazidas por Diuana, Correa e Ventura (2017),

Trata-se, portanto, de um exercício da maternidade tensionado ao extremo por uma dupla ordem disciplinar: por um lado, uma ordem penal que reduz a mulher à condição de infratora que deve ser controlada e docilizada em nome da segurança social; e por outro, normas de gênero que têm na maternidade um dispositivo de distribuição de poderes e de controle dos corpos, da sexualidade e da vida das mulheres. Os mecanismos de punição, de recompensa e a manipulação de privilégios, característicos do penitenciário, ao se integrar a outras práticas de controle que as mulheres-mães realizam sobre si em função do cuidado e proteção dos filhos, aumentam o controle que a administração penal exerce sobre elas, intensificam assimetrias e vulnerabilizam concretamente estas mulheres,

violam seus direitos reprodutivos, expondo-as e a seus filhos a sofrimentos psíquicos e morais perante os quais têm limitados recursos para se defender. (DIUANA; CORREA; VENTURA, 2017, p. 743-744)

Diante dessas percepções, é possível asseverar que a mulher, quando autora de crimes, é punida de forma mais rigorosa, tendo em vista o estigma de que quando realiza uma mesma atividade criminosa que o homem, supõe-se um ataque à moral da sociedade, devendo-se considerar ainda que o impacto nocivo da prisão não age apenas sobre a presa, mas principalmente sobre sua família, especialmente se essa mulher tiver filhos.

3.1 O ENCARCERAMENTO FEMININO NO BRASIL

O Supremo Tribunal Federal, no *habeas corpus* n. 143.641, introduziu proteções que foram muito além das estabelecidas em 2016 pela Lei n. 13.257 (Estatuto da Primeira Infância) que havia concedido aos juízes ampla autoridade para determinar prisão domiciliar ao invés da preventiva quando incluiu gestantes e, também, mulheres e homens com filhos de até 12 anos no art. 318 do Código de Processo Penal.

Nesse julgamento, a Suprema Corte atribuiu efeito vinculante à decisão do *habeas corpus*, ressaltando apenas que a ordem é válida para quem não cometeu crimes mediante violência ou grave ameaça, contra os próprios filhos, ou ainda em “situações excepcionalíssimas”, fazendo com que a regra do art. 318 do CPP deixasse de ter um caráter subjetivo (dependendo da análise de cada magistrado), devendo ser aplicada imediatamente a concessão da ordem a essas mães presas.

Reforçando o entendimento do STF, o Superior Tribunal de Justiça, em 1º/10/2019, no RHC n. 113.778/RS, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, levado a julgamento pela Sexta Turma, afetou o processo ao exame da Terceira Seção que o julgou em 27/11/2019, decidindo que, antes mesmo de se analisar o cabimento da prisão domiciliar, deve-se verificar a possibilidade de substituição da prisão por outras medidas cautelares, tendo em vista a maior proteção da criança, conforme ementa que segue:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CUSTÓDIA PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. PRISÃO DOMICILIAR. MEDIDA DESPROPORCIONAL. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA DE CAUTELARES DIVERSAS. ORDEM CONCEDIDA.

1. A prisão preventiva possui natureza excepcional, sempre sujeita a reavaliação, de modo que a decisão judicial que a impõe ou a mantém, para compatibilizar-se com a presunção de não culpabilidade e com o Estado Democrático de Direito - o qual se ocupa de proteger tanto a liberdade individual quanto a segurança e a paz públicas -, deve ser suficientemente motivada, com indicação concreta das razões fáticas e jurídicas que justificam a cautela, nos termos dos arts. 312, 313 e 282, I e II, do Código de Processo Penal.

2. A seu turno, a custódia preventiva somente se sustenta quando, presentes os requisitos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal, se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão.

3. Haja vista o perigo de utilização do art. 318-A do CPP para, ao contrário da vontade clara da lei, manter a segregação cautelar de mulheres pela sua condição própria de mãe, sem observar se ela teria o direito à liberdade

direta ante a ausência do preenchimento dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, ou, se presentes, ante a possibilidade de substituição da cautela extrema por alguma das providências indicadas no art. 319 do CPP.

4. Sempre que o art. 319 for mais favorável, isto é, quando for possível, diante do caso concreto, a imposição de medida cautelar menos restritiva que a prisão domiciliar, deverá ser esta a opção hermenêutica a se adotar, em benefício da maior proteção à criança.

5. Embora as circunstâncias mencionadas pelo Juízo singular revelem a necessidade de algum acautelamento da ordem pública, não se mostram tais razões suficientes, em juízo de proporcionalidade, para manter a acusada sob o rigor da cautela pessoal mais extremada, sobretudo porque a quantidade de entorpecente apreendido (32,8 g de cocaína) não é muito elevada.

6. Conquanto a paciente faça jus à concessão da prisão domiciliar, consoante o disposto no art. 318-A do Código Penal, conclui-se, pela perspectiva da menor restrição à sua liberdade e pela interpretação pro infans, ser mais favorável à acusada e a sua prole a substituição da custódia preventiva por cautelares menos gravosas, tendo em vista que, afastado o motivo lançado pelo Tribunal de origem (prática do delito de tráfico pelo seu filho maior), resta apenas a quantidade de droga, como único fundamento usado na decisão de prisão preventiva.

7. Ordem concedida para, confirmada a liminar anteriormente deferida, substituir a custódia provisória da paciente por medidas cautelares alternativas, sem prejuízo de fixação de outras que o prudente arbítrio do Juízo natural da causa indicar cabíveis e adequadas, bem como de nova decretação da prisão cautelar se efetivamente demonstrada sua concreta necessidade. (STJ, 2019)

A orientação jurisprudencial foi consolidada pela Lei n. 13.769, de 19 de dezembro de 2018 que, entre outras deliberações, acrescentou os arts. 318-A e 318-B no Código de Processo Penal com a seguinte redação:

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

I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;

II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.

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

Deve-se observar que a lei mencionada restringiu ainda mais os casos em que os juízes podem legalmente submeter mulheres grávidas e mães à prisão preventiva, pois não previu a exceção de “situações excepcionalíssimas” citada pelo Supremo Tribunal Federal.

Frise-se que a alteração e os acréscimos feitos ao art. 318 do Código de Processo Penal buscam a garantia do desenvolvimento infantil integral, com o

"fortalecimento da família no exercício de sua função de cuidado e educação de seus filhos na primeira infância" (art. 14, § 1º, da Lei n. 13.257/2016).

No entanto, tem-se observado que alguns Tribunais têm dificultado a concretização deste entendimento, chegando a criar obstáculos, como, por exemplo, a falta de documentos e, mais comumente, o fato de a criança encontrar-se aos cuidados dos avós, conforme notícia Danilo Vital (2018), fundamentos estes muito distantes da ressalva citada pelo STF, fazendo com que mães de crianças e de pessoas com deficiência e ainda mulheres grávidas, acusadas de crimes não violentos, permaneçam atrás das grades, apesar do entendimento exposto pelos Tribunais Superiores e consolidado em Lei.

Esta discrepância vem sendo observada por alguns meios de comunicação, como já publicado por El País, em 12 de maio de 2019, na matéria intitulada "Mães presas apesar de proibição legal", consignando que:

Até setembro de 2018, juízes em alguns estados, incluindo Paraíba, Piauí e Maranhão, haviam aplicado a decisão da Suprema Corte em mais casos do que estimado inicialmente pelas secretarias. Mas em outros estados, os juízes praticamente ignoraram a decisão. Juízes do Rio Grande do Sul a aplicaram em 9% dos casos elegíveis estimados e, no Acre, apenas em 2%. Juízes em São Paulo, o estado com o maior sistema prisional do Brasil, a aplicaram em somente 46% dos casos estimados. (El País, 2019)

Outra matéria que abordou sobre o assunto foi a da Revista Exame "Duplamente punidas: quando mães de crianças têm a prisão domiciliar negada" que registrou que:

No último 20 de fevereiro, a decisão do HC coletivo no STF completou um ano. Mas uma série de pesquisas realizadas pelas mesmas entidades por trás do HC – algumas apresentadas aqui em primeira mão – prova que os juízes brasileiros ainda resistem em aplicar a lei, mantendo essas mães presas no regime fechado. (Exame, 2019)

Essa reportagem trouxe alguns exemplos de decisões que indeferiram os pedidos de prisão domiciliar a essas mães, que merecem ser colacionados:

Entre os principais argumentos para a negativa do recurso estão "juízos morais" sobre a competência da maternidade de mães encarceradas pelo tráfico e "se sua presença na vida dos filhos é benéfica ou não", como afirma Irene Maestro, pesquisadora do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC).

[...]

“O tráfico de drogas vem assombrando a comunidade ordeira, destruindo famílias”; “a acusada é reincidente na prática do crime de tráfico de drogas, não se revelando crível que agora passará a cuidar dos filhos”; “voltou a ser presa em flagrante pela mesma infração, revelando personalidade distorcida e incompatível com o exercício da maternidade”; e “A ré é condenada por tráfico e associação para o tráfico, o que comprova que sua filha estava sob os cuidados de alguém enquanto ela agia [...], ela traz consigo um considerável risco à infante, que fica exposta aos atos espúrios da genitora.”

[...]

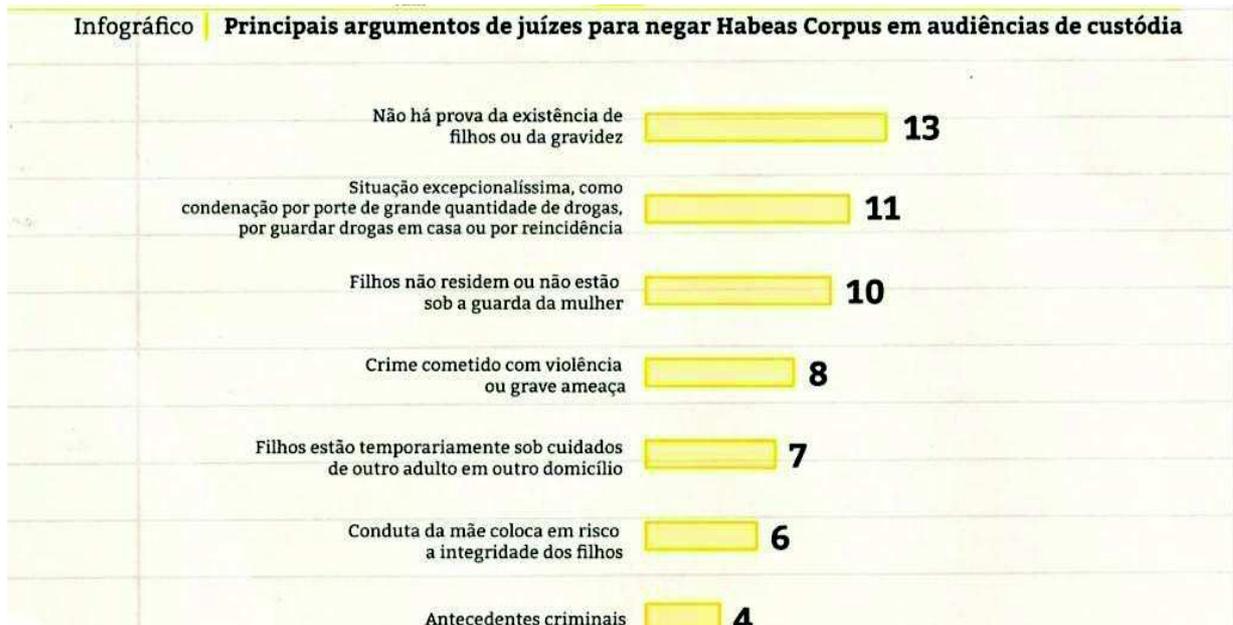
Outros argumentos dados por magistrados, de acordo com Irene, não são de responsabilidade da própria presa, como o caso de HCs negados por falta de prova da existência de filhos ou gravidez. “Ninguém anda na rua com uma certidão de nascimento ou com um pré-natal. É uma prova impossível, o HC já deixou claro que basta a palavra da mãe, mas eles invertem o ônus da prova”, explica.

[...]

Em muitos outros casos, a existência de outros familiares, principalmente mulheres, que poderiam cuidar dos filhos da acusada, já é motivo suficiente para garantir sua prisão preventiva. “Estão jogando o peso para outras mulheres, que não foram ouvidas e sequer estão no processo. Se existem essas (sic) familiares, o Judiciário tranquilamente dá uma canetada dizendo que o filho será cuidado por outra pessoa, porque entende que a mãe não é imprescindível”, diz. (Exame, 2019)

Inclusive a reportagem apresentou um gráfico em que aponta os principais argumentos dos juízes para negar os *habeas corpus*:

Figura 2 - Infográfico com principais argumentos de juízes para negar Habeas Corpus em audiências de custódia



Fonte: Ana Karoline Silano, Bruno Fonseca/Agência Pública, Exame, 2019

Mais recentemente, o Portal de Notícias G1 apresentou em seu “Monitor da Violência”, um levantamento sobre a quantidade mulheres que conseguiram ser beneficiadas pela decisão do Supremo Tribunal Federal, tendo apontado que:

Dados de levantamento do G1 são referentes a 16 estados e o Distrito Federal. A maioria, porém, não tem ideia de quantos pedidos foram negados – motivos para a não conversão em prisão domiciliar variam; rigor dos juízes, também. Os outros 10 estados não têm qualquer balanço de número de presas beneficiadas. (G1, 2020)

Com relação ao Estado de Rondônia, a reportagem apontou que:

Rondônia: o Tribunal de Justiça enviou dados referentes ao 2º grau de jurisdição e afirmou que os dados do 1º grau de jurisdição não são fidedignos e que não há campo estruturado para essa informação no sistema. Quanto ao 2º grau de jurisdição, o TJ-RO afirmou que houve 134 ações com pedidos de prisão domiciliar para presas com filhos menores de 12 anos distribuídas a partir de 20 de fevereiro de 2018. Desse total, 102 foram indeferidas e 24, deferidas. Cinco ações foram prejudicadas e três ainda não aguardam uma decisão. (G1, 2020)

Tendo em vista as frequentes situações em que se estabelece controvérsia relevante quanto à aplicação do instituto da prisão domiciliar a mulheres mães de filhos menores de 12 anos é que o presente estudo resolveu analisar os fundamentos dos indeferimentos dos pedidos de habeas corpus exclusivamente no Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia.

Em consulta ao sítio eletrônico do Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN foi possível acompanhar o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen que é “um sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro”, conforme informa o próprio site.

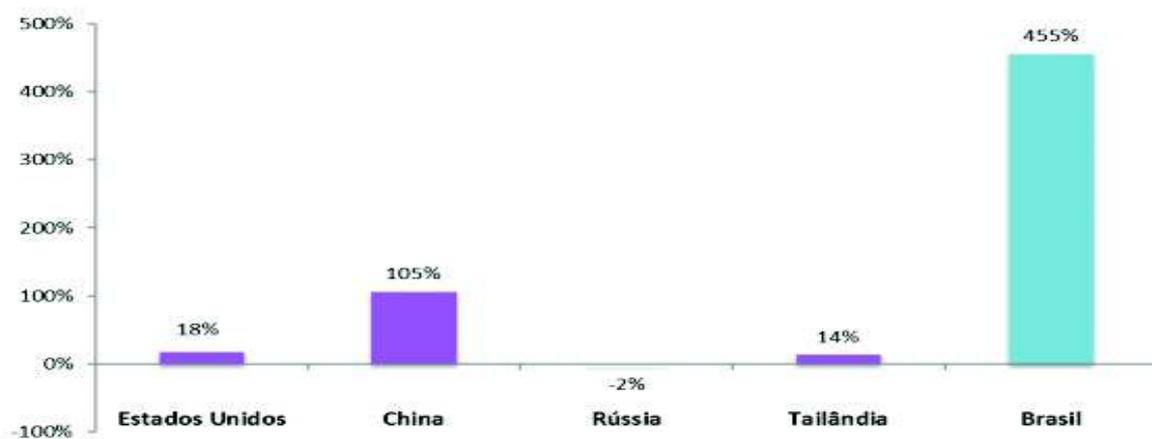
Conforme o Infopen Mulheres (2018), o Brasil encontra-se na quarta posição mundial dos países que mais encarceram mulheres no mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia em relação ao tamanho absoluto de sua população prisional feminina. Já em relação à taxa de aprisionamento, que indica o número de mulheres presas para cada grupo de 100 mil mulheres, o Brasil figura na terceira posição entre os países que mais encarceram, ficando atrás apenas dos Estados Unidos e da Tailândia.

Figura 3 - Informações prisionais dos países com maior população prisional feminina do mundo em 2014

País	População prisional feminina	Taxa de aprisionamento de mulheres (100 mil/hab)
Estados Unidos	211.870	65,7
China	107.131	7,6
Rússia	48.478	33,5
Brasil	42.355	40,6
Tailândia	41.119	60,7
Índia	17.834	1,4
Filipinas	12.658	12,4
Vietnã	11.644	12,3
Indonésia	11.465	4,4
México	10.832	8,8
Mianmar	9.807	17,9
Turquia	9.708	12,1

Fonte: INFOPEN Mulheres, 2018, p. 13

Figura 4 – Variação da taxa de aprisionamento entre 2000 e 2016 nos 5 países com maior população prisional feminina do mundo



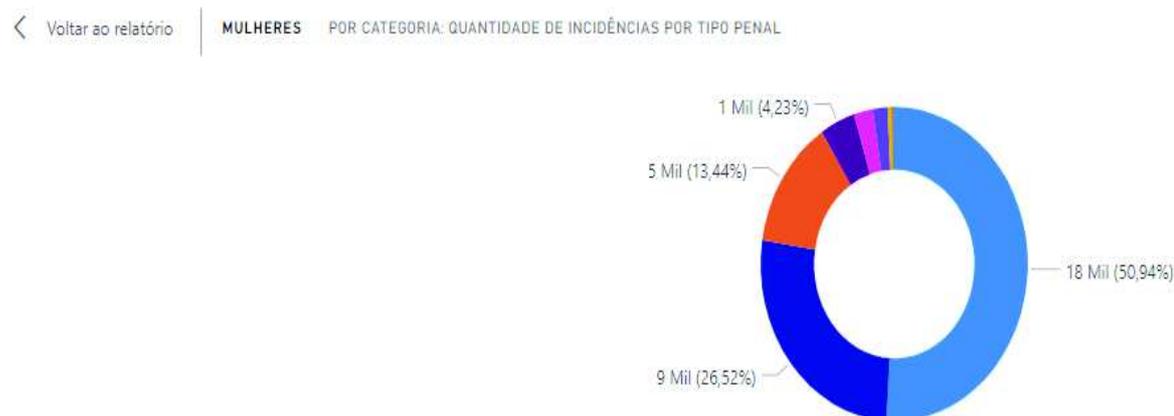
Fonte: Infopen Mulheres, 2018, p. 14

Consta no relatório detalhado do Infopen, realizado no período de julho a dezembro de 2019 (último apresentado quando da realização da presente pesquisa),

que havia o total de 748.009 presos nas unidades prisionais no Brasil, sendo 222.558 presos provisórios, ou seja, 29,75%. Especificamente no Estado de Rondônia, registrou-se o total de 13.611 presos, sendo 1.782 provisórios (13,09%). (INFOPEN, 2019)

Registrou ainda o total de 36.929 da população prisional feminina, estando 834 no Estado de Rondônia, sendo relevante destacar ainda que, a nível nacional, 50,94% das incidências das mulheres referem-se ao grupo de drogas, conforme o seguinte gráfico:

Figura 5 - Gráfico com quantidade de incidências femininas por tipo penal



Categoria: Quantidade de incidências por tipo penal	Mulheres
Grupo: Drogas (Lei 6.368/76 e Lei 11.343/06)	17506
Grupo: Crimes contra o patrimônio	9114
Grupo: Crimes contra a pessoa	4617
Grupo: Legislação específica (Outros)	1452
Grupo: Crimes contra a paz pública	789
Grupo: Crimes contra a dignidade sexual	616
Grupo: Crimes contra a fé pública	176
Grupo: Crimes contra a Administração Pública	60
Grupo: Crimes praticados por particular contra a Administração Pública	35

Fonte: Infopen, dezembro, 2019, p. 06

Neste Infopen foi apresentado um gráfico do encarceramento feminino, no qual é interessante observar que após o ápice em 2016, em que chegou a 41 mil presas, este quantitativo reduziu nos anos de 2017 e 2018, provavelmente como consequência das Leis n. 13.257/2016 e da decisão do Supremo Tribunal Federal. Contudo, em 2019 o quantitativo voltou a subir:

Figura 5 - Gráfico do encarceramento feminino



Fonte: Infopen, dezembro, 2019, p. 06

Conforme informações obtidas em 31/05/2019 para o presente estudo junto ao DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional, solicitadas pelo protocolo n. 08850002876201918, apesar da quantidade estimada, o DEPEN recebeu informações de 23 estados e do Distrito Federal de que no ano de 2018 houve 3.073 concessões de substituição de prisão preventiva por domiciliar para mulheres que atendiam aos critérios do HC 143.641, sendo que em Rondônia, foi informado que a estimativa indicada era de 62 concessões e até outubro de 2018 foram realizadas **60 concessões**.

Importante destacar que no relatório do Infopen apurou-se que, em Rondônia, existe apenas um estabelecimento com cela adequada para gestante e berçário, não havendo nenhuma unidade com creche (seção própria destinada a crianças a partir de 2 anos de idade, com espaço pedagógico), muito embora o art. 89 da Lei de Execuções Penais exija que prisões tenham seções especiais para gestantes e parturientes, além de creche para crianças maiores de 6 meses e menores de 7 anos.

O Conselho Nacional de Justiça possui um monitoramento da situação dessas mulheres submetidas ao sistema prisional brasileiro, porém limita-se a grávidas e lactantes, não havendo dados seguros sobre as demais mães de filhos menores de 12 anos ou com alguma deficiência, as quais também são abrangidas pela decisão do Supremo Tribunal Federal.

No cadastro do CNJ, é possível observar que desde a sua implantação em dezembro de 2017, o período em que mais houve mulher gestante e lactante presa foi em janeiro de 2018, totalizando 740. No entanto, tem-se verificado uma redução nesse número, principalmente no decorrer do ano de 2020, em que o maior quantitativo registrado foi no mês de fevereiro, constando 413 presas nessas condições.

Especificamente no Estado de Rondônia, o maior quantitativo apresentado foi nos meses de janeiro e setembro, ambos em 2018, em que constou 15 presas nessa situação, tendo-se observado uma grande redução desses dados a partir do mês de abril de 2020, após a entrada em vigor da Recomendação n. 62, de 17/03/2020, que recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo, como a reavaliação das prisões provisórias e concessão de saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto, principalmente de mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até 12 anos ou por pessoa com deficiência.

Entretanto, o entendimento que vem sendo adotado é no sentido de que a Recomendação 62 do CNJ não equivale à ordem imediata de soltura ou concessão de outro benefício, portanto, deverá ser apreciada a condição individual de cada caso concreto, podendo citar como exemplo o seguinte julgado do STJ:

A crise do novo coronavírus deve ser sempre levada em conta na análise de pleitos de liberação de presos, mas, ineludivelmente, não é um passe livre para a liberação de todos, pois ainda persiste o direito da coletividade em ver preservada a paz social, a qual não se desvincula da ideia de que o sistema de justiça penal há de ser efetivo, de sorte a proteger a coletividade contra os ataques mais graves aos bens juridicamente tutelados na norma penal (STJ, 2020).

Assim, percebe-se que a alegação de risco de contaminação pela Covid-19, por si só, não tem servido como fundamentação para autorizar o esvaziamento do cárcere, tendo em vista que o argumento de garantir a ordem pública tem predominado perante as Cortes de Justiça.

Nas decisões analisadas para o presente estudo, que serão tratadas no Capítulo 4, observou-se que os julgadores ressaltam que o sistema prisional vem adotando medidas preventivas, como a restrição de visitas, além de estar assegurado a assistência médica e, caso o preso apresente os sintomas da doença, será isolado e receberá atendimento adequado, o que tem sido utilizado para denegar os pedidos de *habeas corpus*.

3.2 A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA SOB O ENFOQUE FEMININO

O principal fundamento que enseja a denegação da substituição da prisão dessas mães por domiciliar é a garantia da ordem pública nos casos de acusadas pelo crime de tráfico de drogas, conforme será explanado no Capítulo 4, razão pela qual se torna relevante realizar um estudo sobre as mulheres e os grupos criminosos organizados, seja dentro ou fora dos presídios, a fim de compreender a tão alegada periculosidade, sopesando com os direitos assegurados aos seus filhos.

Tendo em vista, entre outros fatores, a sua complexidade que varia conforme a região, as atividades que desenvolvem e os diferentes autores, ainda não foi possível definir o fenômeno das facções que atuam nos presídios, surgindo o questionamento se estas seriam “organização criminosa” ou “organização de criminosos”, tendo Zaffaroni (1996) asseverado ser tarefa infrutífera tentar explicar os fenômenos que se categoriza como “crime organizado” pois a diversidade que essa categoria pretende abranger continua dispersa e carente de análise particularizada.

A Convenção de Palermo conceitua grupo criminoso organizado como sendo:

[...] grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material (PALERMO, 2000);

Já o art. 1º, § 1º, da Lei n. 12.850/2013, define organização criminosa nos seguintes termos:

Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional (BRASIL, 2013)

Não obstante a ausência de definição, trata-se de um caso paradigmático, como no caso do Primeiro Comando da Capital-PCC que consolidou o poder dentro e fora das prisões, ao gerir a população carcerária, tornando-se uma “instância

regulatória do mundo crime”, tendo nesta nova dinâmica prisional o “monopólio da violência” (DIAS, 2011, p. 217).

No 1º Estatuto do PCC, escrito em 1997, verifica-se uma indignação ao perceber-se que não buscam mais apoio de autoridade representativas da Justiça, formando um regramento de sobrevivência entre os próprios presidiários, a fim de que adquiram força suficiente para que possam efetivamente conquistar os direitos desprezados pelo Estado (DIAS, 2011, p. 204-205), o que foi inclusive reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal como “Estado de Coisas Inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro na ADPF 347 MC/DF.

Muito embora a ideia inicial do Primeiro Comando da Capital seja a união dos presos para se protegerem dos abusos sofridos pelo descaso com o sistema prisional, observa-se uma impessoalidade e submissão ao grupo, principalmente com relação às mulheres, tendo em vista que, apesar destas cumprirem papel essencial para o funcionamento do grupo, auxiliando como podem fora da prisão, principalmente mediando o compartilhamento de informações, os líderes são todos homens, conforme apontou a reportagem de Clara Cerioni na Revista Exame de 04 de fevereiro de 2017.

Não se verifica a atuação de mulheres na cúpula da organização, ainda que não seja possível atribuir uma hierarquia definida ao PCC, pois não possuem um modelo piramidal, mas celular, sendo a sintonia geral final a cúpula mais alta da organização criminosa que existe para definir as diretrizes gerais das ações que serão planejadas pela organização, sendo um tipo de estrutura que frequentemente sofre mudanças pontuais. É possível afirmar que isso se deve ao fato de que o PCC foi uma organização nascida no ambiente completamente masculino, sendo o protagonismo feminino tradicionalmente ligado aos papéis conservadores da sociedade (DIAS, 2011).

Em seu artigo intitulado “As noivas de Thock: Como o PCC lida com as mulheres”, Marie Declercq cita a seguinte explicação dada por Camila Dias:

O PCC tem um viés absolutamente conservador. Então há uma reprodução da estrutura social ou do papel que a mulher exerce na sociedade, no que diz respeito aos homens. Por isso que elas ocupam com menos frequência posições de liderança na organização (DIAS apud DECLERQ, 2016, n.p.).

De acordo com Karina Biondi (2018), a mulher é tida entre os presos como sua posse, sendo que a sua participação remonta aos primórdios da organização.

Drauzio Varella (2017) explana que nas penitenciárias femininas, as líderes são investidas de autonomia para dirimir pequenos conflitos internos, mas quando a questão é complexa, é necessário encaminhar a demanda aos seus superiores, que seria o comando centralizado da organização, composto apenas por homens.

Nana Queiroz (apud DECLERCQ, 2016) relata que "As lideranças que tem no sistema carcerário feminino acompanham a hierarquia do casamento do lado de fora", explicando que se a mulher presa for esposa de um homem com uma posição importante na organização criminosa, ela terá a mesma posição dentro do sistema carcerário.

Entretanto, não obstante não exerçam a liderança, o papel das mulheres nessas organizações é fundamental, pois seriam mensageiras e também administrariam as contas bancárias, possibilitando a articulação do grupo, razão pela qual a liberdade destas seria essencial (CERIONI, 2017).

Ainda que essas mulheres estejam em hierarquia mais baixa, os julgadores consideram apenas que estão inseridas no tráfico, mesmo que sejam apenas "mulas", razão pela qual entendem pela periculosidade e findam por manter a prisão para garantia da ordem pública.

O próprio STF já afastou a possibilidade de prisão domiciliar quando a prisão cautelar decorreu de acusação de a paciente integrar organização criminosa, se evidenciada a periculosidade da paciente, mesmo após o entendimento trazido pelo HC 143.641. Confira-se o julgamento do HC 176108:

HABEAS CORPUS ATO INDIVIDUAL ADEQUAÇÃO. O habeas corpus é adequado em se tratando de impugnação a ato de colegiado ou individual. PRISÃO PREVENTIVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. Decorrendo a custódia da prática do crime de integração a organização criminosa, relacionada ao tráfico de entorpecentes, a teor de interceptações telefônicas, tem-se dados a sinalizarem a periculosidade da envolvida, sendo viável a prisão preventiva. PRISÃO DOMICILIAR ARTIGO 318-A INADEQUAÇÃO. A existência de filho menor é insuficiente, por si só, a afastar a custódia, devendo-se observar os requisitos autorizadores da medida, versados no artigo 318-A do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 13.769/2018, o qual prevê a substituição da prisão preventiva, gênero, pela domiciliar, quando o agente for mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos, desde que o delito não tenha sido cometido com

violência ou grave ameaça ou contra filho ou dependente. Descabe acolhê-la quando usada a própria residência, na qual postula recolhimento, para guardar produtos de origem ilícita. (STF, 2019)

Não obstante essa decisão, deve-se compreender que o entendimento que vem sendo adotado pelos Tribunais Superiores é no sentido de que a criança precisa de preferencial atenção estatal, especialmente na primeira infância, como explana Osvaldo Capelari JR. e Nefi Cordeiro:

Faz-se necessária, portanto, uma breve digressão sobre a doutrina da absoluta prioridade em relação à criança, objeto do estudo, constitucionalmente extraída do art. 227 da CF, colhida da Convenção sobre os Direitos da Criança, devendo-se anotar, segundo a doutrina de KREUZ (2012, pg. 64) que houve uma mudança de paradigma no que se refere à constitucionalização dos direitos das crianças e dos adolescentes, passando-se de um contexto de primazia da chamada “Doutrina da Situação Irregular” à preponderância de uma nova perspectiva, a da Doutrina da Proteção Integral, estimulada pela agenda das Nações Unidas. (CORDEIRO; CAPELARI JR, 2016, pg. 183)

Relevante mencionar que a primeira infância é uma fase de importante formação do indivíduo, razão pela qual não pode ser negligenciada, devendo, portanto, as crianças cujas mães encontram-se reclusas terem seus direitos assegurados, conforme registrado no Marco Legal da Primeira Infância (Lei n. 13.257/2016).

Portanto, é certo que os interesses de crianças atingidos também são de suprema importância, não podendo ser reconhecidos como inferiores aos interesses da persecução penal e à necessidade de punição do delito.

Segundo pesquisa de Diuana, Correa e Ventura (2017), o encarceramento piora a situação financeira da família de muitas mulheres, além de fragilizar os vínculos e forçar a reorganização familiar, pois antes de serem presas, eram responsáveis pela família, pela criação dos filhos e a manutenção da casa.

Muitas dessas mulheres encontram dificuldades para referenciar os filhos no momento da prisão e a falta de ações ou políticas públicas que deem suporte a essas crianças que deixam de contar com os cuidados e a proteção materna faz com que, muitas vezes, elas sejam entregues para outras famílias sem qualquer acompanhamento ou proteção. (DIUANA; CORREA; VENTURA, 2017, p. 732)

Assim, ainda que esteja caracterizada a necessidade de garantir a ordem pública ante a periculosidade da conduta, o Estado precisa garantir meios para se verificar a situação da criança e o ambiente em que se encontra inserida, não podendo apenas encarcerar seu responsável legal e deixá-la desassistida. Deve-se compreender que o Estado passa a ter responsabilidade sobre essa criança cuja mãe encontra-se segregada.

4 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA E O HC 143.641

Diante destas constatações, o presente estudo busca analisar as decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia proferidas em *habeas corpus* cujos pedidos referiam-se às gestantes e/ou mães de crianças ou responsáveis por pessoas com deficiências nos anos de 2019 e 2020 que estivessem presas preventivamente (antes da condenação).

Saliento que não se busca aqui a análise do mérito dos julgamentos, muito menos formar juízo de valor às decisões, mas apenas levantar dados sobre as decisões, tais como a quantidade de deferimentos, indeferimentos e ainda reformas pelos Tribunais Superiores.

Para a coleta de dados, levantou-se o julgamento de 100 *habeas corpus* sobre o assunto em referência, que constaram nas atas de julgamento de ambas as Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça de Rondônia, no período de janeiro de 2019 a junho de 2020, sendo 56 julgados pela 1ª Câmara Criminal e 44 pela 2ª Câmara Criminal.

Registre-se que a análise se limitou aos pedidos de *habeas corpus*, pois, muito embora tenha se verificado a existência de outros pedidos que também tivessem como objeto mães presas, como os de agravo em execução, estes foram excluídos do estudo, tendo em vista que buscou-se observar apenas os casos de prisão preventiva, objeto do julgado do Supremo Tribunal Federal.

Também por este motivo, três *habeas corpus* não foram contabilizados (não estão dentre os 100 levantados), pois, não obstante o pedido seja a substituição da prisão por domiciliar em razão dos filhos menores de 12 anos, as pacientes encontravam-se em execução de pena condenatória.

Também não foram contabilizados os *habeas corpus* em que os filhos das pacientes contavam com 12 anos completos ou mais e, portanto, a Corte decidiu pelo não preenchimento do requisito do art. 318, V, do CPP.

Entretanto, contabilizou-se a apelação n. 0014360-73.2018.8.22.0501, pois deve ser compreendido como pedido de *habeas corpus* ainda que o pedido de substituição da prisão tenha ocorrido nas razões de apelação, haja vista que no dia 25 de outubro de 2018, ao reiterar a aplicabilidade do HC 143.641, o ministro

Lewandowski estendeu o benefício para mulheres que ainda não tivessem sentença definitiva, mesmo que condenadas em segunda instância, o que era o caso daquele processo.

Ressalvados esses casos, dos 100 *habeas corpus* julgados pelas Câmaras Criminais do TJRO referente à prisão preventiva de mães de crianças ou gestantes, verificou-se a concessão da ordem em dez pedidos, sendo que em apenas cinco deles a decisão referiu-se ao fato de a paciente ser mãe de criança, acompanhando o entendimento do Supremo Tribunal Federal, como no caso do *habeas corpus* que analisou o caso de Bruna⁶, que restou assim ementado:

Habeas corpus. Associação e Tráfico de drogas. Posse Irregular de Arma de Fogo. Prisão preventiva. Estatuto da Primeira Infância (Lei 13.257/16). HC Coletivo n.143.641/SP. Lei n. 13.769/18. Substituição por prisão domiciliar. Possibilidade. Filhos menores de 12 anos. Prova idônea de coabitação. Crimes em tese não praticados na residência. Ordem concedida.

O art. 318 - A e 318-B do Código de Processo Penal, com a modificação trazida pela Lei 13.769/18, permite a substituição da prisão preventiva em ergástulo, por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, de modo a satisfazer o princípio da proporcionalidade e proteção integral da criança. (TJRO, 2019)

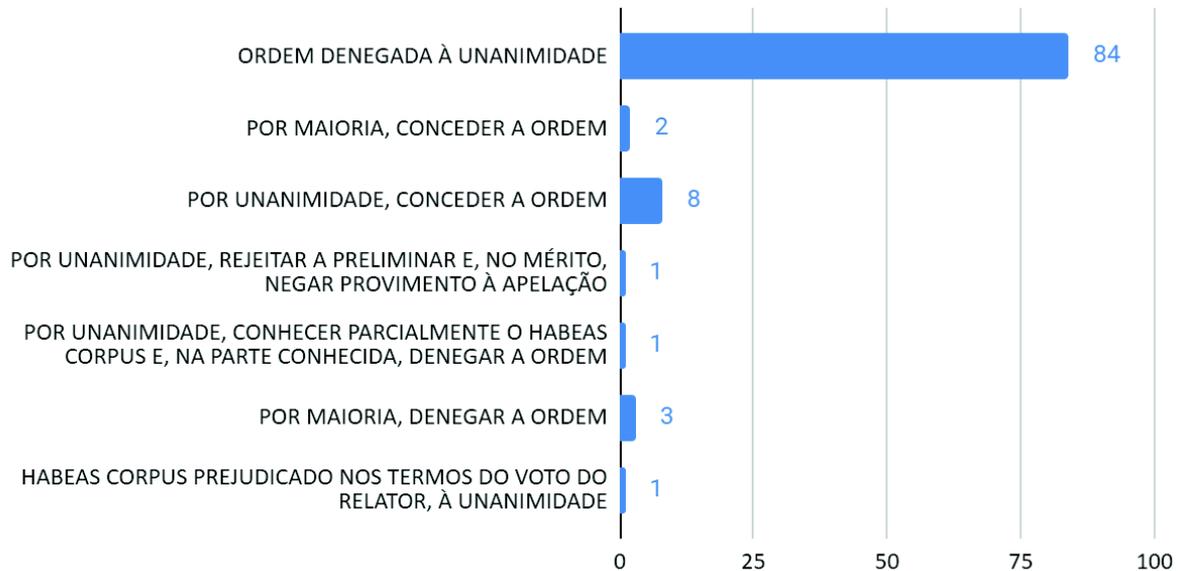
Importante registrar que nos demais casos de concessão da ordem, apenas verificou-se ser a prisão desnecessária, revogando-a, não tendo sido realizada a análise do pedido de substituição da prisão por domiciliar pelo fato da paciente ser mãe de criança. Ressalva-se o caso de Andrea, em que, muito embora a Corte tenha concedido a ordem por entender que não estavam presentes os requisitos para a prisão preventiva, o relator consignou que não houve comprovação da imprescindibilidade dos cuidados da paciente: “Todavia, no caso em análise, verificou-se que a paciente, embora tenha alegado possuir filhos com idades inferiores a 18 anos, não juntou aos autos as certidões de nascimento bem como não demonstrou que é pessoa imprescindível aos cuidados dos filhos” (TJRO, 2019).

Diante disso, segue o gráfico a fim de melhor visualização dos julgamentos destes *habeas corpus* pelas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia:

⁶ Todos os processos analisados são públicos, tendo os nomes das partes sido mantidos.

Figura 6 - Julgamentos nas Câmaras Criminais do TJRO de mães presas preventivamente

Julgamentos nas Câmaras Criminais do TJRO de mães presas preventivamente



Fonte: Gráfico elaborado pela autora com base nos dados do TJRO (2019-2020)

Nesta pesquisa, foram contabilizados 33 julgados em que o fundamento adotado para manter a prisão da paciente foi o de que não restou demonstrada a imprescindibilidade/indispensabilidade de seus cuidados para os filhos menores de 12 anos, pois as crianças encontravam-se sob a guarda de outra pessoa, sendo que em muitos dos casos (mais precisamente 27), as crianças estavam com as avós, como se pode observar da ementa que segue:

Habeas corpus. Art. 33 caput e art. 35 ambos da Lei 11.343/06. Incurção na prova. Via imprópria. Prisão preventiva. Requisitos. Medidas cautelares. Insuficiência. Gravidez. Incidência do art. 318-A do CPP. Aplicação do HC coletivo 143.641 julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Impossibilidade. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Ordem denegada.

A via estreita do habeas corpus não comporta a análise aprofundada da prova.

2. Havendo prova da materialidade e indícios de autoria, presentes estão os pressupostos da prisão preventiva, mormente quando a decisão se encontrar adequadamente fundamentada em elementos extraídos da situação fática que levam o magistrado a concluir pela necessidade da prisão.

3. Mantém-se a prisão preventiva da paciente que demonstra conduta incompatível com o estado de liberdade ao possuir envolvimento direto com o tráfico de drogas, utilizando a própria residência como ponto de venda de entorpecentes, estando em liberdade pela prática de outros crimes, revelando sua propensão à reiteração criminosa, podendo em liberdade

tornar a praticar atos ilícitos, cabendo, nestas circunstâncias, acautelarem a ordem pública de novas investidas e resguardar a aplicação da lei penal.

4. As inovações legislativas e jurisprudenciais com fundamento no art. 318-A do Código de Processo Penal, no HC Coletivo 143.641, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, não devem ser analisadas de forma genérica, mas caso a caso, de acordo com as circunstâncias pessoais da paciente e do fato, que, neste específico, demonstram a imprescindibilidade da manutenção da prisão cautelar em estabelecimento prisional.

5. O motivo de gravidez e de ser mãe de filho menor, por si só, não dá direito à liberdade provisória ou à prisão domiciliar, sobretudo quando não se comprovou qualquer excepcionalidade, bem como não estar recebendo os cuidados que sua condição requer, não se verificando, nestas circunstâncias, desrespeito à proteção integral da criança que está em seu ventre e do infante que se encontra aos cuidados da avó materna.

6. Eventuais condições pessoais favoráveis, por si só, não são suficientes a autorizar a concessão de liberdade provisória ou a revogação da prisão preventiva se presentes seus motivos ensejadores.

7. Ordem que se denega. (TJRO, 2020. Grifo nosso)

Um ponto bastante relevante que se apurou pela pesquisa é que em apenas doze casos dos *habeas corpus* analisados foi citado que as crianças se encontravam com os pais, em contrapartida aos vinte e sete que se encontravam com a avó, ressaltando-se o caso de Raquel, em que apenas uma das crianças encontrava-se com o genitor e a outra com os avós paternos, evidenciando a responsabilidade culturalmente estabelecida do cuidado das crianças à mulher.

Outro caso em que as crianças inicialmente estavam com o pai e posteriormente foram levadas aos cuidados da avó é o da paciente Márcia, em que o relator esclareceu que o NUPS (Núcleo Psicossocial) informou que os filhos estavam com o pai, porém posteriormente trouxeram nova informação de que as filhas menores de 12 anos teriam fugido da Casa de Acolhimento e que as encaminhou aos cuidados da avó materna:

Ademais, de acordo com o estudo psicossocial realizado, extrai-se que a equipe do NUPS constatou que os filhos adolescentes da paciente estão sob os cuidados do genitor deles, Sr. Vilmar, descrevendo ainda que, mesmo antes da prisão dela, o grupo de irmãos estavam expostos a diversos fatores de risco pessoais, familiares e sociais, sendo que, ainda após a prisão de Márcia, a equipe constatou situações de omissão e negligência às crianças, o que caracteriza risco e vulnerabilidade social (fls. 83/84).

Posteriormente vieram novas informações do NUPS, esclarecendo que o Sr. Vilmar relatou que as filhas menores de 12 anos de idade da paciente, sendo uma de 09 e outra de 03 anos de idade, estavam acolhidas na Casa de Acolhimento, mas que teriam fugido da instituição com a ajuda dos irmãos adolescentes, pois estariam sofrendo maus tratos, e que

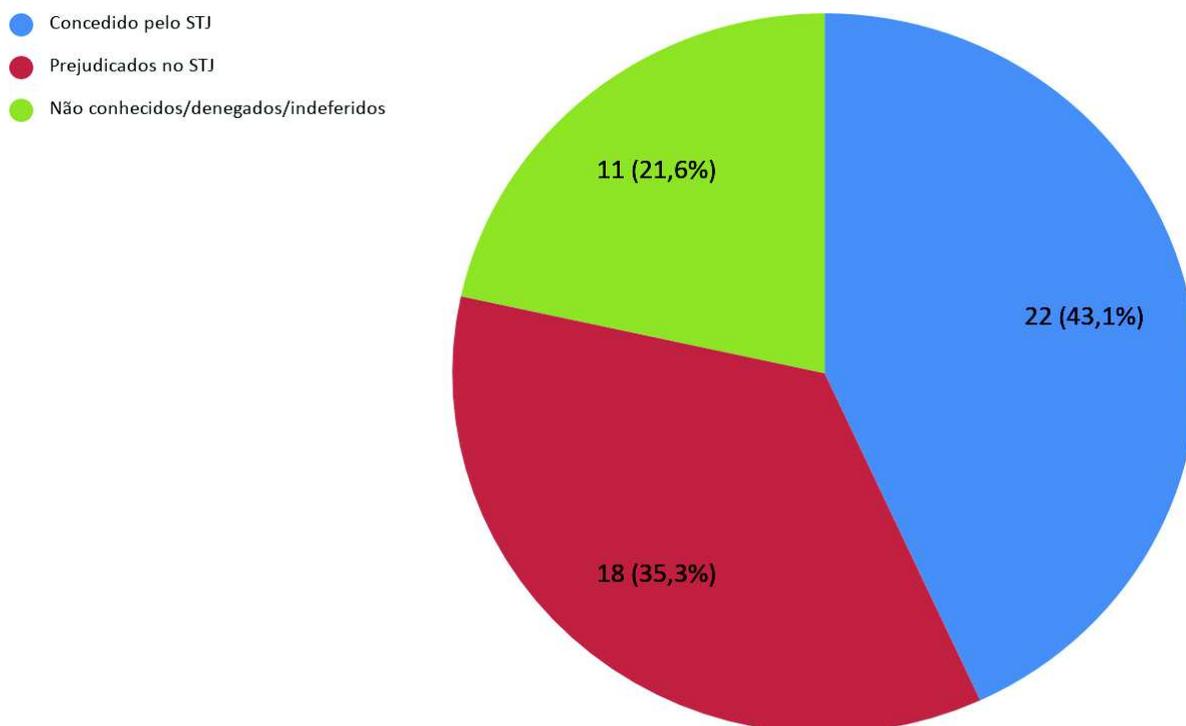
encaminhou as menores para os cuidados da avó materna em Cerejeiras, a qual teria ajuizado o pedido de guarda. (TJRO, 2019).

Demais disso, verificou-se que 51 destes pedidos foram submetidos a julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual reformou 22 destas decisões, concedendo a ordem, sendo que destas, apenas 02 decisões não adentraram na questão de a paciente ser mãe ou responsável de criança, pois considerou ser desnecessário o encarceramento preventivo (0000727-09.2019.8.22.0000 e 0002869-83.2019.8.22.0000) e, portanto, não substituiu pela domiciliar, mas sim revogou a prisão.

Portanto, as outras 20 concessões da ordem foram com o fundamento de que deve ser considerado que a regra geral de proteção da primeira infância pela presença materna sobrepõe-se à necessidade de segregação da genitora.

Observou-se ainda que dos *habeas corpus* analisados que foram submetidos ao STJ, 16 foram julgados prejudicados, por ter sido proferida sentença ou por ter o juízo *a quo* substituído a prisão, o que demonstra que a espera pela resposta do pedido pode demorar muito, a ponto de o caso já ter sido julgado pela Instância de origem.

Com isso temos o seguinte gráfico:



Fonte: Gráfico elaborado pela autora com base nos dados do STJ (2019-2020)

Outro fundamento bastante utilizado pelo Tribunal de Justiça de Rondônia para manter a prisão dessas mães, foi a de garantir a ordem pública em razão do delito em que são acusadas, porém, segundo o levantamento, a grande maioria dos casos denegados (80%) são acusações de delitos referente à Lei Antidrogas n. 11.343/06, tendo sido possível identificar que em 22 desses casos foi consignado que a paciente usava a residência para praticar o crime e, portanto, colocaria a vida das crianças em risco.

No entanto, levantou-se apenas o caso de Jorgiete, em que a acusação era de que o tráfico era praticado com envolvimento de criança, nos termos do art.40, inc. VI, da Lei 11.343/06, tendo o relator consignado que um dos filhos da paciente “foi flagrado na posse de entorpecente destinado à mercancia (sic)” (TJRO, 2019).

Entretanto, a orientação dos Tribunais Superiores é no sentido de que o fato de a mulher preventivamente privada de liberdade responder pela suposta prática do crime de tráfico de drogas não é elemento suficiente para impedir a concessão de prisão domiciliar.

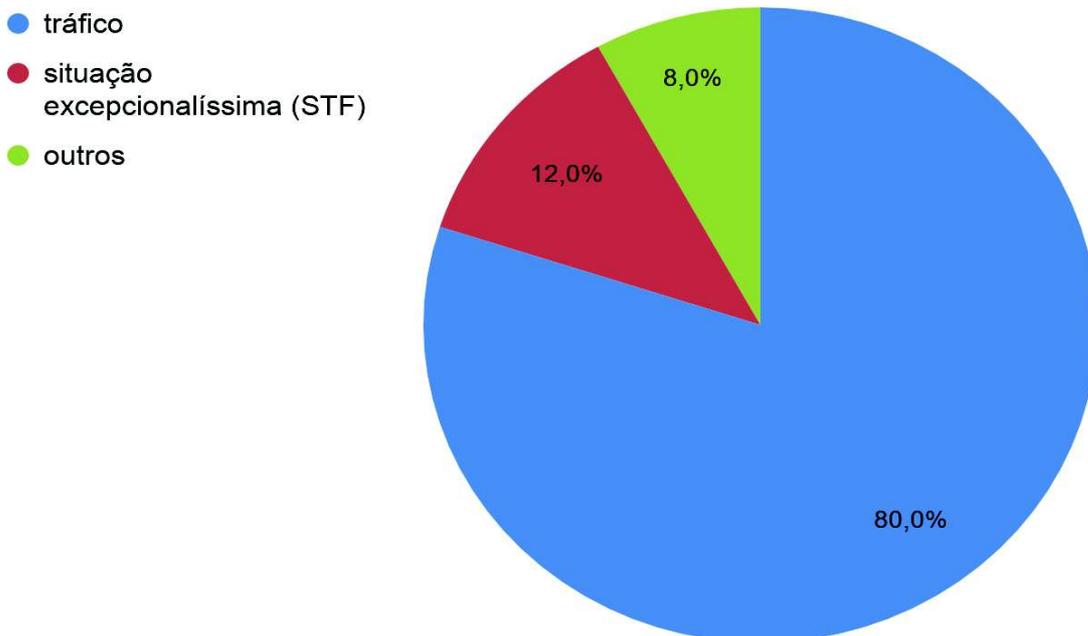
Nestes termos é a decisão monocrática, da lavra do Ministro Ricardo Lewandowski, proferida em 24/10/2018, no próprio HC 143.641/SP, na qual ficou consignado que:

Ademais, a concepção de que a mãe que trafica põe sua prole em risco e, por este motivo, não é digna da prisão domiciliar, não encontra amparo legal e é dissonante do ideal encampado quando da concessão do habeas corpus coletivo.

Outrossim, não há razões para suspeitar que a mãe que trafica é indiferente ou irresponsável para o exercício da guarda dos filhos, nem para, por meio desta presunção, deixar de efetivar direitos garantidos na legislação nacional e supranacional. (STF, 2018)

Desta forma, pode-se concluir que dos *habeas corpus* analisados, apenas 12 adotaram fundamento que se enquadravam nas hipóteses previstas no art. 318-A do Código de Processo Penal, ou seja, crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou crime cometido contra seu filho ou dependente, sendo **seis** por homicídio⁷; **três** por roubo⁸ e **três** praticados contra o próprio filho⁹.

Figura 8 - Porcentagem dos crimes analisados nos *habeas corpus* em estudo



Fonte: Gráfico elaborado pela autora com base nos dados do TJRO (2019-2020)

Oportuno observar que os *habeas corpus* das pacientes Aline, Tânia e Tainara, sendo que os dois primeiros são acusações de homicídio e o último de

7 0000552-15.2019.8.22.0000, 0000773-95.2019.8.22.0000, 0003860-59.2019.8.22.0000, 0005113-82.2019.8.22.0000, 0000812-58.2020.8.22.0000 e 0003023-04.2019.8.22.0000

8 0004072-80.2019.8.22.0000, 0000850-07.2019.8.22.0000 e 0803077-97.2020.8.22.0000

9 0003941-08.2019.8.22.0000, 0801910-45.2020.8.22.0000 e 0005748-63.2019.8.22.0000

roubo, foram submetidos a julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça e foram indeferidos com fundamento de serem crimes praticados com violência.

Importante destacar o caso de Maria Cristina em que o relator pontuou que: “a própria paciente agradeceu ao juiz por mantê-la segregada, uma vez que é usuária de drogas que não tem controle de seu vício, o qual poderia ocasionar a morte da criança que gera atualmente”, denotando que, nesse caso, foi priorizada a vida do feto a fim de controlar o vício da paciente com a prisão.

Não obstante os dados aqui apresentados, foi possível observar com a presente pesquisa que o Tribunal de Justiça de Rondônia tem envidado esforços para buscar meios de não deixar os filhos das presas desamparados, pois levantou-se que em 11 casos houve a determinação de realização de estudo psicossocial das crianças, a fim de averiguar em que condições estas se encontravam.

Porém, esta providência acabou esbarrando em problemas estruturais do órgão, como se pode verificar no julgamento do pedido de Marcela, em que o relator asseverou que:

Atento à circunstância central do *writ*, acerca da imprescindibilidade dos cuidados da paciente para os filhos menores de 12 (doze) anos, determinei a realização de estudo psicossocial quando da análise da liminar, todavia, em razão do *deficit (sic)* estrutural e pessoal do núcleo psicossocial, não foi possível sua realização. Em medida complementar, determinei a expedição de mandado para a constatação, via oficial de justiça, para verificar quem está a cuidar dos infantes descritos na inicial (TJRO, 2019).

Nesta perspectiva, não se pode ignorar a dificuldade na aplicação da hodierna orientação, pois verificou-se um dilema, tendo em vista que de um lado encontra-se o direito da sociedade em punir e reprimir um delito, enquanto do outro consta a especial proteção da família, reconhecida constitucionalmente como a base da sociedade, conforme prevê o artigo 226 da Constituição Federal, além da dignidade da pessoa humana, especificamente da criança cuja mãe encontra-se segregada, devendo haver uma ponderação entre todos esses princípios visando à busca constante e máxima da Justiça.

Bastante elucidativas as considerações trazidas pelo Ministro Sebastião Reis Júnior, quando concedeu a ordem no *habeas corpus* de Débora:

Nesse contexto, a despeito da bem traçada exposição de motivos no acórdão impugnado, **há que se considerar que os benefícios de se permitir a mãe dispensar aos filhos de tenra idade os cuidados necessários, sobrepõe-se à necessidade de segregação da genitora**, tomando por conta que a conduta em tese por ela praticada, qual seja, associação ao tráfico de drogas, não foi cometida com o emprego de grave ameaça ou violência, tampouco contra seus descendentes, preenchendo, assim, os requisitos legais para a substituição da prisão preventiva por domiciliar. É dizer: o conjunto de circunstâncias delineadores da moldura da paciente, não obstante os fundamentos da custódia cautelar, ajusta-se às diretrizes trazidas pela legislação vigente a fim de viabilizar-lhe a substituição da medida constritiva pela prisão domiciliar, nos termos do art. 318-A do Código de Processo Penal. (STJ, 2019. Grifo nosso).

O Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer o “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário nacional, já se manifestou sobre sua função diante da banalização da adoção de medida constritiva antes do trânsito em julgado da sentença condenatória:

Com relação aos problemas causados pela chamada “cultura do encarceramento”, do número de prisões decorrentes de possíveis excessos na forma de interpretar-se e aplicar-se a legislação penal e processual, cabe ao Tribunal exercer função típica de racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal de modo a minimizar o quadro, em vez de agravá-lo, como vem ocorrendo. Há dificuldades, no entanto, quanto à necessidade de o Supremo exercer função atípica, excepcional, que é a de interferir em políticas públicas e escolhas orçamentárias. Controvérsias teóricas não são aptas a afastar o convencimento no sentido de que o reconhecimento de estarem atendidos os pressupostos do estado de coisas inconstitucional resulta na possibilidade de o Tribunal tomar parte, na adequada medida, em decisões primariamente políticas sem que se possa cogitar de afronta ao princípio democrático e da separação de poderes (STF, 2015).

Nesse julgamento, o ministro Gilmar Mendes chegou inclusive a considerar um treinamento, com o intuito de reduzir a cultura do aprisionamento, buscando a conscientização dos magistrados, conforme se verifica do seguinte excerto:

Para reduzir a cultura do encarceramento, talvez fosse mais recomendável atuar no campo da formação, conscientizando os magistrados acerca do estado de coisas e de suas consequências. A ENFAM, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados pode ser chamada a protagonizar essa transformação, oferecendo treinamentos que contemplem a situação prisional e as medidas alternativas ao encarceramento. Por ora, não proporia a medida como ordem, mas pura sugestão ou recomendação. (STF, 2015)

Deve-se destacar a lição do jus-sociólogo e professor José Eduardo Faria que retrata no livro *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça* (1994) que as razões do descontentamento social, muitas vezes, originam-se do confronto entre o olhar leigo, as necessidades dos cidadãos e o excesso de barreiras provocadas pelo formalismo e pela estrutura de extrema burocracia instalada em nossa legislação.

Como se observou, 23,88% dos *habeas corpus* analisados pelo TJRO foram reformados pelo Superior Tribunal de Justiça, no entanto, o número de mulheres que conseguem acessar os tribunais superiores é reduzido, tendo um perfil elitizado.

Nancy Fraser, em seu artigo “Reenquadrando a Justiça em um Mundo Globalizado” (2009) ao incorporar três dimensões e níveis múltiplos de injustiça, explana o que entende por justiça em geral:

De acordo com essa interpretação democrática-radical do princípio do igual valor moral, a justiça requer arranjos sociais que permitam que todos participem como pares na vida social. Superar a injustiça significa dismantelar os obstáculos institucionalizados que impedem alguns sujeitos de participarem, em condições de paridade com os demais, como parceiros integrais da interação social. (Fraser, 2009, p. 07)

Desta forma, conforme a autora, para superar a injustiça deve-se dismantelar os obstáculos institucionalizados, como tentou fazer o Supremo Tribunal Federal no julgamento do *habeas corpus* n. 143.641, que concedeu a ordem de forma coletiva a todas as mulheres grávidas e mães de crianças de até 12 anos de idade ou com a custódia de pessoas com deficiência, substituindo a prisão preventiva destas pela domiciliar.

5 NOVAS BALIZAS PARA O ENCARCERAMENTO MATERNO

Sabe-se que a maternidade é consagrada como um estado natural para as mulheres, priorizando assim, culturalmente, os laços afetivos entre mãe e filho, gerando muitas vezes a ideia de responsabilidade exclusiva com a educação dos filhos.

Portanto, infere-se que as escolhas e oportunidades estão condicionadas a uma estrutura social, sendo relevante mencionar que a primeira infância é uma fase de importante formação do indivíduo, razão pela qual não pode ser negligenciada, devendo, portanto, as crianças cujas mães encontrarem-se reclusas terem asseguradas a mesma proteção.

Não se ignora que o fato de se tratar de uma grande conquista a criança ficar com a mãe e poder ser amamentada, ainda que na prisão, deve-se considerar que este é apenas um método paliativo para lidar com o problema de falta de planejamento, haja vista que os estabelecimentos prisionais femininos não levam em consideração as peculiaridades deste gênero. Isso gerou outros aspectos negativos, tendo em vista que tais singularidades ficam ainda mais comprometidas quando as encarceradas estão grávidas ou são parturientes, porquanto as demandas de cumprimento de direitos fundamentais dobram, já que envolvem de forma direta, mais de um sujeito de direitos em cárcere, configurando uma violação ao princípio da intranscendência da pena.

As prisões foram feitas para punir homens e, portanto, não estão preparadas para receber mulheres e muito menos os filhos que precisam acompanhá-las fazendo com que, conforme ensinamentos de Bourdieu (1983), prejudique seu desenvolvimento, pois acabam sendo privados da defesa de seus interesses prioritários e do desenvolvimento integral o que, conseqüentemente, agrava a desigualdade social.

Por esta razão, é importante que a situação prisional feminina seja observada de forma diferenciada, atentando-se para as suas peculiaridades, pois está refletindo nas crianças que podem acabar entrando em um processo ainda mais recrudescido de vulnerabilidade social, econômica e psicológica, passando a ostentar grandes chances de sofrer violências e também de adentrar o sistema socioeducativo.

Um dos embasamentos jurídicos para esta proteção especial é a revalorização de um princípio essencial ao Direito Penal, qual seja, o *princípio da personalidade, da intranscendência ou intransmissibilidade da pena*, tendo o Ministro Relator do HC 143.641, Ricardo Lewandowski, consignado em seu *decisum* histórico que “seguramente, mais de dois mil pequenos brasileirinhos, que estão atrás das grades, com suas mães, sofrendo indevidamente - contra o que dispõe a Constituição e contra o que dispõe o Direito positivo brasileiro - as agruras do cárcere” (STF, 2018).

Um importante documento do plano internacional são as chamadas Regras de Bangkok, aprovada em dezembro de 2010, na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), dispondo sobre as regras mínimas para tratamento da mulher presa e medidas não privativas de liberdade para as mulheres em conflito com a lei.

O ordenamento jurídico brasileiro garante o exercício da maternidade pela reclusa com a Lei nº 11.942/09, que assegura às mães presas e aos recém-nascidos, condições mínimas de assistência. Seguindo o mesmo sentido, a Lei nº 12.403/11 alterou o Código de Processo Penal e estendeu às gestantes e mães o direito à prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva, e, não se pode olvidar, da Lei nº 12.962/14, que assegura a convivência da criança e do adolescente com os pais privados de liberdade.

Percebe-se, portanto, que o panorama legislativo assegura a dignidade das mulheres grávidas e parturientes encarceradas ao estabelecer expressamente seus direitos humanos. No entanto, o estado inconstitucional de coisas que é o cárcere inviabiliza a efetivação do mínimo de dignidade humana, somando-se a isso a falta de uma metodologia específica que seja eficiente para garantir esta efetivação, denotando a falta de normas materiais que ajudam a dar efetividade às proteções.

Assim, muito embora se tenha observado, nos últimos anos, um incremento nas leis e atos normativos referentes ao sistema penal feminino, incluindo regras específicas à maternidade, demonstrando que a questão da mulher presa vem ganhando destaque no debate público, ainda há muitos casos de violação de direitos humanos no âmbito materno prisional.

Portanto, tratando-se de um problema macroestrutural, não se pode considerar a situação dos filhos cujas mães se encontrem no estabelecimento prisional de forma isolada, devendo-se considerar que quando a mulher é presa, enquanto núcleo da família, é necessário um atendimento multidisciplinar, ante a precariedade das relações interpessoais estabelecidas durante o cumprimento da pena, repercutindo no desenvolvimento dessas crianças, pois privados da defesa de seus interesses prioritários, o que, conseqüentemente, agrava a desigualdade social.

Desta forma, considerando a novel Resolução n. 369/2021 do CNJ que estabelece procedimentos e diretrizes para a substituição da privação de liberdade de gestantes, mães, pais e responsáveis por crianças e pessoas com deficiência, o presente estudo sugere um ato normativo local a fim de que seja criado um núcleo para fins do que prevê o art. 8º da Resolução, que dita:

Art. 8º Os tribunais, por meio do Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (GMF) e da Coordenadoria da Infância e da Juventude (CIJ), deverão:

I – estabelecer fluxo para rastreamento e acompanhamento das decisões que tratem da substituição de prisão preventiva, bem como da saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto;

II – sistematizar e divulgar os dados, decisões judiciais e informações correlatas ao objeto dos Habeas Corpus no 143.641 e 165.704, remetendo relatório ao DMF, trimestralmente.

Parágrafo único. Os GMFs e as CIJs poderão designar servidores ou magistrados, sem prejuízo de suas atribuições, para acompanhamento específico do cumprimento do disposto neste artigo. (CNJ, 2021)

Nesse núcleo que ora se sugere, também contaria com equipe multidisciplinar, dotada com psicólogos e assistentes sociais, a fim de atender ao que estabelece o art. 4º, inc. III, da mesma norma:

Art. 4º Incumbe à autoridade judicial, na análise do caso concreto e em cumprimento às ordens coletivas de habeas corpus concedidas pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal nos HCs no 143.641 e 165.704:

[...]

III – consultar a equipe multidisciplinar, a fim de colher subsídios para a decisão e para os encaminhamentos de proteção social necessários à pessoa apresentada e aos filhos, criança ou pessoa com deficiência que esteja sob sua responsabilidade. (CNJ, 2021)

Justifica-se a criação do presente núcleo, tendo em vista que, quando da análise dos *habeas corpus* neste estudo, verificou-se que em alguns casos,

conforme já apurado no Capítulo 7, houve a determinação de que fossem realizados estudos psicossociais, no entanto, isso causou tumulto na estrutura organizacional, tendo em vista que os juízos criminais não possuíam equipe multidisciplinar, tendo solicitado cooperação de varas especializadas ou até mesmo cooperação de órgão vinculados ao Poder Executivo, como conselhos tutelares, ou como no caso do *habeas corpus* n. 0802578-50.2019.8.22.0000 em que o relator determinou a expedição de mandado de constatação para que o oficial de justiça verificasse quem estaria responsável pelos cuidados das crianças.

A autora tomou conhecimento que o Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia recentemente adotou o procedimento na Comarca de Porto Velho de que o juízo, ao receber a notícia da prisão de mulher que seja mãe de crianças, acionará o Conselho Tutelar para que proceda com as medidas cabíveis de imediato, como o acompanhamento do núcleo familiar.

No entanto, mesmo assim ainda se verifica a necessidade de criação do núcleo ora indicado, tendo em vista a previsão no art. 4º, inc. III, da Resolução n. 369/2021 do CNJ, acima transcrito, o qual terá como finalidade apresentar subsídios para a decisão do juízo, além de possibilitar o acompanhamento das providências adotadas pelo Conselho Tutelar.

Desta forma, criando-se um núcleo dotado de equipe multidisciplinar, junto com o Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (GMF) e da Coordenadoria da Infância e da Juventude (CIJ), será possível o acompanhamento eficiente dos dados, possibilitando ainda estabelecer fluxos para melhor implementação das medidas previstas na Resolução, além de facilitar pesquisas e formação continuada, possibilitando a apresentação de cartilhas com dados concretos.

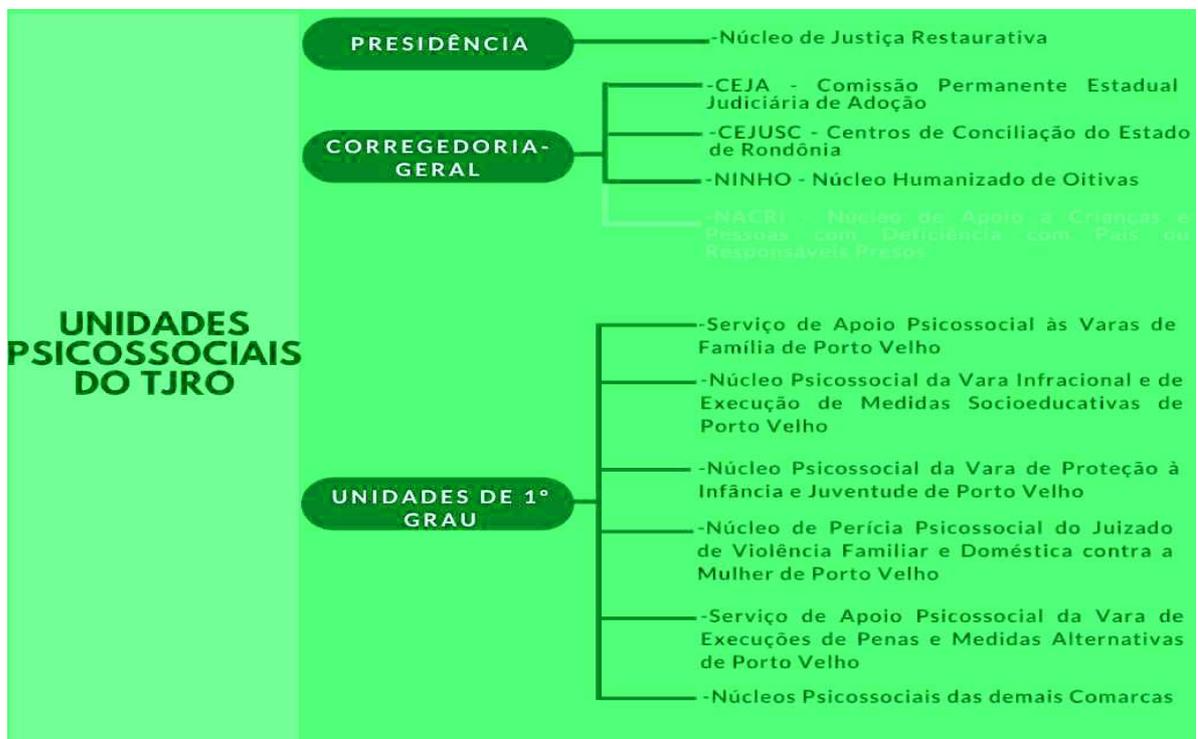
Por esta razão, uma proposta de Resolução instituindo o Núcleo de Apoio a Crianças e Pessoas com Deficiência com Pais ou Responsáveis Presos (NACRI) no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia encontra-se no apêndice desta pesquisa (Apêndice 1).

Cogita-se à ideia de unificar todos esses núcleos que tratem sobre assuntos psicossociais, no entanto, esta seria uma questão estrutural do Tribunal de Justiça, em que deverá ser realizado um levantamento da quantidade de demandas de cada

núcleo, relacionando-as com a quantidade de servidores capacitados, o que extrapola o objeto do presente estudo.

Assim, sugere-se que que o núcleo seja vinculado à Corregedoria-Geral, assim como ocorre com o Núcleo Humanizado de Oitivas - NINHO e a Comissão Permanente Estadual Judiciária de Adoção - CEJA, conforme o seguinte organograma:

Figura 9 - Organograma das unidades psicossociais do TJRO



Fonte: Elaborado pela autora com base nos dados do TJRO (2021)

No presente caso, busca-se demonstrar que urge a necessidade de haver uma equipe especializada em analisar o contexto familiar em que os responsáveis dessas crianças encontrem-se segregados à disposição da justiça, a fim de que não fiquem desamparadas, tendo em vista a inexistência de um setor específico sobre as situações ora demonstradas.

Ademais, o núcleo aqui sugerido não busca apenas a realização de estudo psicossocial, mas também o levantamento de dados, assim como o estabelecimento de fluxo para rastreamento e acompanhamento das decisões que tratem da substituição de prisão preventiva, bem como da saída antecipada dos regimes

fechado e semiaberto, o que, conseqüentemente, foge da esfera psicossocial, não se limitando, portanto, a isso.

6 CONCLUSÃO

Como foi possível observar, o Supremo Tribunal Federal, hodiernamente, tem adotado um protagonismo de decisões de grande repercussão social, o que se verificou no julgamento do *habeas corpus* n. 143.641 que conferiu proteção especial às presas grávidas ou mães de crianças de até 12 anos de idade ou com a custódia de pessoas com deficiência.

Fazendo uma abordagem sobre o positivismo, o qual serviu de fundamento para o fascismo e o nazismo, gerando como desafio para os juristas e sociedade recuperar os fundamentos éticos do direito, surgiu, assim, o que seria o novo paradigma jurídico, o pós-positivismo, segundo o qual, em sociedades pós-convencionais, o poder precisa ser justificado pela moral (expressada pelos valores e princípios historicamente produzidos).

Sabendo-se que no pós-positivismo fundamentar a decisão implica em justificar e explicar, uma vez que o juiz faz *juris prudentia* e não *juris scientia*, e que o direito não se impõe por sua força ou forma, mas pela sua fundamentação ética que deve apresentar razões convincentes para que ele seja obedecido, deve-se ter em mente que a forma adequada de fundamentação é a que prestigia a segurança (Estado de Direito) e a justiça (argumentação jurídica).

Assim, formou-se um ambiente intelectual e político favorável às intervenções judiciais, além de a configuração estrutural do Estado de Direito ter ampliado a esfera de atuação do Poder Judiciário, possibilitando, desta forma, a judicialização da política, a qual é mais abrangente que o ativismo judicial que seria um tipo de espécie daquela, em que ocorre a ampliação dos próprios poderes e se desdobra como ampliação de competências, a invalidação frequente de decisões de outros poderes e a atuação como ator político e intérprete moral da sociedade.

Assim, com o surgimento do movimento chamado pós-positivismo, exsurge a criatividade judicial, o engajamento do Estado na realidade e a avaliação valorativa dos conflitos, favorecendo as intervenções judiciais, a qual foi ampliada com as democracias contemporâneas que constitucionalizaram os direitos, promovendo uma judicialização da política, tendo Prieto Sanchís (2000, p. 119-120) denominado esse fenômeno de *onipresença judicial*.

Com o julgamento do HC 143.641 restou evidenciado o chamado protagonismo judicial, pois, mesmo já tendo sido reconhecido o estado inconstitucional de coisas do sistema penitenciário brasileiro, e, portanto, um violador sistêmico de direitos fundamentais, originado pela ineficiência dos Poderes Públicos, ainda se observava certa negligência perante o sistema carcerário, principalmente com as gestantes e lactantes que sequer possuíam espaço adequado para ficar com seus filhos, o que estava ferindo o princípio da intrascendência da pena.

Observa-se que após diversas tentativas infrutíferas de solução do problema pelos poderes Legislativo e principalmente Executivo, o Pretório Excelso resolveu agir, inclusive modificando seu entendimento jurisprudencial sobre o conhecimento de *habeas corpus* coletivo, concedendo a ordem para as referidas pacientes, o que findou sendo regulamentado pela Lei n. 13.769/2018 e mais recentemente pela Resolução n. 369/2021 do CNJ.

O presente estudo consignou ainda que, tendo em vista a dificuldade de implementação das ideias dos direitos humanos ante as estruturas sociais e políticas que exigem modificações profundas, mormente nas esferas jurídicas, muito embora possua amplo conjunto de normas abordando o assunto, submerge a necessidade de discutir a justiciabilidade desses direitos.

Observou-se que essa dificuldade no acesso à justiça tem se demonstrado, ainda que despropositadamente, seletiva, considerando o resultado da pesquisa do “Panorama de Acesso à Justiça no Brasil, 2004 a 2009” (Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Julho de 2011) que apontou que os rendimentos médios mensais dos que não buscaram nenhum tipo de solução para seus conflitos (desalentados) são significativamente menores que os dos que agiram em prol das soluções dos seus conflitos.

Assim, o STF modificou seu entendimento sobre o conhecimento de *habeas corpus* coletivo, ao consignar que esse remédio heroico não poderia ser obstado, tendo em vista a dificuldade de acesso à Justiça, principalmente de mulheres pobres e, sobretudo, presas, como no caso em questão, tendo este *decisum* ainda, conferido efeito vinculante, pois a ordem foi concedida a todas as gestantes e mães

de crianças ou com a custódia de pessoas com deficiência recolhidas no sistema prisional do país, independente de terem judicializado um pedido.

É imprescindível que, diante dos argumentos expostos, haja uma conscientização sobre a justiciabilidade dos direitos humanos, notadamente considerando que estes direitos são conferidos a minorias que, evidentemente, possuem embaraços no acesso à justiça.

Desta forma, o reconhecimento de uma realidade social que urgia por amparo jurídico se sobrepôs aos problemas de pertinência e de interpretação, impondo-se uma fundamentação ética que superou as regras positivadas ao se observar a moral (expressados pelos valores e princípios).

O que se infere da análise entre os julgamentos proferidos pelo Tribunal de Justiça de Rondônia e os do Superior Tribunal de Justiça, é que o TJRO vem denegando as ordens de *habeas corpus* com fundamento na gravidade do delito.

No entanto, ao se analisar as decisões reformatórias do STJ, deve-se considerar que este argumento constitui motivação idônea para o decreto da prisão preventiva, como garantia da ordem pública, tornando incabível a concessão da liberdade provisória. Porém, quando se trata de mãe de criança presa, deve ser dado tratamento processual à mãe infratora haja vista a proteção prioritária à criança, razão pela qual, o argumento da garantia da ordem pública pela gravidade do delito não impede a concessão de prisão domiciliar, que também é um tipo de custódia cautelar.

Surge-se ainda o questionamento, a quem cabe o ônus da prova da imprescindibilidade dos cuidados dos filhos, pois o que se infere da decisão do STF é que essa imprescindibilidade da mãe aos filhos é presumida, não havendo, portanto, necessidade de prova, ao contrário do que ocorre no caso do homem, que deve comprovar ser o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos, conforme interpretação dada ao art. 318 do CPP.

Portanto, com o presente estudo, foi possível observar os dilemas que os Tribunais de Justiça vêm enfrentando, detalhadamente quanto ao Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, em que, a despeito das bem traçadas fundamentações apresentadas, ainda mantém o entendimento de ser necessária a segregação da genitora, apenas com base na conduta em tese por ela praticada,

sobrepondo-se aos benefícios de se permitir a mãe dispensar os cuidados necessários aos filhos de tenra idade, o que contraria o posicionamento firmado pelos Tribunais Superiores.

Tendo em vista todo o exposto, foi possível concluir que um núcleo de apoio psicossocial poderia contribuir para assegurar com maior dignidade e respeito o que a norma garante para as mães e filhos, dando mais segurança aos magistrados ao deliberar sobre esses tipos de pedidos de substituição da prisão por domiciliar.

7 REFERÊNCIAS

BAHIA, Charles Nunes. **POSITIVISMO JURÍDICO E NAZISMO: a superação do mito** LEGAL POSITIVISM AND NAZISM: overcoming the myth. Disponível em: <https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-filosofia-do-direito-e-intersubjetividade/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/138/3.04%20-%20POSITIVISMO%20E%20NAZISMO.pdf>. Acesso em: 04 jun 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Revista Jurídica da Presidência, v. 12, n. 96, p. 05-43, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Themis: revista da ESMEC, v. 4, n. 2, p. 13-100, 2016. Disponível em: <http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/viewFile/241/232>. Acesso em: 07 maio 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto**. Neoconstitucionalismo em perspectiva. Viçosa: UFV, 2014. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/05/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 07 maio 2021.

BIONDI, Karina. **Junto e misturado: uma etnografia do PCC**. Editora Terceiro Nome, 2018. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=KuVgDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT4&dq=pcc+mulher&ots=Nw68eDiqDd&sig=sTCviskYms9xjFC6kteCddHhX1U#v=onepage&q=pcc%20mulher&f=true>. Acesso em: 19 set. 2019.

BOURDIEU, P. **Gostos de Classe e Estilos de Vida**. In: Sociologia (organizador [da coletânea] Renato Ortiz; tradução de Paula Montero e Alicia Auzmendi). São Paulo: Ática, 1983.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Panorama do acesso à justiça no Brasil, 2004 a 2009**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/69f08fa6be2b411e6566b84bdc1d4b5a.pdf>. Acesso em: 20 ago. 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, Conselho Nacional de Justiça – 1. Ed – Brasília. 2016. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caa6086.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes**. Disponível em: https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=f63a2001-ec5f-4d71-b81c-49e46f95e6f3&sheet=6fff7a89-4517-47d8-91b2-9f905c57b58f&lang=pt-BR&opt=cursel&select=NUM_ANO_MES_REF,43983. Acesso em: 16 nov. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 369, de 19.01.2021**: Estabelece procedimentos e diretrizes para a substituição da privação de liberdade de gestantes, mães, pais e responsáveis por crianças e pessoas com deficiência, nos termos dos arts. 318 e 318-A do Código de Processo Penal, e em cumprimento às ordens coletivas de habeas corpus concedidas pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal nos HCs no 143.641/SP e no 165.704/DF. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original22125020210125600f4262ef03f.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2021.

_____. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 fev. 2021.

_____. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 20 fev. 2021.

_____. **Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo). Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 19 set. 2019.

_____. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em: 01 mar. 2021.

_____. **Lei n. 12.850/2013, de 02 de agosto de 2013**. Define organização criminosa. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm. Acesso em: 19 set. 2019.

_____. **Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016.** Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm. Acesso em: 20 fev. 2021.

_____. **Lei n. 13.769, de 19 de dezembro de 2018.** Altera o Código de Processo Penal, a Lei de Execução Penal e 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: Presidência da República. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/30753434/publicacao/30753796>. Acesso em: 21 abr. 2020.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, Período de referência: julho de 2019 a dezembro de 2019.** Disponível em: <http://dados.mj.gov.br/dataset/f9ebf1f1-8d27-4937-b330-f29b820dca87/resource/225de757-416a-46ab-addf-2d6beff4479b/download/copia-de-dadosformularios-jan-jun2019.xlsx>. Acesso em: 20 fev. 2020.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres – 2ª edição / organização Thandara Santos; colaboração Marlene Inês da Rosa... [et al.]. – Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.**

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). **RHC 113.778/RS.** Tráfico de drogas. Custódia preventiva. Art. 312 do CPP. Periculum libertatis. Prisão domiciliar. Medida desproporcional. Adequação e suficiência de cautelares diversas. Ordem concedida. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 27 de novembro de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201901628619&dt_publicacao=17/12/2019. Acesso em: 26 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **AgRg no HC 370.669/SP.** Execução penal. Direito de visita e outras irregularidades no estabelecimento prisional de presidente venceslau/sp. Não cabimento de writ com roupagem coletiva. Forma de realização das visitas. Inviabilidade de manejo de habeas corpus, em regra, para tal discussão. Ausência de flagrante ilegalidade na hipótese. Relator: Min. Antonio Saldanha Palheiro, 24 de outubro de 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=370669&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR. Acesso em: 20 fev. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Habeas corpus 499.389 - RO.** Habeas corpus. Crime descrito no art. 35, caput, c/c o art. 40, v, ambos da lei n. 11.343/2006. Prisão preventiva. Substituição pela prisão domiciliar. Genitora de

menores de 12 anos. Incisos III e V do art. 318 do CPP. Possibilidade. Orientação do STF. Princípio constitucional de proteção integral à criança. Constrangimento ilegal configurado. Parecer acolhido. Liminar confirmada. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 23 de abril de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=94882261&tipo_documento=documento&numero_registro=201900775028&data=20190424&formato=PDF. Acesso em: 26 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas corpus n. 143.641/SP**. Habeas corpus coletivo. [...] Mães e gestantes presas. [...] Mulheres grávidas ou com crianças sob sua guarda. Prisões preventivas cumpridas em condições degradantes. Inadmissibilidade. Privação de cuidados médicos pré-natal e pós-parto. Falta de berçários e creches. [...] Ordem concedida. Extensão de ofício. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 20 de fevereiro de 2018. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%20143641%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 20 fev. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas corpus 154322 AgR**. Agravo regimental no habeas corpus. 2. Penal e Processual Penal. 3. Habeas Corpus coletivo em favor de todos os cidadãos que se encontram presos, ou que estejam na iminência de serem, para fins de execução provisória de pena decorrente de condenação confirmada em segundo grau. 4. Não há constrangimento ilegal na não inclusão em pauta das ADCs 43 e 44. 5. Justa causa nas prisões que são efetuadas. 6. Impossibilidade de concessão de ordem genérica. Necessidade de análise de cada caso concreto. 7. Agravo regimental desprovido. Relator: Min. Gilmar Mendes, 15 de fevereiro de 2019. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%20154322%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 20 fev. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **HC 133267 AgR**. Agravo regimental em habeas corpus. Impetração contra julgado em que o Plenário do Supremo Tribunal Federal denegou a ordem no HC nº 126.292/SP, Relator o Ministro Teori Zavascki. Não cabimento. Incidência da Súmula nº 606, a qual não admite o habeas corpus originário para o Tribunal Pleno contra decisão de Turma ou do Plenário proferida em habeas corpus ou no respectivo recurso. Precedentes. Regimental não provido. Relator: Min. Dias Toffoli, 17 de março de 2016. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%20133267%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em 11 jun. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia (1ª Câmara Criminal). **Habeas Corpus 0000727-09.2019.822.0000**. Habeas corpus. Reiteração criminosa. Excesso de prazo. Atraso justificado no encerramento da instrução processual [...]. Relator: Desembargador Daniel Ribeiro Lagos, 21 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://webapp.tjro.jus.br/juris/consulta/consultaJuris.jsf>. Acesso em: 01 mar. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia (1ª Câmara Criminal). **Habeas Corpus 0001820-07.2019.822.0000**. Habeas corpus. Tráfico de drogas. Prisão preventiva. Pequena quantidade de droga apreendida. Condições pessoais favoráveis. Medida diversa da prisão [...]. Relator: Desembargador Daniel Ribeiro Lagos, 16 de maio de 2019. Disponível em: <https://webapp.tjro.jus.br/juris/consulta/consultaJuris.jsf>. Acesso em: 01 mar. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia (1ª Câmara Criminal). **Habeas Corpus 0002963-31.2019.822.0000**. Penal. Apelação. Tráfico de drogas. Regime inicial. Mãe de filho menor de 12 anos. Não demonstração de imprescindibilidade nos cuidados da criança. Substituição por prisão domiciliar. Impossibilidade. Confisco. Bem de origem ilícita. Possibilidade. Recurso não provido. [...]. Relator: Juiz Enio Salvador Vaz, 01 de agosto de 2019. Disponível em: <https://webapp.tjro.jus.br/juris/consulta/consultaJuris.jsf>. Acesso em: 01 mar. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia (1ª Câmara Criminal). **Habeas Corpus 0004071-95.2019.822.0000**. Habeas Corpus. Associação criminosa. Porte ilegal de arma de fogo. Prisão preventiva. Revogação. Filhos menores. Prisão domiciliar. Medidas alternativas. Garantia da Ordem Pública. Impossibilidade. Ordem denegada [...]. Relator: Desembargador Daniel Ribeiro Lagos, 26 de setembro de 2019. Disponível em: <https://webapp.tjro.jus.br/juris/consulta/consultaJuris.jsf>. Acesso em: 01 mar. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia (1ª Câmara Criminal). **Habeas Corpus 0004084-94.2019.822.0000**. Habeas corpus. Tráfico de drogas. Causa de aumento do art.40, inc.VI, da Lei 11.343/06. Presença de crianças e adolescentes na residência. Prisão domiciliar. Inviabilidade. Flagrante convertido em prisão preventiva. Manutenção da custódia. Ordem pública [...]. Relator: Juiz Enio Salvador Vaz, 26 de setembro de 2019. Disponível em: <https://webapp.tjro.jus.br/juris/consulta/consultaJuris.jsf>. Acesso em: 01 mar. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia (1ª Câmara Criminal). **Apelação 0014360-73.2018.822.0501**. Penal. Apelação. Tráfico de drogas. Regime inicial. Mãe de filho menor de 12 anos. Não demonstração de imprescindibilidade nos cuidados da criança. Substituição por prisão domiciliar. Impossibilidade. Confisco. Bem de origem ilícita. Possibilidade. Recurso não provido [...]. Relator: Desembargador José Antonio Robles, 03 de outubro de 2019. Disponível em: <https://webapp.tjro.jus.br/juris/consulta/consultaJuris.jsf>. Acesso em: 01 mar. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia (2ª Câmara Criminal). **Habeas Corpus 0002869-83.2019.822.0000**. Habeas corpus. Tráfico de drogas. Prisão preventiva. Requisitos presentes. Grande quantidade de droga. Maconha. SKUNK. Medidas cautelares. Insuficiência. Eventuais condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Ordem denegada [...]. Relator: Desembargador Miguel Monico Neto, 14 de agosto de 2019. Disponível em: <https://webapp.tjro.jus.br/juris/consulta/consultaJuris.jsf>. Acesso em: 01 mar. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia (2ª Câmara Criminal). **Habeas Corpus 0005639-49.2019.822.0000**. Habeas corpus. Art. 33 caput e art. 35 ambos da Lei 11.343/06. Incurção na prova. Via imprópria. Prisão preventiva. Requisitos. Medidas cautelares. Insuficiência. Gravidez. Incidência do art. 318-A do CPP. Aplicação do HC coletivo 143.641 julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Impossibilidade. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Ordem denegada [...]. Relatora: Desembargadora Marialva Henriques Daldegan Bueno, 12 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://webapp.tjro.jus.br/juris/consulta/consultaJuris.jsf>. Acesso em: 01 mar. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia (2ª Câmara Criminal). **Habeas Corpus 0007438-64.2018.822.0000**. Habeas corpus. Tráfico de drogas. Porte de arma. Prisão em flagrante. Garantia da ordem pública. Periculosidade do agente. Natureza da droga apreendida. Paciente mãe de filhos menores de 12 anos de idade. Substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Condições Favoráveis. Medidas cautelares diversas da prisão. Não cabimento. Ordem denegada [...]. Relator: Desembargador. Valdeci Castellar Citon, 20 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://webapp.tjro.jus.br/juris/consulta/consultaJuris.jsf>. Acesso em: 01 mar. 2021.

CAMPOS, Carmen Hein de. **Criminologia feminista: alternativas para uma política no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Florianópolis : UFSC, 1998. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/77869/146861.pdf?sequence=1>. Acesso em: 02 set. 2020.

CERIONI, Clara. **De messageiras a tesoureiras, o que fazem as mulheres do PCC**. Exame. 2017. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/de-messageiras-e-tesoureiras-o-que-fazem-as-mulheres-do-pcc/>. Acesso em: 19 set. 2019.

CORDEIRO, Nefi; CAPELARI JR, Osvaldo. **Natalidade e encarceramento feminino no Brasil: a revisão necessária para um futuro de dignidade mínima às crianças filhas de mães em unidades prisionais**. Direitos e garantias fundamentais V [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA. CONPEDI: Florianópolis, 2016. ISBN: 978-85-5505-355-9. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/02q8agmu/2153uj07/tzWKbk9lb7jpo98r.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2021.

DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** Tradução de Marina Vargas. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Difel, 2018.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. **As noivas de Thock: Como o PCC lida com as mulheres**. [Entrevista concedida a] Marie DECLERCQ. Vice, 2016. Disponível em: https://www.vice.com/pt_br/article/qkdmpv/mulheres-do-pcc-sao-paulo. Acesso em: 19 set. 2019.

_____. **Da pulverização ao monopólio da violência: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista.** São Paulo, tese de doutorado em sociologia, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. 2011. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-13062012-164151/pt-br.php>. Acesso em: 01 mar. 2021.

DE CALAZANS, Márcia Esteves et al. **Criminologia crítica e questão racial. Cadernos do CEAS:** Revista crítica de humanidades, n. 238, p. 450-463, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ucsal.br/index.php/cadernosdoceas/article/viewFile/280/216>. Acesso em 12 jun. 2021.

DE VASCONCELOS, Isadora Cristina Cardoso; DE OLIVEIRA, Manoel Rufino David. **Por uma Criminologia feminista e negra: uma análise crítica da marginalização da mulher negra no cárcere brasileiro.** Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal, v. 4, n. 1, 2016. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/redppc/article/view/65762/37787>. Acesso em: 12 jun 2021

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: significado e correntes.** Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/84/edicao-1/positivismo-juridico:-significado-e-correntes>. Acesso em 10 jun. 2021.

DIUANA, Vilma; CORRÊA, Marilena CDV; VENTURA, Miriam. **Mulheres nas prisões brasileiras: tensões entre a ordem disciplinar punitiva e as prescrições da maternidade.** Physis: Revista de Saúde Coletiva, v. 27, p. 727-747, 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/320005557_Mulheres_nas_prisoas_brasileiras_tensoes_entre_a_ordem_disciplinar_punitiva_e_as_prescricoes_da_maternidad_e. Acesso em: 11 jun. 2021.

DOLCE, Julia. **Duplamente punidas: quando mães de crianças têm a prisão domiciliar negada.** Exame, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/duplamente-punidas-quando-maes-de-criancas-tem-a-prisao-domiciliar-negada/> Acesso em: 21 abr. 2020.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios.** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 27.

EMMANUEL (Espírito). **Religião dos Espíritos:** estudos e dissertações em torno da substância religiosa de “O Livro dos Espíritos” de Allan Kardec. Psicografado por Francisco Cândido Xavier. Rio de Janeiro, 1988.

ESPINOZA, Olga. **A prisão feminina desde um olhar da criminologia feminista**. Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias, v. 1, n. 1, p. 35-59, 2002. Disponível em:

https://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:A_MFY9TdKbcJ:scholar.google.com/+A+pris%C3%A3o+feminina+desde+um+olhar+da+criminologia+feminista&hl=pt-BR&as_sdt=0,5. Acesso em: 02 set. 2020.

FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. 1ª. edição, 5ª. tiragem, Malheiros Editores, São Paulo. 1994.

FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução de Leila Mendes. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007.

FRASER, Nancy. **Reenquadrando a Justiça em um mundo globalizado**. Lua Nova, São Paulo, 77: 11-39, 2009.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. **Entendendo a Filosofia do Direito – As correntes da filosofia do direito (1/4): O positivismo jurídico**. GEN Jurídico, São Paulo, 2017. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/10/16/entendendo-filosofia-do-direito-as-correntes-da-filosofia-do-direito-14-o-positivismo-juridico/>. Acesso em 10 jun. 2021.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987. 288p.

HUMAN RIGHTS WATCH. **Mães presas apesar de proibição legal - Tribunais ignoram novas proteções legais a mães de crianças e de pessoas com deficiência e mulheres grávidas, acusadas de crimes não violentos**. EL PAÍS, Madrid, 12 maio 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/12/politica/1557696833_169304.html. Acesso em: 21 abr. 2020.

JÚNIOR, João Ribeiro. **O que é Positivismo**. Editora Brasiliense, 1984. Disponível em: https://www.academia.edu/download/48468007/O_Que_e_Positivismo_-_Joao_Ribeiro.pdf. Acesso em: 30 abr. 2021.

KRETSCHMANN, Ângela; DE LIMA PINTO, Emerson. Os riscos de importação de outras metodologias para o ensino, pesquisa e a educação no Direito. 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/download/35928887/Angela_Emerson.pdf. Acesso em 10 jun. 2021.

KUHN, T. **A estrutura das revoluções científicas**. 6.ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.

L. PAULSON, S. **A ideia central do positivismo jurídico**. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. Revisão técnica de Andityas Soares de Moura Costa Matos.

Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 102, p. 101-138, 1 jan. 2011. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/129>. Acesso em 10 jun. 2021

LANGFORD, Malcolm. **The justiciability of social rights: From practice to theory. Social rights jurisprudence: emerging trends in international and comparative law, v. 3.** United States of America. Cambridge University Press. 2008. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Malcolm_Langford/publication/265219711_The_Justiciability_of_Social_Rights_From_Practice_to_Theory/links/574089c208ae298602eba447/The-Justiciability-of-Social-Rights-From-Practice-to-Theory.pdf. Acesso em: 22 ago 2019.

LARRAURI, Elena. La herencia de la criminología crítica. Madrid : Siglo Veintiuno, 1991. Disponível em: https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/la_herencia_de_la_criminologia_critica_-_larrauri_elena.pdf. Acesso em: 07 set. 2020.

LEAL, Maria do Carmo et al . **Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil.** Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro , v. 21, n. 7, p. 2061-2070, jul. 2016. <https://doi.org/10.1590/1413-81232015217.02592016>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232016000702061&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 25 set. 2020.

LIMA, Danilo Pereira. **Discricionariedade judicial e resposta correta: a teoria da decisão em tempos de pós-positivismo.** 2014. Disponível em: http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/12058/1/2014_art_dplima.pdf. Acesso em 30 abr. 2021.

LINS, Liana Cirne. **A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais: Uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva.** Revista de Informação Legislativa, abr/jun 2009: 51-74. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194915/000865479.pdf?sequence=3>. Acesso em: 22 jul 2019.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Neoconstitucionalismo.** Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>. Acesso em: 10 jun. 2021.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista: novos paradigmas.** São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRALLES, Teresa. **A mulher: o controle formal**. In: BERGALLI, Roberto. RAMÍREZ, Juan Bustos. *O pensamento Criminológico I: Uma análise crítica*. Revan: Rio de Janeiro. 2015. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/26121960/miralles-teresa-mulher-o-controle-formal-e-informal-in-o-pensamento-criminologic>. Acesso em: 07 set. 2020.

NETO, Ali Abutrabe; REIS, Jessyluce Cardoso. **Jusnaturalismo: caminhos percorridos**. Revista Veredictum, n. 2, 2020. Disponível em: <https://veredictum.org/index.php/veredictum/article/view/20/19>. Acesso em: 30 abr. 2021.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Forense, 1980.

OAB, Conselho Federal. **Manual prático para atuação em direitos humanos**. Patriota, Everaldo Bezerra (coord.). Jacarandá, Rodolfo de Freitas (dir. pesquisa e execução). Brasília: 2016.

OLIVEIRA, Camila Belinaso de. **A mulher em situação de cárcere: uma análise à luz da criminologia feminista ao papel social da mulher condicionado pelo patriarcado** [recurso eletrônico]. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2017. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/62590932/a-mulher-em-situacao-de-carcere-uma-analise-a-luz-da-criminologia-feminista-ao-p>. Acesso em: 02 set. 2020.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam: a brutal vida das mulheres - tratadas como homens - nas prisões brasileiras**. Rio de Janeiro: Record, 2017. 292p.

REALE, Giovane e ANTISERI, Dario. **História da Filosofia. III: Do Romantismo até nossos dias**. São Paulo: Paulus, 1991, p. 990

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2000.

SILVA, Frederico Augusto Bonaldo. **Correspondências entre o Jusnaturalismo Clássico e a Decisão Monocrática na Ação Cautelar 4.070, Confirmada pelo Pleno do STF. Um Indício da Vigência do Direito Natural**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 13, n. 1, set. 2018. ISSN 2317-8558. doi:<https://doi.org/10.22456/2317-8558.72756>. Disponível em: <<https://www.seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/72756>>. Acesso em: 04 jun. 2021.

STANTON, Ann M. **When mothers go to jail**. Chicago, EUA: Health and Company, 1980.

STRECK, Lenio Luiz. **Voluntas legis versus voluntas legislatoris**. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 7, n. 25, p. 151-169, 2013. Disponível em <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/237/705>. Acesso em: 10 jun. 2021.

TATE, C. N.; VALLINDER, T. (Orgs.) **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

VELASCO, Clara *et al.* **Em dois anos, 3,5 mil mulheres grávidas ou com filhos pequenos deixam prisão após decisão do STF**. GLOBONEWS. G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/02/19/em-dois-anos-35-mil-mulheres-gravidas-ou-com-filhos-pequenos-deixam-prisao-apos-decisao-do-stf.ghtml>. Acesso em: 21 abr. 2020.

VITAL, Danilo. **Com brecha do Supremo, tribunais resistem a aplicar HC coletivo a mães presas**. Revista Consultor Jurídico, 26 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-26/brecha-stf-tjs-resistem-aplicar-hc-coletivo-maes-presas>. Acesso em: 12 nov. 2020.

ZAFFARONI, Eugêni Rául. **Crime organizado: Uma categorização frustrada**. Discursos Sediciosos. Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, 1996.

APÊNDICE A – MINUTA DE RESOLUÇÃO

RESOLUÇÃO n. _____

Institui o Núcleo de Apoio a Crianças e Pessoas com Deficiência com Pais ou Responsáveis Presos (NACRI) no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA, no uso de suas atribuições legais e regimentais,

CONSIDERANDO o princípio da prioridade absoluta no tratamento dos direitos da criança e do adolescente, previsto no artigo 227 da Constituição Federal;

CONSIDERANDO o disposto na Lei n. 13.257/2016, a qual prevê a atuação prioritária do poder público na construção de políticas públicas voltadas aos direitos de convivência familiar e comunitária de crianças até seis anos de idade, utilizando subsidiariamente a Lei n. 8.069/1990, que trata do Estatuto da Criança e do Adolescente;

CONSIDERANDO a Resolução n. 369/2021, que estabelece procedimentos e diretrizes para a substituição da privação de liberdade de gestantes, mães, pais e responsáveis por crianças e pessoas com deficiência, nos termos dos arts. 318 e 318-A do Código de Processo Penal, e em cumprimento às ordens coletivas de habeas corpus concedidas pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal nos HCs no 143.641/SP e no 165.704/DF,

RESOLVE:

Art. 1º Fica instituído o Núcleo de Apoio a Crianças e Pessoas com Deficiência com pais ou responsáveis presos no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de

Rondônia, para acompanhamento e sistematização dos dados referentes ao cumprimento das ordens coletivas de *habeas corpus* concedidas pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal nos HCs no 143.641 e 165.704 e à implementação das demais medidas previstas na Resolução n. 369/2021 do Conselho Nacional de Justiça.

Art. 2º O Núcleo de Apoio a Crianças e Pessoas com Deficiência com pais ou responsáveis presos no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia é vinculado à Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Rondônia e tem as seguintes atribuições:

I – estabelecer, junto ao Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (GMF) e da Coordenadoria da Infância e da Juventude (CIJ), fluxo para rastreamento e acompanhamento das decisões que tratem da substituição de prisão preventiva, bem como da saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto;

II – sistematizar e divulgar os dados, decisões judiciais e informações correlatas ao objeto dos Habeas Corpus no 143.641 e 165.704, remetendo relatório ao DMF, trimestralmente;

III – realizar estudos psicossociais a fim de colher subsídios para a autoridade judicial, na análise do caso concreto.

Art. 3º O Núcleo de Apoio a Crianças e Pessoas com Deficiência com pais ou responsáveis presos funcionará com equipe interdisciplinar composta por servidores do quadro dos núcleos psicossociais da Comarca de Porto Velho, designados pelo Corregedor-Geral, em número necessário ao bom desempenho das funções definidas por esta Resolução.

Art. 4º Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

Publique-se.

Registre-se.

Cumpra-se.

APÊNDICE B – RELAÇÃO DE PROCESSOS ANALISADOS

SEQUÊNCIA	PROCESSO	DATA DE JULGAMENTO	DECISÃO
1	0007412-66.2018.8.22.0000	31/01/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
2	0000115-71.2019.8.22.0000	31/01/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
3	0000414-48.2019.8.22.0000	07/02/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
4	0007159-78.2018.8.22.0000	07/02/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
5	0007164-03.2018.8.22.0000	07/02/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
6	0007261-03.2018.8.22.0000	07/02/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
7	0007253-26.2018.8.22.0000	07/02/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
8	0000547-90.2019.8.22.0000	21/02/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
9	0000727-09.2019.8.22.0000	21/02/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
10	0000552-15.2019.8.22.0000	21/02/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
11	0000773-95.2019.8.22.0000	28/02/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
12	0000934-08.2019.8.22.0000	14/03/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
13	0000942-82.2019.8.22.0000	14/03/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
14	0001382-78.2019.8.22.0000	11/04/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
15	0001303-02.2019.8.22.0000	11/04/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
16	0001457-20.2019.8.22.0000	02/05/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
17	0001837-43.2019.8.22.0000	16/05/2019	POR MAIORIA, CONCEDER A ORDEM
18	0001820-07.2019.8.22.0000	16/05/2019	POR MAIORIA, CONCEDER A ORDEM
19	0002067-85.2019.8.22.0000	13/06/2019	ORDEM DENEGADA

			À UNANIMIDADE
20	0002234-05.2019.8.22.0000	13/06/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
21	0002654-10.2019.8.22.0000	11/07/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
22	0002963-31.2019.8.22.0000	15/08/2019	POR UNANIMIDADE, CONCEDER A ORDEM
23	0003040-40.2019.8.22.0000	01/08/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
24	0802535-16.2019.8.22.0000	08/08/2019	POR UNANIMIDADE, CONCEDER A ORDEM
25	0003702-04.2019.8.22.0000	12/09/2019	POR UNANIMIDADE, CONCEDER A ORDEM
26	0003736-76.2019.8.22.0000	12/09/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
27	0003681-28.2019.8.22.0000	12/09/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
28	0003941-08.2019.8.22.0000	26/09/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
29	0004084-94.2019.8.22.0000	26/09/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
30	0004071-95.2019.8.22.0000	27/09/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
31	0014360-73.2018.8.22.0501	03/10/2019	POR UNANIMIDADE, REJEITAR A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO
32	0004072-80.2019.8.22.0000	03/10/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
33	0004834-96.2019.8.22.0000	14/11/2019	POR UNANIMIDADE, CONCEDER A ORDEM
34	0005113-82.2019.8.22.0000	28/11/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
35	0007205-67.2018.8.22.0000	23/01/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
36	0007240-27.2018.8.22.0000	30/01/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE

37	0000416-18.2019.8.22.0000	13/02/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
38	0000554-82.2019.8.22.0000	20/02/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
39	0007438-64.2018.8.22.0000	20/02/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
40	0000850-07.2019.8.22.0000	13/03/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
41	0001019-91.2019.8.22.0000	03/04/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
42	0000487-20.2019.8.22.0000	03/04/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
43	0000420-55.2019.8.22.0000	10/04/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
44	0001408-76.2019.8.22.0000	22/05/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
45	0002035-80.2019.8.22.0000	29/05/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
46	0001827-96.2019.8.22.0000	29/05/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
47	0002057-41.2019.8.22.0000	19/06/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
48	0002442-86.2019.8.22.0000	10/07/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
49	0002869-83.2019.8.22.0000	14/08/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
50	0003023-04.2019.8.22.0000	14/08/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
51	0802966-50.2019.8.22.0000	21/08/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
52	0003436-17.2019.8.22.0000	28/08/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
53	0802578-50.2019.8.22.0000	28/08/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
54	0003202-35.2019.8.22.0000	04/09/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
55	0003752-30.2019.8.22.0000	18/09/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
56	0003862-29.2019.8.22.0000	25/09/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
57	0003991-34.2019.8.22.0000	09/10/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
58	0003860-59.2019.8.22.0000	16/10/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE

59	0004258-06.2019.8.22.0000	16/10/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
60	0004694-62.2019.8.22.0000	13/11/2019	POR UNANIMIDADE, CONHECER PARCIALMENTE O HABEAS CORPUS E, NA PARTE CONHECIDA, DENEGAR A ORDEM
61	0004648-73.2019.8.22.0000	20/11/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
62	0004666-94.2019.8.22.0000	04/12/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
63	0005153-64.2019.8.22.0000	11/12/2019	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
64	0005880-23.2019.8.22.0000	23/01/2020	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
65	0005575-39.2019.8.22.0000	23/01/2020	POR MAIORIA, DENEGAR A ORDEM
66	0000103-23.2020.8.22.0000	23/01/2020	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
67	0000141-35.2020.8.22.0000	06/02/2020	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
68	0000260-93.2020.8.22.0000	06/02/2020	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
69	0000248-79.2020.8.22.0000	13/02/2020	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
70	0005890-67.2019.8.22.0000	13/02/2020	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
71	0000437-57.2020.8.22.0000	20/02/2020	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
72	0000494-75.2020.8.22.0000	20/02/2020	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
73	0000812-58.2020.8.22.0000	12/03/2020	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
74	0801087-71.2020.8.22.0000	19/03/2020	POR UNANIMIDADE, CONCEDER A ORDEM
75	0001130-41.2020.8.22.0000	02/04/2020	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
76	0801681-85.2020.8.22.0000	23/04/2020	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
77	0801972-85.2020.8.22.0000	30/04/2020	ORDEM DENEGADA

			À UNANIMIDADE
78	0801889-69.2020.8.22.0000	30/04/2020	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
79	0801910-45.2020.8.22.0000	14/05/2020	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
80	0802676-98.2020.8.22.0000	21/05/2020	POR UNANIMIDADE, CONCEDER A ORDEM
81	0802997-36.2020.8.22.0000	21/05/2020	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
82	0803303-05.2020.8.22.0000	04/06/2020	POR UNANIMIDADE, CONCEDER A ORDEM
83	0803272-82.2020.8.22.0000	04/06/2020	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
84	0802826-79.2020.8.22.0000	18/06/2020	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
85	0803938-83.2020.8.22.0000	18/06/2020	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
86	0005748-63.2019.8.22.0000	22/01/2020	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
87	0005884-60.2019.8.22.0000	22/01/2020	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
88	0005608-29.2019.8.22.0000	29/01/2020	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
89	0005793-67.2019.8.22.0000	05/02/2020	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
90	0005639-49.2019.8.22.0000	12/02/2020	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
91	0000098-98.2020.8.22.0000	04/03/2020	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
92	0000853-25.2020.8.22.0000	18/03/2020	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
93	0000785-75.2020.8.22.0000	18/03/2020	POR UNANIMIDADE, CONCEDER A ORDEM
94	0000929-49.2020.8.22.0000	15/04/2020	HABEAS CORPUS PREJUDICADO NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, À UNANIMIDADE
95	0000787-45.2020.8.22.0000	22/04/2020	ORDEM DENEGADA

			À UNANIMIDADE
96	0801854-12.2020.8.22.0000	06/05/2020	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
97	0802660-47.2020.8.22.0000	20/05/2020	POR MAIORIA, DENEGAR A ORDEM
98	0802792-07.2020.8.22.0000	17/06/2020	POR MAIORIA, DENEGAR A ORDEM
99	0803334-25.2020.8.22.0000	17/06/2020	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE
100	0803077-97.2020.8.22.0000	29/06/2020	ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE