

Crianças e(m) cárcere: o papel da prisão domiciliar na proteção à primeira infância no Distrito Federal

CAROLINA COSTA FERREIRA

Doutora e Mestre em Direito, Estado e Constituição (UnB). Professora de Direito (IDP e UniCEUB).

Artigo recebido em 7/7/2020 e aprovado em 2/3/2021.

SUMÁRIO: 1 *Introdução* • 2 *O Habeas Corpus nº 143.641/SP: argumentos, votos e desdobramentos* • 3 *A recepção da decisão liminar do Habeas Corpus nº 143.641/SP no Distrito Federal: levantamento de dados e decisões* • 4 *Entre a execução penal e a proteção à primeira infância: os sentidos possíveis da prisão domiciliar* • 5 *Conclusão* • 6 *Referências*.

RESUMO: O artigo investigará a (in)visibilidade de crianças que transitam pelo cárcere, seja na condição de cumpridoras de pena, junto com suas mães, ou visitantes a pais ou a mães. Para tanto, contextualiza-se o cumprimento, no Distrito Federal, da decisão liminar no *Habeas Corpus* Coletivo nº 143.641/SP, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2018. Na segunda parte, o texto apresentará o perfil das mulheres encarceradas com filhos de até 12 anos de idade, obtido por meio de entrevistas realizadas na Penitenciária Feminina do Distrito Federal. Por fim, o texto refletirá sobre as opções político-criminais do Poder Judiciário, quando confrontado com a decisão de interesse público da execução penal e a proteção à primeira infância, apresentando reflexões em torno do conceito de prisão domiciliar no Processo Penal brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Execução Penal • Encarceramento Feminino • Primeira Infância • *Habeas Corpus* Coletivo • Prisão Domiciliar.

Children in prison: the role of house arrest in early childhood protection in the Brazilian Federal District

CONTENTS: 1 Introduction • 2 Habeas Corpus nº 143.641/SP: arguments, votes and developments • 3 Reception of the preliminary decision of Habeas Corpus nº 143.641/SP in the Federal District: data collection and decisions • 4 Between criminal enforcement and early childhood protection: the possible meanings of house arrest • 5 Conclusion • 6 References.

ABSTRACT: The paper will investigate the (in)visibility of children in prison, whether they are serving sentence, with their mothers, or visiting parents. To this end, the text mentions the injunction in *Habeas Corpus* nº 143.641/SP, judged by the Federal Supreme Court in 2018. In the second part, the text will present the profile of women incarcerated with children up to 12 years old, obtained through interviews conducted at the Women's Penitentiary of the Federal District, in Brasília. Finally, the text will reflect on the political-criminal options of the Judiciary, when faced with the decision of public interest in criminal enforcement and protection of early childhood, reflecting on the concept of house arrest in the Brazilian Criminal Process.

KEYWORDS: Criminal Enforcement • Female Mass Incarceration • Early Childhood • *Habeas Corpus* • House Arrest.

Niños en prisión: el papel de la prisión domiciliaria en la protección de la primera infancia en el Distrito Federal de Brasil

CONTENIDO: 1 *Introducción* • 2 *Habeas Corpus nº 143.641/SP: argumentaciones centrales, votaciones y desarrollos* • 3 *Recepción de la decisión preliminar de Habeas Corpus nº 143.641/SP en el Distrito Federal de Brasil: recolección de datos y decisiones* • 4 *Entre la ejecución penal y la protección a la primera infancia: los posibles sentidos de la prisión domiciliaria* • 5 *Conclusión* • 6 *Referencias*.

RESUMEN: El artículo investigará la (in)visibilidad de los niños que transitan por la prisión, sea en la condición de cumplimiento de la pena, con sus madres, o como visitantes de sus padres o madres. Por lo tanto, se contextualiza el cumplimiento, en el Distrito Federal, de la decisión preliminar del *Habeas Corpus* Colectivo nº 143.641/SP, juzgado por el Supremo Tribunal Federal en 2018. En la segunda parte, el texto presentará el perfil de las mujeres privadas de libertad con niños hasta 12 años de edad, obtenidos a través de entrevistas realizadas en la Penitenciaría Femenina del Distrito Federal. Finalmente, el texto reflexionará sobre las opciones político-criminales del Poder Judicial, frente a la decisión de interés público de ejecución penal y protección de la primera infancia, presentando reflexiones sobre el concepto de arresto domiciliario en el Proceso Penal brasileño.

PALABRAS CLAVE: Ejecución Penal • Encarcelamiento Femenino • Primera Infancia • *Habeas Corpus* Colectivo • Arresto Domiciliario.

1 Introdução

O presente artigo tem por objetivo apresentar reflexões a partir de pesquisa¹ que pretende identificar os caminhos de proteção jurídica e social a crianças na primeira infância² que *transitam pelo cárcere*, quer na condição de pessoas que acompanham suas mães no cumprimento de penas, ficando em Unidades Materno-Infantis de complexos prisionais, quer aquelas que, cuidadas por outras mulheres, visitam o cárcere para encontrar seus pais e suas mães, que ali permanecem, na condição de presas(os) provisórias(os) ou condenadas(os). Para o desenvolvimento do texto, é necessário definir alguns pontos cronológicos da proteção à primeira infância no cárcere: (i) as mudanças dos marcos legais da prisão domiciliar no Brasil, passando, especialmente, pela aprovação da Lei nº 13.257/2016 (conhecida como Marco Legal da Primeira Infância) (BRASIL, 2016); (ii) a impetração, no Supremo Tribunal Federal (STF), do *Habeas Corpus* Coletivo nº 143.641/SP, uma ação de litigância estratégica liderada pelo Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos (CADHU), com o reconhecimento da situação de vulnerabilidade da primeira infância que transita pelo cárcere; e (iii) a aprovação da Lei nº 13.769/2018, que alterou o marco da prisão domiciliar na execução penal brasileira.

Considerando o cenário normativo e jurisprudencial, apresentar-se-á o cenário de encarceramento de mulheres, de forma provisória, entre os meses de julho e dezembro de 2018, no Distrito Federal e, ao final, discutir-se-á o conceito de prisão domiciliar. Para tais considerações, utilizar-se-á a metodologia *pergunta pela mulher*, formulada por Katherine Bartlett (2011) e a perspectiva de gênero (CASTILHO; CAMPOS, 2018) para a interpretação dos sentidos da prisão domiciliar para a execução penal e para as políticas de promoção à primeira infância no Brasil.

A questão do encarceramento feminino em massa, infelizmente, não é novidade. O Brasil possui a quarta maior população carcerária feminina do mundo, abaixo apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia, conforme dados

1 Trata-se da pesquisa “Crianças e Cárcere: efeitos do sistema prisional para o desenvolvimento da primeira infância”, realizada pelo Observatório de Direitos Humanos do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), com fomento da Organização dos Estados Ibero-americanos para a Educação, a Ciência e a Cultura (OEI).

2 Considera-se primeira infância a fase de desenvolvimento da criança entre 0 (zero) e 6 (seis) anos de idade incompletos (ADAMSON, 2008). Estudos e pesquisas dos campos da saúde indicam que alimentação, estímulos externos e bem-estar priorizados nesta fase de desenvolvimento da criança (como amamentação, transição de cuidados e afeto) geram efeitos positivos ao desenvolvimento posterior da pessoa e de sua família (UNICEF, 2008).

compilados pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) (BRASIL, 2019, p. 13). O mesmo DEPEN, a partir de dados de 2017 referentes à situação de junho de 2016, indica um aumento de 455% da população carcerária feminina, entre 2006 a 2016 (BRASIL, 2019, p. 14). De todo o universo analisado pelo último informe do DEPEN, 45% das mulheres encarceradas estão presas provisoriamente, em prisão preventiva (BRASIL, 2019, p. 19).

No ordenamento jurídico brasileiro, as prisões provisórias dividem-se em duas: temporária e preventiva. A prisão temporária, prevista na Lei nº 7.960/1989, tem prazo definido (de 5 dias, prorrogáveis por mais 5, ou por 30 dias, prorrogáveis por mais 30, em caso de prática de crimes hediondos), porém, passado o prazo (inicial ou a prorrogação), a pessoa presa deve ser imediatamente colocada em liberdade (BRASIL, 1989). A prisão temporária é cabível apenas na fase de investigação criminal, tendo por natureza a supressão da liberdade com o objetivo de manter íntegras provas do processo. A prisão preventiva, por sua vez, é uma prisão processual, prevista nos artigos 282 e seguintes do Código de Processo Penal e, nesse sentido, os artigos 312 e 313 do mesmo Código indicam os requisitos objetivos e subjetivos para o seu cabimento: são requisitos objetivos o crime objeto de investigação ser punível com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; condenação por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado; se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; ou quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando ela mesma não fornecer elementos para esclarecê-la (BRASIL, 1941). Quanto aos requisitos subjetivos, estes estão previstos no art. 312 e consistem em:

[...] garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. (BRASIL, 1941).

O mesmo artigo indica que caberá a preventiva em caso de descumprimento de qualquer uma das medidas cautelares previstas no art. 317 do Código de Processo Penal, pois o sistema processual de natureza acusatória indica que a liberdade deva ser a regra e a prisão a exceção (BRASIL, 1941). Assim, todas as medidas cautelares, anteriores e alternativas à prisão, devem ser esgotadas até que não caiba outra decisão que não seja a decretação da prisão preventiva. A doutrina

também esclarece que, para a decretação da prisão preventiva, é necessária, pelo menos, a combinação de um requisito objetivo e de um requisito subjetivo.

Como a população carcerária, em especial a provisória, guarda certa volatilidade entre entradas e saídas, é importante acessar outras fontes de produção de informação sobre a população carcerária feminina, como os sistemas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e relatórios mais atualizados, elaborados por organizações de defesa de direitos humanos, como a *Human Rights Watch* (2019), a Pastoral Carcerária (2018) e o Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC) (2018; 2019).

Com base em todos esses dados, pode-se afirmar que a maioria das mulheres presas são negras (62% da população carcerária feminina) (BRASIL, 2017a, p. 40). Em algumas Unidades da Federação, como Acre, Ceará, Maranhão, Piauí e Tocantins, as mulheres negras representam mais de 90% da população carcerária feminina (BRASIL, 2017a, p. 42). Os dados do InfoPen Mulheres não apresentam classe (ou expectativa de remuneração, *status* de trabalho antes da prisão) como categoria. No entanto, tanto nos estudos da Criminologia Crítica quanto em pesquisas qualitativas realizadas sobre políticas penitenciárias, a pobreza também é um indicador que surge entre mulheres encarceradas, em estudos interseccionais que apontam a ausência de mulheres negras entre o 1% de pessoas mais ricas no Brasil (ROCHA, 2017) e a superposição de gênero, raça e classe entre sentenciadas por tráfico de drogas (ALVES, 2017).

A força do sistema de justiça criminal para a concretização da punitividade é discutida por estudos sobre interseccionalidade, tão bem explicada por Angela Davis (2017) e Kimberlé Creenshaw (2002). Nesse sentido, o cárcere se destina àquelas que reproduzem os níveis de gênero, raça e classe; quanto mais vulneráveis, mais o sistema de justiça criminal se volta a elas com mais rigor. Os dados estatísticos da população carcerária feminina, já apresentados acima, confirmam tal hipótese aventada pelas teóricas de gênero e de raça.

Não há estrutura adequada, nos cárceres, para as mulheres ficarem com seus filhos enquanto estão em prisão provisória ou cumprem suas penas, descumprindo-se, flagrantemente, o art. 5º, *caput*, inciso L da Constituição federal: “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação” (BRASIL, 1988).

Dados do InfoPen informam que, das 107 unidades penitenciárias femininas, apenas 55 indicaram a existência de celas ou dormitórios específicos para

gestantes (BRASIL, 2017a, p. 29-30). Apenas 14% das unidades femininas ou mistas informaram que contam com berçário ou centro de referência materno-infantil (ou Unidade Materno-Infantil – UIM), cumprindo, ainda que precariamente, o que dispõe a Lei nº 11.942/2009 (BRASIL, 2017a, p. 32). Apenas 3% das unidades prisionais do país apresentam espaços de creche, que seriam os adequados à manutenção de crianças com mais de 2 anos de idade junto a suas mães. Assim, todas as unidades prisionais do Brasil só teriam condições de abrigar 72 crianças acima de 2 anos (BRASIL, 2017a, p. 32).

Considerando o grave descumprimento da Lei de Execução Penal, atestado por pesquisas empíricas realizadas entre os anos de 2010 e 2015, principalmente³, houve uma forte movimentação legislativa no sentido de se considerar a prisão domiciliar como alternativa ao encarceramento massivo de mulheres e crianças no Brasil. Em 2009, com a entrada em vigor da Lei nº 11.942/2009, todas as unidades penitenciárias deveriam ter creches ou berçários, pois, com as alterações promovidas no art. 83, § 2º e no art. 89, *caput*, crianças poderiam ficar com suas mães até, no mínimo, os seis meses de idade e entre no máximo de sete anos de idade (BRASIL, 2009). No Projeto de Lei nº 335/1995, que originou a lei acima mencionada (BRASIL, 2009), há uma breve preocupação com os direitos das crianças que cumpririam pena junto com suas mães:

A SRA. LUIZA ERUNDINA (PSB – SP. Sem revisão da oradora) – [...] “É evidente que se trata de benefício para crianças sem nenhuma assistência: elas poderão ser cuidadas pela própria mãe no ambiente em que ela se encontra, no caso, o presídio, instituição que, muitas vezes, tem características desumanas. **Parece-me que uma discussão está sendo feita pelo Movimento de Mulheres a respeito do quanto essa medida de fato beneficiaria as crianças. É preciso que o presídio não pareça a essas crianças um ambiente absolutamente anormal, diferente daquele de que necessita para ter desenvolvimento normal, um ambiente que não garanta todas as condições de desenvolvimento da sua personalidade.** Portanto, Sr. Presidente, fico dividida quanto à apreciação dessa matéria, embora entenda que o substitutivo e as melhorias nele introduzidas ela Comissão de Seguridade Social atenuem os efeitos negativos que eventualmente possam ser gerados do ponto de vista do interesse das crianças submetidas a ambiente que, certamente, não é o melhor para o desenvolvimento da sua personalidade. No entanto, o abandono total da criança seria muito pior”. (BRASIL, 2003, p. 64, 388-389, grifos nossos).

³ Devem ser consideradas pesquisas de destaque no tema do encarceramento feminino e da relação da maternidade com o cárcere, no período temporal acima apontado, os estudos realizados por Rosângela Peixoto Santa Rita (2006), Ana Gabriela Mendes Braga (2015) e Katie Arguello e Mariel Muraro (2015).

Em 2016, a proteção à primeira infância se reforça com a aprovação da Lei nº 13.257, chamada de *Estatuto da Primeira Infância* ou Marco Legal da Primeira Infância. Depois da Lei nº 8.069/1992, chamada de Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei nº 13.257/2016 se torna o mais importante avanço para o reforço e o maior desenvolvimento de políticas públicas especialmente direcionadas a crianças de zero a sete anos de idade.

Dentre os avanços indicados na legislação, notam-se as alterações no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal em relação à prisão domiciliar. Até 2011, tal instituto estava apenas previsto como *benefício*, de caráter humanitário, para condenados em cumprimento do regime aberto, nos termos do art. 117 da Lei de Execução Penal. Até 2018, o único dispositivo que regulava a prisão domiciliar na Lei de Execução Penal era o art. 117, com a seguinte redação:

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

- I - condenado maior de 70 (setenta) anos;
- II - condenado acometido de doença grave;
- III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;
- IV - condenada gestante. (BRASIL, 1984).

Em 2011, com a Lei nº 12.403/2011, houve importante mudança no regime da prisão preventiva, com a estruturação de medidas cautelares, anteriores e alternativas à prisão (LOPES JÚNIOR, 2015). Acompanhando tais medidas cautelares, expandiram-se as condições para a prisão domiciliar, agora também admitida como alternativa à prisão preventiva (provisória). A nova redação do art. 317 do Código de Processo Penal conceituou a prisão domiciliar como “o recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial” (BRASIL, 2011). A mesma lei alterou o Código de Processo Penal para indicar, no art. 318, que o juiz *poderá* substituir a prisão preventiva pela domiciliar, quando o agente for maior de 80 (oitenta) anos; extremamente debilitado por motivo de doença grave – o que a jurisprudência tem estabilizado no sentido de entender cabível a domiciliar quando o tratamento de saúde não puder ser realizado intramuros; imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; gestante a partir do 7^a (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco (BRASIL, 2011).

A respeito da concessão de domiciliares a mulheres gestantes, desde a aprovação da lei, críticas foram realizadas no sentido de se manter uma mulher gestante em um ambiente com condições insalubres no primeiro trimestre de gestação, período em que muitas intercorrências podem causar risco à mãe e ao feto. A Lei nº 13.257/2016, chamada Estatuto da Primeira Infância, alterou alguns incisos do art. 318 do Código de Processo Penal e incluiu outros em relação à prisão domiciliar. No caso das gestantes, a nova redação não especifica um período da gestação ou condição desta (baixo ou alto risco), como a redação anterior, usando, para a nova redação do art. 318, inciso IV, apenas o termo *gestante*. Mais duas condições foram incluídas: ter a mulher filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos (seguindo, para as definições legais, os conceitos apresentados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente); homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. O mesmo artigo, em seu parágrafo único, determina que, “para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo” (BRASIL, 2016).

Após o julgamento do *Habeas Corpus* nº 143.641/SP, o Código de Processo Penal sofreu nova modificação, desta vez determinando um imperativo a juízes e juízas; a Lei nº 13.769/2018 incluiu os artigos 318-A e 318-B, estabelecendo a substituição da prisão preventiva pela domiciliar para mulheres gestantes, mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência, desde que não tenham cometido crime com violência ou grave ameaça e que não tenham praticado o crime contra seu filho ou dependente (BRASIL, 2018). A troca do verbo *poderá*, das antigas redações, por *será*, indica um comando cogente. Ver-se-á, ao longo do texto, que a racionalidade penal moderna aponta para interpretações diferentes da que a lei indica. Considerando os marcos internacionais e nacionais de proteção à primeira infância e as reflexões teóricas sobre gênero, maternidade e primeira infância no cárcere, percebe-se que a perspectiva da legislação brasileira pressupõe adotar medidas cautelares do processo penal como regra e a prisão preventiva como exceção. Infelizmente, não é isso o que as estatísticas sobre o sistema prisional feminino nos mostram.

Assim, o objetivo do presente texto é refletir sobre os sentidos das alterações legislativas em defesa da primeira infância, no sentido de se compreender que o conceito contido no art. 227 da Constituição federal não dialoga com a aridez da execução penal brasileira, em seu contexto de superencarceramento e de privação de direitos. Avançando nesse sentido, por meio da análise dos dados coletados em pesquisa empírica realizada na Penitenciária Feminina do Distrito Federal, o texto

discutirá os sentidos possíveis da prisão domiciliar, com perspectiva de gênero e com o objetivo de proteger a primeira infância.

2 O *Habeas Corpus* nº 143.641/SP: argumentos, votos e desdobramentos

Em 8 de maio de 2017, o Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos (CADHU) impetrou um *Habeas Corpus* Coletivo junto ao Supremo Tribunal Federal, para pedir a conversão das prisões preventivas em domiciliares a mulheres presas que estivessem gestantes, fossem lactantes ou que tivessem filhos ou filhas de até 12 anos de idade ou filhos ou filhas com deficiência. A petição inicial argumentou que as péssimas condições carcerárias do Brasil levaram o mesmo STF, em outubro de 2015, a declarar o *Estado de Coisas Inconstitucional* em relação ao sistema penitenciário brasileiro, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 (BRASIL, 2016); também se discutiu o dever do Estado em promover a assistência à saúde de mulheres e de crianças no cárcere, apontando que as condições atuais configuram tratamento cruel, desumano e degradante, que ultrapassa em muito os limites da execução da pena. Segundo o Ministro Relator do *Habeas Corpus*, Ricardo Lewandowski, na petição inicial de impetração indicou que o conjunto de violações gera “um quadro de excessivo e irrazoável encarceramento preventivo de mulheres pobres que, sendo gestantes ou mães de criança, fariam jus à substituição prevista em lei” (BRASIL, 2017b), violando o direito da criança e dever do Estado em promover a proteção integral de todas as crianças e, nesse caso, em especial, das crianças na primeira infância.

A primeira grande discussão, no campo jurídico, se referiu à natureza do recurso: o *Habeas Corpus* é o que chamamos de *remédio constitucional*, recurso no processo penal, mas, sobretudo, uma medida prevista na Constituição federal como direito fundamental. Trata-se de recurso constitucional pedido, geralmente, ao Judiciário, de forma individual, a fim de identificar a supressão ao direito de ir e vir de cada cidadão que teve seus direitos violados. Porém, em uma situação de encarceramento em massa, em que as condições carcerárias são estruturalmente descumpridas de forma incessante, como individualizar uma conduta? Nesse sentido, a estratégia do *Habeas Corpus* Coletivo foi demonstrar que o não cumprimento das normas previstas na Constituição, no Código de Processo Penal, na Lei de Execução Penal, nas Regras de Bangkok e no Estatuto da Primeira Infância, de forma sistemática, violava, estrutural e coletivamente, os direitos e a liberdade de todas as mulheres encarceradas que cumprissem os requisitos legais.

A Procuradoria Geral da República, em seu primeiro parecer nos autos do *Habeas Corpus* Coletivo, argumentou que tal modalidade seria *manifestamente incabível*, dada a natureza do recurso de proteger liberdades individuais, indicando julgados do próprio Supremo Tribunal Federal nesse mesmo sentido. Além disso, indicou que a não individualização de todas as mulheres que, eventualmente, tivessem direito à prisão domiciliar, impediria a concessão da ordem. Na petição inicial de impetração, o CADHU argumenta que o próprio Estado – por meio das Secretarias de Segurança Pública ou de Administração Penitenciária – seria competente para informar ao STF quais mulheres teriam direito à prisão domiciliar, nos termos indicados nas legislações.

Em sequência, as Defensorias Públicas da União e Estaduais de todas as Unidades da Federação, além do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC), Pastoral Carcerária, Instituto Alana e Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO) se habilitaram como *amici curiae*.

Em uma primeira decisão no caso, o Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, determinou a expedição de ofício ao Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), para indicar, num prazo de sessenta dias, “dentre a população de mulheres presas preventivamente, quais estão gestantes ou são mães de crianças”, informações sobre escolta para a realização de cuidados pré-natais, assistência médica pré-natal e pós-parto, berçários e creches (BRASIL, 2017b).

Em nova manifestação no processo, a Procuradoria Geral da República reforçou o seu entendimento pela inadmissibilidade do *Habeas Corpus* na modalidade coletiva e, em relação ao mérito, indica que “o artigo 318 não estabelece um direito subjetivo automático”, cabendo, assim, a análise do caso concreto pelo juiz natural; a manifestação conclui que, caso o STF decida pela concessão das domiciliares de ofício, haveria supressão de instância. Os *amici curiae* foram devidamente habilitados, o DEPEN respondeu ao ofício expedido pelo Ministro Relator e, em 20 de fevereiro de 2018, a 2ª Turma julgou o processo.

Num primeiro momento do julgamento, a Turma, por votação unânime, entendeu possível a impetração de *Habeas Corpus*, nesse caso concreto, na modalidade coletiva. O órgão colegiado compreendeu que, em um universo de mais de cem milhões de processos e de dezesseis mil juízes, a Suprema Corte precisa ampliar as respostas coletivas em cumprimento ao princípio da eficiência na administração pública (BRASIL, 2018). Em relação ao mérito, a Turma, por maioria, concedeu a

ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, sem prejuízo da aplicação concomitante de medidas cautelares alternativas e anteriores à prisão preventiva. Há menção expressa à *cultura do encarceramento*,

[...] que se evidencia pela exagerada e irrazoável imposição de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação da lei penal, bem assim da processual penal, mesmo diante da existência de outras soluções, de caráter humanitário, abrigadas no ordenamento jurídico vigente. (BRASIL, 2018).

Durante a sessão de julgamento, observa-se, pelos debates registrados no acórdão, que a discussão mais intensa se deu em relação a três pontos: (i) a admissibilidade da forma coletiva do *Habeas Corpus*; (ii) o cumprimento da decisão – como fazê-lo para os juízes e as juízas de todo o Brasil; (iii) a preocupação em estabelecer critérios para as chamadas *situações excepcionalíssimas*, assunto que ainda gera discussão na doutrina e na jurisprudência, como consequência do entendimento do STF para este caso.

No caso da primeira discussão, percebe-se que o Ministro Relator invoca uma chamada *doutrina brasileira do Habeas Corpus*, na qual caberia uma interpretação extensiva no sentido de que se trata de um remédio constitucional contra toda e qualquer supressão ao direito de ir e vir, ainda que, como é o caso julgado, tal supressão venha das condições degradantes que o próprio Estado impõe às pessoas presas,

[...] com maior razão, penso eu, deve-se autorizar o emprego do presente *writ* coletivo, dado o fato de que se trata de um instrumento que se presta a salvaguardar um dos bens mais preciosos do homem, que é a liberdade. Com isso, ademais, estar-se-á honrando a venerável tradição jurídica pátria, consubstanciada na doutrina brasileira do *habeas corpus*, a qual confere maior amplitude possível ao remédio heroico, e que encontrou em Ruy Barbosa quicá o seu maior defensor. Segundo essa doutrina, se existe um direito fundamental violado, há de existir no ordenamento jurídico um remédio processual à altura da lesão. (BRASIL, 2018, p. 2; INSTITUTO ALANA *et al.*, 2019, p. 121).

Além disso, é curioso perceber o uso da *razoável duração do processo* como fundamento para a concessão da ordem, no sentido de se reconhecer a grande quantidade de processos em tramitação no Brasil:

[...] considero fundamental, ademais, que o Supremo Tribunal Federal assumira a responsabilidade que tem com relação aos mais de 100 milhões de processos em tramitação no Poder Judiciário, a carga de pouco mais de 16 mil juizes, e às dificuldades estruturais de acesso à Justiça, passando a adorar e fortalecer remédios de natureza abrangente, sempre que os direitos em perigo disserem respeito às coletividades socialmente mais vulneráveis. Assim, contribuirá não apenas para atribuir maior isonomia às partes envolvidas nos litígios, mas também para permitir que lesões a direitos potenciais ou atuais sejam sanadas mais celeremente. Ademais, contribuirá decisivamente para descongestionar o enorme acervo de processos sob responsabilidade dos juizes brasileiros. (BRASIL, 2018, p. 6; INSTITUTO ALANA *et al.*, 2019, p. 124).

O Ministro Relator também não se furta em reconhecer a realidade do sistema carcerário brasileiro, citando o acórdão-paradigma da Medida Cautelar na ADPF nº 347 e, por outro lado, cita dados publicados pelo Conselho Nacional de Justiça sobre a saúde materno-infantil nas prisões, reforçando a vulnerabilidade social desta população:

[...] a vulnerabilidade social do grupo das mulheres presas, especialmente as mães que tiveram filhos na cadeia, também foi constatada pelo fato de 30% delas chefiarem suas famílias – 23% delas tinham famílias chefiadas pelas próprias mães. Praticamente metade delas (48%) não tinha concluído o ensino fundamental, ou seja, uma em cada duas mulheres presas entrevistadas estudou sete anos ou menos. De acordo com os resultados do estudo, a vulnerabilidade social delas foi agravada durante a experiência da prisão. Embora a maioria delas (60%) tenha sido atendida em até meia hora após o início do trabalho de parto, apenas 10% das famílias das presas foram avisadas. Uma em cada três mulheres foi levada ao hospital em viatura policial. A estadia na maternidade também foi problemática, uma vez que 36% das mulheres ouvidas relataram que foram algemadas em algum momento da internação; maus-tratos ou violência – verbal e psicológica – foram praticadas por profissionais da saúde em 16% dos casos e por agentes penitenciários em 14% dos relatos. Sete mulheres das 241 ouvidas (8% do total) alegaram ter sido algemadas enquanto davam à luz. Apenas 3% das mulheres entrevistadas tinham acompanhantes na sala de operação e as visitas pós-nascimento foram autorizadas em somente 11% dos casos. De acordo com os relatos colhidos durante a pesquisa, a intimidade das mulheres parturientes foi respeitada em 10,5% dos profissionais de saúde e por 11,3% dos agentes prisionais. [...] Apenas 32% das mulheres ouvidas tiveram um atendimento pré-natal adequado. (BRASIL, 2018, p. 8-9; INSTITUTO ALANA *et al.*, 2019, p. 132-133).

O Ministro Relator ainda cita que, apesar da participação importante do Brasil na elaboração das Regras de Bangkok, “até o momento elas não foram plasmadas em políticas públicas consistentes” (BRASIL, 2019, p. 22; INSTITUTO ALANA *et al.*, 2019, p. 135).

Por último, mas não menos importante, o Ministro Relator invoca a proteção à primeira infância como fundamento para a concessão da ordem, citando estudos estrangeiros e um brasileiro – este realizado na casa de acolhimento Nova Semente, em Salvador (BA) –, segundo o qual haveria comprometimento no desenvolvimento físico, intelectual e emocional de crianças submetidas a espaços institucionalizados, como prisões ou abrigos (BRASIL, 2019, p. 28-29; INSTITUTO ALANA *et al.*, 2019, p. 139-140). Os demais Ministros também mencionam a questão da primeira infância, mas não com a mesma profundidade.

O Ministro Relator concedeu a ordem, dando-se por satisfeito, para fins de individualização das pacientes, com a lista enviada pelo DEPEN e concedendo a ordem de ofício a todas as demais mulheres que, porventura, não tivessem sido citadas na lista, mas que reunissem os critérios definidos na decisão. O Ministro Relator, na parte final do seu voto, sugeriu que não fosse necessária, para a discussão da questão, uma provocação específica ou individual, “pois o que se almeja é, justamente, suprir falhas estruturais de acesso à Justiça da população presa. Cabe ao Judiciário adotar postura ativa ao dar pleno cumprimento a esta ordem judicial” (BRASIL, 2018, p. 35). Uma última questão importante foi a indicação, já no voto, de que eventual descumprimento da decisão não seria *fiscalizado* pelo próprio Supremo Tribunal Federal, mas pelo juízo competente para a revisão do processamento da ordem.

Em seu voto, o Ministro Dias Toffoli reflete sobre a necessidade de o Supremo Tribunal Federal, neste mesmo julgamento, definir o que seriam *situações excepcionalíssimas*, em que a ordem não poderia (sempre empregando o verbo *poder* ao invés de *dever*) ser concedida; também se verifica a preocupação em atender ao que os vários dispositivos internacionais e nacionais sobre a matéria determinam.

Nas palavras do Ministro Dias Toffoli:

[...] mas, evidentemente, existem situações excepcionalíssimas. Existem situações, inclusive, de mulheres que usam dos filhos menores de 12 anos para, de alguma maneira, escamotear o cometimento de crimes. Existem situações extremamente graves. São essas situações excepcionalíssimas que, penso, o Ministro Relator, de maneira muito adequada, colocou aqui em sua parte dispositiva. [...] Vossa Excelência também estende a ordem, de ofício, às demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de

crianças, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional [...]? Ou seja, é uma extensão de uma maneira objetiva a atingir mulheres que, embora não estejam aqui descritas neste relatório do DEPEN, são também financiadas não pela decisão mas pela lei. **De fato, essa decisão, essa extensão que Vossa Excelência está a propor nada mais é do que dizer à Magistratura que cumpra a lei.** (INSTITUTO ALANA *et al.*, 2019, p. 186-187, grifos nossos).

A decisão de fevereiro de 2018 foi intensamente divulgada e discutida nos meios jurídicos. Porém, seu cumprimento não foi automático e sistemático. Assim, em setembro de 2018, as impetrantes e *amici curiae* reuniram subsídios para informar ao STF descumprimentos da decisão em todo o Brasil, quer pela não revisão adequada das decisões em prisão preventiva, quer pela manutenção de mulheres encarceradas por *situações excepcionálíssimas*. Em 25 de outubro de 2018, o Ministro Relator proferiu nova decisão, indicando, ainda mais didaticamente, o que seriam e o que não seriam as chamadas *situações excepcionálíssimas*:

[...] esclareço que o fato de a presa ser flagrada levando substâncias entorpecentes para estabelecimento prisional não é óbice à concessão da prisão domiciliar e, em hipótese nenhuma, configura a situação de excepcionalidade a justificar a manutenção da custódia cautelar. 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.** [...] não configura situação excepcionálíssima, apta a evitar a concessão da ordem no caso concreto, o fato de o flagrante ter sido realizado pela suposta prática de tráfico de entorpecentes na residência da presa, porque não é justo nem legítimo penalizar a presa e aos que dela dependem por eventual deficiência na capacidade de fiscalização das forças de segurança. Efetivamente, a suspeita de que a presa poderá voltar a traficar caso retorne à sua residência não tem fundamento legal e tampouco pode servir de escusa para deixar de aplicar a legislação vigente, que protege a dignidade da mulher e da sua prole.

[...] **circunstâncias tais como as de a acusada: (i) ter sido presa em flagrante sob acusação da prática do crime de tráfico; (ii) ter passagem pela vara da infância; e/ou (iii) não ter trabalho formal, não obstam a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, conforme constou da decisão concessiva da ordem.** (BRASIL, 2018, p. 22, grifos nossos).

Nessa segunda – e última, até o momento – decisão, o Ministro Relator indica, ainda mais diretamente que, no sistema processual brasileiro, com base nos direitos fundamentais definidos no art. 5º da Constituição, a liberdade é regra e a prisão, exceção; assim, a prisão domiciliar, como uma modalidade de prisão preventiva admitida desde 2011 em nosso sistema processual, está sendo traduzida como forma especial de liberdade provisória, quando, na verdade, também é um dispositivo punitivo. Juízes e juízas de todo o Brasil têm indicado, em seus fundamentos, questões que não se articulam com os critérios definidos pelo Supremo Tribunal Federal.

Segundo Ela Wiecko Volkmer de Castilho e Carmen Hein de Campos

[...] tomamos a expressão *perspectiva de gênero* como o enfoque a ser adotado pelos atores jurídicos, que analise e leve em consideração o impacto da aplicação do direito de acordo com o gênero, isto é, como homens e mulheres são moldados e afetados diferentemente pelo fato de serem homens e mulheres e como isso deve ser contrabalançado com vistas à concretização da igualdade material de gênero no momento de aplicação da lei. (CASTILHO; CAMPOS, 2018, p. 281).

Interessante perceber que a perspectiva de gênero, nesse acórdão, não se converteu em argumento principal: o *Estado de Coisas Inconstitucional*, a diminuição das prisões provisórias, o dever de fundamentação das decisões judiciais e a proteção à primeira infância vieram antes do que a preocupação com os corpos das mulheres e o que esses corpos significam para o controle penal. Essa análise é especialmente importante para que possamos perceber quais foram, até o momento, a recepção e os efeitos dessa decisão do Supremo Tribunal Federal para (i) as mulheres e crianças em situação de cárcere; (ii) juízes e juízas que decidem pelas prisões provisórias; (iii) o Estado, no sentido da articulação entre Poder Judiciário e Poder Executivo, para que se compreenda que, para uma adequada proteção, o diálogo entre instituições é fundamental.

3 A recepção do *Habeas Corpus* nº 143.641/SP no Distrito Federal: levantamento de dados e decisões

A prisão domiciliar – como prisão que ainda o é – não soluciona o problema do encarceramento em massa no Brasil, mas impõe ao Estado mais desafios, como a articulação de uma rede de apoio a mulheres e crianças, que permita que as políticas públicas, especialmente saúde e educação, cheguem a tal população.

Assim, o desafio é ainda maior, pois, ao trazer ao debate a questão da proteção da primeira infância, há de se considerar, para essa rede de proteção, todas as instâncias que tenham por dever a proteção de mulheres e de crianças. Dessa forma, a rede de proteção social – assim pensada como os serviços públicos de assistência social, definidos no art. 194 da Constituição – precisa se comunicar com a execução penal e vice-versa, num sentido de promoção de interação entre diversas políticas públicas.

A Penitenciária Feminina do Distrito Federal não dispõe de Unidade Materno-Infantil, apesar de disposição expressa da Lei nº 11.942/2009 sobre tal obrigatoriedade. O não cumprimento dessa medida é objeto de Ação Civil Pública ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Distrito Federal, em 2015. Segundo informações obtidas nesse processo, que é público, a Secretaria de Segurança Pública informou que a realização do processo básico de licitação para futura construção da Unidade Materno-Infantil está prevista para 16 de janeiro de 2021 (DISTRITO FEDERAL, 2015).

O Distrito Federal não possui estrutura adequada para abrigar mulheres presas preventivamente, com crianças de até 12 anos de idade ou com deficiência, em locais sem alimentação adequada, ventilação, água quente para o banho (como visto em inspeção realizada nos autos daquela Ação Civil Pública, realizada em maio de 2019).

No âmbito do julgamento do *Habeas Corpus* nº 143.641/SP, em fevereiro de 2018, o Ministro Ricardo Lewandowski ordenou imediata comunicação a todos os Tribunais de Justiça acerca do teor da decisão para que houvesse o cumprimento das determinações estabelecidas no referido julgamento, num prazo de 60 (sessenta) dias, contados após a decisão. Assim, todos os Tribunais deveriam ter estabelecido fluxos de informação e de discussão das decisões até maio de 2018.

No caso específico do Distrito Federal, a Defensoria Pública do Distrito Federal, por meio de ofício (igualmente público) endereçado ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, em julho de 2018, requereu informações acerca das providências tomadas a partir do julgamento do paradigmático caso acima referido. Em resposta ao Ofício, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal informou que mandou, por *e-mail*, a comunicação do STF a 57 (cinquenta e sete) *e-mails* de magistrados e de magistradas e 11 (onze) *e-mails* de grupos de juízes, tendo recebido apenas 5 (cinco) respostas individuais.

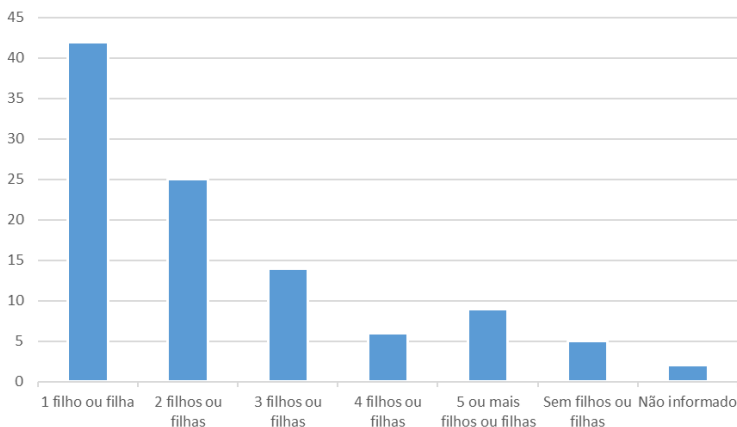
Em 14 de maio de 2018, a mesma Corregedoria se manifestou e, diante das respostas recebidas, como não houve qualquer intercorrência, procedeu ao arquivamento do feito. Entre julho e dezembro de 2018, foi definida a estratégia

para a impetração do *Habeas Corpus* Coletivo, que consistiu no pedido de uma lista à Penitenciária Feminina do Distrito Federal (conhecida como *Colmeia*), para a identificação do cumprimento ou não dos critérios definidos pelo STF para a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar. Assim, chegou-se à lista que é objeto do presente artigo: 103 (cento e três) mulheres foram identificadas, entrevistadas pessoalmente na penitenciária e sua situação processual foi analisada. Os nomes das mulheres não serão divulgados no anexo que acompanha o presente texto.

As entrevistas presenciais foram realizadas no dia 13 de setembro de 2018, e a coleta dos demais dados se realizou até o mês de abril de 2019. Foram coletados os seguintes dados: nome da pessoa presa; regime atual de prisão (provisória ou definitiva); se possui filhos ou filhas menores de 12 (doze) anos (e suas respectivas idades); processos criminais (números e excertos das decisões); crimes a que responde os processos e se está grávida ou não.

Do universo das 103 (cento e três) mulheres presas no Distrito Federal, todas as incluídas no presente levantamento são presas provisórias, ou tecnicamente primárias. O primeiro filtro se realizou pela própria administração penitenciária, que realizou o levantamento apenas das mulheres que estão em prisão preventiva, em dois pavilhões específicos da Penitenciária Feminina. O segundo filtro se confirmou pela análise dos processos, em que não há, ainda, sentença penal condenatória ou, se esta existe, não há decisão em segunda instância. Das 107 (cento e sete) mulheres, todas informaram a existência de filhos, de acordo com o gráfico abaixo, que indica a quantidade de filhos por mulher presa:

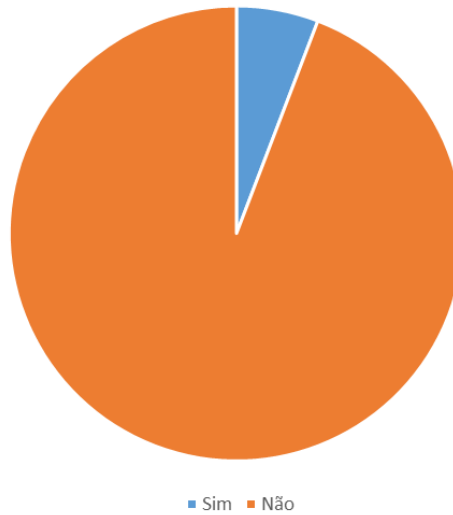
Gráfico 1 – Quantidade de filhos/mulher entrevistada



Fonte: Elaborado pela autora (2019).

A respeito da gravidez das mulheres presas preventivamente, 6 (seis) mulheres informaram gravidez (6%) e 97 (noventa e sete) informaram que não estavam grávidas no momento da entrevista (setembro de 2018):

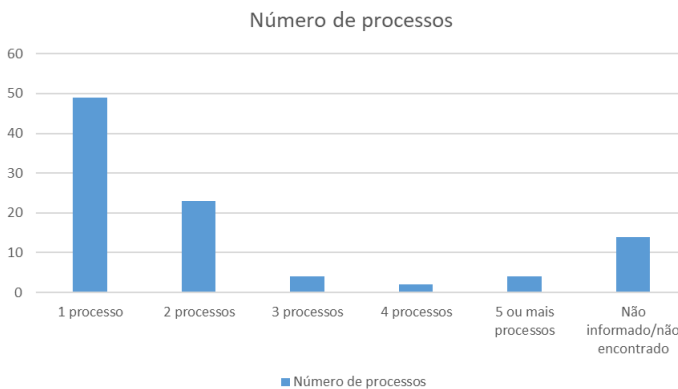
Gráfico 2 – Mulheres presas preventivamente/gravidez



Fonte: Elaborado pela autora (2019).

Em relação ao número de processos por que respondem – e são mantidas presas preventivamente –, os resultados das entrevistas indicam o seguinte:

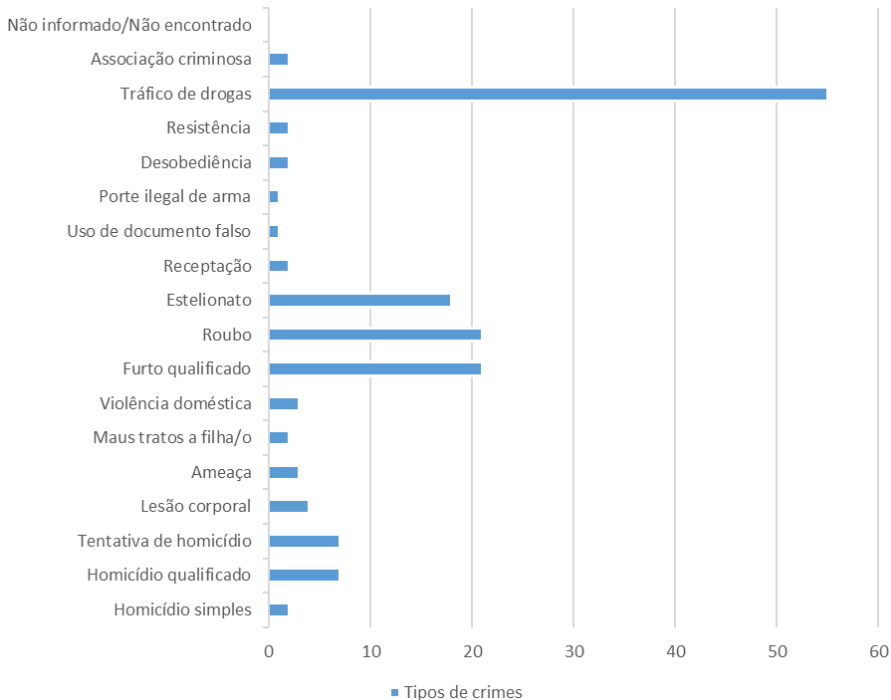
Gráfico 3 – Número de processos



Fonte: Elaborado pela autora (2019).

Sobre os crimes praticados pelas mulheres presas preventivamente, previamente selecionadas pela Direção da Unidade Penitenciária do Distrito Federal para as entrevistas, percebem-se os seguintes resultados:

Gráfico 4 – Tipos de crimes



Fonte: Elaborado pela autora (2019).

Da tabela acima, percebe-se que o tráfico de drogas e os crimes patrimoniais – com especial destaque para o estelionato e o furto qualificado – são os crimes praticados que ensejaram maior seleção do sistema de justiça criminal. Importante informar que tais dados consistem em uma *foto* do sistema carcerário do Distrito Federal, em relação às presas provisórias, entre setembro e dezembro de 2018. Dada a precariedade das decisões de conversão em preventiva e o tempo médio de processamento de uma ação penal no Distrito Federal, essa *foto* muda todos os dias, o que expressa a importância de se interpretar, adequadamente, o entendimento do STF em relação à concessão de domiciliares, a fim de se evitar a lógica do aprisionamento desnecessário de mulheres que praticaram crimes sem violência ou grave ameaça. De acordo com o relatório *Justiça em Números*, levantamento anual

realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, um processo criminal dura, em média, 6 (seis) meses entre a denúncia e a sentença (BRASIL, 2019a).

Do universo das 103 (cento e três) mulheres entrevistadas, cujos processos e decisões foram analisados, chegamos à conclusão de que, dessas, 41 (quarenta e uma) mulheres reuniam os critérios definidos pela Corte Constitucional: são mães de crianças de até 12 (doze) anos ou são gestantes; praticaram crimes sem violência ou grave ameaça e não são tecnicamente reincidentes.

Por meio de seus nomes completos, foi possível acessar o sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, a fim de encontrar os andamentos dos processos criminais e as respectivas decisões de conversão da prisão em flagrante em preventiva, proferida em audiência de custódia, ou eventual decisão de decretação da preventiva, que possa ter sido realizada de ofício ou a pedido do Ministério Público, no curso da ação penal. Com esse *corpus*, foi realizada pesquisa qualitativa, com a numeração de todas as 103 (cento e três) decisões de prisão preventiva ou de revisão da possibilidade de prisão domiciliar realizadas até o mês de maio de 2018. Todas as decisões foram arquivadas em uma pasta virtual e organizadas em uma tabela, sem a identificação dos nomes das partes ou de juízas ou juizes que tenham proferido as decisões, pois o objetivo da pesquisa é avaliar o conteúdo destas, não suas revisões judiciais ou discussões personalíssimas. No levantamento das decisões, como ver-se-á a seguir, interessa perceber se: (i) o HC nº 143.641/SP foi mencionado nas decisões de primeira instância; (ii) em caso positivo, se o juiz ou a juíza seguiram o entendimento definido pelo STF naquele julgado; (iii) quais foram os fundamentos das decisões de negativa da substituição da prisão domiciliar para mulheres mães ou gestantes no Distrito Federal.

Em uma primeira análise, observamos que os juízes e as juízas estão elaborando critérios para nomear as chamadas *situações excepcioníssimas*, mesmo após duas decisões do STF indicarem que tais situações precisam ser devidamente fundamentadas, para que o magistrado ou a magistrada expliquem por que existem os fundamentos da prisão preventiva. Uma das questões, revista pelo Ministro Lewandowski em sua decisão de outubro de 2018, se refere à presença das crianças em locais em que se pratica o tráfico de drogas, como se vê na decisão do processo nº 7:

Observando todo conteúdo probatório dos autos e as fundamentações das decisões que indeferiram sua liberdade ou prisão domiciliar, percebo que há fortes indícios de que ela armazenava substâncias entorpecentes em sua residência, onde morava com seu filho menor de 12 anos, e onde, provavelmente, moraria com o recém-nascido.

Nesse quadro, não há que se falar em deferimento da medida por motivos de saúde da infante, uma vez que, em tese, a traficância apurada nos autos era realizada em sua residência, na presença de seu filho menor que, somente agora, após o nascimento de outro filho, diz querer preservar (decisão nº 7).

A autuada mencionou, perante a autoridade policial e nesta assentada, possuir filhos menores. Contudo, não houve a comprovação devida. Afora isso, certo é que a eventual traficância se dava na residência da autuada, de modo que a determinação de prisão domiciliar seria medida incompatível com a necessidade de frear a senda delitiva (decisão nº 58). (BRASIL, 2018c).

Outro exemplo presente é a presença de um imaginário social de *mãe perfeita*:

A situação da requerente é excepcionalíssima, porquanto, apesar de [...] ter filha menor de doze anos, é reincidente, além de que a situação de extrema vulnerabilidade das crianças, decorrente da prática de atos ilícitos pela mãe, não justifica o deferimento do pedido. **Cumpra esclarecer que o fato de ser mãe de filha ainda menor não impediu que a Requerente se unisse às suas comparsas para o cometimento do crime, em plena luz do dia, fato esse que deve ser considerado** (decisão 10).

Por outro lado, não cabe a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar, muito embora a autora tenha declinado ter três filhas menores de 12 anos. **A circunstância não é totalmente objetiva, valendo destacar que nenhuma de suas filhas ainda necessita do leite materno, conforme por ela declarado, além da situação de rua em que vivia (no último mês, conforme dito), deixando as crianças com a avó e fazendo uso "de todo tipo de droga que se possa imaginar", situação que seria inclusive prejudicial às crianças, caso permanecesse em casa, pois normalmente e infelizmente o viciado em drogas não larga o vício do dia para a noite** (decisão nº 44).

Ressalto, por fim, que não é caso de prisão domiciliar (em razão dos filhos menores de 12 anos), uma vez que as circunstâncias específicas excepcionam a situação da agente, uma vez que em menos de quatro meses possui quatro passagens criminais pelo mesmo tipo penal (decisão nº 69). (BRASIL, 2018c, grifos nossos).

Outro elemento que se faz presente nas decisões analisadas é a extrema vulnerabilidade social de algumas mulheres – com seus filhos e filhas –, sendo que a resposta do Poder Judiciário é a prisão:

A hipótese é de conversão do flagrante em preventiva. Com efeito, ambas as autuadas já estiveram [...] por outras anotações relativas a tráfico de drogas. Todas as situações são recentes, indicando intensa reiteração delitiva. Certamente, as cautelares do artigo 319 do CPP ou providências menos gravosas, como medidas alternativas, não se mostram suficientes e adequadas para frear a senda criminoso. Em atenção à Lei da Primeira Infância, tendo em conta que ambas são usuárias de drogas (crack), de modo que expõe seus próprios filhos a condições degradantes e perigosas. Ilustrativamente, M. disse estar grávida e fazendo uso concomitante de crack, pondo em evidente perigo a integridade do feto. Colocado diante das chamadas "escolhas trágicas do Judiciário", tenho para mim que a providência menos ruim (não se fala em melhor escolha) seja a segregação cautelar, ao menos por ora (decisão nº 61). (BRASIL, 2018c).

Percebemos, na análise das decisões de primeira instância, discursos sobre periculosidade, ou a necessária documentação comprobatória do vínculo entre mãe e filho – juízes e juízas não têm admitido a palavra da mulher como comprovação da maternidade, como indica a decisão do STF. Outro fundamento frequente é a existência de outra mulher – avó, tia, prima – que possa ser *responsável* pelos cuidados da criança, tornando a presença da mãe *dispensável*, mas não a presença da mulher como cuidadora, como responsável principal pelo desenvolvimento das crianças que transitam pelo cárcere.

Todas essas decisões descumprem o desiderato da decisão do STF e das evidências científicas sobre a proteção à primeira infância: a manutenção do vínculo mãe-filho(a) é mais favorável a todos, reduz a situação de superencarceramento provisório e desloca o debate da prisão para a formação de redes de atenção e proteção à primeira infância.

4 Entre a execução penal e a proteção à primeira infância: os sentidos possíveis da prisão domiciliar

Álvaro Pires (2004, p. 43), em seu texto quase clássico de política criminal, entende que "a racionalidade penal moderna constitui, portanto, um obstáculo epistemológico ao conhecimento da questão penal e ao mesmo tempo a inovação, isto é, a criação de uma nova racionalidade penal e de uma outra

estrutura normativa". Para o criminólogo, quando um novo instituto é criado no Direito Penal, este se ajusta ao sistema já estabilizado, produzindo, naturalmente, algumas fissuras, mas adstrito à funcionalidade que o próprio sistema impõe a esse novo instituto.

Tal conceito é importante para explicarmos o que vem ocorrendo com as prisões domiciliares para mulheres mães e gestantes no Brasil, após o HC 143.641/SP: a racionalidade penal moderna tem impedido que juízes e juízas, apoiados e apoiadas por seus Tribunais (que não monitoram adequadamente o cumprimento da decisão), invertam a lógica punitiva e passem a fundamentar o porquê da prisão preventiva em detrimento da domiciliar, e não o contrário.

O acórdão do STF indica expressamente a necessidade de fundamentação das decisões que convertem prisões em flagrante em preventivas, reforçando a regra do sistema processual acusatório brasileiro, de que a liberdade é a regra e a prisão, a exceção. Retomando as manifestações dos Ministros do STF no *Habeas Corpus* nº 143.641/SP, o voto do Ministro Gilmar Mendes nos dá certo horizonte de discussão:

Esse caso é emblemático e conta um pouco a história inclusive da nossa prática também legislativa. Produzimos vários divórcios. Eu participei da feitura da lei, no contexto do Pacto Republicano, que resultou no novo artigo 319 do CPP, como resposta aos excessos nas prisões provisórias. Mas o que vemos todos os dias aqui – e Vossa Excelência reagiu a isso, trabalhando intensamente na ideia das audiências de custódia – é um excesso de prisão provisória, e não a aplicação do artigo 319. Esse é um grave problema, por razões as mais diversas, sobretudo, talvez, por razões de índole cultural. Há dificuldades também de índole prática, a falta de tornozeleira; em suma, vários problemas. E, aí, há falhas graves, porque se pensa na legislação, mas não na sua execução. Estabelece-se um divórcio. E os órgãos que pudessem, no nosso âmbito – Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público – atuar de maneira mais enfática nessa mudança de cultura, talvez fiquem um tanto quanto deficitários ou mesmo omissos, pois esse é um trabalho de construção de uma nova cultura. É preciso levar ao juiz essa nova mensagem. (INSTITUTO ALANA *et al.*, 2019, p. 171-172).

Conforme dados extraídos do Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes, mantido pelo Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2019a), percebe-se que, em fevereiro de 2018, mês do julgamento do HC 143.641/SP, havia 418 grávidas e 262 lactantes presas em todo o Brasil. Dados de julho de 2020 do mesmo Cadastro apontam que há 115 mulheres grávidas e 87 lactantes. Assim, após a decisão do STF, houve uma diminuição de 72,4% no número de mulheres grávidas presas em todo

o Brasil e de 66,79% de lactantes (BRASIL, 2020). Esse dado mostra a importância da devida interpretação do HC nº 143.641/SP e das normas relativas ao seu cumprimento. Também nos indica o aumento de mulheres que estejam em prisão domiciliar, com sua liberdade limitada, o que limita, também, a proteção à primeira infância, especialmente se se considerar que 29,8 milhões de famílias, no Brasil, são chefiadas por mulheres (BRASIL, 2019b). Nesse sentido, a prisão domiciliar para mulheres com filhos e filhas precisa ser compreendida de forma mais próxima a uma liberdade provisória do que a uma prisão domiciliar, que pode restringir, se não acompanhada de outras medidas cautelares pensadas para a proteção à primeira infância, a liberdade de forma incompatível com a criação de crianças em sociedade.

Como nos lembra Angela Davis (2018, p. 121), para uma perspectiva interseccional sobre o encarceramento, “o foco não pode se restringir apenas ao sistema prisional como uma instituição isolada, mas deve se voltar também para todas as relações sociais que sustentam a permanência na prisão”. Assim, se essa mulher está cumprindo prisão domiciliar, certo é que está com seus filhos em casa, mas consegue acompanhar a vida escolar destes? Consegue levá-los ao posto de saúde? Trabalha em casa? Consegue ir ao supermercado? As demandas próprias ao desenvolvimento da primeira infância foram discutidas nas decisões judiciais que autorizaram a prisão domiciliar?

Esse talvez seja o maior receio em relação às prisões provisórias e domiciliares no Brasil: que um acórdão-paradigma seja convertido, pelas decisões de instâncias inferiores, em mero exemplo de punitividade secundária, de reforço de uma racionalidade penal moderna que aposta mais na execução das penas – e na construção de um conceito de prisão domiciliar que não dialogue com as reais necessidades de uma criança na primeira infância – do que no seu fim em si.

5 Conclusão

A título de conclusão, o precedente, por si, inaugurou importante discussão sobre a proteção à primeira infância que transita pelo cárcere e a relevância do papel do Poder Judiciário como articulador de tal proteção. Uma vez em prisão domiciliar, ou nos casos em que as crianças se submetem aos cuidados de outras figuras femininas, a questão é: essas crianças são protegidas por políticas públicas de saúde ou educação? Os juízes levam essas questões em consideração para abordar *o melhor interesse da criança*, conforme determinado pelo Tribunal Constitucional? Como se pode agir sem ter noção de como essas políticas públicas funcionam?

A realidade das prisões no Brasil é a mais terrível em todo o mundo. O Brasil foi condenado várias vezes no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e não cumpre suas decisões. Para além da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, o importante, no presente momento, é mapear as redes de promoção de direitos humanos, refletir sobre o papel de juízes e juízas no reforço dessas redes, e de diminuição da situação de encarceramento em massa. Espera-se que essa decisão seja plenamente implementada e se torne, de fato, um importante passo para a redução da população carcerária feminina no Brasil.

A situação carcerária do Distrito Federal, apontada na parte empírica deste texto, informa que ainda há muitas mulheres presas que poderiam estar em prisão domiciliar. Porém, essa decisão inaugura, apenas, novas discussões em relação à proteção social, que precisa se articular com a proteção à primeira infância, tão reforçada pela Constituição, pelos marcos internacionais e internos em nossa legislação, quanto pela decisão do STF ora em comento. Nesse sentido, uma perspectiva descarcerizadora não implica apenas o acompanhamento, pelo CNJ ou pelo Judiciário, como um todo, da redução das prisões preventivas, mas também de novas discussões sobre o que representa a prisão domiciliar para uma mulher chefe de família.

6 Referências

ALVES, Dina. Rés negras, juízes brancos: uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana. **Revista CS**, Colômbia, Cali, 21, p. 97-120, 2017.

AMARAL, Mariana; MAESTRO, Irene; RODRIGUES, Amanda. **Marco Legal e desencarceramento de mulheres**: aplicação nos Tribunais Superiores. São Paulo: Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, 2018. Disponível em: <http://ittc.org.br/marco-legal-tribunais-superiores/>. Acesso em: 30 jun. 2020.

ARGUELLO, Katie; MURARO, Mariel. **Mulheres encarceradas por tráfico de drogas no Brasil**: as diversas faces da violência contra a mulher. Seminário Prisões. Petrópolis, 2015.

BARTLETT, Katherine T. Métodos jurídicos feministas. In: FERNÁNDEZ, Marisol; MORALES, Félix. **Métodos feministas en el Derecho**: aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana. Lima: Palestra Editores, 2011. p. 19-116.

BEIRAS, Iñaki Rivera. **Descarcelación**: principios para una política pública de reducción de la cárcel (desde un garantismo radical). Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 335, de 18 de abril de 1995**. Dá nova redação ao art. 89 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), que trata das penitenciárias mulheres. Brasília: Diário da Câmara dos Deputados, 2009b.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes**. Brasília, 2019a. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shIGLMapa. Acesso em: 7 jul. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números**. Relatório 2018. Brasília, 2018a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9fae7e7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 7 jul. 2020.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Retrato**: indicadores chefes de família. Brasília, 2019b. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/retrato/indicadores_chefia_familia.html. Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.942, de 28 de maio de 2009**. Dá nova redação aos arts. 14, 83 e 89 da Lei nº 7.210, de julho de 1984 – Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11942.htm. Acesso em: 14 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 9.689, de 3 de outubro de 1941, as Leis nº 7.210, de 11 de julho de 1984 e 8.072, de 25 de julho de 1990. Brasília, 2018b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13769.htm#art3. Acesso em: 10 maio 2019

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento de Informações Penitenciárias – InfoPen Mulheres**. Brasília, 2017a. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Acesso em: 2 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Despacho no Habeas Corpus nº 143.641**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312117629&ext=.pdf>. Acesso em: 10 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 143.641**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 20 fevereiro de 2018c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>. Acesso em: 24 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Brasília, 2016b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 10 maio 2019.

BOITEUX, Luciana de Figueiredo Rodrigues; FERNANDES, Maíra da Costa; PANCIERI, Aline Cruvello. Mulheres e crianças encarceradas: um estudo jurídico-social sobre a experiência da maternidade no sistema prisional do Rio de Janeiro. *In*: Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 & 13th Women's Congress, 2017, Florianópolis. **Anais eletrônicos**. Florianópolis, 2017.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes (coord.). **Dar à luz na sombra**: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Brasília: Ministério da Justiça, 2015. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/201clugar-de-crianca-nao-e-na-prisao-nem-longe-de-sua-mae201d-diz-pesquisa/pesquisa-dar-a-luz-na-sombra-1.pdf>. Acesso em: 10 maio 2019.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; CAMPOS, Carmen Hein de. Sistema de justiça criminal e perspectiva de gênero. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 146, p. 273-303, 2018.

CREENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. **Revista de Estudos Feministas**, Florianópolis, p. 171-188, 2002.

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

DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. Tradução: Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2017.

FERNÁNDEZ, María José Gea; SÁNCHEZ-PINILLA, Mario Dominguez; RODRÍGUEZ, Igos Sádaba. **Una condena compartida**: un estudio de caso sobre el control penal. Madrid: Tierra de Nadie Ediciones, 2014.

GARCIA, Carmen Antony. **Las mujeres confinadas**: estudio criminológico sobre el rol genérico en la ejecución de la pena en Chile y América Latina. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001.

HUMAN RIGHTS WATCH. **Brasil**: mães presas apesar de proibição legal. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/news/2019/05/10/330026>. Acesso em: 10 maio 2019.

INSTITUTO ALANA; COLETIVO DE ADVOCACIA EM DIREITOS HUMANOS. **Pela liberdade**: a história do *habeas corpus* coletivo para mães & crianças. São Paulo: Instituto Alana, 2019.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Mães Livres**. Documentário. Direção: Miguel Angel Herrera. Produção: Forward images that move. São Paulo, 2019. Disponível em: <https://youtu.be/sx5LYxDqU1U>. Acesso em: 15 nov. 2019.

INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO E DIREITOS HUMANOS. **Audiência pública debate situação das mães encarceradas**. Florianópolis, abril de 2019. Disponível em: <https://iddh.org.br/noticias/audiencia-publica-debate-situacao-das-maes-encarceradas/>. Acesso em: 30 jun. 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

PASTORAL CARCERÁRIA. **Pesquisa sobre o impacto concreto do decreto de indulto do dia das mães de 2017**. São Paulo, 2018. Disponível em: https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/08/relatorio_indulto_dia_das_maes_2017.pdf. Acesso em: 10 maio 2019.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. **Novos Estudos**, São Paulo, n. 68, p. 39-60, 2004.

RIO DE JANEIRO. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. **Perfil das mulheres gestantes, lactantes e mães atendidas nas audiências de custódia pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, abril de 2019. Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/c69419f807354460909ecb20f50d3a66.pdf>. Acesso em: 10 maio 2019.

RITA, Rosângela Peixoto Santa. **Mães e crianças atrás das grades: em questão o princípio da dignidade da pessoa humana**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Serviço Social. Universidade de Brasília, 2006. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/6377/1/2006_Rosangela%20Peixoto%20Santa%20Rita.pdf. Acesso em: 10 maio 2019.

ROCHA, Emerson Ferreira. Riqueza e *status* entre mulheres negras no Brasil. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 32, n. 1, p. 217-244, 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922017000100217&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 30 jun. 2019.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. O *Habeas Corpus* Coletivo: uma proposta para o direito brasileiro a partir da experiência jurisprudencial latino-americana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 137, p. 287-319, 2017. Disponível em: <https://consociobdjur.stj.jus.br/vufind/Record/oai:bdjur.stj.jus.br.BDJURr1:oai:localhost:2011-116704/Description>. Acesso em: 16 jan. 2022.

TEIXEIRA, Alessandra; OLIVEIRA, Hilem. Maternidade e encarceramento feminino: o estado da arte das pesquisas no Brasil. **BIB**, São Paulo, n. 81, 1ª semestre de 2016, p. 25-41, ago. 2017.