

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ELOÍSA MACHADO DE ALMEIDA, brasileira, advogada, inscrita na OAB/SP sob o nº 201.790; **BRUNA SOARES ANGOTTI**, brasileira, advogada, inscrita na OAB/SP sob o nº 317.688; **ANDRÉ FERREIRA**, brasileiro, advogado, inscrito na OAB/SP sob o nº 346.619; **NATHALIE FRAGOSO**, brasileira, advogada, inscrita na OAB/SP sob o nº 338.929, **HILEM OLIVEIRA**, brasileira, advogada, inscrita na OAB/SP sob o nº 340.426; todos membros do **Coletivo de Advogados em Direitos Humanos - CADHu**, com endereço à Rua Bruxelas, 169, São Paulo, Estado de São Paulo, vêm à presença de Vossa Excelência, com fulcro no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal e artigos 647 e 648, I, do Código de Processo Penal, em face dos MM. Juízes e Juízas das varas criminais estaduais e dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios; dos MM. Juízes e Juízas Federais com competência criminal e dos Tribunais Regionais Federais; e do Superior Tribunal de Justiça, impetrar

HABEAS CORPUS COLETIVO

- com pedido de medida liminar -

em favor de todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças, pelas razões de fato e de direito abaixo expostas.

I. INTRODUÇÃO.....	3
II. PRELIMINAR DE CABIMENTO DO HC COLETIVO PARA SANAR AS VIOLAÇÕES ORA COMBATIDAS.....	4
III. PRELIMINAR DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	10
IV. DOS ATOS ILEGAIS E DAS AUTORIDADES COATORAS.....	14
A. DA PERMISSÃO LEGAL DE SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO E DO DIREITO A NÃO SER ENCARCERADAS EM CONDIÇÕES DESUMANAS, CRUÉIS E DEGRADANTES.....	14
1. O CÁRCERE PARA AS MULHERES.....	14
2. O CÁRCERE PARA AS CRIANÇAS.....	25
3. A ILEGALIDADE DA PRISÃO PROVISÓRIA.....	27
B. DA DESPROPORCIONALIDADE DO ENCARCERAMENTO PREVENTIVO FEMININO.....	31
V. DO PEDIDO LIMINAR.....	33
VI. DO PEDIDO.....	33

I. INTRODUÇÃO

Trata-se de *habeas corpus* coletivo impetrado em favor de todas as mulheres gestantes e mães de crianças presas preventivamente no sistema penitenciário nacional e de seus filhos e filhas, quer gestados no cárcere, quer institucionalizados em decorrência da privação de liberdade das genitoras.

A determinação da prisão preventiva a estas mulheres, ou seja, a sua sujeição, antes de transitada em julgado uma condenação criminal, ao confinamento em estabelecimentos de privação de liberdade, por subtrair-lhes o acesso a programas de saúde pré-natais, a assistência regular ao parto e pós-parto, condições razoáveis de higiene e autocuidado e privar suas crianças de condições adequadas de desenvolvimento, constitui ato ilegal praticado de forma reiterada pelo Poder Judiciário brasileiro.

A precariedade das instalações prisionais, sua inadequação às necessidades femininas e a desatenção às condições de exercício de direitos reprodutivos caracterizam tratamento desumano, cruel e degradante, nos termos do art. 5º, III, da Constituição Federal e fazem com que a prisão provisória extrapole os limites constitucionais da intervenção do poder persecutório-punitivo sobre o indivíduo (art. 5º, XLVI, XLVII, (a) e XLIX da Constituição Federal).

Constitui, ademais, ato discriminatório. Num contexto marcado pelo aumento expressivo do encarceramento feminino associado ao tráfico de drogas, ao ponto de consistir este a causa para o confinamento de 64% das mulheres em situação de privação liberdade, a disciplina rigorosa do tráfico, a alta cominação de penas e a sua equiparação a crime hediondo, bem como a vocação seletiva da segurança pública impactam desproporcionalmente as mulheres. Somando a dramática inadequação do cárcere, tem-se uma política criminal flagrantemente discriminatória, pelo desproporcional impacto sobre as mulheres e suas famílias (art. 5º, XLI da Constituição Federal).

O impacto desproporcional ficou ainda mais evidente no episódio envolvendo a prisão preventiva de Adriana Ancelmo, ex-primeira dama do Estado do Rio de Janeiro. Sua prisão preventiva foi determinada no âmbito da Operação Calicute do Ministério Público Federal e logo substituída por prisão domiciliar pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região. O episódio, que poderia simplesmente indicar a correta aplicação da lei, expôs a enorme

seletividade do sistema de justiça, que mantém as demais mulheres gestantes, puérperas ou mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade no encarceramento.

Esta ação consiste de três partes. Abordar-se-á, preliminarmente, o cabimento do HC coletivo e a concretização da competência deste Supremo Tribunal Federal. Em seguida, caracterizar-se-á a ilegalidade da determinação da prisão preventiva às pacientes. Passe-se, por fim, aos pedidos.

II. PRELIMINAR DE CABIMENTO DO HC COLETIVO PARA SANAR AS VIOLAÇÕES ORA COMBATIDAS

A Constituição de 1988 determina a concessão de ordem de *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*”. Estabelece ainda que ninguém será submetido ao cárcere, antes de transitada em julgado a sentença condenatória, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 5º, LXVI da Constituição Federal).

Assim como ocorre com outros direitos individuais, violações à liberdade de ir e vir e correlatas podem ultrapassar a esfera isolada do indivíduo, alcançando um amplo contingente de pessoas. Nestes casos, o ato ilegal que constrange a liberdade de locomoção dos indivíduos adquire uma dimensão supraindividual. Destes, são casos conhecidos dos tribunais brasileiros, por exemplo, o cumprimento de prisão cautelar em contêineres ou de pena em condições mais gravosas do que as estabelecidas em lei ou sentença, imposto a uma coletividade de presos pela persistente e sistemática indisponibilidade de estruturas prisionais adequadas numa determinada localidade e a ameaça de prisão a pessoas que tenham manifestado intenção de se engajar num protesto ou manifestação pública.

Se tem impacto coletivo a ação violadora, a individualização do remédio obscurece as causas, enfraquece os pacientes e faz persistir a ilegalidade. Alinhada a esta constatação e orientada à garantia contra restrições ilegais ao direito de livre locomoção, bem como ao direito a uma tutela jurídica efetiva e célere (CF, art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII), a jurisprudência tem interpretado o conteúdo da garantia do *habeas corpus* de modo a admitir o *habeas corpus* coletivo. O faz com o objetivo de proteger uma coletividade de pessoas ameaçada de forma homogênea, por ato ilegal ou abusivo. Nesse sentido, o Superior Tribunal

de Justiça admitiu e concedeu habeas corpus coletivo em favor das crianças e adolescentes presentes, ainda que transitoriamente, na Comarca de Cajuru, uma vez constatada a ameaça constante de portaria que estabelecia toque de recolher.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS. TOQUE DE RECOLHER. SUPERVENIÊNCIA DO JULGAMENTO DO MÉRITO. SUPERAÇÃO DA SÚMULA 691/STF. NORMA DE CARÁTER GENÉRICO E ABSTRATO. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. **Trata-se de Habeas Corpus Coletivo "em favor das crianças e adolescentes domiciliados ou que se encontrem em caráter transitório dentro dos limites da Comarca de Cajuru-SP" contra decisão liminar em idêntico remédio proferida pela Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.** 2. Narra-se que a Juíza da Vara de Infância e Juventude de Cajuru editou a **Portaria 01/2011, que criaria um "toque de recolher", correspondente à determinação de recolhimento, nas ruas, de crianças e adolescentes desacompanhados dos pais ou responsáveis: a) após as 23 horas, b) em locais próximos a prostíbulos e pontos de vendas de drogas e c) na companhia de adultos que estejam consumindo bebidas alcoólicas.** A mencionada portaria também determina o recolhimento dos menores que, mesmo acompanhados de seus pais ou responsáveis, sejam flagrados consumindo álcool ou estejam na presença de adultos que estejam usando entorpecentes. 3. O primeiro HC, impetrado no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, teve sua liminar indeferida e, posteriormente, foi rejeitado pelo mérito. 4. Preliminarmente, "o óbice da Súmula 691 do STF resta superado se comprovada a superveniência de julgamento do mérito do habeas corpus originário e o acórdão proferido contiver fundamentação que, em contraposição ao exposto na impetração, faz suficientemente as vezes de ato coator (...)" (HC 144.104/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 2.8.2010; cfr. Ainda HC 68.706/MS, Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 17.8.2009 e HC 103.742/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 7.12.2009). 5. No mérito, o exame dos consideranda da Portaria 01/2011 revela preocupação genérica, expressa a partir do "número de denúncias formais e informais sobre situações de risco de crianças e adolescentes pela cidade, especificamente daqueles que permanecem nas ruas durante a noite e madrugada, expostos, entre outros, ao oferecimento de drogas ilícitas, prostituição, vandalismos e à própria influência deletéria de pessoas voltadas à prática de crimes". 6. A despeito das legítimas preocupações da autoridade coatora com as contribuições necessárias do Poder Judiciário para a garantia de dignidade,

de proteção integral e de direitos fundamentais da criança e do adolescente, é preciso delimitar o poder normativo da autoridade judiciária estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em cotejo com a competência do Poder Legislativo sobre a matéria. 7. A portaria em questão ultrapassou os limites dos poderes normativos previstos no art. 149 do ECA. "Ela contém normas de caráter geral e abstrato, a vigorar por prazo indeterminado, a respeito de condutas a serem observadas por pais, pelos menores, acompanhados ou não, e por terceiros, sob cominação de penalidades nela estabelecidas" 8. **Habeas Corpus concedido para declarar a ilegalidade da Portaria 01/2011 da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Cajuru.**

(REsp 1046350/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 24.9.2009).

A defesa coletiva da liberdade de ir e vir por meio da impetração de *habeas corpus* coletivo está alinhada à tendência de coletivização de direitos e à aguçada percepção da sistematicidade dos atos ilegais que violam a liberdade ambulatorial, especialmente quando estão em questão as estruturas prisionais. Imperativos de isonomia no tratamento dos jurisdicionados, celeridade e economia processual, em suas variadas dimensões de racionalização do uso de recursos, tempo e esforços, bem como considerações sobre a (ir)razoabilidade da exigência de impetração de *habeas corpus* por toda e cada pessoa atingida, recomendam a via multitudinária para o endereçamento de lesões a direitos que tenham origem comum.

HABEAS CORPUS – REGIME SEMIABERTO – INEXISTÊNCIA DE ESTABELECIMENTO PENAL ADEQUADO – COLÔNIA PENAL – FORÇOSA A COLOCAÇÃO DOS REEDUCANDOS NO REGIME MENOS GRAVOSO – DOMICILIAR – ATÉ QUE SEJAM DISPONIBILIZADAS VAGAS NO LOCAL ADEQUADO NA FORMA DA LEI DE EXECUÇÕES PENAS – ORDEM CONCEDIDA A FIM DE QUE SEJAM COLOCADOS NO REGIME DOMICILIAR TODOS OS ENCARCERADOS DO REGIME SEMIABERTO QUE CUMPREM PENA DO PRESÍDIO DE DOIS IRMÃOS DO BURITI.

No caso vertente, a execução da pena no regime que lhes foi designado – semiaberto - é direito inegociável, e, a inexistência de estabelecimento penal adequado, não enseja ao Estado a possibilidade de manter os encarcerados em regime mais gravoso. Imperativa a colocação em

regime domiciliar. Os artigos 91 e 92 da Lei de Execução Penal, especificam o estabelecimento referente a cada modalidade de cumprimento de pena, estipulando no caso do regime semiaberto. Doutrina: A Colônia Penal deve ser “estabelecimento penal de segurança média, onde já não existem muralhas e guardas armados, de modo que a permanência dos presos se dá, em grande parte, por sua própria disciplina e senso de responsabilidade. É o regime intermediário, portanto, o mais adequado em matéria de eficiência.” - **O Poder Judiciário não pode ser conivente com o descumprimento da lei pelo Poder Executivo, quando não providencia os estabelecimentos adequados aos reeducandos, conforme prevê o ordenamento jurídico.**

(TJ/MS – 1ª Turma Criminal – HC 2009.032499-0/0000-00 – Impet.: DPMS – Pacientes: Internos do Presídio de Dois Irmãos do Buriti – Relato: Des. Dorival Moreira dos Santos – Jul.: 12/01/2010, v.u.)

A admissibilidade da impetração coletiva do *habeas corpus* tampouco o descaracteriza naquilo que o remédio constitucional possibilita em termos da recomposição ágil da liberdade ambulatorial. **Ao contrário, em sua modalidade coletiva, o *habeas corpus* ganha uma amplitude que o habilita a responder de forma eficaz ao motor das lesões à liberdade sobre as quais pretende incidir.** No caso de ofensas ao direito de locomoção com perfil coletivo, seu ajuizamento é a providência que melhor realiza o direito à efetiva tutela jurisdicional.

Este é o entendimento que se coaduna com o texto e os princípios que inspiram a Constituição Federal. É também o que encontra respaldo nos sistemas internacional e regional de direitos humanos, em cujas normas se encontra garantido o direito a um instrumento processual simples, rápido, efetivo e apto a tutelar o direito fundamental lesionado ou ameaçado (Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 25, 1).

Convém lembrar, ademais, que, embora orientado à eliminação das restrições ilegais ao direito de ir, vir e permanecer, a jurisprudência vem admitindo **a arguição de questões correlatas pela via do *habeas corpus*.** Exemplo disso é a sua utilização para trancar processos penais instaurados sem justa causa ou para eliminar restrições ilegais ao direito de visita da pessoa presa. Assim fez este Supremo Tribunal Federal, interpretando de maneira ampla a liberdade de locomoção, por identificar, no caso concreto, **uma relação de**

imbricamento entre aprisionamento e o direito à visita da pessoa privada de liberdade. Segundo consta da decisão, atos que agravam o grau de restrição de liberdade do paciente repercutem negativa e ilegalmente em sua esfera de liberdade e ensejam a admissibilidade do habeas corpus para o saneamento dos excessos na execução da pena, “sob pena de, ao fim (...), não restar alcançado o objetivo de reinserção eficaz do apenado em seu seio familiar e social”.

HABEAS CORPUS. 2. DIREITO DO PACIENTE, PRESO HÁ QUASE 10 ANOS, DE RECEBER A VISITA DE SEUS DOIS FILHOS E TRÊS ENTEADOS. 3. COGNOSCIBILIDADE. POSSIBILIDADE. LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO ENTENDIDA DE FORMA AMPLA, AFETANDO TODA E QUALQUER MEDIDA DE AUTORIDADE QUE POSSA EM TESE ACARRETAR CONSTRANGIMENTO DA LIBERDADE DE IR E VIR. ORDEM CONCEDIDA. 1. COGNOSCIBILIDADE DO WRIT. A jurisprudência prevalente neste Supremo Tribunal Federal é no sentido de que não terá seguimento habeas corpus que não afete diretamente a liberdade de locomoção do paciente. Alargamento do campo de abrangência do remédio heroico. Não raro, esta Corte depara-se com a impetração de habeas corpus contra instauração de inquérito criminal para tomada de depoimento; indiciamento de determinada pessoa em inquérito policial; recebimento da denúncia; sentença de pronúncia no âmbito do processo do júri; sentença condenatória etc. **Liberdade de locomoção entendida de forma ampla, afetando toda e qualquer medida de autoridade que possa, em tese, acarretar constrangimento para a liberdade de ir e vir. Direito de visitas como desdobramento do direito de liberdade. Só há se falar em direito de visitas porque a liberdade do apenado encontra-se tolhida. Decisão do juízo das execuções que, ao indeferir o pedido de visitas formulado, repercute na esfera de liberdade, porquanto agrava, ainda mais, o grau de restrição da liberdade do paciente. Eventuais erros por parte do Estado ao promover a execução da pena podem e devem ser sanados via habeas corpus, sob pena de, ao fim do cumprimento da pena, não restar alcançado o objetivo de reinserção eficaz do apenado em seu seio familiar e social. Habeas corpus conhecido.** 2. RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO. A Constituição Federal de 1988 tem como um de seus princípios norteadores o da humanidade, sendo vedadas as penas de morte, salvo em caso de guerra declarada (nos termos do art. 84, XIX), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (CF, art. 5º, XLVII). Prevê, ainda, ser assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (CF, art. 5º, XLIX). É fato que a pena assume o caráter de prevenção e retribuição ao mal causado. Por outro lado, não se pode olvidar seu necessário caráter ressocializador,

devendo o Estado preocupar-se, portanto, em recuperar o apenado. Assim, é que dispõe o art. 10 da Lei de Execução Penal ser dever do Estado a assistência ao preso e ao internado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Aliás, o direito do preso receber visitas do cônjuge, da companheira, de parentes e de amigos está assegurado expressamente pela própria Lei (art. 41, X), sobretudo com o escopo de buscar a almejada ressocialização e reeducação do apenado que, cedo ou tarde, retornará ao convívio familiar e social. Nem se diga que o paciente não faz jus à visita dos filhos por se tratar de local impróprio, podendo trazer prejuízos à formação psíquica dos menores. De fato, é público e notório o total desajuste do sistema carcerário brasileiro à programação prevista pela Lei de Execução Penal. Todavia, levando-se em conta a almejada ressocialização e partindo-se da premissa de que o convívio familiar é salutar para a perseguição desse fim, cabe ao Poder Público propiciar meios para que o apenado possa receber visitas, inclusive dos filhos e enteados, em ambiente minimamente aceitável, preparado para tanto e que não coloque em risco a integridade física e psíquica dos visitantes. 3. ORDEM CONCEDIDA.

(STF - HC: 107701 RS, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 13/09/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-061 DIVULG 23-03-2012 PUBLIC 26-03-2012)

No caso dos direitos individuais aqui suscitados, seu processamento unitário, em decorrência da origem comum, apresenta-se ainda como forma de alcançar a máxima efetividade da ação constitucional. Afinal, no que concerne aos fatos que ensejam esta ação, é preciso reconhecer que nada têm de episódicos, individuais ou acidentais.

O encarceramento massivo e crescente de mulheres ganha inteligibilidade como produto de uma política criminal que recorre à prisão como principal resposta estatal ao conflito com a lei e abusa de sua modalidade preventiva; de uma política de segurança pública que logra alcançar os mais vulneráveis; de uma política de drogas, cuja rigorosa legislação, apesar de formulada em termos neutros e abstratos, atinge as mulheres draconianamente, reforçando sua vulnerabilidade e a de sua família.

O enfrentamento das violações a que são submetidas no âmbito dos sistemas de justiça criminal e prisional, consubstanciado no massivo encarceramento cautelar de gestantes, lactantes e mães com crianças de até 12 anos em estruturas prisionais intoleráveis, se se quer eficaz, deve acontecer em âmbito coletivo e estrutural. Especialmente porque, no caso das mulheres em privação cautelar de liberdade, dadas as

falhas estruturais de acesso à justiça, a defesa de seus interesses em juízo de forma isolada encontra sérias limitações materiais.

“Nas visitas que realizamos aos estabelecimentos prisionais femininos brasileiros, **foi comum as presas afirmarem que não tinham advogada ou que não a conheciam** – colocando em xeque a garantia constitucional da ampla defesa. Como não existe processo penal sem defesa técnica, pode-se concluir que as presas, de modo geral, não têm contato com sua defensora pública, dativa ou constituída.” (BRAGA e ANGOTTI, 2015, p. 73)

“Em relação especificamente ao acesso à justiça, pudemos perceber o duplo impacto da precariedade deste, o primeiro de ordem material, identificado na falta de acesso à informação, pouca participação no processo criminal e civil, e exercício precário da autodefesa e defesa técnica; o segundo subjetivo, com aumento da ansiedade gerada pela sensação de abandono, impotência e angústia frente ao sistema de justiça e ao seu próprio destino.” (BRAGA e ANGOTTI, 2015, p. 78)

A esse respeito, convém reiterar o impacto de uma sociedade desigual na pavimentação do acesso à justiça. Estudiosos da administração da justiça constataam uma complexa teia de condicionantes que determinam a experiência concreta de indivíduos e resultam na assimetria da defesa de seus interesses. Para além de obstáculos econômicos, o exercício do acesso efetivo à Justiça também é modulado por fatores sociais e culturais, cujo enfrentamento depende da clareza sobre suas causas e da formulação de respostas adequadas. No Brasil, mesmo com a criação de uma instituição pública para a defesa e promoção sistemática dos interesses de pessoas pobres, seu alcance insuficiente ainda se faz notar nas falas aqui registradas de mulheres que não tiveram contato com seu defensor ou advogado; que não tiveram oportunidade de defesa no âmbito dos processos que lhes implicou a perda do poder familiar sobre os filhos; que se referem à Justiça com desconfiança.

A via coletiva é, assim, não somente adequada, mas imprescindível ao tratamento eficaz das violações ora reportadas.

Outras cortes constitucionais têm abraçado a possibilidade do uso de habeas corpus coletivo quando, dada a característica do direito ou a categoria das pessoas afetadas, esse for o único instrumento capaz de fazer cessar a lesão ao direito fundamental, sem gerar discriminação entre os beneficiários. Essa foi a linha adotada pela Suprema Corte Argentina no já célebre *caso Verbitsky*, um habeas corpus coletivo com objeto de fazer cessar as más condições de detenção na província de Buenos Aires:

(...)15. Que es menester introducimos en la cuestión mediante el estudio de la cláusula constitucional en crisis, a fin de especificar el alcance de lo allí dispuesto, esto es, si sólo se le reconoce al amparo strictu sensu la aptitud procesal suficiente para obtener una protección judicial efectiva de los derechos de incidencia colectiva, o si, por el contrario, se admite la posibilidad de hacerlo mediante la acción promovida en el sub iudice”.

16. Que pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el habeas corpus como instrumento deducible también en forma colectiva, tratándose de pretensiones como las esgrimidas por el recurrente, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla”.

17. Que debido a la condición de los sujetos afectados y a la categoría del derecho infringido, la defensa de derechos de incidencia colectiva puede tener lugar más allá del nomen juris específico de la acción intentada, conforme lo sostenido reiteradamente por esta Corte en materia de interpretación jurídica, en el sentido de que debe tenerse en cuenta, además de la letra de la norma, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad. (CSJN, *Verbitsky, Horacio s/Habeas Corpus*, voto da maioria da Corte, considerandos 15, 16 y 17).

Este habeas corpus coletivo busca tutelar os direitos de **mulheres submetidas ilegalmente ao encarceramento** – tendo em vista a possibilidade de substituição por prisão domiciliar -, que não usufruem do devido acesso à justiça e que compartilham, todas, do mesmo status de gestante, puérpera, mãe. Conceder o habeas corpus a uma, duas, algumas, como se tem visto, é criar, pela via do Judiciário, uma odiosa forma de discriminação.

III. PRELIMINAR DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A competência do Supremo Tribunal Federal para o processamento do presente emerge simultaneamente da abrangência nacional do pleito, isto é, da situação calamitosa do sistema prisional brasileiro em todas as unidades federativas, e do fato de figurar o Superior Tribunal de Justiça entre as autoridades coatoras.

Recentemente, quando da apreciação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, os Ministros e Ministras do Supremo Tribunal Federal foram confrontados

com os fatos que ensejam a presente ação: a calamitosa, violadora e insustentável situação do sistema prisional brasileiro. O quadro geral de insuficiências e violações tende, no entanto, – e isto se percebe desde a estrutura arquitetônica dos estabelecimentos prisionais aos dados revelados e ocultos nos levantamentos de informações penitenciárias¹ – a ofuscar as particularidades do universo prisional feminino.

As necessidades específicas das mulheres em situação de privação de liberdade não são consideradas e atendidas pelo sistema prisional nacional. Estruturado como resposta ao crime, um fenômeno socialmente desassociado dos estereótipos de gênero femininos, os estabelecimentos penais negligenciam as diversidades que caracterizam o universo das mulheres, sua raça, idade, eventuais deficiências, sua orientação sexual, identidade de gênero, nacionalidade, situação de gestação e maternidade.

A percepção desta inadequação, especialmente no que concerne ao exercício de direitos reprodutivos, emerge dos dados oficiais: apenas 48 unidades prisionais informam dispor de cela ou dormitório adequado para gestantes (34% das unidades femininas e 6% das unidades mistas); berçários ou centros de referência materno-infantil existem em apenas 32% das unidades femininas e em 3% das unidades mistas; as creches, em apenas 5% das unidades femininas e em nenhum dos estabelecimentos mistos, onde a maior parte das mulheres se encontra encarcerada.²

Em decorrência deste estado de coisas, a determinação da prisão cautelar a mulheres, muito além da liberdade, implica, em todo o território nacional, a privação do exercício de decisões sobre reprodução livres de discriminação, coerção, violência; do acesso à informação e aos meios para o exercício saudável e seguro da reprodução e sexualidade; do controle sobre o próprio corpo. A começar pelo acesso a equipamentos de saúde ginecológica e obstétrica, os dados mais recentes informam a dedicação de apenas 37 ginecologistas a toda a população prisional feminina brasileira³. Informam ainda que apenas 37% das unidades

1 Segundo apura Raquel Lima no artigo “O silêncio eloquente sobre as mulheres no Infopen”, publicado no informativo produzido pela Rede Justiça Criminal sobre os “Os números da Justiça Criminal”, embora a produção do Infopen tenha avançado na inserção de um filtro de gênero para a coleta dos dados, contemplando-o em todas as variáveis, o texto do levantamento traz poucas referências às características femininas. O Infopen Mulheres, segundo a autora, ainda que pretendesse suprir esta lacuna, foi obrigado a lidar com a limitação da indisponibilidade de informações sobre mulheres custodiadas em unidades geridas pelas Secretarias de Segurança e reincidiu na omissão do número de filhos das pessoas privadas de liberdade e na identificação do número de mulheres gestantes, lactantes e parturientes. Disponível em: <<http://redejusticacriminal.wix.com/transparencia#!3/k8v16>>

2 Ibidem, p. 3.

3 Dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen – junho de 2014.

prisionais no Brasil dispõem de módulo de saúde (52% das unidades femininas e 42% das unidades mistas). Especificamente quanto aos estabelecimentos destinados ao recolhimento de presos provisórios, apenas um em cada quatro conta com o equipamento. A desastrosa situação do cárcere brasileiro faz dele um local de adoecimento físico e mental.

“A maioria dos presídios brasileiros possui problemas referentes à superlotação e péssimas condições estruturais e de salubridade, **predispondo a proliferação ou agravamento de diversas doenças infectocontagiosas, traumas, doenças crônico-degenerativas, além de transtornos mentais. Em algumas instituições as celas são improvisadas como enfermarias, dispondo de poucos equipamentos e profissionais qualificados. A carência de escolta policial dificulta que as presidiárias sejam levadas para tratamentos de saúde nos hospitais de referência.** Há falta contínua de medicamentos e os tratamentos para diversas doenças acabam se reduzindo à prescrição de analgésicos para alívio dos sintomas. **Praticamente inexistem o pré-natal e os programas voltados à prevenção dos cânceres de colo de útero e de mamas. Essas situações, que afetam quase todas as mulheres em sistema prisional, ficam ainda mais graves quando elas se encontram grávidas, tendo em vista a maior fragilidade física e emocional própria deste período**” (MILITÃO e KRUNO, 2014, p. 76).

Desde a entrada em vigor da Lei 13.257/2016, os tribunais têm sido chamados a enfrentar esta problemática, em vários pedidos de substituição de prisão preventiva por domiciliar em favor de gestantes e mães em situação de prisão provisória.

A lei referida alterou o Código de Processo Penal, de modo a possibilitar a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar para gestantes, independentemente da idade gestacional, e mães de crianças, nos termos de seu artigo 318:

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

(...)

IV - gestante;

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

Assim determina no âmbito do estabelecimento de políticas de proteção a todas as crianças brasileiras, inclusive aquelas – e aí reside sua virtude – cujas mães são alvos de processo criminal. A ela subjaz o reconhecimento de que o encarceramento de mães e gestantes coloca crianças em grave situação de risco: ciclos gravídico-puerperais

desassistidos implicam riscos de morte materna e fetal/infantil, afetam permanentemente o desenvolvimento das crianças e a posterior separação fragiliza vínculos fundamentais para um processo de socialização saudável e promotor de integração. Subjaz ainda o reconhecimento de que a manutenção do cárcere preventivo nesses casos viola direitos de crianças e adolescentes; de que o sistema de justiça criminal e o sistema prisional têm se constituído em mais um obstáculo à consolidação de políticas verdadeiramente universais de proteção integral.

Entretanto, em consulta feita por meio da ferramenta de busca do STJ, constata-se que a substituição da prisão preventiva pela domiciliar para mulheres gestantes ou com filhos pequenos foi negada em aproximadamente metade dos casos. Os argumentos para tanto, vão de considerações sobre as condições pessoais da mulher, apurada a partir da gravidade do delito supostamente praticado, à alegação de necessidade de prova da inadequação do ambiente carcerário no caso concreto.

Ora, trata-se de um ambiente sobre cujo estado calamitoso esta Corte, no âmbito da apreciação das medidas cautelares formuladas pela Arguição de Preceito Fundamental 347, disse não ser “exclusivo desse ou daquele presídio”, disse ser “similar em todas as unidades da Federação, devendo ser reconhecida a inequívoca falência do sistema prisional brasileiro.” Um ambiente cuja rotina, como reconhece o voto do relator, Min. Marco Aurélio, é de superlotação, tortura, homicídio, violência sexual, de proliferação de doenças infectocontagiosas, de falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, de privação do acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, de discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.

O STJ, provocado a sanar graves violações de direitos e aplicar a lei processual penal e falhando em fazê-lo, soma-se ao rol de autoridades coatoras. Assim sendo, incide a norma de estabelecimento de competência constante do artigo 102, alínea i, da Constituição Federal. Resta competente, portanto, este Supremo Tribunal Federal.

Qual outra instância judicial, que não o Supremo Tribunal Federal, teria condições de apreciar um habeas corpus coletivo de âmbito nacional, diante do descumprimento da Constituição e das leis pelas demais instâncias jurisdicionais nacionais?

Essa foi a razão deste E. Supremo Tribunal Federal ter conhecido a ADPF 347, onde o colegiado declarou o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

Naquela oportunidade, este E. tribunal entendeu que para enfrentar um problema de violações a direitos fundamentais, de âmbito nacional, de forma a atingir todas as autoridades públicas, não haveria outro instrumento processual capaz de fazê-lo, nem outra instância jurisdicional.

(...) Há relação de causa e efeito entre atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, atacados nesta ação, e o quadro de transgressão de direitos relatado. O afastamento do estado de inconstitucionalidades, conforme se pretende nesta ação, só é possível mediante mudança significativa do comportamento do Poder Público, considerados atos de natureza normativa, administrativa e judicial.

(...) inexistente, no âmbito do controle abstrato de normas, instrumento diverso mediante o qual possam ser impugnados de forma abrangente, linear, os atos relacionados às lesões a preceitos fundamentais articuladas (...).

A responsabilidade do Poder Público é sistêmica, revelado amplo espectro de deficiência nas ações estatais. Tem-se a denominada “falha estatal estrutural”. As leis existentes, porque não observadas, deixam de conduzir à proteção aos direitos fundamentais dos presos. Executivo e Legislativo, titulares do condomínio legislativo sobre as matérias relacionadas, não se comunicam. As políticas públicas em vigor mostram-se incapazes de reverter o quadro de inconstitucionalidades. O Judiciário, ao implementar número excessivo de prisões provisórias, coloca em prática a “cultura do encarceramento”, que, repita-se, agravou a superlotação carcerária e não diminuiu a insegurança social nas cidades e zonas rurais.

Em síntese, assiste-se ao mau funcionamento estrutural e histórico do Estado – União, estados e Distrito Federal, considerados os três Poderes – como fator da violação de direitos fundamentais dos presos e da própria insegurança da sociedade. Ante tal quadro, a solução, ou conjunto de soluções, para ganhar efetividade, deve possuir alcance orgânico de mesma extensão, ou seja, deve envolver a atuação coordenada e mutuamente complementar do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, dos diferentes níveis federativos, e não apenas de um único órgão ou entidade. (STF, MC ADPF 347, Min Relator Marco Aurelio).

De forma análoga à ADPF 347, este habeas corpus coletivo sustenta a falha sistêmica do Judiciário em promover a aplicação da lei e a garantia dos direitos das mulheres gestantes, puérperas e mães de crianças em ter condições adequadas à sua existência digna enquanto mulher no cárcere e de ter a prisão preventiva substituída pela prisão domiciliar. A substituição pontual para algumas mulheres e não para todas

indica que o sistema de justiça atua, também, de forma a discriminar as mulheres mais pobres.

Imprescindível, assim, a atuação deste E. Supremo Tribunal Federal na admissão do habeas corpus coletivo e concessão da ordem.

IV. DOS ATOS ILEGAIS E DAS AUTORIDADES COATORAS

MM. Juízes e Juízas das varas criminais estaduais e dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios; dos MM. Juízes e Juízas Federais com competência criminal e dos Tribunais Regionais Federais; e do Superior Tribunal de Justiça, todos são autoridades coatoras na manutenção da submissão de mulheres gestantes, puérperas e mães de crianças em excessivo encarceramento preventivo, em péssimas condições de detenção que impedem a existência digna dessas encarceradas enquanto mulheres no sistema prisional inconstitucional brasileiro.

Como afirmado por este E. Supremo na já mencionada medida cautelar na ADPF 347, o sistema prisional inconstitucional se nutre se uma falha sistêmica que envolve também o Judiciário:

(...) É possível apontar a responsabilidade do Judiciário no que 41% desses presos, aproximadamente, estão sob custódia provisória. Pesquisas demonstram que, julgados, a maioria alcança a absolvição ou a condenação a penas alternativas, surgindo, assim, o equívoco da chamada “cultura do encarceramento”. (STF, MC ADPF 347, Min Relator Marco Aurelio).

MM. Juízes e Juízas das varas criminais estaduais e dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios; dos MM. Juízes e Juízas Federais com competência criminal e dos Tribunais Regionais Federais; e do Superior Tribunal de Justiça são as autoridades coatoras responsáveis pela manutenção das prisões preventivas de mulheres gestantes, puérperas ou mães de crianças com até 12 anos em péssimas condições de detenção, não provendo a devida substituição por prisão domiciliar, agravando a desigualdade e o impacto desproporcional da prisão para mulheres pobres. Estas ilegalidades são identificadas e expostas nos termos a seguir:

V. DA PERMISSÃO LEGAL DE SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO E DO DIREITO A NÃO SER ENCARCERADAS EM CONDIÇÕES DESUMANAS, CRUÉIS E DEGRADANTES

1. O CÁRCERE PARA AS MULHERES

A base de dados construída e disponibilizada pelo Departamento Penitenciário Nacional revela que, em dezembro de 2014, havia no Brasil 36.495⁴ mulheres privadas de liberdade em carceragens e estabelecimentos prisionais, entre as quais cerca de um terço ainda sem condenação. Uma quantidade aparentemente pouco expressiva diante dos 622 mil que perfazem a população prisional total. A população prisional feminina, no entanto, cresceu entre 2000 e 2014 em 567,4%⁵ e é suficiente para posicionar o Brasil em quinto lugar no ranking mundial de encarceramento feminino, atrás somente dos Estados Unidos (205.400 mulheres presas), da China (103.766), Rússia (53.304) e Tailândia (44.751).

Como já indicado, a inadequação do ambiente carcerário para recolher este crescente contingente, no que concerne ao exercício de direitos reprodutivos, está inscrita nos dados oficiais: apenas 48 unidades prisionais informam dispor de cela ou dormitório adequado para gestantes (34% das unidades femininas e 6% das unidades mistas); berçários ou centros de referência materno-infantil existem em apenas 32% das unidades femininas e em 3% das unidades mistas; as creches, em apenas 5% das unidades femininas e em nenhum dos estabelecimentos mistos. Convém lembrar, ainda, que a maior parte das mulheres se encontra encarcerada em unidades mistas de privação de liberdade.

Ainda do Infopen consta que há apenas 37 ginecologistas para toda a população prisional feminina brasileira⁶, que módulos de saúde estão disponíveis em apenas 37% das unidades prisionais do Brasil (52% das unidades femininas e 42% das unidades mistas) e em 25% dos estabelecimentos destinados ao recolhimento de presos provisórios. Some-se a isso o fato de que as condições de saúde das mulheres encarceradas são sensivelmente piores que as da população em geral: há 1.204 mulheres com agravos transmissíveis dentro do sistema prisional, o que equivale a 5,3% da população prisional feminina. Entre estas, 46% são

4 Considera-se aqui a soma das mulheres detidas em carceragens e delegacias (2.702 mulheres) e presas no âmbito do sistema prisional (33.793 mulheres). Cf. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen – dezembro de 2014.

5 A média do crescimento masculino no período foi de 220,20%.

6 Dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen – junho de 2014.

portadoras do HIV, 35% são portadoras de sífilis e 4,8% são vítimas de tuberculose. Reitera-se: a calamitosa situação do cárcere brasileiro faz dele um local de adoecimento físico e mental.

O sistema prisional, brevemente caracterizado acima, priva as gestantes do acompanhamento pré-natal, do acesso a exames laboratoriais e de imagem, de serviços que permitam o monitoramento do desenvolvimento fetal, a identificação, o tratamento e a prevenção da transmissão de enfermidades. Embora a limitação do alcance da atenção pré-natal não seja particularidade do sistema prisional - o que, aliás, manifesta-se nas altas taxas de mortalidade materna e já rendeu ao Brasil uma condenação internacional no âmbito do Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher⁷ – nele assume contornos dramáticos.

Para além da incapacidade de oferecer um ambiente confortável, alimentação adequada e viabilizar outros fatores condicionantes de um desenvolvimento gestacional saudável, estudos dedicados à investigação das condições de maternidade no cárcere constataram ainda que as mulheres experimentam – e denunciam – gestações ora mal, ora completamente desassistidas. Mesmo nos locais em que se verifica acesso ao pré-natal, como no Estado do Rio Grande do Sul⁸, foi denunciada a insuficiência do contingente de profissionais e da estrutura de saúde para responder tempestiva e adequadamente a intercorrências.

“Não fiz nenhum exame, não fiz pré-natal, fui pra maternidade sem exames, né. E que eu perdi [o filho] aqui dentro. Descobriram lá no hospital que eu tava com muita anemia, tomei cinco bolsas de sangue lá, soro, não estavam encontrando minha veia, eu não tinha sangue, não tinha nada. Quase que morro lá no hospital, deram um choque pra mim retornar de novo, fui lá pra UTI, passei muito tempo mal mesmo.” (GALVÃO e DALVIM, 2013, p. 455)

“Fui fazer o pré-natal com sete meses porque estava difícil de carro [...].” (GALVÃO e DALVIM, 2013, p. 455)

“[...] cheguei grávida aqui com sete meses, aí não sentia mexer muito, aí falei com a assistente social, disse a ela que eu não estava muito bem, pedi para marcar uma consulta. Ela disse que ia marcar, mas não conseguiu, que eu esperasse, porque estava sem vaga, e que ia levar umas grávidas primeiro, e que eu não ia ter agora

7 Caso Alyne da Silva Pimentel Teixeira vs. Brasil. Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, 27 de setembro de 2011.

8 MILITÃO, Lisandra Paim, KRUNO, Rosimery Barão. Vivendo a gestação dentro de um sistema prisional. Revista Saúde, Santa Maria, vol. 40, n. 1, jan. /jul., 2014, p. 77.

porque eu estava com sete meses. Aí pronto, fiquei esperando, depois fui falar com ela de novo e ela disse que ia marcar uns exames, só que não marcou. Aí eu peguei e esperei, né, e não pedi mais [...].” (GALVÃO e DALVIM, 2013, p. 455)

De um pré-natal suficiente depende a saúde da mulher e de seus filhos. Nele, identifica-se possíveis infecções (como sífilis, HIV, hepatites), define-se o risco de contrair doenças como rubéola, citomegalovirose e toxoplasmose, faz-se uma série de pesquisas aptas a prevenir o trabalho de parto prematuro e alertar para doenças hipertensivas da gestação, como pré-eclâmpsia e síndrome HELLP, que podem causar óbito fetal. **Assim, além do risco gerado pelo confinamento em condições insalubres e desconfortáveis, a gestante encarcerada é subtraída do alcance das políticas de saúde, em cujos termos toda gestante tem direito a, no mínimo, seis consultas de acompanhamento pré-natal.**⁹

“Não tive acompanhamento médico, tinha problema de pressão alta, ficava tendo dores fortes, inclusive veio até um papel do juiz pra eu sair, pra me levarem pra fazer o pré-natal, só que eles não me levavam, né [...].” (GALVÃO e DALVIM, 2013, p. 455)

Tome-se, por exemplo, o impacto desta privação no tocante à sífilis, enfermidade à qual as mulheres privadas de liberdade estão especialmente vulneráveis, conforme os dados do INFOPEN já mencionados.¹⁰ A bactéria causadora da doença é capaz de atravessar a barreira placentária. Em consequência, fica a criança vulnerável à sífilis congênita, cuja incidência tem aumentado nos últimos anos (4,7 para cada 1.000 nascidos vivos em 2013, segundo o Ministério da Saúde); incrementa-se o risco de abortamentos precoces, tardios, trabalhos de parto prematuros e do óbito da criança¹¹. As crianças sobreviventes ainda podem desenvolver malformações cerebrais, alterações ósseas, cegueira e lábio leporino.

[...] vim pra cá e só fiz exames na maternidade depois que ganhei ela, e acusou sífilis [...]. Eu só vim descobrir a doença depois que ela nasceu, se eu tivesse feito o pré-natal eu tinha tomado conhecimento antes de ter minha filha. (GALVÃO e DALVIM, 2013, p. 455)

9 BRASIL. Ministério da Saúde. 2002. Programa de Humanização do Parto: humanização pré-natal e nascimento. Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Brasília (DF): Ministério da Saúde, 20 p. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/parto.pdf>.

10 Consta do levantamento que, das 1.204 mulheres com agravos transmissíveis, 35% são portadoras de sífilis. Cf. do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen – junho de 2014.

11 O índice de mortalidade infantil por sífilis congênita no Brasil cresceu de 2,2 a cada 100.000 nascidos vivos em 2004 para 5,5 em 2013.

Eu cheguei a bater três ultras pela cadeia mesmo e depois fui fazer o pré-natal, acho que ainda cheguei a ir umas duas vezes [...]. Fiz o exame de sangue e descobri que tinha sífilis, aí fiz o tratamento e ela também, quando nasceu. (GALVÃO e DALVIM, 2013, p. 455)

Constata-se aí uma dimensão do aprisionamento feminino sobre a qual podemos concluir que: o que tem de rotineira tem de insuportável. **A determinação de prisão limita o exercício do direito à saúde, com impacto nefasto, não somente sobre a mulher, mas sobre seus descendentes e sobre o quadro geral da saúde pública.**

Outras manifestações da inadequação do ambiente prisional para o exercício de direitos reprodutivos emergem no contexto do parto. No Rio de Janeiro, ganhou notoriedade o caso da penitenciária Talavera Bruce, onde uma gestante, **confinada numa solitária aos nove meses de gestação, deu à luz absolutamente só e desassistida**¹². No Distrito Federal, uma mulher presa, que teria solicitado socorro em avançado estágio do trabalho de parto, deu à luz sobre um saco de lixo no corredor do presídio. Segundo os responsáveis, não teria havido tempo para acionamento da escolta¹³. Em São Paulo, uma mulher, **presa provisoriamente por envolvimento com o tráfico de drogas, aos oito meses de gestação**, foi recentemente indenizada pelo estado por ter sido submetida ao uso de algemas no Hospital Estadual de Caieiras. A parturiente foi atada ao leito, pelas mãos e pelos pés, antes, durante e após o parto – procedimento padrão à época em São Paulo. A ela tampouco foi concedida a presença de um acompanhante, como determina indiscriminadamente a Lei 8.080/1990.^{14,15}

“Veja só. Uma presa da penitenciária feminina Talavera Bruce, no Rio, foi deixada de castigo no isolamento, mesmo com gravidez avançada, pondo em risco a sua saúde e a do bebê. No último dia 11, ela entrou em trabalho de parto. Apesar dos gritos de socorro das detentas da cela ao lado, a gestante, sozinha, deu à luz uma menina, dentro da solitária. Saiu de lá com o bebê no colo e o cordão umbilical ainda dentro do útero. (...)”¹⁶

12 Justiça afasta diretoria de presídio após detenta parir em cela solitária. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/10/justica-afasta-diretoria-de-presidio-apos-detenta-parir-em-cela-solitaria.html>.

13 Detenta dá à luz em cima de saco de lixo em corredor de presídio no DF. Disponível em: <http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2015/05/detenta-da-luz-em-cima-de-saco-plastico-em-corredor-de-presidio-no-df.html>.

14 BALOGH, Giovanna. Justiça manda o governo de SP indenizar a mãe algemada durante o parto. Folha de São Paulo. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/08/1500173-justica-manda-governo-de-sp-indenizar-mae-almemada-durante-parto.shtml>.

15 Nos termos do que determina o artigo 19-J, da Lei 8080/1990.

16 GOIS, Ancelmo. Parto na prisão. O Globo. Disponível em: <http://blogs.oglobo.globo.com/ancelmo/post/parto-na-prisao.html>.

“Ainda cabe recurso mas a decisão deve ter desdobramentos já que muitas mulheres sofreram a mesma violação de direitos como destaca o juiz na sentença: ‘(...)apurou-se que até a edição do decreto n. 57.783/2012 era usual o uso de algemas nas custodiadas durante o trabalho de parto’ e que são ‘inegáveis, por outro lado, as sensações negativas de humilhação, aflição e desconforto, entre outras, a que foi submetida a autora diante da cruel, desumana e degradante manutenção de algemas durante seu trabalho de parto. São danos morais indenizáveis e guardam nexos com a ação estatal, de modo que avulta o dever de ressarcimento almejado’.”¹⁷

As parturientes presas são submetidas a um estado de sujeição e à completa alienação das decisões relacionadas ao seu parto, quando é seu direito a informação e o consentimento sobre qualquer intervenção sobre seu corpo¹⁸. Sequer a prévia identificação do local onde ocorrerá o parto lhes é garantida, nos termos do art. 8º, § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, o que lhes obsta a comunicação e o acompanhamento de familiares – em geral proibidos. A vulnerabilidade das parturientes, desacompanhadas e estigmatizadas pelos símbolos da prisão (algemas, escolta) não lhes acarreta somente desconforto, mas potencializa sua fragilidade e sujeição a abusos também no ambiente hospitalar.

Em *Percepção de mães sobre o vínculo e separação de seus bebês em uma unidade prisional feminina na cidade de São Paulo – SP*¹⁹, Aneliza de Lima Torquato descreve o procedimento vigente em São Paulo, conforme a rotina da Casa Mãe, da Penitenciária Feminina do Butantã. Ao fazê-lo, desvela um padrão ilegal e desigual de assistência ao parto das mulheres encarceradas.²⁰

“Chegado o momento do parto, a gestante que está presa é levada para a maternidade mais próxima do presídio, sem a presença de familiares, porque é proibido. O acompanhamento é feito pela escolta. Após o parto, com os filhos já nos

17 DIP, Andrea. Mulher que deu à luz algemada na prisão dá entrevista pela 1ª vez. Ponte. Disponível em < <http://ponte.org/ex-detenta-que-ganhou-processo-por-parto-com-algemas-fala-pela-primeira-vez/> >.

18 Estabelece o Programa Rede Cegonha (Lei nº 11.634/2007) que toda gestante, inclusive encarcerada, tem direito a conhecer a maternidade onde ocorrerá o parto. Estabelece o Programa de Humanização do parto que “toda gestante tem direito de saber e ter assegurado o acesso à maternidade em que será atendida no momento do parto”. Cf. BRASIL. Ministério da Saúde. 2002. Programa de Humanização do Parto: humanização pré-natal e nascimento. Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Brasília (DF): Ministério da Saúde, 20 p. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/parto.pdf>.

19 TORQUATO, Aneliza de Lima. *Percepção de mães sobre vínculo e separação de seus bebês em uma unidade prisional feminina na cidade de São Paulo -SP*. Dissertação de Mestrado na Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Faculdade de Ciências, 2014. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11449/110919>>.

20 A Lei nº 11.108, de 07 de abril de 2005 garante às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato no âmbito do SUS.

braços, as mães são encaminhadas para o setor Casa Mãe”. (TORQUATO, 2014, p. 68)

Negligência, falta de infraestrutura e de pessoal para o amparo das gestantes em trabalho de parto são também recorrentes. As equipes, em regra subdimensionadas, devem suprir as necessidades de segurança do estabelecimento e lidar com emergências, privilegiando – e isto demonstram as pesquisas – aquela. Uma análise do processo de implementação do Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário no Distrito Federal identificou a falta de escolta policial como o principal obstáculo ao atendimento médico: a alegada ausência e precariedade das condições para atender intercorrências e consultas agendadas com frequência resultam numa gestação e parto ao abandono.²¹

“A falta de escolta foi a pior dificuldade enfrentada, porque quando precisava nunca tinha, como teve algumas presas aí que já perdeu e tudo o bebê.” (GALVÃO e DALVIM, 2013, p. 455)

“[...] estava difícil de carro, não tinha carro para levar, eu sempre pedia às agentes e elas sempre ocupadas, nunca se ligou de me levar.” (GALVÃO e DALVIM, 2013, p. 455)

“[...] sempre quando você pedia pra ir [consultar] nunca tinha carro para levar, a desculpa era o carro que nunca tinha.” (GALVÃO e DALVIM, 2013, p. 455)

Os partos de mulheres sob custódia do Estado, realizados nas celas ou nos pátios prisionais, **são expressão máxima da indiferença do sistema prisional** aos direitos reprodutivos de mulheres presas. Parto, afinal, não é acidente ou evento incerto. Entretanto, o sistema de justiça criminal, em aparente estado de negação, desconsidera as condições do cárcere na determinação de prisões preventivas a gestantes, bem como as necessidades inescapáveis destas. O sistema prisional, por sua vez, falha persistentemente no reconhecimento, planejamento e no encaminhamento tempestivo de suas demandas. O Estado, portanto, cria e incrementa o perigo, a potencialidade de dano, a previsibilidade de perdas às mulheres e seus filhos.

Não são menores os desafios enfrentados após o nascimento das crianças. O relatório da pesquisa “Dar à luz na sombra”, em cujo âmbito foram realizadas entrevistas, visitas a estabelecimentos prisionais femininos, unidades materno-infantis e creches, indicou em suas conclusões que **os espaços dedicados ao exercício da maternidade por mulheres em**

21 Caixeta MC. Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário: análise do processo da sua implementação no Distrito Federal [monografia]. Brasília (DF): Universidade de Brasília, 2006.

situação de privação de liberdade são absolutamente excepcionais e, quando existentes, apresentam sérias deficiências e reiteram violações. Quando há a possibilidade de ficar com as crianças, as mães são submetidas a um regime de ociosidade, isolamento e disciplina, que termina por agravar suas condições de privação de liberdade. Sobre elas incide uma série de regulações que subtraem autonomia no exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos, como a interdição de visitas íntimas e a prescrição de um modo padrão e inescapável de exercício da maternidade.²²

“Na entrevista, nos revelaram que o espaço materno-infantil é conhecido entre elas por “seguro infantil”, isso porque elas, apesar de estarem em regime semiaberto, não podem ter contato com outras áreas da penitenciária, lhes é vedado, inclusive, acesso aos cultos e cursos, “para proteger os bebês das questões de contágio” explica uma ASP. Logo, elas ficam confinadas no espaço com seus bebês em regime de “24 por 48 [horas]” como relatou Lucinéia, com uma hora de banho de sol por dia.”²³

O período de garantia do aleitamento não é uniforme nas diferentes unidades federativas. Em tese, após o parto e como garantia do convívio e do aleitamento materno, o recém-nascido permanece junto à mãe por um período mínimo de seis meses. Esse padrão não é, no entanto, obedecido em todos os estabelecimentos prisionais. Em algumas unidades, o prazo mínimo de seis meses é desrespeitado, noutras converte-se em parâmetro máximo.

Para exercê-lo, parte significativa das lactantes presas preventivamente devem se submeter à transferência para uma unidade prisional que disponha de estrutura de acolhida para crianças. **Os estabelecimentos de detenção provisória, por exemplo, não contam com estrutura materno-infantil, de modo que as mulheres são obrigadas à escolha entre o isolamento da família e a separação do recém-nascido.** Nestes casos, não raro a entrega do recém-nascido pode se dar logo após o parto. Conforme documento produzido pela organização não governamental Conectas Direitos Humanos “apesar das leis nacionais e internacionais garantirem o direito da criança ao leite materno e estar com sua mãe durante os primeiros meses de vida (no Brasil a lei garante um mínimo de 6 meses que pode ser estendido até os 7 anos) – bebês ainda são retirados das mães, às vezes somente um dia

22 BRAGA, Ana Gabriela Mendes; ANGOTTI, Bruna. Dar à luz na sombra: condições atuais e futuras de exercício de maternidade nas prisões. 2014.

23 Ibidem, p. 66.

depois do parto”²⁴. A perversidade da medida atinge a criança, em sua saúde e bem-estar, e as puérperas, fragilizando-as num momento em que demandam especial atenção física e psíquica.

Aquelas que permanecem com as crianças enfrentam condições de aprisionamento inadequadas ao desenvolvimento adequado da criança, falhas de infraestrutura e a antecipação de uma separação brusca e cega quanto ao destino de seus filhos e quanto à possibilidade de convivência posterior.

“Lucinéia, uma das presas entrevistadas, critica não ter sido ouvida no processo e não ter podido falar que ela não quer o abrigo da sua filha, já que teria com quem deixá-la. Ao ser perguntada se ela esteve perante algum juiz, ela menciona que na audiência criminal ‘eu fui ouvida, mas não tive oportunidade de falar’. ‘É um direito meu ver o que ela (assistente social) está escrevendo pro juiz’, ‘eu não assinei papel algum’. Logo, junto à filha de seis meses e uns dias, Lucinéia espera a chegada do oficial de justiça e vive antecipadamente o drama da separação: ‘não tem nada para fazer, de repente o oficial leva como se fosse filho de cadela’. Uma das dores de Lucinéia é não saber ou conhecer o destino da filha: ‘devia ter ciência pra onde minha filha está indo, ir visitar antes’, ‘pra mim eles vão estar levando um pedaço de mim e não sei pra onde vai’. Mas ela disse que vai descobrir, e que, assim que sair, vai ao abrigo para pegar a filha, nem que tenha que ‘acampar na porta e ir na *Rede Record, Rede Globo...*’. No dia da nossa visita, Lucinéia já tinha a mala com as coisas da filha toda arrumada, na qual colocou uma cartinha direcionada às cuidadoras do abrigo, onde narra um pouco os hábitos e a personalidade da bebê, com a esperança que a filha receba um tratamento individualizado no abrigo e que as cuidadoras compreendam seu choro pela ‘saudade que ela pode sentir da mãe’.

”²⁵

Quanto à saída da criança do cárcere, seu elemento mais problemático é o caráter abrupto, o descompromisso com um período de adaptação e a desconsideração de seus impactos sobre a saúde psicológica das mulheres encarceradas. Após um período de convívio com suas crianças, durante o qual permanecem isoladas dos demais espaços de convivência das unidades de privação de liberdade, dedicando-se exclusivamente ao cuidado dos recém-nascidos, mães e filhos são bruscamente apartados. BRAGA e ANGOTTI denominam hiper-

24 Conectas. “Penitenciárias são feitas por homens para homens”. Disponível em: <http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/relatorio-mulherese-presas-versaofinal1.pdf>.

25 BRAGA, Ana Gabriela Mendes; ANGOTTI, Bruna. Dar à luz na sombra: condições atuais e futuras de exercício de maternidade nas prisões. 2014, p. 65.

hipo-maternidade este constructo da disciplina prisional, caracterizado por uma intensa e regulada convivência, seguida de uma brusca e cruel separação.

Importante ainda mencionar que, caso não seja bem-sucedida a tentativa de contato com a família ou não haja familiares dispostos a assumir o cuidado da criança durante o período de privação de liberdade da mãe, as crianças são encaminhadas a um abrigo. Não raro, são adotadas e as mães são destituídas de poder familiar sem que tenham tido oportunidade de se manifestar e defender-se amplamente diante do Juizado da Infância e Juventude.²⁶

“Você tem em mente que você vai ter seu filho, que você vai permanecer com ele seis meses, quando a família vier buscar, vem, se não vier vai pro abrigo e só. Tem que haver uma segunda opção. Que autonomia você tem se não tem opção. O que eu posso escolher?” (BRAGA e ANGOTTI, 2015, p. 48)

O papel exercido pelo Poder Judiciário neste estado de coisas foi caracterizado como uma trágica e combinada incidência da resistência de magistrados alocados nas varas criminais em aplicar a Lei de Medidas Cautelares e da desconsideração por magistrados da Infância e Juventude dos processos criminais das mães – e as cautelas que ensejam – nas ações de destituição de guarda e poder familiar.²⁷

Outro persistente obstáculo, incidente nos casos das crianças que ficam com parentes e poderiam prestar visitas às mães, mantendo assim, ainda que precariamente, os vínculos afetivo-familiares, consiste na sujeição das crianças e seus guardiões à prática da revista íntima vexatória. Como medida de segurança, a revista vexatória é inadequada, desnecessária e desproporcional.²⁸ Inadequada, na medida que não é apta a obstruir a entrada de objetos proibidos. Desnecessária, porque há outros meios (mais) capazes, que não implicam o aviltamento da dignidade de visitantes. Desproporcional, pois, ao violar a intimidade de milhares de pessoas e dificultar a permanência de vínculos afetivos e familiares, alcança

26 Conectas. “Penitenciárias são feitas por homens para homens”. Disponível em: http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/relatorio-mulherese-presas_versaofinal1.pdf.

27 BRAGA, Ana Gabriela Mendes; ANGOTTI, Bruna. Dar à luz na sombra: condições atuais e futuras de exercício de maternidade nas prisões. 2014, p. 78.

28 O levantamento de informações de atos de indisciplina de visitantes produzido pela Rede Justiça Criminal em 2014, aponta que, no período estudado, apenas 0,03% dos visitantes trazia consigo objetos como drogas e celulares. Os dados indicam, inclusive, que é outra a forma de entrada destes objetos no cárcere: o número de apreensões dentro dos presídios é quase quatro vezes maior que o número de apreensões realizadas com visitantes. Disponível em: <http://redejusticacriminal.org/publication/revista-vexatoria/>.

índices de apreensão ínfimos: a cada 10.000 mil corpos violados, três pessoas são flagradas portando objetos proibidos.

O eufemismo da privação de liberdade fica claro quando se olha de maneira mais detalhada para os dados do sistema penal e se enumera a série de violações cotidianas nesse espaço de privação do direito à saúde, ao bem-estar, à salubridade, aos direitos reprodutivos e sexuais, aos direitos maternos, aos direitos da criança e à dignidade humana.

A confluência de todos esses elementos demonstra que o Estado, no exercício de sua atividade persecutória, caracterizada pelo recurso abusivo à prisão cautelar, por suas ações e omissões, incrementa o risco de todas as gestações vividas em situação de privação de liberdade, de todos os partos experimentados neste contexto, do todo puerpério. Além de oferecer espaços superlotados, insalubres e desequipados, o Estado falha sistematicamente em garantir serviços adequados de saúde materna às mulheres privadas de liberdade.

Frustra assim demandas de saúde específicas de mulheres e, dado que a ausência destes serviços oferece riscos reais à sobrevivência, como demonstram as altas taxas de mortes maternas no Brasil, viola também seu direito à vida. Ameaça, ademais, a vida e o desenvolvimento saudável de crianças, titulares, em tese, de absoluta prioridade, pela sujeição a um ambiente inadequado, pela privação do acesso à saúde e ao convívio familiar.

2. O CÁRCERE PARA AS CRIANÇAS

“A criança não devia se sentir presa, deveria ter uma vida de criança total, criança.”

“A criança acostuma com essa vida... perai que vou lá roubar pra voltar pro meu lugar (cadeia).” (BRAGA e ANGOTTI, 2015, p. 41)

Todas as informações até o momento amealhadas referem-se não somente às mulheres presas, mas a seus filhos e filhas, como fartamente indicado. Afinal, a série de privações a que são submetidas alcançam suas crianças de forma óbvia: a precariedade dos cuidados pré-natais e da assistência ao parto e a infâmia da estrutura prisional violam os direitos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, ameaçam a vida, a saúde e o desenvolvimento de

indivíduos merecedores de proteção integral e absoluta prioridade. É pertinente, ainda assim, que se façam algumas considerações específicas sobre esta invisível fração da população prisional.

Os levantamentos de informações penitenciárias mais recentes, Infopen e Infopen Mulheres de junho e dezembro de 2014, não revelam quantas são as crianças instaladas no sistema prisional nacional, não revelam o número total de crianças afetadas pela situação de privação de liberdade da genitora, não revelam a quantidade de gestantes privadas cautelar ou definitivamente de liberdade.

Entretanto, esses dados, ainda pouco confiáveis²⁹, foram disponibilizados numa base de dados pelo Departamento Penitenciário Nacional. **Segundo consta, no dia 30 de junho de 2014, havia 1.925 crianças nos estabelecimentos prisionais do país. Entre as 342 crianças com até 06 meses de idade, apenas 121 estavam em estabelecimentos que informaram dispor de berçário ou centro materno-infantil.**

Os berçários ou centros de referência materno-infantil são estruturas direcionadas à acolhida de crianças de até dois anos de idade. Fariam jus ao serviço 893 crianças hoje no sistema prisional. A capacidade dos berçários e centros dos 41 estabelecimentos que informaram dispor de uma estrutura como essa, no entanto, chega somente a 365 vagas. A base informa ainda a existência de 350 mulheres gestantes e 188 lactantes, isto é, cerca de 350 crianças sendo gestadas e 188 sendo amamentadas na clausura.

Cabe então questionar como vivem, onde mamam, em que condições se desenvolvem estas crianças. Pode-se dizer, com toda a dificuldade imposta pela falta – aliás eloquente – de dados confiáveis e pela heterogeneidade do sistema prisional, que estas crianças vivem aprisionadas.³⁰ Para além do quadro geral de insalubridade, insegurança, dificuldade ou obstaculização do acesso à saúde e do convívio com a comunidade, é marcante a falta de condições ambientais propícias para o seu desenvolvimento, afetando-lhes de forma significativa em sua capacidade de aprendizagem e socialização. A prisão – determinada a outrem – marca-lhes a vida.

29 Os dados não são precisos, pois um número considerável de estabelecimentos não presta ou informa não ter condições de prestar essas informações.

30 STELLA, Cláudia. Filhos de mulheres presas: soluções e impasses para seus desenvolvimentos. São Paulo: LCTE Editora, 2006, p.95.

O encarceramento de mães e gestantes coloca crianças em grave situação de risco. O cárcere preventivo nesses casos viola direitos de crianças e adolescentes: o sistema de justiça criminal e o sistema prisional têm se constituído em obstáculo à implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente e à consolidação de políticas verdadeiramente universais de proteção integral.

3. DA ILEGALIDADE DO ENCARCERAMENTO PREVENTIVO DE GESTANTES E MÃES

Sabe-se que a prisão antes de transitada em julgado a sentença condenatória deve ser excepcional, sabe-se que a garantia da ordem pública, da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal ou a aplicação da lei penal não bastam para sua determinação. Sabe-se que a lei exige a consideração do rol de medidas cautelares e a demonstração de sua inocuidade. Sabe-se também que as novas hipóteses de substituição da prisão preventiva por domiciliar, oneram as autoridades judiciais quanto à justificativa da permanência de mulheres gestantes, mães e crianças no cárcere. O imperativo de excepcionalidade não tem, ainda assim, conseguido se impor no sistema de justiça criminal. Não se deduz, no entanto, destas distorções – que, embora generalizadas, são apreciadas pelo Poder Judiciário no âmbito de casos individuais - a causa de pedir.

Argui-se que a determinação da prisão cautelar a mulheres, a ser cumprida nos estabelecimentos acima caracterizados, além da restrição de liberdade, implica a privação do exercício de decisões e da própria reprodução de forma saudável, segura e livre de discriminação, coerção, violência. O constrangimento ilegal consiste, portanto, na submissão de mulheres grávidas e mães a condições de encarceramento provisório degradantes, na criação e no incremento do risco à sua vida e de seus filhos, na privação de liberdade em circunstâncias mais gravosas que o permitido em lei.

Afinal, a Lei de Execução Penal, em seus artigos 82 e 83, dispõe que "os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo até 6 (seis) meses de idade" (art. 83, §2º). Determina que as penitenciárias femininas disporão de seção para gestantes e parturientes e de creches para abrigar as crianças maiores de 6 meses e menores de 7 anos (art. 89). Determina que as mulheres ficarão em "estabelecimento próprio e adequado à sua

condição pessoal” (em seu artigo 82, §1o) e que "será assegurado acompanhamento médico, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido" (artigo 14, §3º). Nisto, como demonstram a escassez e precariedade das creches, berçários e módulos de saúde, vem sendo sistematicamente desrespeitada.

O Estatuto da Criança e do Adolescente garante acesso aos programas e às políticas de saúde e planejamento reprodutivo a todas as gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde. Garante ainda o acesso a um ambiente que atenda às normas sanitárias e assistenciais do Sistema Único de Saúde para o acolhimento de filhas e filhos de mulheres submetidas à privação de liberdade (art. 8º e parágrafos da Lei 8.069/90). O Estatuto, diante da privação de acesso ao pré-natal, a uma alimentação e ambiência adequada para gestantes, mães e crianças, diante da persistência do nascimento em condições aviltantes, é desrespeitado por todo o sistema prisional brasileiro.

O texto constitucional, que proíbe a tortura e do tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), veda sanções cruéis (art. 5º, XLVII, “e”), impõe a adequação do local de cumprimento da pena conforme o sexo (art. 5º, XLVIII), garante a preservação da integridade física e moral das pessoas presas (art. 5º, XLIX), a presunção de inocência (art. 5º, LVII) e o direito de responder o processo penal em liberdade, quando a lei o permita (art. 5º, LXVI), é sistematicamente ignorada. Protege, ademais, direitos – como à saúde, educação, alimentação adequada e acesso à justiça –, hoje negados a cidadãos sob a custódia e responsabilidade do Estado, que insiste em impor os rigores da lei que não observa.

As condições de encarceramento relatadas aviltam ainda as normas que garantem a dignidade e a integridade nos diplomas adotados no âmbito dos sistemas internacional e regional de direitos humanos, entre os quais a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo V; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1966, em seus arts. 7 e 10; a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, em seus arts. 5 e 11³¹; os Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas (Resolução 01/08, de 13 de março de 2008); a Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, em seu

31 Artigo 5º - Direito à integridade pessoal 1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

artigo 16³²; as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros, assim como o corpo de normas constante das Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras (Resolução 2010/16 de 22 de julho de 2010).

O cárcere, na forma como recebe e abriga gestantes, mães e crianças, é ilegal, inconstitucional e inconveniente. Afinal, não pode a pessoa presa, em particular aquela submetida à prisão cautelar, ter direitos restringidos para além do previsto em dispositivos legais (artigo 3º, 40, 41, 45 da Lei de Execução Penal, artigo 38 do Código Penal). Entretanto, persiste - mesmo com advento da alteração legislativa que, no caso da determinação da custódia cautelar, autoriza sua substituição por prisão domiciliar, nos termos do artigo 318, incisos IV e V, do Código de Processo Penal.

Ora, embora não se reconheça na possibilidade de substituição constante do referido artigo³³ um direito subjetivo à prisão domiciliar ou um dever do Magistrado, não pode o Poder Judiciário falhar em reconhecer o direito subjetivo a não ser submetida a tratamento degradante e cruel. Não pode falhar em reconhecer o direito subjetivo à saúde, à proteção, à vida. Tampouco pode, uma vez reconhecido em decisões nacionais e internacionais³⁴, negar o estado de coisas do sistema prisional brasileiro ou a responsabilidade dos agentes do Poder Judiciário Nacional diante dele. Compete, afinal, ao Judiciário assegurar condições de privação de liberdade adequadas e tomar providências diante do reiterado descumprimento das determinações legais e constitucionais, como inscrito em seu poder geral de cautela (Lei de Execução Penal, art. 66, inc. VI, VII e VIII).

“Havendo a transgressão dos limites normativos de aplicação da pena, deve o Poder Judiciário agir para restabelecer prontamente a ordem jurídica (...)” – assim reforça o Ministro Teori Zavascki, em voto proferido no âmbito do Recurso Extraordinário 580252, ao estabelecer a obrigação de ressarcimento de danos causados em decorrência da falta de

32 Artigo 16 - 1. Cada Estado-parte se comprometerá a proibir, em qualquer território sob a sua jurisdição, outros atos que constituam tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes que não constituam tortura tal como definida no artigo 1, quando tais atos forem cometidos por funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Aplicar-se-ão, em particular, as obrigações mencionadas nos artigos 10, 11, 12 e 13, com a substituição das referências a outras formas de tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

33 STJ. HC 351.494 – SP. Publicado em 14/3/2016.

34 Vide a esse respeito as três medidas provisórias já expedidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos contra o Brasil.

condições legais de encarceramento, da falha na manutenção dos padrões mínimos de humanidade garantidos pelo ordenamento jurídico.

A propósito, como definitivamente pacificado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento no Recurso Extraordinário 641320, em nenhuma hipótese, poderá um apenado aguardar a disponibilização de vagas em regime mais rigoroso que o estabelecido em sentença, sob a pena de configuração de constrangimento ilegal. Em nenhuma hipótese, poderá o indivíduo ser penalizado pela falta de estrutura estatal, por sua inércia frente à escassez de estabelecimentos prisionais ou sua infraestrutura inadequada. A falha do Estado, decorre daí, mitiga seu próprio direito de punir, não o direito à vida, à integridade e à liberdade individual.

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REGIME DE CUMPRIMENTO. SEMI-ABERTO. AUSÊNCIA DE VAGAS. DEFICIÊNCIA DO ESTADO. REGIME MAIS BENÉFICO. ORDEM CONCEDIDA. I – Consignando no título executivo o regime semiaberto para o cumprimento da pena, **cabe ao Estado o aparelhamento do Sistema Penitenciário para atender à determinação.** II – **À falta de local adequado para o semiaberto, os condenados devem aguardar em regime mais benéfico até a abertura de vaga.** III – ordem concedida.

(STF. HC 94526/SP. Rel. p. Ac. Ricardo Lewandowski. T1. Julg. 24.06.2008)

Se o argumento se aplica a indivíduos condenados, por terem direito ao cumprimento da pena conforme a gravidade do regime estabelecido em sentença, nada obstará que seja reconhecido a mulheres presas cautelarmente, a quem nenhuma decisão pode determinar a privação de pré-natal, de um parto digno, da amamentação; nada obstará que seja reconhecido a crianças que sequer estão sob a abrangência do direito de punir estatal.

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. REGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO. RÉU MANTIDO EM ESTABELECIMENTO INCOMPATÍVEL. AUSÊNCIA DE VAGA EM COLÔNIA AGRÍCOLA. REGIME ABERTO.POSSIBILIDADE.

I - Constitui constrangimento ilegal submeter o apenado a regime mais rigoroso do que aquele para o qual obteve a regressão. Vale dizer, é flagrante a ilegalidade se o condenado cumpre pena em condições mais rigorosas que aquelas estabelecidas no regime para o qual regrediu. Se o caótico sistema prisional estatal não possui meios para manter os detentos em estabelecimento apropriado, é de se autorizar, excepcionalmente, que a pena seja cumprida em regime mais benéfico, in casu, o

aberto. O que é inadmissível é impor ao apenado, regredido ao regime semiaberto, o cumprimento da pena em regime fechado, por falta de vagas em estabelecimento adequado (Precedentes).

II - Na espécie, o paciente, condenado ao cumprimento da reprimenda em regime aberto, regrediu ao regime semiaberto, mas, em virtude da ausência de vagas em estabelecimento adequado, foi recolhido à Presídio de Segurança Máxima. Ordem concedida. ”

(STJ. HC nº 110.569/MS – 5º Turma. Rel. Min. Felix Fischer. DJ: 04/06/2009)

O que ora se pleiteia, em tudo, guarda analogia com o caso acima. Semelhança maior, no entanto, guarda com a situação levada ao julgamento do Superior Tribunal de Justiça no ano de 2010, quando da sujeição de pessoas à privação de liberdade em contêineres no Centro de Detenção Provisória de Cariacica, no Espírito Santo. O STJ não somente reconheceu a manifesta ilegalidade da prisão nestas condições, como estendeu os efeitos da ordem a todos os que estivessem em condições semelhantes, concedendo de ofício a ordem de Habeas Corpus a pessoas não contempladas na peça, mas atingidas pela circunstância violadora.³⁵ Reconheceu que a inadequação e crueldade das condições de privação de liberdade maculam de ilegalidade a sua determinação – isto, quando instâncias inferiores insistiam no cabimento da prisão, verificando as hipóteses legais. Não há lugar – reiterou-se - para averiguação do cabimento de privação degradante de liberdade.

“Se assim é – e, de fato, é assim mesmo –, então a prisão em causa é inadequada e desonrante. Não só a prisão que, aqui e agora, está sob nossos olhos, as demais em condições assemelhadas também são obviamente reprováveis. Trata-se, em suma, de prisão desumana, que abertamente se opõe a textos constitucionais, igualmente a textos infraconstitucionais, sem falar dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos (Constituição, art. 5º, § 3º). Basta o seguinte (mais um texto): “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (Constituição, art. 5º, XLIX). É despreziva e chocante! Não é que a prisão ou as prisões desse tipo sejam ilegais, são manifestamente ilegais. Ilegais e ilegítimas. Ultrapassamos o momento da fundamentação dos direitos humanos; é tempo de protegê-los, mas, “para protegê-los, não basta proclamá-los. Numa sociedade igualitária, livre e fraterna, não se pode combater a violência do crime com a violência da prisão. Quem a isso deixaria de dar ouvidos? Ouvindo-o a quem? A Dante? ‘Renunciai as esperanças, vós que entraís’. (...) **Trago comigo, então, duas propostas. Uma, no sentido de, pura e simplesmente, revogar a prisão preventiva recaída sobre o paciente; a**

35 STJ. HABEAS CORPUS Nº 142.513/ES. 6ª Turma. Rel. Ministro Nilson Naves. Julg.:23/03/2010.

outra, no sentido de substituir a prisão num contêiner por prisão domiciliar. Num e noutro sentido, estendo a proposta a tantos quantos – homens e mulheres – estejam cautelarmente (repito, cautelarmente) presos nas mesmas condições. As prisões não são ilegais, são, isto sim, manifestamente ilegais. Ilegais e ilegítimas.”

(STJ. HABEAS CORPUS Nº 142.513/ES. 6ª Turma. Rel. Ministro Nilson Naves. Julg.:23/03/2010.)

Tratava-se, sedimentaram os Ministros, não de uma questão de fato, mas de uma questão de direito diante de fatos notórios: a permanência em condições degradantes macula a privação de liberdade, torna-a excessiva, ilegal, inconstitucional. Torna-a insuportável às vítimas. Torna a autoridade judiciária responsável pela determinação da prisão ou omissa em seu remédio – já que toda prisão é prisão num local específico, em condições específicas, num específico e conhecido sistema prisional – autoridade coatora.

PRISÃO (PREVENTIVA). CUMPRIMENTO (EM CONTÊINER). ILEGALIDADE (MANIFESTA). PRINCÍPIOS E NORMAS (CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS).

1. Se se usa contêiner como cela, trata-se de uso inadequado, inadequado e ilegítimo, inadequado e ilegal. Caso de manifesta ilegalidade. 2. Não se admitem, entre outras penas, penas cruéis – a prisão cautelar mais não é do que a execução antecipada de pena (Cód. Penal, art. 42). 3. Entre as normas e os princípios do ordenamento jurídico brasileiro, estão: dignidade da pessoa humana, prisão somente com previsão legal, respeito à integridade física e moral dos presos, presunção de inocência, relaxamento de prisão ilegal, execução visando à harmônica integração social do condenado e do internado. 4. Caso, pois, de prisão inadequada e desonrante; desumana também. 5. Não se combate a violência do crime com a violência da prisão. 6. Habeas corpus deferido, substituindo-se a prisão em contêiner por prisão domiciliar, **com extensão a tantos quantos – homens e mulheres – estejam presos nas mesmas condições.**

(STJ. HABEAS CORPUS Nº 142.513/ES. 6ª Turma. Rel. Ministro Nilson Naves. Julg.:23/03/2010.)

Voltando ao caso presente, a questão prisional em sua intersecção com as relações de gênero, isto é, a questão prisional feminina, desvela práticas sistemáticas de violações de direitos. O cotidiano do encarceramento feminino é marcado por intervenções punitivas e cautelares que em muito extrapolam a restrição da liberdade de locomoção, alcançam a saúde

e, frequentemente, a vida das mulheres encarceradas e de seus filhos e filhas. Nesse contexto, a determinação, mesmo em tese adequada, da prisão preventiva a mulheres gestantes ou mães de crianças constitui tratamento desumano, cruel e degradante e encontra no texto constitucional um claro óbice a sua perpetuação. Encontra também, por outro lado, na Constituição e na legislação processual penal remédios suficientes a sua cessação.

Incontrovertidas a inadequação, a ilegalidade da perpetuação do aprisionamento degradante e de suas consequências danosas; incontrovertida a responsabilidade do Estado, cujo exercício do poder punitivo mediante o encarceramento nas catastróficas estruturas prisionais disponibilizadas gera perigo de dano à vida e à integridade das pessoas mantidas, gestadas e paridas em custódia, restam algumas alternativas. Uma pessoa privada cautelarmente de liberdade em condições degradantes deve ter sua prisão revogada ou ser posta em condições adequadas. Esta última alternativa, no entanto, não parece ter data para se realizar.

Como bem pontuado por este E. Supremo Tribunal Federal no julgamento da medida cautelar na ADPF 347, trata-se de uma falha estatal sistêmica do estado para com as pessoas privadas de liberdade. Em relação às mulheres gestantes, puérperas ou mães de crianças, essa falha sistêmica se mostra ainda mais cruel.

VI. DA DESPROPORCIONALIDADE DO ENCARCERAMENTO PREVENTIVO FEMININO

As mulheres - predominantemente jovens, negras, mães e responsáveis pela provisão do sustento familiar - levadas ao cárcere o são, em sua expressiva maioria, pelo envolvimento, tipicamente subalterno e vulnerável, com o tráfico de drogas (64% das mulheres encarceradas).³⁶

As mulheres presas por tráfico de drogas - indicam pesquisas - estão inseridas predominantemente em atividades periféricas, subsidiárias e vulneráveis: são “buchas”, consumidoras, “mulas” ou “aviões”, “vapores”, “cúmplices” e “assistentes/ fogueteiras”³⁷. As circunstâncias de detenção reforçam este quadro: segundo o levantamento dos autos de prisão em flagrante realizado pelo Núcleo de Estudos da Violência da USP nos anos de 2010 e 2011, em 77% dos casos, as mulheres envolvidas com tráfico foram abordadas por policiais

³⁶ Dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen Mulheres - Junho de 2014.

³⁷ Soares, B. M. & Ilgenfritz, I. Prisioneiras: vida e violência atrás das grades. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

militares e, em 11%, por agentes penitenciários, durante a revista vexatória em dias de visita a estabelecimentos de privação de liberdade³⁸. Em praticamente todos os casos acompanhados na pesquisa referida, as prisões em flagrante foram convertidas em preventivas, sendo que apenas 14% das mulheres responderam ao processo em liberdade.³⁹ O encarceramento provisório de mulheres no Brasil, com suas nefastas consequências, nada tem, assim, de excepcional.

Selecionadas a este modo para o cárcere brasileiro, elas possuem baixa escolaridade, originam-se de extratos sociais economicamente desfavorecidos e, antes da prisão, desempenhavam atividades de trabalho no mercado informal⁴⁰. O retrato que ora se vai delineando em tudo coincide com os documentos produzidos no âmbito do sistema universal de direitos humanos sobre o tema⁴¹: o envolvimento das mulheres no uso e tráfico de drogas reflete seu déficit em oportunidades econômicas e status político. Quando se engajam em atividades ilícitas são relegadas às mesmas posições vulneráveis que pavimentaram o caminho deste engajamento. **Quando alvos da persecução penal, deparam-se com um sistema judiciário que desacredita seus testemunhos e com a atribuição de penas ou medidas cautelares que negligenciam suas condições particulares como mulheres.**⁴²

“Na América Latina, entre 2006 e 2011, a população carcerária feminina quase duplicou, sendo a grande maioria encarcerada por crimes relacionados a drogas. Os sistemas prisionais normalmente não dispõem de políticas, estruturas e pessoal sensíveis ao gênero e as mulheres são frequentemente sujeitas a violência sexual nas prisões e à falta de equipamentos de saúde sexual e reprodutiva.”⁴³

Num contexto marcado pelo aumento expressivo do encarceramento feminino associado tráfico de drogas, ao ponto de consistir este a causa para o confinamento de 64% das mulheres em situação de privação liberdade, deve-se reconhecer que disciplina rigorosa do tráfico, a alta cominação de penas e a sua equiparação a crime hediondo e a vocação

38 Dados da pesquisa Prisão Provisória e Lei de Drogas (NEV-USP), 2011. JESUS, Maria Gorete; CARVALHO, Denise. Mulheres e o tráfico de drogas: um retrato das ocorrências de flagrante na cidade de São Paulo. Revista LEVS, Marília, 2012, p. 188-203.

39 JESUS, Maria Gorete; CARVALHO, Denise. Mulheres e o tráfico de drogas: um retrato das ocorrências de flagrante na cidade de São Paulo. Revista LEVS, Marília, 2012, p. 188-203.

40 Dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen Mulheres - Junho de 2014.

41 Vide, em especial, o texto destinado a orientar os trabalhos da Força-Tarefa do Sistema ONU sobre o Crime Organizado e o Tráfico De Drogas, como Ameaças à Segurança e Estabilidade. UN Women. A gender perspective on the impact of drug use, the drug trade, and drug control regimes, 2014.

42 UN Women. A gender perspective on the impact of drug use, the drug trade, and drug control regimes, 2014.

43 UN Women. A gender perspective on the impact of drug use, the drug trade, and drug control regimes, 2014, p. 3.

seletiva da segurança pública impactam desproporcionalmente as mulheres. Somando a isso a precariedade das instalações prisionais, sua inadequação às necessidades femininas e a desatenção às condições de exercício de direitos reprodutivos, tem-se uma política criminal flagrantemente discriminatória, pelo desproporcional impacto sobre as mulheres. Especialmente desproporcional, aliás, sobre as mulheres negras.

Esse ponto já foi atenuado, em parte, pela decisão majoritária deste E. Supremo Tribunal Federal no HC 118.533, que retirou a hediondez para a figura do tráfico privilegiado (art. 33, §4º Lei 11.343/2006), sobretudo diante do impacto desproporcional – e inconstitucional – sobre as mulheres presas.

Discriminação contra a mulher, lembra-nos a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW - ratificada pelo Brasil em 1984, é toda forma de exclusão, distinção ou restrição baseada no gênero (Recomendação Geral n. 28), que tenha por propósito **ou efeito constituir um obstáculo ao exercício de direitos e liberdades fundamentais por mulheres**. A política criminal brasileira, na forma como é concebida e aplicada pelos agentes do sistema de justiça criminal e prisional, não é sensível ao gênero, não individualiza a aplicação de penas e medidas cautelares, é, assim, discriminatória⁴⁴.

Chamado a apreciar violação sofrida no âmbito do cárcere, o Comitê CEDAW condenou a Bielorrússia, pela falha na proteção da dignidade, privacidade, segurança física e psicológica das mulheres detidas; pela frustração da garantia de acesso aos cuidados de saúde para mulheres e pela sua sujeição abusos. O Brasil, sob o crivo das suas próprias normas e de normas internacionais, reitera comportamento semelhante.

Assim, para além e junto às razões até o momento trazidas, a privação cautelar de liberdade imposta às mulheres, especialmente gestantes e mães, pelas razões que a ensejam e pelas condições do cárcere em que é cumprida é medida discriminatória e proibida pela

44 O Decreto de indulto de 13 de abril de 2017, ainda que bastante restritivo, abrange mulheres mães ou avós, com filhos de até 12 anos de idade, condenadas por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça e que já tenham cumprido um sexto da pena. Não substitui esse habeas corpus, voltado às mulheres presas preventivamente.

Constituição Federal (art. 3º, IV e art. 5º, XLI) e pela Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Violência contra a Mulher. Também, por esta razão, merece remédio.

VII. DO PEDIDO LIMINAR

Diante do exposto, caracterizada a necessidade de adoção urgente de medidas voltadas ao equacionamento das gravíssimas violações aos direitos fundamentais das mulheres presas cautelarmente e de seus filhos, as impetrantes requerem a concessão de medida liminar, a fim de que esta Corte:

- a) Conhecendo do habeas corpus coletivo, conceda a ordem e determine a revogação da prisão preventiva decretada contra todas as gestantes, como medida de extrema urgência, pela preservação da vida e da integridade física das mulheres e crianças, e a expedição dos alvarás de soltura correspondentes, oficiando as autoridades coatoras judiciárias MM. Juízes e Juízas das varas criminais estaduais e dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios; dos MM. Juízes e Juízas Federais com competência criminal e dos Tribunais Regionais Federais; e do Superior Tribunal de Justiça para seu imediato cumprimento;
- b) Conhecendo do habeas corpus coletivo, conceda a ordem e determine, alternativamente, a substituição da prisão preventiva decretada contra todas as gestantes pela domiciliar, nos termos do art. 318, VI do Código de Processo Penal, oficiando as autoridades coatoras judiciárias MM. Juízes e Juízas das varas criminais estaduais e dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios; dos MM. Juízes e Juízas Federais com competência criminal e dos Tribunais Regionais Federais; e do Superior Tribunal de Justiça para seu imediato cumprimento;
- c) Conhecendo do habeas corpus coletivo, conceda a ordem e determine a revogação da prisão preventiva decretada contra todas as mulheres com filhos de até 12 (doze) anos de idade incompletos,

como medida de extrema urgência e a expedição alvará de soltura correspondente, oficiando as autoridades coatoras judiciárias MM. Juízes e Juízas das varas criminais estaduais e dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios; dos MM. Juízes e Juízas Federais com competência criminal e dos Tribunais Regionais Federais; e do Superior Tribunal de Justiça para seu imediato cumprimento;

d) Conhecendo do habeas corpus coletivo, conceda a ordem e determine, alternativamente, a substituição da prisão preventiva decretada contra todas as mulheres com filhos de até 12 (doze) anos de idade incompletos pela prisão domiciliar, conforme art. 318, V do Código de Processo Penal, oficiando as autoridades coatoras judiciárias MM. Juízes e Juízas das varas criminais estaduais e dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios; dos MM. Juízes e Juízas Federais com competência criminal e dos Tribunais Regionais Federais; e do Superior Tribunal de Justiça para seu imediato cumprimento;

VIII. DO PEDIDO

Em face do exposto, esperam as impetrantes que o Supremo Tribunal Federal promova a oitiva das autoridades coatoras judiciárias MM. Juízes e Juízas das varas criminais estaduais e dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios; dos MM. Juízes e Juízas Federais com competência criminal e dos Tribunais Regionais Federais; e do Superior Tribunal de Justiça e julgue procedente a ordem de Habeas Corpus, de modo a confirmar as medidas liminares e:

- a) Promova a oitiva da Procuradoria Geral da República;
- b) Solicite informações sobre o status das pacientes desse *habeas corpus coletivo* às autoridades coatoras judiciárias MM. Juízes e Juízas das varas criminais estaduais e dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios; dos MM. Juízes e Juízas

- Federais com competência criminal e dos Tribunais Regionais Federais; e do Superior Tribunal de Justiça
- c) Conhecendo do habeas corpus coletivo, conceda a ordem e determine definitivamente a revogação da prisão preventiva decretada contra todas as gestantes, como medida de extrema urgência, pela preservação da vida e da integridade física das mulheres e crianças, e a expedição dos alvarás de soltura correspondentes, oficiando as autoridades coatoras judiciárias MM. Juízes e Juízas das varas criminais estaduais e dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios; dos MM. Juízes e Juízas Federais com competência criminal e dos Tribunais Regionais Federais; e do Superior Tribunal de Justiça para seu imediato cumprimento;
- d) Alternativamente, conhecendo do habeas corpus coletivo, conceda a ordem e determine definitivamente a substituição da prisão preventiva decretada contra todas as gestantes pela domiciliar, nos termos do art. 318, VI do Código de Processo Penal, oficiando as autoridades coatoras judiciárias MM. Juízes e Juízas das varas criminais estaduais e dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios; dos MM. Juízes e Juízas Federais com competência criminal e dos Tribunais Regionais Federais; e do Superior Tribunal de Justiça para seu imediato cumprimento;
- e) Conhecendo do habeas corpus coletivo, conceda a ordem e determine definitivamente a revogação da prisão preventiva decretada contra todas as mulheres com filhos de até 12 (doze) anos de idade incompletos, como medida de extrema urgência e a expedição de alvará de soltura correspondente, oficiando as autoridades coatoras judiciárias MM. Juízes e Juízas das varas criminais estaduais e dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios; dos MM. Juízes e Juízas Federais com competência criminal e dos Tribunais Regionais Federais; e do Superior Tribunal de Justiça para seu imediato cumprimento;
- f) Alternativamente, conhecendo do habeas corpus coletivo, conceda a ordem e determine definitivamente a substituição da prisão preventiva decretada contra todas as mulheres com filhos de até 12 (doze) anos de idade incompletos pela prisão domiciliar, conforme art. 318, V do Código de Processo Penal, oficiando as autoridades coatoras judiciárias MM. Juízes e Juízas das varas criminais estaduais e dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios; dos MM. Juízes e Juízas

- Federais com competência criminal e dos Tribunais Regionais Federais; e do Superior Tribunal de Justiça para seu imediato cumprimento;
- g) Intimação das advogadas e advogados subscritores deste *habeas corpus coletivo* para julgamento.

São Paulo, Rio de Janeiro e Brasília, 8 de maio de 2017.

BRUNA SOARES ANGOTTI
OAB/SP 317.688

ELOISA MACHADO DE ALMEIDA
OAB/SP 201.790

ANDRÉ FERREIRA
OAB/SP 346.619

NATHALIE FRAGOSO e S. FERRO
OAB/SP 338.929

HILEM OLIVEIRA
OAB/SP 340.426