



MATEUS PAULO DA SILVA

**HC 143.641/SP: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO QUE CONCEDEU PRISÃO
DOMICILIAR A PRESAS GESTANTES, PUÉRPERAS E MÃES DE CRIANÇAS
COM ATÉ 12 ANOS DE IDADE.**

LAVRAS/MG

2019

MATEUS PAULO DA SILVA

**HC 143.641/SP: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO QUE CONCEDEU
LIBERDADE A PRESAS GESTANTES, PUÉRPERAS E MÃES DE CRIANÇAS COM
ATÉ 12 ANOS DE IDADE**

HC 143.641/SP: AN CRITICAL ANALYSIS OF THE
DECISION THAT OBTAINED HOUSE ARREST TO PRISONERS, PEOPLE AND
MOTHERS OF CHILDREN UNDER 12 YEARS OF AGE

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como requisito para obtenção do título de
Bacharel em Direito pela Universidade Federal de
Lavras.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Nogueira Martins
Júnior.

Lavras/MG
2019

MATEUS PAULO DA SILVA

**HC 143.641/SP: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO QUE CONCEDEU
LIBERDADE A PRESAS GESTANTES, PUÉRPERAS E MÃES DE CRIANÇAS COM
ATÉ 12 ANOS DE IDADE**

HC 143.641/SP: AN CRITICAL ANALYSIS OF THE
DECISION THAT OBTAINED HOUSE ARREST TO PRISONERS, PEOPLE AND
MOTHERS OF CHILDREN UNDER 12 YEARS OF AGE

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como requisito para obtenção do título de
Bacharel em Direito pela Universidade Federal de
Lavras.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Nogueira Martins
Júnior.

APROVADO em ____ de _____ de 2019.

Prof. Dr.

Prof. Dr. XXX

Prof. Ms. XXX

Lavras/MG

2019

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente a Deus por me proporcionar a vida e me ajudar sempre nos momentos mais difíceis. Apesar das diversas mudanças ocorridas na minha forma de pensar, durante todos esses anos de UFLA, nunca deixei de duvidar nem de acreditar em ti.

À minha família que sempre esteve do meu lado e sempre me incentivou. Mesmo com a distância e a saudade, sempre compreenderam minha ausência e nunca me deixaram desamparado. Obrigado mãe!

À Universidade Federal de Lavras, ao Departamento de Direito por me proporcionarem um conhecimento crítico e de qualidade e ao Fórum da Comarca de Itumirim/MG por contribuir demais com meu desenvolvimento nas questões práticas do Direito.

Aos meus amigos de Itajubá/MG, que mesmo com a distância permaneceram sempre presentes, e aos amigos de Lavras/MG, principalmente ao Grupo do Camping, que considero como irmãos, pois me proporcionaram uma amizade sincera e que cresceu com o tempo e que, de alguma forma, contribuíram para minha graduação e meu crescimento como pessoa.

À Tia Tonha e família, que me ajudaram em tudo o que puderam e me acolheram como filho e se tornaram uma verdadeira extensão da minha família em Lavras.

Ao meu orientador, Fernando, por se dispor a me orientar e a contribuir com meu trabalho e a me manter pensando criticamente a respeito do Direito em si.

Por fim, à minha namorada e futura esposa, Thayná, pelo amor incondicional proporcionado. Tornou-se meu grande pilar nessa graduação em Direito, sempre me incentivando e buscando meu crescimento, tanto como profissional, quanto como homem. Posso falar com toda a certeza que se não fosse por ela, eu não chegaria até aqui. Te amo nega.

Muito obrigado a todos.

HC 143.641/SP: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO QUE CONCEDEU PRISÃO DOMICILIAR A PRESAS GESTANTES, PUÉRPERAS E MÃES DE CRIANÇAS COM ATÉ 12 ANOS DE IDADE.

Resumo: Muito se fala a respeito da precária situação carcerária brasileira, tanto no que diz respeito aos homens, quanto às mulheres. O julgamento do Habeas Corpus nº 143.641/SP, pelo Supremo Tribunal Federal, que concedeu prisão domiciliar a todas as mulheres presas preventivamente, grávidas e mães de crianças, se deu no sentido de tentar amenizar essa situação, haja vista que além da falta de estrutura para acolhimento de mulheres nessa situação, seus direitos e os das crianças sob sua proteção são constantemente violados. Contudo, a questão que entra em pauta é: estaria o judiciário atuando além de seus limites e além do que manda a Constituição? O presente trabalho tenta responder a essa questão, realizando uma abordagem crítica do tema, numa tentativa de avaliar o fenômeno do ativismo judicial na presente decisão. Dessa forma, a hipótese suscitada é a de que o judiciário tem, de fato, atuado de forma destoante dos princípios constitucionais, de forma que sua atuação tem se mostrado perigosa, com o desnivelamento dos três poderes e a concentração de poderes nas mãos do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Habeas Corpus coletivo. Mulheres Presas. Grávidas e Mães.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	1
2. O CABIMENTO DO HC 143.641/SP E O DESCABIMENTO DO HC COLETIVO.....	3
3. O MÉRITO DA QUESTÃO: A SITUAÇÃO DAS PRESAS E A CULTURA DO ENCARCERAMENTO.....	10
4. ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO NO ÂMBITO DO HC 143.641/SP.....	17
5. CONCLUSÃO.....	26
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	27

1. INTRODUÇÃO

A concessão da ordem pelo Supremo Tribunal Federal do Habeas corpus de nº 143.641/SP, que determinou a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar a todas as presas gestantes ou puérperas e mães de crianças ou deficientes sob sua guarda gerou diversas polêmicas.

Tais polêmicas são visualizadas desde o cabimento – mormente por ser um *Habeas Corpus* (HC) coletivo – até sua aplicabilidade, principalmente pelo modo com que foi concebido, apresentando, porém, em tese, um resultado prático satisfatório, ante o fato de no Brasil cultuarmos, ainda que inconscientemente, a cultura do encarceramento.

É comum apresentarmos a vida e a liberdade como os bens mais valiosos ao ser humano. Dessa forma, a própria Constituição Federal de 1988 traz em seu art. 5º os Direitos e Garantias Fundamentais Individuais, dentre os quais destacam-se justamente o direito à vida e à liberdade, apresentando como grande instrumento de efetivação deste segundo direito o *Habeas Corpus*.

Aliás, o direito à liberdade vem sendo tão banalizado nos dias atuais, ante o crescente número de presos preventivos e o aumento exacerbado da população carcerária (na qual grande parte sequer foi julgada e aguarda no cárcere uma decisão do judiciário) que evidencia passar por um completo sufocamento, diante da demanda exaustiva a que está submetido.

Apesar da situação degradante do sistema prisional como um todo, deve-se voltar os olhos para a situação das mulheres, que nos últimos anos apresentou crescimento de sua população carcerária superior ao dos homens.

Dentro desse universo, as mães e as gestantes acauteladas acabam sendo a população mais afetada pelas mazelas do governo, uma vez que, além de terem seus direitos como seres humanos violados, se veem destituídas de outros direitos relacionados à maternidade, além de estarem inseridas em um ambiente insalubre em um momento de maior fragilidade física e emocional próprio deste período (SILVA e SANCHEZ, 2018, p. 05).

Sendo assim, este trabalho visa analisar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), mais precisamente por sua segunda turma, buscando avaliá-la de forma geral, abordando aspectos polêmicos discutidos pela suprema corte.

Os aspectos citados, como será visto, dizem respeito ao cabimento do HC, às condições a que as mulheres presas estão sujeitas, em contraste com o que prevê a legislação vigente, e perpassa por questões relativas à judicialização dos conflitos e ao ativismo judicial,

bem como tenta elaborar uma análise crítica a respeito da referida decisão, principalmente no que tange à posição ativista apresentada pelo Poder Judiciário Brasileiro nos últimos tempos.

2. O CABIMENTO DO HC 143.641/SP E O DESCABIMENTO DO HC COLETIVO

Inicialmente, com relação ao cabimento do Habeas Corpus (HC), vale destacar a destreza com que os impetrantes Eloísa Machado de Almeida, Bruna Soares Angotti, André Ferreira, Nathalie Fragoso e Hilem Oliveira, todos membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (CADHu), lidaram com a questão, uma vez que, conforme é sabido e difundido pela ampla doutrina, o HC é um remédio constitucional que busca a proteção da liberdade de locomoção individual do sujeito. Desta feita, utilizá-lo para pleitear uma tutela coletiva mostrou-se, de certa forma, bastante ousado, ante a reduzida discussão a respeito do tratamento coletivo para o HC na doutrina pátria.

Neste sentido, conforme o relatório apresentado na decisão em questão, a Procuradoria-Geral da República (PGR) opinou pelo não conhecimento do *writ*, alegando, em suma, a inaplicabilidade do HC coletivo, ante a impossibilidade da concessão de ordem genérica, sem que houvesse a devida individualização de seus beneficiários e de expedição de salvo-conduto a um número indeterminado de pessoas.

De fato, a Procuradoria-Geral da República apresentou argumentos relevantes a respeito do cabimento, destacando que já houve decisões da própria Suprema Corte no sentido da inadmissibilidade do HC coletivo em favor de pessoas indeterminadas, não apenas pela impossibilidade de exame de eventual situação de constrangimento, mas também pela inviabilidade de expedição de salvo-conduto, justificando que não é possível identificar quem seriam os beneficiários da decisão judicial (BRASIL, 2018).

Além disso, a Procuradoria-Geral da República aduziu que não caberia ao STF o julgamento do feito, sob a alegação de que não foram indicados os atos coatores específicos imputáveis ao Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Sob este último ponto, a Defensoria Pública do Estado do Ceará, que já havia pleiteado seu ingresso no processo como *custos vulnerabilis* ou *amicus curiae*¹, asseverou ser

inequívoca a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento do feito, diante da existência de inúmeros acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça em que aquela Corte exigiu o cumprimento de requisitos outros, além dos constantes do art. 318 do Código de Processo Penal, para a substituição de preventiva por domiciliar (BRASIL, 2018).

1 - Não houve ainda a adoção expressa da figura do *custos vulnerabilis* (é o guardião dos vulneráveis, o qual somente a Defensoria Pública pode intervir como tal) pelo STF (ROCHA, 2017). Contudo, em diversos casos, a Suprema Corte já admitiu a intervenção da Defensoria Pública como *amicus curiae* (qualquer pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada pode intervir como *amicus curiae*) nas causas que envolvem interesses de hipossuficientes (RESSURREIÇÃO, 2018).

Para fins de ilustrar tal alegação, a Defensoria em questão apresentou diversos exemplos da postura coatora em atos praticados pelo STJ, tais como ocorridos nos Habeas Corpus 352.467, 399.760, 397.498, nos quais figuravam como pacientes presas preventivas devidamente identificadas, o que, por si só, já colocara em xeque o argumento da PGR.

No que se refere ao primeiro ponto levantado pela PGR (inadmissibilidade do HC coletivo pela impossibilidade de identificação de seus beneficiários), novamente a Defensoria Pública do Estado do Ceará apresentou-se operante no processo e se manifestou citando exemplos de *writs* que tramitaram perante o STF nos quais não houve a identificação dos pacientes, e que nem por isso tiveram seu andamento interrompido ou suspenso, inclusive estendendo a ordem, em alguns casos, a pessoas que sofriam a mesma coação ilegal (BRASIL, 2018).

Ademais, juntou documentos que permitiam identificar mães de crianças e gestantes presas provisoriamente em uma unidade superlotada, mais especificamente no Instituto Penal Feminino Desembargadora Auri Moura Costa, no Ceará.

É bem verdade que os documentos supracitados, juntados pela Defensoria Pública do Estado do Ceará, se apresentados de forma isolada, não seriam capazes de justificar o cabimento de um HC coletivo de âmbito nacional, ante a limitação espacial apresentada pelos documentos (Estado do Ceará).

Neste ponto, verifica-se a atuação direta do relator, o Ministro Ricardo Lewandowski, no processo, o qual determinou a expedição de ofício ao Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) para que:

- (i) indicasse, dentre a população de mulheres presas preventivamente, quais se encontram em gestação ou são mães de crianças e;
- (ii) informasse, com relação às unidades prisionais onde estiverem custodiadas, quais dispõem de escolta para garantia de cuidados pré-natais, assistência médica adequada, inclusive pré-natal e pós-parto, berçários e creches, e quais delas estão funcionando com número de presas superior à sua capacidade (BRASIL, 2018).

De posse das informações acima, a argumentação de impossibilidade de identificação das pessoas que se beneficiariam com a concessão da ordem em tela não mais subsistiria, haja vista que seria de fácil identificação as mulheres que seriam abrangidas e beneficiadas pela decisão e também visualizar-se-ia os presídios e estabelecimentos prisionais que disponibilizariam de recursos essenciais para atender às necessidades das mulheres neles acauteladas.

Uma discussão, porém, é de bastante relevância para que se dê prosseguimento à análise da decisão em questão. Tal discussão nasce justamente da verificação da atuação como sujeito ativo no processo, por parte do Ministro Ricardo Lewandowski, que, conforme mencionado acima, demandou certa dilação probatória nos autos.

A respeito deste tema, há um claro apontamento na doutrina brasileira no sentido de que não é possível a dilação de provas no estreito âmbito do HC, uma vez que se trata de um tipo de ação que apresenta cognição sumária.

Neste sentido, a impossibilidade de dilação probatória em sede de HC, segundo Lopes Jr, é um argumento bastante utilizado pelos tribunais para não conhecer do *writ* que exija ampla discussão probatória. Aliás, segundo o citado autor, esse argumento tem sido distorcido de modo a ser um dos principais filtros obstaculizadores do conhecimento do HC nos tribunais brasileiros, ponderando, contudo, que por se tratar de uma ação de cognição sumária, de fato, não permite dilação ou ampla discussão probatória, o que, segundo o próprio autor, não pode ser confundido com a análise de prova pré-constituída.

Dessa forma, Lopes Jr. defende que “*a sumarização da cognição impede que se pretenda produzir prova em sede de habeas corpus ou mesmo obter uma decisão que exija a mesma profundidade da cognição do processo de conhecimento*”, de modo a não exaurir a análise de provas no HC. Portanto, para ele “*é perfeitamente possível a análise da prova pré-constituída, independente da complexidade da questão*”, destacando que “*a complexidade das teses jurídicas discutidas e a conseqüente análise de documentos ou provas já constituídas não são obstáculos para o HC*” (LOPES JR., 2016, p. 901).

Na mesma linha, Lima (2016) entende que cabe ao impetrante, sem prejuízo de demais complementações por parte da autoridade coatora, apresentar subsídios ao juízo competente, com elementos documentais pré-constituídos que comprovem a existência do constrangimento ilegal à liberdade de locomoção, que, por sua vez, deve ser incontestável, irrefutável, indiscutível.

Complementa o autor que “*somente em situações excepcionalíssimas e diante de circunstâncias muito especiais é que se admite, eventualmente, a inquirição de testemunhas no procedimento do habeas corpus*”, sendo assim, para ele deve prevalecer o entendimento de que “*os limites cognitivos estreitos do remédio heroico inviabilizam a dilação probatória, pelo que as provas devem ser pré-constituídas e apontar de maneira inequívoca o alegado constrangimento ilegal*” (LIMA, 2016, p. 2407-2408).

No entanto, visualiza-se da decisão em análise que, diferentemente do entendimento doutrinário, concomitantemente às manifestações da PGR e das defensorias públicas participantes do processo, o Ministro Ricardo Lewandowski, de ofício, determinou a requisição de informações junto ao DEPEN, agindo de forma destoante do que apresenta a prática viciada dos tribunais atuais, que se limitam a realizar a análise do que lhes é apresentado pelo HC, complementado pelas informações prestadas pela autoridade coatora. Pedidos de informações estes que, em alguns casos, apresentam-se como um contraditório concedido à autoridade coatora, ou como prefere Lima: “*consiste em verdadeira contestação da autoridade coatora à suposta ilegalidade ou abuso de poder*” (LIMA, 2016, p. 2410).

Contudo, há de se ponderar que o Ministro agiu de forma discricionária ao demandar a propositura de provas nos autos, uma vez que, conforme dito acima, a dilação probatória não é permitida no procedimento do HC, justamente para impedir que se instaure uma verdadeira instrução, com produção de provas no trâmite da ação constitucional, tal como sugerido por Lima.

Verifica-se, portanto, uma atuação ativa do STF já no início do processo, destoando do que se verifica na análise do trâmite do próprio HC, ou seja, uma participação direta, que, neste caso, pode ser considerada em benefício dos impetrantes é bem verdade, uma vez que sem essas relevantes informações os argumentos para o cabimento perderiam força.

Assim, considerando que o processo deverá levar em consideração os princípios basilares do contraditório e da ampla defesa, bem como deve ser levado em conta o antagonismo de forças entre o paciente e o Ministério Público e o fato de que o processo penal, a jurisprudência e a doutrina já previram esse desequilíbrio de forças, ante, por exemplo, a consagração de princípios como o *in dubio pro reo* e a vedação da analogia *in malam partem*, a atuação no processo, por parte da Autoridade Judiciária, pode ser vista como uma analogia *in bonam partem*.

Ou seja, quando verificado que o próprio HC não dispõe de todas as informações necessárias para que seja concedida a ordem, ou para que se faça um juízo satisfatório acerca do pedido, poderia o juiz ou tribunal atuar no sentido de buscar informações não apenas em relação à autoridade coatora, mas também a fim de satisfazer suas convicções acerca do relatado no HC, apesar de não haver qualquer suporte doutrinário para tal. Vale o destaque, contudo, que tal atuação nem sempre se dá em benefício do acusado, o que pode ser perigoso.

Pois bem. Retornando à análise do cabimento do HC coletivo, o Ministro Ricardo Lewandowski entendeu pelo seu cabimento, sob a alegação de que em um quadro em que

diferentes grupos sociais se digladiam em defesa de seus interesses, “*a ação coletiva emerge como sendo talvez a única solução viável para garantir o efetivo acesso destes à Justiça, em especial dos grupos mais vulneráveis do ponto de vista social e econômico*” (BRASIL, 2018).

Ademais, destacou que

na sociedade contemporânea, burocratizada e massificada, as lesões a direitos, cada vez mais, assumem um caráter coletivo, sendo conveniente, inclusive por razões de política judiciária, disponibilizar-se um remédio expedito e efetivo para a proteção dos segmentos por elas atingidos, usualmente desprovidos de mecanismos de defesa céleres e adequados. (BRASIL, 2018).

De fato, o remédio para garantir que o direito à liberdade deambulatória não seja reprimida existe: trata-se do habeas corpus. Contudo, diante de uma cultura de encarceramento em massa – em que se prima pela manutenção de acusados presos – que trata a prisão preventiva como regra e não como exceção e ante o fato de que o direito à liberdade individual é amplamente violado, é razoável que tais violações possuam um remédio para saná-las coletivamente, frise-se, ainda que não expresso ou legislado.

Assim tal como citou o Ministro Ricardo Lewandowski, em relação à doutrina do *habeas corpus*, defendida por Rui Barbosa: “*se existe um direito fundamental violado, há de existir no ordenamento jurídico um remédio processual à altura da lesão*” (BRASIL, 2018), reafirmando a existência do HC coletivo.

Outra justificativa apresentada pelo Ministro Lewandowski para o cabimento e aplicação do HC coletivo seria sua contribuição para o desafogamento da máquina judiciária, a qual, segundo o próprio Ministro, trabalha com mais de 100 milhões de processos para pouco mais de 16 mil juízes (o que daria uma média de 6.250 processos por juiz), sendo de primordial importância, portanto, no contexto em que se insere.

Vale ainda uma última ressalva no que diz respeito ao cabimento do HC coletivo, mais precisamente em relação ao sujeito ativo para propor a demanda. No caso em análise, verifica-se outro protagonismo por parte do Ministro Ricardo Lewandowski que, no decorrer do processo, deferiu a intimação do Defensor Público-Federal Geral para que manifestasse seu interesse em atuar no processo e mais tarde reconheceu como legitimado ativo apenas a Defensoria Pública da União (DPU), por se tratar de ação de abrangência nacional, admitindo os demais impetrantes como *amici curiae*.

Aparentemente, trata-se de mais uma inovação criada pelo STF, uma vez que o próprio Código de Processo Penal (CPP) não faz qualquer restrição a respeito do legitimado ativo em

sede de HC, pelo contrário, aduz em seu art. 654 que tal remédio poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público (BRASIL, 1940).

Desta forma, a doutrina considera o HC como exemplo de ação penal popular. Haja vista que qualquer pessoa está legitimada a impetrar uma ordem de HC, independentemente de qualquer qualificação especial (LIMA, 2016, p. 2409-2410), o que torna indecifrável a necessidade de o Ministro Lewandowski manter apenas um legitimado ativo no processo, que, aliás, sequer participou de sua impetração.

Prosseguindo. Entendeu o Ministro que o HC coletivo deveria seguir alguns parâmetros já previstos no mandado de injunção coletivo, que encontra seu regulamento na Lei 13.300/06, o qual possui alguns legitimados ativos já pré-constituídos. Vejamos:

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

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

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

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

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

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

Assim, a suprema corte entendeu que a legitimidade ativa deve ser reservada aos atores listados no art. 12 da Lei 13.300/2016, por analogia ao disposto na legislação referente ao mandado de injunção coletivo. Ou seja, ainda que não interposto pelo legitimado ativo, o entendimento se deu no sentido do cabimento do HC coletivo, de modo que, na visão do Ministro Lewandowski, não se vislumbrou prejuízo ao processado, haja vista a intervenção da Procuradoria-Geral da República no feito.

Verifica-se, por conseguinte, mais uma inovação jurídica trazida pelo Supremo, que, para justificar seu entendimento em relação ao cabimento do HC coletivo, realizou uma

verdadeira miscelânea jurídica ao fazer a fusão entre o HC e o mandado de injunção. Criou-se, assim, um novo artefato contra a privação da liberdade deambulatoria de uma infinidade de pessoas, apresentando não só uma postura ativa no processo, mas também legislativa, o que, por si só, já se apresenta bastante problemático em termos constitucionais.

3. O MÉRITO DA QUESTÃO: A SITUAÇÃO DAS PRESAS E A CULTURA DO ENCARCERAMENTO

Adentrando ao mérito da questão, ao apresentar a ação os impetrantes afirmaram que a prisão preventiva subtrai das mulheres confinadas o acesso a programas de saúde pré-natal, assistência regular na gestação e no pós-parto, e ainda priva as crianças de condições adequadas ao seu desenvolvimento. Segundo os impetrantes, tais privações constituem tratamento desumano, cruel e degradante, que infringe os postulados constitucionais relacionados à individualização da pena, à vedação de penas cruéis e ao respeito à integridade física e moral da presa (BRASIL, 2018).

Ademais, além de outros argumentos, os impetrantes salientaram que as violações no âmbito da prisão cautelar a que estão sujeitas gestantes e mães de crianças possuem caráter sistemático, em razão de falhas estruturais de acesso à Justiça, consubstanciadas em obstáculos econômicos, sociais e culturais, ressaltando que os estabelecimentos prisionais não são preparados de forma adequada para atender à mulher presa, especialmente a gestante e a que é mãe.

Alegaram ainda que mesmo com a entrada em vigor da Lei 13.257/2016, que possibilitou a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar para gestantes e mães de crianças², aproximadamente metade dos pedidos dessa natureza são indeferidos, sob a alegação de gravidade do delito supostamente praticado pelas detidas e também da falta de prova da inadequação do ambiente carcerário no caso concreto, o que por si só soa absurdo (BRASIL, 2018).

Outra consideração importante dos impetrantes diz respeito à necessidade de reconhecimento da “*condição especial da mulher no cárcere, sobretudo da mulher pobre que, privada de acesso à Justiça, vê-se também destituída do direito à substituição da prisão preventiva pela domiciliar*”. Segundo os impetrantes, essa soma de privações “*acaba por gerar um quadro de excessivo encarceramento preventivo de mulheres pobres, as quais, sendo gestantes ou mães de criança, fariam jus à substituição prevista em lei*” (BRASIL, 2018).

No mais, um dos fortes argumentos trazidos pelos impetrantes diz respeito ao fato de que embora a substituição da prisão preventiva pela domiciliar não seja um direito subjetivo da gestante e da mãe, elas “*possuem outros direitos que estão sendo desrespeitados, não se*

2 - Art. 2º do ECA: Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

podendo penalizá-las pela falta de estrutura estatal adequada para fazê-los valer” (BRASIL, 2018). Deste modo, conforme propõem os impetrantes do HC em tela, o que deve ser mitigado é o direito de punir e não o direito à vida, à integridade e à liberdade individual das pessoas (BRASIL, 2018).

Pois bem. Como se houvesse qualquer dúvida a respeito do que foi apresentado como argumentos para a impetração do HC em questão, na análise do mérito, o relator pontuou que, em primeiro lugar deveria ser avaliado se há, de fato, essa deficiência de caráter estrutural no sistema prisional, conforme apresentado pelos impetrantes, deficiência essa que faz com que mulheres grávidas e mães de crianças, bem como as próprias crianças, estejam experimentando a situação retratada na exordial.

Sobre esse assunto, a resposta não poderia deixar de ser afirmativa, uma vez que, o tema já havia sido discutido na ADPF 347 MC/DF³, na qual foi retratada a gravíssima deficiência estrutural do sistema carcerário nacional e apresentou pequenos avanços para a atenuação dessa situação.

A liberação do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização na finalidade para a qual foi criado, a determinação para que os juízes realizassem audiências de custódia (com o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas) e que considerassem o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro, no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal, apesar de importantes, evidenciam uma clara atuação do judiciário nas outras esferas do governo.

Um ponto importante a ser tratado no momento situa-se no reconhecimento, por parte do Ministro Ricardo Lewandowski, de que vige no Brasil a “cultura do encarceramento”, que, no caso em questão, revela-se pela “*imposição exagerada de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis*” (BRASIL, 2018). Segundo ele, isso decorre de

um proceder mecânico, automatizado, de certos magistrados, assoberbados pelo excesso de trabalho, seja por uma interpretação acrítica, matizada por um ultrapassado viés punitivista da legislação penal e processual penal, cujo resultado leva a situações que ferem a dignidade humana de gestantes e mães submetidas a uma situação carcerária degradante, com evidentes prejuízos para as respectivas crianças (BRASIL, 2018).

3 - A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) pedindo o reconhecimento da violação de direitos fundamentais da população carcerária e que fosse determinada a adoção de diversas providências no tratamento da questão prisional do país. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>. Acesso em 01/07/2019.

Neste sentido, para embasar seu voto, além de outras fontes, o Ministro Ricardo Lewandowski utiliza-se das estatísticas do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN Mulheres, dentre as quais destacam-se:

- A população absoluta de mulheres encarceradas no sistema penitenciário cresceu 567% entre os anos 2000 e 2014 (INFOPEN Mulheres, p. 10).
- Enquanto 52% das unidades masculinas são destinadas ao recolhimento de presos provisórios, apenas 27% das unidades femininas têm esta finalidade (INFOPEN Mulheres, p. 18-20).
- No tocante à infraestrutura:
 - (i) nos estabelecimentos femininos, apenas 34% dispõem de cela ou dormitório adequado para gestantes, apenas 32% dispõem de berçário ou centro de referência materno infantil e apenas 5% dispõem de creche (INFOPEN Mulheres, p. 18-19);
 - (ii) nos estabelecimentos mistos, apenas 6% das unidades dispõem de espaço específico para a custódia de gestantes, apenas 3% dispõem de berçário ou centro de referência materno infantil e nenhum dispõe de creche (INFOPEN Mulheres, p. 18-19).
- 89% das mulheres presas têm entre 18 e 45 anos (INFOPEN Mulheres, p.22);
- 68% das mulheres estão presas por crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes;
- 1.204 mulheres com agravos transmissíveis, 35% são portadoras de sífilis. (INFOPEN – junho de 2014.);

Os dados acima apresentam uma realidade cruel. Conforme o INFOPEN, o aumento da população carcerária feminina foi surpreendente se comparado até mesmo com ao aumento da população carcerária masculina, que ainda assim, segundo o Ministro Lewandowski “*aumentou exagerados 220% no mesmo período, a demonstrar a tendência geral de aumento do encarceramento no Brasil*” (BRASIL, 2018).

Para ele, essa tendência explicita uma “*falha estrutural que agrava a “cultura do encarceramento”, vigente entre nós, a qual se revela pela imposição exagerada de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis*”. Dessa forma, é possível apontar a responsabilidade do Judiciário no que diz respeito a 41% (quarenta e um por cento) dos presos provisórios do Brasil, que “*após julgados, a maioria alcança a absolvição ou a condenação a penas alternativas, surgindo, assim, o equívoco da chamada ‘cultura do encarceramento’*” (BRASIL, 2018).

Sobre a cultura do encarceramento, o ministro entende que os problemas decorrem do número de prisões provisórias ocasionadas por possíveis excessos na forma de interpretar-se e aplicar-se a legislação penal e processual. Tal argumento é valiosíssimo no contexto atual, haja vista que, conforme já explanado, infelizmente cultua-se no Brasil a cultura do

encarceramento, que retira o caráter excepcional da prisão preventiva voltando-a como regra, de modo que dever-se-ia primar pela mudança de postura do judiciário, o qual deveria voltar os olhos para a situação desumana de nossas prisões.

Sendo assim, nos termos do art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal, o judiciário deveria sempre nortear-se pelo princípio da excepcionalidade e pelo caráter de *ultima ratio* da prisão preventiva, a qual “*será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar* (art. 319)” (WERMUTH; MARCHT, 2019, p. 203; BRASIL, 1941), o que claramente não vem acontecendo, pelo que se vem percebendo uma mitigação da prisão preventiva como *ultima ratio*, invertendo-se a lógica, e colocando-a como regra, não exceção (LOPES JR, 2011, p. 904).

Wermuth e Marcht (2019, p. 203), aliás, aduzem que a tendência era que, a partir de 2016, com a edição da lei nº 13.157/2016, houvesse uma preferência pela prisão domiciliar nos casos em questão. Entretanto, tem ocorrido uma discrepância nas decisões, evidenciando-se que em metade dos casos, o pedido de substituição da prisão preventiva em domiciliar é indeferido e que, segundo os autores, tem-se notado alto nível de heterogenia na aplicação do art. 318 do Código de Processo Penal (CPP), principalmente pela alta incidência de prisões preventivas para as mulheres negras e de famílias pobres.

Ramos (2017) chama a atenção para um número surpreendente de 42 mil presas que coloca o Brasil como o país com a 4ª maior população carcerária feminina. Aponta ainda a autora, com bases em pesquisas realizadas pelo INFOPEN (2016), os seguintes dados:

No Brasil, a população de mulheres presas segue crescendo em torno de 10,7% ao mês. Com 42,3 mil presas, as brasileiras compõem a quarta maior população feminina encarcerada do mundo. Segundo os últimos dados do Infopen, o Sistema Integrado de Informações Penitenciárias, divulgado nesta sexta-feira 8 pelo Ministério da Justiça, o número de mulheres em situação privada de liberdade passou para 42,3 mil em junho de 2016. O crime cometido por 62% delas é o tráfico de drogas. No entanto, essas mulheres, via de regra, não estão no topo da pirâmide do tráfico, exercendo atividades menores na hierarquia, como o transporte de drogas, por exemplo. No mesmo período, em 2014, registrou-se 37.380 mil mulheres no sistema carcerário. A situação mudou já em dezembro de 2016, quando dados enviados pelo Ministério da Justiça, ao Supremo Tribunal Federal (STF) mostraram um aumento de 19,6%, passando de 37.380 para 44.721 (RAMOS, 2017, p. 02).

Já em 2018, conforme dados apresentados pelos impetrantes, 68% (sessenta e oito por cento) das mulheres presas possuem relação com o tráfico de drogas, sendo que, não raras as

vezes, são as denominadas “mulas do tráfico” (SOARES, B. M. e ILGENFRITZ, 2002, apud BRASIL, 2018). Além disso, os crimes por ela praticados, em sua grande maioria, não envolvem violência ou grave ameaça e a repressão recai sobre a parcela mais vulnerável da população.

Além do mais, oportunamente vale a pena tecer alguns comentários sobre este assunto, uma vez que Silva e Sanchez (2018) observaram certa seletividade nas decisões do judiciário ao comparar a concessão de HC a alguém que possui recursos financeiros (no caso observado, Adriana Ancelmo⁴) com outros pedidos de HC pelo mesmo motivo, impetrados por outro perfil de mulher, com baixo nível de escolaridade, envolvimento com o tráfico de drogas e solteiras, por exemplo (SILVA e SANCHEZ, 2018, p. 08).

Sendo assim, diante desse quadro de elitização do acesso efetivo à justiça, os autores supracitados concluem que “*cabe ao habeas corpus coletivo a qualidade de instrumento de manutenção da isonomia ao passo que é a diretriz que conduz a decisão do judiciário em âmbito nacional*” (SILVA e SANCHEZ, 2018, p. 08).

No que tange às condições da mulher presa, a situação descrita pelos impetrantes não | apresenta nenhuma novidade, visto que a doutrina possui amplas discussões a respeito da fragilidade do sistema prisional para com as detentas.

Nesse sentido, verifica-se que privar as mulheres de serem atendidas por programas de saúde pré-natais, assistência regular no parto e pós-parto, e ainda privando as crianças de condições adequadas a seu desenvolvimento, constitui tratamento desumano, cruel e degradante (IDOETA, 2018, p. 01).

Os impetrantes do HC em análise destacaram que “*os presídios brasileiros não apresentam condições para um acolhimento e assistência digna para essas mulheres e, sobretudo, para seus bebês que ao nascerem nesses locais ficam também privados de uma melhor qualidade de vida no contato com as mães*” (BRASIL, 2018).

Relevante, neste contexto, destacar o voto do Relator, Ricardo Lewandowski, que concordou com as alegações do pedido e frisou ao citar que “*os cuidados que devem ser dispensados à mulher presa direcionam-se também aos seus filhos, que sofrem injustamente as consequências da prisão da mãe*” [...] (BRASIL, 2018).

Fez menção à Constituição Federal de 1988, enfaticamente ao artigo 227, onde se obtém a leitura:

4 - Adriana Ancelmo é advogada e mulher do ex-governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, e foi condenada a 18 anos e 3 meses de prisão pela prática dos crimes de corrupção e lavagem de dinheiro.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Deixou claro ainda em seu relato que o ambiente de uma prisão é prejudicial à criança, já que esta precisa de cuidados e que mesmo tendo uma família extensiva que dela possa cuidar, o contato com a mãe é insubstituível (BRASIL, 2018).

Também fez menção ao art. 5º, XLV segundo o qual “*nenhuma pena passará da pessoa do condenado*” (BRASIL, 1988), e que no ambiente prisional, as presas grávidas, além de serem mal atendidas em suas necessidades, às crianças são estendidas cruéis penas antes de nascerem, com consequências nefastas para elas por toda a vida (BRASIL, 2018).

Verifica-se, portanto, que o relator utilizou-se de argumentos bastante incisivos para justificar o mérito da decisão. Valendo o destaque de que os direitos dessas mulheres deveriam ser os mesmos de todas as outras mães e estendidos às crianças, as quais poderiam receber um tratamento mais adequado e voltado às condições em que se encontram. Assim, o direito à igualdade é um direito/dever, o que poderia levar a crer, a princípio, que não se pode realizar ações discriminatórias em detrimento de uma pessoa ou segmento social (FONSECA, 2016, p. 01).

Cumprir destacar que presas grávidas já condenadas não se enquadram nessas estatísticas, a qual está restrita apenas àquelas que aguardam julgamento, ou seja, estão em prisão provisória.

Ressalta-se que o ministro Ricardo Lewandowski pronunciou-se sobre a “*degradação do sistema prisional brasileiro*” e afirmou, conforme já destacado, que o modelo atual transfere a pena da mãe para as crianças, situação que viola os princípios da individualização da pena, da vedação de penas cruéis, além de comprometer o respeito à integridade física e moral da mulher encarcerada. (IDOETA, 2018, p. 01).

Percebe-se, portanto, que mãe e filhos acabam por ficarem presos, ambos privados da convivência entre familiares, sob a possibilidade de a mulher conseguir provar sua inocência, ou ser condenada em medidas restritivas de direitos, tendo o déficit de um tempo perdido e irrecuperável, com danos irreversíveis para si e para seus filhos, o que se mostra ainda mais grave.

Segundo Ottoboni (2001), a pena deve ser cumprida sem ferir a integridade física e moral do detento e explica:

Se não houver, durante o cumprimento da pena, nenhum respeito à integridade física e moral do recluso, que foi subjugado, submetido a degradante condição de vida, em ambiente inseguro, fétido, com pouca ou nenhuma assistência que lhe puder fazer vislumbrar nova perspectiva de vida, ele acaba cumprindo a pena como vítima e o futuro que o aguarda é a reincidência na maioria das vezes como única opção de sobrevivência. (OTTOBONI, 2001, p. 45)

Observa-se, portanto, um contexto geral de descaso e abandono de pessoas presas, justamente em um estado democrático de direitos que prima por princípios constitucionais, como o princípio da dignidade humana, o qual, apesar de não se ter uma definição clara do que isso significa, sustenta, ou, pelo menos, deveria sustentar todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Os dados trazidos pelos impetrantes demonstram um crescimento rápido do número de encarcerados que deságua em um sistema prisional precário e sem condições de acompanhar essa alta demanda, o que leva o Supremo, nas palavras do próprio Ministro Ricardo Lewandowski, “*a adotar e fortalecer remédios de natureza abrangente, sempre que os direitos em perigo disserem respeito às coletividades socialmente mais vulneráveis*”. Dessa forma, segundo ele, a decisão em análise “*contribuirá não apenas para atribuir maior isonomia às partes envolvidas nos litígios, mas também para permitir que lesões a direitos potenciais ou atuais sejam sanadas mais celeremente*” (BRASIL, 2018).

Tais fatos, apresentados isoladamente, demonstram a preocupação do judiciário – manifestado nas decisões do STF – com a realidade degradante do sistema prisional brasileiro como um todo (este sim, atribuído a uma falha estrutural do próprio Estado) e em especial, com os direitos fundamentais das mães e gestantes presas, materializados no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, violados por ninguém mais ninguém menos que o próprio judiciário.

Contudo, os questionamentos que ficam são: qual o preço de uma intervenção ampla e irrestrita do judiciário na vida do cidadão? No caso em tela a postura ativa do judiciário se deu em benefício dos acusados, mas e se fosse o contrário? Deve o judiciário intervir ativamente no processo, de modo a fazer prevalecer o entendimento do magistrado a qualquer custo?

4. ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO NO ÂMBITO DO HC 143.641/SP

Conforme visto, foram apresentados vários argumentos pelos impetrantes, demonstrando a situação a que a mulher gestante ou mãe de criança e as próprias crianças estão sujeitas. Aliás, o Ministro Ricardo Lewandowski esmiuçou muito bem o tema, conforme já explanado, de modo a tornar visível o quadro de descaso e muitas vezes de humilhação e violação aos direitos humanos aos quais as mulheres estão sujeitas no sistema prisional, destacando o Ministro que

Em suma, quer sob o ponto de vista da proteção dos direitos humanos, quer sob uma ótica estritamente utilitarista, nada justifica manter a situação atual de privação a que estão sujeitas as mulheres presas e suas crianças, as quais, convém ressaltar, não perderam a cidadania, em razão da deplorável situação em que se encontram. (BRASIL, 2018)

Como se sabe, a ordem do HC coletivo em análise foi concedida, determinando assim a substituição da prisão preventiva pela domiciliar a todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças de até 12 anos e deficientes. Foi excepcionado, contudo, os casos de crimes praticados por elas, mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes. Além disso, ficou decidido que outras situações excepcionalíssimas também podem não ser abrangidas pela concessão da ordem, mas deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício.

Como se vê, além de entender pelo cabimento do HC coletivo, foram fixados parâmetros a serem observados pelos juízes, para a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, de modo a ultrapassar, por si só, a competência em julgar o cabimento e o mérito da questão posta.

Além dos parâmetros citados, outras questões foram afixadas, as quais deverão ser avaliadas pelo juiz na concessão da substituição em questão. É o caso da detida tecnicamente reincidente, sob a qual o juiz deverá proceder em atenção às circunstâncias do caso concreto para avaliar a substituição em questão, norteando-se pelos princípios e regras enunciados na decisão, observando-se a diretriz de excepcionalidade da prisão. Ficando estabelecido que, se o juiz entender que a prisão domiciliar se mostra inviável ou inadequada, poderá substituí-la por medidas alternativas arroladas no art. 319 do CPP.

Ora, se é cabível a substituição da prisão domiciliar pelas medidas alternativas diversas da prisão, já não deveria a prisão preventiva ser substituída pelas próprias medidas

cautelares? Não seria o mesmo que substituir a prisão preventiva pelas medidas cautelares diversas da prisão?

Em relação à apuração da situação de guardiã de seus filhos, fixou o Ministro que se dará maior credibilidade à palavra da mãe presa, além do que, na dúvida, poder-se-á requisitar a elaboração de laudo social, desde que cumpra desde logo a determinação e, caso se constate a suspensão ou destituição do poder familiar por outros motivos que não a prisão, a ordem não se aplicará.

Para além, outras determinações fixadas pelo Ministro foram:

a) que seja oficiado ao DEPEN para que comunique aos estabelecimentos prisionais a decisão, que por sua vez, informariam aos respectivos juízos a condição de gestante, ou mãe, das presas preventivas sob suas custódias.

b) que fosse oficiado ao CNJ para que avaliasse o cabimento de intervenção nos moldes do art. 1º, § 1º, II, da Lei 12.106/2009, sem prejuízo de outras medidas de reinserção social para as beneficiárias desta decisão.

c) a atuação do CNJ junto às esferas competentes para que o protocolo de entrada da mulher no ambiente prisional seja precedido de exame para verificar sua situação de gestante.

d) que os juízes responsáveis pela realização das audiências de custódia e pelo processamento de ações penais em que há mulheres presas preventivamente deverão proceder à análise do cabimento da prisão domiciliar de ofício, à luz das diretrizes firmadas na decisão em análise.

Essa fixação de medidas ou diretrizes faz surgir inúmeros questionamentos em relação à atuação do judiciário, conforme já sugerido anteriormente. Tais questionamentos podem ser resumidos das seguintes formas: estaria o STF exercendo uma atuação ativista, no sentido de usurpar a função do próprio legislativo, elaborando um novo diploma normativo, ante a ausência de proatividade do próprio legislativo frente ao problema apresentado? O caso em tela seria apenas uma adaptação à norma já posta, ante a insistência dos juízes pela não aplicação da norma e dos princípios estabelecidos? Qual o limite da atuação do judiciário no que diz respeito à sua interferência nas demais esferas dos poderes? Seria essa atuação necessária ante a crescente demanda da utilização das vias judiciais, de modo que o judiciário assumira um papel de protagonista a despeito dos demais poderes?

As possíveis respostas para tais perguntas perpassam pela constatação de que o STF tem desempenhado um papel ativo na vida institucional brasileira e que tal constatação pode

ser explicada por dois termos bastante difundidos no meio jurídico e que ainda demandam discussões a respeito de seus conteúdos. Tratam-se da judicialização e do ativismo judicial.

Barroso (2009) explica a judicialização argumentando que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo.

Segundo o autor, as causas para esse fenômeno são a redemocratização, que fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira e a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Deste modo, segundo o próprio Barroso, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito, ou seja, na medida em que uma questão é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial.

Neste sentido, o citado autor argumenta a respeito da judicialização, exemplificando que se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.

Sendo assim, para ele a judicialização decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, os quais permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Segundo ele, a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte (BARROSO, 2009, p. 18).

Já o ativismo judicial, na visão do autor supracitado, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Segundo Barroso, o ativismo é um mecanismo para “*contornar o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso*” (BARROSO, 2009, p. 30).

Dessa forma, Barroso (2009) defende o ativismo judicial, apontando que tal instrumento tem se apresentado como uma solução para o problema brasileiro e não como um problema em si, já que, para ele, nos últimos anos, uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção em nome da Constituição, com a prolação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral.

Dessa forma, para Barroso, o fenômeno possui uma face positiva e outra negativa. A positiva se daria no sentido de que o judiciário estaria atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, ao passo que a negativa seria a exibição das dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo.

Ora, como propôs Barroso, o ativismo por parte do Poder Judiciário é explicado (e justificado) pela inércia do Legislativo frente às demandas crescentes da população. Assim, vale uma ressalva para a análise se, de fato, o Legislativo tem se mostrado tão omissivo assim, a ponto de o Judiciário ter que tomar as rédeas do governo e galopar rumo à efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

A entrada em vigor da Lei 13.257/2016, que alterou o Código de Processo Penal, incluiu um novo rol de legitimados aptos à substituição da prisão preventiva pela domiciliar, são eles: as gestantes, as mulheres com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos e o homem, se for o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. Vejamos:

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

I - maior de 80 (oitenta) anos;

I - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

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

IV - gestante;

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

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

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

Como se observa, já faziam parte do seletivo grupo que faz jus à prisão domiciliar o maior de 80 (oitenta) anos, o extremamente debilitado por motivo de doença grave e o imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência, todos inclusos pela Lei 12.403/2011. Essa lei, aliás, foi o dispositivo que alterou o CPP para modificar o capítulo IV deste e incluir a prisão domiciliar como alternativa à prisão preventiva.

A citada lei trouxe também novas medidas para que o magistrado possua a seu dispor um leque de alternativas à prisão preventiva, já que antes da entrada em vigor da Lei 12.403/2011, segundo Felipe (2011), havia apenas três situações possíveis com relação à liberdade ambulatorial do sujeito:

a) Sendo preso em flagrante delito, estando presentes os fundamentos da prisão preventiva, o magistrado oficiante determinaria sua manutenção cautelar, até nova deliberação judicial;

b) Sendo preso em flagrância, ausentes os requisitos da prisão cautelar, seria-lhe concedida liberdade provisória, sem fiança, bastando que o acusado comparecesse aos atos processuais regularmente;

c) Sendo preso em flagrância, ausentes os requisitos da prisão cautelar, mediante fiança, seria-lhe concedida liberdade provisória, contudo, sujeita a diversas restrições gravosas, como impossibilidade de se ausentar da comarca etc. (FELIPE, 2011, p. 01).

Conforme dito, com as disposições da Lei 12.403/2011, em consonância com o art. 319 do CPP, diversas foram as alternativas à prisão trazidas por esta lei, vejamos:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

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

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

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

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

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

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

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

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

IX - monitoração eletrônica.

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

O art. 320 do mesmo diploma legal também prevê outra medida alternativa à prisão, consistente na proibição de ausentar-se do país, que será realizada mediante a comunicação do juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas (BRASIL, 1941).

Conforme se vê, aparentemente o legislativo vem fazendo sua parte. Foram criadas diversas alternativas à prisão preventiva, a qual, consoante o princípio da *ultima ratio*, deveria ser o último recurso a ser utilizado pelo juízo, de maneira a se evitar a crescente geométrica da população carcerária.

Entretanto, apesar de todo esse aparato à disposição dos juízes, conforme já demonstrado, a população carcerária só aumenta, com as crescentes decretações de prisão preventiva, tanto em relação à população feminina quanto masculina. O referido aumento tem como um de seus baluartes a Lei de Drogas (Lei 11.343/06), principalmente devido à alta pena aplicada para o crime de tráfico de drogas (reclusão de 5 a 15 anos e multa de 500 a 1.500 dias-multa) e a falta de critérios objetivos para diferenciar o tráfico de entorpecentes do porte de drogas para uso pessoal (CAMARGO, 2018, p. 01).

Assim, uma forma de minimizar o volume exacerbado de encarceradas preventivamente, visto o colapso contingencial a que está sujeito nosso sistema prisional, seria justamente a substituição da preventiva pela domiciliar – logicamente, nos casos cabíveis. No entanto, segundo os impetrantes do HC em tela, “*em aproximadamente metade dos casos, o pedido foi indeferido*” (BRASIL, 2018).

Segundo consta, “*as razões para o indeferimento estariam relacionados à gravidade do delito supostamente praticado pelas detidas e também à necessidade de prova da inadequação do ambiente carcerário no caso concreto*” (BRASIL, 2018).

Tais argumentos claramente não fazem sentido, uma vez que a gravidade do crime não pode ser, por si só, motivo para a manutenção da prisão. Vale lembrar que o STF entendeu ser inconstitucional a expressão “*e liberdade provisória*”, presente no caput do artigo 44 da Lei 11.343/2006, inclusive lançando a súmula 697 para efetivar tal entendimento. Para mais, a necessidade de prova da inadequação do ambiente carcerário soa como um absurdo, uma vez que o próprio STF já reconheceu o estado de coisas inconstitucional⁵ do sistema prisional brasileiro (BRASIL, 2018), ao julgar a ADPF 347 MC/DF.

Diante desse teor normativo, ante a não concessão da substituição da prisão preventiva pela domiciliar pelos magistrados, foi posto o seguinte questionamento: quais devem ser os parâmetros para a substituição em questão? A resposta, segundo os impetrantes, está em que o “poderá”, constante do caput do artigo deveria ser lido como “deverá”, para evitar que a

5 - O Estado de Coisas Inconstitucional se verifica através da existência de um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, ante a inércia ou incapacidade reiterada e persistente de autoridades públicas em modificar a conjuntura vigente (CAMPOS, 2015).

discricionariedade do magistrado seja, na prática, usada de forma a reforçar a cultura do encarceramento (BRASIL, 2018). Assim foi feito.

Ora, apesar de parecer uma excelente medida à primeira vista, a decisão, sob o escopo de evitar arbitrariedades dos juízes apresenta uma solução completamente arbitrária sob o manto de se fazer cumprir o que emana da constituição.

Depreende-se de todo o contexto, assim como já explanado, que no âmbito de um HC foi determinado o oficiamento de órgãos e entidades para coleta de informações referentes aos beneficiados pela medida. Foi determinado que fosse oficiado à DPU para que adentrasse ao processo, reconhecendo-a depois como o verdadeiro legitimado para a propositura, em detrimento dos demais impetrantes. Foi reconhecido o cabimento utilizando-se como referência outro diploma normativo, criando-se uma verdadeira miscelânea jurídica. Como se não bastasse tudo isso, foram firmadas diretrizes para que os juízes pudessem aplicar o direito, num claro novo dispositivo normativo emanado não pelo legislativo, mas pelo próprio judiciário.

Não dá para se negar, ante todo o exposto, que a Suprema Corte agiu de forma totalmente ativista, mesmo diante da atuação legislativa, que conforme demonstrado, munuiu o judiciário de subsídios para que este colocasse em prática a prisão preventiva como *ultima ratio*, o que claramente não obteve êxito. Dessa forma, a atuação do STF poderia ser justificada diante de um contexto de violações a direitos humanos, conforme já explicitado.

Poder-se-ia também ser levantada a hipótese de que o STF agiu conforme já pretendia o legislador, ao constar o termo “poderá” para indicar seu consentimento na substituição da prisão preventiva pela cautelar, nos casos constantes no HC em questão.

Sobre este assunto, Streck alerta que alguns pesquisadores ressaltam justamente o fato de que o STF ao se valer de sentenças interpretativas (interpretação conforme o legislativo) reforçaria o papel da lei e do Legislativo, pelo que o autor propõe (assim como já questionado neste trabalho) a ressalva para o seguinte questionamento: “*e se o STF, via interpretação conforme (ou nulidade parcial sem redução de texto), fizer exatamente o contrário do que propunha o Legislativo?*” (STRECK, 2013, p. 01).

Sob essa ótica, Streck percebe o ativismo judicial em várias decisões do judiciário (não apenas do STF) e, diferentemente do que afirma Barroso, para Streck (2013), o ativismo não apresenta faceta positiva, observando que tal conduta sempre se apresenta ruim para a democracia, uma vez que decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais, como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública.

Neste sentido, o autor aponta para o perigo que o ativismo judicial apresenta para a representação política, no sentido de que

uma ofensa à Constituição por parte do Poder Judiciário sempre é mais grave do que qualquer outra desferida por qualquer dos outros Poderes, porque é ao Judiciário que cabe sua guarda. Quem nos salvará se não há mais salvadores? Ou pior: quem nos salvará dos salvadores? (STRECK, 2013, p. 01)

Assim, para Streck (2013), o ativismo judicial é considerado a vulgata da judicialização, ou seja, sua versão mais propagada e difundida, colocando o judiciário, conforme já relatado, na condição de protagonista em relação aos demais poderes.

Nesta senda, em consonância com o autor, verifica-se que o ativismo apresenta-se como um problema comportamental e concentra um imenso contingente de julgamentos, que vão desde o simples descumprimento de direitos fundamentais (o que Streck chama de ativismo às avessas) até a mostra de que o STF vem julgando por políticas em grandes causas e não por princípios.

As considerações de Streck apontam para um crescente e visível despontamento do Poder Judiciário em relação aos demais poderes, principalmente no que diz respeito ao Poder Legislativo, desconsiderando a relação interinstitucional entre os poderes, revelando o que muitos juristas entendem como um protagonismo do Poder Judiciário.

É justamente o que acontece no caso em análise. Conforme demonstrado, o posicionamento do STF no reconhecimento, cabimento e julgamento do HC coletivo em tela evidenciam sua postura ativista, protagonizando e inovando de diferentes formas no presente caso.

Tal atuação aponta todos os holofotes para o judiciário que vem ganhando cada vez mais espaço na mídia, aparentando fazer parte de um jogo político, em que clama sempre por mais poder, judicializando questões relativas até mesmo aos outros poderes.

Neste sentido, Streck (2013) entende que o fenômeno da judicialização não é exclusividade brasileira, advertindo, contudo, que nosso grau de judicialização atingiu a mega política (ou política pura), de modo que as decisões tomadas pelas outras esferas do poder acabam por serem judicializadas.

Desta feita, tal como aduziu Streck, a grande discussão em relação ao tema da judicialização não mora na questão do “quanto de judicialização” estamos sujeitos, mas sim de “como as questões judicializadas” estão sendo decididas, sugerindo que este, de fato, é o

tipo de controle que deve ser exercido, uma vez que a “*Constituição é o alfa e o ômega da ordem jurídica. Ela oferece os marcos que devem pautar as decisões da comunidade política*” (STRECK, 2013, p. 01).

Aqui está justamente o ponto central da discussão: não se trata de argumentação relativa ao ativismo bom ou ao ativismo ruim. Todo ativismo desponta como uma atuação discricionária do julgador, a ponto de muitas vezes utilizar-se de ferramentas que nem sequer estão previstas constitucionalmente. Ora, como julgar pautando-se na efetivação das garantias constitucionais exercendo uma atuação afastada dos escritos constitucionais?

Essa deve ser a maior crítica em relação à decisão discutida. É bem verdade que o HC coletivo em questão reveste-se de uma atitude benevolente por parte do Poder Judiciário, contudo não se pode deixar de lado que tal atitude perpassa por todo o sistema democrático alocando em apenas um órgão todo o poder normativo, criando-se não mais três poderes, mas um superpoder concentrado, o que parece ser bastante problemático.

5. CONCLUSÃO

A concessão da ordem no HC 143.641, que concedeu prisão domiciliar a todas as mulheres grávidas e mães de crianças com filhos de até 12 (doze) anos e deficientes, bem como em nome de todas as crianças pelo STF evidencia que o judiciário, materializado aqui apenas no órgão supremo, está preocupado com a situação a que as mulheres e crianças em tais condições estão sujeitas.

No entanto, tal preocupação também demonstra que cada vez mais a Suprema Corte tem apresentado soluções ativistas para a resolução de diversos conflitos, assim como ocorrido no caso concreto, o que apresenta-se problemático, haja vista que demonstra uma fragilidade no sistema dos Poderes da República. Essa fragilidade pode ser considerada ocasionada pelo Poder Judiciário que, conforme explanado, praticamente assume um papel de protagonista em relação aos demais poderes, extrapolando as expectativas em relação ao próprio poder, de modo a invadir a esfera principalmente do legislativo.

O problema citado se dá justamente pelo fato de o judiciário (principalmente nas instâncias inferiores) muitas vezes não se pautar pela utilização de princípios consagrados, tais como o *in dubio pro reo* e a *ultima ratio* da prisão preventiva, o que contribui significativamente para a crescente demanda do próprio judiciário e para o aumento da população carcerária, tanto feminina, quanto masculina, em todo o Brasil.

Deste modo, apesar de o mérito da questão envolver, de fato, uma causa legítima, na qual expõe a situação deplorável do sistema carcerário brasileiro, principalmente no que diz respeito às mulheres, é preocupante o fato de o judiciário tentar resolver de forma arbitrária e a qualquer custo os problemas da sociedade, apresentando-se perigosa sua atuação ativista, justamente pelo fato de que a segurança jurídica deve ser verificada no âmbito judicial, de modo que o ordenamento jurídico não pode ficar à mercê de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais, tal como vem acontecendo.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, 2009. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional ISSN 1138-4824, núm. 13. Madrid. 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988.

_____. Código Penal. **Decreto Lei nº 2848 de 07 de dezembro de 1940**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 07 de dezembro de 1940.

_____. Código de Processo Penal. **Decreto Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 03 de outubro de 1941.

_____. **Levantamento Nacional De Informações Penitenciárias Infopen - mulheres**. Junho de 2014. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em: 26 de abril de 2019.

_____. **Levantamento Nacional De Informações Penitenciárias Infopen**. Junho de 2016. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf> Acesso em: 15 de abril de 2019.

_____. Lei de Drogas. **Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 23 de agosto de 2006.

_____. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 4 de maio de 2011.

_____. **Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 08 de março de 2016.

_____. **Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 23 de junho de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental - ADPF 347 MC / DF - Distrito Federal**. Medida Cautelar Na Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental Relator(a): Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>> Acesso em: 20/06/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 143.641- 16/03/2018 do STF**. Supremo Tribunal Federal. Proced.: São Paulo. Relator: Min. Ricardo Lewandowski Pacte. (S): todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puerperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>
Acesso em: 12 fevereiro de 2019.

CAMARGO, R. A. **A Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), o aumento da população carcerária e o caminho reverso**. Disponível em:
<<https://rosemeirealvesdecamargo1.jusbrasil.com.br/artigos/591491821/a-lei-de-drogas-lei-11343-2006-o-aumento-da-populacao-carceraria-e-o-caminho-reverso>> Acesso em: 15 de abril de 2019.

CAMPOS, C. A. A. **Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”**. Tese de Doutorado em Direito Público. Rio de Janeiro. 2015.

FELIPE, L. F. **Um breve estudo sobre as alterações trazidas pelo advento da Lei nº 12.403/2011**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2949, jul. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19644>>. Acesso em: 28 maio 2019.

FONSECA, G. A. **A igualdade concretizada através da proteção a mulher na Lei Maria da Penha**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 22 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.56619&seo=1>>. Acesso em: 9 de fevereiro de 2019.

IDOETA, P. A. **STF decide que grávidas e mães presas provisórias podem ir para casa**. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43079116>. Acesso em: 15 jul. 2018.

LIMA, R. B. **Manual de Processo Penal**. Volume único. 4ª ed. Salvador/BA. JusPODIVM, 2016.

LOPES JÚNIOR, A. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OTTOBONI, M. **A Comunidade e a Execução da Pena**. 4.ed. São Paulo: Paulinas, 2001.

RAMOS, B. D. **Com 42 mil presas, Brasil tem a 4ª maior população carcerária feminina**. 2017. Disponível em; <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/com-42-mil-presas-brasil-tem-a-4-maior-populacao-carceraria-feminina>. Acesso em: 14 abril. 2019.

RESSURREIÇÃO, L. **A Defensoria Pública como interveniente: amicus curiae e custos vulnerabilis**. Revista ConJur. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jul-10/defensoria-publica-instituicao-interveniente>> Acesso em: 20/06/2019.

ROCHA, J. B. **A Defensoria como custös vulnerabilis e a advocacia privada**. Revista Consultor Jurídico, 2017. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-23/tribuna-defensoria-defensoria-custos-vulnerabilis-advocacia-privada>> Acesso em: 01 de junho de 2019.

SILVA, T. C. G; SANCHEZ, C. J. P. **Mulheres no sistema prisional brasileiro e consequências do habeas corpus coletivo nº 143.641**. ETIC - Encontro De Iniciação Científica - ISSN 21-76-8498. v. 14, n. 14. 2018.

SOARES, B. M; ILGENFRITZ, I. **Prisioneiras: vida e violência atrás das grades**. Rio de Janeiro. Garamond, 2002.

STRECK, L. L. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Revista Consultor Jurídico, 13 de junho de 2013. Disponível em:
<<https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>> Acesso em 07 de junho de 2019.

WERMUTH, M. A. D; MARCHT, L. M. **Vicissitudes E Triunfos Do Habeas Corpus Coletivo 143.641/Sp: Protagonismos E Ativismo Judicial?** Revista Jurídica Cesumar. janeiro/abril 2019, v. 19, n. 1, p. 197-224.