



**UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RAQUEL EL-BACHÁ FIGUEIREDO

**DEFENSORIA PÚBLICA COMO GARANTIA
INSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À
LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO NA FORMAÇÃO DOS
PRECEDENTES PENAIIS: O CASO DO
ENCARCERAMENTO FEMININO**

SALVADOR
2021

RAQUEL EL-BACHÁ FIGUEIREDO

**DEFENSORIA PÚBLICA COMO GARANTIA
INSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À
LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO NA FORMAÇÃO DE
PRECEDENTES PENAIIS: O CASO DO
ENCARCERAMENTO FEMININO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica do Salvador (PPGD/UCSal), como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre. Linha de Pesquisa: Políticas Públicas e Efetivação dos Direitos Fundamentais
Orientadora: Prof. Dr. Fábio Roque da Silva Araújo

**SALVADOR
2021**

Ficha Catalográfica. UCSal. Sistema de Bibliotecas

F475 Figueiredo, Raquel El-Bachá.

Defensoria Pública como garantia institucional do direito fundamental à liberdade de locomoção na formação dos precedentes penais: o caso do encarceramento feminino / Raquel El-Bachá Figueiredo . – Salvador, 2021. 135 f.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Roque da Silva Araújo.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica do Salvador. Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação. Mestrado em Direito. Linha de Pesquisa: Políticas Públicas e Efetivação dos Direitos Fundamentais.

1. Defensoria Pública 2. Precedentes Judiciais 3. Encarceramento Feminino 4. Liberdade de Locomoção 5. Processo Penal I. Araújo, Fábio Roque da Silva – Orientador II. Universidade Católica do Salvador. Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação III. Título.

CDU 347.963-058.56

TERMO DE APROVAÇÃO

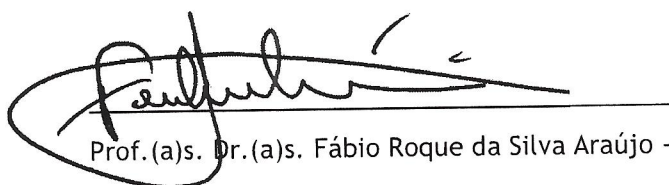
Raquel El-Bachá Figueiredo

“DEFENSORIA PÚBLICA COMO GARANTIA INSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO NA FORMAÇÃO DE PRECEDENTES PENAIIS: O CASO DO ENCARCERAMENTO FEMININO”.

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Direito da Universidade Católica do Salvador.

Salvador, 26 de março de 2021.

Banca Examinadora:



Prof.(a)s. Dr.(a)s. Fábio Roque da Silva Araújo - UCSAL (orientador)



Prof.(a) Dr.(a) Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro - UCSAL



Prof.(a) Dr.(a) Thais Bandeira Oliveira Passos - UFBA

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais Gerson e Simone e à minha irmã Laís pela compreensão nos momentos em que tive que me ausentar de eventos e de passeios familiares em razão das atividades do mestrado, inclusive do processo de pesquisa e de escrita desse trabalho.

Agradeço às amigas Luísa, que conheci no mestrado, e Aline, amiga desde a época de colégio, pelo suporte nas ocasiões em que precisei tirar dúvidas diversas durante o processo de escrita.

Agradeço aos amigos e aos colegas Defensores Públicos que me inspiram diariamente, em especial ao amigo Maurílio Casas Maia, que me motivou a ingressar no mestrado e continua motivando muitos colegas defensores públicos a trilhar os caminhos da academia e da pesquisa científica.

Por fim, agradeço ao meu orientador Professor Doutor Fábio Roque da Silva Araújo pelos ensinamentos durante o curso e ao longo da pesquisa realizada, bem como pela paciência e pela disponibilidade que sempre teve para sanar minhas dúvidas e para responder aos meus questionamentos ao longo desse processo.

RESUMO

O presente trabalho tem o escopo de averiguar o papel da Defensoria Pública na formação dos precedentes penais referentes ao encarceramento feminino, considerando o enquadramento dado pela Constituição Federal de 1988 à instituição. Para tanto, o estudo pautou-se em pesquisa qualitativa, utilizando-se do método hipotético-dedutivo e das técnicas de pesquisa bibliográfica a partir de livros, de artigos, de teses e de dissertações, bem como de pesquisa documental com a análise de jurisprudência, de leis e de relatórios elaborados por órgãos governamentais como Ministério da Justiça e Defensorias Públicas através de sua associação nacional. Foi feito o estudo acerca dos direitos fundamentais de acesso à justiça e à assistência jurídica gratuita; a análise dos modelos de assistência jurídica gratuita existentes, verificando qual modelo foi adotado pelo Brasil; a diferenciação entre os conceitos de direitos fundamentais, de garantias fundamentais e de garantias institucionais; a análise do papel da Defensoria Pública na concretização do direito fundamental de acesso à justiça; o estudo do enquadramento dado pela Constituição Federal de 1988 à Defensoria Pública e o alcance das suas atribuições; a averiguação da possibilidade ou não de extinção ou de diminuição das atribuições da Defensoria Pública previstas na Constituição Federal; o estudo das tradições jurídicas ocidentais e da necessidade de observância dos precedentes judiciais no Brasil; o estudo dos conceitos aplicados à teoria dos precedentes vinculantes e das possíveis críticas acerca da sua aplicação; a análise sobre a aplicação da teoria dos precedentes vinculantes ao processo penal; o estudo do direito fundamental à liberdade de locomoção; a análise do encarceramento feminino sob a perspectiva da criminologia feminista; a verificação das peculiaridades da situação da mulher privada de liberdade; a averiguação do modo de atuação da Defensoria Pública no âmbito criminal em favor das mulheres privadas de liberdade; a investigação do papel da Defensoria Pública na formação de precedentes penais referentes ao direito fundamental à liberdade de locomoção das mulheres. Verificou-se que a atuação da Defensoria Pública nos Tribunais Superiores contribui de forma significativa na formação dos precedentes penais referentes ao encarceramento feminino, potencializando o contraditório e possibilitando a democratização dos debates acerca do direito fundamental à liberdade de locomoção das pessoas presas, em especial das mulheres privadas de liberdade.

Palavras-chave: Defensoria Pública. Precedentes judiciais. Encarceramento feminino. Liberdade de locomoção. Processo Penal.

ABSTRACT

This paper aims to investigate the role of the Public Defender's Office in the formation of criminal precedents related to female incarceration, considering the framework given by the Federal Constitution of 1988 to the institution. To this end, the study was based on qualitative research, using the hypothetical-deductive method and bibliographic research techniques from books, articles, theses and dissertations, as well as documentary research with the analysis of jurisprudence, laws and reports prepared by government agencies such as the Ministry of Justice and Public Defender's Office through their national association. A study was done on the fundamental rights of access to justice and free legal assistance; the analysis of the existing models of free legal assistance, verifying which model was adopted by Brazil; the differentiation between the concepts of fundamental rights, fundamental guarantees and institutional guarantees; the analysis of the role of the Public Defender's Office in the realization of the fundamental right of access to justice; the study of the framework given by the Federal Constitution of 1988 to the Public Defender and the scope of its attributions; the investigation of the possibility or not of extinction or reduction of the powers of the Public Defender provided by the Federal Constitution; the study of western legal traditions and the need to observe judicial precedents in Brazil; the study of concepts applied to the theory of binding precedents and possible criticisms about their application; the analysis of the application of the theory of precedents binding the criminal process; the study of the fundamental right to freedom of movement; the analysis of female incarceration from the perspective of feminist criminology; the verification of the peculiarities of the situation of women deprived of liberty; the investigation on how the Public Defender's Office works in the criminal sphere in favor of women deprived of their liberty; the investigation of the role of the Public Defender's Office in the formation of criminal precedents regarding the fundamental right to freedom of movement for women. The role of the Public Defender's Office in the Superior seems to contribute to the formation of criminal precedents related to female incarceration, potentializing the contradictory and enabling the democratization of debates about the fundamental right to freedom of movement for prisoners, especially women deprived of their liberty.

Keywords: Public Defender's Office; Judicial precedents; Female incarceration; Freedom of movement; Criminal proceedings.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	A DEFENSORIA PÚBLICA COMO GARANTIA INSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	11
2.1	OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ACESSO À JUSTIÇA E À ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA	11
2.2	OS MODELOS DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA E A CONSOLIDAÇÃO DO <i>SALARIED STAFF MODEL</i> NO BRASIL	15
2.3	A DISTINÇÃO ENTRE OS CONCEITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, GARANTIAS FUNDAMENTAIS E GARANTIAS INSTITUCIONAIS	17
2.4	A DEFENSORIA PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	21
3	A APLICAÇÃO DA TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS AO PROCESSO PENAL	40
3.1	AS TRADIÇÕES JURÍDICAS DO <i>COMMON LAW</i> E DO <i>CIVIL LAW</i> E A IMPRESCINDIBILIDADE DO RESPEITO AOS PRECEDENTES NO BRASIL	40
3.2	A NOÇÃO DE PRECEDENTE JUDICIAL, AS DIFERENTES FUNÇÕES DOS TRIBUNAIS E AS POSSÍVEIS CRÍTICAS AO SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES	48
3.3	AS CONCEPÇÕES DE <i>RATIO DECIDENDI</i> E <i>OBTER DICTUM</i> E AS FORMAS DE DISTINÇÃO E SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES VINCULANTES	52
3.4	A UTILIZAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES NO PROCESSO PENAL	55
4	O ENCARCERAMENTO FEMININO NO BRASIL	63
4.1	CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE	63

LOCOMOÇÃO		
4.2	ASPECTOS DA CRIMINOLOGIA FEMINISTA	68
4.3	AS PECULIARIDADES DA SITUAÇÃO DA MULHER PRIVADA DE LIBERDADE E AS PREVISÕES LEGAIS ESPECÍFICAS PARA ATENDER ÀS CARACTERÍSTICAS DO CÁRCERE FEMININO	81
5	O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA FORMAÇÃO DOS PRECEDENTES PENAIIS REFERENTES AO ENCARCERAMENTO FEMININO	93
5.1	A DEFENSORIA PÚBLICA E O DIREITO DE DEFESA NO ÂMBITO CRIMINAL	94
5.2	AS FORMAS DE ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA SEARA CRIMINAL	96
5.3	A AMPLIFICAÇÃO DO CONTRADITÓRIO ATRAVÉS DAS ATUAÇÕES COMO <i>AMICUS CURIAE</i> E COMO <i>CUSTOS VULNERABILIS</i>	98
5.4	ALGUNS PRECEDENTES PENAIIS REFERENTES AO ENCARCERAMENTO FEMININO E O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA EM SUA FORMAÇÃO	105
5.4.1	A atuação da Defensoria Pública na formação do precedente judicial sobre a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar de mulheres presas	108
5.4.2	A atuação da Defensoria Pública em outros precedentes judiciais que beneficiam as mulheres privadas de liberdade	111
6	CONCLUSÃO	115
	REFERÊNCIAS	122

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 conferiu ao Estado o dever de prestar assistência jurídica integral e gratuita a todas as pessoas que comprovem insuficiência de recursos, nos termos do seu art.5º, inciso LXXIV. Tal dever constitui-se como direito fundamental, porém sua efetividade somente foi possível com a criação das Defensorias Públicas. Nesse sentido, o reconhecimento do *status* de garantia institucional da Defensoria Pública é essencial, uma vez que esse *status* garante a concretização do direito fundamental de acesso à justiça, na medida em que a missão institucional da Defensoria é dar-lhe o máximo de efetividade.

A consequência da concretização do direito fundamental de acesso à justiça pela Defensoria Pública é a possibilidade de efetivação dos demais direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Esses direitos fundamentais, no entanto, estão vinculados essencialmente à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos, sendo esses direitos, portanto, universais.

Dentre os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, tem destaque, nessa pesquisa, o direito fundamental à liberdade de locomoção das mulheres, cuja efetividade é assegurada pela Defensoria Pública, especialmente no âmbito criminal. Assim, considerando a força dos precedentes judiciais no processo penal, consolidada com a vigência do Código de Processo Civil de 2015, faz-se necessário estudar a importância da atuação da Defensoria Pública, como garantia institucional do direito à liberdade de locomoção das mulheres, na formação de precedentes penais relativos a esse direito.

O objeto principal dessa pesquisa, portanto, é compreender a importância da atuação da Defensoria Pública na formação de precedentes penais relativos ao direito fundamental à liberdade de locomoção das mulheres, diante da sua condição de garantia institucional desse direito. Desta forma, questiona-se: qual é a importância da Defensoria Pública na formação dos precedentes penais referentes ao direito fundamental à liberdade de locomoção das mulheres?

A partir desse problema de pesquisa, têm-se como objetivos específicos: analisar qual é o papel da Defensoria Pública na concretização do direito fundamental de acesso à justiça; verificar a aplicação da teoria dos precedentes vinculantes ao processo penal; compreender o encarceramento feminino sob a perspectiva da criminologia feminista.

Tal tema e objetivos foram selecionados diante da observação *in loco* da pesquisadora como defensora pública no Estado do Amazonas. Nesse contexto, tive contato com as

mulheres presas que atendia nas unidades prisionais quando atuava no interior do Estado, bem como quando atuei na força-tarefa “Defensoria Pública sem Fronteiras” no início de 2017 em Manaus fazendo parte do grupo de defensores públicos responsáveis pela análise dos processos das mulheres presas nas unidades prisionais femininas da capital. Por conta disso, percebi que o tema merece ser estudado em virtude das peculiaridades das mulheres no cárcere, inclusive do abandono que elas sofrem por parte de seus maridos, seus companheiros e seus familiares. Além disso, nesta atuação percebi que muitas presas eram gestantes ou mães de crianças e que o cárcere lhes infligia mais sofrimento do que às demais pela preocupação que elas tinham com os seus filhos.

Além do mais, no contexto atual brasileiro nota-se que a população carcerária feminina é significativamente menor do que a masculina no Brasil, sendo, pois, formada, em sua maioria, por mulheres negras, de baixa escolaridade e pobres. Esses fatores, dentre outros, demonstram que as mulheres privadas de liberdade são parcela vulnerável da população, de modo que cabe a Defensoria Pública assegurar seu direito fundamental à liberdade de locomoção. Em razão disso, a relevância social e acadêmica dessa pesquisa decorre da necessidade de compreensão do papel da Defensoria Pública na formação de precedentes penais relativos ao direito fundamental à liberdade de locomoção das mulheres.

Assim, o presente estudo pautou-se em pesquisa qualitativa, utilizando-se do método hipotético-dedutivo e das técnicas de pesquisa bibliográfica a partir de livros, artigos, teses e dissertações, bem como de pesquisa documental com a análise de jurisprudência, de leis e de relatórios elaborados por órgãos governamentais como Ministério da Justiça e Defensorias através de sua associação nacional.

A divisão do trabalho foi feita em quatro capítulos.

No primeiro capítulo, tratar-se-á da Defensoria Pública enquanto garantia institucional dos direitos fundamentais. Para tanto, serão estudados os direitos fundamentais de acesso à justiça e à assistência jurídica gratuita, os modelos de assistência jurídica gratuita existentes, identificando o modelo que foi adotado pelo Brasil. Ademais, será feita a distinção entre os conceitos de direitos fundamentais, garantias fundamentais e garantias institucionais, bem como uma análise do papel da Defensoria Pública na concretização do direito fundamental de acesso à justiça. Analisou-se, ainda, o enquadramento dado pela Constituição Federal de 1988 à Defensoria Pública, o alcance das suas atribuições, bem como se Defensoria Pública é passível de extinção ou de diminuição de suas atribuições, considerando o caráter que lhe foi atribuído pelo texto constitucional.

No segundo capítulo, foi feita a análise da aplicação da teoria dos precedentes judiciais ao processo penal. Neste sentido, o capítulo abordou sobre as tradições jurídicas ocidentais, a necessidade de observância dos precedentes judiciais no Brasil, os conceitos aplicados à teoria dos precedentes vinculantes, as possíveis críticas acerca da sua aplicação e, por fim, como se dá a utilização da teoria dos precedentes vinculantes no processo penal.

O terceiro capítulo discutiu a respeito do encarceramento feminino no Brasil. Desta forma, foram estudados aspectos do direito fundamental à liberdade de locomoção, o encarceramento feminino sob a perspectiva da criminologia feminista e as peculiaridades da situação da mulher privada de liberdade.

Por fim, no quarto capítulo, abordou-se sobre o papel da Defensoria Pública na formação de precedentes judiciais em favor das mulheres privadas de liberdade. Para tanto, foi feita a análise da atuação da Defensoria Pública no âmbito criminal em favor das mulheres privadas de liberdade e de como a Defensoria Pública contribui para a formação de precedentes penais referentes ao direito fundamental à liberdade de locomoção das mulheres.

2 A DEFENSORIA PÚBLICA COMO GARANTIA INSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O art.134 da Constituição Federal de 1988, previsto em seção específica sobre a Defensoria Pública, dispõe que a instituição não somente tem natureza permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, bem como se caracteriza por ser a expressão e o instrumento do regime democrático, tendo por missão, precipuamente, “[...] a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados [...]”.

O texto constitucional, ainda, prevê em seu art.5º, inciso LXXIV, que “[...] o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Desta forma, a assistência jurídica gratuita, a qual incube a Defensoria Pública prestar, é direito fundamental necessário para que o acesso à justiça, à garantia fundamental, seja alcançado de forma adequada. É essencial, portanto, o estudo acerca do acesso à justiça, do direito fundamental à assistência jurídica gratuita, bem como a análise da Defensoria Pública como garantia institucional dos direitos fundamentais, a fim de que se possa observar, mais adiante, qual é o papel que essa instituição possui na formação dos precedentes penais, no que diz respeito à liberdade de locomoção das mulheres encarceradas.

2.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ACESSO À JUSTIÇA E À ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA

Na atual conjuntura jurídica brasileira, pretende-se garantir e efetivar os direitos fundamentais, com a finalidade de estabelecer de forma plena o Estado Democrático de Direito. A disposição de um extenso rol de direitos no texto constitucional, entretanto, é inócua sem o acesso dos cidadãos à justiça ou com o seu desconhecimento acerca desse acesso à justiça (RUDOLFO, 2019, p.62). Nesse sentido, o direito fundamental de acesso à justiça consiste numa das mais significativas realizações do Estado Democrático de Direito, revelando-se pela inarredável prerrogativa de fomentar a atividade do Poder Judiciário para a tutela de um direito (CUNHA JÚNIOR, 2018, p.638).

O acesso à justiça é garantia fundamental prevista na Constituição Federal de 1988, a partir da não exclusão da apreciação de direitos pelo Poder Judiciário expressa pelo art.5º, inciso XXXV. Ressalte-se, todavia, que o acesso à justiça não se limita ao acesso ao Poder

Judiciário, devendo ser entendido como acesso à ordem jurídica justa, bem como acesso a outros direitos fundamentais (OLIVEIRA NETO, 2016, p.6-7). Segundo Mauro Cappelletti e Bryan Garth (2002, p.8), embora seja de difícil definição, a expressão “acesso à justiça” delimita duas finalidades essenciais do sistema jurídico, que são o acesso igualitário a todos e a produção de resultados individual e socialmente justos. Entretanto, o acesso à justiça, historicamente, era reservado às elites econômicas, políticas e religiosas e “[...] até o início do século XX não se vislumbrava uma saída para a efetivação de tão importante garantia”. (OLIVEIRA NETO, 2016, p.38).

Quanto ao conceito de acesso à justiça, Mauro Cappelletti e Bryan Garth (2002, p.9) afirmam que este significava basicamente o direito formal e individual de propor ou de contestar uma ação, salientando-se que somente tinham acesso à justiça aqueles que pudessem enfrentar os custos, não havendo preocupação do Estado quanto ao acesso à justiça por aqueles que não pudessem fazê-lo. Não havia, portanto, um acesso efetivo à justiça, mas apenas formal, considerando que esse acesso não era igualitário.

Posteriormente, o conceito se transformou, de modo que o direito ao acesso à justiça efetivo passou a ter sua importância reconhecida entre os direitos individuais e sociais, podendo ser definido como condição necessária para a existência de um sistema jurídico atual e igualitário que garanta efetivamente o direito de todos (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.11-12).

A evolução do conceito de acesso à justiça, contudo, não erradicou obstáculos ao alcance da sua efetividade. Dentre os obstáculos ao acesso à justiça, Mauro Cappelletti e Bryan Garth (2002, p.18) verificaram que os altos custos são um grande óbice. Os autores também identificaram que as “possibilidades das partes” tanto no que diz respeito aos seus recursos financeiros, quanto à sua “capacidade jurídica” pessoal relativa às diferenças observadas na educação, no meio e no *status* social dos indivíduos, também constituem barreiras ao acesso à justiça, na medida em que os impedem de reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.22-23).

Observa-se, portanto, que o acesso à justiça é dificultado em virtude do seu alto custo e pelos *óbices* encontrados pelas partes decorrentes da ausência de recursos financeiros para arcar com esses custos e de outros fatores como diferença na educação e no meio social em que convivem.

Diante disso, ao buscar soluções para os problemas que obstam o efetivo acesso à justiça, Mauro Cappelletti e Bryan Garth (2002.p.31) sistematizaram três ondas renovatórias. A primeira onda se refere à assistência judiciária para os mais pobres. A segunda onda, por

sua vez, diz respeito às reformas necessárias para a representação dos interesses difusos. Por fim, a terceira onda propõe um novo enfoque de acesso à justiça, levando em consideração os movimentos anteriores e enfatizando soluções extrajudiciais de conflitos.

Vale ressaltar que a sistematização dessas três ondas renovatórias resulta da identificação dos três grandes obstáculos ao acesso à justiça que são “[...] o problema das custas judiciais, o problema das possibilidades das partes e o problema específico dos direitos coletivos.” (GIUDICELLI, 2018, p.68).

No tocante à primeira onda renovatória, cujo enfoque é o acesso à justiça pelos mais pobres, Mauro Cappelletti e Bryan Garth (2002, p.31-32) observaram que os esforços iniciais indispensáveis para promover o acesso à justiça nos países ocidentais dedicaram-se, acertadamente, em propiciar serviços jurídicos aos necessitados, considerando que, na maioria das sociedades contemporâneas, a atuação de um advogado é necessária para o ajuizamento de ações. Em razão disso, os meios para oportunizar assistência jurídica àqueles que não dispõem de recursos financeiros são tão importantes.

Ocorre que as formas de assistência jurídica prestadas pela maior parte dos países se mostravam inadequadas, uma vez que muitos deles se baseavam em serviços fornecidos por advogados privados, sem qualquer contraprestação. Tal sistemática resultava na ineficiência na prestação do serviço, considerando que a tendência é de que advogados mais experientes e competentes se dediquem mais ao trabalho remunerado do que à prestação de serviço jurídico gratuito (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.32).

Por conseguinte, a primeira onda renovatória do acesso à justiça proporcionou o surgimento de modelos de assistência jurídica, dentre os quais o modelo adotado pelo Brasil, que será visto adiante.

Na Constituição Federal de 1988, a posição topográfica do direito de acesso à justiça no rol de direitos fundamentais no inciso XXXV do art.5º demonstra que esse direito possui aplicação direta e imediata como os demais direitos fundamentais, nos termos do §1º, art.5º, além de ser protegido contra reformas constitucionais por ser cláusula pétrea.

Pedro González (2019a, p. 113-114) afirma que, no campo da teoria das dimensões de direitos humanos e fundamentais, o acesso à justiça é normalmente enquadrado como um direito social, relacionado à segunda dimensão dos direitos humanos e fundamentais, em virtude de seu caráter instrumental, que assegura os demais direitos fundamentais. Diante da relevância do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, contudo, houve um significativo crescimento da dimensão política do processo judicial e do acesso à Justiça, devendo ser revista essa noção de que o acesso à justiça seria apenas um direito social. A

discussão quanto à classificação do direito de acesso à justiça reverbera na classificação do direito à assistência jurídica gratuita, que é seu corolário.

Alejandro M. Garro (2000, p.308) aduz que o direito fundamental do acesso à justiça pode ser enquadrado tanto como direito civil e político, quanto como direito social e econômico.

Quanto ao direito à assistência jurídica gratuita, que é corolário do acesso à justiça, Roger Smith (2007, p.261) esclarece que se trata de um direito “híbrido”, uma vez que estabelece uma obrigação positiva de financiamento ao Estado, que o assemelha a um direito social, embora seja também componente do direito civil e político a um julgamento justo.

Cleber Francisco Alves (2006, p.38), por sua vez, afirma que os direitos de acesso à justiça e à assistência jurídica gratuita são direitos essencialmente civis e não sociais, fazendo parte, portanto, da primeira dimensão de direitos fundamentais, por serem indispensáveis ao pleno exercício da liberdade e da igualdade jurídica.

Segundo Pedro González (2019a, p.146), o acesso à justiça e à assistência jurídica gratuita são direitos multifuncionais ou multidimensionais, inseridos em todas as dimensões de direitos humanos e fundamentais, demonstrando a relevância de ambos para a consolidação da cidadania, para a atuação no espaço público, para a observância da igualdade, para o pleno exercício da liberdade e para a inserção ao pacto social. Desta forma, os direitos de acesso à justiça e à assistência jurídica gratuita não devem ser enquadrados apenas na classificação de direitos sociais, não sendo, por conseguinte, suscetíveis à aplicação da cláusula da reserva do possível (GONZÁLEZ, 2019a, p.145).

Constata-se, então, que os direitos de acesso à justiça e à assistência jurídica gratuita, instrumentalizados pela Defensoria Pública para assegurar a efetividade dos demais direitos fundamentais dos vulneráveis, não se submetem à cláusula da reserva do possível por se caracterizarem como direitos multifuncionais ou multidimensionais. Diante disso, não é permitido ao Estado se valer da cláusula da reserva do possível para se eximir ou mitigar o seu dever de assegurar assistência jurídica integral e gratuita àqueles que dela necessitam através da Defensoria Pública.

A Defensoria Pública é fundamental para a concretização do direito fundamental de acesso à justiça e, por conseguinte, dos demais direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, dentre eles o direito fundamental à liberdade de locomoção das mulheres privadas de liberdade. Em razão disso, cabe ao Estado garantir a assistência jurídica integral e gratuita dos indivíduos e coletividades vulneráveis, a exemplo das mulheres encarceradas.

2.2 OS MODELOS DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA E A CONSOLIDAÇÃO DO *SALARIED STAFF MODEL* NO BRASIL

Os modelos de assistência jurídica existentes nos Estados contemporâneos são o *pro bono*, o *judicare*, o *salaried staff model*, o sistema híbrido e o modelo socialista.

O modelo *pro bono* consiste na assistência jurídica prestada através de advogados particulares, que atuam de forma completamente gratuita, sem qualquer contraprestação pecuniária do Estado. Esse modelo se subdivide em *pro bono* liberal, *pro bono* universitário e *pro bono* associativo (ESTEVES; SILVA, 2018, p.7).

O modelo *judicare* é um sistema no qual a assistência jurídica é prestada a todos que se enquadrem nos termos previstos em lei, por meio de advogados particulares custeados pelo Estado (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.35). Embora esse modelo rompa o obstáculo do custo, permanecem outros obstáculos ao efetivo acesso à justiça aos mais pobres, uma vez que atribui, aos pobres, a função de reconhecer a existência de suas demandas jurídicas e de buscar auxílio. Outrossim, ainda que identifiquem a existência de uma demanda jurídica, os hipossuficientes econômicos podem se intimidar em buscar o auxílio desses advogados particulares pagos pelo Estado só por terem que se deslocar para um escritório de advocacia para discutir sua situação com um profissional particular. Ressalte-se que essas barreiras decorrem do fato de que o *judicare* desconsidera a situação do pobre enquanto classe, tratando-o apenas sob a perspectiva individual (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.38).

O *salaried staff model* consiste em um sistema no qual os advogados compõem um quadro de profissionais especializados no fornecimento da assistência jurídica gratuita aos necessitados, auferindo como contraprestação pelos serviços prestados uma remuneração fixa. Esse modelo se subdivide em *salaried staff model* direto, *salaried staff model* indireto e *salaried staff model* universitário (ESTEVES; SILVA, 2018, p.10).

O *salaried staff model* direto se caracteriza pela instituição pelo poder público de órgãos estatais que tenham por finalidade a prestação direta da assistência jurídica, admitindo advogados que terão vínculo funcional com o ente público. A Defensoria Pública brasileira se enquadra na definição de *salaried staff model* direto (ESTEVES; SILVA, 2018, p.10). Quanto ao *salaried staff model* direito, uma das dificuldades da sua adoção diz respeito à possibilidade de ingerência estatal. Com a finalidade de evitar tal ingerência, a Defensoria Pública é instituição dotada de garantias previstas no texto constitucional, inclusive quanto à sua autonomia funcional, administrativa e financeira.

No *salaried staff model* indireto, a assistência jurídica gratuita é prestada por entidades não estatais, subsidiadas pelo Estado, ressaltando-se que os advogados contratados têm vínculo com essas entidades e não com o Estado (ESTEVEES; SILVA, 2018, p.10). No *salaried staff model* universitário, por sua vez, advogados vinculados às universidades públicas, que supervisionam o trabalho dos universitários que atuam em escritórios modelo, prestam o serviço de assistência jurídica gratuita (ESTEVEES; SILVA, 2018, p.10).

Há, ainda, o sistema híbrido, que não constitui um modelo propriamente distinto dos demais, mas decorre da combinação dos modelos *pro bono*, *judicare*, *salaried staff model* (ESTEVEES; SILVA, 2018, p.10-11).

Por fim, o modelo socialista, no qual a assistência jurídica gratuita é prestada por escritórios coletivos, formados por advogados custeados por valores irrisórios, pagos pelos clientes e estipulados através de tabelamento feito pelo Estado (ESTEVEES; SILVA, 2018, p.11).

Cumprido salientar que as barreiras ao acesso à justiça, como aquelas apontadas anteriormente, em especial as que culminaram na primeira onda renovatória, acarretam de forma direta a violação de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, tendo em vista que o próprio acesso à justiça é direito fundamental que possibilita que sejam assegurados outros direitos fundamentais (RUDOLFO, 2019, p.71).

O direito fundamental à assistência jurídica gratuita, intimamente relacionado ao de acesso à justiça, é instrumento para que os vulneráveis tenham outros direitos fundamentais assegurados e concretizados. Por outro lado, o direito fundamental à liberdade de locomoção das mulheres encarceradas, inclusive, é um desses direitos que é, frequentemente, assegurado e concretizado em razão do direito fundamental à assistência jurídica gratuita, em virtude da hipervulnerabilidade das mulheres privadas de liberdade.

Humberto Peña de Moraes e José Fontenelle T. da Silva (2019) esclarecem que, no Brasil, é exorbitante a quantidade de pessoas que necessitam da prestação jurisdicional indispensável ao refazimento do equilíbrio social abalado e que não podem arcar, ao menos, com o adimplemento das custas processuais, de modo que “[...] a grande maioria da população brasileira não possui condições suficientes para suportar os ônus do litígio, sem prejuízo do sustento próprio ou da família” (MORAES; SILVA, 2019, p. 148-149).

A assistência jurídica, fornecida por órgão estatal, provida de profissionais especializados, oferecendo aos que dela precisam a necessária segurança, em razão da determinação com que defendem e postulam seus direitos, tem ampliado os seus serviços e

alcançado incontestável e pertinente credibilidade no Brasil (MORAES; SILVA, 2019, p.149).

Com a finalidade de atender grande parcela da população que carece de recursos, o Brasil adotou o sistema *salaried staff model*, em sua modalidade direta, atribuindo a Defensoria Pública a prática da assistência jurídica integral e gratuita dos necessitados, como se depreende da leitura do art.134 da Constituição Federal e de outros dispositivos constitucionais.

Constata-se, então, que a assistência jurídica integral e gratuita prestada pela Defensoria Pública possibilita a concretização de diversos direitos fundamentais de pessoas e de grupos vulneráveis, inclusive do direito fundamental à liberdade de locomoção das mulheres privadas de liberdade, diante das múltiplas vulnerabilidades observadas nesse grupo e que serão melhor exploradas mais adiante.

2.3 A DISTINÇÃO ENTRE OS CONCEITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, GARANTIAS FUNDAMENTAIS E GARANTIAS INSTITUCIONAIS

Dieter Grimm (2006, p.77) leciona que “[...] los derechos fundamental es son un producto de las revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII y pertenecen al programa del moderno Estado Constitucional, del cual proceden”¹.

Ainda quanto ao histórico dos direitos fundamentais, o supracitado autor Grimm, (2006) aduz que:

De este modo los derechos fundamentales se remontarían lejos en la historia y el moderno constitucionalismo no haría sino introducirlos en un nuevo estadio de su desarrollo: su validez no comenzaría con éste, unicamente se ampliaría su alcance. Es cierto que los derechos fundamentales constituyen una forma histórica de protección jurídica de la libertad y como tales se sitúan en una larga tradición: sin embargo, no debe perderse de vista constituyen una forma específica de protección jurídica de la libertad que rompió con sus precursoras en aspectos esenciales y que es precisamente de esta ruptura de donde han extraído hasta hoy su persistente atracción.² (GRIMM, 2006, p.77-78).

¹ Tradução nossa: “Os direitos fundamentais são um produto das revoluções burguesas do final do século XVIII e pertencem ao programa do Estado Constitucional moderno, de onde provêm”.

² Tradução nossa: “Desse modo, os direitos fundamentais seriam longínquos na história e o constitucionalismo moderno apenas os introduziria em uma nova etapa de seu desenvolvimento: sua vigência não começaria por aí, apenas ampliaría seu alcance. É verdade que os direitos fundamentais constituem uma forma histórica de tutela jurídica da liberdade e, como tal, inserem-se numa longa tradição: no entanto, não se deve perder de vista, constituem uma forma específica de tutela jurídica da liberdade que rompeu com os seus precursores. em aspectos essenciais e que é justamente dessa ruptura de sonda que extraíram sua atração persistente até hoje.”

Segundo Paulo Bonavides (2003), os direitos fundamentais se manifestam na ordem institucional através de três gerações sucessivas, que decorrem de um processo cumulativo e qualitativo, “[...] o qual, segundo tudo faz prever, tem por bússola uma nova universalidade: a universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica daqueles direitos, contida no jusnaturalismo do século XVIII.” (BONAVIDES, 2003, p.563). Paulo Gustavo Gonet Branco (2009) adverte, todavia, que “[...] essa distinção entre gerações dos direitos fundamentais é estabelecida apenas com o propósito de situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica.” (BRANCO, 2009, p.268).

No tocante às características comuns aos direitos fundamentais, Luigi Ferrajoli (2009, p.32) afirma que “[...]la vida, la libertad personal o el derecho de voto son fundamentales no tanto porque corresponden a valores o intereses vitales, sino porque son universales e indisponibles.”. Constata-se, portanto, que os direitos fundamentais, dentre eles a liberdade individual que é gênero do qual a liberdade de locomoção é espécie, são direitos universais e indisponíveis. A análise do direito fundamental à liberdade de locomoção e das suas hipóteses de restrição será feita mais adiante.

Ao tratar da eficácia dos direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet (2018) distingue a eficácia jurídica da norma de sua eficácia social:

[...] podemos definir a eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo de que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação (SARLET, 2018, p.248).

Assim, observa-se que todos os direitos fundamentais têm eficácia jurídica, mas nem todos os direitos fundamentais possuem eficácia social, na medida em que sua eficácia social ou efetividade dependem de decisão pela efetiva aplicação da norma e do resultado concreto dessa aplicação. A atuação da Defensoria Pública, nesse caso, é essencial para que direitos fundamentais como o direito à liberdade de locomoção das mulheres privadas de liberdade, por exemplo, alcancem a sua eficácia social ou efetividade, como veremos mais adiante ao tratar do papel da instituição na formação dos precedentes penais que beneficiam as mulheres encarceradas.

Ao diferenciar garantias de direitos fundamentais, Paulo Bonavides (2003) aduz que “[...] a garantia – meio de defesa – se coloca então diante do direito, mas com este não deve se confundir.” (BONAVIDES, 2003, p.526). O referido autor aponta, ainda, a diferença entre garantia constitucional e garantia institucional, afirmando que as garantias constitucionais sofreram um alargamento, não se restringindo mais à salvaguarda dos direitos individuais (BONAVIDES, 2003, p.534). Além disso, ressalta que o *status* de garantia institucional consiste na guarida que a Constituição destina a algumas instituições, as quais considera de fundamental importância para a sociedade, bem como a determinados direitos fundamentais dotados de um elemento institucional que os qualifica (BONAVIDES, 2003, p.537).

J.J. Canotilho (1998, p.1044-1045) leciona que garantias institucionais são as normas destinadas à proteção de instituições públicas ou privadas, bem como que essas garantias institucionais, normalmente, estão vinculadas aos direitos fundamentais, com a finalidade de resguardar formas de vida e de organização social necessárias à própria garantia de direito dos cidadãos. Assim, as garantias institucionais protegidas no texto constitucional têm por escopo obstar a submissão dessas instituições à total discricionariedade dos órgãos estatais, protegendo-as e defendendo o indivíduo contra intervenções desmedidas ou coercitivas. Verifica-se, portanto, que as garantias institucionais colaboram para uma maior efetividade dos direitos fundamentais.

O Constituinte de 1988 consagrou garantias institucionais, a exemplo da garantia da propriedade, da instituição do Tribunal do Júri, dos partidos políticos e de sua autonomia, da garantia de um sistema de seguridade social, da família, da autonomia das universidades, entre outras. Instituições como o Ministério Público, por exemplo, previsto na Constituição Federal de 1988 como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, também constituem autênticas garantias institucionais fundamentais, estando resguardadas contra eventual extinção ou esvaziamento das suas garantias ou atribuições através do poder constituinte reformador (SARLET, 2018, p.188-189). Desta forma, instituições como o Ministério Público e, como veremos adiante, a própria Defensoria Pública, que consistem em garantias institucionais, precisam ter assegurada a sua autonomia enquanto instituições e a independência funcional dos seus membros.

Ao se referir à teoria de garantias institucionais de Carl Schmitt, Márcio Iorio Aranha (1999, p.209) aduz que essa teoria teve por finalidade explicar as modificações pontuais de suas evidências positivas através do afastamento do direito fundamental enquanto tal e as garantias a ele conexas e complementares, ocasionando a consolidação dessas imagens de detalhamento dos direitos fundamentais e reforçando sua condição de garantia por

salvaguardarem não a si mesmas, mas à existência do seu objeto, que é a instituição a qual se referem.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p.187), formulações de juristas da época de Weimar acerca das garantias institucionais, dentre eles, Carl Schmitt, tem como ponto comum o reconhecimento da imprescindibilidade de proteger o núcleo essencial de certas instituições jurídicas, públicas ou privadas, da atividade erosiva do legislador, bem como de uma eventual extinção por parte deste e dos demais poderes públicos, demonstrando que o papel fundamental das garantias institucionais é de resguardar a permanência da instituição no que diz respeito às suas características essenciais, ou seja, naquilo que constitui a sua identidade.

Márcio Iorio Aranha (1999, p.188) esclarece que, ordenando e sendo ordenadas, as garantias institucionais possibilitam a definição dos núcleos essenciais dos direitos fundamentais a partir de uma noção objetiva de delimitação de tais direitos, uma vez que a instituição determina um vínculo próprio, que atua como centro atrativo, revelando uma concepção orientadora relacionada às decisões. As garantias institucionais seriam, portanto, um laço social inerente ao âmbito jurídico, vinculando seus membros, interligando os direitos.

Vale ressaltar que a inserção e a definição das garantias institucionais no texto constitucional vinculam o legislador, uma vez que revelam instituições que não são carentes de conteúdo, razão pela qual é exigido o comprometimento do legislador em virtude da objetividade de tais garantias (ARANHA, 1999, p.189). Nesta senda, Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 190-191) afirma que o papel fundamental das garantias institucionais é de fortalecer a preservação de certas instituições contra os atos erosivos do legislador, o que salienta sua perspectiva ao menos predominantemente defensiva, ou seja, dirigida a impedir as interferências dos poderes públicos.

Observa-se, então, que as garantias institucionais têm por finalidade obstar as ingerências dos poderes públicos, dentre os quais o próprio poder constituinte reformador, que objetivem suprimir ou esvaziar garantias e atribuições de determinadas instituições.

Desta forma, embora gozem de proteção constitucional similar, os conceitos de direitos fundamentais, garantias fundamentais e garantias institucionais são distintos. Direitos fundamentais são direitos universais e indisponíveis, garantias fundamentais são instrumentos que tem por finalidade assegurar esses direitos e garantias institucionais correspondem à proteção conferida pela Constituição Federal a determinadas instituições e a determinados direitos fundamentais, a fim de inibir interferências dos poderes públicos, inclusive do próprio poder constituinte reformador, que tencionem suprimir ou esvaziar suas garantias e atribuições.

Neste sentido, é importante reconhecer o *status* de garantia institucional da Defensoria Pública, que a resguarda de quaisquer ingerências dos poderes públicos, a fim de assegurar, de modo apropriado, a assistência jurídica gratuita e integral de pessoas e coletividades vulneráveis, a exemplo das mulheres privadas de liberdade.

2.4 A DEFENSORIA PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Os indivíduos, em condição de vulnerabilidade, sofrem as maiores e mais gravosas violações de direitos fundamentais, contrariando as expectativas que decorrem do amplo e aprimorado arcabouço normativo existente, razão pela qual demandam uma atenção diferenciada do Estado. Essa atenção diferenciada interessa não somente aos vulneráveis, mas também ao Estado Democrático de Direito, na busca do ideal de uma sociedade livre, justa e solidária (ROCHA, 2013, p.1-2).

No contexto do cárcere feminino, que será estudado de modo mais detalhado adiante, observa-se que as maiores e mais gravosas violações de direitos fundamentais ocorrem constantemente, com prisões ilegais e desnecessárias, com negativas sistemáticas e discricionárias da substituição das prisões preventivas por prisões domiciliares de mulheres que se enquadram no disposto nos arts.318 e 318-A do Código de Processo Penal e com descumprimento das demais disposições infraconstitucionais e constitucionais que têm por finalidade atender às especificidades da situação da mulher presa.

Amélia Soares da Rocha (2013, p.4) aponta que a solução para a insegurança pública, da qual muitos reclamam, perpassa pela redução da distância entre norma e realidade, o que exige um maior interesse na Justiça dos mais pobres, que terá reflexos na dos mais ricos. Ocorre que essa “Justiça” não será atingida sem um entendimento da realidade concreta, cuja extensão real é, geralmente, ignorada pelas instâncias decisórias nos âmbitos judicial e administrativo, de modo que se torna indispensável a sua mais efetiva interpretação.

Segundo Amélia Soares da Rocha (2013, p.5), a defesa dos vulneráveis não se faz com uma ação individual, simplista e fora de contexto, uma vez que agressões são perpetradas de forma sistemática e coletiva, alcançando em demasia os necessitados, que já sofrem com outras tantas desigualdades. Diante disso, além de reconhecer direitos fundamentais, a Constituição Federal de 1988 se preocupou com a organização do Estado através de instrumentos institucionais imprescindíveis, que são os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e as Funções Essenciais à Justiça, que englobam o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Advocacia Pública e a Advocacia.

Neste sentido, a Constituição Federal de 1988 conferiu ao Estado o dever de prestar assistência jurídica integral e gratuita a todas as pessoas que comprovem insuficiência de recursos, nos termos do art.5º, inciso LXXIV. Tal dever constitui direito fundamental e sua efetividade somente foi possível com a criação das Defensorias Públicas.

Como visto anteriormente, a Defensoria Pública tem *status* de garantia institucional a fim de assegurar e concretizar, adequadamente, os direitos fundamentais dos vulneráveis, inclusive o direito fundamental à liberdade de locomoção das mulheres privadas de liberdade, através da prestação dessa assistência jurídica integral e gratuita.

A Defensoria Pública, segundo o art.134, *caput*, da Constituição Federal, é:

[...] instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art.5º desta Constituição Federal.

Diogo Esteves e Franklin Roger Alves Silva (2018, p.60) lecionam que a Constituição Federal de 1988, a partir de sua promulgação, disciplinou expressamente qual seria a instituição encarregada da orientação jurídica e da defesa dos necessitados, aderindo ao *salariated staff model*, como mencionado anteriormente, e apontando a Defensoria Pública como “instituição essencial à função jurisdicional do Estado”.

Observa-se que a Defensoria Pública é a instituição destinada à concretização do direito fundamental de acesso à justiça, instrumentalizando esse direito, de modo a assegurar a efetividade dos demais direitos fundamentais dos indivíduos e grupos vulneráveis, dentre eles o direito fundamental à liberdade de locomoção das mulheres.

Gustavo Corgosinho (2014, p.82-83) afirma que a Defensoria Pública, dado o reconhecimento no âmbito constitucional da relevância da defesa dos direitos das pessoas vulneráveis, tem sido denominada de procuratura constitucional, ao lado do Ministério Público e da Advocacia Geral. O citado autor, contudo, classifica a Defensoria Pública como instituição Constitucional Autônoma que integra a tríade do Sistema de Justiça.

A Constituição Federal de 1988 consagrou o dever do Estado de prestar assistência jurídica integral e gratuita em seu art.5º, inciso LXXIV. Para tanto, o *caput* do art.134 da Constituição Federal imputou a Defensoria Pública o caráter de instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, que se expressa e atua como instrumento do regime democrático, a qual cabe, primordialmente, a orientação jurídica, a promoção dos

direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de modo integral e gratuito, aos necessitados.

A consagração do dever do Estado de prestação do serviço de assistência jurídica gratuita e a criação da Defensoria Pública pelo Constituinte de 1988 são grandes avanços, uma vez que Constituições anteriores³ apenas disciplinavam o dever de prestação da assistência judiciária, menos abrangente do que o de assistência jurídica, de forma tímida e sem que houvesse a instituição de um órgão estatal destinado especificamente a essa finalidade.

Vale ressaltar que antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, as Constituições anteriores, a partir da Constituição Federal de 1934, somente tratavam da assistência judiciária, sem criar um órgão específico para a prestação desses serviços. (MORAES; SILVA, 2019, p.90).

Em razão disso, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, cada estado da federação estabelecia, a seu critério, de que forma proporcionaria assistência judiciária aos necessitados. A autonomia dos estados para o estabelecimento do seu próprio serviço de assistência judiciária, portanto, derivava, precipuamente, da inexistência de uma legislação no âmbito federal determinando para todo o país de que modo e através de que instituição o acesso à justiça dos necessitados deveria ser concretizado (MOREIRA, 2019, p.9).

Observe-se que os conceitos de gratuidade da justiça, de assistência judiciária e de assistência jurídica são distintos. Pontes de Miranda (1967) leciona que gratuidade da justiça “[...]é o direito à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual perante o juiz que promete a prestação jurisdicional” (MIRANDA, 1967, p.641). Quanto ao conceito de assistência judiciária, o autor aduz que esta diz respeito à “[...] organização estatal ou paraestatal, que tem por fim, ao lado da dispensa provisória de despesas, a indicação de advogados” (MIRANDA, 1967, p.641).

No tocante ao conceito de assistência jurídica, Marília Gonçalves Pimenta (2004, p.103) afirma que este compreende a assistência judiciária, bem como outras atividades jurídicas como a orientação e o auxílio à comunidade. Por outro lado, Tiago Fensterseifer (2017, p.64) salienta que a distinção entre os conceitos de assistência judiciária e de

³A assistência judiciária aos necessitados somente passou a ser tratada nos textos constitucionais no Brasil a partir da Constituição de 1934. O art. 32 da Constituição de 1934 dispunha que “a União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos”. A Constituição de 1937, por sua vez, não tratava da assistência judiciária. A Constituição de 1946 voltou a tratar da assistência judiciária em seu art.141, §35, ao dispor que “o Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados”. Por fim, o art.150, §32, da Constituição de 1967 dispunha que “será concedida assistência Judiciária aos necessitados, na forma da lei”.

assistência jurídica decorre da evolução e do fortalecimento do regime jurídico institucional da Defensoria Pública desde a promulgação do texto original da Constituição Federal de 1988, passando pela aprovação das Emendas Constitucionais nº45/2004,74/2013 e 80/2014 e pelas por alterações legislativas como aquelas resultantes da Lei nº11.448/2007, que incluiu a Defensoria Pública no rol de legitimados da ação civil pública, da Lei Complementar nº132/2009, que alterou o regime jurídico institucional previsto na Lei Complementar nº80/94, e pelo Novo Código de Processo Civil. Segundo o autor, é possível afirmar que a assistência judiciária está inserida na assistência jurídica, que seria, como dito antes, um conceito mais abrangente, pois associa toda forma de atuação extrajudicial da Defensoria Pública, concernente à tutela e à promoção de direitos individuais e coletivos.

Assim, a ampliação das atribuições da Defensoria Pública para além do mero patrocínio de ações judiciais demonstra a inequívoca escolha do texto constitucional por um modelo de assistência jurídica mais eficiente do que o sistema *judicare*, tendo a Defensoria Pública a missão não apenas de proporcionar o acesso formal dos vulneráveis ao Poder Judiciário, mas também de instrumentalizar o autêntico exercício da cidadania pela imensa quantidade de pessoas marginalizadas no Brasil (GIUDICELLI, 2018, p.77).

Ao reconhecer o espírito que norteou a criação da Defensoria Pública na Constituição Federal de 1988, Tiago Fensterseifer (2017, p.2-3) afirma que, além da necessária existência de um Poder Judiciário competente, imparcial e independente, o acesso à justiça se faz com a garantia às pessoas, no âmbito individual e coletivo, principalmente àquelas que dispõem de poucos recursos financeiros ou que por outros motivos estejam em situação de vulnerabilidade, de providências organizacionais ou procedimentais hábeis a fazer com que as violações aos seus direitos cheguem ao Sistema de Justiça. O autor aduz que é fundamental assegurar assistência jurídica gratuita a tais pessoas, colocando à sua disposição um serviço público fornecido pelo Estado através de agentes públicos aptos a defender e a promover os seus direitos em diversas áreas jurídicas.

As mulheres privadas de liberdade, como veremos mais adiante, constituem parcela vulnerável da população que necessita da assistência jurídica integral e gratuita fornecida pelo Estado através da Defensoria Pública para ter assegurado e concretizado o seu direito fundamental à liberdade de locomoção, dentre outros direitos fundamentais.

Gustavo Barbosa Giudicelli (2018, p.76) aponta que a consagração da Defensoria Pública no âmbito constitucional, especialmente após as Emendas Constitucionais nº45/04 e 80/14, alçou a instituição ao mesmo nível do Ministério Público e da Magistratura, diante de três relevantes alterações promovidas pelo constituinte reformador, que consistem na

separação da Defensoria Pública da advocacia em seção apropriada, no reconhecimento da sua condição de instituição permanente, com novas funções enquanto expressão e instrumento do regime democrático, e a atribuição de novas garantias, como a autonomia funcional, administrativa e financeira.

Cumpra salientar que não há hierarquia entre as funções desempenhadas pela Magistratura, tampouco entre as advocacias públicas e privadas e a Defensoria Pública. São atividades diversas, com regimes jurídicos diversos, que não se confundem nem estão vinculadas. Desta forma, as modificações do texto constitucional trazidas pelas citadas emendas constitucionais apenas reconheceram as peculiaridades da Defensoria Pública, consolidando a sua autonomia e sua independência em relação a outras instituições (GIUDICELLI, 2018, p.76-77).

A autonomia integral da Defensoria Pública enquanto instituição, conferida após a promulgação das Emendas Constitucionais nº45/2004 e 80/2014, que deram origem aos §§2º e 3º do art.134 da Constituição Federal de 1988, engloba a sua autonomia funcional, administrativa e financeira e é necessária para que a instituição possa exercer o seu *mister* de forma independente e sem o temor de ingerências externas. A independência funcional dos seus membros prevista no §4º do citado dispositivo constitucional é de grande importância pela mesma razão.

No tocante à organização da Defensoria Pública, vale ressaltar que a instituição não é parte do Poder Executivo e não possui vinculação com qualquer dos Poderes constituídos, podendo, “[...] inclusive, atuar em desfavor do Poder Público, sendo, nesta medida, compreendida a autonomia administrativa e financeira como preceito fundamental da CF/88.” (ROCHA; JEREISSATI, 2020, p.757).

A autonomia constitui garantia necessária para que se proporcione, de forma adequada, a assistência jurídica em favor dos vulneráveis, permitindo que se possa pleitear a devida proteção dos direitos dos quais são titulares (ROCHA; JEREISSATI, 2020, p.757).

Nestor Eduardo Araruna Santiago e Maurílio Casas Maia (2019) esclarecem que “[...] a presença do Estado Defensor, via defensor público, é preceito fundamental da República Federativa do Brasil e a autonomia da Defensoria passa a se qualificar enquanto preceito fundamental, garantia, norma estruturante e de organização estatal [...]” (SANTIAGO; MAIA, 2019, p.195).

A atribuição de um desenho institucional à Defensoria Pública adquire relevantes proporções para um padrão de observância obrigatória pelo Estado. O desenho constitucional estabelece um verdadeiro padrão organizacional, uma vez que, ao estabelecer a Defensoria

Pública como instituição, a Constituição Federal de 1988 determina que a prestação da assistência jurídica gratuita seja assumida de fato pelo Estado. Assim, o Estado não pode se eximir de prevê-la, organizá-la e mantê-la de forma compatível com a importância das suas atribuições (SUXBERGER; AMARAL, 2016, p.115).

Antonio Henrique Graciano Suxberger e Alberto Carvalho Amaral (2016, p.115) apontam que o modelo organizacional estabelecido pela Constituição Federal de 1988 em que consiste a Defensoria Pública consagrou autêntica garantia institucional de promoção dos direitos humanos e efetivação do princípio da igualdade perante a lei.

Gustavo Barbosa Giudicelli (2013, p.9) afirma que a identificação da jusfundamentalidade da Defensoria Pública tem origem direta no direito fundamental de acesso à justiça, embasando e assegurando este em virtude da sua missão institucional de conferir-lhe o máximo de efetividade, atendendo ao princípio hermenêutico da máxima efetividade dos direitos fundamentais, tal como aos princípios e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, expressos no texto constitucional.

A fundamentalidade formal da instituição deriva da feição de essencialidade que foi imputada à Defensoria Pública expressamente pela Constituição Federal de 1988, tendo em vista que os direitos fundamentais não estão previstos somente no Título II da Carta Magna e podem ser encontrados ao longo de todo texto constitucional, desde que possam ser a eles equiparados em virtude do seu significado e conteúdo (GIUDICELLI, 2018, p.11). Observe-se, nesse aspecto, que a Defensoria Pública está intimamente relacionada a diversos direitos fundamentais previstos expressamente no art.5º da Constituição Federal de 1988, dentre eles os já mencionados direitos de acesso à justiça e à assistência jurídica gratuita, instrumentalizando a garantia desses direitos e dos demais direitos fundamentais. Segundo Gustavo Barbosa Giudicelli (2018, p.12), isso demonstra a fundamentalidade material da instituição, na medida em que esta, por sua natureza e relevância, se associa a diversos outros direitos fundamentais, compondo o sistema de direitos fundamentais estabelecido constitucionalmente.

Neste sentido, segundo Antonio Henrique Graciano Suxberger e Alberto Carvalho Amaral (2016), afirma que

[...] há quem sustente o papel da Defensoria Pública como metagarantia, de viés constitucional-processual, na medida em que ela é a garantia das garantias, ou o instrumento que propicia a plena efetivação dos direitos proclamados nos diversos textos vigentes (SUXBERGER; AMARAL, 2016, p.121).

Verifica-se, então, que a Defensoria Pública constitui verdadeira garantia institucional dos direitos fundamentais, em virtude do padrão organizacional estabelecido pela Constituição Federal segundo o qual a instituição compõe a tríade do Sistema de Justiça, configurando a vertente do Estado-Defensor, bem como da sua jusfundamentalidade.

Por conta disso, o reconhecimento do *status* de garantia institucional da Defensoria Pública é essencial, uma vez que esse *status* garante a concretização do direito fundamental de acesso à justiça, na medida em que a missão institucional da Defensoria é dar-lhe o máximo de efetividade. No entanto, a consequência da concretização do direito fundamental de acesso à justiça pela Defensoria Pública é a possibilidade de efetivação dos demais direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Isto porque, como observado por Boaventura de Sousa Santos (2013, p.205), o direito de acesso à justiça consiste em um direito charneira, tendo em vista que a sua negativa ocasionaria a de todos os demais.

Ressalte-se, ainda, que a atribuição do caráter permanente denota tratamento semelhante ao que foi dado pela Constituição Federal de 1988 ao Ministério Público, indicando sua natureza essencial e de garantia fundamental institucional, resguardada de qualquer esforço de extinção, por ser cláusula pétrea (GIUDICELLI, 2018, p.77). Gustavo Barbosa Giudicelli (2018, p.81) afirma que tais inovações presentes no texto constitucional consolidaram a natureza de instrumento constitucional para a garantia e realização dos direitos fundamentais.

Outrossim, a prerrogativa dada à Defensoria Pública de expressão e instrumento do regime democrático, inserida no texto constitucional pela Emenda Constitucional nº80/2014, corrobora a essencialidade da instituição, na medida em que confirma a sua relevante função no desenvolvimento do Estado Democrático de Direito e identifica seu caráter instrumental como mais uma das instituições republicanas destinadas à promoção do regime democrático, cuja incumbência é dar voz aos historicamente excluídos dos mais básicos direitos humanos (GIUDICELLI, 2018, p.77).

Como já mencionado, garantia institucional é a salvaguarda que a Constituição concede a algumas instituições, cuja relevância admite como indispensável para a sociedade, bem como a determinados direitos fundamentais dotados de um elemento institucional que os define (BONAVIDES, 2003, p.537). Observa-se, portanto, que a Constituição Federal de 1988, especialmente a partir das alterações promovidas pelas Emendas Constitucionais nº45/2004 e 80/2014, além de consagrar o modelo de assistência jurídica adotado pelo Brasil através da Defensoria Pública, estabeleceu sua condição de garantia institucional dos direitos fundamentais, considerando que a instituição instrumentaliza os direitos de acesso à justiça e

à assistência jurídica gratuita para garantir a efetividade dos demais direitos fundamentais dos vulneráveis.

Cumpra salientar, inclusive, que, em virtude das intensas reformas e transformações sofridas desde a sua constitucionalização operada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a Defensoria Pública, como expressão e instrumento do regime democrático, teve seu âmbito de atuação alargado para promover os direitos humanos e a defesa das pessoas e grupos vulneráveis (GONZÁLEZ, 2019b, p.264).

Além disso, ressalta-se que a Defensoria Pública surgiu para atuar como instituição destinada a proporcionar acesso à justiça através da defesa pública de direitos. Ocorre que se faz necessária uma releitura das atribuições da Defensoria Pública, a fim de se ultrapassar a antiga divisão entre funções típicas e atípicas, que consideram apenas a hipossuficiência econômica do destinatário da tutela de direitos pela instituição. Nestor Eduardo Araruna Santiago e Maurílio Casas Maia (2019, p.195-196) essa releitura deve ser feita em conformidade com as ondas renovatórias de acesso à justiça e terá reflexos no modo de atuação processual do defensor público.

Pedro González (2019b, p.268-269) esclarece que, em conformidade com os princípios da máxima efetividade e da força normativa da Constituição, deve ser assegurado o acesso à justiça para a maior quantidade possível de pessoas que se enquadrem no conceito amplo de necessitados, de modo que o necessitado não pode mais ser assimilado tão somente como o economicamente vulnerável. Deve-se entender por necessitado todo aquele que não tenha acesso aos meios necessários para a defesa dos seus direitos em razão da sua situação de vulnerabilidade, que pode ter origem econômica, mas também pode ter origem cultural, étnica, social, de gênero, deficiência, estado físico ou mental, idade, privação de liberdade ou qualquer outra origem.

A Defensoria Pública, tradicionalmente, é identificada pela sua função típica de representação processual dos necessitados, ou seja, daquelas pessoas que não possuem recursos financeiros para constituir um advogado. Mais recentemente, houve o reconhecimento de outras atribuições, não necessariamente conectadas apenas à vulnerabilidade econômica, a exemplo da legitimidade extraordinária, coletiva e institucional da Defensoria Pública.

A legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações civis públicas foi reconhecida de forma expressa com a alteração promovida na redação do art.5^a da Lei n°7.347/85, conhecida como Lei de Ação Civil Pública, pela Lei n°11.448/2007, que passou a incluir a Defensoria Pública dentre o rol de legitimados. A legitimidade institucional,

extraordinária e coletiva se consolidou no plano constitucional com a promulgação da Emenda Constitucional nº80/2014, passando a ter efeitos tanto na esfera cível quanto na esfera criminal.

Essa legitimidade passou a ser notada com mais clareza no âmbito penal a partir das alterações promovidas pela Lei nº12.313/2010 na Lei nº7.210/84, denominada Lei de Execução Penal, que trouxe previsões expressas acerca da assistência jurídica ao preso dentro do presídio e atribuiu competências à Defensoria Pública. Com as alterações promovidas, a Defensoria Pública passou a fazer parte do rol de órgãos de execução penal previsto no art.61 e lhe foi atribuído o papel de velar “[...] pela regular execução da pena e da medida de segurança, oficiando, no processo executivo e nos incidentes da execução, para a defesa dos necessitados em todos os graus e instâncias, de forma individual e coletiva” pelo art.81-A da Lei de Execução Penal.

A atuação da Defensoria Pública no âmbito criminal e o seu papel na formação dos precedentes penais referentes ao encarceramento feminino, objeto desse trabalho, será analisada de forma mais detalhada adiante. Impende ressaltar que a atuação da Defensoria Pública como órgão de execução penal é direcionada tanto aos presos provisórios quanto aos presos definitivos, de sorte que há legitimidade institucional da Defensoria Pública para atuar em favor das pessoas privadas de liberdade em todos os graus e instâncias, de forma individual ou coletiva.

Ressalte-se que o alargamento do objeto da assistência jurídica gratuita tem fundamento também no âmbito dos direitos humanos, uma vez que, no plano internacional, as Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade reconheceram diversas situações que constituem obstáculos a certas pessoas ou grupos para o acesso ao sistema de Justiça e estabeleceram o direito à assistência jurídica de qualidade e gratuita às pessoas em condição de vulnerabilidade.

Desta forma, o campo de atuação da Defensoria Pública não se restringe à assistência jurídica gratuita dos necessitados financeiramente, na medida em que seu objeto foi alargado para que se possa promover os direitos humanos e a defesa de indivíduos e grupos vulneráveis. Assim, deve-se adotar um conceito amplo de necessitados, de modo a considerar como necessitado toda pessoa que não tiver acesso aos instrumentos necessários para a defesa dos seus direitos diante da sua situação de vulnerabilidade, que pode ter aspectos econômicos, mas também pode decorrer de aspectos culturais, étnicos, sociais, de gênero, por deficiência, estado físico ou mental, idade, privação de liberdade ou de qualquer outro aspecto.

O direito à assistência jurídica de qualidade e gratuita aos vulneráveis é viabilizado pela Defensoria Pública que, segundo Boaventura de Sousa Santos (2014, p.50-51), possui diversas vantagens potenciais que são a universalização do acesso através do serviço prestado por profissionais qualificados e recrutados para esse fim; a assistência jurídica especializada para a tutela de direitos difusos e coletivos; a diversidade do atendimento e orientação jurídica para além da resolução dos conflitos pela via judicial, mediante conciliação e resolução extrajudicial dos litígios, e, por fim, a educação para os direitos. Essas especificidades permitem que a Defensoria Pública seja a instituição do sistema de justiça com melhores condições de colaborar para revelar a demanda judicial suprimida.

Neste sentido, Boaventura de Sousa Santos (2014, p.51) aponta que os defensores públicos devem empregar no seu trabalho a sociologia das ausências, consolidando e garantindo os direitos dos cidadãos vulneráveis, cuja busca por justiça e a compreensão dos direitos têm sido esquecidas e, continuamente, representadas como inexistentes.

Verifica-se, portanto, que a atuação da Defensoria Pública permite ao indivíduo, até então desprovido de meios para a tutela de seus direitos, a igualdade substancial que lhe era negada e a paridade de armas, com a finalidade de reduzir ou extinguir as repercussões funestas decorrentes da violação de direitos (AMORIM, 2017, p.107). Segundo Gustavo Corgosinho (2014, p.93-94), a importância do objeto institucional da Defensoria Pública equivale ao autêntico direito a ter direitos, não havendo, no âmbito constitucional, a previsão de qualquer outra instituição pública incumbida da missão de garantir a orientação jurídica e a defesa dos vulneráveis. É importante mencionar que a Defensoria Pública compõe o tripé do Sistema de Justiça, do qual também fazem parte a Magistratura e o Ministério Público, todavia ainda há um grande déficit de defensores públicos nas unidades jurisdicionais no Brasil em comparação com o número de magistrados e membros do Ministério Público.

Em 2013, a Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos – ANADEP, em parceria com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, publicou uma pesquisa denominada Mapa da Defensoria Pública no Brasil, com a finalidade de identificar onde a Defensoria Pública está presente, conhecer o perfil socioeconômico dos assistidos, bem como a localização da população atendida e não atendida. Antes dessa pesquisa, nos anos de 2004, 2006 e 2009, foram produzidos pelo Ministério da Justiça, em parceria com Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, sob a consultoria de Maria Tereza Sadek, três estudos diagnósticos sobre a Defensoria Pública no Brasil. Vale ressaltar que a inovação do Mapa da Defensoria Pública no Brasil, comparando-se aos estudos diagnósticos anteriormente feitos pelo Ministério da Justiça, decorreu do recorte feito, de forma específica

quanto à atuação territorial da Defensoria Pública, que possibilitou um melhor entendimento da realidade das comarcas atendidas ou não pela instituição, indicando em que locais existem defensores públicos, quais as suas áreas de atuação, se a quantidade de defensores em cada comarca é suficiente para o atendimento da população vulnerável, bem como qual é a situação real por trás da realização das atuações itinerantes, se essa atuação visa racionalizar o atendimento ou se é necessária em razão da pequena quantidade de defensores.

Outro ponto importante do Mapa da Defensoria Pública no Brasil é a comparação feita entre o número de defensores e outros profissionais do sistema de justiça (BRASIL, 2013, p.9-10). O estudo feito pelo Mapa da Defensoria Pública no Brasil entrelaça dados sobre Defensoria e defensores com elementos socioeconômicos e parâmetros selecionados, a fim de conceituar as análises disponíveis acerca da organização das Defensorias e colaborar com três propósitos estratégicos para a instituição e para a esfera do acesso à justiça no país: estimar a existência e o lugar desses elementos no espaço; formular um juízo quanto a otimização dessa existência; projetar a ampliação e a estruturação dos serviços das Defensorias. (BRASIL, 2013, p.19).

As informações analisadas pelo Mapa da Defensoria Pública no Brasil foram disponibilizadas pelas Associações Estaduais de Defensores Públicos e Defensorias Públicas Gerais e se referem ao período de setembro de 2012 a fevereiro de 2013. Esses dados retratam a disposição espacial dos cargos criados e providos nas comarcas, bem como a disposição espacial dos defensores nas comarcas ao identificar suas atribuições temáticas. Ressalte-se que foram consideradas comarcas com Defensoria Pública instalada aquelas que contavam com ao menos um defensor público lotado e que foram consideradas como atendidas por itinerância aquelas comarcas que contavam com atendimento por acumulação de defensores lotados em outras comarcas (BRASIL, 2013, p.21). No tocante ao público atendido pela Defensoria, foi considerada a população com dez anos ou mais e remuneração mensal de até três salários-mínimos, sendo que esse dado também foi usado para calcular o *déficit* estimado de defensores públicos nos estados (BRASIL, 2013, p.22).

Na ocasião em que foi elaborado o Mapa da Defensoria Pública no Brasil, constatou-se que, embora tivesse sido criada em todo país, a Defensoria Pública ainda não havia sido instalada em quatro estados: Paraná, Santa Catarina, Goiás e Amapá. Outrossim, quando elaborado o estudo, desses quatro estados, apenas Paraná, Santa Catarina e Goiás haviam aberto concursos para cargos de defensor público e de servidor, que, todavia, não haviam sido concluídos (BRASIL, 2013, p.30).

Verificou-se, ainda, grande assimetria quanto à quantidade de cargos, tendo em vista que, embora houvesse um total de 8.489 cargos de defensor público criados, somente 5.054 estavam providos, representando um percentual de 59,5%. O estudo revelou que os estados com os menores índices de provimento no país eram o Piauí, com 18,8%, e o Amazonas, com 27,6%. Ademais, notou-se que Espírito Santo e Pernambuco eram estados com elevada taxa de evasão por exoneração a pedido por questões remuneratórias (BRASIL, 2013, p.31-32).

Com base nas informações coletadas naquele período, observou-se que a Defensoria Pública apenas estava presente em 28% das comarcas brasileiras, de modo que 1.926 comarcas não contavam com o atendimento da instituição. Verificou-se que Distrito Federal, Roraima e Acre eram as únicas unidades da federação nas quais a Defensoria Pública estava presente em todas as comarcas existentes, seguidas pelo Tocantins e Rio de Janeiro, com 95,2% e 92,6% de preenchimento das comarcas, respectivamente. Ressalte-se que, embora o Amapá tenha informado que o serviço era prestado em todas as comarcas, na ocasião ainda não existiam defensores públicos de carreira. Outrossim, deve-se ressaltar a situação do Acre, considerando que havia defensores públicos lotados em mais de uma comarca (BRASIL,2013,p.33).

Além da situação dos estados em que a Defensoria Pública havia sido criada, mas ainda não estava instalada na ocasião em que foi feito o estudo, destaca-se a gravidade da situação daqueles estados com grande número de comarcas não atendidas no período estudado como: Amazonas, com 3,3% das comarcas atendidas; Bahia, com 8,6% das comarcas atendidas; Pernambuco, com 9,9% das comarcas atendidas; Rio Grande do Norte, com 10,8% das comarcas atendidas; Maranhão, com 12,1% das comarcas atendidas; e São Paulo, com 15,1% das comarcas atendidas. Cumpre salientar que muitos defensores públicos atendiam a outras comarcas, além da sua lotação, por itinerância ou em extensão, de modo que um defensor lotado em uma comarca com sede da Defensoria Pública atuava periodicamente em outra(s) comarca(s) (BRASIL, 2013,p.34).

Diante dos dados apresentados, observou-se que a Defensoria Pública somente prestava atendimento em mais de 90% das comarcas em cinco estados, que são Acre, Roraima, Distrito Federal, Tocantins e Rio de Janeiro, em oposição à média nacional que é de somente 28% das comarcas, levando-se em conta os estados que possuíam Defensorias Públicas criadas, mas não instaladas. Observe-se, contudo, que a falta de defensores públicos é sentida, precipuamente, nas comarcas com menos de 100 mil habitantes. Noutra ponta, verificou-se que 79,2% das comarcas com mais de 100 mil pessoas que percebem renda mensal de até três salários-mínimos possuem alguma forma de atendimento da instituição

(BRASIL, 2013,p.35). Esses dados colhidos pelo Mapa da Defensoria Pública no Brasil também demonstraram que a situação das capitais brasileiras, em geral, é melhor do que a das comarcas do interior, uma vez que as sedes das Defensorias Públicas no interior muitas vezes contam com apenas um defensor público para atuar em todas as áreas (BRASIL, 2013, p.38).

No entanto, as informações coletadas pelo Mapa da Defensoria Pública no Brasil demonstram que os estados contavam, até então, com 11.835 magistrados, 9.963 membros do Ministério Público e 5.054 defensores públicos. Diante disso, observa-se que a quantidade de magistrados e de membros dos Ministérios Público possibilita que seus serviços estejam disponíveis em praticamente todas as comarcas brasileiras. Verifica-se, entretanto, que na maioria dessas comarcas, que corresponde ao percentual de 72%, a população tem a sua disposição apenas o estado-juiz, o estado-acusação/fiscal da lei, mas não possui estado-defensor, que oportuniza a defesa dos interesses jurídicos de ampla parcela da população que não pode arcar com os custos de um advogado (BRASIL, 2013, p.41).

Impende ressaltar que, não obstante as atribuições de juízes, promotores de justiça e defensores público sejam diversas, as três carreiras compõem o sistema de justiça, atuando de forma claramente complementar. (BRASIL, 2013, p.40). Neste sentido, o estudo realizado pelo Mapa da Defensoria Pública no Brasil apurou que o estado com a pior relação entre magistrados, membros do Ministério Público e defensores públicos era o Rio Grande do Norte, com a proporção de cinco magistrados e cinco promotores para um defensor público. Foi apurado, ainda, que os maiores *déficits* absolutos eram vistos nos estados de São Paulo, com *déficit* de 2.471 defensores, de Minas Gerais, com *déficit* de 1.066 defensores, da Bahia, com *déficit* de 1.015 defensores, e do Paraná, com *déficit* de 834 defensores. Cumpre salientar que esse *déficit* de defensores públicos foi computado levando em consideração a população alvo de cada estado, podendo-se constatar que, embora alguns estados não apresentem *déficit*, não contam necessariamente com a cobertura integral das Varas Judiciais, apresentando quantidade de defensores públicos significativamente menor do que de promotores de justiça e magistrados (BRASIL, 2013, p.41-42).

Em razão desse contexto apresentado pelos três primeiros estudos diagnósticos da Defensoria Pública no Brasil, elaborados pelo Ministério da Justiça, e, precipuamente, pelos dados apresentados pelo Mapa da Defensoria Pública no Brasil, foi aprovada a denominada “PEC das Comarcas” que fixou prazo de 8 (oito) anos para que todas as unidades jurisdicionais passassem a contar com defensores públicos. Assim, a Emenda Constitucional nº80/2014 acrescentou o art.98 e parágrafos ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, dispondo que “[...] no prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito

Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais[...]”, devendo haver proporcionalidade entre o número de defensores públicos na unidade jurisdicional, a efetiva demanda pelo serviço e a respectiva população.

É importante mencionar que, após o estudo realizado pelo Mapa da Defensoria elaborado pela ANADEP em parceria com o IPEA em 2013, não foram feitos novos estudos acerca da situação das Defensorias Públicas no Brasil, razão pela qual não foram encontrados dados mais atuais.

O Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, em acórdão proferido em sede de agravo regimental em revisão criminal, nos autos de nº0003697-80.2019.8.04.0000, reconheceu em sua fundamentação que o *déficit* de defensores públicos no Estado do Amazonas decorre de um estado de coisas inconstitucional visto em seu subfinanciamento.

No mencionado agravo regimental em revisão criminal, o Ministério Público do Estado do Amazonas se insurgiu contra a determinação de intimação do Defensor Público Geral, na condição de *custos vulnerabilis*, sob as alegações de que, embora a Defensoria Pública tenha crescido e preste serviços essenciais à sociedade amazonense, haveria incoerência em suas investidas no papel de *custos vulnerabilis*; que há carência de defensores públicos no interior do Estado e que, em razão disso, o interior passou a contar com atuações itinerantes e alguns polos de atendimento, evidenciando a precarização da assistência jurídica; que mesmo com essa precarização da assistência jurídica no interior do Estado, a Defensoria Pública tem pretendido aumentar a sua atuação em áreas nas quais essa atuação seria ilegítima, a exemplo da atuação como *custos vulnerabilis*; que a Defensoria Pública estadual tenciona se autoconferir legitimidade extraordinária, em autêntico ativismo defensorial, uma vez que essa função seria do Ministério Público, restando-lhe a atuação como representante processual dos necessitados; que a atuação da Defensoria em precedentes do Supremo Tribunal Federal se deu na condição de representante processual dos necessitados, não lhe conferindo legitimidade para agir na tutela de indivíduos, sem distinção, por legitimação extraordinária, mormente em processos individuais com partes representadas por advogado, sob pena de atuar como órgão totalitário, ampliando o hipergarantismo, especialmente diante da precarização da assistência jurídica evidenciada no interior do Estado; que é papel do Ministério Público atuar como *custos legis*, por ser fiscal da lei e verdadeiro defensor da sociedade (BRASIL, 2019a, p.3-4).

Em sua manifestação, a Defensoria Pública do Estado do Amazonas ponderou que: a atuação do Estado Defensor, na função de *custos vulnerabilis* não acarreta nenhum prejuízo ao Ministério Público; que em janeiro de 2014, a Defensoria Pública do Estado do Amazonas,

após a nomeação e posse de 60 defensores públicos, começou a interiorização de forma desordenada, sem preparação de um plano ou de infraestrutura apropriada de trabalho e de atendimento para os próprios assistidos; que o defensor público, normalmente, era obrigado a atender sozinho, digitalizar e fotocopiar documentos, participar das audiências judiciais e extrajudiciais, realizar inspeções carcerárias, acompanhar fila de intimações no sistema de automação judicial, entre outras atribuições e que, paralelamente a isso, as condições de atendimento na capital, que conta com mais da metade da população do Estado do Amazonas, estavam extremamente precárias em virtude do *déficit* de defensores; que, no ano de 2015, houve uma grande crise econômica no país, que impactou na arrecadação do Estado do Amazonas e, conseqüentemente, reduziu substancialmente o valor repassado do duodécimo destinado à Defensoria Pública do Estado do Amazonas, impossibilitando a manutenção das unidades do interior do estado; que, em razão disso, com a finalidade de contornar os citados problemas, o Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado do Amazonas concluiu que seria melhor redistribuir os defensores públicos e implantar polos de atendimento no interior, com estrutura física e humana mais adequada à demanda e à prestação do serviço; que há incoerência do combate ao “discurso totalizante” na argumentação do Ministério Público, uma vez que revela que a finalidade do recurso é evitar que os defensores públicos que, no entender do *parquet* deveriam estar lotados no interior, atuem no Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas na posição de *custos vulnerabilis*; que, se o objetivo é evitar que as instituições ajam de forma totalitária, deve ser fomentada a pluralidade do debate e deve ser rechaçada a fala isolada, de modo que a possibilidade de atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* objetiva a democratização do processo, considerando que, se a voz da instituição pelos vulneráveis for silenciada, “totalizante” será a atuação do Ministério Público, tendo em vista que será a única instituição a se manifestar nos autos (BRASIL, 2019a, p.4-5).

Nesse aspecto, o voto do Desembargador Relator do agravo regimental em revisão criminal, nos autos de nº0003697-80.2019.8.04.0000, reafirmou a legitimidade da intervenção da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis*, salientando que a argumentação do Ministério Público sobre o *déficit* de defensores públicos não estava relacionada com a intervenção do Defensor Público Geral no Tribunal, uma vez que sua atuação ocorre na capital. O relator, ainda, aduziu que a alegação do membro do Ministério Público faz supor que este ignora a distribuição orçamentária como razão do *déficit* de defensores públicos, destacando que é provável que exista um estado de coisas inconstitucional no subfinanciamento da Defensoria Pública, notadamente quando se observa que a mesma nem ao menos possui metade do orçamento dos demais órgãos. Além de apontar a possibilidade da

existência de um estado de coisas inconstitucional nessa situação, o relator determinou que fosse extraída cópia do recurso, com encaminhamento ao Governo do Estado do Amazonas, para ciência do déficit orçamentário gerador do impedimento financeiro de provimento das vagas da Defensoria Pública (BRASIL, 2019, p.16).

Observe-se, diante disso, que o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional consiste na técnica de decisão, decorre de construção jurisprudencial da Corte Constitucional Colombiana, que foi adotada pela primeira vez no Brasil no julgamento da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº347(ADPF nº347 MC/DF), de autoria do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), proposta em 27 de maio de 2015, perante o Supremo Tribunal Federal. A referida ação foi ajuizada em virtude da situação degradante das unidades prisionais brasileiras, com a finalidade de garantir a integridade física e moral dos custodiados, baseando-se em representação elaborada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ, lastreada em parecer de Juarez Tavares, professor daquela instituição, e teve como réus a União, os vinte e seis estados e o Distrito Federal.

Nessa referida ação, foi requerido o reconhecimento da existência do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, bem como que, em razão disso, o Supremo Tribunal Federal expedisse ordens que obrigassem juízes e tribunais do país, CNJ e União a tomar determinadas providências para solucionar a situação.

São pressupostos para o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional: a violação massiva e generalizada dos direitos fundamentais uma grande quantidade de pessoas; a omissão constante das autoridades públicas quanto ao cumprimento dos direitos fundamentais dessas pessoas; a incapacidade de modificar a situação objetiva de inconstitucionalidade, que consiste em uma autêntica “falha estatal estrutural”; a necessidade de atuação conjunta de entidades do poder público para a tomada de providências complexas, essenciais à resolução do cenário de violação de direitos fundamentais; a probabilidade de congestionamento do Poder Judiciário com demandas apontando a violação desses direitos (TAQUARY; LEÃO, 2019, p.200). Desta forma, presentes os supracitados pressupostos, a adoção da técnica de decisão consistente no reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, possibilitaria uma maior cooperação do Poder Judiciário com os demais poderes, órgãos públicos e sociedade.

Vale ressaltar que a atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* foi cunhada no âmbito doutrinário e passou a ser admitida nos tribunais brasileiros, inclusive no âmbito dos Tribunais Superiores, como veremos mais pormenorizadamente no capítulo em

que iremos tratar do papel da Defensoria Pública na formação dos precedentes penais referentes ao encarceramento feminino.

Além disso, cumpre salientar que, especificamente no caso do Estado do Amazonas, na ocasião em que foi proferida a mencionada decisão, que se referiu à possível existência de um estado de coisas inconstitucional no subfinanciamento da Defensoria Pública, a Lei Estadual nº4.652/2018, que corresponde à Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2019, dispunha que o orçamento da Defensoria Pública para o ano de 2019 seria de 1,4%, enquanto que os orçamentos do Poder Judiciário, Ministério Público e Poder Legislativo, respectivamente, seriam de 8,01%, 3,4%, e 7,13%.

Embora se mencione aqui o caso específico do orçamento da Defensoria Pública do Amazonas, tal quadro de subfinanciamento pode ser visto nas demais Defensorias Públicas do país e reflete na sua estrutura física e na quantidade de membros e servidores. Observe-se que, em 2019, o Brasil contava com 6.060 defensores públicos distribuídos em 40% das unidades jurisdicionais do país, evidenciando o déficit tanto pela ausência de defensores na maioria das unidades jurisdicionais existentes, quanto se comparados à quantidade de magistrados e membros do Ministério Público do país, que era de 11.807 e 10.874, respectivamente (ANADEP, 2019, p.1). Outrossim, a Lei Estadual nº4.905/2019, correspondente à Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2020, estabeleceu que o orçamento da Defensoria Pública para o ano de 2020 seria de 1,5%, enquanto que os orçamentos do Poder Judiciário, Ministério Público e Poder Legislativo, respectivamente, seriam de 8,01%, 3,5% e 7,13%, não alterando de forma substancial o quadro de subfinanciamento da Defensoria Pública do Estado do Amazonas.

Assim, com base nos três estudos diagnósticos realizados pelo Ministério da Justiça anteriormente citados, Boaventura de Sousa Santos (2014, p.53-54) aponta que há uma disparidade dos orçamentos das Defensorias Públicas com os orçamentos destinados ao Poder Judiciário e aos Ministérios Públicos. Tal disparidade reflete na insuficiência dos quadros das defensorias públicas estaduais para atender às necessidades da sociedade brasileira, resultando, infelizmente, na prestação de uma assistência jurídica bastante limitada. Deve-se observar que o art.98 e parágrafos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acrescido pela Emenda Constitucional nº80/2014, estabeleceu um prazo de 8(oito) anos para que todas as unidades jurisdicionais do território nacional contassem com defensores públicos, prazo esse que se esgota no ano de 2022.

Ingo Wolfgang Sarlet (2017, p.17) entende que, por ser peça-chave nesse cenário, a Defensoria Pública, tal como o Ministério Público, compõe o conjunto de instituições

essenciais ao Sistema de Justiça, assumindo a posição de garantia institucional fundamental, estando protegida, inclusive, pelo regime constitucional das cláusulas pétreas, como já mencionado. Em razão disso, a Defensoria Pública precisa da sua autonomia, sob pena de ter ainda mais precarizada e prejudicada a sua atribuição de defender os direitos dos que mais necessitam de proteção do Estado para terem afirmada a sua condição de cidadãos sujeitos de direitos, com ênfase para os direitos humanos e fundamentais.

Considerando-se que há ausência de defensores públicos e há disparidade entre a sua quantidade e o número de magistrados e membros do Ministério Público no território nacional configura-se, no Brasil, um quadro que possui os pressupostos necessários para o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional anteriormente mencionados, bem como o enquadramento dos direitos de acesso à justiça e à assistência jurídica gratuita como direitos multidimensionais, tal situação pode ser identificada como um estado de coisas inconstitucional. Isto porque, como visto anteriormente, a missão institucional da Defensoria Pública consiste, indubitavelmente, em um direito a ter direitos, de modo que sua existência – e pleno funcionamento em todas as unidades jurisdicionais do país –, é fundamental para se assegurar a orientação jurídica e a defesa dos vulneráveis.

Diante do quadro apresentado, em que se evidencia o grande *déficit* de defensores públicos nos Brasil mesmo após seis anos da aprovação da Emenda Constitucional nº80/2014, constata-se que há violação ao direito de acesso à justiça e, principalmente, ao seu corolário, que é o direito à assistência jurídica gratuita, previsto no inciso LXXIV do art.5º da Constituição Federal de 1988. Verifica-se, então, que esse grande *déficit* de defensores públicos nos Brasil, mesmo após seis anos da aprovação da Emenda Constitucional nº80/2014, está relacionado ao subfinanciamento da Defensoria Pública, prejudicando em certa medida a eficácia dos direitos de acesso à justiça e à assistência jurídica gratuita para garantir a efetividade dos demais direitos fundamentais dos vulneráveis.

Logo, a relevância do enquadramento da Defensoria Pública enquanto garantia institucional fundamental decorre também da necessidade de resguardá-la dessas eventuais tentativas de supressão ou de esvaziamento das prerrogativas e garantias que caracterizam a instituição pelos poderes públicos, a fim de se assegurar, conseqüentemente, que a Defensoria Pública permaneça como instituição garantidora da efetivação do direito fundamental de acesso à justiça e dos demais direitos fundamentais.

Cumprido salientar que, por diversas vezes, ocorreram tentativas, em nível constitucional e infraconstitucional de diminuição das atribuições de prerrogativas da Defensoria Pública. Exemplo disso é a Proposta de Emenda à Constituição de nº184/2012,

que tramitou na Câmara dos Deputados, inadmitida pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania daquela Casa e, por conseguinte, arquivada, que tinha por finalidade dispor sobre a competência concorrente da Advocacia na orientação jurídica e defesa, em todos os graus dos necessitados.

Assim, pode-se afirmar que a Defensoria Pública é garantia institucional dos direitos fundamentais dos vulneráveis, inclusive do direito fundamental à liberdade de locomoção das mulheres encarceradas. Analisaremos ao longo do trabalho de que modo a atuação da Defensoria Pública enquanto garantia institucional contribui para a formação dos precedentes judiciais referentes ao direito fundamental à liberdade de locomoção das mulheres privadas de liberdade.

3 A APLICAÇÃO DA TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS AO PROCESSO PENAL

É fundamental a análise da aplicação da teoria dos precedentes judiciais ao processo penal, uma vez que o referido tema é pouco explorado nessa seara.

Observa-se que, atualmente, os Tribunais Superiores passaram a exercer maior influência sobre os comportamentos sociais dos indivíduos em razão da ampla divulgação dos seus julgamentos, inclusive em tempo real, através da mídia. Assim, os precedentes judiciais, de forma mais evidente, deixaram de ser decisões com reflexos apenas para as partes do processo, na medida em que passaram a pautar a conduta de inúmeros brasileiros. (PIMENTEL, 2018, p.19).

A urgência em se repensar a forma pela qual o direito é elaborado e concretizado decorre da percepção de que a norma resulta da interpretação. A questão dos precedentes no direito brasileiro está situada neste contexto, uma vez que é por esse motivo que o precedente compõe o direito contemporâneo e tem força vinculante, atuando como parâmetro para a densificação da segurança jurídica e para a defesa da liberdade e da igualdade substancial com base em critérios racionais que possibilitem o seu controle intersubjetivo (MITIDIERO, 2017, p.17). Neste sentido, os precedentes judiciais vinculantes são essenciais como instrumentos de consolidação da segurança jurídica, da igualdade e da liberdade dos cidadãos no Estado Democrático de Direito ideal em termos políticos, porquanto garantem a estabilidade do Direito e a expectativa dos cidadãos quanto às decisões judiciais (KIRCHER, 2018, p.13).

Para a análise da aplicação da teoria dos precedentes judiciais ao processo penal, é necessário o estudo das tradições jurídicas existentes no Ocidente, de conceitos próprios da teoria dos precedentes judiciais e da obrigatoriedade do respeito aos precedentes no Brasil, como será visto adiante. A compreensão da aplicabilidade a teoria dos precedentes vinculantes ao processo penal é necessária para que se possa analisar o papel da Defensoria Pública na formação dos precedentes judiciais referentes ao direito fundamental à locomoção das mulheres privadas de liberdade.

3.1 AS TRADIÇÕES JURÍDICAS DO *COMMON LAW* E DO *CIVIL LAW* E A IMPRESCINDIBILIDADE DO RESPEITO AOS PRECEDENTES NO BRASIL

São observadas duas tradições jurídicas no mundo ocidental, que são o *common law* e o *civil law*. Essas tradições decorreram de conjunturas políticas e culturais totalmente diversas, que proporcionaram o desenvolvimento de tradições jurídicas distintas, caracterizadas por institutos e concepções próprias a cada um dos sistemas (MARINONI, 2016, p.25). Ressalte-se que “[...]a questão do papel criativo do juiz e da legitimidade da decisão judicial é um problema que atinge e gera discussão nas duas tradições” (KIRCHER, 2018, p.55).

O *civil law*, que tem suas origens na Revolução Francesa, é caracterizado por preceitos que se contrapõem a conceitos e institutos que, apesar de não constituírem sua teoria e tradição, são imprescindíveis à vista da *práxis* de países que se estruturaram a partir da sistemática da separação rigorosa de poderes e da mera declaração judicial da lei (MARINONI, 2016, p.25). No princípio do seu desenvolvimento, o *civil law* se fundamentava, notadamente, no primado da lei. Logo, o magistrado devia observar estritamente a lei, não podendo em hipótese alguma se apartar dela. Essa exigência da tradição jurídica do *civil law* se justificava naquela época, uma vez que, após a Revolução Francesa, os magistrados não gozavam de uma boa reputação, de modo que a observância estrita da lei consistia numa forma de controlar as decisões judiciais (PIMENTEL, 2018, p.20).

Das distinções entre as tradições jurídicas ocidentais, observa-se que, enquanto a França, berço do *civil law*, reputava essencial a formulação de códigos como instrumento do progresso, a Inglaterra, responsável pelo surgimento do *common law*, tinha os mesmos códigos como prescindíveis. Impende ressaltar, entretanto, que o que distingue, de fato, as duas tradições jurídicas não é tão somente a adoção das codificações, ou não, mas sim as ideologias das quais decorrem essas duas tradições, a forma de elaboração desses códigos e a função por eles desempenhada (PIMENTEL, 2018, p.21).

Os precedentes judiciais são fonte primária do Direito na tradição jurídica do *common law*, de modo que tais decisões vinculam, devendo ser observadas por todo e qualquer juízo em casos semelhantes futuros. Não obstante tenha surgido na Inglaterra, o sistema jurídico do *common law* é adotado nos Estados Unidos, na Índia, no Canadá, na Austrália e em outros países que foram colonizados pelos ingleses (PANUTTO, 2017, p.109). Daniel Mitidiero (2017, p.27) esclarece que a noção do precedente no direito inglês sofreu modificações profundas desde o seu surgimento até a atualidade, de modo que a sua evolução pode ser resumida em três expressões que são a ilustração, a persuasão e a vinculação.

No direito inglês, tradicionalmente, o precedente se apresenta relacionado à maneira de elaboração *case to case* que orientou a tradição do *common law*, considerando que os magistrados na Idade Média já utilizavam os precedentes em suas decisões. Neste sentido, o uso dos precedentes pelos magistrados, todavia, ocorria com a finalidade apenas de ilustrar ou explicar a aceção do direito no caso concreto. Cumpre salientar que, ao contrário do que se dá contemporaneamente, nenhum Tribunal que assim procedesse supunha estar juridicamente vinculado ao precedente invocado (MITIDIERO, 2017, p.28-29). Assim, sendo o precedente com função ilustrativa a base do *case law*, o direito inglês decorre do caso e os precedentes o esclarecem, explicando o direito nas decisões judiciais e adquirindo, por conseguinte, a função de fonte subsidiária para o ensino jurídico (MITIDIERO, 2017, p.29).

Vale ressaltar, todavia, que os precedentes não constituem a única fonte do *common law*, embora sejam a fonte do direito mais importante na citada tradição jurídica. Leis, doutrina e costumes também são fontes do *common law*, todavia não possuem a mesma relevância dos precedentes vinculantes nessa tradição jurídica.

Como dito anteriormente, o *common law*, inclusive, adota codificações disciplinando alguns assuntos, no entanto “[...]os Códigos não têm a pretensão de criar todas as regras capazes de solucionar os conflitos, pois há grande margem de interpretação dos juízes.” (PANUTTO, 2017, p.110). A partir dos séculos XVI e XVII, os precedentes passam a ter função relevante no processo de tomada das decisões judiciais, servindo de parâmetro para decisão do caso, desde que de acordo com o *common law*, e adquirindo, portanto, caráter persuasivo. Daniel Mitidiero (2017, p.31) aponta que essa doutrina do precedente com função persuasiva origina a teoria do precedente. Ressalte-se, entretanto, que o precedente persuasivo não constituía uma norma propriamente dita, uma vez que os magistrados posteriores, ainda que reconhecessem que o precedente correspondia ao caso concreto, podiam negar a sua aplicação para aquele caso, em virtude do amplo juízo de conveniência proporcionado ao magistrado por essa doutrina (MITIDIERO, 2017, p.35-36).

Ainda era patente no direito inglês a falta de uma concreta segurança jurídica em razão da ausência de normas jurídicas antecipadamente cognoscíveis e eficazes, bem como existia a necessidade de que os repositórios de decisões judiciais se tornassem fontes de consulta mais confiáveis. Aliás, o desenvolvimento dos repositórios de casos judiciais está intimamente relacionado ao desenvolvimento da própria teoria dos precedentes (MITIDIERO, 2017, p.38). Com a constituição dos repositórios de casos judiciais, o direito inglês buscou solucionar as questões de acessibilidade, de cognoscibilidade e de confiabilidade dos precedentes, considerando que não é factível a exigência de identidade do precedente se este

não é cognoscível e fidedigno. Surgiu, no entanto, o dilema de saber quais seriam os precedentes que possuiriam autoridade e que, por conseguinte, deveriam constar desses repositórios. Tal dilema surgiu porque, sem que houvesse um entendimento acerca da competência de cada um dos tribunais e a sua devida posição no Poder Judiciário, não se pode mensurar de maneira apropriada a autoridade dos argumentos invocados para a resolução de casos em suas decisões judiciais (MITIDIERO, 2017, p.39).

Essas circunstâncias favoreceram o advento da força vinculante dos precedentes judiciais, tendo em vista que, estruturados os tribunais de modo hierárquico, referenciados os fundamentos de suas decisões e presente a grande movimentação pela segurança jurídica, a natureza puramente persuasiva do precedente passou a ser questionada ao longo do século XIX, posto que a probabilidade de abandono do precedente pela discordância dos seus fundamentos por qualquer magistrado convertiam os fundamentos invocados nas decisões judiciais em meros paradigmas desprovidos de valor normativo (MITIDIERO, 2017, p.39-40).

Como aperfeiçoamento do *common law*, passou-se a admitir o *stare decisis*, que consiste na vinculação dos precedentes judiciais para conferir estabilidade às relações jurídicas, com base na igualdade, na previsibilidade e na segurança jurídica (PANUTTO, 2017, p.112). Daniel Mitidiero (2017, p.40-41) aponta que, embora a natureza obrigatória do precedente buscasse solucionar a questão da vinculação judicial ao direito, proporcionando apropriado nível de segurança jurídica, observou-se que uma absoluta vinculação da Corte aos seus próprios precedentes inviabilizaria o desenvolvimento do direito. Em razão disso, passou-se a se admitir que a Corte poderia ultrapassar seus precedentes em dadas circunstâncias com o escopo de não perenizar soluções injustas e não prejudicar a indispensável abertura que o direito deve possibilitar para admitir a evolução social.

Essa evolução dos precedentes no direito inglês, da ilustração à vinculação, assinala um crescimento na luta pelo direito como salvaguarda contra arbitrariedades e na busca pelas suas motivações. Em síntese, na tradição jurídica do *common law*, os precedentes são ferramentas para interceder e regular a legitimidade das decisões judiciais vigentes, na medida em que “[...]eles fazem presente o passado a partir de uma reprodução institucional” (PEDRON; OMMATI, 2018, p.653). Assim, passou-se a compreender que o direito decorre da interpretação a partir de fontes providas de autoridade, bem como que as decisões judiciais não constituem simples afirmação de uma norma anteriormente existente, “[...] uma atividade meramente cognitiva que resulta sempre em uma única resposta possível para os problemas

jurídicos, cuja aplicação para o caso concreto é realizada apenas por silogismos judiciários.” (MITIDIERO, 2017, p.41).

No direito francês, por seu turno, o primado da lei e o papel subsidiário ocupado pela jurisprudência decorrem de uma necessidade cultural de suplantação do casuísmo jurídico, da supressão da interpretação como função inerente ao poder do magistrado e do fomento da segurança jurídica apenas pelo legislador (MITIDIERO, 2017, p.42). O direito francês, antes da promulgação do *Code Louis*, caracterizava-se por seu particularismo jurídico, tendo em vista que, naquela época, “[...] existiam inúmeras intervenções legais do soberano que visavam particularizar determinadas pessoas, assinalar certas jurisdições e diferenciar certos bens visando a privilegiar algumas posições sociais em detrimento de outras” (MITIDIERO, 2017, p.43). Em razão disso, Louis XIV busca silenciar o poder interpretativo dos magistrados com a promulgação do Código Civil de 1667, conhecido como *Code Louis*, e com a remodelação universitária realizada com a finalidade de possibilitar a mudança da cultura jurídica de forma correspondente à urgência de tecnicização da atuação dos juízes.

É nesse contexto que as teorias cognitivista da interpretação e logicista da aplicação do direito ganham terreno na cultura jurídica francesa (MITIDIERO, 2017, p.44). A imposição da estrita observância pelos juízes da legislação codificada buscava restringir gradativamente o disperso direito medieval à lei uniforme vigente, modificando o papel executado pelos magistrados franceses, que passaram de responsáveis pela interpretação do direito a meros subordinados à intenção do legislador (MITIDIERO, 2017, p.45).

Segundo Peter Panutto (2017, p.102-103), esse aspecto do *civil law* tem origem na mesma descrença nos magistrados que justificou o sistema de controle concentrado de constitucionalidade, em razão da conduta dos juízes que eram completamente subordinados à monarquia e com os seus interesses. Posteriormente, com a Revolução Francesa, passou a ser adotado o pensamento de Montesquieu acerca da separação de poderes, do qual decorrem duas teorias, que são a teoria descritiva e a teoria prescritiva.

De acordo com a teoria descritiva, Montesquieu procurou retratar como os estados se organizavam sob o enfoque dos seus poderes, esclarecendo quais são os poderes do estado. A teoria prescritiva, por sua vez, diz respeito à forma de distribuição e de funcionamento desses poderes. Assim, como teoria prescritiva, as concepções de Montesquieu caracterizam um programa político fundado na crença de que o magistrado se limitaria a declarar uma norma preexistente ao interpretá-la, julgando que a lei “[...]por si só é capaz de assegurar liberdade e igualdade para todas as pessoas, tendo em conta que as decisões judiciais são simples declarações da lei aplicadas de maneira silogística ao caso concreto” (MITIDIERO, 2017,

p.47).Cumpre salientar que a teoria prescritiva da separação dos poderes foi essencial para o desenvolvimento do pensamento jurídico, de modo que constitui um dos alicerces do constitucionalismo moderno e do Estado de Direito.

O próprio direito francês, entretanto, abandonou a noção de que as decisões judiciais são meras declarações do conteúdo da lei, diante da necessidade de se observar a interpretação e a aplicação dinâmica da ordem jurídica, o que conduz a demanda por recursos aptos a solução da crise de segurança jurídica explicitada pela complexidade do direito, observada notadamente por ocasião da sua interpretação e aplicação (MITIDIERO, 2017, p.53).

Observa-se que, nos ordenamentos jurídicos modernos, o uso da legislação e dos precedentes para proferir decisões judiciais é de grande importância. Luís Felipe Schneider Kircher (2018, p.57) aduz que, há algum tempo, os países que adotam a tradição do *civil law* empregam os precedentes como fontes do Direito, não sendo mais atributo privativo dos países que adotam a tradição do *common law*, que também passaram a se valer do direito escrito.Verifica-se, então, que, com o decurso do tempo, as diferenças históricas existentes entre *common law* e *civil law* se reduziram e as tradições jurídicas passaram exercer influências recíprocas uma sobre a outra, de modo que, contemporaneamente, vários institutos provenientes de uma tradição jurídica passaram a compor a outra, com suas particularidades, adquirindo, por vezes, características próprias (PIMENTEL, 2018, p.22).

Cláudia Maria Barbosa e Elson Pereira de Oliveira Bastos (2018, p.71) apontam que existem três justificativas para que os precedentes judiciais ganhem maior força mesmo nos países que adotam a tradição jurídica do *civil law*. A primeira justificativa diz respeito ao reconhecimento da importância do momento da aplicação da lei ao caso concreto. A segunda justificativa, por sua vez, está relacionada à superação progressiva do modelo de Estado Legislativo, de cunho liberal, que se preocupava, precipuamente, com os direitos de liberdade, por um modelo de Estado Constitucional, que se propõe a atender às necessidades de um Estado Social, com a efetivação de valores constitucionais e de promessas da modernidade. Por fim, a terceira justificativa decorre do fácil acesso às decisões proferidas pelas Cortes superiores.

A tradição jurídica do *civil law* adotada pelo Brasil não é incompatível com o uso do sistema de precedentes judiciais, uma vez que tanto a tradição do *civil law* quanto a do *common law* buscam assegurar a igualdade e a segurança jurídica em suas decisões.O influxo da jurisdição do *common law*, a paulatina utilização da teoria dos precedentes no direito brasileiro e a predisposição a padronização jurisprudencial propiciaram inovações no sistemabrasileiro. Ressalte-se que, embora a lei permaneça como principal fonte do direito, há

uma franca expansão do emprego dos precedentes judiciais no Brasil (PIMENTEL, 2018, p.19).

É importante destacar, inclusive, que a discussão acerca do respeito aos precedentes judiciais não é algo recente no direito brasileiro. Fredie Didier Jr. e Marcus Seixas Souza (2015, p.107) esclarecem que, não obstante o sistema contemporâneo de precedentes seja precipuamente composto por institutos desenvolvidos e legalmente consolidados durante o período republicano, a exemplo do recurso extraordinário, da repercussão geral, do julgamento de processos repetitivos, das súmulas dos tribunais e das súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal, há uma tradição própria do direito luso-brasileiro no que diz respeito aos precedentes, que perpassa o período colonial e do Império, da qual o direito republicano é herdeiro. Desta forma, a maior valorização do precedente judicial no direito pátrio não é uma adulteração das características da tradição jurídica adotada pelo Brasil, mas sim um aprimoramento dessa tradição.

A promulgação do Código de Processo Civil de 2015 inseriu de forma explícita e inequívoca o precedente judicial na dogmática jurídica brasileira atual, na medida em que estabeleceu um sistema de precedentes judiciais que impõe que os tribunais uniformizem a sua jurisprudência e a mantenham estável, íntegra e coerente; dispôs sobre a superação dos precedentes e de sua eficácia intertemporal; disciplinou diversas hipóteses de eficácia para os precedentes, para além da eficácia vinculante dos precedentes das Cortes superiores (DIDIER JR; SOUZA, 2015, p.119).

Observa-se, portanto, que os precedentes judiciais já eram adotados pelo Brasil, ainda que somente de forma persuasiva, e que houve o aprimoramento dessa tradição com a inserção da teoria dos precedentes no Código de Processo Civil de 2015 e, por conseguinte, no sistema processual brasileiro, de modo a nos assemelhar à tradição do *common law*, que tem por essência a natureza vinculante dos precedentes judiciais.

Segundo Luiz Antonio Sampaio Gouveia e Maria Edith Camargo Ramos Salgretti (2017, p.124-125), a teoria dos precedentes, disciplinada de forma expressa pelo Código de Processo Civil de 2015, consiste em uma ferramenta eficiente para pacificar e uniformizar o Poder Judiciário como um todo e, deste modo, reduzir a quantidade de recursos aos tribunais superiores, favorecendo a razoável duração do processo e a efetividade da prestação jurisdicional, sem obstaculizar, teoricamente, a tutela eficaz do direito violado, na medida em que desde o princípio serão seguidos os preceitos obrigatórios dos precedentes judiciais.

Observa-se, portanto, que a adoção de forma expressa pelo Código de Processo Civil de 2015 permite que seja aprimorada a uniformização e estabilização das decisões judiciais,

de modo a garantir a sua coerência e a efetividade dos processos judiciais. Essa adoção explícita da teoria dos precedentes no Código Civil de Processo Civil é vista em seu art.927, que dispõe que os juízes e os tribunais devem observar as decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, bem como a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Impende ressaltar que a referida adoção expressa dos precedentes judiciais pelo direito processual brasileiro redesenhou as dimensões da legitimidade do direito, especialmente pela força normativa que lhes foi conferida. Alexandre de Castro Catharina (2016, p.28) aponta que essa ampliação da força normativa do texto legal para a decisão judicial colaborou para a transferência, parcialmente, da discussão pública da representação política para o âmbito institucional do Poder Judiciário, possibilitando o debate e a participação de distintas parcelas da sociedade, notadamente, daquelas mais vulneráveis na formação das decisões judiciais com grande repercussão social.

A participação dessas distintas parcelas da sociedade, inclusive dos grupos mais vulneráveis na construção das decisões judiciais de grande repercussão social, pode ocorrer através da realização de audiências públicas, da atuação como legitimado extraordinário de órgãos como a própria Defensoria Pública e da intervenção em recursos ou ações em trâmite no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, sendo a forma mais comum de intervenção aquela feita como *amicus curiae*. Constatase, portanto, que, embora o Brasil adote a tradição jurídica do *civil law*, não há qualquer incompatibilidade com o uso do sistema de precedentes judiciais, diante da necessidade de se assegurar a igualdade, a coerência e a segurança jurídica das decisões judiciais. A adoção expressa e inequívoca do sistema de precedentes judiciais pelo Código de Processo Civil de 2015 decorre justamente da imprescindibilidade da observância dos precedentes no Brasil.

Diante disso, veremos num capítulo subsequente de que modo a Defensoria Pública contribui para a existência desses debates e, por conseguinte, da formação de precedentes judiciais em favor das mulheres encarceradas, que compõem uma dessas parcelas mais vulneráveis da sociedade.

3.2 A NOÇÃO DE PRECEDENTE JUDICIAL, AS DIFERENTES FUNÇÕES DOS TRIBUNAIS E AS POSSÍVEIS CRÍTICAS AO SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES

O instituto do precedente judicial é um mecanismo direcionado à igualdade e à segurança jurídica tanto nas relações jurídicas quanto nas relações sociais, uma vez que tem por finalidade tratar situações jurídicas análogas de modo equivalente.

O princípio da igualdade está consagrado na Constituição Federal de 1988 tanto em seu preâmbulo, que assegura a igualdade, quanto no *caput* do seu art.5º, que dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”. Essa última disposição, permite diferenciar a igualdade na lei, que impede o legislador de estabelecer distinções entre aqueles que se encontram em situação semelhante, da igualdade perante a lei, dirigida ao intérprete, que deverá aplicar a lei de forma igual em situações iguais ou semelhantes (NERI; LIMA, 2016, p,637).

Ao garantir o princípio da igualdade, a utilização do sistema de precedentes vinculantes, viabiliza a realização do princípio do acesso à justiça, mediante a uniformização das decisões judiciais, que estabelece um padrão apto a permitir uma maior conformação das relações jurídico-processuais. Assim, todo indivíduo, a quem a lei concedeu tratamento igualitário, deve ser tratado da mesma forma por ocasião da aplicação concreta da lei, devendo os magistrados e tribunais empregar o mesmo posicionamento para a resolução de casos semelhantes (BEZERRA; SALAZAR, 2018, p.75-76).

É possível afirmar, então, que o tratamento equânime propicia a segurança jurídica que deve ser assegurada pelo Estado nas relações jurídicas e sociais, permitindo que exista uma previsibilidade nas decisões judiciais. Desta forma, o juiz deve perseguir a máxima coerência e uniformidade na interpretação e aplicação da lei aos casos concretos, de sorte que a ausência de parâmetros claros e razoáveis para a atividade jurisdicional ocasiona insegurança jurídica (NERI; LIMA, 2016, p.637-638). Assim, a obrigatoriedade do uso dos precedentes judiciais enfrenta diretamente o problema da jurisprudência lotérica, que prejudica a segurança jurídica, ao proporcionar uma maior previsibilidade e estabilidade das decisões judiciais (BARBOSA; BASTOS, 2018, p.75).

Cumprido salientar que precedente e jurisprudência são institutos distintos, tendo em vista que o precedente pode decorrer de apenas uma decisão que lhe seja anterior e a jurisprudência consiste em decisões reiteradas em um determinado sentido. Aliás, precedente,

jurisprudência e súmula são conceitos distintos. Segundo Fabiano Pimentel (2018, p.27),“ [...] para que uma decisão seja considerada um precedente judicial, basta que seja proferida por uma autoridade judiciária”. A formação da jurisprudência, por sua vez, é distinta, uma vez que presume alguma constância e uniformidade, que se constitui através da existência de julgados reiterados numa mesma direção. Assim, a jurisprudência consiste numa predisposição dos tribunais em decidir de uma ou de outra maneira.

Quanto ao precedente judicial, contudo, observa-se que não há, necessariamente, uma reiteração de decisões num mesmo sentido, podendo decorrer de um posicionamento isolado do julgador sobre determinada situação. Desta forma, o precedente pode existir em virtude de uma única decisão judicial. Ressalte-se, todavia, que o precedente só se torna relevante juridicamente se outros juízes passem a adotá-lo como paradigma para outros julgados, de modo que a sua fundamentação deve empregada para decidir casos futuros (PIMENTEL, 2018, p.27-28).

A súmula, por sua vez, tem por finalidade difundir o posicionamento de um Tribunal acerca de qualquer tema que tenha gerado divergências, de modo que a súmula passa a consagrar a tese jurídica que prevalece quanto aquele assunto (ROSITO, 2012, p.95). Flávio Quinard Pedron e José Emílio Medauar Ommati (2018, p.662) esclarecem que os precedentes consistem em “[...] decisões do passado tomadas por um juiz ou por tribunais e que apenas vinculam em virtude de suas razões”. Nesta senda, Eliana Magno Gomes Paes e Gisele Fernandes Góes (2017, p.136) apontam que “[...] precedente judicial é a soma das razões generalizáveis a partir de decisões judiciais que discutam fatos jurídicos relevantes e aplicáveis a casos futuros semelhantes”. Assim, um precedente nunca surge como um precedente, todavia é sempre uma decisão que tenha solucionado um conflito no passado. Se os motivos que a fundamentaram nesse caso passado demonstrem ser acertados ao longo do tempo e passem a servir como motivos para fundamentar outros casos contemporâneos, a decisão passada se transforma em um precedente (PEDRON; OMMATI, 2018, p.663).

Constata-se, portanto, que o precedente judicial consiste em uma norma geral que decorre “[...] da fundamentação do julgado, criada pela jurisdição a partir de um caso concreto, a qual pode ser aplicada a outras situações semelhantes” (PIMENTEL, 2018, p.29). Ademais, observa-se que o precedente judicial despontou com a finalidade de universalizar os fundamentos de direito acerca de determinada situação jurídica, de modo a direcionar tanto as ações e omissões dos indivíduos, quanto às iminentes decisões dos magistrados (PAES; GÓES, 2017, p.137).

Como dito, os precedentes judiciais têm por escopo tratar situações jurídicas semelhantes de forma semelhante, proporcionando igualdade e segurança jurídica. Eliana Magno Gomes Paes e Gisele Santos Fernandes Góes (2017, p.137) afirmam que as noções de igualdade e segurança jurídica são intrínsecas à própria justiça, uma vez que não é possível imaginar uma sociedade justa se os sujeitos são tratados de modo desigual, sem qualquer justificativa para o tratamento diferenciado em situações semelhantes. Pode-se afirmar, portanto, que não há justiça se não houver respeito dos precedentes judiciais, na medida em que a ausência de aplicação da sistemática dos precedentes judiciais perpetua as desigualdades.

Além de objetivar a igualdade e a segurança jurídica, a utilização dos precedentes judiciais tem por finalidade manter a coerência dentro do Poder Judiciário. Isto porque avilta o próprio sistema, por exemplo, a possibilidade de que um órgão fracionário de um tribunal decida de maneira diversa do entendimento estabelecido pelo órgão especial ou pelo plenário do mesmo tribunal. Também atentam contra a coerência decisões proferidas por um juiz singular que sejam contrárias à jurisprudência do tribunal ao qual esteja vinculado (LIMA, 2011, p.282). Em razão disso, cabe ao juiz analisar a pertinência do precedente com o caso concreto, a fim de evitar que situações semelhantes sejam julgadas de forma distinta, de modo a assegurar a isonomia e a segurança jurídica (PIMENTEL, 2018, p.31).

O art.926 do Código de Processo Civil de 2015 e o art.6^a do mesmo diploma legal, que dispõe que “[...] todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”, representam dois aspectos da tutela dos direitos: possibilitar que seja proferida uma decisão justa e efetiva em tempo razoável e proporcionar a homogeneidade do direito através de uma ordem jurídica equitativa, livre e confiável (MITIDIERO, 2017, p.75). Observa-se que o art.926, caput, do Código de Processo Civil de 2015 dispõe que “[...] os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, estabelecendo, ainda, nos §§1^o e 2^o que os mesmos “[...]tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante”, bem como que ao editá-los, deverão “[...] ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”. Esses enunciados conduzem a falsa percepção de que, no Poder Judiciário brasileiro, todos os tribunais possuem o mesmo papel na ordem jurídica (MITIDIERO, 2017, p.75).

Daniel Mitidiero (2017, p.75) esclarece que é necessário diferenciar as funções das Cortes de Justiça, que correspondem aos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, das funções das Cortes de Precedentes, que são o Supremo Tribunal Federal e o Superior

Tribunal de Justiça. As Cortes de Justiça têm o papel de realizar o controle retrospectivo sobre os processos julgados em primeira instância e uniformizar a jurisprudência. As Cortes de Precedentes, por sua vez, conferem uma interpretação retrospectiva e uniformidade ao direito. (MITIDIERO, 2017, p.75). Essa distinção é importante para que haja uma organização mais apropriada da administração judiciária. Ademais, a existência dessa organização é fundamental no âmbito interno, uma vez que proporciona a economia processual ao oportunizar a racionalização da atividade judiciária, bem como no âmbito externo, tendo em vista que possibilita a tempestividade da tutela jurisdicional (MITIDIERO, 2017, p.75).

Quanto às Cortes de Justiça, observa-se que o seu papel está relacionado ao uso da interpretação do direito como meio para alcançar o controle da justiça no caso concreto. Nas Cortes de Precedentes, também conhecidas como Cortes Supremas, por seu turno, o caso concreto é um meio para se atingir a interpretação do direito. Assim, enquanto não houver precedente da Corte de Precedentes incumbida da sua formação, as Cortes de Justiça devem uniformizar as suas jurisprudências (MITIDIERO, 2017, p.78).

Juraci Mourão Lopes Filho (2016, p.421), todavia, esclarece que Tribunais Superiores também possuem a função constitucional de uniformização da jurisprudência. Desta forma, a uniformização de jurisprudência não é atribuição exclusiva das Cortes de Justiça, sendo mais uma atribuição das denominadas Cortes de Precedentes. Logo, verifica-se que a formação dos precedentes judiciais decorre da atuação das Cortes de Precedentes ou Cortes Supremas, que “[...] não devem atuar para conhecer cada um dos casos concretos decididos pelas Cortes de Justiça a fim de uniformizar a aplicação do direito [...]”. Elas devem atuar com o objetivo de orientar os futuros julgados “[...] das Cortes de Justiça, dos juízes a elas vinculados, da Administração Pública e o comportamento de toda a sociedade civil” (MITIDIERO, 2017, p.79).

Constata-se, então, que as Cortes de Precedentes têm de decidir temas constitucionais e federais com base em um contexto extensivo decorrente da soma de um ou mais recursos que demonstrem de forma plena elementos contrastantes para a resolução de suas questões. Desta forma, “[...] todo e qualquer julgamento dessas Cortes deve ser colhido como uma oportunidade para formação de precedentes ou para afirmação da autoridade de precedentes indevidamente violados” (MITIDIERO, 2017, p.79).

Algumas das possíveis críticas ao sistema de precedentes vinculantes dizem respeito ao enfraquecimento dos paradigmas do livre convencimento do juiz e da independência judicial. Tiago Asfor Rocha Lima (2011, p.282) aduz que a independência e a imparcialidade dos juízes não são absolutas, tampouco se confundem com irresponsabilidade. Observe-se

que, quando o juiz despreza intencionalmente o posicionamento pacificado dos Tribunais Superiores, ele desvirtua suas legítimas atribuições, beirando o arbítrio e a irresponsabilidade.

A positivação da teoria dos precedentes do Código Civil de 2015 visa frustrar tais desvios de conduta, bem como de incentivar a formação e o respeito aos precedentes judiciais pelos tribunais (LIMA, 2011, p.282). A aplicação dessa teoria no direito brasileiro, superando o paradigma anterior do livre convencimento do juiz, fortalece a função das decisões judiciais como fontes do direito, garantindo que a jurisdição possa acompanhar a realidade mutável no esforço por uma adequação essencial entre a igualdade formal e material, a fim de se garantir uma maior efetividade do direito de acesso à justiça (BEZERRA; SALAZAR, 2018, p.76). Desta forma, o precedente judicial é uma ferramenta direcionada à igualdade e à segurança jurídica tanto nas relações jurídicas quanto nas relações sociais, uma vez que tem por escopo tratar situações jurídicas análogas de modo equivalente. Ressalte-se que não há justiça se não houver respeito dos precedentes judiciais decorrentes da atuação das Cortes de Justiça, que são o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, na medida em que tal inobservância perpetua as desigualdades. Assim, os paradigmas do livre convencimento do juiz e da independência judicial não são argumentos válidos para justificar o desrespeito aos precedentes judiciais.

A Defensoria Pública é uma instituição que tem como alguns dos seus objetivos elencados no art.3º-A, incisos I e IV, da Lei Complementar nº80/1994 reduzir as desigualdades sociais e garantir o princípio do contraditório. Neste sentido, com a finalidade de que sejam atingidos tais objetivos e considerando que os precedentes judiciais têm como um de seus escopos promover a igualdade, veremos adiante, em capítulo próprio, que a atuação da Defensoria Pública amplificando o contraditório é essencial na formação de precedentes judiciais referentes ao direito fundamental à liberdade de locomoção das mulheres privadas de liberdade.

3.3 AS CONCEPÇÕES DE *RATIO DECIDENDI* E *OBTER DICTUM* E AS FORMAS DE DISTINÇÃO E SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES VINCULANTES

Para a compreensão da teoria dos precedentes vinculantes, é necessário o estudo dos conceitos de *ratio decidendi* e *obter dictum*, bem como das formas de distinção e superação dos precedentes vinculantes.

Fredie Didier Jr. e Marcus Seixas Souza (2015, p.103) aduz que as noções de *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling* decorrem da tradição jurídica inglesa e são consideradas noções próprias da teoria dos precedentes vinculantes.

O julgado, considerado como precedente, importa aos magistrados, aos quais cabe aplicar o direito de forma coerente, e aos jurisdicionados, que precisam ter segurança jurídica para desenvolver suas vidas e desempenhar suas atividades. Assim, magistrados e jurisdicionados precisam saber o conteúdo dos precedentes (MARINONI, 2016, p.162). É importante ressaltar que o que vincula no precedente não é o caso anterior, mas tão somente os motivos considerados essenciais para a tomada da decisão e que podem ser utilizados em casos similares no futuro. Esses motivos essenciais são conhecidos por *ratio decidendi* ou *holding* (PEDRON; OMMATI, 2018, p.662).

Daniel Mitidiero (2012, p.71) leciona que a *ratio decidendi* é “[...]uma generalização das razões adotadas como passos necessários e suficientes para decidir um caso ou as questões de um caso pelo juiz”. O autor, entretanto, adverte que a *ratio decidendi* não equivale exatamente à fundamentação ou raciocínio judiciário, não obstante a *ratio* seja formada por elementos da fundamentação. *Obiter dictum*, por sua vez, consiste naquilo “[...] que é dito durante um julgamento ou consta em uma decisão sem referência ao caso ou que concerne ao caso, mas não constitui proposição necessária para a sua solução”(MITIDIERO, 2012, p.72).

Lucas Buriel de Macêdo (2015, p.462-463) afirma que “[...] a *ratio decidendi* transcende ao precedente do qual é compreendida, ou seja, embora a *ratio* tenha o precedente como referencial *ad eternum*, seu significado não está adstrito ao que o juiz lhe deu ou quis lhe dar”. Assim, não se exige que seja feita uma interpretação literal do precedente judicial, conquanto essa interpretação possa ser realizada corretamente com certa frequência. Segundo o autor, a norma do precedente é distinta do texto do precedente, de modo que é equivocada a sua redução à fundamentação ou a qualquer conjunto de itens da decisão do qual decorre. De acordo com esse raciocínio, grande parte das questões referentes aos precedentes judiciais, a exemplada diferenciação ou da superação, estão relacionadas à interpretação e à argumentação (MACÊDO, 2015, p.463).

A distinção dos precedentes se dá através do *distinguishing*, que equivale à identificação dos fatos que precederam a criação do precedente e dos fatos observados no caso que se pretende julgar. Essa operação de distinção pode ser feita tanto pelo tribunal que elaborou o precedente ao decidir casos novos e ao exercer o controle da sua aplicação, quanto pelos órgãos inferiores em suas decisões. Apenas se houver completa semelhança entre os

motivos essenciais, que compõem a *ratio decidendi*, o precedente vinculará o magistrado na resolução do caso concreto (MENDES, 2015, p.22).

Saliente-se, ainda, que os precedentes não perduram de forma ilimitada no tempo e que sua revogação se dá pela superação, denominada *overruling*. O *overruling* acontece quando se observam mudanças nas conjunturas sociais, econômicas, políticas ou jurídicas existentes quando da formação do precedente que resultem na sua inaplicabilidade ao caso concreto. Desta forma, a simples mudança dos membros de um tribunal não é o bastante para que haja alteração do posicionamento reconhecido pelo precedente, tendo em vista que “[...] os precedentes são da corte, não de seus integrantes” (MENDES, 2015, p.22).

Segundo Lucas Buril de Macêdo (2015, p.485), “[...] superar um precedente significa retirá-lo do ordenamento jurídico como direito vigente, colocando algo novo em seu lugar”. Nesse sentido, a superação ou *overruling* pode levar à criação de um novo precedente ou à sua revogação. Ocorre que, apesar de não admitir a superação tácita do precedente tão somente pela não aplicação, o art.927 do Código de Processo Civil de 2015 não dispõe de forma detalhada e clara acerca do procedimento para a superação do precedente. Entretanto, o *overruling* deve observar os requisitos procedimentais-argumentativos, ser coerente com os princípios jurídicos e com as circunstâncias sociais que norteiam o sistema jurídico e a própria superação dos precedentes, de sorte que “[...] a norma que substitui a contida no precedente superado não é criada livremente”. A sua elaboração está relacionada às restrições processuais, aos argumentos permissivos da alteração, ao próprio ordenamento jurídico e às condições sociais que lastreiam o sistema jurídico (MACÊDO, 2015, p.486).

Observa-se, então, que é prerrogativa dos tribunais superiores procederá superação dos seus próprios precedentes. Lucas Buril Macêdo (2015, p.487) esclarece que, como o *stare decisis* está relacionado à estrutura judiciária e à ordem jurídica processual, notadamente à competência recursal, o *overruling* só é admitido ao próprio que proferiu a decisão ou a outro hierarquicamente superior. Ademais, a competência para proceder ao *overruling* é exclusiva do tribunal que elaborou o precedente, todavia, da mesma forma que se procede no *common law*, admite-se que os demais órgãos jurisdicionais atuem para a antecipação da superação, denominada *anticipatory overruling* (MENDES, 2015, p.23).

O *anticipatory overruling* ocorre quando os órgãos inferiores deixam de aplicar o precedente vinculante baseando-se em indicativos do tribunal que o elaborou de que a sua superação ou *overruling* é iminente. Além disso, o *anticipatory overruling* se baseia no enfraquecimento do precedente e na propensão à sua revogação pelo tribunal que o formou,

que estaria esperando o momento apropriado para proceder à sua revogação ou *overruling*. (MENDES, 2015, p.23).

Observe-se que tais conceitos, como dito anteriormente, são fundamentais para a compreensão da teoria dos precedentes judiciais, sendo utilizados em sua aplicação tanto no âmbito cível quanto no âmbito criminal.

3.4 A UTILIZAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES NO PROCESSO PENAL

O princípio da legalidade foi formulado teoricamente durante o Iluminismo, em virtude de intensos debates no âmbito do Direito Penal naquele período, precipuamente acerca dos limites do poder punitivo do Estado, bem como da sua legitimidade e estrutura (KIRCHER, 2018, p.22). Nesse aspecto, o Direito Penal e o Direito Processual Penal chegaram a um autêntico estado de crise em razão da aposta da lei como fator exclusivo para a limitação do poder punitivo do Estado (KIRCHER, 2018, p.21).

Luís Felipe Schneider Kircher (2018, p.22) aponta que, até o Iluminismo, existiam múltiplas fontes jurídicas, como os costumes legais, o direito feudal, o direito romano, o direito estatutário e o direito canônico, que provocavam a fragmentação normativa do Direito Penal. Ademais, quanto às punições aplicadas, em decorrência do subjetivismo característico das decisões judiciais, prevalecia a arbitrariedade judicial na condenação e na aplicação das penas. Existe, portanto, uma motivação histórica para que a incumbência de elaboração do Direito Penal tenha sido conferida ao Poder Legislativo, tendo em vista que a organização dos poderes buscou distribuí-la de modo a proteger os cidadãos contra o arbítrio. Assim, o Poder Legislativo, em virtude do seu caráter democrático e representativo, tem a atribuição de legislar em matéria criminal (KIRCHER, 2018, p.26).

Outra razão para se atribuir ao Poder Legislativo a criação do Direito Penal, por ocasião da elaboração teórico-iluminista, foi a necessidade de construir um padrão de justiça e de estruturação política marcado pela racionalidade estrita (KIRCHER, 2018, p.26-27). Desta forma, a lei, criada de forma autônoma e anteriormente à sua aplicação, em tese, protegeria a liberdade em razão da sua generalidade e abstração características (KIRCHER, 2018, p.27-28).

A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da legalidade ao dispor em seu art.5º, inciso XXXIX, que “[...] não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem

prévia cominação legal”. Observe-se que o art.1º do Código Penal consagra o mesmo princípio, com redação similar. A vigência da estrita legalidade no direito penal é praticamente indiscutível e consiste em mandamento constitucional que estabelece que determinadas matérias somente possam ser objeto de lei em sentido estrito, ou seja, de provimento normativo decorrente da atuação do Poder Legislativo (ALVES JR., 2015, p.179).

A doutrina, de modo geral, trata o princípio da legalidade como apenas a necessidade de prévia tipificação penal da conduta não permitida, sendo essa exigência válida tanto para a definição do crime quanto para o estabelecimento da pena. Neste sentido, Eugênio Pacelli e André Callegari (2018, p.138) esclarecem que, “[...] de fato, não se pode admitir qualquer margem de arbitrariedade judiciária na aplicação de sanção a um fato definido como crime”. Impende ressaltar, diante disso, que o princípio da reserva legal ou da legalidade tem maior amplitude do que o sentido literal do *nullum crimen sine poena sine lege*, tendo em vista que o cerne do princípio, ou sua perspectiva material, a partir da localização hermenêutica constitucional, está na garantia de proteção dos cidadãos em face do poder punitivo estatal. Três garantias básicas de direito material decorrem do princípio da legalidade ou da reserva legal e consistiriam na tipicidade, nas sanções e na execução penal, e dele também decorre uma garantia processual, que é a jurisdição. Constata-se, portanto, que o princípio da legalidade fundamenta o limite do poder punitivo, mas não dos direitos e das garantias (GIACOMOLLI; SILVA, 2010, p.566).

Verifica-se, então, que a função primordial da legalidade é a contenção do poder punitivo do Estado e a salvaguarda da liberdade individual, através da tipificação de condutas previamente estabelecida e por todos conhecida (PACELLI; CALLEGARI, 2018, p.138). Vale destacar que uma das mais importantes aplicações do princípio da legalidade é observada na teoria da tipicidade e que, em razão disso, nos sistemas jurídicos civilizados vigentes, os tipos são previstos em lei, de modo que apenas o legislador pode estabelecer, extinguir ou alterar os tipos penais. Ressalte-se que a ordem jurídica brasileira adota esse sistema de tipos legais (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2019, p.399).

Luís Felipe Schneider Kircher (2018, p.44) esclarece, entretanto, que, apesar do princípio da legalidade ter sido incorporado em vários diplomas, observando-se a realidade, constata-se que existem disparidades jurisprudenciais enormes no Brasil, tanto ao mesmo tempo quanto ao longo do tempo, com vários posicionamentos contraditórios sobre assuntos penais e processuais penais semelhantes. Segundo o autor, “[...] isso demonstra que a taxatividade vista na prática dos tribunais é bastante menos efetiva do que se presume a partir de sua formulação teórica original”.

A falta de segurança jurídica, com a ausência de previsibilidade das decisões judiciais, é constante no sistema judiciário penal brasileiro, até mesmo nos tribunais superiores. (KIRCHER, 2018, p.14). No tocante ao processo penal, por exemplo, são comuns as situações em que não existe consenso na aplicação da norma pelos magistrados e tribunais, ocasionando o tratamento desigual em casos semelhantes. O cerne da questão está no fato de que a carência de igualdade e previsibilidade das decisões judiciais afeta diretamente o campo da liberdade individual, além de não balizar de forma concreta o poder punitivo estatal. (NERI; LIMA, 2016, p.635-636). Diante, disso, faz-se necessária a busca de alternativas a fim de que sejam alcançadas a segurança jurídica e a verdadeira igualdade nas decisões judiciais proferidas no âmbito penal.

Uma solução adequada para o atingimento dessa segurança jurídica e dessa igualdade tão almejadas seria a aplicação da teoria dos precedentes vinculantes na seara criminal, de modo a promover a segurança jurídica e a proteção de direitos, fortalecendo, assim, os limites do direito de punir (KIRCHER, 2018, p.18). Vale ressaltar que, especialmente no processo penal, que deve assegurar a observância das garantias e das liberdades fundamentais, a aplicação dos precedentes judiciais pode proporcionar uma diminuição da discricionariedade judicial em sentido amplo, tendo em vista que ao reestruturar o ordenamento jurídico, possibilitará mais racionalidade e mais uniformidade nos entendimentos (NERI; LIMA, 2016, p.648). Desta forma, verifica-se que a aplicação da teoria dos precedentes vinculantes ao processo penal proporciona maior segurança jurídica e isonomia, reduzindo a discricionariedade judicial e, por conseguinte, consolidando os limites do poder punitivo do Estado.

A discricionariedade judicial, inclusive, foi o que motivou a impetração do Habeas Corpus Coletivo n.143.641-SP perante o Supremo Tribunal Federal diante das negativas sistemáticas e discricionárias da substituição das prisões preventivas por prisões domiciliares de mulheres que se enquadram no disposto nos arts. 318 e 318-A do Código de Processo Penal. Esse precedente judicial será estudado mais adiante quando tratarmos do encarceramento feminino e da atuação da Defensoria Pública na formação dos precedentes judiciais referentes ao direito fundamental à liberdade de locomoção das mulheres privadas de liberdade.

Um dos questionamentos acerca da aplicação da teoria dos precedentes, como visto, é de que haveria uma relativização da independência judicial. Caio Cezar de Figueiredo Paiva (2013), ao tratar da necessidade de aplicação da teoria dos precedentes vinculantes ao processo penal, aponta que:

Não há menor dúvida de que o juiz deve ser independente para decidir, mas daí a permiti-lo simplesmente desconsiderar o que os Tribunais Superiores entendem sobre a matéria em questão vai uma enorme distância. Primeiro, porque o juiz não decide ‘para si’ e, por isso mesmo, obrigar o réu ou o Ministério Público a interpor o recurso tão somente para que os Tribunais Superiores reiterem uma jurisprudência já consolidada contraria qualquer percepção da realidade. E segundo, principalmente, porque ao se proclamar a independência judicial (absoluta), idealiza-se um juiz bom, que sempre decidirá conforme a Constituição Federal e os direitos e garantias fundamentais (PAIVA, 2013, p.8).

Ressalte-se que, enquanto os juristas da área criminal discutem a independência judicial, aqueles que atuam no âmbito cível estudam, com seriedade, a teoria dos precedentes e seus reflexos na estabilização das relações jurídicas (PAIVA, 2013, p.8). Isso resta claro na preocupação dos processualistas civis em fazer constar expressamente no Código de Processo Civil de 2015 a adoção da sistemática da teoria dos precedentes vinculantes, enquanto não se observa o mesmo empenho no âmbito do processo penal, uma vez que não há qualquer menção acerca do tema no Anteprojeto do Novo Código de Processo Penal (PLS 156/2009).

Segundo Caio Cezar de Figueiredo Paiva (2013), em que pese a indispensável apropriação de conceitos comuns a uma teoria geral dos precedentes, como os já mencionados conceitos de *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling*, “[...] a doutrina penal pode e deve desenvolver uma teoria própria dos precedentes penais, que se ajuste à silhueta das particularidades da matéria” (PAIVA, 2013, p.8). Assim, para o autor, a elaboração de uma teoria dos precedentes penais que reconheça a relevância dos precedentes como fonte não incriminadora do Direito Penal e como ferramenta de controle do poder punitivo do Estado é um grande desafio para a doutrina penal.

Na seara criminal, a igualdade e a segurança jurídica, favorecidas pela aplicação da teoria dos precedentes judiciais, possuem maior relevo, tendo em vista que os sujeitos devem ter segurança quanto às balizas de sua atuação e aos prováveis efeitos dos seus atos. Observe-se, ainda, que o princípio da legalidade estabelece que os tipos penais somente podem decorrer de lei anterior à prática das condutas, bem como que a sanção penal também deve estar previamente estabelecida por lei (NERI; LIMA, 2016, p.638).

Bianca Garcia Neri e Bárbara Gaeta Dornellas Lima (2016, p.638) afirmam que a indagação que se faz concerne à ausência de respeito a essas garantias por parte dos juízes que, amparados pelo livre convencimento motivado, exararam decisões casuísticas, trazendo insegurança aos jurisdicionados. Essa perspectiva de que cada magistrado ou tribunal decida de forma casuística e sem vinculação a decisões anteriores ocasiona instabilidade que

repercuta no comportamento do indivíduo perante a sociedade, diante da mitigação da segurança do seu atuar. Diante disso, é essencial, então que, ao aplicar as leis, magistrados e tribunais busquem interpretá-las em conformidade com todo ordenamento jurídico, observando, ainda, as decisões judiciais proferidas em situações semelhantes, a fim de evitar que a jurisdição se torne uma autêntica loteria (NERI; LIMA, 2016, p.641).

A proteção dos bens jurídicos de maior relevância social incumbe ao Estado, no entanto, o seu poder de ingerência no campo da liberdade individual não deve depender da discricionariedade do julgador, que modifica seu entendimento casuisticamente, ainda que esteja decidindo situações idênticas ou similares (NERI; LIMA, 2016, p.641). Nesse sentido, não é possível imaginar um direito penal e processual penal desprovidos do respeito à igualdade, que deve propiciar tratamento similar em situações similares, e à segurança jurídica, permitindo que os indivíduos tenham conhecimento prévio de como se aplicam as leis. Em razão disso, constata-se a importância dos precedentes judiciais, que devem orientar as decisões judiciais, preservando a coerência do sistema jurídico (NERI; LIMA, 2016, p.641).

Justamente por não ser possível imaginar um direito penal ou processual penal que desprestige a igualdade, mostrou-se necessária a impetração *Habeas Corpus* Coletivo n.143.641-SP perante o Supremo Tribunal Federal. Naquela ocasião, constatou-se que havia uma diferença de tratamento quanto às mulheres presas que estavam em situação idêntica, presas preventivamente, que fossem gestantes, puérperas ou mães que tivessem crianças com até 12 anos de idade sob a sua responsabilidade.

Para ilustrar esse tratamento desigual, houve um pouco antes da impetração desse *writa* substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da esposa de um político que tinha filhos menores de 12 anos de idade sob a sua responsabilidade. Embora existisse efetivamente disposição legal nos arts.318 e 318-A do Código de Processo Penal sobre essa substituição, tal decisão contrastava com as frequentes negativas sistemáticas e discricionárias de juízes e tribunais brasileiros acerca do tema, principalmente quando mulheres pobres e sem instrução, que são a maioria da população carcerária feminina, pleiteavam a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar pelo mesmo motivo. Enfim, isso demonstra que o precedente judicial paradigmático, formado a partir da decisão do referido *habeas corpus*, demonstra a importância da utilização do sistema de precedentes judiciais no processo penal, a fim de se assegurar a igualdade e a segurança jurídica das decisões.

Como dito anteriormente, a inserção da teoria dos precedentes vinculantes no Código de Processo Civil robustece a noção de que não se pode admitir que juízes e tribunais decidam

casuisticamente, tratando de modo desigual situações similares. Observa-se, todavia, que não houve até então qualquer movimento para que haja adoção expressa da mencionada teoria no Código de Processo Penal, ocasionando dúvidas acerca da possibilidade ou não de aplicação das disposições sobre precedentes judiciais do Código de Processo Civil ao processo penal (NERI; LIMA, 2016, p.644). Vale ressaltar que a Teoria Geral do Processo é a origem do Direito Processual Civil e do Direito Processual Penal e que, portanto, essas duas ramificações partilham as noções de processo, jurisdição, ação, competência, defesa, coisa julgada, juiz natural, preclusão, dentre outras (NERI; LIMA, 2016, p.645).

Outrossim, a Constituição Federal de 1988 se refere ao Direito Processual de modo geral, sem distinguir ramos específicos, ao dispor sobre a competência legislativa da União e dos demais entes federativos em seus arts.22, inciso I, e 24, XI, respectivamente. Considerando que a jurisprudência é fonte subsidiária do Direito Processual, a aplicação dos precedentes judiciais deve ser compreendida da mesma forma e feita indistintamente tanto no âmbito cível quanto no âmbito criminal. Bianca Garcia Neri e Bárbara Gaeta Dornellas de Lima (2016, p.645) esclarecem que, ainda que não seja levada em conta a unidade do Direito Processual, há entendimento doutrinário favorável ao uso da jurisprudência como fonte do Direito Processual Penal.

Além disso, o art.3º do Código de Processo Penal permite o uso da analogia, desde que respeitado o princípio que proíbe o uso da analogia *in malam partem*, de modo que a adoção de forma analógica dos dispositivos do Código de Processo Civil que tratam da sistemática dos precedentes judiciais é possível e consiste em autêntica analogia *in bonam partem*. Isto porque, diante da ausência de conformidade e de coerência vistas nas decisões judiciais no âmbito penal, a aplicação da teoria dos precedentes vinculantes no processo penal é benéfica ao proporcionar tratamento isonômico e maior segurança jurídica aos indivíduos.

Observe-se, ainda, que existem disposições no Código de Processo Penal que tratam expressamente do uso de normas processuais civis na seara processual penal, a exemplo dos arts.139, 362 e 790 do Código de Processo Penal, que dispõem, respectivamente, acerca do depósito e administração de bens arrestados, da citação por hora certa e da homologação de sentença penal estrangeira, restando patente, portanto, a viabilidade do diálogo entre as fontes do Direito Processual. Outrossim, em determinadas circunstâncias não é possível a aplicação de normas processuais civis ao processo penal, tendo em vista que o Código de Processo Penal dispõe de forma diversa sobre o assunto. Isso ocorre, por exemplo, quanto à contagem dos prazos processuais, tendo em vista que o art.219 do Código de Processo Civil de 2015

disciplina a contagem do prazo em dias úteis e o Código de Processo Penal dispõe em seu art.798 que os prazos devem ser contados em dias corridos.

Ainda quanto à contagem dos prazos processuais, não se aplica ao processo penal o disposto no art.220 do Código de Processo Civil de 2015, que estabelece a suspensão dos prazos durante as férias, considerando que tal disposição colide com o disposto no art.797 do Código de Processo Penal, que permite a prática de atos processuais até mesmo no período de férias. Cumpre salientar que a impossibilidade de intercâmbio de normas é sempre tratada de forma expressa pelo legislador, como visto no art.12, §2º, VIII, do Código de Processo Civil de 2015, que dispõe sobre a exclusão dos processos criminais da regra que estabelece a observância pelos magistrados e tribunais da ordem cronológica de conclusão dos processos para julgamento.

Da leitura dos arts.927, 928 e 976 do Código de Processo Civil de 2015, os quais dispõem acerca do sistema de precedentes judiciais, constata-se que o legislador não impôs qualquer óbice à sua aplicação aos processos no âmbito criminal. Verifica-se que, ainda no âmbito da aplicação da lei, de acordo com o disposto no art.489, §1º, VI, do Código de Processo Civil de 2015, o juiz pode deixar de aplicar súmula, jurisprudência ou precedente mencionado pela parte, caso demonstre que se trata de situação diversa ou de superação do precedente alegado.

A aplicação da teoria dos precedentes vinculantes no âmbito penal é necessária, todavia deve haver certo cuidado na sua utilização a fim de evitar o ativismo judicial, considerando também que existem limites para a formação dos precedentes judiciais resultantes desse ativismo. Neste sentido, são limites para a formação dos precedentes penais o princípio da separação de poderes, o princípio da legalidade e a proibição da analogia in malam partem no direito penal, que não podendo ser transpostos pelo magistrado em hipótese alguma (ARAÚJO; FIGUEIREDO, 2020, p.68).

Desta forma, considerando que não existe disposição no Código de Processo Penal que conflite com o disposto no Código de Processo Civil de 2015 acerca da sistemática dos precedentes judiciais, não existe qualquer restrição legislativa quanto à sua aplicação no processo penal. É importante ressaltar que a aplicação da teoria dos precedentes vinculantes no processo penal não prejudica o livre convencimento motivado do juiz disposto no art.155 do Código de Processo Penal, uma vez que a observância dos precedentes judiciais está no âmbito da interpretação da lei, com o intuito de tornar o entendimento uniforme, não influenciando no modo de apreciação das provas pelo juiz (NERI; LIMA, 2016, p.647).

Constata-se, portanto, que a teoria dos precedentes vinculantes não tem qualquer incompatibilidade com o processo penal, uma vez que não existe previsão em sentido contrário no Código de Processo Penal nem vedação expressa à utilização de normas processuais civis sobre a matéria. Ademais, há disposição expressa no Código de Processo Penal que permite o uso da analogia, possibilitando a aplicação da teoria dos precedentes vinculantes no âmbito penal. Ressalta-se, mais uma vez que, a utilização dos precedentes vinculantes no processo penal é indispensável para que se alcance efetivamente igualdade e segurança jurídica nas decisões judiciais nessa seara. Visualizaremos melhor essa busca pela igualdade e segurança jurídica nos precedentes mais adiante, em capítulo próprio, quando tratarmos da atuação da Defensoria Pública na formação dos precedentes judiciais que dizem respeito ao direito fundamental à liberdade de locomoção das mulheres encarceradas.

4 O ENCARCERAMENTO FEMININO NO BRASIL

O encarceramento feminino no Brasil não é um fenômeno recente, mas, assim como o encarceramento em geral passou a aumentar com o endurecimento da legislação criminal quanto ao tráfico de substâncias entorpecentes. A compreensão do encarceramento feminino no Brasil carece do estudo de aspectos da criminologia feminista e, por conseguinte, dos processos de criminalização das mulheres, bem como da análise das peculiaridades da situação da mulher no cárcere e das previsões legais existentes para o atendimento dessas especificidades. Outrossim, o entendimento desse tema perpassa pela análise do conteúdo do direito fundamental à liberdade de locomoção, que é passível de limitação como outros direitos fundamentais, como veremos a seguir.

4.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO

O direito à liberdade de locomoção é direito fundamental previsto no *caput* e o inciso XV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que consiste no direito de ir, vir e de permanecer. Esse direito é passível de limitações, como outros direitos fundamentais, sendo que uma de suas limitações mais relevante decorre da prisão, entendida como privação da liberdade. A palavra “liberdade” é polissêmica, podendo “[...] se referir a ações (o que supõe a existência de livre-arbítrio) ou a características de pessoas. Há a ‘liberdade de’ e a ‘liberdade para’” (CASARA, 2014, p.20).

Não obstante as hipóteses em que a liberdade pode ser restringida pela prisão e a imediatidade do relaxamento da prisão ilegal constem, expressamente, do rol de direitos e de garantias fundamentais, há um nítido distanciamento entre o texto constitucional e a realidade fática, caracterizada por prisões ilegais e desnecessárias que elevam o índice do encarceramento no Brasil. Sobre isso, o artigo 5º, incisos LXI e LXV, da Constituição Federal estabelecem, respectivamente, que “[...] ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar, definidos em lei” e que “[...]a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”.

Bodo Pierothe e Bernhard Schlink (2018) conceituam liberdade da pessoa humana como liberdade de deslocação física. Para os autores, esse direito fundamental engloba, sob a

ótica positiva, o direito de ir para qualquer lugar, distante ou não, e, sob a ótica negativa, de se distanciar de qualquer lugar. Sua proteção recai, ainda, sobre a ausência de obrigação de permanência em lugar em que não se pretenda permanecer. Ademais, “[...] a liberdade da pessoa, tal qual os outros direitos de liberdade não marcados normativamente, não está protegida apenas no quadro da ordem jurídica geral” (PIEROTH;SCHLINK, 2018, p.207).

Geórgia Bajer Fernandes de Freitas Porfírio (2015) esclarece que existem distinções entre duas concepções de liberdade que se sucederam no tempo, as quais são denominadas liberdade antiga e liberdade moderna. Segundo a autora, “[...] a liberdade antiga coincide com o dever” (PORFÍRIO, 2015, p.21), de modo que “[...] pode significar ausência de liberdade individual” (PORFÍRIO, 2015, p.21) enquanto autonomia da vontade. Nesse sentido, a liberdade moderna, por sua vez, consiste na “[...] ausência de obstáculos para fazer o que se quer” e reflete a individualidade do ser humano. Assim, “[...] a liberdade existe plena onde não existir previsão quanto a um dever ou a uma proibição” (PORFÍRIO, 2015, p.21).

Outrossim, Rubens R.R. Casara (2014, p.20-21) aduz que a liberdade igualmente pode ser entendida como a perspectiva de fazer o que quiser, de atuar de forma autônoma. Segundo o autor, existe, ainda, quem defina a liberdade como uma qualidade intrínseca ao indivíduo, autêntica circunstância ontológica do ser, e há quem entenda a liberdade como um “deixar-ser”, como a possibilidade de concretização de todas as capacidades do indivíduo, sem submetê-lo a restrições.

Observe-se que esses conceitos de liberdade estão intimamente relacionados, de modo que “[...] a liberdade como autonomia pressupõe a inexistência de impedimento”. (PORFÍRIO, 2015, p.21). Geórgia Bajer Fernandes de Freitas Porfírio (2015, p.21-22) afirma, ainda, que as modernas Constituições não tiveram dificuldades em estabelecer limite entre a liberdade entendida como ausência de impedimento e a liberdade entendida como expressão de vontade geral, comum, de todos. A autora leciona que a valorização de liberdades negativas preponderava nas declarações de direitos do século XVIII, bem como que a constituição era contenção ao poder e garantia de liberdade individual. Assim, eram exigidas do Estado, simultaneamente, a sua abstenção, assegurando a liberdade individual em face de regimes autoritários, e prestações positivas, a fim de assegurar os direitos dos cidadãos. Segundo a autora, “[...] esses direitos, tal como a assistência pública, eram mencionados nas Constituições mais como favor ou condescendência estatal”. Assim, cumpre salientar que “[...] a tutela simultânea, pelo Estado, de direitos individuais e sociais fez surgir a discussão entre as duas liberdades, nas Constituições contemporâneas, em outra dimensão mais complexa: em termos de liberdades positiva e negativa”. Desta forma, passaram a ser exigidas

do Estado prestações positivas, a fim de garantir tanto a liberdade individual, quanto os direitos sociais (PORFÍRIO, 2015, p.22).

No âmbito jurídico, o acréscimo dos direitos sociais no rol de direitos fundamentais modificou o enfoque da liberdade. Anteriormente, o conceito de liberdade decorria do embate entre Estado e indivíduo. Com a assunção pelo Estado da função de garantia dos direitos sociais, as hipóteses de conflito entre indivíduo e Estado, entre coletividade e individualidade e entre coletividade e o Estado foram tão ampliadas que o conflito de direitos ou de liberdades surge como um fator a mais a se ponderar na tutela da liberdade. Em decorrência disso, observa-se a reorganização da função do Poder Judiciário diante dos outros poderes e a modificação do sentido dado à prestação jurisdicional (PORFÍRIO, 2015, p.24).

Vale ressaltar que, no âmbito do processo penal, essa reformulação da função jurisdicional tem impacto na proteção da liberdade. Geórgia Bajer Fernandes de Freitas Porfírio (2015, p.25) ensina que, tradicionalmente, as garantias de liberdade foram desenvolvidas sob a guarida da liberdade negativa, de modo a restringir a conduta estatal para assegurar que não existissem abusos de poder e violações de direitos individuais. Segundo a autora, a expansão das prestações positivas através do Estado, orientado a assegurar a concretização dos direitos fundamentais sociais, inclusive da segurança jurídica, ampliou o rol de condutas criminalizadas e, por conseguinte, as possibilidades de persecução penal, dificultando por muitas vezes a delimitação do campo da licitude no âmbito penal e processual penal.

Em razão disso, houve a necessidade de reforçar o respeito aos direitos fundamentais individuais no processo penal através de fórmulas de garantia. Neste sentido, a tutela efetiva dos direitos fundamentais individuais passou a ser exigida, constitucionalmente, através de prestações positivas por parte do Estado, diante das possibilidades processuais de limitação desses direitos (medidas cautelares em benefício da persecução penal, tanto na investigação policial quanto no processo de conhecimento), bem como no que diz respeito à definição da pena (quanto à sua aplicação e execução) (PORFÍRIO, 2015, p.25-26).

Atualmente, no processo penal e no direito penal, há garantias de liberdade individual, tanto no âmbito da liberdade negativa, quanto no da liberdade positiva. Geórgia Bajer Fernandes de Freitas Porfírio (2015, p.26) aduz que a jurisdição penal é compelida a estruturar proteção, restrição e garantia da liberdade de forma permanente e não apenas no momento processual destinado à definição do direito material tutelado. A autora ressalta, ainda, que novas possibilidades de restrições de direitos no plano concreto surgem na mesma medida em que aparecem novos direitos individuais no plano abstrato. Diante dessas novas

possibilidades de restrição de direitos no plano concreto, exige-se uma participação mais ativa do Poder Judiciário na formulação do direito concreto e a sua agilidade da tutela de direitos. Assim, “[...] a jurisdição penal aparece não apenas como garantia da liberdade, mas também no papel de conformadora da liberdade jurídica no plano concreto.” (PORFÍRIO, 2015, p.26).

A liberdade nos países que possuem um sistema positivista, como o Brasil, é conformada pela licitude em abstrato e, em concreto, a liberdade decorre do processo de subsunção da norma. Sendo assim, tanto a liberdade, quanto a sua ausência são justificadas pela legalidade. Conclui-se, portanto, que “[...] a liberdade protegida é a liberdade jurídica.” (PORFÍRIO, 2015, p.35).

No entanto, a Constituição reconhece a liberdade como uma valia positiva desejada pela comunidade e delimita juridicamente o seu conteúdo dentro do sistema hierárquico de normas. Desta forma, a Constituição é garantia de liberdade formal e substancial. No âmbito formal, são delimitadas as hipóteses e condições em que a liberdade pode ser restringida. No âmbito substancial, a Constituição estabelece a liberdade como valor fundamental, que pode ser restringido em determinadas situações, mas nunca suprimido (PORFÍRIO, 2015, p.49-50).

Ocorre que a norma de garantia do indivíduo perante o Poder Público prevista nas Constituições, sob a forma de direito público subjetivo, a fim de tutelar a liberdade, tornou-se insuficiente para assegurar a liberdade no plano concreto, uma vez que os direitos privados se confundiam com os interesses da coletividade (PORFÍRIO, 2015, p.59-60). Nesse aspecto, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas Porfírio (2015) pontua que:

Entre nós, além de inúmeras questões que podem ser levantadas sobre o acesso à justiça negado a pessoas pobres, desfavorecidas social e economicamente, resta, ainda, na casuística, problema ligado aos acusados estrangeiros. Negam-se a eles, entre outros direitos, a liberdade provisória, a aplicação da Lei n.9.099 – reservada a infrações de menor potencial ofensivo – e a progressão na execução da pena, presumindo-se que se furtarão ao processo, às condições impostas à suspensão do processo e ao cumprimento da pena (PORFÍRIO, 2015, p.64).

Verifica-se, portanto, que não há uma tutela efetiva da liberdade garantida tão somente como direito público subjetivo, motivo pelo qual é importante o seu reconhecimento como direito público indisponível. A garantia concreta da liberdade depende da sua articulação como direito subjetivo que deve ser reconhecido a qualquer pessoa, a despeito de suas particularidades ou da situação jurídica em que se situe (PORFÍRIO, 2015, p.64-66).

O *caput* e o inciso XV do art. 5º da Constituição Federal de 1988 preveem o direito fundamental à liberdade de locomoção nos seguintes termos:

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

[...]

XV - e livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

A privação da liberdade consiste na supressão da liberdade de movimentação física “em qualquer direção”, na permanência (por ordem e/ou execução) num lugar rigorosamente delimitado, logo, “[...] toda espécie de retenção, detenção, prisão, pena de privação de liberdade e internamento.” (PIEROTH; SCHLINK, 2018, p.208-209). Quanto ao ambiente da privação de liberdade, Erving Goffman (2015, p.11) leciona que as instituições totais consistem no lugar de residência e de trabalho no qual uma grande quantidade de pessoas em situação similar, apartadas da sociedade por um determinado período, convivem de modo fechado e formalmente administrado. Desta forma, as prisões são exemplo de instituições totais, desde que se tenha em conta que características das prisões podem ser encontradas em outras instituições nas quais seus membros não tenham se comportado de forma ilegal.

Erving Goffman (2015, p.16) esclarece que o “fechamento” ou caráter total de algumas instituições, denominadas pelo autor como instituições totais, é representado pelo obstáculo à relação social com o mundo exterior e por vedações à saída que muitas vezes fazem parte da sua própria estrutura física. Essas instituições totais de nossa sociedade podem possuir diversas finalidades. Dentre essas instituições, está a prisão, que é estruturada para resguardar a sociedade contra perigos intencionais, de modo que “[...]o bem-estar das pessoas assim isoladas não constitui o problema imediato: cadeias, penitenciárias, campos de prisioneiros de guerra, campos de concentração.” (GOFFMAN, 2015, p.17).

Os incisos LXI e LXV do artigo 5º da Constituição Federal estabelecem, respectivamente, que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar, definidos em lei” e que “[...]a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”. A prisão, portanto, “[...] pode ser apresentada como ingerência estatal, através do uso da força, na liberdade de ir e vir de pessoas físicas” (CASARA, 2014, p.31). Neste sentido, a prisão, entendida como privação de liberdade, aparece “[...]como forma de limitação física, especialmente intensa à liberdade do indivíduo.”(CASARA, 2014, p.29).

Rubens R.R.Casara (2014, p.29 e p.31) esclarece que, lamentavelmente, existe uma grande distância entre o disposto na Constituição e a realidade, que se caracteriza por prisões ilegais e dispensáveis que tornam o Brasil um dos países com as maiores taxas de encarceramento do mundo.

Enfim, ao acompanhar o crescimento dessa taxa de encarceramento geral no país, observa-se que, nas últimas décadas, houve também um aumento significativo do número de mulheres encarceradas. Os processos de criminalização das mulheres que levaram a esse aumento do encarceramento feminino serão analisados adiante.

4.2 ASPECTOS DA CRIMINOLOGIA FEMINISTA

Para a compreensão do encarceramento feminino, faz-se necessário o entendimento da condição da mulher enquanto autora de fatos definidos como crimes.

Atualmente, para assimilar o etiquetamento feminino tanto como autora, quanto como vítima, é essencial entender que tradicionalmente o poder patriarcal e o poder punitivo se associaram para sua conservação pela família, pela sociedade e pelo Estado (MENDES, 2017, p.14). Por conta disso, a importância de uma criminologia feminista decorre da necessidade da análise dos processos de criminalização e de vitimização da mulher sob a perspectiva do gênero.

Inicialmente, impende ressaltar que “[...] não existe uma Criminologia, mas muitas criminologias”, de modo que múltiplos são também os significados que podem possuir noções como as de crime, de criminoso, de sistema criminal ou de controle (MENDES, 2017, p.19). A criminologia pode ser definida como a reunião de saberes de diversas áreas, aplicados ao estudo e à crítica da prática do poder punitivo, cuja finalidade consiste em elucidar sua eficácia social e individual e possibilitar uma diminuição em seus graus de produção e reprodução da violência na sociedade (BATISTA; ZAFFARONI, 2006, p.288).

A história do pensamento criminológico percorre desde a concepção do poder punitivo medieval, aos fundamentos da instituição do Estado moderno, às teorias clássicas que caracterizam o Direito Penal como método de controle social e às ideias biológico racistas do positivismo europeu. Perpassa, ainda, pela doutrina das Escolas Sociológicas por meio da influência de aspectos psicanalíticos, elabora teorias se utilizando do cenário da contracultura, reestrutura seus conceitos através da crítica marxista da exploração, elabora novas concepções baseadas na disciplina e nos instrumentos de controle dos corpos e se intensifica como

consequência das discussões acerca da diversidade em razão da evidente criminalização e vitimização dos mais vulneráveis (MARTINS; GAUER, 2020, p.14-149).

Fernanda Martins e Ruth M.C. Gauer (2020, p.149) esclarecem que não há entre os mais proeminentes criminólogos do país, da América Latina e dos países do Norte do um conceito pacífico do que seria a criminologia crítica, mas é possível observar que o ponto em comum entre as suas definições é o seu sentido de crítica criminológica. Com efeito, a criminologia crítica expôs a enorme crise em que se precipitaram o sistema penal e o Direito Penal, ao revelar que o sistema penal não entrega a segurança jurídica, a igualdade e a humanidade prometidas, além de evidenciar o fracasso do cárcere como instituição ressocializadora deteriorando a premissa dogmática que sustenta o Direito Penal (CAMPOS, 1999, p.14).

Além disso, a criminologia crítica passa a refutar o sistema penal de controle do desvio social, exibindo o contraste elementar

[...] entre a igualdade formal dos sujeitos do direito e a desigualdade substancial dos indivíduos que podem ser selecionados como delinquentes, cujas chances são maiores na população pobre, característica das pessoas que recebem a etiqueta de ‘criminoso’ (CAMPOS, 1999, p.14).

A criminologia crítica, então, demonstra um dos elementos fundamentais da criminalização, que é a seletividade. Logo, o sistema penal é observado como um sistema violador de direitos, no qual está inserido o cárcere e, por conseguinte, a prisão se apresenta como violadora de direitos. Desta forma, a criminologia crítica revela que o sistema penal não pode assegurar direitos. O Direito Penal, por sua vez, confere racionalidade a esse sistema, pois o sustenta, e, em razão disso, não tem a capacidade de garantir a proteção dos direitos humanos ou se revela muito limitado nesse aspecto (CAMPOS, 1999, p.14).

A criminologia crítica ganhou espaço, inicialmente, a partir dos movimentos de contracultura vistos nas décadas de 1960 e 1970 na Europa e nos Estados Unidos, quando os movimentos sociais passaram a ser admitidos como ferramentas necessárias para a criação do conhecimento e notadamente para se questionar os discursos dos processos de criminalização e de vitimização. Neste contexto, diante da constatação da seletividade das mulheres tidas como criminosas e/ou vítimas, começam a surgir os primeiros questionamentos acerca do seu lugar no direito penal, apontando que elementos como “honra” e marcadores de gênero e de raça são decisivos para situar a mulher no campo penal e extrapenal de controle social. É

possível dizer, portanto, que, a partir daí, houve o primeiro contato da criminologia com o feminismo (MARTINS; GAUER, 2020, p.150).

A epistemologia feminista, em verdade, revelou a conjuntura patriarcal que permeia os sistemas da ciência e do direito tanto ao seu acesso e à sua aplicação quanto à sua produção. Diante dessa constatação, o empirismo feminista, a teoria do ponto de vista feminista e o pós-modernismo feminista permitiram a articulação de uma crítica e de uma proposta alternativa. (BARATTA, 1999, p.60). Nesse aspecto, Alessandro Baratta (1999, p.61) afirma que “[...]o empirismo feminista procurou a igualdade negando a diferença” e “[...] a teoria do ponto de vista feminista procurou a diferença negando a igualdade”. Segundo esse autor, ultrapassando essa divergência, o pós-modernismo feminista apontou um caminho para uma renovação da unidade da ciência e do direito, na medida em que essa unidade pode ser encontrada com a integração, nos dois sistemas, das condutas e características humanas que historicamente se atribuem ao gênero feminino ou que somente são admitidas na esfera privada, elegendo os avanços da modernidade, e das questões da ciência e do direito contemporâneo irrenunciáveis “[...] na nutrição do conhecimento e no sustento das lutas, seja por uma sociedade melhor, seja especificamente feministas.” (BARATTA, 1999, p.61).

Ressalte-se que a análise crítica da divisão social de trabalho entre homens e mulheres na sociedade contemporânea, ou seja, a diferenciação de papéis de gênero nos âmbitos de produção, da reprodução, da política e na divisão entre público e privado parte de uma construção social do gênero e não da mera distinção biológica do sexo. O próprio entendimento da distinção biológica do sexo no senso comum e no discurso científico resulta, sobretudo, das características que, em uma dada cultura e sociedade, são conferidas aos dois gêneros, e não o contrário (BARATTA, 1999, p.21).

Heleieth Saffioti (2013, p.191) afirma que o movimento feminista pequeno-burguês buscou desconstruir os estereótipos que, até hoje, transformam a mulher em um ser socialmente inferior ao homem e, essencialmente, preocupou-se e ainda se preocupa em incentivar os homens a tomarem atitudes que favoreçam o trabalho feminino remunerado, modificando em certa medida a própria imagem da mulher, deixando de proporcionar o que efetivamente poderia propor para a maior incorporação de elementos femininos na estrutura de classe, que seria a modificação do olhar que se tem sobre o trabalho feminino.

Cumprе salientar que, embora houvesse limitações nesse feminismo pequeno-burguês, deve-se reconhecer que esse movimento inicial foi importante para eliminar muitos preconceitos e quebrar tabus, concebendo uma nova visão acerca dos papéis sociais da mulher (SAFFIOTI, 2013, p.188-189).

Desde então, o movimento feminista evoluiu, sendo compreendido atualmente como o esforço para abolir a opressão sexista, sem favorecer particularmente apenas um grupo definido, uma raça ou camada social de mulheres. Bell Hooks (2019, p.59) esclarece, ainda, que o feminismo não tem por finalidade favorecer a mulher em prejuízo do homem, bem como que o feminismo pode promover transformações sociais significativas.

A adoção do paradigma feminista acarreta uma radicalização total, uma vez que a perspectiva de gênero não consiste apenas em um elemento a mais, como acontece nos estudos criminológicos realizados sob o paradigma da reação social. Segundo Soraia da Rosa Mendes (2017), a principal finalidade de uma criminologia feminista é essa adoção de uma ótica feminista, consistente numa guinada epistemológica, que impõe que as análises sejam feitas “[...] a partir da realidade vivida pelas mulheres (sejam vítimas, réis ou condenadas) dentro e fora do sistema de justiça criminal”. (MENDES, 2017, p.158),

A compreensão disso é essencial para se revelar a íntima relação existente entre ciência e poder masculino que perpetua as circunstâncias e os efeitos das desigualdades sociais entre os gêneros. Geraldo Prado (2020, p.16) aduz que o exercício do poder patriarcal se dá com naturalidade, na medida em que assuntos de gênero são desconsiderados, tratados de forma superficial ou entendidos como devaneios de um grupo social que se nega a construir a ciência de maneira tradicional, depreciando-se todo esforço teórico que tenha por finalidade inserir os assuntos de gênero no campo da epistemologia, exceto quando postos espaço daquelas temas sobre os indivíduos “ de que se fala”. Com efeito, mulheres são convertidas a membros de um gênero subalterno, tendo em vista que, em dada sociedade e cultura, há a percepção de que determinados atributos e papéis estão naturalmente relacionados apenas a um sexo biológico e não a outro (BARATTA, 1999, p.21-22).

Noutra ponta, Carmen Antony (2019, p.276) afirma que os criminólogos que transitavam pelo caminho da criminologia crítica se fixavam na denúncia da seletividade do sistema penal, mas não consideravam a desigualdade de gênero no estudo do mesmo sistema. A mesma autora ressalta que, ao se deter à análise da dominação do poder classista, os criminólogos se esqueceram de que estavam em um mundo patriarcal, no qual a origem da opressão e da violência exercida pelos homens contra as mulheres não era apenas uma opressão entre classes, mas sim o resultado da estrutura patriarcal da sociedade e que, portanto, os problemas que notadamente ocorrem na execução da pena também são reflexos dos estereótipos de gênero.

Observa-se, portanto, que a influência exercida pelo poder patriarcal sobre a ciência e sobre o direito perpetua as desigualdades entre os gêneros na sociedade, razão pela qual se faz

necessária a análise da criminalização e da vitimização da mulher sob a perspectiva do gênero, nos moldes propostos pela criminologia feminista. O desenvolvimento do conceito de gênero tem por finalidade demonstrar a fragilidade e a falsidade das justificações biologicistas da submissão da mulher. (ESPINOZA, 2004, p.49-50). Olga Espinoza (2004, p.49) aponta que, para trabalhar sob a perspectiva do gênero, é essencial tratar dos conceitos de gênero, de relações de gênero e de sistema de gênero. No âmbito dos estudos feministas, gênero diz respeito à divisão sexual imposta socialmente através de representações e estereótipos em razão da exagerada importância dada às diferenças biológicas.

Quanto às relações de gênero, estas são formadas com base em representações de masculinidade ou de feminilidade fundadas em modelos que estabelecem a maneira como homens e mulheres atuam, sentem e vivem. Sistema de gênero, por sua vez, é a soma de valores, normas e pautas através das quais a sociedade estabelece a maneira de contextualização da sexualidade e da procriação (ESPINOZA, 2004, p.51). Assim, as representações de gênero são criadas como elemento de um processo de identificação de gênero que surge na família, percorre a escola e se valida no contexto social (ESPINOZA, 2004, p.51).

Cumprido salientar que o gênero está relacionado com diversas variáveis, como culturais, sociais, psicológicas, econômicas, e que é mais do que um elemento biológico. O gênero diz respeito à identidade social dos indivíduos, às expectativas que se têm quando aos comportamentos masculinos e femininos e ao papel conferido pela sociedade a ambos. Assim, a adoção da perspectiva de gênero proporciona o rompimento com a invisibilidade que até então existia nas análises sobre a execução da pena e, conseqüentemente, a perceptibilidade de práticas, valores, normas, representações, padrões de pensamento e de comportamento atribuídos aos homens e às mulheres, possibilitando que isso seja levado em consideração na aplicação da pena (ANTONY, 2019, p.277-278).

Soraia da Rosa Mendes (2020, p.92) afirma que as diferenças entre homens e mulheres não se tornam fixas e imutáveis em razão do patriarcado, embora este caracterize as relações entre os sexos na sociedade ao se mostrar como meio de dominação e exploração do homem sobre a mulher. O estudo do sistema de justiça criminal como vulnerador na perspectiva de gênero possibilita a compreensão de que são essenciais novas perspectivas epistêmicas, que sob diversos enfoques, direcionem as ações no instante em que o poder se concretiza através do processo penal (MENDES, 2020, p.150). Assim, ademais de dizer respeito às relações de dominação, exploração e opressão masculinas, a concepção social do gênero importa tratar de espaços, papéis e estigmas na sociedade.

Vale ressaltar que o simbolismo de gênero e o patriarcado contaminam tanto o direito, quanto o modo de funcionamento do sistema de justiça criminal, tendo em vista que

[...] o processo penal e o modo de funcionamento do sistema penal não só reproduzem desigualdades baseadas no gênero, mas produzem muitas destas próprias desigualdades (MENDES, 2020, p.93-94).

A inclusão do elemento do gênero na análise do etiquetamento possibilitou que fossem comprovados e expandidos os resultados alcançados pela criminologia crítica na avaliação da seletividade do processo de criminalização. A relação entre esta seletividade e a realidade social não se mede apenas com base na escala de posições sociais e na sua reprodução, uma vez que é na distinção entre essas esferas e nos papéis na divisão social do trabalho que se opera a elaboração social dos gêneros. Logo, observa-se que a sociedade patriarcal atribuiu, num sentido amplo, o papel produtivo aos homens o papel reprodutivo às mulheres (BARATTA, 1999, p.45).

Carmen Hein de Campos (1999, p.14) esclarece que um dos motivos pelos quais as criminólogas feministas defendem a utilização simbólica do Direito Penal é a constatação de que, não obstante a criminologia crítica tenha exposto a realidade oculta do sistema penal, a mesma criminologia crítica não incorporou a crítica feminista ao direito e à ciência. Carmen Antony (2019, p.226), por sua vez, afirma que a ausência de literatura penal e criminológica sobre as mulheres não decorre apenas da taxa de delinquência feminina, que é inferior a masculina, mas sim do fato de que muitos estudos partiram de estereótipos sobre a mulher que somente contribuiriam para distorcer a realidade.

Ressalte-se que a posição desigual da mulher, tanto na condição de vítima, quanto na condição de autora de delito, somente passou a ser objeto crescente de atenção por parte da criminologia nos anos 1970, como visto anteriormente. A partir daquele momento e em poucos anos, as criminólogas feministas passaram a produzir literatura sobre essa temática, direcionando a pesquisa criminológica a assuntos que ainda não haviam sido tratados pela criminologia, como aqueles relacionados ao tratamento dispensado pela justiça penal à violência masculina, a baixa taxa de incriminação feminina e suas formas específicas de criminalidade (BARATTA, 1999, p.19). Antes disso, os estudos sobre a delinquência feminina se ajustavam a parâmetros androcentristas e etnocentristas que se referiam ao homem delinquente, de modo que o discurso e as normas levavam em conta apenas o homem delinquente, suas motivações e o tratamento a ele dispensado nos estabelecimentos penais. (ANTONY, 2019, p.226). Desta forma, as análises sobre a criminalidade eram feitas a partir

da perspectiva masculina, estabelecendo-as como verdades universais para ambos os sexos (ANTONY, 2019, p.274).

Segundo Alessandro Baratta (1999, p.49), o sistema de justiça criminal, que realiza o controle formal dos indivíduos, se integra ao sistema de controle social informal, que corresponde à família e ao âmbito privado. Esse sistema de controle social informal se volta às mulheres quando o patriarcado tanto na esfera privada, quanto na esfera pública, não consegue impor o seu controle. Isso pode ser observado nos tipos penais específicos em função do gênero, como o aborto, o infanticídio e o abandono de menores.

Ademais, o sistema de justiça criminal não julga os indivíduos de forma isonômica, tendo em vista que seleciona diversos autores e vítimas em virtude de sua reputação pessoal. Vera Regina Pereira de Andrade (1999) aponta que essa seleção com base na reputação sexual se dá notadamente quanto às mulheres, estabelecendo-se uma separação bastante clara entre as mulheres “honestas” sob a ótica da moral sexual dominante, sendo que estas podem ser consideradas vítimas pelo sistema, e as mulheres “desonestas”, que, sob a ótica da moral sexual dominante, têm como exemplo as prostitutas, que são abandonadas pelo sistema, pois “[...] não se adaptam aos padrões de moralidade sexual impostas pelo patriarcalismo à mulher [...]” (ANDRADE, 1999, p.115).

Cumprе salientar, entretanto, que o direito penal não é o único mecanismo de controle social dos indivíduos, embora seja o mais visível e aterrorizante. Segundo Carmen Antony (2019, p.94), o direito penal é apenas a continuação de um conjunto de instituições públicas e privadas que também possuem a tarefa de socializar e de educar as pessoas através da aprendizagem e da inserção de determinadas pautas comportamentais.

Carmen Antony (2019, p.94-95) ainda esclarece que, com efeito, é a partir do Estado e dos mecanismos de produção de ideologias que se reproduz a desigualdade de gênero através da família, da educação, da religião, dos meios de comunicação social, entre outros espaços informais. A autora ressalta que o arcabouço jurídico legaliza essa desigualdade de gênero através de normas nos âmbitos civil, penal, administrativo, trabalhista e até nas políticas de natalidade.

Noutra ponta, constata-se que a pretensa neutralidade da lei no tratamento dos homens e das mulheres pelo sistema criminal é uma falácia, tendo em vista que a ausência da introdução da perspectiva de gênero na criação, na aplicação e na execução da lei perpetua e aprofunda as desigualdades (ANTONY, 2019, p.95).

A suposta neutralidade de tratamento dado pela lei à situação de mulheres e homens no sistema criminal é falaciosa, na medida em que prevalece a visão androcêntrica na

construção desse sistema. Neste sentido, Pierre Bourdieu (2019, p.24) esclarece que a visão androcêntrica se estabelece como neutra, dispensando a existência de discursos que a legitimem, evidenciando que a força da ordem masculina ou dominação masculina prescinde de justificação.

Carmen Antony (2019, p.237) ressalta que, ainda que a legislação mais recente na América Latina faça referência às especificidades do cárcere feminino, parece que essa mudança se limita apenas à linguagem. Segundo a autora, o assunto poderia ser melhor tratado se as mulheres encarceradas fossem ouvidas, se fossem conhecidos seus perfis, suas vidas sem futuro, o peso de uma maternidade muitas vezes forçada, a violência de gênero que sofreram, o abandono de seus companheiros e sua vida nas prisões, tão diferente da vida dos homens encarcerados. Veremos mais adiante, inclusive, ao tratar do encarceramento feminino no Brasil, que a vida da mulher no cárcere difere substancialmente da vida do homem na mesma situação.

Os problemas específicos enfrentados pelas mulheres privadas de liberdade poderiam ser solucionados se fosse introduzida a perspectiva de gênero nas normas, nas estratégias e nas políticas públicas que lhes dissessem respeito, de modo a devolver sua condição de cidadãs e a buscar a sua efetiva reinserção social na comunidade. A ausência de políticas públicas penitenciárias sob a perspectiva de gênero perpetua, novamente, a desigualdade e a discriminação contra a mulher, não resolvendo os seus problemas (ANTONY, 2019, p.274).

Quanto à criminalidade feminina, vários informes decorrentes de organismos das Nações Unidas apontam que a escassa participação da mulher na delinquência pode ser explicada pela sua menor oportunidade de cometer delitos, que se deve ao papel atribuído ao sexo feminino e ao maior controle social exercido nos processos de socialização (ANTONY, 2019, p.101). É importante, todavia, observar, nesse sentido, que o processo de criminalização feminina decorre de uma construção histórica, que tem o início do seu fortalecimento na Idade Média e perpassa o período da Revolução Industrial antes de chegar aos tempos atuais.

Historicamente, o período da Inquisição foi essencial no processo de consolidação do sistema punitivo. A Inquisição objetivava suprimir o lugar social público da mulher na Idade Média decorrente da escassez de homens que deixaram as cidades para ir para as guerras naquele período. Em razão disso, pretendeu-se abolir a religiosidade popular medieval e a cultura fortemente comunitária propagadas pelas mulheres. A necessidade de controle e subordinação da mulher naquele período surgiu do entendimento de que, por serem propagadoras de uma cultura que deveria ser interrompida, elas eram óbices à hierarquia social (ESPINOZA, 2004, p.55). A Inquisição, portanto, é de fundamental importância para

que assimile as mulheres como indivíduos perigosos que devem ser reprimidos. O legado da Idade Média, entretanto, é maior do que a quantidade de mulheres mortas nas fogueiras. Observa-se que ideologia medieval inquisitorial ainda perdura nos processos de criminalização e de vitimização das mulheres (MENDES, 2017, p.155).

Construiu-se a imagem da mulher como um indivíduo fraco, tanto fisicamente quanto em inteligência, decorrente de falhas genéticas, pensamento no qual se fundamenta a criminologia positivista quando trata da mulher criminosa. Outrossim, foi atribuída à mulher a inclinação ao mal em virtude da menor resistência à tentação, bem como a predominância da carnalidade em prejuízo da espiritualidade. Tais argumentos, por muito tempo, justificavam uma vigilância mais efetiva pela Igreja e pelo Estado (ESPINOZA, 2004, p.55-56).

O crescimento industrial fomentou o conflito pela preeminência social entre a classe industrial burguesa e a nobreza, que se tornou visível com a Revolução Francesa, baseada nos princípios iluministas de liberdade, igualdade e fraternidade. Nesse embate, a mulher retomou certo espaço público e reconhecimento por um curto período. Com a conquista do poder pela classe burguesa, o poder punitivo passou a ser utilizado como mecanismo eficaz de controle das classes marginais e marginalizadas. Isso permitiu o aparecimento de condutas punitivistas que deram início a um modelo de Estado policial. Validou-se, então, o vigilantismo social baseado na desigualdade dos indivíduos. O cidadão padrão era o homem superior, branco, casado com uma mulher dócil, com filhos, heterossexual e burguês. A verticalização hierarquizante, partindo desse padrão, marginaliza e exclui todos aqueles que nele não se enquadram (ESPINOZA, 2004, p.56-57).

Sob a ótica dominante, as mulheres condenadas eram totalmente irrecuperáveis. Desta forma, enquanto homens condenados eram indivíduos que tão somente haviam violado o contrato social, as criminosas eram consideradas como mulheres que haviam infringido princípios morais indispensáveis à condição feminina (DAVIS, 2019, p.75-76). Assim, as mulheres infratoras eram aquelas que se rebelavam contra os papéis sociais e sexuais a elas atribuídos. Lola Aniyar de Castro (2002, p.338) assevera que não houve uma mudança substancial desse olhar sobre a criminalidade feminina, apesar da maior incorporação da mulher ao mercado de trabalho.

Soraia da Rosa Mendes (2017, p.156-157) afirma que “[...] a família é parte da engrenagem que alimenta o Estado e é alimentada pelo mesmo Estado, que dela necessita para garantir a ordem de submissão global”. Em razão disso, no que concerne às mulheres, o poder punitivo se estabelece transversalmente na linha de poderes ascendentes, através de diversas

sujeições, perpetuadas pela medicina e pelo direito, que configuram um discurso único que convalida o binômio perseguição/repressão (MENDES, 2017, p.156-157).

Na América Latina, o impacto da participação feminina na criminalidade aparente, tanto global como específica, é pouco significativo se comparado à criminalidade masculina. As condutas mais usuais no campo da delinquência feminina são aquelas que se amoldam a delitos relacionados à família, como infanticídio, maus tratos às crianças e/ou adolescentes, homicídio do cônjuge ou companheiro, crimes contra o patrimônio, entre outros. Carmen Antony (2019) aduz que “[...] muitos desses delitos decorrem de situações intoleráveis nas quais a mulher não pôde mais suportar o peso da opressão, da discriminação e da violência de todo tipo que frequentemente sofre”(ANTONY, 2019, p.101). A autora afirma ainda que outros delitos praticados são fruto da marginalidade socioeconômica e do desemprego crescente que atinge mais diretamente a mulher, que na maioria das vezes é a única responsável pelo lar e pelo seu sustento.

Essa marginalidade socioeconômica e o aumento do desemprego explicam de alguma forma o incremento do tráfico de drogas praticado por mulheres. Vale ressaltar que o tráfico de drogas praticado pelas mulheres não se dá na condição de grande traficante, de líder de organizações criminais internacionais, mas apenas como pequena traficante, que pratica o tráfico tão somente como meio de sobrevivência. Isso reflete, mais uma vez, o abuso de sua condição de gênero que permite que se beneficie do trabalho ilegal da mulher (ANTONY, 2019, p.102).

Soraia da Rosa Mendes (2020) aponta que as mulheres privadas de liberdade não são mulheres vulneráveis, uma vez que as agressões por elas sofridas não decorrem de sua “sorte ou azar” nas relações afetivas ou sociais por elas estabelecidas. Com efeito, essas mulheres são “[...] pessoas vulneradas em um processo de violação do qual a família, a sociedade e o Estado fazem parte, por conveniência, silêncio, inércia” (MENDES, 2020, p.149-150). Na análise dessa autora, é equivocada a análise do processo de criminalização das mulheres sem que sejam levadas em conta crenças, atitudes, condutas e modelos culturais aos quais elas estão sujeitas, tendo em vista que, tradicionalmente, a ideologia no que concerne à mulher sempre foi a de custodiá-la, nos âmbitos público e privado, através de instrumentos de exercício de poder do Estado, da sociedade e da família (MENDES, 2020, p.150).

Deve-se reconhecer que existe, atualmente, uma maior preocupação pela mulher delinquente, em especial, sobre o tratamento que lhe é conferido nas prisões. Isso se deve notadamente ao aumento das mulheres encarceradas por envolvimento com o tráfico de

drogas, que concorre para a superlotação e para a piora das condições do cárcere (ANTONY, 2019, p.227).

O aumento significativo de mulheres que se encontram em conflito com a lei está relacionado principalmente com a situação socioeconômica e com as mudanças nos processos de criminalização do fenômeno do tráfico.

Verifica-se, todavia, que a participação das mulheres no tráfico de drogas é secundária, estando relacionada a funções subalternas e de maior risco no transporte das drogas.

Além disso, frequentemente, sua participação decorre da necessidade de acompanhar ou proteger o homem em suas atividades delitivas por suas relações de amor e dependência (ANTONY, 2019, p.274-275).

O crescimento do número de mulheres presas por delitos relacionados ao tráfico de drogas não se dá por acaso. O tráfico de drogas é uma atividade que lhes permite continuar desempenhando seus papéis de mãe, esposa, avó e dona de casa, uma vez que para realizá-la não estão obrigadas a sair do âmbito doméstico. Não raro as mulheres se encarregam da venda das drogas que caberia aos homens, seja para ocultar as condutas infratoras dos homens de sua família, seja por razão de sobrevivência, tendo em vista que essa atividade ilícita lhes proporciona o sustento da sua família. Existem, ainda, aquelas mulheres que se encarregam do transporte das drogas de um lugar a outro, conhecidas como mulas, que, além de enfrentar o risco da prisão, muitas vezes enfrentam risco de morte quando transportam a droga em seu próprio corpo por ingestão ou inserção (ANTONY, 2019, p.229).

Impede ressaltar que, ao priorizar a pena de prisão como medida principal, a Lei nº11.343/2006, conhecida como Lei de Drogas, torna-se um dos mecanismos mais eficientes de encarceramento em massa no Brasil. Principalmente no tocante à população carcerária feminina, o país atingiu o preocupante patamar de mais de 42 mil mulheres privadas de liberdade, número que corresponde à 656% a mais em comparação com o total existente no princípio dos anos 2000, considerando que naquela ocasião existiam aproximadamente 6 mil mulheres encarceradas no Brasil (MENDES, 2020, p.117).

O impacto do cárcere e da experiência carcerária das mulheres apresenta traços peculiares como o abandono familiar, a situação de desamparo dos filhos e netos que estão sob sua responsabilidade, a desintegração familiar, entre muitas outras circunstâncias (ANTONY, 2019, p.275). O cárcere como subsistema penal é uma instituição social construída a partir de padrões androcêntricos. Em razão disso, as criminólogas feministas da América Latina denunciam e demonstram que a política penitenciária que ainda se aplica a

essas instituições é marcadamente sexista e discriminatória com as mulheres (ANTONY, 2019, p.276-277). O cárcere está concebido para os homens privados de liberdade, inspirado no modelo ideológico cultural imposto pela cruz e pela espada e, por isso, desconstruir esse pensamento e sua prática constitui uma postura contraposta ao modelo de guerra tradicional do sistema. Essa desconstrução é o que se pretende com a introdução da perspectiva de gênero no direito penal e na criminologia (ANTONY, 2019, p.277).

É certo que a prisão, criminógena por natureza, conduz igualmente homens e mulheres privados de liberdade à deterioração enquanto seres humanos, pois vulnera gravemente sua dignidade e viola seus direitos humanos mais fundamentais. Ocorre, todavia, que o cárcere é muito mais doloroso e estigmatizante para as mulheres considerando o papel que sempre lhes foi atribuído pela sociedade. Logo, ser delinquente e ter estado no cárcere é duplamente estigmatizante para as mulheres (ANTONY, 2019, p.277).

Segundo Soraia da Rosa Mendes (2020, p.119), a vida institucionalizada das mulheres encarceradas retrata a realidade vista na sociedade, uma vez que, assim como acontece com os homens encarcerados, a maioria das mulheres privadas de liberdade se caracteriza pela seletividade quanto à raça e classe. A autora ressalta, entretanto, que para além desses padrões de seletividade, o encarceramento feminino evidencia especificidades que corroboram o caráter androcêntrico do sistema prisional. Desta forma, sob a ótica interseccional de estudo, o processo de criminalização das mulheres não acontece somente pelo fato de serem mulheres, mas decorre das opressões que atingem sua classe social, raça/etnia e sexualidade (MENDES, 2020, p.119).

O sistema prisional reedita exponencialmente as desigualdades existentes na vida extramuros. Não obstante as mulheres sejam minoria na população carcerária, diante das particularidades da situação da mulher presa, é óbvio que o encarceramento é diferente do masculino e mais perverso (MENDES, 2020, p.119). O cárcere consiste em um ambiente androcêntrico, pois tem como paradigma do indivíduo o masculino, que além de impor as mazelas próprias da privação de liberdade, submete mulheres a um meio programado e estruturalmente desenhado para o encarceramento masculino. Isso ocorre porque, ao ingressar no cárcere, a mulher, já estigmatizada, precisa lidar, por exemplo, com a precariedade da atenção médica especializada e com a ausência de cuidado para as necessidades básicas características do gênero feminino. Ademais, não há tratamento adequado da questão da maternidade ao longo da privação de liberdade definitiva ou cautelar (MENDES, 2020, p.120).

Mulheres negras, de baixa escolaridade, solteiras, mães de mais de dois filhos e acusadas ou condenadas por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, notadamente o tráfico de drogas, compõem a maioria da população carcerária feminina no Brasil (MENDES, 2020, p.159). Além disso, constata-se que 45% das mulheres privadas de liberdade ainda aguardam julgamento, estando, portanto, em prisão preventiva (MENDES, 2020, p.120).

O mais importante documento internacional que trata de mulheres privadas de liberdade são as Regras de Bangkok, que dizem respeito às recomendações para este grupo de mulheres que evidentemente possuem necessidades específicas distintas dos homens presos. Esse documento é complementar às Regras Mínimas de Prevenção do Delito e para o Tratamento de Reclusos. (ANTONY, 2019, p.279).

Veremos mais adiante, que a Constituição Federal de 1988 e normas infraconstitucionais tratam de particularidades do cárcere feminino no Brasil. Além disso, existem documentos internacionais, dos quais o Brasil é signatário, que estabelecem diretrizes para o tratamento de pessoas privadas de liberdade, em especial das mulheres privadas de liberdade.

O encarceramento das mulheres com filhos menores contribui para desestabilizar o núcleo familiar, tendo em vista que a entrada da mulher no cárcere normalmente ocasiona a ruptura das relações afetivas de casal, seja porque o parceiro também está encarcerado, ou porque o homem abandona a mulher quando ela ingressa no cárcere (ANTONY, 2019, p.288).

Ressalte-se que os cárceres femininos não foram projetados para atender às necessidades e especificidades apresentadas pelas mulheres. Como dito anteriormente, os cárceres foram projetados por homens para homens e, portanto, a maioria das unidades prisionais que custodiam mulheres não contempla esses espaços destinados às gestantes ou aos seus filhos (ANTONY, 2019, p.288).

Sendo assim, a concessão de alternativas à pena privativa de liberdade implica respeito aos direitos protegidos por instrumentos internacionais, como o direito à vida, à saúde e à intranscendência da pena, bem como aos princípios que exigem cuidado especial às crianças. (ANTONY, 2019, p.289).

A aplicação de medidas não privativas de liberdade às mulheres grávidas e/ou com filhos menores se justifica com mais razão, na medida em que a privação de liberdade da criança com a sua mãe afeta seu próprio direito à vida, uma vez que não garante seu desenvolvimento de forma plena, pela sua manutenção em um meio onde está vulnerável a sofrer danos ou abusos. As Regras de Bangkok, inclusive, são explícitas quanto a isso. (ANTONY, 2019, p.289-290).

Constata-se, portanto, que a criminologia crítica pura e simples não se presta a explicar de forma satisfatória o encarceramento feminino. A compreensão do encarceramento feminino deve ser feita à luz de uma criminologia feminista diante da necessidade de se observar o processo de criminalização da mulher sob a perspectiva de gênero. Essa necessidade decorre da constatação de que a criminalidade feminina é distinta da masculina em virtude do papel atribuído ao sexo feminino e ao maior controle social exercido sobre as mulheres, bem como de que o cárcere é construído a partir de padrões androcêntricos, reproduzindo as desigualdades que são vistas na sociedade, principalmente sob a perspectiva de gênero.

Enfim, as peculiaridades da situação da mulher no cárcere, bem como o tratamento dado pela Constituição Federal de 1988 e pelas normas infraconstitucionais diante desses aspectos serão analisados a seguir.

4.3 AS PECULIARIDADES DA SITUAÇÃO DA MULHER PRIVADA DE LIBERDADE E AS PREVISÕES LEGAIS ESPECÍFICAS PARA ATENDER ÀS CARACTERÍSTICAS DO CÁRCERE FEMININO

A vivência da mulher no cárcere possui diversas peculiaridades, não sendo assemelhada à situação vivenciada pelo homem preso. Em razão disso, o texto constitucional e a legislação trazem disposições que têm por finalidade atender à essas especificidades.

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu art.5º, inciso XLVIII que “[...]a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”, motivo pelo qual devem existir estabelecimentos penais destinados exclusivamente para mulheres. A Lei n.7.210 de 1984, conhecida como Lei de Execução Penal (LEP), possui disposições específicas sobre a assistência à saúde, a assistência educacional, requisitos necessários ao estabelecimento penal destinado à mulher e requisitos específicos para a progressão de regime da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência. Há, ainda, a Lei n.13.257 de 2016, denominada como Marco Legal da Primeira Infância, que alterou o art.318 do Código de Processo Penal, que trata da substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, ao acrescentar os requisitos dos incisos IV e V, que se referem, especificamente, à mulher gestante e à mulher com filho até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Não obstante os mencionados diplomas legais estabeleçam condições de assistência, requisitos dos estabelecimentos penais, requisitos para progressão de regime e para a

substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar para as mulheres presas, observa-se que a situação prevista em lei não corresponde à realidade vivenciada pela maioria das mulheres encarceradas.

De acordo com dados atualizados em julho de 2017 do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, órgão vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, a população carcerária no Brasil naquela ocasião era de 726.354 presos, dos quais 706.619 estão custodiados em unidades prisionais administradas pelas Secretarias estaduais e 19.735 estão custodiados em carceragens de delegacias de polícia ou outros espaços de custódia administrados pelos Governos Estaduais (BRASIL, 2019, p.7). Deste total de 726.354 presos, 685.929 são homens e 37.828 são mulheres (BRASIL, 2019, p.11).

Do total de presas mulheres, dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN Mulheres, atualizados em junho de 2016, demonstram que 45% das mulheres presas não possuíam condenação, 32% eram sentenciadas do regime fechado, 16% eram sentenciadas do regime semiaberto, 7% eram sentenciadas do regime aberto e um percentual ínfimo cumpria medida de segurança de internação (BRASIL, 2018, p.19).

Ademais, os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN Mulheres, atualizados em junho de 2016, apontam que, naquela ocasião, a população prisional feminina no Brasil era de 42.355, sendo que em todo sistema prisional brasileiro havia 27.029 vagas para mulheres e, portanto, um déficit de 15.326 vagas para mulheres. (BRASIL, 2018, p.10). O mesmo levantamento aponta que o Brasil é o quarto país que mais encarcera mulheres, estando atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia (BRASIL, 2018, p.13). Vale ressaltar que, embora a Lei de Execução Penal preveja em seu art.82, §1º, que as mulheres serão recolhidas a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal, segundo dados atualizados em julho de 2017 do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, 74,8% dos estabelecimentos penais é destinado apenas aos homens, 6,9% é destinado apenas para mulheres e 18,1% é destinado para custodiados de ambos os gêneros, havendo alas ou celas destinadas para o aprisionamento de mulheres (BRASIL, 2019, p.20).

Observa-se que a política criminal carece de uma perspectiva de gênero. Em razão disso, as necessidades dos homens privados de liberdade são preferencialmente atendidas frente às necessidades das mulheres privadas de liberdade, traduzindo-se na inexistência de uma estrutura carcerária adequada e na falta de recursos (ANTONY, 2019, p.226-227).

A situação das unidades prisionais femininas é dramática, uma vez que, para além do sofrimento pelo estigma de romper com o papel de esposas submissas e mães presentes atribuído pela sociedade, as mulheres encarceradas sofrem com a ausência de políticas adequadas para abordar a situação das gestantes, lactantes e dos filhos das mulheres privadas de liberdade. Esse problema se soma a outros, a exemplo daqueles decorrentes do encarceramento em massa de mulheres por delitos, impulsionado pela maior repressão aos delitos relacionados ao tráfico de drogas (ANTONY, 2019, p.225).

Quanto à quantidade de filhos por preso, os dados atualizados em julho de 2017 do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN dispõem que 47,2% dos homens têm um filho, 27% dos homens têm dois filhos e 12,3% dos homens têm três filhos. Quanto às mulheres, todavia, 28,9% delas têm um filho, 28,7% das mulheres têm dois filhos e 21,7% das mulheres têm três filhos. O referido levantamento aponta que “[...] o percentual de mulheres somados que possuem mais de quatro filhos representa 21,6%, ao passo que entre os homens este percentual é de 13,2% para a mesma faixa.” (2019, p.42-43)

Observa-se, portanto, que há um grande percentual de mulheres privadas de liberdade que possuem filhos e, especialmente, um maior percentual de mulheres do que de homens que possuem mais de quatro filhos. Outra peculiaridade na situação da mulher presa é que muitas delas estão grávidas no momento da prisão. Neste sentido, Nana Queiroz (2015, n. p.), jornalista que escreveu o livro “Presos que menstruam: a vida brutal das mulheres – tratadas como homens – nas prisões brasileiras”, relata que:

A maioria das detentas grávidas já chega grávida na cadeia. Algumas, já no fim da gestação, nunca passaram por um obstetra pois eram pobres e desinformadas demais. Como em todo o país só existem 39 unidades de saúde e 288 leitos para gestantes e lactantes privadas de liberdade, na maioria dos presídios e cadeias públicas, elas ficam misturadas com a população carcerária e, quando chega a hora do parto, geralmente alguém leva para o hospital. Já nasceu muita criança dentro do presídio porque a viatura não chegou a tempo, ou porque a polícia se recusou a levar a gestante ao hospital, já que provavelmente não acreditou — ou não se importou — que ela estava com as dores de parto. Aconteceu, em alguns casos, conta Heidi, de as próprias presas fazerem o parto, ou a enfermeira do presídio. (QUEIROZ, (2015, n. p.).

Cumprе salientar que, quanto à assistência da saúde da mulher presa, em especial da gestante, o art.14, § 3º, da Lei de Execução Penal dispõe que “[...] será assegurado

acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido”

Embora a legislação reconheça a necessidade de atenção especial à saúde da mulher gestante privada de liberdade, os estabelecimentos penais brasileiros, em sua maioria, não dispõem de meios para prestar a referida assistência. Ocorre que a ausência de atenção médica especializada, que é grave violação aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres privadas de liberdade, é observada com certa frequência nas unidades prisionais (ANTONY, 2019, p.232).

Nos estabelecimentos penais que dispõem de meios para prestar assistência específica à saúde da mulher gestante, Fragozo et al (2019, p.14) afirmam que omissão, ausência de estrutura e de pessoal para o atendimento das gestantes em trabalho de parto retratam o momento que se segue à maternidade na prisão. O quadro de profissionais insuficiente das unidades prisionais frustra o pronto atendimento e as gestantes, de modo perverso, são submetidas ao uso de algemas e à escolta policial durante a internação hospitalar, além de sofrerem com a solidão e a alienação das decisões referentes ao parto. Ademais, de forma reiterada, são realizados partos desassistidos por profissionais nos próprios estabelecimentos penais. Verifica-se, então, que não havendo estrutura para realização do parto no estabelecimento prisional e havendo possibilidade e tempo hábil para internação para realização do parto em unidade hospitalar, a gestante presa ainda é submetida a tratamento cruel e degradante com a colocação de algemas.

Nana Queiroz (2015, n. p.) relata o parto de uma mulher presa, demonstrando o tratamento que é dado às mulheres nessa condição:

A pequena Dariane-Ketelyn veio ao mundo com pressa. Foi um nascimento prematuro, um parto rápido, e uma saída-relâmpago da sala — quase como se fosse um apêndice retirado. Não se deu ao luxo de descansar do esforço de nascer no colo da mãe. Não deixaram nem que Gardênia segurasse a filha. Só conseguiu, de relance, conferir que era menina, como havia anunciado a médica. “Até nisso é diferente a gente presa do que a gente solta. Solta, você pega seu filho, vê. E eu nem consegui olhar os dedos da mão e do pé, pra ver se não tava faltando nenhum”, ficou se repetindo.

Logo depois dessa inspecionada rápida, Gardênia foi algemada à cama novamente. O procedimento é comum para presas que dão à luz. A ativista Heidi Cerneka, uma americana de português quase impecável e fala pausada, que há treze anos trabalha com a causa da mulher presa no Brasil na Pastoral Carcerária, faz brincadeira com esse protocolo: — Tem mulher que até dá à luz algemada na cama. Como se ela pudesse levantar parindo e sair correndo. Só homem pode pensar isso. Porque mesmo que ela pudesse levantar, qualquer policial com uma perna só andaria mais rápido que ela.

Ressalte-se que o art.83, § 2º, da Lei de Execução Penal, dispõe, ainda, 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”.Ocorre que a maioria dos estabelecimentos penais também não dispõem de “[...]estrutura ou pessoal para a atenção ao puerpério e o prazo mínimo de seis meses, estabelecido como garantia do convívio e aleitamento materno, é ora desrespeitado, ora convertido em prazo máximo”.(FRAGOSO; ALMEIDA; ANGOTTI; OLIVEIRA; FERREIRA, 2019, p.14).

Cumpra salientar que um dos acontecimentos mais traumáticos para as mulheres privadas de liberdade é a perda dos seus filhos. A preocupação com os filhos permanece durante todo período no cárcere e muitas vezes se transforma em verdadeira obsessão. (ANTONY, 2019, p.228). Observe-se que a convivência dos filhos menores de idade com suas mães depende muitas vezes da capacidade física da unidade prisional e do grau de encarceramento (ANTONY, 2019, p.230).

No tocante à capacidade de oferecer espaços adequados à permanência dos filhos com as mulheres privadas de liberdade, bem como onde estas possam proporcionar-lhes cuidados durante o período de amamentação, dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN Mulheres, atualizados em junho de 2016, demonstram que apenas 14% das unidades femininas ou mistas, que corresponde a 49 unidades prisionais, contavam com berçário e/ou centro de referência materno-infantil, que compreendem espaços para bebês e crianças com até 12 anos de idade. Essas unidades poderiam receber até 467 bebês à época em que foram apurados esses dados (BRASIL, 2018b, p.31-32).

Ainda quanto à falta de estrutura e de pessoal para o cumprimento do citado dispositivo legal, Nana Queiroz (2015, n.p.) afirma que existem pouquíssimos berçários e creches em todo sistema prisional brasileiro e que, quando não há vagas nesses locais, a praxe é encaminhar as lactantes para berçários improvisados nas unidades prisionais, onde elas possam ficar com os filhos e amamentá-los, sem, contudo, ter acesso a cuidados médicos específicos. A “benesse” de ter um berçário adequado ou improvisado para cuidar dos seus filhos, todavia, não é dada a todas as mulheres, considerando que muitas delas estão privadas de liberdade em locais inadequados e são obrigadas a sujeitar seus bebês às mesmas condições desumanas em que vivem.

Com a finalidade de atender à presa gestante ou com filhos pequenos, o art.89 da Lei de Execução Penal dispõe que “[...] a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores

de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.”

Ocorre que, conforme dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN Mulheres, atualizados em junho de 2016, apenas 55 unidades prisionais em todo país declararam apresentar celas ou dormitórios específicos adequados para gestantes, correspondendo a 16% do total de estabelecimentos penais que custodiam mulheres. (2018, p.29) Restou demonstrado, ainda, que, à época, existiam 536 gestantes e 350 lactantes privadas de liberdade, das quais apenas 50% estavam custodiadas em unidades prisionais que declararam possuir cela adequada à situação dessas mulheres. (BRASIL, 2018b, p.31)

Acerca da existência de creches nas unidades femininas ou mistas, o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN Mulheres, cujos dados foram apurados em junho de 2016, aponta que apenas 3% das unidades prisionais do país declararam possuir creches, com uma capacidade total de 72 vagas para crianças acima de 2 anos. O referido levantamento apurou, então, que a maioria dos estados brasileiros não possui estabelecimento penal com creche, considerando que existem apenas 9 unidades prisionais no país com esse tipo de espaço, localizadas em 6 estados (BRASIL, 2018b 2018, p.33).

Verifica-se, portanto, mais uma vez, que a maioria dos estabelecimentos penais não dispõe dessa estrutura, razão pela qual é imposta a separação abrupta das mães dos seus filhos. Havendo essa separação, busca-se a família da mulher presa a fim de que esta assuma o cuidado com as crianças. Caso não seja localizada a família da presa ou não haja familiares dispostos a cuidar das crianças, elas são institucionalizadas, podendo ocorrer a destituição do poder familiar e, conseqüentemente, a quebra definitiva do vínculo entre mães e filhos.

Essa quebra definitiva do vínculo entre mães e filhos através da destituição do poder familiar ocorre com frequência em virtude da falta de comunicação entre Varas Criminais ou de Execução Penal e Varas da Infância e Juventude, que poderiam se informar mutuamente acerca da prisão da mãe e do destino dado aos seus filhos. Saliente-se, ainda, que mães presas em cidades de interior que não possuem estabelecimento penal adequado podem ser transferidas para outros locais que tenham unidades prisionais destinadas para mulheres, sendo este outro motivo para a dificuldade de comunicação e contato que pode levar à destituição do poder familiar.

Neste sentido, Nana Queiroz (2015) relata que:

Se os membros da família não podem mais sustentar a criança por razões de saúde ou por não atenderem às exigências financeiras do Estado para

adquirir a guarda, como era o caso da filha de Ieda, os pequeninos se tornam alvo de disputa judicial e as mães presas podem perder sua guarda. O destino das mães é decidido em varas criminais e o das crianças, em varas de infância e juventude. Esses dois departamentos da Justiça brasileira não estão conectados, ainda, por nenhum sistema informatizado. Assim, cada causa segue tramitando como se a outra não existisse. Durante o processo, os fóruns enviam intimações para o endereço dos pais que têm registros em seus arquivos. Essas cartas chegam às antigas casas das presas e ficam mofando nas caixas de correio. Elas nunca descobrem que foram convocadas a depor e manifestar interesse por manter seus filhos e faltam às audiências. O Estado entende a ausência como desinteresse e mergulha a criança no burocrático e ineficiente sistema de abrigos e adoção (QUEIROZ, 2015, n.p.).

Visando atender às peculiaridades da situação da mulher presa gestante e mãe, a Lei de Execução Penal estabelece em seu art.112, § 3º e incisos, requisitos específicos para a progressão de regime da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, que deverão ser preenchidos de forma cumulativa e são os seguintes: não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente; ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior; ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento; não ter integrado organização criminosa.

A previsão legal quanto à progressão de regime especial para mulheres gestantes ou que forem mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência decorre de alteração recente na Lei de Execução Penal, promovida pelo advento da Lei n.13.769 de 2018. Outrossim, há o art.318 do Código de Processo Penal, que disciplina que o agente pode ter a prisão preventiva substituída por prisão domiciliar nas hipóteses em que for gestante ou mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos, devendo haver prova idônea dessas condições. O art.318-A estabelece, ainda, que haverá essa substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar desde que a mulher gestante ou mãe não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa, bem como não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.

Vale ressaltar que, diante das negativas sistemáticas e discricionárias da substituição das prisões preventivas por prisões domiciliares de mulheres que se enquadram no disposto nos arts.318 e 318-A do Código de Processo Penal, foi impetrado o Habeas Corpus Coletivo n.143.641-SP perante o Supremo Tribunal Federal, com a finalidade de evitar a arbitrariedade em futuras decisões e uniformizar o entendimento dos tribunais quanto à prisão preventiva de gestantes e mães, tendo como pacientes todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no

sistema penitenciário nacional, que ostentassem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob a sua responsabilidade.

O acórdão do referido habeas corpus coletivo, cujo relator foi o Ministro Ricardo Lewandowski, concedeu a ordem:

[...] para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar[...] de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, relacionadas no processo pelo DEPEN e por outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.

A ordem concedida no Habeas Corpus Coletivo n.143.641-SP foi estendida, de ofício, para as demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, bem como para as adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação em todo território nacional. O resultado desse *habeas corpus* coletivo foi um grande avanço em benefício das gestantes e mães de crianças e pessoas com deficiência que se encontram presas provisoriamente por proporcionar a uniformização do entendimento quanto à substituição dessas prisões provisórias por prisões domiciliares diante da arbitrariedade da maioria das decisões anteriores quanto ao tema, bem como das dificuldades de acesso à justiça que as mulheres presas enfrentam.

Quanto ao referido *writ*, veremos no capítulo seguinte a importância da atuação da Defensoria Pública para o seu conhecimento e para a concessão da ordem.

Havia a expectativa de que, com a entrada em vigor da Lei nº13.257/2016, que alterou o Código de Processo Penal para permitir a substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres mães de crianças menores de 12 anos, fosse reduzida a quantidade de mulheres presas preventivamente em estabelecimentos penais. Ocorre que tal diminuição não aconteceu como se previa (MENDES, 2020, p.120-121).

Aliás, além das peculiaridades já mencionadas, existem outras dificuldades enfrentadas pelas mulheres no cárcere. Muitas das mulheres que se encontram privadas de liberdade são mães e principais responsáveis pelo sustento e educação dos seus filhos. Daniela Canazaro de Mello (2008, p.48-49) afirma que os efeitos do cárcere são desproporcionalmente mais graves para as mulheres, regularmente ocasionando a perda do lar e graves prejuízos na vida de seus filhos. Ademais, a mulher experimenta maior exclusão social do que o homem, manifestando altos índices de abuso, de violência doméstica e de

danos à sua saúde mental. Segundo a autora, o cárcere tem consequências psicológicas graves para as mulheres, sendo corriqueiros comportamentos autodestrutivos em todas as unidades prisionais femininas.

Dentre os direitos da pessoa privada de liberdade, está o direito a receber a visita do cônjuge, do(a) companheiro(a), de parentes e amigos em dias determinados pela autoridade responsável, nos termos do art.41, inciso X, da Lei de Execução Penal. Os estabelecimentos penais devem contar com locais destinados à realização da visita, bem como a outras atividades sociais, distinto das celas e dos locais destinados ao banho de sol. Ocorre que, de acordo com os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN Mulheres, atualizados em junho de 2016, analisada a distribuição desses locais destinados à visita nos estabelecimentos penais femininos e mistos, constatou-se que um em cada dois estabelecimentos penais femininos não dispõe de ambientes nestas condições e, no caso dos estabelecimentos mistos, apenas três a cada dez estabelecimentos dispõem de estrutura apropriada ao exercício do direito à visita social da pessoa privada de liberdade. Quanto às unidades prisionais destinadas apenas a homens, verificou-se que 34% das unidades dispõem de ambiente destinado à visita social (BRASIL, 2018b, p.24).

Ainda quanto ao direito à visita, é garantido às pessoas privadas de liberdade o direito à visita íntima, antes assegurada pela Resolução n° 1, de 30 de março de 1999, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP, revogada pela Resolução n°4, de 20 de junho de 2011, que passou a dispor em seu art.1° que a visita íntima consiste no recebimento pelo preso, nacional ou estrangeiro,

[...] homem ou mulher, de cônjuge ou outro parceiro ou parceira, no estabelecimento prisional em que estiver recolhido, em ambiente reservado, cuja privacidade e inviolabilidade sejam asseguradas às relações heteroafetivas e homoafetivas. (Resolução n° 1, de 30 de março de 1999, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP).

Ocorre que, embora esteja assegurado formalmente, o direito à visita íntima, respeitando a dignidade e a privacidade da mulher presa, é obstaculizado em razão da falta de estrutura da maioria das unidades prisionais. Os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN Mulheres, atualizados em junho de 2016, demonstram que 41% dos estabelecimentos penais femininos contam com espaço destinado à realização das visitas íntimas e que 34% dos estabelecimentos penais mistos dispõem de ambientes apropriados para essas visitas (BRASIL, 2018b, p.25-26). Observa-se, portanto, que a ausência desses espaços destinados à visita de cônjuges, companheiros, familiares e amigos

na maioria dos estabelecimentos penais que abrigam mulheres impede que elas tenham o mínimo de convívio com sua família e com aqueles que lhe são caros. Outrossim, a ausência de locais destinados à visita íntima afasta ainda mais cônjuges e companheiros ou companheiras, bem como retira o exercício da liberdade sexual das mulheres privadas de liberdade.

Assim, um aspecto do sistema prisional nitidamente discriminatório para as mulheres é a visita íntima. Poucas unidades prisionais de mulheres na América Latina proporcionam esse direito que, ainda que não seja formalmente negado, não se implementa devidamente. Nos poucos estabelecimentos penais femininos em que há visita íntima ou familiar, as mulheres são objeto de fiscalização e de exigências que não são feitas aos homens privados de liberdade, a exemplo do uso forçado de contraceptivos ou da obrigação de estar casada ou de manter um vínculo de união estável com o visitante. Outrossim, constata-se a discriminação das mulheres lésbicas privadas de liberdade, as quais se nega o direito de receber visitas íntimas de suas companheiras (ANTONY, 2019, p.231-332).

Corroborando com esses dados, Julita Legrumber (1983, p.83) constatou que as mulheres presas vivenciam em maior grau do que os homens a privação de convívio com a família, apontando, ainda, que, geralmente, os maridos e companheiros as abandonam.

Outra peculiaridade observada com relação à mulher privada de liberdade, relacionada a esse abandono pelos maridos e companheiros é a escassez das visitas familiares, que, como mencionado, ainda encontram óbice na falta de estrutura dos estabelecimentos prisionais femininos e mistos. Segundo Joana Bahia (2014, p.64), se houver uma comparação das visitas familiares realizadas aos homens e às mulheres privados de liberdade, os homens recebem mais visitas nos estabelecimentos penais do que a mulheres. Ademais, a autora ressalta que, normalmente, são as mães que mais visitam os seus filhos presos, uma vez que os homens tendem a não se adaptar às revistas necessárias à entrada de visitantes nos estabelecimentos penais, bem como em razão de não admitirem ser rotulados como parentes de infratores, ainda que eles mesmos o sejam.

Muitas mulheres privadas de liberdade foram abandonadas por seus maridos ou são mães solteiras, sem o apoio de ninguém. Nas unidades prisionais femininas é comum que as visitas também sejam mulheres, algo impensável nas unidades prisionais masculinas, nas quais os visitantes quase nunca são homens. Ainda que parentes levem os filhos menores para visitar suas mães, frequentemente a família paterna impede esse contato, pois culpabiliza a mulher por suas transgressões (ANTONY, 2019, p.228).

No mesmo sentido, Nana Queiroz (2015) afirma que:

Quando um homem é preso, comumente sua família continua em casa, aguardando seu regresso. Quando uma mulher é presa, a história corriqueira é: ela perde o marido e a casa, os filhos são distribuídos entre familiares e abrigos. Enquanto o homem volta para um mundo que já o espera, ela sai e tem que reconstruir seu mundo (Queiroz, 2015, n.p.).

O abandono da mulher privada de liberdade tem maior impacto sobre os seus filhos, como já observado. Nana Queiroz (2015, n.p) relata que se estima que 85% das mulheres encarceradas são mães, sendo que apenas 19,5% dos pais assumem a guarda das crianças e avós maternos cuidam dos seus filhos em 39,9% dos casos. O cárcere é um ambiente discriminador e opressivo para a mulher. Isso é demonstrado pelo tratamento desigual dispensado e também pelo significado que o encarceramento tem para as mulheres, que é muito diferente do que possui para os homens. A prisão é duplamente estigmatizante e dolorosa para as mulheres em virtude do papel que lhes foi atribuído pela sociedade. A mulher que passa pelo cárcere é classificada como uma pessoa má por ter contrariado o papel que lhe cabia de esposa e mãe submissa, dependente e dócil (ANTONY, 2019, p.227).

Observa-se que as características presentes em todos os estabelecimentos penitenciários da América Latina são semelhantes: regimes duros, longas condenações, grande percentual de mulheres presas provisoriamente, péssimo estado de conservação das instalações, ausência de atenção e tratamentos médicos especializados, a capacitação laboral escassa ou inexistente e poucas atividades educativas e recreativas. Segundo Carmen Antony (2019, p.227), essas características demonstram que não se adota a perspectiva de gênero e que, ao contrário disso, são reforçados os padrões androcêntricos da mulher como um ser submisso, incapaz de decidir, sem responsabilidades e sem capacidade de enfrentar o futuro.

O objetivo do sistema prisional é devolvê-la como uma “verdadeira mulher” e, em razão disso, recorre-se às técnicas tradicionais de socialização. Os trabalhos e a formação profissional que se proporciona no cárcere para as mulheres muitas vezes se direcionam a costura, limpeza, cozinha, confecção de pequenos artesanatos e bordar. Isso comprova a total falta de preocupação com o mercado de trabalho que espera essas mulheres quando adquirirem a liberdade, tendo em vista que poucas dessas atividades lhes proporcionarão a subsistência de forma independente (ANTONY, 2019, p.228).

Desta forma, observa-se que a situação da mulher no cárcere possui diversas peculiaridades, muitas delas relacionadas à gestação e à maternidade, e que, em razão disso já existem dispositivos legais que tem por finalidade atender a essas características e amenizar o sofrimento das prisioneiras. Verifica-se, entretanto, que não há o devido cumprimento de

parte desses dispositivos em decorrência da falta de estrutura e de pessoal das unidades prisionais no tocante à assistência da mulher presa, bem como em decorrência da falta de sensibilidade daqueles que aplicam a lei. Assim, é importante analisar a atuação da Defensoria Pública em favor dessas mulheres visando efetivar direitos previstos em lei e ignorados tanto pelo poder público, quanto pelas autoridades judiciais na aplicação dessa lei. Neste sentido, veremos a seguir a importância da Defensoria Pública na formação de precedentes judiciais referentes ao encarceramento feminino.

5 O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA FORMAÇÃO DOS PRECEDENTES PENAIS REFERENTES AO ENCARCERAMENTO FEMININO

As mulheres privadas de liberdade, como explicitado anteriormente, sofrem duplamente com o cárcere e isso as tornam mais vulneráveis do que os homens encarcerados. Para além do sofrimento imposto pela própria privação de liberdade, peculiaridades do cárcere feminino e o descompasso no atendimento dessas especificidades pelo poder público lhes impõem maior sofrimento. Por conta disso, as mulheres privadas de liberdade são parcela vulnerável da população, então cabe à Defensoria Pública garantir de forma institucional o seu direito de liberdade de locomoção, tendo em vista que é a instituição do sistema de justiça a qual incumbe proporcionar acesso à justiça às pessoas hipossuficientes e aos grupos vulneráveis.

Cumprido salientar que a desigualdade no tratamento das mulheres privadas de liberdade, sobretudo em sua vertente substancial, é patente, na medida em que, pelos aspectos tratados no capítulo anterior, embora existam dispositivos legais com a finalidade de atender às peculiaridades inerentes à situação da mulher no cárcere, não há o devido cumprimento de parte desses dispositivos.

Daniel Sarmiento (2019, p.60) afirma que padrões desigualitários são um problema crônico e estão profundamente enraizados na nossa história e na nossa cultura, considerando que a desigualdade que se vê no Brasil decorre, diretamente, do passado escravocrata, do desenvolvimento extemporâneo e imperfeito da concepção de cidadania e da grande dificuldade do brasileiro em superar um entendimento pré-moderno, hierárquico e estamental das relações sociais nas quais direitos e deveres são elaborados não em princípios universalistas, mas alicerçados no lugar de cada indivíduo na pirâmide social. Vale ressaltar que essa desigualdade é vigorosamente naturalizada, tendo em vista que os brasileiros, em regra, são ensinados desde tenra idade para assimilarem as relações sociais como intrinsecamente desiguais, sendo natural, portanto, que só haja pobres na prisão, pois as práticas sociais ensinam o lugar de cada um (SARMENTO, 2019,p.61).

A Defensoria Pública é instituição apta e vocacionada a quebrar esses padrões desigualitários e assegurar o respeito à dignidade das mulheres presas e, por conseguinte, garantir a efetividade dos seus direitos fundamentais, dentre eles o direito à liberdade de locomoção. O inciso I do art.3-A da Lei Complementar nº80/1994, inclusive, dispõe de forma

expressa que a primazia da dignidade da pessoa humana é um dos objetivos da Defensoria Pública.

Diante das peculiaridades da situação das mulheres no cárcere já explicitadas, observa-se que, embora o texto constitucional, dispositivos legais e a jurisprudência estabeleçam parâmetros para o atendimento dessas especificidades, a fim de que seja assegurada a dignidade das presas, constata-se que há um longo caminho para o seu cumprimento e para a garantia de uma vida minimamente digna a essas mulheres.

Como visto anteriormente, a condição de mulher presa, embora restrinja a sua autonomia e liberdade, não retira a sua dignidade, que deve ser observada e assegurada pelo Poder Público. Cumpre salientar que a dignidade da pessoa humana deve ser respeitada ainda que o indivíduo se encontre no cárcere, uma vez que a pena privativa de liberdade não acarreta a restrição de direitos humanos fundamentais, de modo que a pessoa presa permanece titular dos demais direitos humanos fundamentais que lhe são garantidos (NUNES; LEHFELD; TOMÉ, 2019, p.322). Assim, verificado o desrespeito à dignidade da mulher presa, cabe à Defensoria Pública, portanto, no seu papel de garantidora da efetividade dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, atuar para assegurar a sua dignidade, inclusive garantindo a efetivação do direito à liberdade de locomoção das mulheres privadas de liberdade.

Essa atuação da Defensoria Pública e de que modo ela pode influenciar na formação dos precedentes penais referentes ao encarceramento feminino será analisada adiante.

5.1 A DEFENSORIA PÚBLICA E O DIREITO DE DEFESA NO ÂMBITO CRIMINAL

O direito de defesa consiste em direito fundamental previsto expressamente no art.5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988 e está associado aos princípios da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência ou não-culpabilidade também previstos no texto constitucional.

Todo indivíduo é titular desse direito de defesa, contudo determinadas parcelas da sociedade encontram barreiras no exercício do citado direito fundamental em virtude de questões subjetivas, conjunturais ou organizacionais. Observa-se que esses segmentos sociais compreendem “[...] agrupamentos e indivíduos vulneráveis, carentes de tratamento diferenciado, ou necessitados de proteção jurídica diferenciada a fim de se ver viabilizado o exercício do seu constitucional direito de defesa.” (MAIA, 2017, p.145).

Para além dos princípios do contraditório e da ampla defesa, com a finalidade de assegurar um processo penal democrático e com aderência constitucional, o exercício do direito de defesa abarca outros princípios do processo penal, a exemplo dos “[...] princípios da jurisdicionalidade, da garantia do princípio acusatório, presunção de inocência e da motivação das decisões judiciais” (SOUZA, 2011, p.201-202). De certa forma, a ausência do acesso à justiça, direito mais básico do ser humano, esvazia as garantias constitucionais tão essenciais no processo penal, na medida em que impossibilita que situações violadoras de direitos sejam conhecidas pelo Poder Judiciário a fim de obstá-las ou repará-las (PASSADORE; COSTA, 2020, p.426).

Como observado anteriormente, o acesso à justiça através da assistência jurídica gratuita e integral foi atribuído à Defensoria Pública pela Constituição Federal de 1988, de modo que a ela incumbe instrumentalizar a defesa de direitos e garantias fundamentais dos necessitados, inclusive das mulheres que se encontram privadas de liberdade.

A Defensoria Pública é garantia institucional de direitos e garantias fundamentais penais como presunção de inocência, ampla defesa, contraditório, não-incriminação, duplo grau de jurisdição, liberdade provisória, individualização e correto cumprimento da pena. Ademais, é garantia institucional do direito fundamental à liberdade de locomoção das pessoas privadas de liberdade, notadamente das mulheres que se encontram nessa situação já estudada no capítulo anterior. Considerando que a Defensoria Pública é instituição destinada à defesa dos necessitados, é importante ressaltar que seu atuar não se trata de benesse assistencial, mas de dever institucional, uma vez que a ampla defesa dos mais vulneráveis é sua obrigação, que deve ser realizada de forma efetiva (ABUD, 2020, p.734).

Cumprido salientar, ainda, que a defesa meramente formal é insuficiente, devendo haver engajamento ético com o efetivo exercício da ampla defesa dos acusados, de modo a assegurar o devido processo legal e a paridade das forças no processo, as quais estão distribuídas de forma disparatadamente desigual, na medida em que se tem em um dos polos a acusação, promovida por órgão oficial do Estado destinado à persecução penal, e no outro polo o acusado, em clara desvantagem na relação processual penal (ABUD, 2020, p.734).

Gabriel Ignacio Anitua Marsan (2019, p.24) afirma que é importante que exista uma defesa oficial através da Defensoria Pública, que garanta que todas as pessoas serão defendidas de forma eficaz e eficiente. Observa-se, portanto, que a Defensoria Pública tem o dever institucional de assegurar a ampla defesa dos indivíduos e grupos vulneráveis, sendo a mulher privada de liberdade parte de um grupo em situação de hipervulnerabilidade, e demais direitos e princípios a ela correlatos.

Além da obrigação institucional de instrumentalizar esse direito de defesa da mulher presa, a Defensoria Pública possui o dever de assegurar o seu direito à liberdade de locomoção através de diversos meios, como veremos a seguir. Analisaremos também de que modo a atuação da Defensoria Pública na tutela do direito à liberdade de locomoção da mulher encarcerada contribui para a formação de precedentes judiciais referentes ao encarceramento feminino.

5.2 AS FORMAS DE ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA SEARA CRIMINAL

As funções institucionais da Defensoria Pública abarcam a tutela institucional e das prerrogativas que lhes são intrínsecas; a representação processual de indivíduo, em virtude da outorga direta de poderes ou de nomeação judicial *ex officio*; e a substituição processual, como ocorre nas ações coletivas (ROCHA; JEREISSATI, 2020, p.780). Ademais, a Defensoria Pública pode atuar como curadora especial do acusado que, citado na ação penal, deixa de apresentar resposta à acusação no prazo legal, bem como é possível sua atuação de ofício, “[...] provocando a atuação jurisdicional na defesa individual ou coletiva dos apenados, zelando pela regular execução da pena e da medida de segurança [...]” (ROCHA; JEREISSATI, 2020, p.771).

Atualmente, também se reconhece a atuação da Defensoria Pública como curadora especial, *amicus curiae* e *custos vulnerabilis*, hipóteses em que o resultado da atuação poderá, inclusive, ter reflexos sobre a esfera jurídica de terceiros que não se enquadrem na condição de vulneráveis (ROCHA; JEREISSATI, 2020, p.780). Essas duas últimas hipóteses de atuação serão melhor analisadas adiante, em virtude da sua importância na formação dos precedentes judiciais.

Cabe a Defensoria Pública, nos termos do art.134 da Constituição Federal de 1988, “[...] a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa integral e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita aos necessitados [...]” (BRASIL, 1988). Vale ressaltar que, além de promover os direitos humanos dos presos e acusados em ações criminais, a atuação da Defensoria Pública no âmbito criminal consiste na sua orientação jurídica através dos atendimentos realizados inclusive nas unidades prisionais e também na sua defesa judicial desses indivíduos.

Quanto ao encarceramento feminino, além do atendimento ordinariamente realizado pelos defensores públicos que atuam na área criminal, de execução penal e em atendimento prisional, diversas Defensorias Públicas estaduais possuem projetos com a finalidade de

garantir o respeito à dignidade das mulheres privadas de liberdade. Um exemplo disso é a Política de Atendimento “Mães em cárcere”, desenvolvida pela Defensoria Pública de São Paulo, com o objetivo de identificar e atender mães e gestantes sob custódia nos presídios do Estado de São Paulo. Em razão dessa política de atendimento, defensores públicos e agentes psicossociais da instituição promovem visitas nas unidades prisionais femininas e realizam atendimentos jurídicos, inspeção de condições de encarceramento e coleta de dados da situação dos filhos das mulheres encarceradas. A partir dos dados coletados, a instituição traça estratégias de atuação para assegurar a convivência familiar entre presas e seus filhos (BELLOQUE, 2017, p.1-2).

Ademais, a defesa realizada pela Defensoria Pública na seara criminal também é observada em atuações extrajudiciais e na atuação em favor da coletividade de sujeitos vulneráveis. Ao tratar das péssimas condições carcerárias existentes no Brasil, Ana Paula de Barcellos (2010, p.43) menciona a atuação da Defensoria Pública de São Paulo perante a Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que, em virtude de pedido da instituição, interditou a Cadeia Pública Feminina localizada em São Bernardo do Campo em 2008. Naquela ocasião, a Defensoria Pública de São Paulo constatou que a unidade prisional, que tinha capacidade para 32 presas, estava com superlotada, com 193 mulheres presas. Verificou-se, ainda, que faltavam colchões, materiais de higiene pessoal e atendimento médico para as presas.

Também no ano de 2008, após constatar a superlotação da Cadeia Pública Feminina de Indaiatuba, interior de São Paulo, a Defensoria Pública estadual pediu interdição do local. Verificou-se que cada colchão de solteiro era dividido por três presas e que outras presas dormiam no banheiro por falta de espaço nas celas. As presas reclamavam ainda da ausência de material de higiene pessoal, que as obrigava a usar miolo de pão no lugar de absorventes, da falta de limpeza das celas, além do perigo de incêndio em razão da fiação elétrica exposta (TOMAZ; CARAMANTE; SANIELE, 2008, p.1). Vale ressaltar que os atendimentos prisionais e inspeções carcerárias realizadas pela Defensoria Pública são importantes instrumentos para a constatação de violações aos direitos das mulheres privadas de liberdade, bem como que as informações coletadas nessas ocasiões são fundamentais para subsidiar ações judiciais em favor dessas mulheres.

No âmbito judicial, a Defensoria Pública pode atuar como representante judicial do acusado ou como assistente de defesa, sendo a primeira hipótese a atuação mais comum da instituição no processo penal. É possível, ainda, a atuação da Defensoria Pública em nome próprio como guardiã das vulnerabilidades (ROCHA, 2020, p.690). Além disso, há

possibilidade de intervenção da Defensoria Pública em favor de presos definitivos e provisórios em virtude da sua atuação como órgão de execução penal admitida pela Lei de Execução Penal.

Por previsão expressa da Lei de Execução Penal, a Defensoria Pública atua como órgão de execução penal na defesa em todos os graus e instâncias das pessoas privadas de liberdade, seja por prisão definitiva ou provisória. Ressalte-se que essas pessoas encarceradas consistem, individual e coletivamente, numa “[...] massa vulnerável organizacionalmente, em razão da dificuldade de recursos para mobilizar sua defesa, das limitações lógicas de locomoção e de contato com o mundo exterior [...]” (ROCHA, 2020, p.693). Desta forma, observa-se que a atuação da Defensoria Pública no âmbito criminal se dá de diversas formas, assegurando a tutela dos direitos dos indivíduos ou de grupos vulneráveis. Extrajudicialmente, a Defensoria Pública atua nos atendimentos prisionais e nas inspeções carcerárias. Judicialmente, a atuação da Defensoria Pública ocorre através da representação individual do acusado, como assistente de defesa ou como curadora especial, da intervenção em favor de presos definitivos e provisórios como órgão de execução penal e pela atuação como *amicus curiae* e como *custos vulnerabilis*.

5.3 A AMPLIFICAÇÃO DO CONTRADITÓRIO ATRAVÉS DAS ATUAÇÕES COMO *AMICUS CURIAE* E COMO *CUSTOS VULNERABILIS*

Como visto anteriormente, a privação de liberdade decorrente das prisões definitivas e provisórias acrescenta as pessoas encarceradas, individual ou coletivamente, um fator de vulnerabilidade que por si só já dificulta a sua defesa em razão das limitações de locomoção e de contato com o mundo externo aos muros das prisões a elas impostas. Em razão disso, além da defesa realizada em razão da representação processual individual, muitas vezes é necessária a atuação institucional da Defensoria Pública como guardião das vulnerabilidades desses sujeitos.

Assim, a atuação da instituição se dá como *amicus vulnerabilis* ou amigo dos vulneráveis, termo genérico que engloba distintas formas de atuação da Defensoria Pública, quais sejam: a atuação como procurador judicial dos vulneráveis (*attornato ad vulnerable*) ao promover a sua representação judicial, utilizando-se de sua capacidade postulatória, comparecendo o assistido em nome próprio nos autos, consistindo na atuação mais comum da Defensoria Pública; a atuação como legitimada extraordinária (*amicus communitas*) quando a atuação em nome próprio ocorre para tutelar direitos de indivíduos e coletividades

vulneráveis, como nas ações civis públicas; a atuação como guardiã das vulnerabilidades ou *custos vulnerabilis*, que se dá quando a Defensoria Pública atua em nome próprio em virtude de seu desígnio institucional de promoção dos direitos humanos, bem como na atuação como assistente ou interveniente em demanda coletiva ou exclusivamente individual, relativa à dignidade e aos direitos fundamentais do indivíduo, “[...] com atuação paralela, complementar ou suplementar ao advogado constituído.” (ROCHA, 2020, p.690-691).

Observe-se que, na última hipótese apresentada, a atuação da Defensoria Pública decorre de legitimação extraordinária quando busca a efetivação dos seus deveres institucionais de promoção dos direitos humanos e de proporcionar acesso à justiça dos indivíduos e coletividades vulneráveis. Jorge Bheron Rocha (2020, p.691) esclarece que, nessas circunstâncias, o defensor público atua presentando a própria Defensoria Pública, em nome próprio e exercendo regulamente a sua Procuratura Constitucional das Vulnerabilidades dos indivíduos e coletividades, de acordo com a missão institucional prevista no art.134 e com os fundamentos, objetivos, direitos e garantias previstos na Constituição Federal de 1988.

A noção de que a Defensoria Pública exerce Procuratura Constitucional das Vulnerabilidades decorre da origem da Defensoria Pública como modelo de assistência jurídica escolhido pela Constituição da República em 1988, bem como da teoria garantista de Luigi Ferrajoli desenvolvida em sua obra “Direito e Razão”. O modelo de assistência jurídica em que consiste a Defensoria Pública surge enquanto órgão da Procuradoria de Justiça através da defesa pública, decorrente da “[...] Procuradoria-Geral de Justiça do Rio de Janeiro na década de 1950, quando atuavam na mesma instituição que os promotores, os quais procuravam justiça via acusação pública.” (SANTIAGO; MAIA, 2019, p.203).

Luigi Ferrajoli (2000) leciona que o distanciamento do juiz da acusação depende da composição do processo como um encadeamento triangular entre três elementos, sendo que dois deles seriam partes na causa e um terceiro estaria acima das partes, de modo que esses sujeitos seriam o acusador, o defensor e o juiz, respectivamente. O autor ressalta que essa composição é essencial para que seja assegurado o afastamento do magistrado quanto aos dois interesses contrários, que são a tutela das condutas delituosas pela acusação e a tutela das penas arbitrárias pela defesa, que representam dois objetivos “[...] perfeitamente compatíveis em abstrato, mas sempre conflitantes em concreto [...]” (FERRAJOLI, 2000, p.465).

Segundo Luigi Ferrajoli (2000, p.467), a paridade de armas demanda dois componentes específicos e orgânicos, referentes à sua organização e disposição institucional. Um dos componentes diz respeito à acusação e o outro à defesa, sendo que esta última deve

provida de dignidade e poderes de investigação similares àqueles conferidos ao Ministério Público. Luigi Ferrajoli (2000) aponta que

[...] uma igual equiparação só é possível se ao lado do defensor de confiança é instituído um defensor público, isto é, um magistrado destinado a funcionar como Ministério Público de Defesa, antagonista e paralelo ao Ministério Público de Acusação (FERRAJOLI, 2000, p.467),

salientando que somente desta forma seria afastada a discrepância institucional que verdadeiramente existe entre acusação e defesa e reafirma o caráter inquisitório do processo. Isso garantiria aos indivíduos igualdade efetiva no exercício do seu direito de defesa, de modo que a ausência desse componente nesses moldes prejudica a paridade de armas, que consiste em um dos pressupostos necessários ao contraditório e à ampla defesa. Assim, especificamente no processo penal, o defensor público atua como guardião da presunção de inocência e da produção de contraprovas, devendo, caso haja necessidade, atuar ao lado da defesa privada, com a finalidade “[...]de potencializar os direitos defensivos perante o Estado e reequilibrar o embate de forças com a acusação pública.” (SANTIAGO; MAIA, 2019, p.203).

As discussões acerca da atuação institucional da Defensoria Pública em favor do seu interesse constitucional têm maior repercussão na esfera processual civil, uma vez que essas discussões tiveram início no processo coletivo e se propagam no processo individual e multitudinário, conforme disposição do art.554, §1º, do Código Civil de 2015. Além disso, o Código Civil de 2015 estabeleceu a legitimidade da Defensoria Pública para propor Incidente de Assunção de Competência e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nos arts.947, §1º, e 977, inciso III, respectivamente, demonstrando de maneira mais clara a sua função interventiva e a sua legitimidade institucional (SANTIAGO; MAIA, 2019, p.175).

Nestor Eduardo Araruna Santiago e Maurílio Casas Maia (2019, p.175-176) apontam que, no âmbito processual, observa-se que há o reconhecimento e a formulação de expressões que possam diferenciar a atuação da Defensoria Pública, como guardiã constitucional dos vulneráveis, da atuação do Ministério Público, como guardião da lei e da ordem jurídica. Em razão disso, a Defensoria Pública foi denominada de *Custus Vulnerabilis*, *Amicus Communitate Custus Plebis*, possibilitando uma nítida diferenciação acerca do atuar do Ministério Público. Os autores pontuam, contudo, que as discussões sobre a atuação interventiva da Defensoria Pública ainda são incipientes no processo penal, mas isso não importa dizer que esse assunto não necessita de atenção sob o enfoque da busca de um paradigma constitucional de processo penal (SANTIAGO; MAIA, 2019, p.175-176).

Quanto à atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis*, é necessário ressaltar que foi cunhada no âmbito doutrinário, inicialmente, no ano de 2014, por Maurílio Casas Maia (2020, p.72), e, a partir da construção doutrinária feita por ele e por outros autores defensores públicos, essa atuação passou a ser admitida nos tribunais brasileiros, notadamente no Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos embargos de declaração no Recurso Especial nº1.712.163-SP, no qual foi admitida a intervenção da Defensoria Pública da União como *custos vulnerabilis*. O interesse constitucional e legal possibilita a atuação do Estado Defensor como *custos vulnerabilis*, ou seja, a atuação da Defensoria Pública como terceiro interveniente no processo, tanto no âmbito civil quanto na seara criminal (OLIVEIRA; MAIA, 2020, p.583).

Alfredo Emanuel Farias de Oliveira e Maurílio Casas Maia (2020, p.586) esclarecem que não houve delimitação do modo processual de atuação da Defensoria Pública pela Constituição Federal de 1988, de sorte que tal lacuna normativa permitiu debates acerca da sua atuação institucional. O reconhecimento normativo e jurisprudencial da legitimidade coletiva do Estado Defensor comprova a existência dessa lacuna jurídica às diversas formas de atuações processuais.

A alteração da Lei Complementar nº80/1994 pela Lei Complementar nº132/2009 permitiu o reconhecimento expresso da função institucional de proteção e emancipação de grupos e indivíduos em situação de vulnerabilidade, na medida em que o art.4º, inciso XI, da mencionada lei consiste em cláusula geral que possibilita a atuação da Defensoria Pública em benefício de indivíduos e grupos vulneráveis (OLIVEIRA; MAIA, 2020, p.586-587). Além disso, a legitimidade ordinária da Defensoria Pública para a concretização do seu mister institucional de promoção de direitos humanos e de acesso à justiça aos indivíduos e grupos vulneráveis decorre de disposições existentes no Código Civil e na Lei de Ação Civil Pública, que também integram o microsistema jurídico-defensorial (ROCHA, 2020, p.688).

Ressalte-se que a Constituição Federal de 1988 não empregou os termos “necessitados econômicos” ou “insuficiência de recursos econômicos” ao se referir aos beneficiários dos serviços prestados pela Defensoria Pública (RESURREIÇÃO, 2020, p.606). Amélia Soares da Rocha e Régis Gurgel do Amaral Jereissati (2020, p.760) esclarecem que a compreensão do termo “insuficiência de recursos” não restringe a atuação defensorial somente às pessoas desprovidas de recursos financeiros, tendo em vista que “[...] a palavra ‘recursos’ tem múltiplos significados, dentre os quais o de expressar o sentido de ‘bens e riquezas’ e também o de ‘meio; o que serve para alcançar um fim’.”. Desta forma, a insuficiência de recursos deve

ser compreendida como a ausência de ferramentas para possibilitar o acesso à justiça ou para efetivar direitos dos vulneráveis (ROCHA; JEREISSATI, 2020, p.760-761).

As pessoas encarceradas, em especial as mulheres privadas de liberdade, congregam muitas vulnerabilidades, dentre elas a decorrente do próprio encarceramento, a social, em virtude da saúde, e, precipuamente, a econômica. No caso das mulheres encarceradas, deve-se acrescentar como fator de vulnerabilidade a sua própria condição e suas peculiaridades, como demonstrado no capítulo anterior.

Assim, adequando-se às novas demandas sociais, é preciso que a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos e garantias fundamentais através do Estado Defensor alcancem “[...]aquele indivíduo ou grupo social fragilizado e/ou estigmatizado socialmente, que esteja em situação de vulnerabilidade para além da esfera econômica.”(RESURREIÇÃO, 2020, p.625).

Jorge Bheron Rocha (2020) esclarece que diversos fatores concorrem para o agravamento da vulnerabilidade desses indivíduos:

[...] (i)muitas das pessoas presas tem, pelo menos formalmente, advogados constituídos no processo, entretanto, com eles não costumam manter contato direto, senão por intermédio de familiares; (ii) outras, não tem qualquer contato com familiares ou amigos, permanecem completamente esquecidos do mundo exterior e tem como únicas relações sociais as que mantem com os próprios companheiros de cárcere; (iii) e um percentual considerável destas pessoas se encontra presa na capital ou região metropolitana, mas sua origem é do interior do Estado, assim como o domicílio da sua família e, ainda, é lá que se dá o trâmite de seu processo penal (ROCHA, 2020, p.687-688).

Diante da vulnerabilidade das pessoas privadas de liberdade, notadamente das mulheres que se encontram nessa situação, nem sempre a tradicional atuação da Defensoria Pública como representante processual é suficiente. Em razão disso, ainda que a Defensoria Pública, por intermédio dos seus membros, não seja judicialmente designada ou atue em virtude de representação demandada pelo próprio assistido, é possível a sua atuação em defesa dos indivíduos ou grupos vulneráveis, ainda que estes tenham advogado constituído, na qualidade “[...]de *custos vulnerabilis* ou ‘guardião dos vulneráveis’, caso em que detém legitimidade para todos os instrumentos recursais.” (ROCHA; JEREISSATI, 2020, p.769).

Impende ressaltar que a vinculação da Defensoria Pública às parcelas sociais vulneráveis não se presta a firmar qualquer monopólio institucional sobre a defesa das coletividades fragilizadas, mas evidencia que a Defensoria Pública é “[...] Instituição Estatal constitucionalmente vocacionada – desde o nome – para a defesa dos vulneráveis” (MAIA,

2017, p.156). Segundo Maurílio Casas Maia (2017), a Defensoria Pública se apresenta como instituição legitimada à concretização e à amplificação democrática da tutela dos indivíduos grupos vulneráveis e, havendo dúvida acerca da citada legitimidade, “[...]o critério da relevância social, da primazia de mérito e do *in dubio pro justicia socialis* deve resultar na admissibilidade interventiva do Estado Defensor.” (MAIA, 2017, p.164),

A instituição, que integra o sistema de justiça constitucional, instrumentaliza a defesa pública dos indivíduos e grupos vulneráveis diante do Poder Público e da própria ordem jurídica, de modo que a Defensoria Pública constitui garantia institucional do direito de defesa dos vulneráveis (MAIA, 2017, p.164).

No processo penal, a atuação como *custos vulnerabilis* amplifica a atuação institucional, assegurando a paridade de armas e o contraditório. Isso pode ser visto, por exemplo, na “[...] intervenção da Defensoria Pública após parecer do Procurador de Justiça em ações penais tramitando em grau recursal”, bem como na atuação como *custos vulnerabilis* nas causas em que o acusado não tenha o devido acompanhamento pelo advogado constituído, “[...] podendo o Defensor Público intervir caso entenda que exista prejuízo ao réu pelo inadequado direito de defesa.” (DIAS, 2020, p.629). Ademais, nessa última hipótese, a atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* em benefício dos presos provisórios, além de não afastar a atuação dos advogados constituídos, robustece as medidas judiciais por eles requeridas, bem como garante no âmbito administrativo o atendimento multidisciplinar da Defensoria Pública a esse grupo de vulneráveis (ROCHA, 2020, p.705).

Além da atuação institucional como *custos vulnerabilis*, há a possibilidade da atuação da Defensoria Pública como *amicus curiae*, demonstrando a existência de representatividade adequada, nos termos do art.138 do Código de Processo Civil. A intervenção como *amicus curiae* pode decorrer de requerimento formulado pela Defensoria Pública ou por parte integra a relação processual, bem como pode decorrer de atuação *ex officio* do juízo. Ocorre a admissibilidade como *amicus curiae* demanda a existência de outros requisitos além da representatividade adequada, que são a relevância da matéria, “[...] a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia”. (ROCHA; JEREISSATI, 2020, p.744-755). Essa modalidade de intervenção visa democratizar a discussão existente em um processo, possibilitando que a decisão dele decorrente seja provida de legitimidade diante da maneira democrática com que foi formulada

Jorge Bheron Rocha (2020, p.696-698) esclarece que se deve preferir a intervenção institucional como *custos vulnerabilis* do que a como *amicus curiae* por diversos motivos,

dentre eles: o simbolismo da atuação; a exigência de que se demonstre o interesse institucional na demanda em virtude da relação direta ou potencial do com direitos de pessoas vulneráveis; a possibilidade de recurso quanto ao indeferimento do ingresso, uma vez que não cabe recurso do indeferimento do pedido de ingresso como *amicus curiae*; a ausência de restrição recursal ao contrário do que ocorre na intervenção como *amicus curiae*.

Considerando que o Código de Processo Civil de 2015 adotou expressamente a teoria dos precedentes vinculantes, a participação da Defensoria Pública é indispensável em julgamentos cuja temática possa ter reflexos sobre direitos ou interesses dos vulneráveis, uma vez que tal atuação possibilita a elaboração de decisões mais democráticas, de sorte que não deve ser negada a sua participação pelo órgão jurisdicional (ROCHA; JEREISSATI, 2020, p.770-771).

Diante da importância que os precedentes judiciais assumiram após dessa adoção expressa da teoria dos precedentes vinculantes pelo ordenamento jurídico brasileiro, Maurílio Casas Maia (2020) pontua que:

[...]o problema da sub-representação dos necessitados na formação dos precedentes penais se tornava uma mera extensão do déficit de participação dos vulneráveis na edição de leis. Arraigando ainda mais a desigualdade, ao Ministério Público, *dominus litis* constitucional, há tempos é possível a controversa dupla participação institucional-ministerial; a manifestação como parte(ou recorrente) e também na posição de terceiro interveniente, *custos legis* – promovendo, de certo modo, um doping processual dos seus interesses institucionais na formação da jurisprudência (MAIA, 2020, p.125).

Deste modo, cumpre salientar que a atuação da Defensoria Pública tanto como *amicus curiae* quanto como *custos vulnerabilis* é importante para a formação de precedentes em benefício de indivíduos e grupos vulneráveis, a exemplo das mulheres privadas de liberdade, e tem impacto coletivo, potencializando o contraditório em benefício dos vulneráveis, notadamente quando se dá no âmbito dos tribunais.

Alexandre de Castro Catharina (2016, p.31) aduz que o contraditório, através das ferramentas processuais de democratização, assegura a legitimidade na atividade jurisdicional. Segundo o autor, a participação de segmentos da sociedade no bojo da relação processual e, por conseguinte, na elaboração da decisão judicial proporciona maior legitimidade aos precedentes judiciais que dizem respeito às questões sociais complexas.

Com a finalidade de proporcionar uma maior legitimidade aos precedentes judiciais potencialmente lesivos aos interesses dos vulneráveis, a atuação da Defensoria deve ser

obrigatória nesses casos, sendo necessária a sua intimação para se manifestar quanto ao interesse institucional, “[...] tratando-se de uma macroatuação, sobre a qual as partes não podem controlar o ingresso interventivo em razão da presença de um interesse coletivo decorrente da formação de precedentes vinculantes” (MAIA, 2020, p.155).

Além dessa macroatuação, há espaço para a atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* de modo facultativo em casos individuais, ainda que não se tratem de casos hábeis a gerar precedentes vinculantes. Maurílio Casas Maia (2020, p.155-156) esclarece, todavia, que essa faculdade de atuação pode ser afastada quando o precedente que será formado for potencialmente paradigmático, por repetição ou por relevância na unidade jurisdicional de atuação do defensor público, considerando que deve prevalecer a participação institucional democrática diante da perspectiva de autorreferência daquela decisão em julgados subsequentes.

Nesta senda, é possível dizer que, considerando as particularidades do público assistido pela Defensoria Pública, a sua atuação institucional permite que o Poder Judiciário tenha outra concepção sobre a interpretação que dará ao direito. Amélia Soares da Rocha e Régis Gurgel do Amaral Jereissati (2020, p.776) ressaltam que a manifestação da Defensoria Pública não traz reflexos apenas para os vulneráveis, mas também contribui para a formação dos precedentes judiciais, ressoa no meio social, amplificando, desta forma, os resultados da participação institucional em benefício de toda a sociedade.

Desta forma, observa-se que, para além da orientação jurídica e da representação processual das mulheres privadas de liberdade, a atuação da Defensoria Pública no âmbito criminal em favor dessas mulheres pode decorrer de legitimidade extraordinária, coletiva ou institucional através de ações coletivas e da intervenção como *amicus curiae* ou como *custos vulnerabilis*. Essas modalidades de atuação institucional podem contribuir para a construção dos precedentes judiciais, potencializando os resultados em prol de todas as mulheres privadas de liberdade.

5.4 ALGUNS PRECEDENTES PENAIIS REFERENTES AO ENCARCERAMENTO FEMININO E O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA SUA FORMAÇÃO

O sistema de justiça criminal, por si só, acarreta vulnerabilidade aos indivíduos que a ele se submetem, principalmente, para aqueles que estão privados de liberdade. Além dessa vulnerabilidade, vislumbra-se outro fator de vulnerabilidade próprio da situação das mulheres privadas de liberdade diante das especificidades da sua vivência no cárcere, bem como da

desigualdade de gênero observada na elaboração de normas, estratégias e políticas públicas que lhes digam respeito e da ausência de observância das disposições legais já existentes acerca do cárcere feminino pelos Poderes Executivo e Judiciário. Neste sentido, as denominadas “Novas 100 regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade“, elaboradas pela Cúpula Judiciária Ibero-Americana na XIX Conferência Judicial Ibero-Americana de 2018 em revisão as “100 regras de Brasília sobre acesso à justiça sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade” decorrentes da XIV Conferência Judicial Ibero-Americana, realizada em 2008, reconhecem a vulnerabilidade das pessoas privadas de liberdade em seu item 22, dispondo que a prisão determinada por autoridade pública competente impõe obstáculos ao exercício pleno dos demais direitos de titularidade da pessoa privada de liberdade.

Outrossim, o item 8 do citado documento trata especificamente da vulnerabilidade que atinge as mulheres, na medida em que dispõe que “a discriminação que a mulher sofre em determinados âmbitos caracteriza um obstáculo para o acesso à justiça, que se vê agravado naqueles casos em que concorra alguma outra causa de vulnerabilidade”. Observa-se, portanto, que a mulher privada de liberdade tem somadas duas vulnerabilidades distintas, que agravam sua situação e dificultam o seu acesso à justiça e, por conseguinte, ao exercício pleno dos demais direitos fundamentais dos quais é titular.

O princípio da igualdade substancial demanda o reconhecimento da superioridade estatal sobre o preso na execução penal diante da disparidade fática existente entre o Estado-exequente e o condenado-executado (SANTIAGO; MAIA, 2019, p.184). A constatação de que existe uma relação vertical entre o Estado-exequente e o preso conduz a necessária constatação de que há uma presunção de vulnerabilidade do preso, que requer um “[...] tratamento desigual a fim de igualá-los em paridade de armas principalmente no âmbito processual penal executivo.” (SANTIAGO; MAIA, 2019, p.184).

Além das vulnerabilidades jurídica, fática e informacional, as pessoas privadas de liberdade enfrentam outras vulnerabilidades, que são a vulnerabilidade sanitária ou biológica resultante das condições desumanas em que se encontram a maioria dos encarcerados no Brasil e a vulnerabilidade política, considerando que os presos carecem de representatividade política (SANTIAGO; MAIA, 2019, p.185). Nestor Eduardo Araruna Santiago e Maurílio Casas Maia (2019, p.187) ressaltam que, quando o Estado, através dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, estabelece uma relação vertical com a pessoa privada de liberdade, conservando-a em uma posição de desvantagem social e jurídica por múltiplos aspectos, observa-se que não há uma vulnerabilidade geral, mas sim uma hipervulnerabilidade, em

virtude dos diversos fatores de vulnerabilidade que recaem sobre o preso que ultrapassam as vulnerabilidades que incidem sobre o cidadão comum (SANTIAGO; MAIA, 2019, p.187).

Verifica-se, portanto, que há hipervulnerabilidade ou vulnerabilidade agravada no âmbito do sistema prisional, na medida em que outros fatores de vulnerabilidade recaem sobre os presos, a exemplo da superlotação das unidades prisionais, da questão biológica do enfermo privado de liberdade e das condições insalubres observadas em grande parte dos estabelecimentos prisionais. Neste contexto, o Estado deve proporcionar o reequilíbrio da “[...] relação entre os atores do processo executivo penal, ofertando mecanismos de construção de uma sociedade livre, justa solidária e igual.” (SANTIAGO; MAIA, 2019, p.188).

A vulnerabilidade prisional das pessoas privadas de liberdade foi reconhecida implicitamente pela Constituição Federal de 1988 através da previsão de direitos e garantias específicas dos presos (SANTIAGO; MAIA, 2019, p.188-189). Segundo Nestor Eduardo Araruna Santiago e Maurílio Casas Maia (2019) diversos direitos fundamentais são destinados ao abrandamento da vulnerabilidade dos encarcerados, dentre eles:

[...] o direito à integridade física e moral; o cumprimento de penas em estabelecimentos distintos de acordo com a natureza do delito, sexo e idade do apenado; o veto às penas perpétuas, cruéis, de trabalho forçado e banimento; o direito à informação sobre seus direitos; a comunicação da prisão ao juízo competente e à família respectiva; o direito à identificação de quem executa sua prisão; o direito ao relaxamento imediato das prisões ilegais, bem como de não ser mantido preso, quando a lei admitir liberdade provisória com ou sem fiança; e o direito à indenização por erro judiciário ou excesso no cumprimento de pena (SANTIAGO; MAIA, 2019, p.189-190).

A atuação da Defensoria Pública como órgão de execução penal, tanto na defesa dos presos individualmente quanto na tutela da coletividade de presos, por meio da representação processual tradicional ou da atuação interventiva institucional, faz-se necessária para o restabelecimento do equilíbrio nessa relação entre Estado-acusador ou Estado-executor e o encarcerado. É, portanto, essencial a presença do Estado-defensor a fim de proporcionar o reequilíbrio dessa balança.

Diante da hipervulnerabilidade das mulheres privadas de liberdade, pelas razões que foram analisadas no capítulo anterior, constata-se que a atuação da Defensoria Pública em favor delas enquanto indivíduos ou grupo vulnerável é mais do que necessária, a fim de assegurar a efetividade do próprio direito à liberdade de locomoção e dos demais direitos fundamentais dos quais essas mulheres são titulares.

Essa atuação da Defensoria Pública, principalmente no âmbito dos Tribunais Superiores, seja em decorrência da impetração de recursos das decisões proferidas em segunda instância pelos Tribunais de Justiça Estaduais e Tribunais Regionais Federais, seja em virtude da intervenção institucional como *amicus curiae* ou como *custos vulnerabilis* em ações que já tramitam nos Tribunais Superiores ou da impetração de habeas corpus coletivo perante esses tribunais, potencializa o contraditório na construção dos precedentes judiciais em benefício das mulheres privadas de liberdade.

5.4.1 A atuação da Defensoria Pública na formação do precedente judicial sobre a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar de mulheres presas

Embora a Constituição Federal de 1988, a Lei de Execução Penal e o Código de Processo Penal tenham tratado de certa forma das particularidades do encarceramento feminino ao estabelecerem condições de assistência específicas às necessidades das mulheres, requisitos dos estabelecimentos penais femininos, requisitos para a progressão de regime e para a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar para as mulheres presas, dentre outros direitos, constata-se que as disposições constitucionais e legais frequentemente deixam de ser observadas pelos Poderes Executivo e Judiciário.

Dentre os as disposições legais anteriormente mencionadas, uma das mais relevantes para o atendimento das peculiaridades da situação da mulher privada de liberdade é a previsão da substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar nas hipóteses em que for gestante ou mulher com filho até 12(doze) anos de idade incompletos ou responsável por pessoas com deficiência, nos termos dos arts.318 e 318-A do Código de Processo Penal.Ocorre que, não obstante exista essa previsão, juízes no primeiro grau e Cortes de Justiça, que correspondem aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais, passaram a negar sistematicamente e de forma discricionária a sua aplicação.

Diante dessas negativas sistemáticas e discricionárias da substituição das prisões preventivas por prisões domiciliares de mulheres que se enquadram no disposto nos arts.318 e 318-A do Código de Processo Penal, o Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (CADHu) impetrou o Habeas Corpus Coletivo n.143.641-SP perante o Supremo Tribunal Federal, com a finalidade de evitar a arbitrariedade em futuras decisões e uniformizar o entendimento dos tribunais quanto à prisão preventiva de gestantes e mães, tendo como pacientes todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional,

que ostentassem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães de crianças com até 12 anos de idade sob a sua responsabilidade.

Após a impetração do citado habeas corpus coletivo, a Defensoria Pública do Ceará intentou ingressar no feito como *custos vulnerabilis* ou, subsidiariamente, como *amicus curiae*, enfatizando sua condição de órgão interveniente na execução penal para a tutela das pessoas privadas de liberdade, que constituem “[...] um grupo extremamente vulnerável, e que sua atuação como guardião dos vulneráveis tem por fundamento o art.134 da Constituição e o art.4º, XI, da Lei Complementar 80/1994”. A Defensoria Pública do Ceará afirmou, ainda, que caso não fosse acolhido o pleito de ingresso como *custos vulnerabilis*, deveria ser acolhida de forma subsidiária a intervenção como *amicus curiae*, considerando o caráter coletivo do *habeas corpus*. Outrossim, a Defensoria Pública do Estado do Paraná pleiteou seu ingresso no feito como *custos vulnerabilis* ou, subsidiariamente, como *amicus curiae*, requerendo, ainda a intimação do Defensor Público-Geral Federal a fim de provocar sua atuação como guardião dos vulneráveis.

O relator do Habeas Corpus Coletivo n.143.641-SP, Ministro Ricardo Lewandowski, determinou a intimação do Defensor Público-Geral Federal, com a finalidade de que este esclarecesse acerca do seu interesse em atuar no feito. Após intimada, a Defensoria Pública da União ingressou na relação processual, alegando ser necessária sua participação, seja pelos efeitos da decisão nos direitos do grupo vulnerável, seja pela sua experiência quanto aos temas tratados no referido *habeas corpus*.

Entretanto, somente após o ingresso da Defensoria Pública da União e sua justificativa quanto ao interesse em atuar, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski reconheceu a possibilidade do cabimento do habeas corpus coletivo, estabelecendo premissas para o seu conhecimento, notadamente quanto à legitimação ativa, que entendeu, “[...] por analogia à legislação referente ao mandado de injunção coletivo, ser da Defensoria Pública da União, por tratar-se de ação cujos efeitos podem ter abrangência nacional”. Assim, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a legitimidade ativa da Defensoria Pública da União para a impetração do mencionado habeas corpus coletivo, admitindo-a como impetrante ao lado do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (CADHu).

Posteriormente, diversas Defensorias Públicas Estaduais, a exemplo das Defensorias Públicas dos Estados de São Paulo, Bahia, Distrito Federal, Espírito Santo, Minas Gerais, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Tocantins requereram seu ingresso como *amicus curiae*. A Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso, por sua vez, requereu seu ingresso no feito como *custos vulnerabilis* ou, subsidiariamente, como assistente.

O Habeas Corpus Coletivo nº 570.440 – DF foi desmembrado em razão da ausência das informações requisitadas de parte dos Estados, dando origem ao Habeas Corpus 149.521/2017, e na mesma oportunidade o Ministro Relator Ricardo Lewandowski admitiu o ingresso das Defensorias Públicas Estaduais como *amicicuriae*. Em momento posterior, ainda ingressaram como *amicicuriae* o Instituto Alana e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa.

Quanto ao instrumento do *amicus curiae*, Pedro Hartung e Isabella Henriques (2019, p.34) esclarecem que sua utilização permitiu que terceiros especiais da sociedade, ou em seu interesse, colaborassem com o processo, amplificando o debate e contribuindo com informações relevantes para a elaboração da decisão proferida pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Cumpre salientar que o ingresso da Defensoria Pública da União e das Defensorias Públicas Estaduais foi essencial para amplificar o contraditório e o caráter democrático da decisão proferida no Habeas Corpus Coletivo nº 570.440 – DF, na medida em que a participação da Defensoria Pública da União foi considerada como premissa para o conhecimento do *writ* coletivo, em razão de ter sido feita analogia com a legitimação ativa para a impetração do mandado de injunção coletivo. Além disso, a intervenção defensorial possibilitou que cada Defensoria Pública Estadual contribuísse com informações e documentos que corroboravam o argumento de que era perfeitamente cabível o habeas corpus coletivo, bem como que permitissem de algum modo que fosse quantificado o alcance da decisão proferida no referido *writ*.

Nesta senda, Pedro Hartung e Isabela Henriques (2019) afirmam que o acompanhamento mais próximo e frequente da realidade feito pelas Defensorias Públicas Estaduais lhes permitiu apresentar inúmeros casos de descumprimento da premissa da prisão preventiva como exceção no Processo Penal e do manifesto descumprimento ao Marco Legal da Primeira Infância. Os autores, ainda, ressaltam que a complexidade do tema abordado no Habeas Corpus Coletivo nº 570.440 – DF “[...] não seria totalmente observada se não houvesse a participação qualificada de agentes da própria sociedade civil”. (HARTUNG; HENRIQUES 2019, p.35).

O acórdão do referido habeas corpus coletivo concedeu a ordem, determinando que a prisão preventiva de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças ou de deficientes, relacionadas nos autos pelo Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN ou pelas autoridades estaduais, fosse convertida em prisão domiciliar enquanto perdurasse tal condição, exceto nas hipóteses de delitos praticados com violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em casos excepcionalíssimos, nos quais se exige a devida fundamentação da negativa do benefício pelos juízes. Essa ordem concedida foi estendida, de

ofício, para as demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças ou de deficientes, bem como para as adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação em todo território nacional. Verifica-se que a intervenção da Defensoria Pública no referido habeas corpus coletivo, ainda que na condição de *amicus curiae* e com suas limitações, foi fundamental para a elaboração do precedente judicial em benefício das gestantes e mães de crianças e pessoas com deficiência que se encontram presas provisoriamente.

O Habeas Corpus Coletivo nº 570.440 – DF foi muito importante por ter ampliado o acesso à justiça da maioria das gestantes, puérperas e mães de crianças ou de deficientes presas preventivamente no Brasil. Cumpre salientar que a maioria dessas mulheres é assistida pela Defensoria Pública em razão das suas diversas vulnerabilidades e que, embora a instituição se esforçasse para obter a liberdade delas, tinha seus pedidos indeferidos de forma sistemática e arbitrária por juízes e tribunais. Desta forma, esse precedente judicial representou um grande avanço por proporcionar a uniformização do entendimento quanto à substituição dessas prisões provisórias por prisões domiciliares diante da arbitrariedade da maioria das decisões anteriores quanto ao tema, bem como das dificuldades de acesso à justiça que as mulheres presas enfrentam, sendo o precedente judicial mais importante quanto ao encarceramento feminino firmado até então.

Verifica-se, portanto, que, diante das peculiaridades da situação das mulheres no cárcere e das constantes violações à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais perpetradas contra as pessoas privadas de liberdade, em especial contra as mulheres, a atuação da Defensoria Pública é fundamental para garantir o respeito à dignidade das mulheres presas, bem como a efetividade dos seus direitos fundamentais. A essencialidade dessa atuação corrobora o papel da Defensoria Pública de garantia institucional do direito fundamental à liberdade de locomoção das mulheres presas.

5.4.2 A atuação da Defensoria Pública em outros precedentes judiciais que beneficiam as mulheres privadas de liberdade

Vale ressaltar que, embora não tratem especificamente da situação da mulher privada de liberdade, existem outros exemplos em que a atuação da Defensoria Pública nos Tribunais Superiores contribuiu para a formação de precedentes penais importantes quanto às pessoas privadas de liberdade de modo geral que, por conseguinte, terão reflexos sobre o encarceramento feminino.

As Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº43, 44 e 54(ADC nº43, ADC nº44 e ADC nº54), todas de relatoria do Ministro Marco Aurélio de Melo e julgadas conjuntamente por terem objetos semelhantes, constituem um importante precedente judicial firmado recentemente em favor de todas as pessoas privadas de liberdade e que, conseqüentemente, beneficia as mulheres presas.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade nº43(ADC nº43) foi proposta pelo Partido Ecológico Nacional – PEN teve a participação da Defensoria Pública da União, da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e de outras entidades como *amici curiae*. A Ação Declaratória de Constitucionalidade nº44(ADC nº44), por sua vez, foi ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e teve a participação das Defensorias Públicas dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro, bem como de outras entidades como *amici curiae*. Por fim, a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº54(ADC nº54) foi proposta pelo Partido Comunista do Brasil e teve como *amici curiae* as Defensorias Públicas dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro e outras entidades.

As três ações declaratórias de constitucionalidade tiveram o escopo de ver declarada a constitucionalidade do art.283 do Código de Processo Penal, cuja redação condiciona o cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerando indevida a execução provisória da pena em virtude do princípio constitucional da não culpabilidade previsto no art.5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988.

O papel das Defensorias Públicas da União e Estaduais na formação desse precedente judicial foi fundamental, na medida em que sua atuação como *amici curiae* ampliou o debate acerca da constitucionalidade do referido dispositivo legal que impossibilita a execução provisória da pena, popularmente denominada de “prisão em segunda instância”. Havia o mito de que a impossibilidade da execução provisória da pena beneficiaria apenas as pessoas das classes mais favorecidas economicamente, pois supostamente somente elas, quando condenadas recorreriam aos Tribunais Superiores e teriam alguma possibilidade de êxito.

A atuação da Defensoria Pública como *amicus curiae* nessas ações possibilitou que a instituição demonstrasse que esse argumento é falacioso, tendo em vista que uma grande quantidade de indivíduos por ela assistidos, quando condenados, também recorrem aos Tribunais Superiores com a expectativa de alcançar absolvição ou redução da pena imputada, de modo que a Defensoria Pública tem uma grande taxa de sucesso em seus recursos ao Superior Tribunal de Justiça se comparada a taxa de sucesso dos advogados particulares. Neste aspecto, cumpre salientar que as Defensorias Públicas Estaduais e a Defensoria Pública da União têm sido bastante atuantes no âmbito dos Tribunais Superiores através de núcleos que

atuam especificamente nesses tribunais, de representações em Brasília e do Grupo de Atuação Estratégica da Defensoria Pública nos Tribunais Superiores. Essa atuação é essencial para que a instituição contribua para a formação dos precedentes judiciais, na medida em que as Cortes de Precedentes, que são os Tribunais Superiores, são responsáveis pela sua elaboração. Além disso, a instituição argumentou que existe uma grande quantidade de casos em que início da execução da pena nos parâmetros definidos pelo título condenatório de segunda instância sujeitará o réu a um excesso de execução e que, em alguns casos, o réu pode vir a ser absolvido.

Ao julgar conjuntamente as três ações declaratórias de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou procedente as ações para confirmar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011.

Outro precedente judicial recente de grande importância decorreu da atuação da Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, que ajuizou no Habeas Corpus Coletivo nº 568693/ES no Superior Tribunal de Justiça, com a finalidade de obter a liberdade, independentemente do pagamento de fiança, de todos aqueles a quem foi concedida liberdade provisória condicionada ao pagamento de fiança e que ainda se encontravam presos em razão do não pagamento do valor, considerando o contexto da pandemia de COVID-19.

A Defensoria Pública da União requereu o ingresso como *custos vulnerabilis* no referido habeas corpus coletivo e foi admitido o seu ingresso no feito nessa condição. O referido habeas corpus coletivo teve como relator o Ministro Sebastião Reis Júnior e foi julgado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, que concedeu a ordem, determinando:

[...] a soltura, independentemente do pagamento da fiança, em favor de todos aqueles a quem foi concedida liberdade provisória condicionada ao pagamento de fiança no estado do Espírito Santo e ainda se encontram submetidos à privação cautelar de liberdade em razão do não pagamento do valor, com determinação de extensão dos efeitos desta decisão aos presos a quem foi concedida liberdade provisória condicionada ao pagamento de fiança, em todo o território nacional, e, nos casos e que impostas outras medidas cautelares diversas e a fiança, fica afastada apenas a fiança, mantendo as demais medidas.

Observa-se, portanto, que o referido precedente judicial decorrente da atuação da Defensoria Pública beneficia toda pessoa privada de liberdade em todo o território nacional que tenha sido mantida presa em razão do não pagamento de fiança arbitrada, diante do contexto da pandemia de COVID-19.

Embora esses dois últimos precedentes judiciais no âmbito criminal não se refiram especificamente às mulheres presas, é importante ressaltar que tais precedentes também alcançam e beneficiam as mulheres privadas de liberdade. Cumpre salientar que as maiorias das mulheres presas são pobres, negras, sofrem com o abandono dos seus familiares a partir do momento em que ingressam no sistema prisional, sendo assistidas pela Defensoria Pública em razão de todas suas vulnerabilidades. Diante disso, tais precedentes judiciais, que foram criados com a contribuição da Defensoria Pública em decorrência da sua atuação, beneficiam potencialmente a grande parcela das mulheres presas em todo país.

Verifica-se, portanto, que, diante da sua missão institucional de assegurar a defesa dos interesses e direitos dos indivíduos e grupos vulneráveis, dentre eles as mulheres privadas de liberdade, a atuação da Defensoria Pública nos Tribunais Superiores contribui de forma significativa na formação dos precedentes penais referentes ao encarceramento feminino. Essa contribuição se dá com a potencialização do contraditório e da possibilidade de democratização dos debates acerca do direito fundamental à liberdade de locomoção das pessoas presas, em especial das mulheres privadas de liberdade.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho analisou o papel da Defensoria Pública na formação dos precedentes penais referentes às mulheres privadas de liberdade, considerando o enquadramento dado pela Constituição Federal de 1988 à instituição.

Com a finalidade de atender grande parcela da população que carece de recursos, o Brasil adotou o sistema *salaried staff model*, em sua modalidade direta, atribuindo à Defensoria Pública a prática da assistência jurídica integral e gratuita dos necessitados, como se depreende da leitura do art.134 da Constituição Federal e de outros dispositivos constitucionais.

Pode-se afirmar que o direito fundamental à assistência jurídica gratuita, umbilicalmente ligado ao direito de acesso à justiça, é instrumento para que os vulneráveis tenham outros direitos fundamentais garantidos e efetivados. O direito fundamental à liberdade de locomoção das mulheres é um desses direitos que é, frequentemente, assegurado e concretizado em virtude do direito fundamental à assistência jurídica gratuita, diante da hipervulnerabilidade das mulheres privadas de liberdade.

Observou-se que os direitos de acesso à justiça e à assistência jurídica gratuita, instrumentalizados pela Defensoria Pública para assegurar a efetividade dos demais direitos fundamentais dos vulneráveis, não se submetem à cláusula da reserva do possível por se caracterizarem como direitos multifuncionais ou multidimensionais. Desta forma, não é permitido ao Estado se valer da cláusula da reserva do possível para se eximir ou mitigar o seu dever de assegurar assistência jurídica integral e gratuita àqueles que dela necessitam através da Defensoria Pública.

Verificou-se que a Defensoria Pública é a instituição destinada à concretização do direito fundamental de acesso à justiça, instrumentalizando esse direito, de modo a assegurar a efetividade dos demais direitos fundamentais dos indivíduos e dos grupos vulneráveis, dentre eles o direito fundamental à liberdade de locomoção das mulheres.

Não obstante gozem de proteção constitucional similar, os conceitos de direitos fundamentais, garantias fundamentais e garantias institucionais são distintos. Direitos fundamentais são direitos universais e indisponíveis, garantias fundamentais são instrumentos que tem por finalidade assegurar esses direitos e garantias institucionais correspondem à proteção conferida pela Constituição Federal à determinadas instituições e a determinados direitos fundamentais, a fim de inibir interferências dos poderes públicos, inclusive do próprio

poder constituinte reformador, que tencionem suprimir ou esvaziar suas garantias e atribuições.

Constatou-se, portanto, que a Defensoria Pública constitui verdadeira garantia institucional dos direitos fundamentais, em virtude do padrão organizacional estabelecido pela Constituição Federal segundo o qual a instituição compõe a tríade do Sistema de Justiça, configurando a vertente do Estado-Defensor, bem como em razão da sua jusfundamentalidade.

A relevância do enquadramento da Defensoria Pública – enquanto garantia institucional fundamental–, decorre também da necessidade de resguardá-la dessas eventuais tentativas de supressão ou de esvaziamento das prerrogativas e garantias que caracterizam a instituição pelos poderes públicos, a fim de se assegurar, conseqüentemente, que a Defensoria Pública permaneça como instituição garantidora da efetivação do direito fundamental de acesso à justiça e dos demais direitos fundamentais. Desta forma, é importante reconhecer o *status* de garantia institucional da Defensoria Pública, que a resguarda de quaisquer ingerências dos poderes públicos, a fim de assegurar, de modo apropriado, a assistência jurídica gratuita e integral de pessoas e coletividades vulneráveis, a exemplo das mulheres privadas de liberdade.

Observa-se, ainda, que o campo de atuação da Defensoria Pública não se restringe à assistência jurídica gratuita dos necessitados financeiramente, na medida em que seu objeto foi alargado para que se possa promover os direitos humanos e a defesa de indivíduos e grupos vulneráveis. Assim, deve-se adotar um conceito amplo de necessitados, de modo a considerar como necessitado toda pessoa que não tiver acesso aos instrumentos necessários para a defesa dos seus direitos diante da sua situação de vulnerabilidade, que pode ter aspectos econômicos, mas também pode decorrer de aspectos culturais, étnicos, sociais, de gênero, por deficiência, estado físico ou mental, idade, privação de liberdade ou de qualquer outro aspecto.

Esse alargamento do objeto da assistência jurídica gratuita decorre das alterações promovidas no texto constitucional pelas Emendas Constitucionais nº45/2004 e 80/2014 que determinaram que a instituição instrumentaliza os direitos de acesso à justiça e de assistência jurídica gratuita para garantir a efetividade dos demais direitos fundamentais dos vulneráveis, bem como do reconhecimento pelas Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade de diversas situações que constituem obstáculos à certas pessoas ou grupos para o acesso ao sistema de Justiça e estabeleceram o direito à assistência jurídica de qualidade e gratuita às pessoas em condição de vulnerabilidade.

Constatou-se que a Defensoria Pública compõe o tripé do Sistema de Justiça, do qual também fazem parte a Magistratura e o Ministério Público e que, embora esse objeto da assistência jurídica gratuita, por ela prestada tenha sido alargado, observou-se que ainda há um grande *déficit* de defensores públicos nas unidades jurisdicionais no Brasil em comparação com o número de magistrados e membros do Ministério Público, prejudicando, em certa medida, a eficácia dos direitos de acesso à justiça e de assistência jurídica gratuita para garantir a efetividade dos demais direitos fundamentais dos vulneráveis.

Quanto à teoria dos precedentes vinculantes, constatou-se que, embora o Brasil adote a tradição jurídica do *common law*, não há qualquer incompatibilidade com o uso do sistema de precedentes judiciais, diante da necessidade de se assegurar a igualdade, a coerência e a segurança jurídica das decisões judiciais. A adoção expressa e inequívoca do sistema de precedentes judiciais pelo Código de Processo Civil de 2015 decorre justamente da imprescindibilidade da observância dos precedentes no Brasil.

Observou-se que a maior valorização do precedente judicial no direito brasileiro não é uma adulteração das características da tradição jurídica adotada pelo Brasil, mas sim, um aprimoramento dessa tradição, na medida em que os precedentes judiciais já eram adotados pelo Brasil, ainda que somente de forma persuasiva.

Verificou-se que o precedente judicial é uma ferramenta direcionada à igualdade e à segurança jurídica tanto nas relações jurídicas quanto nas relações sociais, uma vez que tem por escopo tratar situações jurídicas análogas de modo equivalente. Ressaltou-se que não há justiça se não houver respeito aos precedentes judiciais decorrentes da atuação das Cortes de Justiça, que são o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, na medida em que tal inobservância perpetua as desigualdades. Assim, os paradigmas do livre convencimento do juiz e da independência judicial não são argumentos válidos para justificar o desrespeito aos precedentes judiciais.

Observou-se que os conceitos de *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling* são utilizados na aplicação dos precedentes judiciais tanto no âmbito cível quanto no âmbito criminal.

Cumprido salientar que a aplicação da teoria dos precedentes vinculantes ao processo penal proporciona maior segurança jurídica e isonomia, reduzindo a discricionariedade judicial e, por conseguinte, consolidando os limites do poder punitivo do Estado. Outrossim, constatou-se que a teoria dos precedentes vinculantes não tem qualquer incompatibilidade com o processo penal, uma vez que não existe previsão em sentido contrário no Código de Processo Penal nem vedação expressa à utilização de normas processuais civis sobre a

matéria. Além disso, há disposição expressa no Código de Processo Penal que permite o uso da analogia, possibilitando a aplicação da teoria dos precedentes vinculantes no âmbito penal.

Verificou-se que o direito à liberdade de locomoção é direito fundamental previsto no *caput* e no inciso XV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que consiste no direito de ir, vir e de permanecer, sendo passível de limitações, como outros direitos fundamentais, de sorte que uma de suas limitações mais relevante decorre da prisão, entendida como privação da liberdade. Embora as limitações ao direito à liberdade de locomoção estejam previstas na Constituição Federal de 1988, notou-se que ocorrem muitas prisões ilegais e dispensáveis que tornam o Brasil um dos países com as maiores taxas de encarceramento do mundo. Acompanhando o crescimento dessa taxa de encarceramento geral no país, observou-se que, nas últimas décadas, houve também um aumento significativo do número de mulheres encarceradas.

É importante ressaltar que a criminologia crítica pura e simples não se presta a explicar de forma satisfatória o encarceramento feminino. A compreensão do encarceramento feminino deve ser feita à luz de uma criminologia feminista diante da necessidade de se observar o processo de criminalização da mulher sob a perspectiva de gênero. Essa necessidade decorre da constatação de que a criminalidade feminina é distinta da masculina em virtude do papel atribuído ao sexo feminino e ao maior controle social exercido sobre as mulheres, bem como de que o cárcere é construído a partir de padrões androcêntricos, reproduzindo de forma exponencial as desigualdades que são vistas na sociedade, principalmente sob a perspectiva de gênero.

Constatou-se que a influência exercida pelo poder patriarcal sobre a ciência e sobre o direito perpetua as desigualdades entre os gêneros na sociedade, razão pela qual faz-se necessária a análise da criminalização e da vitimização da mulher sob a perspectiva do gênero, nos moldes propostos pela criminologia feminista. Neste sentido, é possível afirmar que a suposta neutralidade de tratamento dado pela lei à situação de mulheres e homens no sistema criminal é falaciosa, na medida em que prevalece a visão androcêntrica na construção desse sistema.

Observou-se que a situação da mulher no cárcere possui diversas peculiaridades, muitas delas relacionadas à gestação e à maternidade, e que, em razão disso já existem dispositivos legais que tem por finalidade atender a essas características e amenizar o sofrimento das prisioneiras. Verificou-se, entretanto, que não há o devido cumprimento de parte desses dispositivos em decorrência da falta de estrutura e de pessoal das unidades

prisionais no tocante à assistência da mulher presa, bem como em decorrência da falta de sensibilidade daqueles que aplicam a lei.

Notadamente, quanto às mulheres gestantes, puérperas e mães de crianças ou de deficientes, verificou-se que a maioria dos estabelecimentos penais não dispõe de estrutura para atendê-las, razão pela qual é imposta a separação abrupta das mães dos seus filhos. Havendo essa separação, busca-se a família da mulher presa a fim de que esta assuma o cuidado com as crianças. Caso não seja localizada a família da presa ou não haja familiares dispostos a cuidar das crianças, elas são institucionalizadas, podendo ocorrer a destituição do poder familiar e, conseqüentemente, a quebra definitiva do vínculo entre mães e filhos.

Constatou-se, ainda, que essa quebra definitiva do vínculo entre mães e filhos – através da destituição do poder familiar–, ocorre com frequência em virtude da falta de comunicação entre Varas Criminais ou de Execução Penal e Varas da Infância e Juventude, que poderiam se informar mutuamente acerca da prisão da mãe e do destino dado aos seus filhos. Salienta-se, ainda, que mães presas em cidades de interior que não possuem estabelecimento penal adequado podem ser transferidas para outros locais que tenham unidades prisionais destinadas para mulheres, sendo este outro motivo para a dificuldade de comunicação e contato que pode levar à destituição do poder familiar.

Verificou-se que a atuação da Defensoria Pública, no âmbito criminal em favor das mulheres presas, é bastante abrangente, englobando, principalmente, a sua orientação jurídica através dos atendimentos realizados inclusive nas unidades prisionais, sua defesa judicial através da representação processual individual, a atuação como curadora especial e as intervenções em favor de presas definitivas e provisórias como órgão de execução penal.

Observou-se que, para além da orientação jurídica, da representação processual e das intervenções individuais como órgão de execução penal em benefício das mulheres privadas de liberdade, a atuação da Defensoria Pública no âmbito criminal em favor dessas mulheres pode decorrer de legitimidade extraordinária, coletiva ou institucional, através de ações coletivas e da intervenção como *amicus curiae* ou como *custos vulnerabilis*. Essas modalidades de atuação institucional podem contribuir para a construção dos precedentes judiciais, potencializando os resultados em prol de todas as mulheres privadas de liberdade.

Notou-se que essa atuação da Defensoria Pública, principalmente no âmbito dos Tribunais Superiores, seja em decorrência da impetração de recursos das decisões proferidas em segunda instância pelos Tribunais de Justiça Estaduais e Tribunais Regionais Federais, seja em virtude da intervenção institucional como *amicus curiae* ou como *custos vulnerabilis* em ações que já tramitam nos Tribunais Superiores ou da impetração de habeas corpus

coletivo perante esses tribunais, potencializa o contraditório na construção dos precedentes judiciais em benefício das mulheres privadas de liberdade.

Quanto à análise de precedentes judiciais específicos sobre o encarceramento feminino, constatou-se que o ingresso da Defensoria Pública da União e das Defensorias Públicas Estaduais foi essencial para amplificar o contraditório e o caráter democrático da decisão proferida no Habeas Corpus Coletivo nº 570.440 – DF, na medida em que a participação da Defensoria Pública da União foi considerada como premissa para o conhecimento do *writ* coletivo, em razão de ter sido feita analogia com a legitimação ativa para a impetração do mandado de injunção coletivo. Além disso, a intervenção defensorial possibilitou que cada Defensoria Pública Estadual contribuísse com informações e documentos que corroboravam o argumento de que era perfeitamente cabível o habeas corpus coletivo, bem como que permitissem de algum modo que fosse quantificado o alcance da decisão proferida no referido *writ*.

Verificou-se que a intervenção da Defensoria Pública no referido habeas corpus coletivo, ainda que na condição de *amicus cúriae* e com suas limitações, foi essencial para a elaboração do precedente judicial em benefício das gestantes e mães de crianças e pessoas com deficiência que se encontram presas provisoriamente.

Nesse aspecto, é possível afirmar que o Habeas Corpus Coletivo nº 570.440 – DF foi muito importante por ter ampliado o acesso à justiça da maioria das gestantes, puérperas e mães de crianças ou de deficientes presas preventivamente no Brasil. Desta forma, esse precedente judicial representou um grande avanço por proporcionar a uniformização do entendimento quanto à substituição dessas prisões provisórias por prisões domiciliares diante da arbitrariedade da maioria das decisões anteriores quanto ao tema, bem como das dificuldades de acesso à justiça que as mulheres presas enfrentam, sendo o precedente judicial mais importante quanto ao encarceramento feminino firmado até então.

Observou-se, embora não tratem especificamente da situação da mulher privada de liberdade, existem outros exemplos em que a atuação da Defensoria Pública nos Tribunais Superiores contribuiu para a formação de precedentes penais importantes quanto às pessoas privadas de liberdade de modo geral que, por conseguinte, tem reflexos sobre o encarceramento feminino.

Notou-se que um desses exemplos decorre da participação das Defensorias Públicas da União e dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro como *amici curiae* nas ADC nº43, ADC nº44 e ADC nº54, que tiveram por finalidade ver declarada a constitucionalidade do art.283 do Código de Processo Penal, cuja redação condiciona o cumprimento da pena ao

trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerando indevida a execução provisória da pena em virtude do princípio constitucional da não culpabilidade previsto no art.5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988. Observou-se que o papel das Defensorias Públicas da União e Estaduais na formação desse precedente judicial foi fundamental, na medida em que sua atuação como *amici curiae* ampliou o debate acerca da constitucionalidade do referido dispositivo legal que impossibilita a execução provisória da pena, popularmente denominada de “prisão em segunda instância”.

Verificou-se que outro precedente judicial recente de grande importância decorreu da atuação da Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, que ajuizou o Habeas Corpus Coletivo nº 568693/ES no Superior Tribunal de Justiça, no qual a Defensoria Pública da União ingressou como *custos vulnerabilis*. Embora não trate especificamente das mulheres presas, o referido precedente judicial decorrente da atuação da Defensoria Pública beneficia toda pessoa privada de liberdade em todo o território nacional que tenha sido mantida presa em razão do não pagamento de fiança arbitrada, diante do contexto da pandemia de COVID-19.

Diante da constatação de que as maiorias das mulheres presas são pobres, negras, sofrem com o abandono dos seus familiares a partir do momento em que ingressam no sistema prisional, sendo assistidas pela Defensoria Pública em razão de todas suas vulnerabilidades, é possível afirmar que tais precedentes judiciais, que foram criados com a contribuição da Defensoria Pública em decorrência da sua atuação, beneficiam potencialmente a grande parcela das mulheres presas em todo país.

Conclui-se, portanto, que, diante da sua missão institucional de assegurar a defesa dos interesses e direitos dos indivíduos e grupos vulneráveis, dentre eles as mulheres privadas de liberdade, a atuação da Defensoria Pública nos Tribunais Superiores contribui de forma significativa para a formação dos precedentes penais referentes ao encarceramento feminino. Essa contribuição se dá com a potencialização do contraditório, dos resultados e da possibilidade de democratização dos debates acerca do direito fundamental à liberdade de locomoção das pessoas presas, em especial das mulheres privadas de liberdade.

REFERÊNCIAS

- ABUD, Tiago. Atuação defensorial no Tribunal do Júri: desconstruindo dogmas. In: OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de; ROCHA, Jorge Bheron; PITTARI, Mariella; MAIA, Maurílio Casas (Orgs.). **Teoria Geral da Defensoria Pública**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020, p.733-752.
- ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para todos!** Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ALVES JR., Luís Carlos Martins. O ativismo judicial da “República togada” e o princípio da legalidade na “democracia parlamentar”: uma breve análise crítica acerca de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, sob as luzes da separação dos poderes e da soberania popular. **Revista Colombiana de Derecho Internacional**, n.27, jul/dez 2015, p.167-198. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.il15-27.oajr>>. Acesso em: 01 out. 2019.
- ALVES, Cleber Francisco; GONZÁLEZ, Pedro. **Defensoria Pública no século XXI: novos horizontes e desafios**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- AMORIM, Ana Mónica Anselmo de. **Acesso à justiça como direito fundamental e defensoria pública**. Curitiba: Juruá, 2017.
- ANADEP. **Sessão solene no Senado destacará aniversário da EC/80**. 2019. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=40916>. Acesso em: 01 mai. 2020.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia e feminismo: Da mulher como vítima à mulher como sujeito. In: CAMPOS, Carmen Hein de. (Org.). **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: Editora Sulina, 1999, p.105-117.
- ANTONY, Carmen. **Hacia una criminología feminista: violencia, androcentrismo, justicia y derechos humanos**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Libros de laAraucaria, 2019.
- ARANHA, Márcio Iorio. **Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1999.
- ARAÚJO, Fábio Roque da Silva; FIGUEIREDO, Raquel El-Bachá. A criminalização da homofobia pelo Supremo Tribunal Federal e os possíveis limites na formação dos precedentes penais. **Revista Thesis Juris – RTJ**, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 53-72, jan./jun. 2020. Disponível em: <<http://doi.org/10.5585/rtj.v9i1.16546>>. Acesso em: 15 set. 2020.
- BAHIA, Joana. Estrangeiras na prisão: o cotidiano das mulheres presas no Brasil. **Sociedad y Discurso**, n.23, p.60-77. 2014. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/319911580_Estrangeiras_na_prisao_o_cotidiano_das_mulheres_presas_no_Brasil>. Acesso em: 29 maio 2020.

BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: Da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de. (Org.). **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: Editora Sulina, 1999, p.19-80.

BARBOSA, Cláudia Maria; BASTOS, Elson Pereira de Oliveira. Precedentes obrigatórios, desenvolvimento e segurança jurídica. **Revista Eletrônica de Direito Processual- REDP**. Rio de Janeiro, a.12, v.19, n.1, p.62-82, jan/abr. 2018. Disponível em:< <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/30800/23717>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. **Revista de Direito Administrativo**. v.541, 2010, p.39-65. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8074/6862>>. Acesso em: 25 maio 2020.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro**, v. 1. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

BELLOQUE, Juliana Garcia. Política de Atendimento “Mães em cárcere”. **Prêmio Innovare**, 2017. Disponível em:< <https://www.premioinnovare.com.br/pratica/5789/print>>. Acesso em:01 maio 2020.

BEZERRA, Matheus Ferreira; SALAZAR, Rodrigo Andres Jopia. A utilização dos precedentes judiciais como uma inovação para a promoção do acesso à justiça. **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**. Porto Alegre, v.4, n.2, p.61-78, jul/dez. 2018. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/330974956_a_utilizacao_dos_precedentes_judiciais_s_como_uma_inovacao_para_a_promocao_do_acesso_a_justica>. Acesso em: 30 jun. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13.ed. rev. e atual. São Paulo:Malheiros Editores, 2003.

BORDIEU, Pierre. A dominação masculina. Tradução de Maria Helena Kühner. 15. ed. Rio de Janeiro:Bertrand Brasil, 2019.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, COELHO; Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 05 jan. 2021.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm.> Acesso em: 05 jan. 2021.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 05 jan. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 05 jan. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº7.210 de 1984(Lei de Execução Penal)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 01 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº7.347 de 1985(Lei de Ação Civil Pública)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm#:~:text=LEI%20No%207.347%2C%20DE%2024%20DE%20JULHO%20DE%201985.&text=Disciplina%20a%20a%C3%A7%C3%A3o%20civil%20p%C3%ABblica,VETADO\)%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm#:~:text=LEI%20No%207.347%2C%20DE%2024%20DE%20JULHO%20DE%201985.&text=Disciplina%20a%20a%C3%A7%C3%A3o%20civil%20p%C3%ABblica,VETADO)%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs)>. Acesso em: 01 maio 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº80 de 1994**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm>. Acesso em: 01 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº11.448 de 2007**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111448.htm>. Acesso em: 01 maio 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº132 de 2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp132.htm>. Acesso em: 01 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº12.313 de 2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/L12313.htm>. Acesso em: 01 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº12.403 de 2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em: 01 maio 2020.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 01 maio 2020.

BRASIL. **Lei 13.257 de 2016**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm>. Acesso em: 01 maio 2020.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm> Acesso em: 01 maio 2020.

BRASIL. Governo do Estado do Amazonas. **Lei estadual nº4.652, de 16 de agosto de 2018 (Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2019)**. Manaus:Secretaria de Estado da Fazenda, 2018a. Disponível em: <<http://www.sefaz.am.gov.br/subMenu.asp?categoria=313>>. Acesso em: 01 maio 2020.

BRASIL. Governo do Estado do Amazonas. **Lei estadual nº4.905, de 05 de agosto de 2019(Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2020)**. Manaus:Secretaria de Estado da Fazenda, 2019. Disponível em: <<http://www.sefaz.am.gov.br/subMenu.asp?categoria=313>>. Acesso em: 01 maio 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. **I Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça, 2004. Disponível em: <https://anadep.org.br/wtksite/downloads/Diag_defensoria.pdf>. Acesso em: 01 maio 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. **II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça, 2006. Disponível em: <https://anadep.org.br/wtksite/downloads/Diag_defensoria_II.pdf>. Acesso em: 01 maio 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. **III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça, 2009. Disponível em: <https://anadep.org.br/wtksite/IIIdiag_DefensoriaP.pdf>. Acesso em: 01 maio 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. **IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça, 2015. Disponível em:< <https://anadep.org.br/wtksite/downloads/iv-diagnostico-da-defensoria-publica-no-brasil.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2020.

BRASIL. Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos. **Mapa da Defensoria Pública no Brasil**. Elaboração de Tatiana Whately de Moura, Rosier Batista Custódio, Fábio de Sá e Silva e André Luís Machado de Castro. Brasília: ANADep/IPEA, 2013. Disponível em: <https://anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/39420/mapa_da_defensoria_publica_no_brasil_impresso_.pdf>. Acesso em: 25 maio 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - Junho de 2017**. Elaboração de Marcos Vinicius Moura Silva. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN Mulheres**. Organização de Thandara Santos. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2018b. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em:01 maio2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Resolução nº 4, de 20 de junho de 2011**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Conselho Nacional de Política Criminal de Penitenciária. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/cnpcp/resolucoes/2017/ResoluoSistematizaodasresoluesC NPCPversofinal.pdf>>Acesso em:01 maio2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº347 (ADPF nº347 MC/DF)**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade(PSOL). Requeridos: União, todos os vinte e seis estados e o Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Data do Julgamento: 09.09.2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 01 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº143.641-SP(HC nº143.641-SP)**. Impetrante: Defensoria Pública da União. Paciente: Todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças de até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças. Autoridades coatoras: Juízes e juízas das varas criminais estaduais, Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, juízes e juízas federais com competência criminal, Tribunais Regionais Federais e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Órgão julgador: Segunda Turma. Julgamento: 20.02.2018. Data da publicação:09.10.2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>>. Acesso em: 01 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Recurso Especial nº1.712.163-SP (2017/0182916-7)**. Embargante: Defensoria Pública da União. Embargado: Itauseg Saúde S/A. Relator: Min. Moura Ribeiro. Órgão julgador: Segunda Seção. Data do Julgamento: 25.09.2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1869850&num_registro=201701829167&data=20190927&formato=PDF>. Acesso em: 01 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. **Autos nº0003697-80.2019.8.04.0000(Agravo Regimental Criminal)**. Agravante: Ministério Público do Estado do Amazonas. Relator: Desembargador Ernesto Anselmo Queiroz Chixaro. Órgão julgador: Câmaras Reunidas. Julgamento: 23.10.2019. Disponível em: <https://consultasaj.tjam.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=2850554&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_c405d6150a1a4864819043f27cd89a93&vlCaptcha=rnt&novoVICaptcha=.>> Acesso em: 01 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº43-DF(ADC nº43-DF)**. Requerente: Partido Ecológico Nacional-PEN. Requeridos: Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados e Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 07.11.2019. Data da publicação: 12.11.2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>>. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº44-DF(ADC nº44-DF)**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil-CFOAB. Requeridos: Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados e Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 07.11.2019. Data da publicação: 12.11.2020. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357598>>. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº54-DF(ADC nº54-DF)**. Requerente: Partido Comunista do Brasil. Requeridos: Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados e Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 07.11.2019. Data da publicação: 12.11.2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357888>>. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº568693-ES(HC nº568693-ES)**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo. Paciente: Todos aqueles a quem foi concedida liberdade provisória condicionada ao pagamento da fiança e se encontram submetidos à privação de liberdade. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Órgão julgador: Terceira Seção. Julgamento: 14.10.2020. Data da publicação: 16.10.2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000745230&dt_publicacao=16/10/2020>. Acesso em: 15 nov. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Nothfleet. Porto Alegre: Antônio Sérgio Fabris Editor, 2002.

CANOTILHO, J. J. GOMES. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAMPOS, Carmen Hein de. Apresentação: Por que discutir Criminologia e Feminismo? In: CAMPOS, Carmen Hein de. (Org.). **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: Editora Sulina, 1999, p.13-17.

CASARA, Rubens R. R. **Prisão e liberdade** – Coleção para entender direito. São Paulo: Estúdio Editores, 2014.

CASTRO, Lola Aniyar de. Lasmujeresinfractoras: Impacto y amplificación de los efectos de la pena. **Capítulo Criminológico**. v.30, a.4, p.333-351, out-dez, 2002. Disponível em: <<http://produccioncientificaluz.org/index.php/capitulo/article/download/4965/4956>>. Acesso em: 05 jan. 2021.

CATHARINA, Alexandre de Castro. A construção dialógica dos precedentes judiciais: breves reflexões sobre democratização do processo judicial. **Redes-Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v.4, n.1, p.27-43, mai. 2016. Disponível em: <<https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/2318-8081.16.10/pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

CORGOSINHO, Gustavo. **Defensoria pública: princípios institucionais e regime jurídico**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

CUNHA JÚNIOR, Dirleyda. **Curso de direito constitucional**. 12.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018.

DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** Tradução de Marina Vargas. 4. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2019.

DIAS, Eduardo Augusto da. Dificuldades e possibilidades de atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* no processo penal. In: OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de; ROCHA, Jorge Bheron; PITTARI, Mariella; MAIA, Maurílio Casas(Orgs.). **Teoria Geral da Defensoria Pública**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020, p.629-641.

DIDIER JR., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v.2, a.1, p.99-120, jul/dez.2015. Disponível em: <https://www.academia.edu/24644058/O_Respeito_aos_precedentes_como_diretriz_hist%C3%B3rica_do_Direito_brasileiro>. Acesso em: 23 ago. 2020.

ESPINOZA, Olga. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo**. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklin Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Defensoria pública na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr e Luiz Flávio Gomes. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 4.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

FRAGOSO, Nathalie, *et all*. Filhos e algemas nos braços: o enfrentamento do encarceramento feminino e suas graves consequências sociais. In: _____. **Pela liberdade: a história do habeas corpus coletivo para mães e crianças**. São Paulo: Instituto Alana, 2019, p.13-19.

GARRO, Alejandro M. Acesso à Justiça para os pobres na América Latina. In: MÉNDEZ, Juan; O'DONNEL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio(Orgs.). **Democracia, violência e injustiça: O não-Estado de Direito na América Latina**. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p.307-355.

GIACOMOLLI, Nereu José; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Panorama do princípio da legalidade no direito penal Alemão vigente. **Revista Direito GV**, v.6, n.2, jul/dez 2010, p.565-582. Acesso em: 01 out. 2019.

GIUDICELLI, Gustavo Barbosa. **A Defensoria Pública nos 30 anos da Constituição Federal: consolidação, desafios e perspectivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

GIUDICELLI, Gustavo Barbosa. **A Defensoria Pública enquanto Garantia Fundamental Institucional: Releitura do papel da Defensoria Pública no cenário jurídico brasileiro**. Brasília, 2013. Disponível em: <

https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/17278/A_Defensoria_P_blica_enquanto_dir_eito_fundamental_institucional.pdf> Acesso em: 24 jan. 2019.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. Tradução de Danto Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2015.

GONZÁLEZ, Pedro. A dimensão política do acesso à justiça e da assistência jurídica e seu enquadramento na teoria das dimensões (ou gerações) de direitos humanos e fundamentais. In: ALVES, Cleber Francisco; GONZÁLEZ, Pedro. **Defensoria Pública no século XXI: novos horizontes e desafios**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019a, p.111-162.

GONZÁLEZ, Pedro. Defensoria Pública nos 30 anos de Constituição: uma instituição em transformação. In: ALVES, Cleber Francisco; GONZÁLEZ, Pedro. **Defensoria Pública no século XXI: novos horizontes e desafios**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019b, p.263-296.

GOUVEIA, Luiz Antonio Sampaio; SALGRETTI, Maria Edith Camargo Ramos. Origens e perspectivas dos recursos excepcionais no Brasil: do mero controle da legalidade e da constitucionalidade à função paradigmática dos precedentes judiciais. **Revista brasileira da advocacia - RBA**, São Paulo, v. 2, n. 4, p. 109-131, jan./mar.. 2017. Disponível em: <http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=134936>. Acesso em: 13 jul. 2020.

HARTUNG, Pedro; HENRIQUES, Isabela. Participação social para uma justiça mais inclusiva e democrática. In: _____. **Pela liberdade: a história do habeas corpus coletivo para mães e crianças**. São Paulo: Instituto Alana, 2019, p.33-37.

HOOKS, Bell. **Teoria feminista: da margem ao centro**. Tradução de Rainer Patriota. São Paulo: Perspectiva, 2019.

KIRCHER, Luís Felipe Schneider. **Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

LEMGRUBER, Julita. **Cemitério dos vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres**. Rio de Janeiro: Achiamé, 1983.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. Primeiras impressões sobre os precedentes judiciais no Projeto de Novo Código de Processo Civil. **Revista de informação legislativa - RIL**, Brasília, v. 48, n. 190, p. 279-291, abr./jun.. 2011. Disponível em: <http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=88855>. Acesso em: 13 jul. 2020.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

MACÊDO, Lucas Buriel de. A disciplina dos precedentes judiciais no Direito Brasileiro: do anteprojeto ao código de processo civil. IN: DIDIER JR, Freddie et al (org.). **Coleção GrandesTemas do Novo CPC: Precedentes**. ed. Salvador: Juspodivum, 2015, p. 459-489.

MAIA, Maurilio Casas. A Defensoria Pública enquanto institucionalização constitucional da defesa dos vulneráveis frente à ordem jurídica e aos poderes públicos. In: COSTA-CORREA, André L.; SILVIO, Solange Almeida Holanda(Orgs.). **Sociedade e Estado: do direito de defesa às garantias fundamentais do cidadão frente ao Estado**. Porto Alegre:Paixão, 2017, p.145-166.

MAIA, Maurilio Casas. *Custos vulnerabilis* no processo penal. In: SILVA, FranklynRoger.(Org). **O Processo Penal contemporâneo e a perspectiva da Defensoria Pública** Belo Horizonte:CEI, 2020, p.123-159.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo:Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARSAN, Gabriel Ignacio Anitua, A defensoria pública como garantia de acesso à justiça. **Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal**, Brasília, v.1, n.1, p.19-28, mai. 2019. Disponível em:

<https://www.academia.edu/39307876/A_defensoria_publica_como_garantia_de_acesso_justicia> . Acesso em: 25 set.2020.

MARTINS, Fernanda; GAUER, Ruth M.C. Poder Punitivo e Feminismo: percursos da criminologia feminista no Brasil. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v.11, n.01, 2020, p.145-178. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/37925/29808>>. Acesso em: 25 set. 2020.

MELLO, Daniela Canazaro de. **Quem são as mulheres encarceradas?** Dissertação (Mestrado em Psicologia Clínica) – Faculdade de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. Disponível em:

<<http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/5009/1/000409563-Texto%2BCompleto-0.pdf>>. Acesso em: 25 maio. 2020.

MENDES, Anderson Cortez. Dever de fundamentação no Novo Código de Processo Civil e os precedentes vinculantes. **Revista Eletrônica de Direito Processual- REDP**. Rio de Janeiro, v.16, n.16, p.02-28, jul/dez. 2015. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/18434/14298>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista: novos paradigmas**. 2.ed. São Paulo:Saraiva, 2017.

MENDES, Soraia da Rosa. **Processo penal feminista**. São Paulo:Atlas, 2020.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. 2. ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, v.648, 1967.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de processo – RePro 206**, v.37, abr.2012, p.61-78. Disponível em:<https://www.academia.edu/3223814/Fundamenta%C3%A7%C3%A3o_e_precedente_dois_discursos_a_partir_da_decis%C3%A3o_judicial_Revista_de_Processo_206?auto=download>. Acesso em: 30 jun. 2020.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MORAES, Humberto Peña de; SILVA, José Fontenelle T. da. **Assistência jurídica: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MOREIRA, Thiago de Miranda Queiroz. Disputas Institucionais e Interesses Corporativos no Sistema de Justiça: Impasses na Criação da Defensoria Pública nos Estados. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 62, n. 4, 2019, p.1-43. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582019000400202&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 jun. 2020.

NERI, Bianca Garcia; LIMA, Bárbara Gaeta Dornellas de. A força dos precedentes judiciais no processo penal: uma busca pela igualdade jurídica. **Revista Direito Penal, Processo Penal e Constituição**. Brasília, v.2, n.1, p.634-654, jan/jun. 2016. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/322621174_A_Forca_dos_Precedentes_Judiciais_no_Processo_Penal_Uma_Busca_pela_Igualdade_e_Seguranca_Juridica>. Acesso em: 30 jun. 2020.

NUNES, Danilo Henrique; LEHFELD, Lucas Souza; TOMÉ, Selma Cristina. Direitos humanos dos encarcerados e dignidade da pessoa humana: aspectos materiais vigentes. **Revista Húmus**. v.9, n.27, 2019, p.331-350. Disponível em: <<http://www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/10400/7035>> Acesso em: 25 maio 2020.

OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de Oliveira; MAIA, Maurílio Casas. Um breve ensaio sobre os avanços da Defensoria Pública enquanto *custos vulnerabilis* no Brasil. In: OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de; ROCHA, Jorge Bheron; PITTARI, Mariella; MAIA, Maurílio Casas(Orgs.). **Teoria Geral da Defensoria Pública**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020, p.583-601.

OLIVEIRA NETO, Emérito Silva de. **Fundamentos do acesso à justiça: conteúdo e alcance da garantia fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

PAES, Eliana Magno Gomes; GÓES, Gisele Santos Fernandes. Precedentes judiciais como uma busca equitativa de John Rawls. **Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**. Maranhão, v.3, n.2, p.132-148, jul/dez. 2017. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdicao/article/view/2552/pdf>>. Acesso em: 30 jun.2020.

PASSADORE, Bruno de Almeida; COSTA, Camille Vieira da. Crises Estruturais: Estado de coisa inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro e a sua relação com a garantia do acesso à justiça e a implementação da Defensoria Pública. In: OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de; ROCHA, Jorge Bheron; PITTARI, Mariella; MAIA, Maurílio Casas(Orgs.). **Teoria Geral da Defensoria Pública**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020, p.417-439.

PAIVA, Caio Cezar de Figueiredo. Por uma teoria dos precedentes penais: a jurisprudência a serviço da contenção do poder punitivo. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 21, n. 246, p. 8-9, mai.. 2013. Disponível em:

<http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=100605>. Acesso em: 13 jul. 2020.

PANUTTO, Peter. **Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do Código de Processo Civil de 2015(Lei nº13.105, de 16 de março de 2015)**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. Contribuição pra uma compreensão ontológica dos Precedentes Judiciais. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, v. 19, n. 119, p. 645-668, out. 2017/jan. 2018. Disponível em:

<<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1477/1228>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Tradução de Antonio Francisco de Sousa, Antonio Franco. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PIMENTA, Marília Gonçalves. Princípios institucionais da Defensoria Pública. In:ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. **Acesso à Justiça em preto e branco:Retratos institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2004, p.87-136.

PIMENTEL, Fabiano. A teoria do precedente judicial e sua aplicação ao processo penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 15, n. 85, p. 19-43, ago./set., 2018. Disponível em:

<http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=147318>. Acesso em: 13 jul. 2020.

PORFÍRIO, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas. **A tutela da liberdade no processo penal**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

PRADO, Geraldo. Prefácio. In: MENDES, Soraia da Rosa. **Processo penal feminista**. São Paulo:Atlas, 2020, p.13-22.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam: a brutal vida das mulheres - tratadas como homens - nas prisões brasileiras**.Rio de Janeiro: Record, 2015.

RESURREIÇÃO, Lucas Marques Luz da. A atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* sob a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro. In: OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de; ROCHA, Jorge Bheron; PITTARI, Mariella; MAIA, Maurílio Casas(Orgs.). **Teoria Geral da Defensoria Pública**. Belo Horizonte:Editora D'Plácido, 2020, p.603-627.

ROCHA, Amélia Soares da. **Defensoria pública: fundamentos, organização e funcionamento**. São Paulo: Atlas, 2013.

ROCHA, Amélia Soares da; JEREISSATI, Régis Gurgel do Amaral. As multifaces de atuação da Defensoria Pública e sua configuração no atual panorama normativo: a soma e a integração necessárias para a concretização do acesso à Justiça. In: SIMÕES, Lucas Diz; MORAIS, Flávia Marcelle Torres Ferreira de; FRANCISQUINI; Diego Escobar(Orgs.). **Defensoria Pública e a tutela estratégica dos coletivamente vulnerabilizados**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020, p.751-784.

ROCHA, Jorge Bheron. Experiências de intervenção da Defensoria Pública do Ceará como *custos vulnerabilis* na tutela de direitos no processo penal. In: SIMÕES, Lucas Diz; MORAIS, Flávia Marcelle Torres Ferreira de; FRANCISQUINI; Diego Escobar(Orgs.). **Defensoria Pública e a tutela estratégica dos coletivamente vulnerabilizados**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020, p.685-708.

RUDOLFO, Rafael Nunes Pires. A Defensoria Pública na garantia do acesso à justiça. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, Florianópolis, v. 7, n. 1, p. 61-79, dez. 2019. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/318>. Acesso em: 30 jun. 2020.

SAFFIOTI, Heleieth. **A mulher na sociedade de classes**. 3. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2013.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; MAIA; Maurílio Casas. O garantismo penal, o encarcerado vulnerável e a intervenção da Defensoria Pública na execução penal: custos vulnerabilis: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v.152, a. 27, p.173-209, fev. 2019. São Paulo: Ed.RT.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2014

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Prefácio. In: ROCHA, Bheron; MAIA, Maurilio Casas; BARBOSA; Rafael Vinheiro Monteiro (Coord.). **Autonomia e Defensoria Pública: Aspectos Constitucionais, Históricos e Processuais**. rev. ampl.e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p.15-18.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2.ed. 2.reimpr. Belo Horizonte Fórum, 2019.

SMITH, Roger. HumanRightsandacessto justice. **International Journalof the Legal Profession**. v.14, n.3, 2007, p.261-280. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/09695950802015849?scroll=top&needAccess=true>>. Acesso em: 01 maio. 2020.

SOUZA, Fabio Luis Mariani de. **A Defensoria Pública e o acesso à justiça penal**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2011.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; AMARAL, Alberto Carvalho. **A defensoria pública como garantia constitucional processual de acesso à justiça na América do Sul**. Ver. Bras. Polit. Públicas (online), Brasília, v.6, n.2, 2016, p.116-131. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4114>>. Acesso em: 24 jan. 2019.

TAQUARY, Eneida Orbage de Britto; LEÃO, Wangle Samuel Costa. O diálogo entre Colômbia e Brasil sobre o “estado de coisas inconstitucional”. **Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión**. ano 7. n.13, 2019, p.193-212. Disponível em: <<http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/323>>. Acesso em: 25 maio. 2020.

TOMAZ, Kleber; CARAMANTE, André; SANIELE, Bruna. Cadeia tem 162 presas onde só cabem 24. **Folha de São Paulo**, 5 nov. 2008. Disponível em: <<https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=3109&idPagi>>. Acesso em: 01 maio. 2020.

XIX CONFERÊNCIA JUDICIAL IBERO-AMERICANA. **Novas 100 Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade**. San Francisco de Quito, 2018. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/40002/100_regras_atualizadas.pdf>. Acesso em: 25 out. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIARANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.