

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO II**

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

VLADIA MARIA DE MOURA SOARES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Sérgio Henriques Zandona Freitas; Vladia Maria de Moura Soares – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-604-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho (GT) denominado “DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II” do XXVII Encontro Nacional do CONPEDI Salvador/BA promovido pelo CONPEDI em parceria com a Universidade Federal da Bahia (UFBA), com enfoque na temática “Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural”. O evento foi realizado entre os dias 13 e 15 de junho de 2018 na Faculdade de Direito, no Campus da Graça.

Trata-se de publicação que reúne artigos de temas diversos atinentes ao Direito Penal, Criminologia e o Processo Penal apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho e Linha de pesquisa. Compõe-se de artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação do país, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes.

Assim, a coletânea reúne gama de artigos que apontam questões relativas ao paralelo entre o funcionamento das audiências de custódia nos Estados de Mato Grosso e Rio Grande do Sul; o Populismo penal e alteração do paradigma jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal como reflexos do enfraquecimento da força normativa da Constituição; os fundamentos da punibilidade da tentativa impossível em Portugal: um estudo comparado entre o direito português e brasileiro; o princípio da razoável duração do processo e os reflexos do novo Código de Processo Civil no processo penal; o foro privilegiado e seu impacto na jurisdição do Supremo Tribunal Federal; o Habeas Corpus nº 143.641/SP e a humanização do cárcere feminino no Brasil: limites e possibilidades; a mentalidade inquisitória e mitigação de garantias no processamento criminal pelo STF no contexto dos 30 anos da constituição brasileira; o emprego de arma de fogo como causa geral de aumento de pena; o cárcere como investimento: o que se planeja quando não se está planejando; o marco legal da primeira infância e as prisões cautelares no Supremo Tribunal Federal; os crimes de perigo abstrato e contingência: limitação à seguridade como parâmetro de distinção entre risco e perigo; sobre o Habeas Corpus nº 129262: é possível compatibilizar a expansão do direito penal com as garantias processuais penais? Por uma leitura agnóstica; a conduta omissiva sob o enfoque das teorias da ação: ausência de critérios dogmáticos para a imputação por omissão; a

Constituição, presunção de inocência e segurança jurídica; e o estudo empírico da relação entre o (des)conhecimento das estatísticas do cárcere e a demanda pelo recrudescimento do sistema penal.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos, aliando a visão atual da jurisprudência com a prática jurídica dos estudiosos do Direito. A publicação apresentada ao público possibilita acurada reflexão sobre tópicos avançados e desafiadores do Direito Contemporâneo. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do sistema jurídico penal e processual penal brasileiro.

O fomento das discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo debruçar dos pesquisadores do Direito visando ainda o incentivo aos demais membros da comunidade acadêmica a submissão de trabalhos aos vindouros encontros e congressos do CONPEDI.

Sem dúvida, esta publicação fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do Direito compreendam as múltiplas dimensões que o mundo contemporâneo assume na busca da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica e multifacetada.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à concretização de preceitos insculpidos pela Constituição da República.

Salvador, junho de 2018.

Professora Dra. Vladia Maria de Moura Soares

Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso

Professor Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Escola Superior Dom Helder Câmara

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandoná Freitas

Universidade FUMEC e Instituto Mineiro de Direito Processual

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O HABEAS CORPUS Nº 143.641/SP E A HUMANIZAÇÃO DO CÁRCERE FEMININO NO BRASIL: LIMITES E POSSIBILIDADES

HABEAS CORPUS Nº 143.641 / SP AND THE HUMANIZATION OF THE FEMALE PRISON IN BRAZIL: LIMITS AND POSSIBILITIES

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth ¹
Joice Graciele Nielsson ²

Resumo

Diante do julgamento do HC nº 143.641/SP pelo STF, impetrado em favor das mulheres gestantes, puérperas ou mães submetidas à prisão cautelar, o artigo tem como problema de pesquisa avaliar se a tutela coletiva da liberdade, por meio da impetração de Habeas Corpus, contribui para a humanização do cárcere feminino. Os objetivos do texto são: a) perquirir os limites e possibilidades do HC coletivo à luz do ordenamento jurídico brasileiro e da leitura convencional do Processo Penal; b) analisar a recente decisão proferida pelo STF, apresentando-a como condição de possibilidade para humanização carcerária. Utiliza-se a metodologia do estudo de caso.

Palavras-chave: Execução penal, Sistema carcerário, Direitos humanos, Mulheres, Habeas corpus coletivo

Abstract/Resumen/Résumé

In the face of the judgment of HC No. 143.641/SP by the STF, filed in favor of pregnant /puerperal women or mothers submitted to a custody order, the article has as a research problem to assess whether the collective protection of freedom, through the judgment HC, contributes to the humanization of the female prison. The objectives of the text are: a) to investigate the possibilities of the collective HC in the Brazilian legal system and the conventional reading of the Criminal Procedure; b) analyze the decision pronounced by the STF, presenting it as a condition of possibility for prison humanization.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal enforcement, Prison system, Human rights, Women, Habeas corpus collective

¹ Doutor em Direito pela UNISINOS; Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da UNIJUÍ; Líder do Grupo de pesquisa Biopolítica & Direitos Humanos.

² Doutora em Direito pela UNISINOS; Professora do Programa de Pós-graduação em Direito da UNIJUÍ. Integrante do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Caso 1: Em 11 de outubro de 2015, na Penitenciária Talavera Bruce, no Rio de Janeiro, uma presidiária que se encontrava em regime de isolamento deu à luz, sozinha, ao filho. Mesmo em face dos gritos e dos pedidos de ajuda de presas que estavam em uma cela vizinha, a mulher somente foi socorrida após o parto, quando saiu da sala de isolamento com o filho no colo, ainda ligado a ela pelo cordão umbilical. Após ser atendida em um hospital público, a detenta retornou à solitária, sendo a criança encaminhada para um abrigo, mesmo dispondo a penitenciária de Unidade Materno Infantil (UMI)¹.

Caso 2: Jéssica Monteiro, de 24 anos, deu à luz ao segundo filho em um hospital público de São Paulo no dia 11 de fevereiro de 2018. Após o parto, a mãe passou a dividir com o recém-nascido uma cela de apenas dois metros quadrados na carceragem do 8º DP, onde dormia em uma espuma, no chão, antes de ser transferida para a Penitenciária Feminina de Santana, na zona norte da capital paulista. Presa no dia 10 de fevereiro na posse de 27 papélotes de maconha (aproximadamente 90g), Jéssica teve o flagrante convertido em prisão cautelar em audiência de custódia. O juiz que determinou a prisão entendeu que ela apresentava “acentuada periculosidade”. O parto de Henrico aconteceu horas depois da audiência de custódia. A soltura de Jéssica para cumprimento de prisão domiciliar aconteceu apenas no dia 16 de fevereiro, mediante concessão de ordem de Habeas Corpus pelo Tribunal de Justiça de São Paulo².

Estes dois casos – que repercutiram bastante nas redes sociais – são emblemáticos para ilustrar, pela sua dramaticidade, a violência que histórica e reiteradamente tem sido perpetrada contra mulheres gestantes, mães e crianças no âmbito do sistema penitenciário brasileiro. Se o cárcere masculino, no Brasil, é marcado por condições hobbesianas de sobrevivência – que levaram, inclusive, ao reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da liminar no âmbito da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 (BRASIL, 2015) –, o feminino, particularmente em relação às gestantes, parturientes, mães e crianças, revela-se ainda pior, dadas as suas especificidades e a peculiar condição de vulnerabilidade desse público.

¹ Notícia sobre o caso encontra-se disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-10/presa-gravida-da-luz-em-solitaria-de-presidio-no-rio>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

² Notícia sobre o caso encontra-se disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/02/16/o-que-a-prisao-de-uma-gestante-com-40g-de-maconha-revela-sobre-o-sistema-carcerario-brasileiro.htm>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

Essa realidade se encontra também evidenciada nos dados levantados pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública e pelo Departamento Penitenciário Nacional no âmbito do relatório intitulado “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias”, cujos números apresentaram sinais alarmantes da completa falência do sistema carcerário brasileiro e confirmaram as situações fáticas de superlotação nas celas, demonstrando a desproporcionalidade entre presos e a quantidade de vagas (INFOPEN, 2017).

No que diz respeito ao encarceramento de mulheres, o relatório “INFOPEN Mulheres” divulgou que, em 2014, havia um total de 37.380 mulheres segregadas, o que equivale a 6,4% da população prisional total e 18,5% da taxa de aprisionamento por 100 mil habitantes. Os dados são preocupantes se for considerado o fato de que, no ano de 2000, o número de presas era de 5.601 (INFOPEN MULHERES, 2014).

A superlotação das celas destinadas às mulheres também é evidente. Das mulheres presas, 7% se encontram em celas que abrigam de três e quatro pessoas por vaga; 7%, também, entre duas e três pessoas por vaga; 46%, entre uma e duas pessoas por vaga; e o restante, isto é, 40% estão encarceradas em celas com até uma pessoa por vaga. Registre-se, ainda, que, do total de mulheres presas, 30,1% não possuem condenação (INFOPEN MULHERES, 2014).

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus nº 143.641/SP, impetrado coletivamente em favor de todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema carcerário brasileiro que ostentem condição de gestantes, de puérperas ou de mães com filhos de até 12 anos sob sua responsabilidade e das próprias crianças, concedeu a ordem, reconhecendo o cabimento do *writ* multitudinário. Referida decisão gerou controvérsias no cenário jurídico-penal brasileiro acerca da idoneidade do remédio constitucional para fazer frente à tutela coletiva do *status libertatis*.

Nesse sentido é que se coloca o problema de pesquisa que orienta o presente artigo – construído a partir da metodologia do estudo de caso (LLEWELLYN; NORTHCOTT, 2007; YIN, 2005) –, o qual pode ser sintetizado na seguinte questão: em que medida a tutela coletiva do *status libertatis*, por meio da impetração de Habeas Corpus multitudinário, significa um importante passo rumo à humanização do cárcere feminino no Brasil, evidenciando uma relação profícua com a jurisprudência produzida no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos?

Os objetivos do texto, espelhados na sua estrutura, residem, em um primeiro momento, em perquirir os limites e possibilidades do Habeas Corpus coletivo à luz do ordenamento jurídico brasileiro e da leitura convencional do Processo Penal a partir do

Direito Internacional dos Direitos Humanos para, na sequência, analisar criticamente a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus nº 143.641/SP, apresentando a figura do Habeas Corpus coletivo, *in casu*, como condição de possibilidade para – a partir da leitura constitucional e convencional do processo penal – humanizar o cárcere feminino no país, notadamente no que se refere à situação das mulheres gestantes, puérperas e mães, e seus respectivos filhos menores de 12 anos.

2 O HABEAS CORPUS COLETIVO: LIMITES E POSSIBILIDADES À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E DA LEITURA CONVENCIONAL DO PROCESSO PENAL

Nos termos do art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, conceder-se-á Habeas Corpus “sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.” Trata-se, na visão de Paulo Bonavides (2004, p. 71), de “afamado instituto de origem inglesa” que, no Brasil, teve “uma aplicação larga e peculiar”, de modo a se converter, “na história constitucional da República de 1891 em recurso medular de salvaguarda das liberdades individuais contra o arbítrio dos poderes políticos, sobretudo durante as fases mais obscurantes de repressão e atentados ao espírito da Constituição.” Nesse sentido é, justamente, a lição de Rui Barbosa (1978, p. 173) quando afirmava que o Habeas Corpus “não está circunscrito aos casos de constrangimento corporal”, mas “se estende a todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito, estiver ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício pela intervenção de um abuso de poder ou de uma ilegalidade.”

Com efeito, como recorda Geraldo Prado (2015, s.p.), no Brasil, desde a incipiente República, é que se fala na possibilidade de impetração de Habeas Corpus coletivo. O autor recorda que, no Brasil, “à luz do art. 340 do Código de Processo Criminal do Império, e depois do advento das leis que proscreveram o tráfico de escravos e promulgaram o ‘ventre livre’” o habeas corpus coletivo, “que integrava uma das muitas formas das chamadas ações de liberdade”, era utilizado para “a proteção de negros ‘suspeitos’, que perambulavam pela cidade do Rio de Janeiro, sem cometer crime algum.”

Como se infere do dispositivo constitucional em sua redação atual, o legislador não estabeleceu nenhuma distinção entre o paciente individual e coletivo ao positivar a garantia do Habeas Corpus, limitando-se à utilização da expressão genérica “alguém”.

No entendimento de Gidi (2007, p. 79), “para que uma ação seja cabível na forma coletiva, é preciso que a situação do caso concreto permita uma decisão unitária da lide”. Isso significa que devem existir “questões de fato ou de direito comuns aos membros do grupo (*common questions*), colocando todos em uma situação semelhante (*similarly situated*).” Nada impede, portanto, a impetração de Habeas Corpus coletivo quando esta é feita em benefício de grupos de indivíduos que se encontram em uma situação fática e jurídica similar.

Com efeito, a tutela coletiva de direitos evidencia-se enquanto condição de possibilidade para superar as barreiras que são opostas ao acesso à justiça de uma coletividade que, na clássica visão de Capelleti e Garth (1988, p. 27), envolve pessoas que “podem estar dispersas, carecer da necessária informação ou simplesmente ser incapazes de combinar uma estratégia comum.” No Brasil, país no qual as desigualdades sociais impedem o acesso de grandes contingentes populacionais à justiça, a tutela coletiva de direitos representa, efetivamente, a possibilidade de que determinados indivíduos sejam beneficiados pela prestação jurisdicional sem que tenham de assumir o ônus de recorrer, individualmente, à intervenção do Poder Judiciário.

Nesse sentido, além de representarem um importante mecanismo de descongestionamento do sistema judiciário, as demandas coletivas também evidenciam uma maior preocupação com a ideia de isonomia entre os jurisdicionados. Isso porque, “a um vasto contingente de ações [individuais] corresponderia um elevado número de decisões, capazes de oferecer soluções contraditórias a um mesmo problema”, de modo que, em situações tais, “o recurso ao Judiciário pode se converter em verdadeira loteria, em que a maior ou menor sorte do litigante é determinada no momento da distribuição da ação.” (SARMENTO; BORGES; GOMES, 2015, p. 5).

Do mesmo modo, como assevera Prado (2015), no campo processual penal, a lei autoriza, tanto no que diz respeito aos requisitos da denúncia (art. 41, CPP), quanto no que se refere à citação editalícia (art. 352, III, CPP), que, nas hipóteses em que não se dispõe do nome completo do acusado, sejam indicados os seus “sinais característicos” a fim de que possa ser formalmente acusado. Nesse sentido, o autor refere, como exemplo dessa indeterminação, a expedição, pelo juiz da 39ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, nos autos da Medida Cautelar de Busca e Apreensão autuada sob o nº 0101343-46.2014.8.19.0001, de mandado de busca e apreensão genérico, que foi endereçado, indistintamente, às residências do Complexo da Maré. A partir desta ilação, a

impetração de Habeas Corpus em favor de uma coletividade também se mostraria adequada em homenagem ao princípio da paridade de armas no processo penal.

Efetivamente, no que diz respeito à tutela coletiva do *status libertatis*, deve-se considerar que tal direito, em determinados situações, pode ser ameaçado ou cerceado em relação a um número indeterminado de pessoas. A jurisprudência brasileira já possui precedentes em relação ao tema. Por exemplo, no Habeas Corpus nº 142.513/ES, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu pela concessão da ordem coletiva aos prisioneiros que estavam cumprindo pena em contêineres, substituindo-se a pena por prisão domiciliar. Já no Habeas Corpus nº 207.720/SP, o STJ concedeu a ordem coletiva às crianças e adolescentes de Cajuru-SP, atingidas pela determinação de “toque de recolher” instituído por portaria da Vara da Infância e da Juventude da Comarca.

Os casos mencionados evidenciam, como ressaltam Sarmiento, Borges e Gomes (2015, p. 7-8), a importância da tutela coletiva do *status libertatis* em um país como o Brasil, no qual “o braço penal do Estado tem uma clientela bem definida, dirigindo o processo de criminalização para comportamentos típicos das camadas sociais subalternas e concentrando sua atuação repressiva sobre os socialmente marginalizados.”

A possibilidade de tutela coletiva do *status libertatis* pela via do Habeas Corpus também se mostra possível a partir de uma leitura convencional do processo penal³ brasileiro. Isso porque a Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada no Brasil por meio do Decreto nº 678/1992, estabelece, em seu art. 25, apartado 1, que “toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.” (BRASIL, 1992).

Em interpretação deste dispositivo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte-IDH) já decidiu que a “determinação de supostas vítimas e seus familiares tem sido ampla, e se ajusta às circunstâncias de cada caso.” Referida interpretação foi tomada por ocasião do julgamento do Caso Presídio Miguel Castro *versus* Peru, em sentença datada de 25 de novembro de 2006, na qual também se consignou que, nas ocasiões em que não é possível a individualização das vítimas, a Corte-IDH considera enquanto tais “pessoas que não foram citadas como tal na demanda, desde que o direito

³ O controle de convencionalidade refere-se ao processo de “compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país.” (MAZZUOLI, 2009, p. 113).

de defesa das partes tivesse sido respeitado e as supostas vítimas guardassem relação com os fatos objeto do caso e com a prova apresentada perante a Corte” (CORTE-IDH, 2006). Referido entendimento já havia sido manifestado na sentença datada de 22 de setembro de 2006, quando a Corte-IDH julgou o Caso Goiburú e outros *versus* Paraguai (CORTE-IDH, 2006a).

A perspectiva esposada pela Corte-IDH nos julgamentos acima referidos, nitidamente, aponta para o fato de que “a impossibilidade concreta de imediata determinação de cada um dos indivíduos titulares de direitos fundamentais violados não prejudica o conhecimento e julgamento da causa”. Esse entendimento, a partir de uma leitura convencional do processo penal brasileiro, “fixa parâmetro que é adequado ao caso do habeas corpus, em especial porque a tutela da liberdade de locomoção reclama sempre a mais ágil e eficaz intervenção protetiva.” Ademais, a incorporação de “critérios do sistema interamericano de direitos humanos resulta da evolução de nossas fontes e da maneira como estão articuladas com vistas à implementação do Estado de Direito.” (PRADO, 2015, s. p.).

No que diz respeito à concessão de ordem de Habeas Corpus coletivo pelos Tribunais domésticos, no cenário latino-americano, a Corte Suprema da Argentina tem ocupado posição de destaque. O caso Verbitsky configura verdadeiro paradigma sobre o tema. Neste julgado, a *Corte Suprema de Justicia de la Nación* admitiu o habeas corpus coletivo impetrado pelo Sr. Horacio Verbitsky – na condição de representante do *Centro de Estudios Legales y Sociales* – em favor de todos aqueles pacientes que se encontravam privados de liberdade em estabelecimentos policiais superlotados na jurisdição da província de Buenos Aires (ARGENTINA, 2005).

De acordo com Sousa Filho (2017), a virtuosa construção jurisprudencial argentina evidencia como o a utilização do Habeas Corpus coletivo pode contribuir para a efetivação dos direitos fundamentais na seara penal, para além dos casos tradicionais das detenções arbitrárias e/ou sem justa causa. A partir do caso acima referido, violações de direitos como a saúde, segurança, reinserção social, etc, perpetradas pelo Estado argentino, passaram a ser arrostadas por meio do Habeas Corpus coletivo.

A partir da jurisprudência argentina, dois requisitos são necessários para que se possa aventar a possibilidade de utilização do Habeas Corpus coletivo: primeiramente, deve-se perquirir sobre a existência de identidade do fenômeno ilícito que implica o constrangimento considerado ilegal; em segundo lugar, deve-se constatar a insuficiência dos remédios processuais individualmente estabelecidos para proteger de modo integral

o direito de liberdade violado ou colocado em risco de violação (SOUSA FILHO, 2017).

No julgamento do HC nº 143.641 – objeto de análise no presente estudo – a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), além de ter firmado entendimento, no que tange à legitimidade ativa do Habeas Corpus coletivo, de que se aplica, por analogia, o art. 12 da Lei nº 13.300/2016 (que dispõe acerca do processo e do julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo), utilizou-se de vários dos argumentos até aqui analisados em favor do cabimento do *writ* multitudinário. Na sequência, serão analisados os fundamentos desta decisão específica, a fim de demonstrar, dentro dos objetivos gerais deste artigo, que o manejo coletivo de Habeas Corpus pode se afigurar – ao lado de outras medidas que têm sido adotadas no país como, por exemplo, as audiências de custódia, na esteira da Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça (2015) – como condição de possibilidade para a humanização do cárcere feminino no Brasil, face às condições já elencadas nas considerações iniciais.

3 O HABEAS CORPUS Nº 143.361/SP COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA A HUMANIZAÇÃO DO CÁRCERE FEMININO NO BRASIL

O julgamento do Habeas Coletivo nº 143.641/SP pelo STF foi um dos casos que mais atraiu a atenção no cenário jurídico do país no início de 2018 – particularmente após a repercussão que o caso de Jéssica Monteiro (caso 2, referido nas considerações iniciais) gerou principalmente nas redes sociais. A ação foi impetrada no STF em benefício de todas as mulheres gestantes, puérperas ou mães de crianças de até 12 anos, submetidas à prisão cautelar no sistema carcerário brasileiro, e das próprias crianças.

A ordem coletiva de Habeas Corpus Coletivo foi concedida pela 2ª Turma do STF, no dia 20 de fevereiro de 2018, a partir da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski (BRASIL, 2018), o qual levou em consideração, na concessão do *writ*, dentre outros, os seguintes argumentos, já abordados na primeira parte do presente estudo: a) a massificação de relações sociais que passam a exigir proteção jurídica coletiva aos direitos de grupos vulnerabilizados; b) a doutrina brasileira do Habeas Corpus que, na esteira de Rui Barbosa, conferiu ao instituto maior elasticidade/amplitude; c) o congestionamento de demandas no Poder Judiciário brasileiro, a exigir o prestígio, pelo STF, de remédios processuais de cariz coletivo que confirmam efetividade ao princípio do acesso à justiça e da razoável duração do processo;

d) a prova, nos autos, da existência de situação estrutural de violação de direitos básicos de mulheres grávidas e mães de crianças no âmbito carcerário brasileiro, a exemplo da ausência de tratamento médico pré-natal e pós-parto, bem como a inexistência de berçários e creches; e) a existência, no país, de uma “cultura do encarceramento”, evidenciada pela imposição massiva de prisões provisórias a mulheres socialmente vulneráveis; f) a incidência, no âmbito interno, de normas oriundas do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Da análise do julgado, observa-se a reiteração, por parte dos Ministros, do reconhecimento do chamado “estado de coisas inconstitucional” no qual se encontra o sistema prisional brasileiro, estruturalmente produtor de violação dos direitos humanos dos encarcerados e, mais ainda, em razão das suas peculiaridades, das mulheres gestantes e mães encarceradas e seus respectivos filhos. Este estado de coisas inconstitucional, na leitura do Ministro, é fruto da “cultura do encarceramento” que grassa no meio jurídico brasileiro e que se evidencia, “seja por um proceder mecânico, automatizado, de certos magistrados, [...] seja por uma interpretação acrítica, matizada por um ultrapassado viés punitivista da legislação penal e processual penal”, que tem resultado em “situações que ferem a dignidade humana de gestantes e mães submetidas a uma situação carcerária degradante, com evidentes prejuízos para as respectivas crianças.” (BRASIL, 2018, p. 9).

Neste contexto, o Habeas Corpus sob análise representa um passo relevante para o processo de humanização do cárcere feminino no Brasil. Cumpre salientar, a propósito, que este processo não é algo recente, mas que vem se desenvolvendo paulatinamente, no bojo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, especialmente na última década. A influência da jurisprudência criada no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), nesse sentido, tem se mostrado de curial relevância – a exemplo, principalmente, dos casos envolvendo a situação do Complexo Penitenciário de Pedrinhas/MA e do Presídio Central de Porto Alegre/RS. Ocorre que, na contemporaneidade, muitos destes avanços têm esbarrado na cultura punitivista destacada pelo Ministro Lewandowski, alicerçada na lógica de que as garantias penais e processuais penais representam verdadeiros “entraves” à atuação eficiente do braço armado do Estado.

Conforme salientam Ventura et. al (2015), as alterações legislativas pelas quais passaram a Lei de Execução Penal – Lei nº 7.210/1984 (LEP) – e o CPP, respectivamente, nos anos de 2009 e 2011, foram responsáveis, no primeiro caso, pela nova redação aos artigos 14, § 3º, 83 e 89 para assegurar às mães presas, aos recém-

nascidos e às crianças condições mínimas de assistência, além de garantir que as penitenciárias destinadas às mulheres fossem dotadas de seção para gestante e parturiente, e de creche para abrigar crianças maiores de 6 meses e menores de 7 anos; no segundo caso, destaca-se a inserção, no artigo 318, da previsão de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar nos casos de gestante a partir do sétimo mês de gravidez ou em casos de alto risco, e de pessoa imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência. Essas medidas representam importantes avanços normativos a respeito do tema, mas que têm produzido pouco impacto prático – como evidenciam os dados do Infopen (2014; 2017) referidos na introdução.

No mesmo sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/1990 (ECA) –, modificado pela Lei nº 12.962/14 (denominada “Lei de Convivência Familiar”), dispõe acerca da impossibilidade da perda do poder familiar pela condenação criminal, exceto no caso de condenação por crime doloso sujeito à reclusão contra o próprio filho, garantindo o direito à convivência familiar e à assistência social (SIMAS, 2015, p. 549). No mesmo sentido, o denominado “Estatuto da Primeira Infância” (Lei nº 13.257/16) garantiu a “possibilidade” de prisão domiciliar a mulheres grávidas ou com crianças de até 12 anos.

Além da legislação doméstica favorável, o Brasil é signatário dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Participa ativamente da implementação dos planos resultantes da Conferência Internacional da ONU sobre População e Desenvolvimento (CIPD), no Cairo (ONU, 1994), que tratou das questões de direitos e saúde reprodutiva e das famílias, incluindo a população carcerária, bem como das Regras de Bangkok, das Nações Unidas, para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (ONU, 2010).

No entanto, conforme sintetiza Braga (2015, p. 531), “longe da soberania da lei, o chão da prisão é feito de violações de direitos, que caracterizam o passado e o presente do sistema prisional brasileiro e se acentuam em relação às mulheres encarceradas.” Há, desta forma, um déficit histórico em relação ao planejamento e à execução de políticas públicas voltadas ao coletivo feminino nas prisões, uma vez que a maioria das políticas penitenciárias foi pensada para a população majoritária, qual seja, a masculina. Em razão deste cenário, ainda hoje milhares de mulheres vivem gestações, partos e maternidades precárias, e seus filhos formam parcela invisível da população prisional – como nos casos ilustrados nas considerações iniciais do presente estudo, emblemáticos, pela sua dramaticidade, para ilustrar o contexto ora delineado.

Isso é o que fartamente demonstram pesquisas jurisprudenciais realizadas em variados âmbitos do Poder Judiciário pátrio no que tange à aplicação de tais legislações. Em estudo realizado por Braga e Franklin (2016) no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, a respeito de decisões a respeito da concessão de prisão domiciliar de grávidas e mães após a já referida reforma do art. 318 do CPP, em 2011, levou as autoras a concluírem que – embora um dos efeitos esperados quando da mudança fosse a redução do número de presos preventivos, além de ampliar as possibilidades de conversão em prisão domiciliar, no caso específico das mulheres, especialmente grávidas – o impacto da legislação não se evidencia na realidade fática em virtude de vários fatores. Destacam, no entanto, que “a discriminação negativa que incide sobre o gênero feminino, fazendo com que as figuras de ‘mãe’ e ‘criminosa’ sejam socialmente irreconciliáveis são aspectos centrais para entender as causas da não concessão da prisão domiciliar como forma de possibilitar uma maternidade sadia a estas mulheres.” (BRAGA; FRANKLIN, 2016, p. 349).

Segundo as autoras, a análise dos acórdãos permitiu observar como o exercício de direitos ligados à maternidade das mulheres em situação prisional é obstaculizado e negligenciado pelos chamados “operadores do direito”, os quais, “ao colocarem a pretensão punitiva no primeiro plano, provocam violações a direitos maternos garantidos pela legislação às mulheres presas” Deste modo, pode-se concluir que “a mulher selecionada pelas instâncias de controle formal possui, de forma geral [...] uma maternidade subalterna em relação às outras mulheres”, razão pela qual se considera que elas integram a “base da pirâmide reprodutiva hierárquica, tendo o comprometimento de seus direitos humanos pelo sistema de justiça criminal.” (BRAGA, FRANKLIN, 2016, p. 371).

No mesmo sentido, pesquisa multidisciplinar realizada por Simas et. al. (2015), no âmbito do macroprojeto “Saúde Materno-Infantil nas Prisões do Brasil”, desenvolvido pela Escola Nacional de Saúde Pública (ENSP), da Fiocruz, com abrangência nacional, averiguou a jurisprudência dos Tribunais Superiores pátrios a respeito do tema entre os anos de 2002 a 2012, evidenciando uma “invisibilidade da questão”, que poderia ser explicada “pelo menor percentual de mulheres no universo prisional, pelo preconceito referente à garantia dos direitos das presas ou por dificuldades de efetivo acesso à Justiça, que envolvem motivações e acessibilidade das próprias presas à Defensoria Pública, aos advogados e ao Ministério Público.” (SIMAS et. al., 2015, p. 555).

Segundo as autoras, durante o período o STF proferiu somente doze decisões que discutiram filhos(as), amamentação, prisão domiciliar e maternidade, correlacionadas à situação da presa. Todas elas são decisões monocráticas, emanadas do próprio relator, o que evidencia que a questão nem sequer chegou a ser debatida pelo plenário das Turmas do STF, a exceção de um único caso.

A situação também não é muito diferente no STJ, no qual foram proferidas apenas cinco decisões sobre o tema pesquisado, nos dez anos analisados. Todas foram emanadas de órgãos colegiados criminais e diziam respeito a pedidos de prisão domiciliar, sendo três negados e dois aceitos. Com base nos resultados da pesquisa, as autoras (2015, p. 557) sintetizam que, “majoritariamente, a jurisprudência dos tribunais caminhou no sentido de reafirmar o discurso da segurança e manutenção da ordem em face do direito indisponível e irrenunciável da criança à alimentação, à saúde e à convivência com sua mãe”, tendo como fundamento o caráter de hediondez associado ao delito (de tráfico), que prevalece como maior valor ponderado.

No voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski no âmbito do Habeas Corpus nº 143.641/SP, tais fatos foram ponderados, justificando o próprio acolhimento do *writ* por parte do STF, uma vez que, com a entrada em vigor da Lei nº 13.257/2016, a qual alterou o CPP para possibilitar a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar para gestantes e mães de crianças, o Poder Judiciário vem sendo provocado a decidir sobre a substituição daquela por esta, nos casos especificados pela Lei, porém, em aproximadamente metade dos casos, o pedido foi indeferido. Segundo o Ministro,

por essas razões, somadas ao reconhecimento, pela Corte, na ADPF 347 MC/DF, de que nosso sistema prisional encontra-se em um estado de coisas inconstitucional, e ainda diante da existência de inúmeros julgados de todas as instâncias judiciais nas quais foram dadas interpretações dissonantes sobre o alcance da redação do art. 318, IV e V, do Código de Processo Penal (v.g., veja-se, no Superior Tribunal de Justiça: HC 414674, HC 39444, HC 403301, HC 381022), não há como deixar de reconhecer, segundo penso, a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento deste writ, sobretudo tendo em conta a relevância constitucional da matéria. (BRASIL, 2018, p. 15).

Isto porque, conforme a prática judiciária cotidiana brasileira demonstra, sintetiza Braga (2015, p. 529), “a categoria ‘criminosa’ basta para deslegitimar a presa como boa mãe”, levando o sistema de justiça a blindar muitas das possibilidades de exercício da maternidade por mulheres processadas ou condenadas, mesmo que estas sejam possibilidades legalmente garantidas. Agindo desta forma, os magistrados brasileiros “não levam em conta o contexto específico daquela mulher, tampouco a

existência de formas de família e organizações de gêneros distintas da tradicional família nuclear, biparental e heterossexual”.

Dessa forma, “acentua-se o ciclo da violência institucional, pois, quando um pedido de liberdade provisória ou prisão domiciliar para a mãe permanecer com o filho que necessita de seus cuidados é negado em função da natureza da condenação pelo crime de tráfico, apenas se retroalimentam as consequências nefastas do encarceramento para a família”. (SIMAS, et. al, 2015, p. 567).

E estas consequências são, de fato, nefastas, como reconheceu o próprio Ministro Lewndowski (BRASIL, 2018, p. 15), em seu voto, ao afirmar que, o que se verifica, no chão da prisão,

é a duríssima - e fragorosamente inconstitucional - realidade em que vivem as mulheres presas, a qual já comportou partos em solitárias sem nenhuma assistência médica ou com a parturiente algemada ou, ainda, sem a comunicação e presença de familiares. A isso soma-se a completa ausência de cuidado pré-natal (acarretando a transmissão evitável de doenças graves aos filhos, como sífilis, por exemplo), a falta de escolta para levar as gestantes a consultas médicas, não sendo raros partos em celas, corredores ou nos pátios das prisões, sem contar os abusos no ambiente hospitalar, o isolamento, a ociosidade, o afastamento abrupto de mães e filhos, a manutenção das crianças em celas, dentre outras atrocidades. Tudo isso de forma absolutamente incompatível com os avanços civilizatórios que se espera tenham se concretizado neste século XXI.

Apesar do discurso judiciário, no mais das vezes, fazer uso de diversos argumentos – que vão desde a hediondez do crime de tráfico de drogas, ou mesmo do discurso da ressocialização ou da própria retórica da garantia de direitos dos presos, inclusive das mães, já garantidos pela legislação –, é possível concluir que o cárcere concretiza uma dupla discriminação da mulher: por ser mulher e presa, e tem se perpetuado seu histórico papel de “punir e castigar através do afastamento social.” (SIMAS et al, 2015, p. 565). E este cenário é ainda mais grave quando se trata de mulheres, pois, como informam Valente, Cerneka e Baler (2011, s. p.), a falta de políticas públicas que considerem a prisão sob a perspectiva de gênero acaba por gerar uma verdadeira “sobrepêna” para as mulheres, advindas da “inadequação estrutural do sistema prisional às necessidades femininas”.

O encarceramento feminino impacta de forma brutal a família da presa, na medida em que a prisão não só afeta a mulher, mas todo o seu entorno, especialmente em sociedades nas quais, como a brasileira, a responsabilidade pela administração doméstica e o cuidado com filhos e filhas são atribuídos, em regra, à mulher. A naturalização do cuidado como uma tarefa tipicamente feminina reforça o estereótipo de gênero e pauta a organização familiar de muitas brasileiras, dentro e fora das prisões. E,

uma vez que são elas, em geral, as responsáveis pelos cuidados com a casa, com as filhas e filhos, sua prisão impacta de forma imediata, e muitas vezes definitiva, a vida familiar. Para além da discussão a respeito de maternidade e cárcere, o que se impõe é o desafio também de não silenciar novas possibilidades em torno das relações de paternidade, cuidado e prisão, a partir da naturalização do lugar da mulher no cuidado familiar e doméstico.

A perpetuar-se este modelo, a situação de privação de liberdade e, especialmente, as condições de cumprimento de pena da mãe repercutem diretamente nos filhos, seja nos de tenra idade, que permanecem no cárcere, ou nos maiores, que sofrem uma abrupta ruptura e deterioração completa dos laços familiares. Essas crianças, “nos cárceres, habitualmente estão limitadas em suas experiências de vida, confinadas que estão à situação prisional. Nos abrigos, sofrerão com a inconsistência do afeto, que, numa entidade de acolhimento, normalmente, restringe-se ao atendimento das necessidades físicas imediatas das crianças”, sintetiza Lewandowski (BRASIL, 2018, p. 28).

Tais situações implicam, segundo Stella (2009), questões como a culpabilização sobre o abandono sofrido, abalos na estrutura familiar e a possibilidade do filho desamparado “retroalimentar a carreira do crime”. Segundo a autora, o estigma social enfrentado, o papel social da mãe no ambiente familiar, os estereótipos aceitos tradicionalmente sobre masculino e feminino, bem como o próprio conceito de família, são temas a serem considerados quando se discute maternidade no contexto prisional, considerando-se que, “quando o pai é preso, a maioria das crianças continua sendo cuidada pela mãe. Contudo, quando da prisão materna, somente 10% das crianças continuam sendo cuidadas pelos companheiros das mães.” (STELLA, 2009, p. 293). Nesse ponto, uma das amarras do encontro entre gênero e direito, ao mesmo tempo que reconhece a mulher em suas peculiaridades, “o faz desde um cenário do patriarcado, reafirmando o seu lugar social. Esse é o limite das conquistas, que, ao não subverterem a ordem de gênero, reafirmam papéis sociais apropriados”. (BRAGA, 2015, p. 533).

Do encontro entre maternidade e prisão (precária) várias são as consequências. Produz-se, inicialmente, a hipermaternidade, isto é, o exercício da maternidade superdimensionado, na medida em que, geralmente, é a única atividade das mães presas e, ainda, concentrada em um espaço físico controlado e reduzido. Passados em média seis meses de convívio 24 horas com o bebê, tem-se a hipomaternidade, ou seja, o momento no qual a mãe passa a ter contato reduzido ou nulo com suas filhas e filhos. De forma geral, a transição é feita de forma brusca e descuidada, causando forte

impacto nas pessoas envolvidas, instituindo o paradoxo da hiper e da hipomaternidade, acentuado por Braga e Angotti (2015).

Conforme descrito por Armelin (2010), as crianças que iniciam a vida no alojamento conjunto de uma prisão, sendo privadas de conviver na sociedade livre, encontram-se em uma situação peculiar, dentro de uma instituição total, pois “a privação pela qual a criança passa deixa evidente a discrepância no desenvolvimento entre uma criança ‘livre’ e uma criança que vive atrás dos muros de uma penitenciária”, que acaba não conseguindo ter uma convivência normal com sua genitora e com o mundo à sua volta. Segundo a autora (2010, p. 12-13), o ambiente impróprio, que não oferece meios adequados de locomoção nem objetos que possam ser usados em atividades espontâneas, acaba por aprisionar mais as crianças que as próprias mães, tendo em vista que a falta de condições ambientais interfere de maneira negativa no desenvolvimento do filho.

Tratando-se de detentas grávidas e que deram à luz a seus filhos durante o encarceramento, as experiências de gravidez e parto implicam a vivência em prisões insalubres e com sérios riscos à saúde (a exemplo do caso 1, narrado nas considerações iniciais), novamente desconsiderando Tratados Internacionais de proteção de direitos humanos que consideram o cuidado com a saúde maternal como uma das prioridades a serem observadas pelos países no que concerne ao seu compromisso com a promoção de desenvolvimento, conforme consta do Objetivo de Desenvolvimento do Milênio (ODM nº 5), no sentido de se melhorar a saúde materna, e do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS nº 5), no sentido de se alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas. Ambos os documentos foram subscritos no âmbito da Organização das Nações Unidas e levados em consideração no voto de Lewandowski no julgamento do Habeas Corpus nº 143.641/SP (BRASIL, 2018, p. 13).

Mais uma vez, ao contrário da previsão constitucional e convencional, o que se depreende da realidade concreta vivenciada no chão da prisão é um cenário de horrores. Conforme destacado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ao informar dados acerca da “Saúde materno-infantil nas prisões” que evidenciavam a vulnerabilidade social das mães que tiveram filhos na cadeia: 30% delas são chefes de família e 23% tinham famílias chefiadas pelas próprias mães; praticamente metade delas (48%) não tinha concluído o ensino fundamental. O parto na prisão apenas agravou este quadro de vulnerabilidade: embora a maioria delas (60%) tenha sido atendida em até meia hora após o início do trabalho de parto, apenas 10% tiveram suas famílias avisadas; uma em

cada três mulheres foi levada ao hospital em viatura policial; 36% das mulheres ouvidas relataram que foram algemadas em algum momento da internação. Maus-tratos ou violência, seja verbal ou psicológica, foram praticadas por profissionais da saúde em 16% dos casos e por agentes penitenciários em 14% dos relatos; sete mulheres das 241 ouvidas (8% do total) alegaram ter sido algemadas enquanto davam à luz. Apenas 3% das mulheres entrevistadas tinham acompanhantes na sala de operação e as visitas pós-nascimento foram autorizadas em somente 11% dos casos. Por fim, apenas 32% das mulheres ouvidas tiveram um atendimento pré-natal adequado. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017).

Em um contexto tal, “a casa e a cria são trazidas para dentro do cárcere, vigiadas, ensinadas, disciplinadas a partir de parâmetros restritos de normalidade de gênero e família” (BRAGA, 2015, p. 528), de tal modo que o entrelaçamento dos universos da prisão e da maternidade produz um exercício da maternidade sacrificial e disciplinar, atendendo ao projeto mais amplo de domesticar o desvio e o desejo feminino, criminal e sexual.

Embora a retórica da garantia de direitos, e a luta pela melhoria nas condições do sistema prisional sejam legítimas e relevantes, é premente considerar, conforme destacou o IPEA (2015, p. 05), que toda a maternidade em situação prisional é vulnerável, e toda gestação neste espaço é de risco, pois está, dentre as menos aceitas do ponto de vista social, uma vez que empreendidas por “infratoras, sobretudo as mulheres que estão presas, já que foram contra a ‘dita natureza feminina’, ou seja, de pessoa passiva e cuidadora, jamais transgressora.” Neste contexto, a defesa de melhores prisões tem o efeito perverso de legitimar maternidades encarceradas. Sob esse argumento, juízas e juízes brasileiros têm preferido manter mulheres e crianças na cadeia, vigiadas, controladas.

Uma melhor possibilidade de exercício da maternidade ocorrerá sempre fora da prisão; se a legislação fosse cumprida, tanto em relação à excepcionalidade da prisão preventiva quanto à aplicação da prisão domiciliar, grande parte dos problemas que afetam a mulher no ambiente prisional estariam minimizados, uma vez que “a escolha da prisão como resposta quase unívoca do sistema, especialmente para o crime de tráfico, cria paradoxos, os quais seriam evitados caso a gestante ou mãe não estivesse presa”. (BRAGA, 2015, p. 539).

É neste marco conceitual que se pode depreender a maior contribuição do Habeas Corpus Coletivo analisado neste artigo. Sua ênfase está na liberdade, ou seja, na consideração do fato de que o sistema prisional deve ser utilizado como *ultima ratio*,

especialmente em casos de gestação e maternidade, uma vez que as respostas por ele produzidas serão sempre desastrosas e destrutivas para os envolvidos: a mãe e seus filhos. Sem dúvida, o melhor exercício de maternidade é sempre em liberdade, por isso, para se falar em exercício de direito dessas mulheres, há de se falar em uma mudança nos rumos da política criminal. Nesse sentido, o Habeas Corpus nº 143.641/SP já representa um passo significativo, embora não suficiente.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscava, inicialmente, perquirir os limites e possibilidades do Habeas Corpus coletivo à luz do ordenamento jurídico brasileiro e da leitura convencional do Processo Penal a partir do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Na sequência, buscou analisar criticamente a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus nº 143.641/SP, apresentando a figura do Habeas Corpus coletivo, *in casu*, como condição de possibilidade para – a partir da leitura constitucional e convencional do processo penal – humanizar o cárcere feminino no país, notadamente no que se refere à situação das mulheres gestantes, puérperas e mães, e seus respectivos filhos menores de 12 anos.

Neste sentido, partiu da constatação da histórica e reconhecida situação de violência perpetrada contra mulheres gestantes e mães no âmbito do sistema penitenciário brasileiro. Se o cárcere masculino, no Brasil, é marcado por características que levaram ao reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” pelo Supremo Tribunal Federal, o feminino, particularmente em relação às gestantes, parturientes, mães e crianças, revela-se ainda pior, dadas as suas especificidades e a peculiar condição de vulnerabilidade desse público.

Neste contexto a condição de ser “mulher” encarcerada gera uma dupla punição, agravada pela gravidez e/ou maternidade exercida neste espaço. Embora tal situação venha sendo alvo de diversas intervenções legislativas nos últimos anos, no bojo de convenções internacionais das quais o Brasil faz parte, restou evidenciado que em grande medida, a cultura punitivista de encarceramento tem sido privilegiada na atuação jurisdicional. No mais das vezes, o enquadramento como “criminoso” tem bastado para deslegitimar a possibilidade de qualquer benefício ou de exercício da gravidez e da maternidade em espaço não prisional.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus nº 143.641/SP, impetrado coletivamente em favor de todas as mulheres submetidas à

prisão cautelar no sistema carcerário brasileiro que ostentem condição de gestantes, de puérperas ou de mães com filhos de até 12 anos sob sua responsabilidade e das próprias crianças, concedeu a ordem, reconhecendo o cabimento do *writ* multitudinário, e reiterando, na esteira de outros julgados, a possibilidade da tutela coletiva do *status libertatis*.

Conforme restou demonstrado, a utilização da tutela coletiva por meio de Habeas Corpus é possível quando feita em benefício de grupos de indivíduos que se encontram em uma situação fática e jurídica similar. Com efeito, a tutela coletiva de direitos evidencia-se enquanto condição de possibilidade para superar as barreiras que são opostas ao acesso à justiça de uma coletividade, tal como a das mulheres gestantes e mães presas, que muitas vezes não tem plenas condições para tal. Cabe destacar que a própria jurisprudência brasileira já possui precedentes em relação ao tema.

Além disso, a possibilidade de tutela coletiva do *status libertatis* pela via do Habeas Corpus também se mostra possível a partir de uma leitura convencional do processo penal brasileiro. À luz do disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos, e na jurisprudência da Corte-IDH resta claramente demonstrada a possibilidade da tutela coletiva do *status libertatis*, por meio da impetração de Habeas Corpus coletivo.

Mais do que isso, no caso específico de gestantes, parturientes, mães e crianças em situação de prisão, tal instrumento pode sim significar um importante passo rumo à humanização do cárcere feminino no Brasil, especialmente porque ao asseverar a tese de que, embora a melhora das condições do cárcere no Brasil sejam necessárias e defensáveis, neste caso, o melhor exercício da gestação e da maternidade é sempre aquele realizado em liberdade.

REFERÊNCIAS:

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus**, 2005. Disponível em: < <http://www.saij.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-verbitsky-horacio-habeas-corpus-fa05000319-2005-05-03/123456789-913-0005-0ots-eupmocsollaf>>. Acesso em: 22 mar. 2018.

ARMELIN, Bruna Dal Fiume. Filhos do cárcere: estudo sobre as mães que vivem com seus filhos em regime fechado. **Revista da Graduação**, v. 3, n. 2, 2010. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/graduacao/article/viewFile/7901/5586>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

BARBOSA, Rui. **República: Teoria e Prática – Textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na Primeira Constituição Republicana**. Petrópolis: Vozes, 1978.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Entre a soberania da lei e o chão da prisão: a maternidade encarcerada. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. 11, n. 2, p. 523-546, Jul-Dez, 2015.

_____; FRANKLIN, Naila Ingrid Chaves. Quando a casa é uma prisão: uma análise de decisões de prisão domiciliar de grávidas e mães após a Lei 12.403/2011. **Revista Quaestio Juris**, vol. 09, n. 01, Rio de Janeiro, 2016. p. 349-375.

_____; ANGOTTI, Bruna. O excesso disciplinar: da hipermaternidade à hipomaternidade no cárcere feminino brasileiro. **Revista SUR**, vol.12 n.22, p. 229-239, 2015.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016**. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm>. Acesso em: 23 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 143.641 São Paulo**, 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF**, 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.brqpagina-dorpubqpaginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. **Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão**. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015. Disponível em: <<http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2015/03/51-Dar-a-luz-na-sombra.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

CAPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 213/2015**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Jovem, negra e mãe solteira: a dramática situação de quem dá a luz na prisão**. 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=85402:jovem-negra-ema-e-solteira-a-dramatica-situacao-de-quem-da-a-luz-naprisao&catid=813:cnj&Itemid=4640>. Acesso em: 20 mar. 2018.

CORTE-IDH. **Caso do Presídio Miguel Castro Castro Vs. Peru**. Sentença de 25 de novembro de 2006. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/7ef9a6d58703704d6c5e9a8a04cb09e9.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

_____. **Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay**. Sentencia de 22 de septiembre de 2006a. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2018.

INFOPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: atualização – junho de 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública e Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2018.

INFOPEN MULHERES. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: Infopen Mulheres – Junho de 2014. Brasília: Ministério da Justiça e Departamento Penitenciário Nacional, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

LLEWELLYN, S.; NORTHCOTT, D. The “singular view” in management case studies qualitative research in organizations and management. **An International Journal**, v. 2, n. 3, p. 194-207, 2007.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, ano 46, n. 181, Brasília, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento**. Cairo, 1994. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. **Regras de Bangkok**. Regras para o Tratamento de Mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

PRADO, Geraldo. **Parecer**: Habeas Corpus Coletivo impetrado em favor dos “flanelinhas”. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/tag/habeas-corpus-coletivo/>>. Acesso em: 08 jun. 2017.

SARMENTO, Daniel; BORGES, Ademar; Gomes, Camilla. **Parecer**: O Cabimento do Habeas Corpus Coletivo na Ordem Constitucional Brasileira. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-hc-coletivo.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

SIMAS, Luciana; VENTURA, Miriam; BAPTISTA, Michelly Ribeiro; LAROUZÉ, Bernard. A jurisprudência brasileira acerca da maternidade na prisão. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. 11, n. 2, p. 547-572, Jul-Dez 2015.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. O habeas corpus coletivo: uma proposta para o direito brasileiro a partir da experiência jurisprudencial latino-americana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 137, p. 287-319, 2017.

STELLA, Claudia. Filhos de mulheres presas: o papel materno na socialização dos indivíduos. **Estudos e Pesquisas em Psicologia**, Rio de Janeiro, ano 9, n. 2, p. 292-306, 2009. Disponível em: <<http://www.revispsi.uerj.br/v9n2/artigos/pdf/v9n2a03.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

VALENTE, Rodolfo de Almeida; CERNEKA, Heidi Ann; BALERA, Fernanda Penteadó. **Mães encarceradas: a delicada relação entre os direitos da criança e a lei**. São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-set-18/maternidade-prisao-delicada-relacao-entre-direitos-crianca-lei>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

YIN. Robert K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. 3. ed. Porto Alegre: Bookman, 2005.