

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

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

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

ANTONIO CARLOS DA PONTE

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

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

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

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

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

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

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

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

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

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

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

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

D597

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

Coordenadores: Antonio Carlos da Ponte; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Sérgio Henriques Zandona Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-332-0

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

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Constituição. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho e Pesquisa (GT) de Artigos denominado “DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II” do III Encontro Virtual do CONPEDI (III EVC), com a temática “Saúde e segurança humana para a sustentabilidade e cidadania”, promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), Sociedade Científica do Direito no Brasil, e apoio da UNICURITIBA - Centro Universitário Curitiba, em evento realizado entre os dias 23 e 28 de junho de 2021, de forma telepresencial, com a utilização da Plataforma ConferênciaWeb RNP, tendo em vista o momento mundial de pandemia e isolamento social imposto pelo COVID19.

Trata-se de publicação que reúne artigos de temáticas diversas atinentes ao Direito material e processual penal, apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho e Linha de pesquisa. Compõe-se de textos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação e graduação, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes.

Assim, a coletânea reúne uma gama de artigos que apontam questões jurídicas relevantes na sociedade contemporânea, todos com olhos e vinculados ao Estado Democrático de Direito.

O primeiro artigo teve como título a “TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE: A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL DA PESSOA JURÍDICA NO BRASIL”, do autor André Eduardo Detzel.

O segundo artigo “SANÇÃO POLÍTICA NA DEFINIÇÃO DE DEVEDOR CONTUMAZ E SUA REPERCUSSÃO NO CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA: O CASO DA LEI Nº 17.354/2020 DO ESTADO DO CEARÁ” da lavra dos autores Fernando Augusto de Melo Falcão e Leticia Vasconcelos Paraíso.

“RESPONSABILIDADE CARCERÁRIA: O DEVER DE AÇÃO ESTATAL DIANTE DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO”, terceiro da coletânea, é o trabalho dos autores Nathan Castelo Branco de Carvalho, Adriel Adrian Gomes e Júlia Santos Alves Prata.

O quarto texto, com o verbete “O PRINCÍPIO DA IGUALDADE EM FACE DAS ESPECIFICIDADES DO GÊNERO: UMA ANÁLISE DOS HABEAS CORPUS COLETIVOS 165.704 E 143.641”, de autoria de Amanda Castro Machado e Gabriel Salazar Curty.

O quinto texto, da lavra do autor Thales Dyego De Andrade Coelho, é intitulado “O “PACOTE ANTICRIME” (LEI Nº 13.964/2019) E AS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS: OXIGENAÇÃO ACUSATÓRIA?”.

No sexto artigo intitulado “O ESPELHAMENTO VIA WHATSAPP WEB E DIREITOS CONSTITUCIONAIS EM RISCO: COMO A LICITUDE DA PROVA É JUSTIFICADA NOS TRIBUNAIS”, de autoria de Bianca Kaini Lazzaretti e Eleonora Jotz Pacheco Fortin.

O sétimo texto da coletânea, da autora Lisiane Junges, aprovado com o verbete “REGISTRO AUDIOVISUAL DO DEPOIMENTO ESPECIAL E PROTEÇÃO INTEGRAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES”.

“O DIREITO PENAL E O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COMO PEÇAS DO MACROSSISTEMA PUNITIVO E A REJEIÇÃO AO BIS IN IDEM” é o título do oitavo texto da coletânea, com autoria de Jean Colbert Dias, Anderson Ferreira e Alexandre Magno Augusto Moreira.

O nono artigo foi denominado “NEGOCIAÇÃO CRIMINAL AMBIENTAL COM VISTAS À SUSTENTABILIDADE” pelos autores Cassio Marocco, Andréa de Almeida Leite Marocco e Duliana de Sousa Lopes Kerber.

No décimo artigo intitulado “MARCOS JURISPRUDENCIAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA DE ESTADO DE INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE DE JULGADOS NO CONTEXTO DE (NÃO) AFIRMAÇÃO DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS”, os autores foram Thiago Allisson Cardoso De Jesus e Amanda Passos Ferreira.

O décimo primeiro artigo com o título “DO CRIME DE MAUS-TRATOS CONTRA OS ANIMAIS E O DIREITO PENAL SIMBÓLICO: ANÁLISE DO SIMBOLISMO PENAL NA CRIAÇÃO DA LEI Nº 14.064 DE 2020”, dos autores Maria Luísa Brasil Gonçalves Ferreira e Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro.

O décimo segundo artigo “DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO E O SISTEMA CARCERÁRIO: REINCIDÊNCIA CRIMINAL E A IMPORTÂNCIA DA EDUCAÇÃO E DEMAIS AÇÕES DO ESTADO PARA O PROCESSO DE REINTEGRAÇÃO SOCIAL NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO” da lavra dos autores Eloy Pereira Lemos Junior, Joanes Otávio Gomes e Ronan Angelo De Oliveira Pereira.

“CRIPTOEVASÃO DE DIVISAS: OPERAÇÕES COM CRIPTOATIVOS E O DELITO DO ART. 22 DA LEI Nº 7.492/1986”, décimo terceiro da coletânea, é o trabalho do autor Bruno Felipe de Oliveira e Miranda.

O décimo quarto texto, com o verbete “A SONEGAÇÃO FISCAL COMO CRIME ANTECEDENTE DA LAVAGEM DE DINHEIRO”, de autoria de Manoel Augusto Rocha Rodrigues Elache Coelho e Bruna Azevedo de Castro.

O décimo quinto texto, da lavra do autor Fabiano Justin Cerveira, é intitulado “ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A EXIGÊNCIA DE CONFISSÃO FORMAL E CIRCUNSTANCIADA”.

No décimo sexto artigo intitulado “A UTILIZAÇÃO DAS PENAS ALTERNATIVAS COMO FORMA DE EVITAR A APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E GARANTIR OS DIREITOS HUMANOS”, de autoria de Priscila Reis Kuhnen, Lenice Kelner e Nicole Tereza Weber.

O décimo sétimo texto da coletânea, dos autores Eduardo Ritt, Caroline Fockink Ritt e Eduardo Fleck de Souza, aprovado com o verbete “A (IN)APLICABILIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL AOS CRIMES CULPOSOS DE TRÂNSITO COM RESULTADO VIOLENTO”.

“A RELATIVIZAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL NOS CASOS QUE ENVOLVEM PEQUENA DIFERENÇA DE IDADE ENTRE VÍTIMA E ACUSADO(A)” é o título do décimo oitavo texto da coletânea, com autoria de Bruna Vidal da Rocha e Dani Rudnicki.

O décimo nono artigo foi denominado “A INTERVENIÊNCIA DO DIREITO PENAL NO CRIME DE TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES E A VULTUOSIDADE DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO FUNDAMENTO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL” pelos autores Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Camila Gomes De Queiroz.

E o vigésimo texto, intitulado “A NORMA PENAL EM BRANCO HETEROGÊNEA: A IMPORTÂNCIA DA COMPLEMENTAÇÃO POR FONTES ESTADUAIS E MUNICIPAIS NA SOCIEDADE DE RISCO”, dos autores Aurora de Alexandre Magno Augusto Moreira e Jean Colbert Dias.

O vigésimo primeiro artigo com o título “A LEI 14.133/2021 E OS CRIMES DE LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS”, do autor José Antonio Remedio.

O vigésimo segundo artigo “A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA E A PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS PELO DIREITO PENAL NO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO” da lavra do autor David Kerber De Aguiar.

“A CRIAÇÃO DE NOVOS TIPOS PENAIIS VIA INSTRUMENTOS DE CONTROLE DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS”, vigésimo terceiro da coletânea, é o trabalho da autora Ana Paula Quadros Guedes Albuquerque.

O vigésimo quarto texto, com o verbete “ANÁLISE DA CULPABILIDADE NO HOMICÍDIO QUALIFICADO”, de autoria de Ronaldo David Guimaraes.

O vigésimo quinto texto, da lavra das autoras Kátia Alessandra Pastori Terrin e Janaina Braga Norte, é intitulado “AS SANÇÕES E A DOSIMETRIA DA PENA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA”.

No vigésimo sexto artigo, e último, intitulado “DIREITO COMPARADO: AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA BRASILEIRA E PRIMEIRO INTERROGATÓRIO PORTUGUÊS”, de autoria de Catarini Vezetiv Cupolillo, Sandra Negri e Carlos Eduardo Freitas de Souza.

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 de efetividade na busca por direitos e garantias fundamentais na esfera criminal. A publicação apresentada ao público possibilita acurada reflexão sobre tópicos avançados e desafiadores do Direito material e processual penal 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 brasileiro e internacional.

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, multifacetada e de consenso.

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) e, em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, com destaque 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 no Estado Democrático Constitucional de Direito.

02 de julho de 2021.

Professor Dr. Antônio Carlos da Ponte

Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Universidade Nove de Julho

acdaponte@uol.com.br

Professor Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Escola Superior Dom Helder Câmara

lgribeirobh@gmail.com

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

Coordenador e Docente Permanente do PPGD e do PPGMCult da Universidade FUMEC e do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP)

sergiohzhf@fumec.br

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE EM FACE DAS ESPECIFICIDADES DO GÊNERO: UMA ANÁLISE DOS HABEAS CORPUS COLETIVOS 165.704 E 143.641

THE PRINCIPLE OF EQUALITY IN THE FACE OF GENDER SPECIFICITIES: AN ANALYSIS OF COLLECTIVES HABEAS CORPUS 165.704 AND 143.641

Amanda Castro Machado ¹

Gabriel Salazar Curty ²

Resumo

O presente artigo busca analisar os Habeas Corpus (HC) Coletivos nº 143.641 e nº 165.704, empregando o estudo de caso com abordagem qualitativa como metodologia, atentando para o recorte de gênero no primeiro HC e a utilização do princípio da igualdade no segundo. Busca responder a problemática sobre como o princípio constitucional da igualdade se relaciona com a ideia de gênero e garantias constitucionais no contexto de mulheres aprisionadas. Conclui-se que, apesar de a mulher estar sujeita a um maior número de violências estruturais, é o direito da criança e da pessoa com deficiência que deve ser priorizado.

Palavras-chave: Habeas corpus coletivo, Princípio da igualdade, Gênero, Direito da criança, Direito da pessoa com deficiência

Abstract/Resumen/Résumé

This article seeks to analyze the Collective Habeas Corpus (HC) 143.641 and 165.704, using the case study with qualitative approach as methodology, paying attention to gender focus in the first HC and the use of principle of equality in the second. Seeks to answer the problem of how constitutional principle of equality is related to the idea of gender and constitutional guarantees in the context of imprisoned women. We conclude that, despite the fact women are subject to a greater number of structural violence, it's the right of the child and the person with disability that should be prioritized.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Collective habeas corpus, Principle of equality, Gender, Child rights, Persons with disabilities rights

¹ Mestranda em Ciências Criminais (PUCRS). Especialista em Direito Internacional Aplicado (EBRADI). Pós-graduanda em Direito Público (PUC/MG). Graduada em Direito (Mackenzie). Secretária da Comissão de Justiça Restaurativa da OAB/SP

² Mestrando em Ciências Criminais (PUCRS). Integrante do Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas de Segurança e Administração da Justiça Penal e Grupo de Pesquisa em Gestão Integrada de Segurança Pública.

1. INTRODUÇÃO

Dentro de uma sociedade com tantas realidades diversas como é a brasileira, com desigualdade econômica-social latente e um sem-número de violências estruturais sistemáticas, o princípio de igualdade é colocado em xeque, repensado e ressignificado constantemente. O que é, afinal, a igualdade entre pessoas tão diferentes, entre o negro e o branco, entre o homem e a mulher, entre o rico e o pobre? As nuances de cada existência refletem nesse abismo entre a realidade de um e do outro.

No presente estudo de caso, serão analisados, qualitativamente, dois Habeas Corpus (HC) coletivos que evidenciam as limitações e possibilidades do uso do princípio da igualdade entre duas vivências tão distantes como a do homem e da mulher encarcerados.

Enquanto no HC coletivo 143.641 é enfatizada as especificidades do gênero feminino, da mulher encarcerada, em condição de gestante, puérpera e mãe de criança de até 12 (doze) anos ou deficientes, evidenciando as condições ainda mais falhas e desesperadoras em que a mulher encarcerada se encontra (mesmo se comparada ao desastre da prisão masculina) e resgatando direitos reprodutivos particulares à mulher e respectiva omissão estatal em garanti-los, o HC coletivo 165.704 clama pelo princípio da igualdade, visando conceder o mesmo benefício de conversão de prisão preventiva em prisão domiciliar aos pais e responsáveis por crianças de até 12 (doze) anos ou pessoas com deficiência. Ambos HCs foram concedidos, o primeiro em 2018 e o segundo em 2020, pós início da pandemia¹.

Portanto, o problema abordado aqui pode ser exposto da seguinte forma: quais são os limites e os benefícios de utilizar o princípio constitucional da igualdade como meio de litigância estratégica do HC 165.704, em relação ao HC 143.641?

Para tanto, nos dois subtópicos que compõem a primeira parte introdutória do artigo, são resumidos os principais pontos e elementos de cada HC. Posteriormente, a trajetória jurisprudencial nacional e latino-americana que levou a concessão de tais decisões é apresentada, seguida pela exposição de pontos contrários à essa linha decisória, referentes ao conceito denominado neste artigo como “ativismo judicial”, ainda que o termo possa apresentar diferentes entendimentos doutrinários. Por fim, devidamente munido de todos pontos e contrapontos levantados nos tópicos anteriores, é emitido um posicionamento crítico fundamentado.

¹ A pandemia foi um importante fator levado em consideração no voto favorável da segunda turma do STF para a concessão do remédio constitucional, como será exposto ao longo do artigo.

A crítica é o alimento de debates bem estruturados e frutíferos. Por isso, espera-se que sempre exista o espaço dos contrapontos, das problematizações, buscando o aprimoramento da conquista e não sua calada e passiva aceitação. Só se evolui como comunidade se o diálogo é permanente, persistente e resistente.

A conclusão deste artigo gira entorno da ideia de que as limitações (e eventuais críticas) encontradas na utilização do princípio da igualdade como tática estratégica do segundo HC coletivo, mesmo diante das especificidades de gênero que muito fundamentam o primeiro HC e são omitidas no segundo, são menores do que os benefícios angariados em uma decisão combatente ao punitivismo enraizado no judiciário.

2. ANÁLISE DO HC COLETIVO 143.641

Na litigância estratégica, especialmente em Direitos Humanos, um dos principais elementos a serem considerados é o timing de ajuizamento/impetração do instrumento jurídico. Isto porque os elementos externos vão se apresentando muitas vezes independentemente de ações dos autores/impetrantes, já que, tragicamente, no campo dos Direitos Humanos no Brasil (conjuntura agravada quando o sistema carcerário está em pauta), as violações acontecem sistematicamente. Assim, quando os interessados na litigância estratégica notam um ambiente favorável (ou, ao menos, não-contrário) para sua ação prosperar, geralmente acompanhada pelo clamor público incentivado pela mídia, é chegado o momento do protocolo inicial.

No caso em tela, pode se considerar que a confluência de três fatores principais favoreceu a receptividade do HC coletivo, levando em consideração, ainda, a inovação do instituto que não é previsto explicitamente em nossos diplomas legais pátrios. São eles (i) o lamentável status de coisas institucional atribuído ao sistema carcerário brasileiro, resultado da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347/2015²; (ii) a vigência da Lei nº 13.257 de 2016 (marco da primeira infância que adicionou os incisos IV, V e VI ao artigo 318 do Código de Processo Penal³), e; (iii) o caso Adriana Ancelmo (esposa de ex-

² O cárcere brasileiro é cenário de violações generalizadas de direitos fundamentais, sofrendo com a inércia ou incapacidade persistente de modificação da situação por autoridades.

³ Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (...) IV – gestante; V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, que teve sua prisão preventiva convertida em domiciliar para cuidar de seus filhos menores, em 2017⁴).

A partir destes marcos, o Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos (CADHu) considerou o terreno fértil para que pudesse, enfim, em maio de 2017, impetrar o HC coletivo em favor de 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 sua responsabilidade, e das próprias crianças.

O HC 143.641 foi o primeiro HC coletivo impetrado no Brasil e, por isso, ganhou grande notoriedade da mídia e do judiciário. Dados colhidos por diversos departamentos governamentais foram expostos no HC, desenhando o objetivo dos impetrantes, qual seja a obediência do artigo 318 do CPP de conversão da prisão preventiva em domiciliar para os casos dos incisos IV, V e VI como regra, e não como exceção, tal como vinha sendo aplicado nos juizados e tribunais, em que ao menos metade dos pedidos de conversão eram negados.

Dois elementos permeiam os argumentos trazidos pelos impetrantes, quais sejam: os interesses da mulher e os interesses das crianças. Com relação ao primeiro, encontram-se as especificidades de gênero que fundamentam o problema deste artigo, qual seja a viabilidade e legitimidade do princípio da igualdade entre gêneros, sem considerar as violências que apenas o gênero feminino sofre por uma sociedade reconhecidamente machista e patriarcal como a brasileira. Quanto ao segundo, é possível observar uma maior possibilidade de admissão do princípio da igualdade, protegendo crianças e pessoas deficientes, garantindo seu cuidado e afeto, primordiais a seu desenvolvimento físico e psicológico.

Os impetrantes ilustram o cenário da prisão feminina e mista nas quais as pacientes se encontram, e o fazem de uma forma muito particular: recorrem a dados públicos e – aqui está o diferencial – a estudos acadêmicos, não se limitando a jurisprudências⁵. Esse recurso humaniza e aproxima o leitor, leigo ou jurista, da realidade enfrentada pelas mulheres mães encarceradas, dando cor ao que já se sabe: o ambiente carcerário é inóspito, indigno e torturante.

As condições nas quais uma criança nasce e passa seus primeiros meses ou anos dentro de uma instituição prisional, combinada a desumanidade a qual as mulheres

⁴ “A necessidade da presença materna para o desenvolvimento de seus dois filhos menores (11 e 14 anos), em razão da ausência do pai, que também estava preso (STJ - HC 383.606)” (ANGOTTI, 2020, f. 565).

⁵ Por vezes, recorrem a estudos realizados pelas próprias impetrantes, como pela antropóloga e advogada Bruna Angotti, que trilha uma rica trajetória de estudo e militância na área da maternidade dentro do cárcere.

aprisionadas são submetidas, como a ausência de apoio pré-natal⁶, isolamento em alas de mães (hipermaternidade) para o súbito recolhimento de seu filho, que não raramente são enviados à adoção (hipomaternidade), a falta de creches e berçários, de atendimento ginecológico-obstétrico e pediátrico, as formas como mães dão à luz no cárcere, eventualmente algemadas – todo este universo de violações sistemáticas de direitos humanos, direitos reprodutivos e direitos da mulher, do nascituro e da criança é evidenciado no HC em discussão⁷.

Passando por esta esfera desumana da mulher mãe e gestante aprisionada, os impetrantes pontuam também, de diferentes formas, que o cerceamento da liberdade da pessoa não deveria suprimir outros direitos garantidos constitucionalmente a ela, ou que a pena afete quaisquer outros indivíduos, fazendo referência ao princípio da personalidade, tal como consta no artigo 5º, XLV, CF (princípio que parece ainda mais apropriado quando está em foco pessoas que não foram sequer julgadas).

A perspectiva unicamente masculina em discussões sobre o sistema carcerário brasileiro é criticamente apontada pelo Ministro Relator, ao referir-se as Regras de Bangkok⁸ e a como o olhar viciado na figura masculina deixa de se atentar para particularidades femininas (HC 134.631, 2018, p. 22).

Os argumentos foram validados pela segunda turma do Supremo Tribunal Federal (STF), que acatou o pleito dos impetrantes e concedeu o primeiro HC coletivo brasileiro em fevereiro de 2018. O necessário zelo maternal e o cuidado com a gestante e puérpera foi reconhecido pelo STF.

A leitura do processo integral do HC 143.641 deixa nítido um paradoxo moral: é válido traçar argumentos que ratificam a divisão de espaços público-privado entre homens e mulheres, em prol das últimas? Em outras palavras, é ético valer-se do papel ao qual a mulher é resumida (mãe, única cuidadora e responsável pelos filhos) no combate à máquina

⁶ O HC ainda, no mesmo bojo de mulheres mães encarceradas e a deplorável situação do Brasil em atenção pré-natal, relembra em sua petição inicial a condenação que o Brasil sofreu pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (caso Alyne da Silva Pimentel versus Brasil, 2011), e que esse descuido estrutural para com o apoio pré-nascimento “atinge, no sistema prisional, níveis dramáticos, ferindo direitos não só da mulher, mas também de seus dependentes, ademais de impactar o quadro geral de saúde pública, bem como infringir o direito à proteção integral da criança e o preceito que lhe confere prioridade absoluta” (STF, HC 134.631, 2018, p.6.).

⁷ Dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres/2017, acusam que menos de 1/3 dos estabelecimentos prisionais femininos dispõe de berçários e apenas 5% oferecem creche para as crianças com mães aprisionadas, sendo que os números caem drasticamente quando se divulgam os dados de estabelecimentos mistos, que não oferecem nenhuma creche (INFOPEN Mulheres, p. 18-19).

⁸ Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras/ Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, Conselho Nacional de Justiça – 1. Ed – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

carcerária que, entre muitos adjetivos tenebrosos, também é machista e patriarcal? Reconhecer a mulher como responsável pelos cuidados afetivos de suas crianças não é se aliar com o indesejado⁹?

Estes questionamentos são pertinentes de certa forma, mas não de outras. A urgência de organizações e coletivos que lutam pelos direitos humanos faz com que se busque o menor mal, não o ideal. Construir uma estratégia que considere que nem todos julgadores e atores compartilham a perspectiva feminista, visando o diálogo com pessoas de diferentes ideologias, é parte da militância para que sejam alcançadas certas vitórias, como foi a concessão deste HC coletivo que já libertou e ainda liberta milhares de mulheres.

Ainda, a Procuradoria Geral da República (PGR), intimada, se manifestou pelo não conhecimento do instituto em seu caráter coletivo, por tratarem-se de pacientes indeterminadas e indetermináveis, em formato de pleito não só presente mas também futuro: “o habeas corpus serve à proteção direta e imediata do direito individual à liberdade de locomoção, não podendo ser concedido de forma genérica, sob pena de converter-se em súmula vinculante ou instrumento de política pública criminal” (HC 134.631, 2018, p.13).

A resposta dada pelo STF, contrário à PGR, decorre do fato de que um dos primeiros atos realizados pelo Ministro Relator Lewandowski foi intimar o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) para enviar os dados correspondentes às mulheres que se enquadrariam como pacientes no caso concreto. A partir desta lista, portanto, as pacientes foram nomeadas e determinadas, e assim o caso em pauta se trataria de direitos individuais homogêneos¹⁰.

Por fim, o termo discriminação é utilizado tanto em um HC quanto no outro, relacionando-se a diferentes questões. No HC em comento, a discriminação sofrida pelas pacientes se relaciona com seu gênero, raça e classe. Mulheres negras e pobres têm menos acesso à justiça e, por consequência, possibilidade de defesa menor do que outras camadas étnico-econômicas e do que homens negros e pobres. Já no segundo HC, não obstante retornem ao ponto da igualdade no acesso à justiça e a proporção de pessoas que não o possuem, a discriminação perpassa pela questão de crianças sem mães, ou com mães ausentes, não podendo usufruir do mesmo cuidado e direito que crianças com mães encarceradas desfrutam, pela única razão de que seu pai ou responsável não foi contemplado pelo HC 143.641.

⁹ Indesejado aqui se refere ao sistema machista, patriarcal e punitivista. Indesejado pelos impetrantes, que se posicionam com pensamentos e argumentos progressistas e feministas, com atenção à mulher.

¹⁰ “(...) direitos individuais cujo titular é perfeitamente identificável e cujo objeto é divisível e cindível.” (NERY, 2003, p. 813)

Em decisão histórica, a segunda turma do STF concedeu, então, o primeiro HC coletivo a mulheres aprisionadas gestantes, puérperas e mães de crianças de até doze anos ou de pessoas com deficiência e, ainda, estendeu a decisão à adolescentes nas mesmas condições que se encontrem reclusas em estabelecimentos socioeducativos, para que tenham suas prisões preventivas convertidas em prisões domiciliares, respeitando o enunciado nos incisos IV e V do artigo 318 do Código de Processo Penal, com as devidas ressalvas e exceções¹¹. Com esta decisão, o Relator intenta também a quebra do ciclo vicioso que marginalizam crianças desde seu nascimento, de sua primeira infância, que são destituídas do afeto materno, ou até mesmo criadas em instituições prisionais ou por abrigos (HC 134.631, 2018, p.29).

3. ANÁLISE DO HC COLETIVO 165.704

No final do mesmo ano em que foi concedido o HC 143.641, o graduando Julio Cesar Carminati Simões impetrou o HC coletivo 165.704, requerendo a ampliação do direito reconhecido no HC anterior: a conversão de prisão provisória em domiciliar para pais e responsáveis por crianças de até doze anos ou pessoas com deficiência.

Com escrita divergente do HC anterior, o impetrante se utiliza majoritariamente de jurisprudências e marcos legais nacionais e internacionais, pontuando a discriminação sofrida por pais e responsáveis por crianças de até 12 (doze) anos e pessoas com deficiência e, por conseguinte, as próprias crianças e pessoas com deficiência, em relação às mães que se beneficiaram do primeiro HC e suas crianças ou pessoas com deficiência.

Neste sentido, a Defensoria Pública da União (DPU), em manifestação após integrar o polo ativo do HC, aduz que a criança ou pessoa deficiente sofrerá duas vezes, levando em consideração que inexistente laço maternal (já que o pleiteado neste HC são pacientes unicamente responsáveis pela criança ou pessoa com deficiência) e, adicionalmente, ainda será desprovida da presença da pessoa com quem estabeleceu o vínculo afetivo principal (DPU, HC 165.704, 2019, p.3).

Como o objetivo do impetrante é utilizar-se do princípio universal da igualdade para ampliar o entendimento do HC anterior, as especificidades de gênero passam despercebidas e omissas no HC 165.704. Aqui, o objetivo é exacerbar a segunda linha do HC 143.641, qual seja a proteção ao desenvolvimento físico e psicológico das crianças e pessoas com deficiência que não devem ser privadas da convivência com seus familiares e responsáveis

¹¹ Na decisão que concede o HC às mulheres gestantes e mães encarceradas, excetuam-se aquelas que estão sendo julgadas por crimes praticados mediante violência ou grave ameaça contra seus descendentes.

mais próximos. Para isso, também se vale do artigo 227 da Constituição Federal¹² e o direito constitucional ao convívio familiar e comunitário garantido à criança.

Sem qualquer objeção feita pela PGR neste HC, além de que excepcionalidades e diretrizes sejam norteados de forma equivalente ao HC 143.641, e com manifestações constantes da DPU e amicus curie para que o trâmite fosse agilizado, em atenção à pandemia do COVID-19, e, ainda, com o precedente aberto pelo HC anterior que, em sua exordial, demonstrou a importância do HC não somente para as mulheres aprisionadas, mas para filhos, o HC 165.704 foi concedido em outubro de 2020.

Importante ressaltar as razões trazidas particularmente em relação à COVID-19, que se dividem em três frentes: restrição de visitas (absoluta, na maioria dos estados¹³); a importância e necessidade da permanência dos dependentes com seus responsáveis em período de isolamento social, e; a redução de número da população carcerária visando a diminuição de risco de infecção por COVID-19, de acordo com a Resolução 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça (HC 165.704, 2020, p. 17). Neste último ponto, em que se reivindica a Resolução 62/2020, o Relator Ministro Gilmar Mendes salienta que em seus artigos 4º e 5º¹⁴, a Resolução acertadamente se manifesta sobre “pessoas responsáveis” por crianças ou pessoas com deficiência, não limitando os beneficiados a mães ou gestantes.

O Relator Ministro Gilmar Mendes repisa na questão da seletividade penal, ou seja, que os que mais sofrem com o sistema penitenciário são os mesmos que menos possuem acesso aos instrumentos jurídicos para a tutela da liberdade. Por consequência, se pode concluir que ainda são os mesmos que tem maiores chances de não possuírem condições

¹² Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à **convivência familiar e comunitária**, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (g.n.)

¹³ 97,3% das unidades prisionais do país adotaram medidas de suspensão total das visitas, e apenas 2,63% dos estabelecimentos mantém a visitação, embora com restrições (“COVID-19 Painel de Monitoramento dos Sistemas Prisionais”, dados disponíveis em: <<http://depen.gov.br/DEPEN>>, acesso em 27/12/2020).

¹⁴ Art. 4º Recomendar aos magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas: I – **a reavaliação das prisões provisórias**, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal, priorizando-se: **a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência**, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco; [...] Art. 5º Recomendar aos magistrados com competência sobre a execução penal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas: I – concessão de saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto, nos termos das diretrizes fixadas pela Súmula Vinculante no 56 do Supremo Tribunal Federal, sobretudo em relação às: **a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até 12 anos ou por pessoa com deficiência**, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência e demais pessoas presas que se enquadrem no grupo de risco; (g.n.)

financeiras ou sociais de dividir os ônus da responsabilidade por uma criança ou pessoa deficiente.

Neste cenário, o Relator destaca que o princípio da isonomia também eventualmente seria (e é) violado sistematicamente, pois só aqueles com acesso à justiça poderiam pleitear sua liberdade, e a parcela empobrecida permaneceria encarcerada. Defende, ainda, a ação coletiva que desobstrui o judiciário, sendo extremamente prejudicial o cenário em que inúmeras ações individuais pleiteando o mesmo pedido fossem ajuizadas/impetradas.

No final de seu voto, o Ministro Relator Gilmar Mendes pondera e registra importante ressalva na fase de cumprimento de ações coletivas que pautam questões estruturais: a necessidade de monitoramento e fiscalização de ordens emitidas, prevenindo-se, assim, de eventual afastamento e descuido do judiciário após dada a decisão (decisões que, como estas dos presentes HCs coletivos sob análise, têm o condão de efetivamente modificar estruturas violentas da sociedade) (HC 165.704, 2020, p. 24)¹⁵.

O HC, concedido em caráter emergencial em atenção à Resolução 62/2020, reconheceu como pacientes possíveis: (i) pais unicamente responsáveis por criança de até 12 (doze) anos ou pessoa com deficiência e (ii) outros responsáveis (que não sejam mãe ou pai), que sejam pessoa imprescindível aos cuidados de crianças de até seis anos ou com deficiência. As diretrizes e condicionantes são equivalentes ao HC 143.641, como a vedação à substituição em casos de crimes violentos ou sob grave ameaça, ou praticados contra os próprios filhos ou dependentes.

4. REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA

O Habeas Corpus, em seu formato original, é previsto no inciso LXVIII do extenso artigo 5º da Constituição Federal de 1988 como remédio constitucional apto a requerer a liberdade em situações que alguém sofre ou é ameaçado de sofrer violência ou coação quanto a sua liberdade de locomoção, seja por ilegalidade ou abuso de poder. Não há previsão legal deste instrumento jurídico como coletivo, não-individual.

No entanto, o entendimento do STF, em vista às violências estruturais que permeiam e sufocam a realidade brasileira e em respeito aos diplomas legais de direito internacional, bem como observadas a evolução legislativa em outros países, vem se moldando no sentido

¹⁵ Como possíveis ações, o Ministro elenca realização de planos de implementação, definição de parâmetros, audiências públicas e nomeação de auxiliares da Corte (HC 165.704, 2020, p. 25).

de que “se existe um direito fundamental violado, há de existir no ordenamento jurídico um remédio processual à altura da lesão” (HC 143.641, 2020, p. 2)¹⁶.

De fato, o Ministro Lewandowski desenha um cenário mundial e nacional que se aproximam dessa linha “generosa”, em que a demanda social busca amparo para litígios coletivos e que o poder competente (judiciário) acolhe o pleito. Nos casos abaixo que tratam de HCs não-individuais, percebe-se que não há diferenciação por gênero ou raça, mas a violação sofrida se desvela quanto à situação carcerária.

Corroborando o exposto, o famoso caso Verbitsky¹⁷ reconheceu o primeiro HC coletivo na Argentina, em termos semelhantes ao HC 143.641, ou seja, não havia sua previsão constitucional expressa, mas se compreendeu sua imprescindibilidade diante da situação. O caso Verbitsky trata sobre o HC coletivo interposto em 2001, possuindo como pacientes todas as pessoas privadas de liberdade em Buenos Aires detidas em delegacias superlotadas. É ilustrado um ambiente infelizmente reconhecido por brasileiros – um cárcere superlotado, anti-higiênico, violento, sem a menor capacidade para conter seres humanos preservando sua dignidade.

A necessidade do tratamento conjunto e unitário deste problema é exposta no HC, a partir do argumento de que petições individuais logravam apenas a transferência do indivíduo a outro local, o que poderia até melhorar sua situação, mas piorava a de outro (COURTIS, 2005, p. 90). No correr do processo, que tramitou por mais de quatro anos até sua decisão final, também foram levantados os pontos de que a prisão cautelar estava sendo decretada como regra, e não exceção, e de que penas alternativas à prisão eram cada vez mais específicas e raras de serem aplicadas – novamente, ambos quesitos tristemente familiares à realidade brasileira.

O voto majoritário final deste caso foi de que a situação exposta viola as normas constitucionais argentinas e tratados internacionais de direitos humanos. Concedendo o HC coletivo, a Suprema Corte Argentina decidiu que: (i) as Regras Mínimas para o tratamento de reclusos das Nações Unidas sejam respeitadas; (ii) os menores e enfermos detidos em delegacias em Buenos Aires devem ser soltos em até 60 (sessenta) dias; (iii) sejam barradas situações em que haja encarceramento cruel e indigno da pessoa; (iv) intima que o Executivo informe o Judiciário das condições de detenção em Buenos Aires, para que o órgão

¹⁶ Complementarmente, o Ministro Relator diz que: “De forma coerente com essa realidade, o Supremo Tribunal Federal tem admitido, com crescente generosidade, os mais diversos institutos que logram lidar mais adequadamente com situações em que os direitos e interesses de determinadas coletividades estão sob risco de sofrer lesões graves.” (HC 143.641, 2020, p. 1)

¹⁷ Para melhor entender o caso, ler “El ‘caso Verbitsky’: Jueces para la democracia” (COURTIS, 2005).

competente julgue se as detenções em curso devem ser mantidas; (v) intima que o Executivo, a cada sessenta dias, informe as medidas que adota visando o aprimoramento da situação detencional em Buenos Aires; (vi) intima o Executivo e Legislativo a tomarem providências para adaptar a legislação processual sobre prisão, visando minorar condições desumanas e superpopulação carcerária; (vii) que haja o diálogo entre partes do presente HC com Executivo (COURTIS, 2005, p. 94).

Em âmbito nacional, é perceptível que HCs coletivos ratificando a situação desastrosa de instituições prisionais e ambiências afins têm sido mais recorrentes, conhecidos e providos em diferentes instâncias do Judiciário.

Em 2010, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) concedeu o HC 142.513/ES, substituindo a prisão em contêiner por prisão domiciliar, estendendo a decisão para todas as pessoas que estejam presas em similares condições. Apesar do HC ter sido interposto visando um único paciente, a decisão transformou-o em um HC coletivo, reconhecendo a desumanidade e ilegalidade em deter uma pessoa em um contêiner por falta de espaço em instituições prisionais tradicionais. O Ministro Relator Nilson Naves veemente diz que:

“Ultrapassamos o momento da fundamentação dos direitos humanos; é tempo de protegê-los, mas, ‘para protegê-los, não basta proclamá-los’. Numa sociedade igualitária, livre e fraterna, não se pode combater a violência do crime com a violência da prisão” (p. 9, Processo HC 0141063-12.2009.3.00.0000 ES 2009/0141063-4; Órgão Julgador SEXTA TURMA do STJ; Publicação DJe 10/05/2010; Julgamento 23 de Março de 2010; Relator Ministro NILSON NAVES)

O princípio da igualdade, que rege (ou deveria reger) a sociedade, é retomado pelo Ministro no excerto acima transcrito. Não há que se falar em prisão em contêiner, pena cruel e indigna. Por essa razão, o Ministro amplia sua decisão a todos homens e mulheres presos cautelarmente em mesmas condições, respeitando o princípio da igualdade.

Ademais, o HC coletivo 207.720, interposto em 2011, teve como paciente todas as crianças e adolescentes domiciliados ou que se encontravam em caráter transitório na comarca de Cajuru/SP. Foi editada a portaria 01/2011 pela Juíza da Vara de Infância e Juventude de Cajuru estipulando toque de recolher às crianças e adolescentes da comarca. A Defensoria Pública do Estado de São Paulo reagiu interpondo o mencionado HC coletivo, que foi acolhido pela segunda turma do STJ no final de 2011.

Ainda, em 2008, frente a ameaça à liberdade de locomoção do grupo de manifestantes que participariam da passeata favorável à descriminalização da maconha feita pelo Comandante da Brigada Militar do Rio Grande do Sul, afirmando que os manifestantes seriam detidos por apologia ao crime, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul acolheu e

concedeu habeas corpus coletivo em favor do conjunto de manifestantes, garantindo a liberdade ambulatorial necessária ao exercício do direito à expressão política (BORGES et al, 2015, p. 9).

O que se percebe nos casos trazidos neste tópico é que o HC coletivo é cabível desde que seja identificado um grupo de indivíduos que compartilham uma situação fática e jurídica similar, sendo possível uma adequada delimitação do grupo favorecido por essa questão comum em que todos estão inseridos (WERMUTH et al, 2019, p. 204-205). Reforçando este argumento, está o HC 148.459, em que o Ministro Alexandre de Moraes negou seguimento à ação por não identificar a similitude de constrangimentos ilegais entre os pacientes (neste caso, todas as pessoas que se encontram presas em estabelecimento penal federal há mais de dois anos).

Importante ressaltar, por fim, a importância da legislação internacional de direitos humanos ao qual as nações estão vinculadas. A DPU afirma, no HC 143.641, que a forma coletiva do remédio constitucional é válida baseada no artigo 25, I, da Convenção Americana de Direitos Humanos, que incentiva procedimentos coletivos visando a celeridade e economia processual. A impetrante reforça a importância dos instrumentos de direito internacional como resolução e analogias a lides de direito público interno, já que o processo coletivo no Brasil, por exemplo, é incipiente (WERMUTH, 2019, p. 204).

5. REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

A história do judiciário brasileiro carrega marcas conservadoras estampadas ao longo de seus marcos legais e jurisprudenciais, como acertadamente é delineado por Wermuth e Marcht (2019). Assim, é compreensível que a cada passo progressista e garantista dado pelo judiciário, haja uma reação conservadora, apontando-o como ativista judicial e termos afins.

A corrente que se pode dizer contrária aos Habeas Corpus coletivos estudados aqui majoritariamente baseiam sua crítica nesta linha: inserem as decisões favoráveis como fora do âmbito do judiciário. Exemplo maior é a própria manifestação da PGR no primeiro HC 143.641, que, desfavorável ao conhecimento do HC coletivo, refere-se a eventual conhecimento e concessão do HC pelo STF como instrumento de política pública criminal.

No entanto, pode-se aventar a reflexão no sentido de: não seria a vertente majoritária punitivista do judiciário uma política pública criminal em si, com a reconhecida seletividade penal que é reproduzida em tribunais em toda extensão nacional, encarcerando pessoas com cor e classe definidas, ou até mesmo gênero? Como uma decisão que destaca o cumprimento

de um dispositivo legal pode ser considerada ativismo judicial, mas o encarceramento em massa comprovado por estudos científicos e dados em seara nacional e internacional não o é?

O próprio Ministro Relator Gilmar Mendes manifesta-se acerca dessa questão em seu voto no HC 165.704:

“Outrossim, ressalte-se que eventual decisão concessiva da ordem de habeas corpus não pode ser sequer qualificada como hipótese de ativismo judicial, já que a concessão da prisão domiciliar, nas situações descritas pela parte impetrante, consta expressamente da legislação processual penal – art. 318, III e VI, do Código de Processo Penal. Ou seja, o pedido formulado pela DPU está em consonância com a própria solução legal delineada pelo Congresso brasileiro” (HC 165.704, 2020, p. 22).

A ausência do protagonismo estatal garantidor do que está previsto na Constituição (condições dignas às pessoas encarceradas e cerceamento somente e unicamente de sua liberdade de locomoção) dá lugar e clama pelo “ativismo” judicial, que pode ser melhor entendido como a não-omissão judiciária, para que não se confundam falta de passividade com ativismo militante.

A tutela coletiva do *status libertatis* na sociedade brasileira é primordial. Neste sentido, “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” (BORGES et al, 2015, p. 7).

Desta forma, é encorajado que a impetração multitudinária que tenha como paciente um grupo definido de pessoas seja realizada, visando a interrupção de uma injustiça (WERMUTH et al, 2019). Afinal, para toda violação massiva de direitos deve haver um instrumento jurídico passível de corrigi-la.

Os fundamentos utilizados pela corrente contrária à coletividade dos HCs, se valendo de conceitos de impacto como ativismo judicial ou judicialização de conflitos políticos, usualmente se socorrem da previsão orçamentária que cabe a outros poderes para pontuar que a decisão dada pelo judiciário não caberá nos cofres públicos, e, portanto, não será eficaz, mas sim uma nobre abstração, criando mais uma demanda impraticável no cenário brasileiro. Os direitos constitucionais não devem ser regulados mediante previsão orçamentária. Se o Estado não é capaz de gerir seus fundos de acordo com a legislação ideal prevista, então não há que se falar em prejudicar pessoas por uma ingerência da qual não são responsáveis – e assim o diz na Súmula 56 do STF: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS: POSICIONAMENTO CRÍTICO FUNDAMENTADO

O princípio da igualdade foi evocado de diferentes formas no estudo realizado, tanto nos HCs em foco quanto nas decisões de outros tribunais e países trazidas no segundo tópico. Como antagonista, está a discriminação. Qual o limite em que o princípio da igualdade pode e deve ser utilizado em uma litigância estratégica sem diminuir as dores e violências específicas sofridas por um outro grupo?

A inquietação neste artigo se consubstancia na questão de que no HC 143.641, a discriminação de gênero fundamentou seus argumentos, reconhecidos pelo STF. Já no HC 165.704, a discriminação está justamente na diferenciação de gêneros.

Um ponto acertado no segundo HC foi o foco recair sobre crianças e pessoas com deficiência desamparadas que não contam com mães presentes, tendo seu vínculo principal com pai ou outro responsável que não pode se valer do HC impetrado anteriormente. Assim, é possível vislumbrar o princípio da igualdade sendo aplicado sem que haja o desprezo das razões brilhantemente elencadas no primeiro HC, expondo como o sistema carcerário é um local de puro terror às gestantes e mães¹⁸.

A disrupção da lógica de separação de funções femininas e masculinas (mãe cuidadora do espaço privado e homem provedor relacionando-se no espaço público) também é um feliz resultado do HC 165.704, que propõe que não só mães são as responsáveis por crianças e pessoas com deficiência, mas também pais e outras pessoas que podem se encontrar na posição de únicas responsáveis. Esta constatação não refuta os argumentos do primeiro HC, apenas expande o universo de realidades às quais todos são submetidos.

É preciso se atentar para que o Direito e o judiciário não atuem como reprodutores de violências estruturais, colocando-as de segundo plano para resolver litígios objetivos, sem considerar historicidades e aspectos externos. O Direito ainda regula, enquanto instituição social, interações sociais conforme normas culturais discriminantes que impedem a paridade (MENDES, 2014, p. 105).

O Direito não pode impor a neutralidade sobre o gênero, mas pode produzir a subjetividade e identidade ao qual o indivíduo daquele gênero é vinculado e associado (MENDES, 2014, p. 174).

¹⁸ Para melhor compreensão do cenário de mulheres mães e gestantes encarceradas, sugere-se a seguinte leitura: “Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão”. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015.

Sobre a reflexão de igualdade, preconceitos e punitivismo, Degani diz que “o fato de impingir a igualdade, por meio da punição, acentuaria a ideia de inferioridade de determinados grupos, em razão de suas diferenças (...). Desse modo, não estaria eliminado o preconceito, mas, sim, tornadas dissimuladas as práticas discriminatórias” (DEGANI, 2008, p. 15).

Conclui-se, assim, que a mulher é sim mais prejudicada no ambiente carcerário e carrega especificidades de violências e cuidado que não são comuns a outras pessoas. Entretanto, o princípio de igualdade se refere, nos casos estudados, ao direito da criança e da pessoa com deficiência de ter sua proteção integral preservada, contando com o amparo familiar e comunitário daqueles com quem tem vínculos estreitos. Também, se relembra aqui das previsões constantes no artigo 318 e seus incisos IV, V e VI, tratando de forma isonômica mães, gestantes e pais.

Ainda, a trágica pandemia que assola o mundo desde o final de 2019, foi um ponto-chave no segundo HC, evidenciando outros benefícios da concessão do instrumento, como menor risco de contágio intracarcerário da COVID-19.

O princípio da igualdade é um dos principais instrumentos utilizados para combater situações alarmantes, levando em consideração a desigualdade que assola o Brasil, e assim deve o ser – um meio permanente de insurgência dos grupos vulnerabilizados.

REFERÊNCIAS

ANGOTTI, Bruna; TRAMONTINA, Robison; VIEIRA, Regina Stela Corrêa. 2020. **Cuidado e direitos fundamentais: o caso do habeas corpus coletivo para pais e responsáveis por crianças e pessoas com deficiência**. Espaço Jurídico Journal of Law [EJL], 21(2), 563-576. DOI: <<https://doi.org/10.18593/ejl.26616>>, 2020.

BORGES, Ademar; GOMES, Camilla; SARMENTO, Daniel. **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 31 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Habeas Corpus 143.641. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski**. Brasília. DJ 21/02/2018. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em 03 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Habeas Corpus 165.704. Relator: Ministro Gilmar Mendes**. Brasília. DJ 04/11/2020. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/turma-stf-hc-coletivo-gilmar.pdf>>. Acesso em 03 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Habeas Corpus 165.704. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Manifestação de Defensoria Pública de 16/05/2019.** Brasília. DJ 14/12/2019.

COURTIS, Christian. **El "caso Verbitsky": Jueces para la democracia.** ISSN 1133-0627, Nº 54, págs. 89-104, 2005.

DEGANI, Eliane. **Criminalização do preconceito: um olhar sobre comportamento violento e limitações do poder punitivo, na efetivação da tutela da igualdade.** Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

MENDES, Soraia de Rosa. **Criminologia feminista: novos paradigmas.** São Paulo: Saraiva, 2014.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante.** 7ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; MARCHT, Laura Mallmann. **Vicissitudes e Triunfos do Habeas Corpus Coletivo 143.641/SP: Protagonismos e Ativismo Judicial?.** Revista Jurídica Cesumar. janeiro/abril 2019, v. 19, n. 1, p. 197-224. DOI: <10.17765/2176-9184.2019v19n1p197-24>, 2019.