

**UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIA JURÍDICAS**

ANA LUIZA MOREIRA SOUZA

HABEAS CORPUS 143.641 E SUA VISÃO PSICOJURIDICA

TAUBATÉ/SP

2019

ANA LUIZA MOREIRA SOUZA

HABEAS CORPUS 143.641 E SUA VISÃO PSICOJURIDICA

Trabalho de Graduação apresentado para obtenção do
Certificado de Bacharel em Direito do Departamento de
Ciência Jurídicas da Universidade de Taubaté.
Orientador: Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedroso.

TAUBATÉ/SP

2019

ANA LUIZA MOREIRA SOUZA

HABEAS CORPUS 143.641 E SUA VISÃO PSICOJURIDICA

Trabalho de Graduação apresentado para obtenção do
Certificado de Bacharel em Direito do Departamento de
Ciência Jurídicas da Universidade de Taubaté.
Orientador: Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedroso.

Resultado:

Data:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedroso

Prof.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao meu avô materno, que mesmo não estando mais presente de alguma forma esteve ao meu lado durante toda esta jornada e dedico também ao meu filho, que mesmo estando ainda em meu ventre esteve comigo me dando força e amor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus que iluminou o meu caminho durante esta caminhada.

Aos meus pais e minha avó materna, que sempre me motivaram e contribuíram para que fosse possível a conclusão de mais uma realização de um sonho, sem a motivação dos mesmos não teria tido forças.

Ao meu orientador, professor Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedroso, por ter me ajudado nesta tarefa de suma importância para mim, pois sem suas orientações eu não teria conseguido chegar até aqui. É com certeza digno de minha admiração, meu carinho e meu respeito, pois além do vasto conhecimento que possui, foi um grande professor.

A todos os meus amigos, que de alguma forma contribuíram para a realização deste trabalho.

RESUMO

Tal trabalho de conclusão de curso tem por objetivo entender um pouco mais sobre remédio jurídico Habeas Corpus uma vez que o mesmo em fevereiro de 2018 foi concedido a Adriana Ancelmo, ex primeira dama do estado do Rio de Janeiro, para que respondesse pelo seu crime em prisão domiciliar pelos crimes que cometeu, tendo como principal argumento a importância da mãe, ou melhor, da visão materna na criação da criança. Aqui poderemos ver críticas positivas e negativas a respeito do mesmo, e também qual o real sentido da visão materna, além de entender se tal Habeas Corpus concedendo tal liberdade seria realmente bom para a criança, uma vez que talvez a presença da genitora, por ter cometido um ato infracional, acarretasse em uma má formação do caráter da criança, levando assim ela, futuramente, a cometer atos ilícitos também. Poderá ser observado também que por saber dessa tal concessão de liberdade muitas mulheres acabam engravidando somente para poder obtê-la.

Palavras-chave: Habeas Corpus. Habeas Corpus 143.641. Remédio Jurídicos. Visão Materna.

ABSTRACT

This work to finish the course aims to understand a little more about Habeas Corpus legal remedy since the same in February 2018 was granted to Adriana Ancelmo, former first lady of the state of Rio de Janeiro, to respond for her crime in house arrest for the crimes she committed, having as main argument the importance of the mother, or rather, the maternal vision in the child's creation. Here we can see positive and negative critiques about the same, and also the real meaning of the maternal vision, besides understanding if such Habeas Corpus granting such freedom would really be good for the child, since perhaps the presence of the committed an infraction, would result in a misrepresentation of the character of the child, thus leading, in the future, to commit illicit acts as well. It may also be observed that because of this granting of freedom many women end up becoming pregnant only in order to obtain it.

Keywords: Habeas Corpus. Habeas Corpus 143.614. Legal Remedies. Maternal Vision.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 08 |
| 2 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS | 10 |
| 3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO INTERIOR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL . | 12 |
| 4 REMÉDIOS JURÍDICOS | 17 |
| 4.1 Mandado de Segurança | 17 |
| 4.2 Mandado de Injunção | 18 |
| 4.3 Ação Popular | 19 |
| 4.4 Habeas Data | 20 |
| 4.5 Habeas Corpus | 21 |
| 5 HABEAS CORPUS | 22 |
| 6 HABEAS CORPUS COLETIVO nº143.614 | 29 |
| 6.1 Prisão Preventiva X Prisão Domiciliar | 33 |
| 6.2 Impactos Positivos X Negativos | 35 |
| 6.3 Lei 13.769 | 37 |
| 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 40 |
| REFERÊNCIAS | 44 |

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia vem apresentar o crescente número da população carcerária feminina, de forma a atrair atenção especial das autoridades e de órgãos encarregados da prevenção e repreensão ao crime.

Segundo notícia publicada pelo Conselho Nacional de Justiça o número de presas passou de 5.601 em 2000 para 44.721 em 2016, conforme levantamento realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)¹ do Ministério da Justiça. Extrai-se desses dados que o Brasil possui a quinta maior população de detentas do mundo, sendo que cerca de 60% (sessenta por cento) das detidas respondem a crimes ligados ao tráfico de entorpecentes.

Esses números revelam a dramática situação das detentas no sistema prisional brasileiro, o que motivou a impetração de *habeas corpus* coletivo perante o Supremo Tribunal Federal, tendo como pedido a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar em benefício das mulheres gestantes ou mães de crianças de até 12 (doze) anos de idade.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, no julgamento do HC 143.641, realizado no dia 20/02/2018, conceder *habeas corpus* coletivo para determinar a substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas, em todo o território nacional, que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal (CPP).

Para se entender melhor a respeito do *habeas corpus* será falado sobre os remédios jurídicos previstos em nossa Constituição, uma vez que o mesmo será o tema de suma importância nesse trabalho de conclusão de curso, não somente em sua explicação e colocação jurídica, mas sim em como tal *habeas corpus*, neste caso o coletivo, pode influenciar na vida da sociedade por meio de uma visão psicológica sobre a importância de ter no crescimento e na formação do caráter da criança uma visão materna.

O tema abordado nessa monografia foi a conhecimento do público depois de um caso polemico ocorrido com a ex-primeira-dama Adriana Ancelmo, mulher do ex-governador do Rio de Janeiro Sérgio Cabral, ao ser condenada em novembro de 2016 a 18 anos e 3 meses de prisão por crimes de lavagem de dinheiro e participação em organizações criminosas. O STF

¹ Informação extraída do site <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85563-numero-de-mulheres-presas-multiplica-por-oito-em-16-anos>

(Supremo Tribunal Federal) acolheu então o pedido de *habeas corpus* impetrado pelo advogado da parte, o qual pedia que a mesma respondesse em prisão domiciliar pelo fato de ter 2 filhos menores de idade que já estavam sem o pai em casa, pois Sergio Cabral foi condenado a 100 anos prisão.

Tal *habeas corpus* foi relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski e ficou conhecido como HC 143.641/SP o qual diz que todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas (período que ocorre logo após o parto, também denominado de pós-parto, tal período pode ser dividido em três fases, sendo elas o puerpério imediato o qual se estende de 2 a 4 horas após o parto; o puerpério mediato, até 2 a 3 dias após o parto e por fim o puerpério tardio que se classifica como até 6 semanas após o parto)², ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças.

Segundo alguns psicólogos, a visão materna importante para as crianças, não necessariamente tenha que vir da genitora, podendo assim ser substituída pela avó, pela tia, ou qualquer pessoa que vá cuidar e educar essa criança como se filha dela fosse.

Será descrito então os casos específicos em que tal liberdade, ou melhor, tal substituição de pena, poderá ser concedida a essas mulheres que estejam passando pelos momentos acima citados e se essa substituição seria realmente uma boa solução pra ela, mas principalmente para a criança, o principio do melhor interesse do menor.

²Informação extraída do site: <https://bebemamae.com/parto/puerperio-o-que-e-quanto-tempo-dura-e-cuidados>

2 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são oriundos de diversas fontes, como a filosofia e a religião por exemplo. Esses direitos surgiram como uma forma de controlar, ou até mesmo limitar o poder do Estado bem como assegurar uma vida digna a população.

Mais tarde surgiu então o pensamento jus naturalista, onde se defendia que o simples fato do ser humano existir, faz com que ele seja um sujeito que tem direitos naturais e tais direitos são inalienáveis, ou seja, não podem ser vendidos ou cedidos.

O pensamento jus naturalista entende então que os direitos do homem, mesmo sendo poucos, são essenciais, como direito a vida, a sobrevivência, a liberdade, dentre outros. As influências doutrinárias acerca do jus naturalismo foram de suma importância para o reconhecimento dos direitos fundamentais nos processos revolucionários no século XVIII, de modo especial no começo no do século XVI.

Podemos considerar os direitos fundamentais mais antigo do que a idéia do constitucionalismo, como ensina Moraes³.

Os direitos fundamentais nada mais são do que a inclusão dos direitos do homem no ordenamento jurídico dentro do Estado, não bastando somente que os mesmos sejam positivados, tendo também que tenham efetividade, essencialmente necessário.

Tais direitos passaram por diversos estágios de mudanças, ou melhor de evolução, sendo classificados assim em gerações. A que mais nos interessa nesse trabalho de conclusão de curso, foram os direitos oriundos das Revoluções Americanas de 1776 e a Francesa que aconteceu em 1789, os quais abrangem o direito à vida, à liberdade e à propriedade, chamados de direitos de primeira dimensão uma vez que foram os primeiros a serem positivados ou reconhecidos nas primeiras constituições.

Os direitos fundamentais tem como principal objetivo promover a emancipação do homem, combater todas as formas de opressão que o ser humano possa estar sujeito, sendo considerados direitos essenciais ao resguardo e à promoção da dignidade humana.

Segundo a maioria dos doutrinadores citam como sendo características dominantes dos direitos fundamentais a imprescritibilidade, a universalidade, a indivisibilidade, dentre outros.

³“a noção de direitos fundamentais é mais antiga que o surgimento da ideia de constitucionalismo, que tão-somente consagrou a necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito, derivado diretamente da soberana vontade popular”. (2008, p.19)

Tais direitos contam com uma proteção especial em nossa CF, onde foram incluídos no rol das cláusulas pétreas, dispostas no art. 60, §4º, inc IV, impedindo assim que o poder constituinte altere os direitos uma vez ali estabelecidos.

As cláusulas pétreas tem como principal função proteger e preservar os direitos fundamentais, impedindo assim que eles sejam abolidos ou que seja modificados.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO INTERIOR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal traz em seu preâmbulo suas principais funções perante a sociedade brasileira, como a liberdade, onde tal direito por ser um direito inerente a própria natureza humana, e que foi consagrado em nossa Constituição vigente sobre suas diversas formas, segundo José Afonso da Silva quanto mais o processo democrático avançar, mais liberdade o povo terá⁴. A liberdade será a matéria discutida nesse trabalho de conclusão de curso, juntamente com o *Habeas Corpus*, sendo este um remédio jurídico que visa a liberdade de quem cometeu um ato ilícito.

A segurança, esta presente no art. 144 CF, onde se discorre sobre a segurança pública⁵; a igualdade é abordada pela nossa CF tanto na forma de uma igualdade formal quanto uma igualdade material, ao falar que "todos são iguais perante a lei", no caput do seu artigo 5^o⁶, está se tratando da igualdade formal na qual a lei deve ser aplicada a todos indiscriminadamente, a igualdade material encontra-se no art. 3^o da Lei Maior ao preconizar a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como redução das desigualdades sociais e regionais, e também o inciso IV do mesmo artigo que tem como objetivo "promover o bem de todos sem preconceitos, de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". Tendo assim um papel de suma importância, pois assegura ao povo brasileiro de que podem viver em uma sociedade harmônica, com soluções pacíficas.

⁴ “quanto mais o processo de democratização avança, mais o homem se vai libertando dos obstáculos que o constroem, mais liberdade conquista.” (2008, p. 234)

⁵Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I - polícia federal;
- II - polícia rodoviária federal;
- III - polícia ferroviária federal;
- IV - polícias civis;
- V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

⁶Art. 5^o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

- I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;
- II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
- III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;
- IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; e seguintes.

Entre os direitos fundamentais da Constituição Brasileira encontramos também o direito à vida, à educação, à saúde, à moradia, ao trabalho, ao lazer, à assistência aos desamparados, ao transporte, ao voto, dentre outros.

Nossa CF mesmo apresentando um amplo rol sobre os direitos fundamentais, não a uma disposição dos mesmos de uma forma muito organizada.

Também chamada por Carta Magna, pode ser considerado um documento que organiza e constitui o Estado e seus Poderes, sendo esses divididos em três, o poder executivo⁷, o poder legislativo⁸ e por fim o poder judiciário⁹, protege os direitos individuais, sociais, políticos e jurídicos, os quais são chamados de direitos fundamentais, direitos esses quais tem um título exclusivo em nossa constituição só para eles, por norma são baseados nos princípios dos direitos humanos¹⁰, os quais já foram citados anteriormente, dos brasileiros natos, naturalizados e estrangeiros em transito, além de garantir o exercício da cidadania da população.

Tais direitos estão dispostos no primeiro título da nossa Constituição, título este que consiste do art. 1º ao 4º, também verificado em outros textos constitucionais, os quais se caracterizam por uma diversidade muito semelhante, onde se vale de termos diversos ao se referir aos direitos fundamentais. Falando em caráter ilustrativo, posso-me referir as expressões como, Direitos Humanos (art. 4º, II), Liberdades Constitucionais (art. 5º, inc. LXVIII), Direitos e Garantias individuais (art. 5º, Título II, Capítulo I)

Direitos fundamentais são os direitos básicos individuais os quais são previstos na Constituição de uma nação. Por norma, os direitos fundamentais são baseados nos princípios dos direitos humanos, garantindo a liberdade, a vida, a igualdade, a educação, a segurança e etc.¹¹ Os direitos fundamentais surgiram como uma forma de proteção ao homem perante o poder estatal, a partir dos ideais advindos do Iluminismo dos séculos XVII e XVIII, mais particularmente com as concepções das constituições escritas. Tais direitos podem ser

⁷ O Poder Executivo tem como objetivo governar o povo e administrar os interesses públicos, cumprindo as ordenações legais e a Constituição do seu país, seja no âmbito nacional, estadual ou municipal.

⁸ Poder Legislativo é aquele que tem num país a tarefa de legislar, ou seja, fazer as leis. No Brasil, tal poder é composto pela Câmara dos Deputados e Senado Federal.

⁹ O poder judiciário é aquele que é responsável por interpretar e julgar as causas de acordo com a constituição do estado. É formado por magistrados tais como, juizes, desembargadores, promotores de justiça e ministros.

¹⁰ Como assinala Pinto Ferreira (1995, p. 148): Trata-se de uma maneira prática de proteger o indivíduo contra o poder, a pessoa humana contra o abuso da autoridade pública, nessa luta histórica e secular que se trava na sociedade. Na trilogia constitucional da ordem, poder e liberdade, a liberdade enunciada nos direitos é um anteparo do indivíduo contra o poder, em defesa da ordem constitucional."

¹¹ Manoel Gonçalves Ferreira Filho observa que garantias de direitos fundamentais são limitações, vedações impostas pelo poder constituinte aos Poderes Públicos como meios de "reclamar o restabelecimento de direitos fundamentais violados: remédios para os males da prepotência".

conceituados como se os direitos fundamentais pudessem ser considerados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões.

Para se entender um pouco melhor a respeito de tais direitos pode ser apontado dois princípios que servem como base para eles, sendo eles: o Estado de Direito e a Dignidade Humana. O Estado de Direito, o qual se encontra no art.1º, caput, da CF, pode ser entendido como um Estado de poderes limitados, também podendo ser chamado de Estado Absoluto. José Afonso da Silva diz que o conceito clássico do Estado de Direito se separa em três características, sendo elas, a submissão (dos governantes e dos cidadãos) ao império da Lei, a separação de poderes e na garantia dos direitos fundamentais.¹² A Dignidade Humana podemos dizer que se trata de se reconhecer a todos os seres humanos alguns direitos básicos, justamente os fundamentais. Embora não se tratar de uma unanimidade, a doutrina majoritária diz que tais direitos fundamentais “nascem” da dignidade humana. O conceito de dignidade humana é muito aberto, não se admitindo ser único, concreto e específico.

Conforme a estruturação da Constituição do Brasil, os Direitos e Garantias Fundamentais estão subdivididos em três núcleos principais: direitos individuais e coletivos; direitos sociais e da nacionalidade; e direitos políticos. Os direitos fundamentais são interpretados como de caráter nacional, pois estão intrinsecamente relacionados com as garantias fornecidas por determinado Estado aos seus cidadãos.

Em seu corpo vêm regidos os princípios democráticos da nação e assegura que os direitos e deveres sejam cumpridos por sua força máxima. Para nós brasileiros a Constituição Federal de 1988 é um marco de liberdade na história do Brasil, visto que tivemos um longo período ditatorial (1964 a 1985) em que não era possível aos brasileiros tomarem atitudes próprias, sem liberdade de ir e vir. Todas as ações eram minuciosamente inspecionadas pelo braço forte do governo militar, o DOPS (Departamento de Ordem e Política Social).

De modo geral, pode-se dizer que a Constituição é o instrumento pelo qual fica assegurado o direito democrático do cidadão em território por ela regido.

Dentro dessas proteções que trazidas existem 5 ações constitucionais, também chamadas de remédios constitucionais, as quais fazem parte do grupo das garantias constitucionais. As declarações enunciam os principais direitos do homem, enquanto as garantias constitucionais são justamente os instrumentos práticos que asseguram tais direitos enunciados.

¹² José Afonso da Silva prossegue: “A concepção liberal do Estado de Direito servira de apoio aos direitos do homem, convertendo súditos em cidadãos livres”

Comportam as principais características dos direitos fundamentais a sua historicidade, onde tais direitos são criados em um contexto histórico e quando colocados na nossa CF eles se tornam então os direitos fundamentais; sua imprescritibilidade, ou seja, eles não prescrevem, não se perdem com o passar do tempo, sendo assim permanentes; irrenunciabilidade, não podem ser renunciáveis de forma alguma; inviolabilidade, os direitos de outra pessoa não podem ser desrespeitados por nenhuma autoridade ou lei infraconstitucional, sob pena de responsabilidade administrativa, civil ou penal; universabilidade, são dirigidos a todos os seres humanos sem que ocorra restrições, independentemente de seu credo, convicção política, nacionalidade, orientação sexual ou raça; concorrência, ou seja, podem ocorrer vários direitos fundamentais ao mesmo tempo; efetividade, o Poder Público deve atuar para que tais direitos e garantias fundamentais ocorram, usando quando houver necessidade meios coercitivos; interdependência, não pode ocorrer um choque entre os direitos fundamentais, as previsões constitucionais e infraconstitucionais, ou seja, deve ocorrer um bom relacionamento entre elas para assim ocorrer seus objetivos; e por último a complementaridade, onde diz que os direitos fundamentais devem ser interpretados de maneira conjunta, tendo como objetivo a sua realização absoluta.

Pode se dizer que os direitos fundamentais são divididos em 3 (três) gerações, a primeira geração ou primeira dimensão foram inspirados em doutrinas iluministas e jus naturalista que se passavam entre os séculos XVII e XVIII, onde tais direitos seriam à liberdade, liberdades estas religiosas, políticas civis clássicas com direito à vida, à segurança, à propriedade, à igualdade formal perante a lei e as liberdades de expressões coletivas. Foram considerados os primeiros direitos a constarem do instrumento normativo constitucional.

A segunda geração ou segunda dimensão seriam os direitos da igualdade no âmbito a proteção do trabalho contra o desemprego, direito à educação contra o analfabetismo, direito à saúde, à cultura, dentre outros. Tal geração dominou o século XX, com os direitos sociais, coletivos, culturais e econômicos. Podem ser considerados como direitos objetivos, pois conduzem os cidadãos sem condições aos conteúdos dos direitos, através de mecanismos e da intervenção do Estado. Pediam também a igualdade material, através de uma intervenção positiva do Estado, para sua concretização.

Já na terceira geração ou terceira dimensão, que foram desenvolvidos no século XX, temos o Direito a Fraternidade, no qual tem como base o direito a um ambiente equilibrado, uma qualidade de vida saudável, etc. Essa geração foi e ainda é dotada de um alto teor de humanismo e universalidade.

Hoje podemos dizer que temos uma quarta geração, a qual surgiu dentro da última década por conta do grande avanço da tecnologia, são eles então o direito a responsabilidades tais como a promoção e manutenção da paz, à informação, à democracia, direitos difusos, direitos ao pluralismo, dentro outros. Tal geração foi introduzida por conta da globalização política na esfera da normatização jurídica. Está ligado a pesquisa genética, tendo uma necessidade de impor um controle da manutenção do genótipo dos seres, em especial do homem.

Atualmente os direitos fundamentais são compostos da junção das 3 (três) gerações/dimensões, onde são expressas as ideias a liberdade, igualdade e fraternidade.

Os direitos fundamentais são atualmente reconhecidos mundialmente por meios de pactos, tratados, declarações ou qualquer outro meio que tenha um caráter internacional.

Existem uma grande confusão entre os direitos fundamentais e os direitos humanos como se sinônimos fossem, porém o conceito dos mesmos são diferentes.

Podemos dizer que os direitos humanos tem um caráter universal e atemporal, sendo assim válido a todas as pessoas do mundo independentemente da sua nacionalidade, etnia, cultura e etc.

Já os direitos fundamentais são interpretados sendo de caráter nacional, pois estão intrinsecamente relacionados com as garantias fornecidas por um determinado Estado perante seus cidadãos.

Tal confusão ocorre pelo fato dos direitos fundamentais ser majoritariamente inspirado nos direitos humanos.

Simplificando, pode se considerar direitos humanos os direitos do indivíduo num todo, em um âmbito internacional, e os direitos fundamentais se aplicam apenas na esfera da Constituição Federal.

Após ter discorrido sobre os direitos fundamentais, entraremos agora nos remédios jurídicos, que garantem aos indivíduos tais direitos.

Vejamos.

4 REMÉDIOS JURÍDICOS

Remédios jurídicos, ou remédios constitucionais, ou ainda conhecidos como tutelas constitucionais de liberdades são instrumentos previstos em lei, com a finalidade garantirem aos cidadãos os direitos fundamentais já falados anteriormente, quando o Estado deixa de cumprir seu dever, sendo por despreparo, ilegalidade ou abuso de poder. Vale ressaltar que tal terminologia tem uma construção doutrinária e não legal, pois a legislação da a cada remédio um nome específico, como será demonstrado ao decorrer deste capítulo.

Os remédios constitucionais, para que haja uma real aplicação de seus efeitos, devem obedecer a uma simetria em relação à Constituição Federal, ou seja, baseando-se no princípio da supremacia os remédios constitucionais devem proporcionar proteção aos direitos sempre de acordo com o comando maior. Para isso faz-se necessário que tais remédios passem pelo crivo da CF como uma espécie de filtro, no qual a real efetivação do texto esteja abarcado pela simetria. Portanto, a efetivação dos direitos através dos remédios são a exteriorização dos principais direitos e garantias individuais do homem, razão pela qual guardam proteção constitucional, ou seja, cláusulas pétreas.

Os remédios do direito constitucional são os meios colocados à disposição dos indivíduos pela Constituição para a proteção de seus direitos fundamentais. Esses meios são utilizados quando o simples enunciado de direitos fundamentais não é suficiente para assegurar o respeito a eles. Esses remédios, quando visam provocar a atividade jurisdicional do Estado, são denominadas “ações constitucionais”, porque previstas na própria Constituição. Tais remédios podem ser, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, Ação Popular, *Habeas Data* e *Habeas Corpus*, remédio esse assunto dessa monografia.

Verticalizemos.

4.1 Mandado de Segurança

O Mandado de Segurança, também conhecido como ação mandamental, está previsto em nossa Constituição, como um direito fundamental, em seu artigo 5º, LXIX, CF, que assim reza “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder

Público;”, pode o mesmo ser preventivo quando tem pedido com fins de evitar uma ilegalidade, ou pode ser repressivo como ocorre nos casos onde o ato ilegal já foi cometido por uma autoridade pública com o intuito de reprimir a injustiça cometida.

Tal ação foi suprimida na Carta de 1937 e reintroduzida em nosso ordenamento jurídico pelo Texto Constitucional de 1946.

Maria da Sylvia Zanella De Pietro assim conceitua mandado de segurança como uma ação civil de rito sumaríssimo pela qual a pessoa pode provocar o controle jurisdicional quando sofrer lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo, não amparado por *Habeas Corpus* nem *Habeas Data*, em decorrência de ato de autoridade, praticado com ilegalidade ou abuso de poder¹³

Essa ação pode ocorrer no âmbito do direito doméstico e no de segurança coletivo. Ou seja, essa ação constitucional é utilizada para proteger um direito que tenha sido violado ou que esteja sob ameaça por um abuso de poder praticado por uma autoridade pública, tal remédio tem natureza residual, onde por sua vez será sempre aplicado de maneira subsidiária ao *Habeas Corpus* e ao *Habeas Data*.

4.2 Mandado de Injunção

O Mandado de Injunção, Previsto no artigo 5º, inciso LXXI da Constituição: “... LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;”. Além de conter uma lei específica, Lei 13.300/16.¹⁴

As Normas Constitucionais de eficácia limitada são normais cuja aplicabilidade é mediata, indireta e reduzida. Dependem da emissão de uma futura normatividade, onde o legislador, lhe integrando a eficácia mediante a lei, lhes dê a capacidade de executar os interesses visados.

Segundo o ilustre professor Marcelo Novelino, somente na hipótese de recepcionar uma legislação precedente não irão possuir eficácia positiva desde o momento de sua entrada em vigor, mas serão dotadas de eficácia negativa¹⁵.

¹³Di Pietro, Maria Sylvia Zanella / Direito Administrativo. 1999, p. 612.

¹⁴LEI Nº 13.300, DE 23 DE JUNHO DE 2016.

¹⁵Novelino, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Método, 2009, 3ª ed. p. 68.

Tal remédio constitucional destinado a sanar a ausência, total ou parcial, de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Segundo o Supremo Tribunal Federal (STF), uma ação constitucional usada em um caso concreto, individualmente ou coletivamente, com a finalidade de o Poder Judiciário dar ciência ao Poder Legislativo sobre a ausência de norma regulamentadora, o que torna inviável o exercício dos direitos e garantias constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania. Ou seja, tem como natureza jurídica ser uma ação constitucional de caráter civil e de rito sumário. O pressuposto para a ação é não haver regulamentação sobre o direito constitucionalmente garantido. Cabe exclusivamente contra o poder público, pois tem que haver omissão deste em relação a legislar sobre esse direito.

4.3 Ação Popular

A Ação Popular, prevista no inc. LXXIII também do art. 5¹⁶ descreve tal ação popular como instrumento destinado à anulação de atos lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Ou seja, os cidadãos brasileiros podem propor uma ação popular sempre que considerarem que uma ação do poder público foi prejudicial a algum desses itens. O remédio é regulamentado pela Lei 4.717, de 1965.

Segundo doutrinadores como Hely Lopes Meirelles e Alexandre de Moraes, a ação popular visa proteger direitos difusos, coletivos. Por isso, o maior beneficiário de uma ação popular não é a pessoa que a criou, e sim a população em geral.

Para ajuizar tal ação existem alguns requisitos a serem cumpridos, como por exemplo o requisito subjetivo onde somente o cidadão tem legitimidade para a propositura; requisito objetivo, onde se refere à natureza do ato ou da omissão do poder público a ser impugnado, que deve ser, obrigatoriamente, lesivo ao patrimônio público, seja por ilegalidade, imoralidade. De acordo com o que decidiu o STF, a ação popular é destinada “a preservar,

¹⁶“LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;”

em função de seu amplo espectro de atuação jurídico-processual, a intangibilidade do patrimônio público e a integridade da moralidade administrativa.”

A Constituição garante que qualquer cidadão pode ser parte de uma ação popular. Isso inclui todos os eleitores, até mesmo os que possuem 16 ou 17 anos de idade. Além disso, é uma ação gratuita: o reclamante não precisa pagar custas judiciais, a não ser que seja comprovado que agiu de má fé. Também não precisa pagar os chamados honorários de sucumbência – a obrigação da parte vencida do processo em pagar os honorários do advogado da parte vencedora.

O objeto da ação popular por tanto é o combate ao ato ilegal ou imoral e lesivo ao patrimônio público, sem, contudo configurar-se a *ultima ratio*, ou seja, não se exige o esgotamento de todos os meios administrativos e jurídicos de prevenção ou repressão aos atos ilegais ou imorais e lesivos ao patrimônio público para seu ajuizamento.

4.4 Habeas Data

O *habeas data* é uma ação constitucional, de caráter civil, destinado a assegurar que um cidadão tenha acesso a dados e informações pessoais que estejam sob posse do Estado brasileiro, ou de entidades privadas que tenham informações de caráter público. Ou seja, é o direito de saber o que o governo sabe (ou afirma saber) sobre você. Ele também pode ser acionado para corrigir dados pessoais que estejam inexatos.

A Constituição Federal 5º, LXXII, traz em seu corpo possibilidades de impetrar *Habeas Data*, sendo tais possibilidades:

“LXXII - conceder-se-á *habeas data*:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se preferir fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;”

Podemos então dizer que é um conjunto de direitos que garante o controle da identidade informática, implica o reconhecimento do direito de conhecer, do direito de correção, de subtração ou anulação, e de agregação sobre os dados depositados num fichário eletrônico. Esse elenco de faculdades, que derivam do princípio de acesso ao banco de dados, constitui a denominada ‘liberdade informática’ ou direito ao controle dos dados que respeitam

ao próprio indivíduo (biológicos, sanitários, acadêmicos, familiares, sexuais, políticos, sindicais. Vale ressaltar que o direito de impetrar *habeas data* é personalíssimo do titular dos dados, seja ele brasileiro ou estrangeiro, pessoa física ou jurídica. No entanto, uma decisão do ainda Tribunal Federal de Recursos (agora, STJ) admitiu que os herdeiros legítimos do morto ou seu cônjuge poderão pleitear este direito (HD n.001-DF, DJU, 2.5.89, Seção I, p. 6.774).

O *habeas data* surgiu no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição de 1988. Foi inspirado pelas legislações de Portugal, Espanha e Estados Unidos, que desde os anos 1970 passaram a incluir o direito de cidadãos acessarem dados pessoais em bancos de entidades governamentais. Segundo Arnoldo Wald e Rodrigo Fonseca, a inclusão do *habeas data* na Constituição foi motivada por um fator político: o Sistema Nacional de Informações (SNI), banco de dados mantido pelo regime militar (1964-1985), reunia diversas informações sobre os cidadãos brasileiros. O remédio facilitou o acesso aos dados do SNI.

Este remédio conta com uma lei específica, além do seu dispositivo na CF, a Lei 9.507 de 12 de Novembro de 1997 que regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *Habeas Data*.

É garantido a todo cidadão brasileiro o direito a requerer *habeas data*. A ação é gratuita, não são cobradas custas judiciais. Mas o cidadão precisa acionar um advogado.

4.5 *Habeas Corpus*

O *Habeas Corpus* tem como principal objetivo a liberdade, ou seja a garantia de locomoção e o direito de ir e vir.

A liberdade é considerada uns dos bens mais importantes da vida de um indivíduo, seja ela, a de se locomover, a de se expressar, dentre outras tantas formas. Desde muito tempo ocupa um lugar de destaque na escola de valores tutelados pelo Direito, razão essa que de uma forma ou de outra, mereceu desde a muito tempo um tratamento especial no meio jurídico das sociedades declaradas civilizadas.

Com essa informação trazida, passemos a aprofundar referido instrumento.

5 HABEAS CORPUS

Embora muitos doutrinadores reconheçam que o *habeas corpus* surgiu no direito romano clássico, foi somente no direito inglês medieval que sua formulação foi definida, onde o *writ-of-habeas-corporis* consistia em diversas espécies de mandados que eram proferidos pelas cortes inglesas quando se era questionada alguma prisão que para muitos estavam erradas, ou ocorreram de maneira errada, muitas vezes achatadas pelo abuso e pela tirania.

Há vários apontamentos sobre os antecedentes históricos do *habeas corpus* como, por exemplo, que no período clássico romano (27 a.C a 284 d.C) onde qualquer cidadão podia usufruir de uma ação chamada *interdictum de libero homine exhibendo* para reivindicar a liberdade do homem que estivesse preso ilegalmente.

Em 1215 surgiu então a Carta Inglesa, a qual foi de uma grande inovação para a humanidade, pois foi por intermédio dela que a liberdade física do indivíduo passou a ser uma realidade. Por meia de tal carta surgiu então uma nova era, onde consistia na conquista da liberdade.

Hélio Tornaghi afirmou que *o habeas corpus* é, no Direito inglês do qual se origina uma ordem de apresentação pessoal de alguém, um mandado de condução. O juiz quer a presença física de alguma pessoa. Por isso expede uma ordem escrita (*writ*) para que seja apresentado o corpo da pessoa (*habeas corpus*), isto é, seja feita de corpo presente. Essa apresentação pode ter vários fins e, daí, os diversos tipos de *habeas corpus* (*ad deliberandum et recipiendum; ad faciendum; ad testificandum*). Mas a expressão *habeas corpus*, sem mais nada, *habeas corpus* por antonomásia, designa o *habeas corpus ad subjiciendum*, ordem ao carcereiro ou detentor de uma pessoa de apresentá-la, e de indicar o dia e a causa da prisão, a fim de que ela faça (*ad faciendum*), de que se submeta (*ad subjiciendum*) e receba (*ad recipiendum*) o que for julgado correto pelo juiz. Esse foi chamado, por William Blackstone, o mais célebre mandado (*writ*) do Direito inglês e baluarte permanente de nossas liberdades (*the stable balwark ou our libertatis*)¹⁷

A origem mais apontada por varios doutrinados é a *Magna Charta Libertatum*, que por opressão dos barões, foi outorgada pelo Rei João Sem Terra em 19 de junho de 1215, na Inglaterra. Segundo Pinto Ferreira o *Habeas Corpus* veio como uma necessidade de

¹⁷TORNAGHI, Hélio Bastos. Curso de Processo Penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v.2. p. 382-3.

contenção.¹⁸ Porém, antes mesmo da *Magna Charta*, a *common Law* inglesa conhecia várias formas de “ordem”, dentre elas, o *habeas corpus ad subjiciendum*, que ordenava ao detentor a apresentação do preso, com o esclarecimento das razões da prisão, a fim de submetê-lo às determinações da Corte, conforme a fórmula processual acima referida. Todavia, na prática, o instrumento processual não se revestia de grande efetividade, tampouco era invocado contra o poder do rei.

Habeas Corpus vem de uma expressão latina que significa “*toma seu corpo*”, que foi extraída de uma fórmula antiga do âmbito processual inglês utilizada pelos magistrados para que fossem apresentadas aos presos.¹⁹

É visto como o remédio judicial que tem por finalidade evitar ou fazer cessar a violência ou coação à liberdade de locomoção, decorrente de ilegalidade ou abuso de poder.

Tal remédio jurídico foi introduzido em nosso país após a partida de D. João VI para Portugal, quando foi expedido o Decreto de 23 de maio de 1821, referendado pelo Conde dos Arcos, porém não previa de forma expressa este então remédio, mas introduzia certos direitos e garantias, que tinham como visão à tutela do direito à liberdade.

Foi estabelecido um Decreto que, a partir de então, nenhuma pessoa livre no Brasil poderia ser presa sem escrita do Juiz do território a não ser em caso de flagrante delito, quando qualquer do povo poderia prender o delinquente e que nenhum Juiz poderia expedir ordem de prisão sem que houvesse culpa formada, por inquirição de três testemunhas e sem que o fato fosse declarado em lei como delito.

Tal decreto foi implícito na constituição de 1824, o qual proibia as prisões arbitrárias e mais tarde, foi regulamentado pelo Código de Processo Criminal de 24 de novembro de 1832, nos artigos 340 a 355 e estabelecia que qualquer Juiz poderia passar uma ordem de *habeas corpus* de ofício, sempre que no curso do processo chegasse ao seu conhecimento que alguém estivesse detido ou preso.

Com o advento da República, o Decreto de 11 de outubro de 1890 determinava que todo cidadão nacional ou estrangeiro poderia solicitar ordem de *habeas corpus*, sempre que

¹⁸“O *habeas corpus* nasceu historicamente como uma necessidade de contenção do poder e do arbítrio. Os países civilizados adotam-no como regra, pois a ordem do *hábeas corpus* significa, em essência uma limitação às diversas formas de autoritarismo.”

¹⁹“*Praecipimus tibi quod corpus A.B., in custodia vestra detentum, ut dicitur, una cum die et causa captionis et detentionis suae, quocumque nomine idem A.B., censeatur in eadem, habeas coram nobis apud Westminster, ad subjiciendum et recipiendum ea quae curia nostra de eo ordinari contingeret in hac parte.*” (Ordenamos-vos que o corpo de “fulano”, detido, como se diz, em vossa prisão, juntamente com o dia e a causa de sua captura e detenção, seja sob que nome o mesmo “fulano” tenha sido avaliado naquela, o apresenteis perante nós em Westminster, para o fim de ser submetido à apreciação e receber aquelas que ao nosso Juízo competirá ordenar a respeito dele nesta parte.)

ocorresse ou estivesse em vias de se consumir um constrangimento ilegal. Era o aparecimento, entre nós, do *habeas corpus* preventivo.

Foi introduzido então em nosso país no ordenamento jurídico brasileiro, onde tinha a finalidade proteger os cidadãos contra pressão ou até mesmo constrangimentos que fossem ilegais a sua liberdade. Tal direito foi crescendo com a Lei 2033 de 1871, onde ficou então instituído o *Habeas Corpus* preventivo, isto é, uma maneira de evitar a agressão ao direito de locomoção do cidadão.

Um dos maiores lutadores da liberação desse instrumento jurídico foi o baiano e político Rui Barbosa, entendeu que além de amparar somente a questão de locomoção ele também entendia que o uso do “*writ*” poderia amparar todo e qualquer direito individual que transgredisse a arbitrariedade ou ilegalidade²⁰.

Tal instrumento jurídico não foi bem aceito no período militar, em 1964 o AI-5 suspendeu a garantia do mesmo. Acarretou assim na execução de diversas prisões e os atos de tortura eram constantes. Com a suspensão do writ o povo se viu então sem uma garantia referente ao direito da dignidade humana.

A Constituição Federal de 1988 prevê em seu art. 5º, inciso LXVIII que 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.

²⁰Constituiu-se, entanto, Ruy Barbosa, no mais representativo defensor da tendência ampliadora, em cujo apoio escreveu páginas, que sempre se recordam, para amparo da interpretação liberal. Em 1893, em editorial que o Jornal do Brasil publicou aos 15 de agosto, defendendo a pertinência do *habeas corpus* para garantia da livre manifestação do pensamento pela imprensa, sem dependência de censura, como assegurado no art. 72, § 12, da Constituição, à afirmação de cogitar-se, segundo a própria expressão do texto, de uma liberdade, ou de uma das manifestações dela, acrescentava, transcrito o § 22 do mesmo artigo: onde se der violência, onde o indivíduo sofrer ou correr risco próximo de sofrer coação, se essa coação for ilegal, se essa coação produzir-se por excesso de autoridade, por arbítrio dos que a 23 RODRIGUES, Lêda Boechat. História do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. p.77. 25 representam, o *habeas corpus* é irrecusável. Não há, portanto, em face da nossa lei constitucional, base alguma para se circunscrever esse remédio contra os abusos da força às hipóteses de constrangimento à liberdade de locomoção. Os termos constitucionais são amplos: abrangem todas as eventualidades de constrangimento arbitrário aos direitos individuais... Não haverá violência ou coação no ato de vedar a publicação de uma folha? Essa coação, essa violência, não recairão sobre o indivíduo? Não envolverão para ele um sofrimento pessoal? Incontestavelmente. Logo, a inteligência, que banisse desses casos a possibilidade jurídica do *habeas corpus*, seria arbitrária em sua severidade; restringiria, cercearia, mutilaria a plenitude constitucional do remédio estabelecido. E tais licenças não têm o intérprete, o aplicador, o magistrado, em assuntos que tocam à liberdade constitucionalmente definida. Por toda a parte a ação dos tribunais superior, nos países livres, tem-se produzido em direção opostas; alargando as garantias individuais; não, limitando-as... Para assegurar a liberdade pessoal, não basta proteger a de locomoção. O indivíduo não é livre porque pode mudar de situação na superfície da terra, como o animal, e como os corpos inanimados. Há liberdades que são a égide dela. Tal, acima de todas, a liberdade de exprimir e comunicar o pensamento, sob as formas imprescindíveis à vida intelectual, moral e social do homem. Dar-lhe a faculdade mais extensa de deslocar-se, retirando-lhe e de pôr em comunhão as suas idéias com as de seus semelhantes, é infligir-lhe violência mais degradante, a coação mais dolorosa, a ilegalidade mais provocadora, o mais insolente dos abusos de poder. Como denegar o *habeas corpus* aos que padecem assim na liberdade suprema?

O sentido da palavra alguém no *habeas corpus* refere-se tão somente a pessoa física.

Ressalte-se que a Constituição Federal, expressamente, prevê a liberdade de locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa nos termos da lei, nele entrar permanecer ou dele sair com seus bens (CF, art. 5º, XV).

O *habeas corpus* não poderá ser utilizado para a correção inidônea que não implique coação a liberdade de ir, permanecer e vir.

Na defesa da liberdade de locomoção, cabe ao Poder Judiciário considerar ato de constrangimento que não tenha sido apontado em petição inicial. Da mesma forma, pode atuar no tocante à extensão da ordem, deferindo-a aquém ou além do que pleiteado.

Ressalte-se que em nossa Constituição Federal, prevê de maneira bem expressa a liberdade de locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa nos termos da lei, nele entrar permanecer ou dele sair com seus bens.

É uma ação constitucional de caráter penal e de procedimento especial, isenta de custas e que visa evitar ou cessar violência ou ameaça na liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder. Não se trata, portanto de uma espécie de recurso, apesar de regulamentado no capítulo a eles destinado no Código de Processo Penal.

Convém lembrar que, não obstante o esforço teórico despendido por esses autores e o fato de o *habeas corpus* servir às vezes, como sucedâneo de recurso, para atacar pronunciamento judicial, está hoje fora de qualquer dúvida a sua natureza jurídica de ação, ou seja, “atuação do interessado, ou alguém por ele, consistente no pedido de determinada providência, a órgão jurisdicional, contra ou em face de quem viola ou ameaça violar a sua liberdade de locomoção”.

Podemos dizer, ou melhor, descrever sua natureza jurídica como sendo o *habeas corpus* uma ação, ou ainda, uma ação penal popular, que pode ser impetrado por qualquer pessoa, cujo somente é necessário que cumpra com todos os requisitos da ação penal, os quais são a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir, a legitimidade “*ad causam*” (é um atributo jurídico conferido à alguém para que atue no contraditório e discuta determinada situação jurídica litigiosa) e a justa causa. Então, é de suma importância dizer que o *habeas corpus* não é um recurso, embora o Código de Processo Penal o enquadre como de recurso fosse.

O HC tem seu cabimento em situações como ameaça sem justa causa à liberdade de locomoção, prisão por tempo superior estabelecido em lei ou sentença, dentre outras situações.

Tal remédio pode ser preventivo, repressivo, profilático. O preventivo aparece quando há uma ameaça séria e efetiva de violência ou há uma ameaça séria e efetiva de coação à

liberdade de locomoção. Disso, pode-se concluir que, a privação ainda não foi efetivada, mas, dadas as circunstâncias, sua imposição é iminente. O *habeas corpus* repressivo também chamado de *hábeas corpus* liberatório será impetrado em face de coação ilegal ou abuso de poder, já praticados, portanto, a privação à liberdade já está materializada. Nessa hipótese, haverá a expedição de alvará de soltura com vistas ao restabelecimento da situação anterior, qual seja, a de liberdade. Já o *Habeas Corpus* Profilático: Trata-se de modalidade indicada por parcela da doutrina, que o dispõe como modalidade de *Habeas Corpus* tendente a impedir a prática de atos processuais que possam ensejar a decretação de prisão ilegal, com aparência de prisão legal. Apesar da relevância acadêmica, essa modalidade de *Habeas Corpus* é semelhante ao preventivo, por isso acabem não sendo tão falados.

Para o Criminalista Délio Lins e Silva Júnior o *HC* é considerado o remédio jurídico mais democrático que existe quando se tratar de garantias fundamentais. Já Gustavo Binbenojm, Constitucionalista, consegue enxergar restrições para o uso do mesmo, uma vez que usado de forma indiscriminada pode gerar uma sensação de insegurança jurídica.²¹

O artigo 648 do Código de Processo Penal traz em seu corpo casos em que pode ser impetrado tal instrumento, sendo um deles a falta de justa causa para a abertura da ação.

São competentes originários para julgar o Supremo Tribunal Federal (STF), quando o impetrante for o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros, o Procurador Geral da República, os Ministros de Estado, os Comandantes da Aeronáutica, do Exército e da Marinha; os membros dos Tribunais Superiores, do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente, conforme discorre o artigo 102, I, “d”, da CF. O artigo 102, I, “i”, também da CF vem trazendo em seu corpo que o STF também terá competência originária para julgar quando o coautor for o Tribunal Superior ou quando o coautor ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos seus atos estejam diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou que se trate de um crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância.

O *Habeas Corpus* deverá ter seu endereçamento ao Superior Tribunal de Justiça quando paciente for o Governador, Desembargador, membros do Tribunal de Contas do Estado e do Distrito Federal, membros dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas do Município ou membros do Ministério Público da União que oficiem perante os Tribunais, exceto a competência da Justiça Eleitoral. Será também competente originalmente o STJ,

²¹<https://www.conjur.com.br/2018-fev-21/cabimento-hc-coletivo-ainda-divide-opinioes-meio-juridico>

casos em que o coautor for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Aeronáutica, Exército e Marinha, com a mesma exceção da Justiça Eleitoral, todas essas informações são encontradas no art. 105, I, “c”, da nossa CF.

O mesmo remédio jurídico deverá ser endereçado do Tribunal Regional Federal em casos em que a autoridade coautora for Juiz Federal, segundo vem estabelecendo o art. 108, I “d”, CF. Sendo que se autoridade coautora for uma autoridade militar federal e tiver se relacionado com crime cujo o processo seja de competência da Justiça Militar, o remédio constitucional será impetrado então ao Superior Tribunal Militar.

O art. 109, VII, da CF, vem determinando que os juizes federais são competentes para processar e julgar *Habeas Corpus* em material criminal de sua competência, ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outras jurisdições.

Será impetrado no Tribunal Militar Estadual, em casos em que o coator seja qualquer autoridade militar estadual e que se refira a processo da Justiça Militar Estadual. Se ocorrer e não ocorrer tal tribunal, a competência passara então a ser do tribunal de justiça para que ocorra então tal julgamento.

No estado de São Paulo, quando ocorrer constrangimento com relação a prisão civil, a competência será então designada a Seção Civil do Tribunal de Justiça. Nos demais casos, o *writ* será impetrado perante o Juiz de Direito.

O *Hábeas Corpus* pode ser de maneira preventiva ou então liberatória, sendo que o preventivo é considerado aquele que pode ser impetrado quando existe uma violação, uma ameaça no direito de ir e vir de um cidadão. Quando o preventivo for expedido será expedido salvo-conduto, que visa impedir então a prisão a detenção pelos motivos que serão descritos na impetração do remédio. Porém, quando se tratar do liberatório, o mesmo poderá ser impetrado quando tal violação da locomoção do cidadão já ocorreu.

Há dentro deste, algumas peculiaridades como, uma vez impetrado o remédio o tribunal ou o juiz poderá solicitar informações a respeito da coação. Ao ter em suas mãos tais informações, o remédio deverá ser apreciado então em 24 (vinte e quatro) horas. Na primeira instância não há manifestação do MP (Ministério Público) acerca do *writ*, já na segunda instância ocorre tal manifestação, onde tem o prazo de 2 (dois) dias para acontecer.

A petição do *HC* deve conter o nome da pessoa que sofre ou que está ameaçada a sofrer violência ou coação e o de quem exerceu ou exerce a violência, coação ou ameaça; a declaração da espécie de constrangimento, ou, em casos onde ocorra uma simples ameaça de coação; as razões em que são fundadas seu temor; a assinatura do impetrante, ou de quem o

represente, em casos onde o mesmo não saiba ou não possa escrever; e o endereço residencial do mesmo. Assim, como ocorre no mandado de segurança, no *HC* também é possível a concessão de liminar de modo a garantir a eficácia do direito a liberdade do homem.

Cabe lembrar que tal remédio jurídico não cabe em casos em que a prisão seja administrativa, atual ou iminente, dos responsáveis por dinheiro ou valor pertencente à Fazenda Pública.

6 *HABEAS CORPUS* COLETIVO n°143.614

Para adentrar finalmente no tema deste trabalho de conclusão de curso, será falado agora um pouco do crime que levou a ex, primeira dama, Adriana Ancelmo a ser presa e o motivo que fez com que a mesma pedisse essa tal forma de conseguir sua liberdade, que gerou então a concessão do *Habeas Corpus* Coletivo, vale ressaltar que o referido caso não foi o primeiro a ocorrer, porém foi o caso que levou a decisão de então criar o coletivo e que assim o levou a conhecimento da população.

Recentemente a Justiça Federal condenou o ex governador do Rio de Janeiro Sérgio Cabral a mais de 40 anos de prisão por corrupção passiva, lavagem de dinheiro e organização criminosa, tendo mais 11 denunciados estando entre eles sua esposa Adriana Ancelmo por envolvimento no esquema que desviou R\$ 224 milhões do cofre do estado além de associação criminosa e lavagem de dinheiro em um dos processos da operação calicute, um desdobramento da “lava jato” no Rio de Janeiro, sendo condenada por tanto a 18 anos de detenção.

Em fevereiro de 2018, foi concedido então o *Habeas Corpus* Coletivo concedendo a todas as mulheres presas gestantes, lactantes e/ou mães de crianças com até 12 anos de idade, tendo como sua principal finalidade a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, sendo vetadas de tal direito as mulheres que tenham cometido crimes mediante violência ou grave ameaça, contra os próprios filhos.

Como falado anteriormente o *Habeas Corpus* é uma garantia fundamental prevista em nossa Constituição Federal, e em nosso Código de Processo Penal, tendo como principio a proteção do direito de ir e vir da pessoa física.

A decisão, feita pela Segunda Turma, foi gerada por 4 (quatro) ministros que faziam parte do colegiado, sendo eles, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello acompanharam o relator e apresentaram sugestões, acolhidas por Lewandowski. A de Gilmar Mendes, teve como visão a extensão do benefício a mães de portadores de necessidades especiais por tempo indeterminado, e não somente até a idade de 12 anos. Já o ministro Luiz Edson Fachin entrou em contradição com seus colegas ao defender que o magistrado deve analisar cada caso de mulher gestante ou mãe presa preventivamente e verificar se alteração é, de fato, o melhor a ser feito tendo em vista as condições da criança. Segundo o Estatuto da Primeira Infância (Lei 13.257/16), é garantida prisão domiciliar a mulheres grávidas ou com crianças de até 12 anos.

O tema veio a publico quando a ministra Maria Thereza de Assis Moura, do STJ, concedeu *Habeas Corpus* à advogada Adriana Ancelmo, mulher do ex-governador do Rio

de Janeiro Sergio Cabral. De acordo com a decisão, o caso é bastante semelhante ao ocorrido no julgamento do HC 136408, no qual a Primeira Turma do STF concedeu a ordem para uma mulher com filho na faixa dos onze anos de idade, presa em conjunto com o pai das crianças. Ficou entendido que a prisão do pai reforça a imprescindibilidade da mãe para os cuidados dos filhos.

Tal decisão ganhou força uma vez que os ministros tiraram suas justificativas para tal sob o artigo 318 do CPP, onde diz que o juiz poderá substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando a detenta for gestante ou mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos, entre outros casos. Porém tal artigo era exceção, onde com a criação do *HC Coletivo*, o mesmo passou a ser uma regra. Só valerá a exceção os casos em que a genitora praticou crime mediante violência ou grave ameaça contra a vida do seu filho.

O Ministro Lewandowski disse em uma entrevista que o fato da detenta ser reincidente não vai tirar dela o direito de ter sua prisão preventiva substituída pela prisão domiciliar.

Como não há dados exatos, há uma certa dificuldade de se concluir uma análise real de mulheres presas que possuem filhos, porém com uma estimativa pode-se concluir que há 42.355 mulheres presas em nosso território Nacional (segundo dados do Infopen, do Ministério da Justiça); 4.560 é a estimativa de mulheres grávidas ou com filhos de até 12 anos (número que representa dados de 22 Estados) e 622 é a estimativa para mulheres grávidas ou lactantes detentas em nosso país (segundo o CNJ), que serão atingidas por tal decisão.

No plano da Constituição Federal brasileira, o presidente do STF ressaltou que a individualização da pena é uma garantia fundamental do Estado Democrático de Direito, de modo que o nascituro não pode “pagar” criminalmente pelos supostos atos, ainda em apuração, praticados por sua genitora.

Para explicar melhor a questão da individualização da pena temos o Princípio da Intranscendência, também chamado de Princípio da Personalidade ou ainda da Pessoalidade, onde fica bem claro que a pena deve ser imposta somente a quem cometeu um ato ilícito, não podendo assim transcender, ou seja, não pode passar para um terceiro. Tal princípio está previsto no art. 5º, inc. XLV, da CF²². Independentemente de qualquer que venha ser a natureza do ato ilícito praticado, somente o condenado deve pagar por este.

²² “Art. 5º. (...)

XLV – *Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.*”

Para Gustavo Badaró, Professor de Direito Processual Penal na USP, tal *habeas corpus* é de uma importância muito grande para o direito das detentas, porém julga que o STF concedeu assim um *HC* COLETIVO falso, uma vez que não há como se saber se tal “liberdade” será realmente usada de boa fé.

Foi argumentado pelo Ministério Público Federal (MPF) que os filhos de Adriana não ficariam desamparados, uma vez que a família tem condições financeiras para arcar com babás e professores particulares. Os procuradores então justificaram o pedido de prisão pelo suposto risco de que Adriana continue a ocultar bens obtidos com recursos ilícitos.

À causa de pedir da referida ação coletiva, ou seja, o encarceramento de mulheres gestantes, lactantes e de mães com filhos de até 12 (doze) anos de idade ou com deficiência, chegou até a corte suprema, dando eficácia aos direitos humanos e mitigando o caos em que vive o sistema carcerário brasileiro, ao permitir que aguardem o julgamento em prisão domiciliar.

O Ministro Lewandowski, concedeu prisão domiciliar no caso em que uma detenta, mãe de 3 (três) filhos, uma vez que a mesma era reincidente, cumpria pena por tráfico de drogas e já cumpria prisão domiciliar quando cometeu o crime. Houve então uma reclamação apresentada perante o Supremo contra tal decisão onde foi negado a concessão do *HC* porque a mulher era reincidente.

Vale ressaltar que o nosso sistema carcerário brasileiro foi declarado, pelo Supremo Tribunal Federal, um estado de coisas inconstitucionais, uma vez que se encontra em uma violação maciça e sistematizada de direitos fundamentais, necessitando de uma ação conjunta de todos os três poderes, executivo, legislativo e judiciário para superar tal situação.

Os presídios femininos não são exceção, tendo necessidades específicas que os distinguem dos presídios masculinos pelas próprias condições em que as mulheres se encontram na sociedade, como por exemplo a gestação e posteriormente, a maternidade.

É importante lembrar da lei 11.942/2009, que definiu mudanças na Lei de Execução Penal, prevendo o acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, estendendo-se ao recém-nascido, a existência de berçário nas penitenciárias, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los até, no mínimo, 6 (seis) meses de idade, bem como a existência de creche para abrigar crianças maiores. Porém tais benefícios não seriam o suficiente para que a criança tivesse uma boa condição em um momento tão delicado de sua vida.

A Constituição traz em seu art. 227 a questão da prioridade que possui a criança em relação aos demais, uma vez que é dever não somente da família, mais também da sociedade e

do Estado assegurar que a criança, o adolescente e o jovem, com uma absoluta prioridade tenha direito a à vida, à saúde, à uma alimentação, à dignidade, à liberdade, a conviver com familiares e com os demais, dentre outros, além de tira-los de ambiente em que possa ocorrer violência, crueldade, etc.

Como pode se dizer que dentro de uma penitenciara ocorrerá todas esses direitos citados acima, uma vez que nossa administração com relação a casas de detenção não são boas o suficiente para que os mesmos possam acontecer. Todos nós sabemos que recém nascidos merecem um cuidado muito especial uma vez que contam com uma imunidade baixa por estarem ainda no período da criação de seus anticorpos. Não pode se dizer que em casos em que coloquem o recém nascido exposto a tais riscos que está sendo aplicado o melhor interesse do menor.

No dia 26 de abril de 2018 foi realizado pela FGV Direito de São Paulo um evento que tinha como principal objetivo debater o HC Coletivo nº 143.641, o qual foi solicitado pela Defensoria Pública da União (DPU) e pelo Coletivo de Advogados de Direitos Humanos (CADhu) em favor das mulheres detentas as quais estivessem nas situações descritas no próprio HC. No mesmo evento foi apresentada e lançada uma cartilha on-line feita pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC) e a CADhu, onde nela consta a explicação do HC e o passo a passo para que ocorra o seu cumprimento.

Vale lembrar que tal instrumento atinge detentas em que se encontrem em prisão preventiva, ou seja, ainda não tiveram sua condenação decretada e se encontram aguardando julgamento, sendo assim ao terem a decretação de sua condenação ela terá que voltar ao sistema prisional, não se tratando assim de uma absolvição da pena.

Contamos com uma tabela ilustrativa, uma vez que não se pode ser considerado o numero exato, pois a cada dia essa numeração vem crescendo, para que seja analisado a quantidade de detentas que teriam o direito ao *HC Coletivo*, pois não há como se saber se todas se encontram dentro dos requisitos, segue:



6.1 Prisão Preventiva X Prisão Domiciliar

Antes mesmo de adentrar sobre a diferença de tais prisões, será falado um pouco sobre o conceito de prisão e as formas em que ela pode ser encontrada.

A prisão tem como principal objetivo a privação da liberdade de locomoção de um indivíduo, sendo ela determinada por uma ordem escrita da autoridade que a ela compete, ou em caso de flagrante delito, sendo chamada também de pena privativa de liberdade. Para a sociedade pode ser vista como uma forma de “castigar” quem cometeu algum ato ilícito.

Nosso Direito a divide em diferentes espécies, sendo elas: prisão penal – pena, que ocorre após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória; Prisão sem pena (processual) que visa assegurar o bom andamento da investigação e do processo penal tem como objetivo evitar que o réu volte a cometer algum ato infracional; Prisão Civil, neste caso ela não se refere a infração penal, mais sim ao descumprimento de uma obrigação civil, prevista no art. 5º, inc LXVII CF; Prisão Administrativa sendo ela aquela destinada a forçar o devedor a cumprir com sua obrigação; Prisão Disciplinar estando firmada no art. 5º. LXI, 2ª parte da CF.

Dentro das prisões processuais se encontram três formas de prisão, sendo elas a prisão em flagrante, que ocorreu quando o infrator esta cometendo o ato infracional ou ainda acabou de cometê-lo, art. 302, CPP; a prisão temporária sendo esta utilizada na fase

investigação, tendo como objetivo assegurar o sucesso da investigação, e por fim, a prisão preventiva, prisão essa que tem por objetivo restringir a liberdade de locomoção do autor do ato ilícito, em prol de um bem maior. Tal medida de privação de liberdade não viola a garantia constitucional de presunção de inocência, uma vez que para tal a decisão tem que ser devidamente motivada e a mesma for estritamente necessária nos termos dos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal.

Para que haja a decretação de tal prisão preventiva são necessárias provas da materialização de crime e indícios de suficientes de autoria (*Fumus Commissi Delicti*), além de motivos (fundamentos) para a decretação da mesma (*Periculum Libertatis*) sendo eles, garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, assegurar a aplicação da lei penal e assegurar o cumprimento de medida protetiva de urgência. Foi muito usada na fase de investigação da Operação Lava Jato.

Já a prisão domiciliar é considerada, para muitos doutrinadores, mais uma medida protetiva do que uma prisão de fato, sob o benefício do detento aguardar em sua residência, sendo vedado sua saída do imóvel, o trânsito em julgado da ação por qual esta respondendo, podendo ser também uma medida de pena, tendo já ocorrido o trânsito da ação, após o mesmo ter cumprido parcialmente tal pena em estabelecimento prisional. Pode ser decretada em casos em que o detendo tenha mais de 80 (oitenta) anos, em que o mesmo se encontre extremamente debilitado por motivos de doença grave, se sua presença por imprescindível para os cuidados de uma pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou que obtenha alguma deficiência e nos casos de gestante que estejam a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

A prisão domiciliar se encontra prevista no art. 318 e 318-A do CPP, o 318 traz os fatos em que podem ocorrer a substituição da preventiva para a referida citada, já o 318-A traz as hipóteses em que a prisão domiciliar possa ser concedida quando a questão se referir a mulher gestante, também mencionada pelo *Habeas Corpus* citado anteriormente, sendo elas, que a detenta e genitora não tenha cometido crime com violência ou grava ameaça contra a pessoa e também que não tenha cometido crime contra seu genitor ou dependente, tal artigo foi incluído no CPP pela Lei 13.769 de 2018, mencionada no próximo parágrafo.

Na verdade a prisão domiciliar pode ser considerada uma medida cautelar diversa da prisão, para que a tal medida seja imposta há de seguir alguns requisitos como, que haja uma necessidade para a aplicação da lei penal, para que ocorra investigação ou então uma instrução criminal e adequação na medida à gravidade do crime, circunstâncias das condições e dos fatos pessoais do acusado ou indicado, arts. 282, incisos I e II do CPP.

O motivo que levou tal pedido de *Habeas Corpus* perante o juízo foi o fato de Adriana Ancelmo, que se encontrava detida por meio da prisão preventiva, ter 2 (dois) filhos, sendo eles um de 11 (onze) anos e um de 14 (quatorze) anos filhos estes que já se encontravam sem a presença de seu pai, o ex governador do Rio de Janeiro Sérgio Cabral, pois o mesmo foi condenado a mais de 30 anos de prisão pelos crimes já citados anteriormente. O que poderia influenciar negativamente na formação psíquica das crianças por não terem nenhuma das figuras de suma importância presentes em seus dia-a-dia.

Ao ser concedido tal remédio as detentas que se encontrem dentro dos requisitos para que o mesmo seja concedido, pode se dizer que foi olhado não somente para o bem estar da mãe como principalmente para o bem estar da criança que se encontra dentro do ventre, uma vez que há de serem feitos exames de pré-natal, atendimentos na gravidez e no parto, sendo que todos esses fatos importantíssimos são direitos de ambos que não são respeitados nos cárceres brasileiros. Ocorrem que existem detentas sem qualquer atendimento pré-natal e acabam descobrindo serem soro positivas ou até mesmo portadoras de doenças transmissíveis somente na hora do parto.

Nos casos em que as detentas já se encontram lactantes, creio que tal medida possa ser tomada para que o recém nascido possa ter contato com alimentos que sejam essenciais para sua formação e prevenção a sua saúde, a consultas médicas, a um ambiente mais limpo, contatos esses que se o mesmos e encontrar dentro de um estabelecimento prisional ele não terá, pois sabemos que as casas de detenções não estão preparadas para tal situação.

6.2 Impactos Positivos X Negativos

Com relação ao HC Coletivo existem discussões acerca de ser algo bom ou ruim, porém essa discussão deve ser pensada na criança e não somente na sua genitora.

Para os que são a favor do mesmo o principal argumento de defesa é que passar por uma gestação em cárcere privado pode impor riscos à saúde da mãe e da criança, uma vez que o mesmo não conta com uma higiene, pelo menos básica, para que possa ocorrer a gestação tranquila sem o risco de tal prejuízo a saúde, a falta de acompanhamento médico e espaços adequados.

Já para os que são contra, o Ministério Público Federal, não seria possível conceder tal *Habeas Corpus* de uma forma tão ampla, pois entre inúmeros motivos, se destacam o risco de que a criança possa ser usada pelas mães para cometer crimes, ou que a maternidade possa

ser buscada apenas para ter o direito de prisão domiciliar, além do convívio que a criança terá com o crime, onde será falado mais a frente a questão da formação do caráter do menor, ou princípio do espelho, uma vez que quando criança, a sempre um a admiração muito grande pelos seus genitores, causando as vezes com que a criança queira ser exatamente igual a eles.

Há de se falar também na questão da importância de uma figura materna para a criança, porém ao se mencionar a figura materna não podemos nos limitar somente aos pais biológicos, tal figura tem que vir de alguém que tenha compromisso e responsabilidade com a formação de bases fundamentais da psique da criança, uma vez que tais bases acabaram refletindo na vida adulta da criança. Não podemos portanto nos prender ao estigma de que tal papel de suma importância deve ser realizado exclusivamente pelos pais biológicos, devemos compreender que estamos perante uma figura que pode ser representada por qualquer integrante da família do menor, o que em alguns casos acaba sendo o melhor para ele.

Há que se pensar com uma importante visão a questão dos pais na formação do caráter da criança. Existem doutrinados na área da psicologia que falam que só nos primeiro 12 (doze) primeiros meses de vida da criança, a mesma aprende metade, ou seja, 50%, de tudo que irá absorver em toda a sua vida. No segundo período, ou seja no próximo ano, a criança obtém 25% de todo o conhecimento que irá guardar pelo resto da vida.

Podendo assim se dizer que o maior peso para o desenvolvimento da criança estão em seus primeiros anos de vida. A fase do desenvolvimento infantil então se estrutura nas atitudes de como andar, como se sentar e a té mesma a maneira em que a pessoa seguirá a linha de raciocínio para que possa tomar decisões em sua vida futura, por exemplo.

Caráter pode ser definido como as transformações geradas pelos impulsos primitivos. Podendo ser descrito como algo que não se cria por escolha própria, mas sim sendo fruto de uma ação que quando criança era usado para se defender em situações que se encontrava no ambiente em que vivia, ou seja, tem uma séria ligação com o ambiente em que vivia nos seus primeiros anos de vida. Sendo formado assim o “bom caráter” e o “mau caráter”.

Podemos dizer então que após o período de amamentação do menor, não seria interessante tem a presença da mãe que por algum motivo, ilícito foi parar na penitenciária, uma vez que a formação do caráter da criança seria construída por uma pessoa que infringiu a lei. Por mais que a mesma tivesse contado com a criança, após o período de amamentação a criança teria contato direto com outras pessoas que não teriam infringido a lei, pessoas que a ensinassem o que é o certo claro que para que ocorra tal criação de um terceiro teria que se ter um estudo social, para saber se tal pessoa seria apta a ter contato direto e diário com a criança.

É necessário que ocorra um uma atenção muito grande na questão em que mesmo que ocorra o reconhecimento do HC , que seja necessário, assim como em qualquer outra ação coletiva, uma adequada delimitação de grupos que serão favorecidos.

6.3 Lei 13.769

Em 19 de dezembro e 2018, foi analisado pela ITTC o projeto de Lei 13.769 que garantia a prisão domiciliar e novos critérios de progressão de pena para mulheres mães e gestantes.²³

Tal lei tem as mesmas características do HC Coletivo, porém busca também que ocorra uma disciplina no regime de cumprimento da pena privativa de liberdade das mulheres que se encontrem reclusas na mesma situação.

Com a criação da nova lei, não há de se falar nas possibilidade de que ocorra diferentes interpretações para as chamadas de situações excepcionalíssimas, que acabam sendo consideradas como um impedimento ao se tratar de enquadramento das mulheres, mesmo nos casos em que atentam os requisitos objetivos, conforme fica evidenciado em uma pesquisa feita pelo ITTC, acerca da aplicação do Marco Legal da Primeira Infância (É uma lei que busca pavimentar o caminho entre o que a ciência diz sobre as crianças, de seu nascimento até seus 6 anos de vida, e o que deve determinar a formulação e a implementação de políticas publicas para a primeira infância.)²⁴

A nova lei pode ser aplicada em dois momentos, o primeiro momento ocorre nos casos em que a mulher ainda não foi condenada e está respondendo ao processo penal, ou seja nos casos em que já houve a decretação da prisão preventiva; o segundo momento ocorre em casos em que a mulher já se encontra em cumprimento de pena.

Para ter acesso a tal direito há de se atender alguns critérios, nos casos em que a mulher se encontra em prisão preventiva decretada, poderá ocorrer a substituição da prisão preventiva para a domiciliar desde que a mesma não esteja respondendo por crime em que foi usada grave ameaça ou violência contra a pessoa ou que não esteja sendo acusada por crime contra seu filho ou descendente. Já nos casos em que já esta ocorrendo o cumprimento de pena o que poderá ocorrer a progressão de regime após o cumprimento de 1/8 da pena desde

²³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13769.htm acessado em 30 de abril de 2019.

²⁴ <https://www.fmcsv.org.br/pt-BR/impacto/marco-legal/> acessado em 30 de abril de 2019

que o crime não tenha sido mediante grave ameaça ou violência contra e pessoa, não pode ter cometido o crime contra o seu filho ou seu dependente, ser primária e ter bom comportamento carcerário comprovado pelo diretor do estabelecimento e não ter integrado organização criminosa. Conforme tabela abaixo:

| MULHERES GESTANTES OU MÃES DE FILHOS COM DEFICIÊNCIA OU DE ATÉ 12 ANOS... | DIREITO | REQUISITOS |
|---|--|---|
| ...EM PRISÃO PREVENTIVA | Substituição da prisão preventiva para cumprimento em prisão domiciliar | a) não estar sendo acusada por crime com violência ou grave ameaça à pessoa; b) não estar sendo acusada por crime contra seu filho ou dependente. |
| ...EM CUMPRIMENTO DE PENA | Progressão de regime após cumprimento de ½ da pena | a) não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; b) não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente; c) ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento; d) não ter integrado organização criminosa. |

Existem alguns pontos negativos acerca da legislação, como por exemplo com a diminuição da fração de tempo a ser cumprida para que ocorra a progressão do regime impõe assim critérios que além tornar uma aplicação de lei idônea, ocorre que se tornam também desproporcionais.

Ocorre também que 3 (três) dos requisitos apresentados são extremamente prejudiciais, como a comprovação de que a mesma seja ré-primária, a comprovação de que não haja integração com organização criminosa e por último que tenha comprovação do bom comportamento já citado anteriormente.

Com relação ao fato da mulher ser ré-primária, esse critério inexistente até mesmo para pessoas que tenham sido condenadas por crimes hediondos possa ocorrer a progressão do regime. Para o ITTC ficou comprovada que tal previsão é inconstitucional por significar uma dupla condenação por um crime onde já aconteceu a punição, sua pena cumprida. A real

prioridade do Marco Legal da Primeira Infância é justamente impedir que tal punição se estenda até os filhos das detentas.

Já com relação a ter que ocorrer a produção de prova de que a mesma não tem filiação com organização criminosa, não há condição existente na legislação. Sendo assim acaba se tornando discriminatório e desproporcional que ocorra como exigência a gestantes e mães uma vez que não existe um documento que comprove, ateste tal fato.

Por ultimo, mas não menos importante, será comentado o fato da comprovação da mulher ter um bom comportamento no sistema prisional. Deve se considerar o próprio relatório feito pelo Diretor do estabelecimento, o qual já é previsto na Lei de Execução Penal para que ocorra a progressão da pena, pois ao acrescentar esse requisito entendesse que será necessário a confecção de um novo relatório baseado no fato de que a detenta é gestante ou mãe , acarretando assim no aumento que de ocorra a negação.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A decisão de escolher o devido tema como trabalho de graduação ocorreu uma vez que o mesmo tem uma grande importância para nossa sociedade, pois o referido tem a finalidade de resguardar uma das maiores garantias constitucionais de nosso país, que é o direito a liberdade.

Teve como início falando sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais, seu principal objetivo, onde pode ser visto que ele já se encontram presentes na vida do ser humano desde o começo, onde doutrinadores até discutem sobre os mesmos já nascerem com o homem, e foi deixado claro que o mesmo tem como principal finalidade assegurar uma vida digna ao ser humano.

Depois foi falado sobre o nexo de tal direito em nossa constituição, quando surgiu e como surgiu. Vimos que tais direitos contam com um título em nossa CF separado somente para eles, onde em seu capítulo I no art. 5º se encontram previstos.

Passou então a ser falado sobre os remédios constitucionais que asseguram os direitos, sendo explicado cada um deles, tendo em maior destaque o *Habeas Corpus* por ter sido escolhido como o tema, já falado anteriormente.

No capítulo subsequente ao que se tratava somente dos remédios constitucionais que asseguravam os direitos fundamentais, foi falado sobre o instrumento do *Habeas Corpus*, separadamente, por se tratar da base, do conceito, do tema deste trabalho. Foi visto sua evolução, seu objetivo e sua importância perante a sociedade que se sente ameaçada por ter o direito a liberdade retirada pela nossa justiça. Lembrando que tem como conceito a proteção da liberdade de indivíduos que se encontram com a mesma infringida.

Pode ser observado que o referido instrumento não tinha as mesmas eficácias e garantias que o legislador de hoje confere. Antes se pode dizer que o *Habeas Corpus* apenas garantia a liberdade as classes mais altas, na maioria das vezes, ou seja os pobres não tinham direito ao mesmo.

Com o surgimento da doutrina brasileira sobre o *Habeas Corpus*, que teve como sua principal influência a figura de Rui Barbosa, onde era defendido pelo mesmo a amplitude do instrumento não sendo somente para assegurar a liberdade todos, sem distinção de classe social, mais também resguardar as demais garantias constitucionais.

Chegando então no capítulo em que foi falado sobre o HC Coletivo, o qual decretava o direito das mulheres gestantes, lactantes ou com filhos com idade até 12 (doze) idade,

responder pelo ato ilícito que cometeu em prisão domiciliar e não mais em prisão preventiva, desde que a mesma não houvesse cometido o ato contra a vida de seu/sua filho (a). Contamos com uma tabela demonstrando o numero de detentas que se encontram nos casos citados acima em todo território nacional, claro que não sendo uma tabela precisa, sendo apenas uma estimativa.

Foi citado então o caso de Adriana Ancelmo, o qual levou a conhecimento do povo o tal instrumento concedido, foi visto criticas sobre o mesmo, uma vez que não é feito um estudo muito detalhado sobre o processo pelo qual a detenta esta respondendo, nem sobre sua família, ou sobre mais informações que pudessem ser de grande importância para a concessão do instrumento ou não.

Logo foi discorrido também sobre o conceito de prisão e a diferença de prisão preventiva e prisão domiciliar como também os casos em que poderá ocorrer a substituição da preventiva para a domiciliar, casos esses previstos no art. 318 e art. 318-A, o qual foi incluído pela Lei 13.769/2018.

Foi falado também sobre os impactos positivos e negativos que o HC Coletivo pode acarretar na vida não somente da detenta mais principalmente para a vida da criança, uma vez que nosso sistema de saúde dentro das penitenciarias é muito precário, o sistema de higiene também e a criança por ser recém nascida conta com cuidados importantíssimos uma vez que se encontram com a imunidade baixa. Porém temos que lembrar sobre a questão psicológica da criança, pois se sabe que tal direito a prisão domiciliar só vale até que saia a sentença julgando o tempo que a mulher terá que cumprir, como ficará a cabeça dessa criança ao ser tirada de sua mãe.

Por ultimo, foi falado sobre a Lei 13.769 de 2018, que teve como principal objetivo aprimorar o HC, além de estender tal concessão também as mulheres que já tiveram suas penas decretadas, ou seja, já estejam na fase do cumprimento de pena, e trouxe também os requisitos que precisam ser seguidos para que ocorra tal direito, tanto no caso da prisão preventiva como nos casos em que já ocorrem o cumprimento da pena. Onde também contamos com uma tabela informativa com os requisitos a serem cumpridos para que ocorresse do direito a prisão domiciliar.

Dada a importância e responsabilidade que tem o tema do referido trabalho, torna-se necessário dizer que talvez se houvesse um estudo individual dos casos em que seja solicitado o *Habeas Corpus* ou que seja acatado a Lei 13.769 de 2018, fosse mais fácil para os magistrados conceder ou não o direito do mesmo.

Pode-se dizer que se ocorrer uma delimitação de um grupo que possa ser favorecido pelo instrumento, seria mais justo e mais claro, uma vez que se falar que mulheres gestantes, lactantes ou com filhos até 12 (doze) anos fica muito vago, podendo deixar que ocorram casos em que a detenta não queira ter filho e o tenha somente para que possa ter o direito do instrumento concedido e continuar praticando o ato ilícito fora da penitenciária, sem medo de ser pega novamente uma vez que o fato de ser reincidente não a exclui de ter direito ao HC Coletivo.

Tal estudo nos alerta sobre a questão da importância do que realmente seria a visão materna, uma vez que a visão será importante na formação do caráter da criança, visão essa que vimos anteriormente que não necessariamente tem que ser de sua genitora, podendo ser, sem prejuízo algum a criança, a avó, a tia, ou qualquer outra figura que seja responsável e de boa índole, desde que seja uma figura feminina.

Foi questionado a estudantes e a uma professora de psicologia se o caráter da mãe tem uma grande influência na formação do caráter da criança, e a resposta foi unânime onde foi falado que o ambiente em que a criança vive é realmente influenciador.

Sair concedendo *Habeas Corpus* a qualquer mãe, seja ela em qualquer uma das fases previstas, sem que ocorra um estudo a respeito da mesma e de sua família, poderá acarretar em um problema muito grande para a criança, além de devolver a mulher a vida em que ela já vivia e que a levou a detenção.

Se houver uma visita de assistentes sociais e psicólogos na residência em que a criança passará a viver, e principalmente com a mãe ou com quem irá cuidar da criança, teremos uma chance do caráter se formar como um bom caráter e assim impedir que a criança se torne um infrator também. Podendo também ocorrer de ser observado que o ambiente não é propício para que aconteça tal criação, e assim ser indicado que a criança deixe de morar com a genitora, e more com a avó, causando assim o indeferimento do *Habeas Corpus*.

Conclui-se então que o melhor para a criança seria que a mãe tivesse direito ao instrumento até que ela parasse de amamentar, não causando assim nenhum transtorno a mesma. Pois tendo a retirada da mãe após os seus 6 (seis) anos de idade, por exemplo, isso pode acarretar em uma revolta da criança, e uma tristeza muito grande para ambas. E enquanto recém nascido, o transtorno que teria seria muito baixo, pois não temos consciência nesse período.

Tal criança não ficaria desamparada pois teria a criação, por exemplo, feita pela sua avó, ou até mesmo por uma tia e em casos em que não houvesse ninguém da família que

pudesse ficar responsável pelo seu cuidado, a mesma seria levada a um abrigo esperando ser adotada.

Caso ocorresse a segunda opção, ou seja, a adoção, seria muito mais interessante que tal ato ocorresse enquanto a criança ainda se encontra no período de recém nascido, ou até mesmo até o seus 2 (dois anos) de idade, pois não teria uma criação de vínculo que pudesse afetar em seu psicológico.

Posso encerrar tal trabalho dizendo que ao meu ver o *Habeas Corpus* e a Lei foram criadas pensando no bem estar de ambos, porém se estendem muito ao se referir a crianças de até 12 (doze) anos. Como citei acima, creio que até o período de amamentação seria o ideal para que não ocasionasse em uma lesão muito grande tanto a mãe quanto a criança.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Márcio Vítor Meyer. **A Evolução Histórica do *Habeas Corpus* e sua Importância Constitucional e Processual como Forma de Resguardar o Direito de Liberdade**. Disponível em:

<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp041665.pdf>>. Acesso em: 29 nov.2018.

ANJOS, Cynthia Lazaro dos. **Habeas Corpus**. Disponível em:

<<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2862/Habeas-Corpus>> Acesso em: 12 jan. 2019.

APRENDIZ, Juris. **Ação Popular: Conceito, Finalidade, Objeto, Legitimação e**

Competência. Disponível em: <<https://juris-aprendiz.jusbrasil.com.br/artigos/468473092/acao-popular-conceito-finalidade-objeto-legitimacao-e-competencia>>. Acesso em 08 de agosto de 2018.

ARABI, Abhner Youssif Mota. **Mandado de Segurança e Mandado de Injunção**. Lei 12.016/2019 e Lei 13.300/2016. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

BRASIL . Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 08 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997. Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do habeas data. **Diário Oficial da União**. Brasília, 13 nov. 1997.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L9507.htm>. Acesso em: 12 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS nº 143.641. SÃO PAULO. Relator:

Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-ricardo-lewandowski1.pdf>> Acesso em 02 ago. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal comentados por artigos**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

D'AVILA, Maria Clara. **Aprovado Projeto de Lei que Garante Prisão Domiciliar para Mães e Gestantes**. Disponível em: <<http://ittc.org.br/aprovado-lei-13769-prisao-domiciliar/>> Acesso em: 01 maio 2019.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e Diretos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: LTR, 2015.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIREITONET. **Habeas Corpus**. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/resumos/exibir/417/Habeas-corpus>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

FONTELES, Samuel Sales. **Remédios Constitucionais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

FRANCISO, José Carlos; MESSA, Ana Flávia. **Ação Popular**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUIMARÃES, Luiz Carlos Forguieri. **Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015.

MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiago. **Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.

MORAES, Alexandre de. et.al. **Constituição Federal Comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Constitucionais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

POMPEU, Ana. **Supremo concede HC coletivo a todas as presas grávidas e mães de crianças**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-20/supremo-concede-hc-coletivo-presas-gravidas-maes-criancas>> Acesso em: 15 mar. 2019.

SARAIVA, Vade Mecum Tradicional., 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

STF NOTÍCIAS. **2ª Turma concede HC coletivo a gestantes e mães de filhos com até doze anos presas preventivamente**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>>. Acesso em: 01 ago. 2018.

STJ NOTÍCIAS. **Ministro aplica novo entendimento do STF e concede prisão domiciliar a mãe de criança de dois anos**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Ministro-aplica-novo-entendimento-do-STF-e-concede-pris%C3%A3o-domiciliar-a-m%C3%A3e-de-crian%C3%A7a-de-dois-anos> Acesso em: 01 ago. 2018.

TORON, Alberto Zacharias. **Habeas Corpus**. Controle do Devido Processo Legal: Questões Controvertidas e de processamento do writ. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.