

O Habeas Corpus 143.641/SP como abertura de precedente de tutela coletiva e instrumento de efetivação dos direitos fundamentais das mulheres e crianças

Habeas Corpus 143.641 / SP as a precedent for collective protection and an instrument for the realization of the fundamental rights of women and children

Francielle Gonçalves Pereira

Graduanda do curso de Direito (UNIPAM).

E-mail: g_francielle569@hotmail.com

Gabriel Gomes Canêdo Vieira de Magalhães

Professor orientador (UNIPAM).

E-mail: gabrielgcvm@unipam.edu.br

Resumo: O objetivo principal deste trabalho é discutir o *Habeas Corpus* (143.641/SP) como instrumento de efetivação de direitos fundamentais intrínsecos a mulheres e crianças. Para alcançar o resultado desejado, buscaram-se doutrinas acerca do assunto, a própria legislação concomitante com a Constituição Federal de 1998. Exploraram-se autores, filósofos e psicólogos para um melhor resultado. O presente trabalho buscou demonstrar que o surgimento desta tutela coletiva protege não só a gestante, mas também a criança cerceada do seu direito, evitando-se, dessa forma, a violação do princípio da intranscendência da pena e os demais princípios expostos nesse trabalho. Visou-se apresentar uma comparação do cenário precedente em que se encontravam tais indivíduos, sendo este impróprio e insalubre, com o que esta inovação trazida pela 2ª turma do Supremo Tribunal Federal acarretou para o ordenamento jurídico dando a norma jurídica sua maior eficácia.

Palavras-chave: Habeas Corpus. Direitos fundamentais. Tutela coletiva.

Abstract: The main objective of this paper is to discuss Habeas Corpus (143,641 / SP) as an instrument for the realization of fundamental rights intrinsic to women and children. To achieve the desired result, doctrines on the subject were sought, the legislation itself concomitant with the Federal Constitution of 1998. Authors, philosophers and psychologists were explored for a better result. The present work sought to demonstrate that the appearance of this collective custody protects not only the pregnant woman, but also the child surrounded by her right, thus avoiding the violation of the principle of intranscendence of the penalty and the other principles exposed in this work. Its aim was to present a comparison of the preceding scenario in which such individuals were found, this being inappropriate and unhealthy, with what this innovation brought by the 2nd class of the Supreme Court brought to the legal system giving the legal norm its greatest effectiveness.

Keywords: *Habeas Corpus*. Fundamental rights. Collective custody.

1 INTRODUÇÃO

No dia 20 de fevereiro de 2018, a 2ª turma do Supremo Tribunal Federal concedeu um *Habeas Corpus* (143.641/SP) até então inédito: coletivamente, atingiu todas as mulheres grávidas e mães de crianças de até 12 anos de idade ou de filhos com deficiência, que não tenham cometido crimes com grave ameaça ou violência à pessoa e crimes contra seus descendentes e que estavam presas provisoriamente, concedendo a estas o direito de responderem em regime domiciliar.

Em um sentido estrito, a concessão do *Habeas Corpus* coletivo pela segunda turma da Suprema Corte veio com a intenção de cumprir o disposto na Lei n.º 13.257 de 2016, que alterou o artigo 318 do Código de Processo Penal Brasileiro, incluindo seus incisos IV, V e VI, que estabelecem a possibilidade de o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar também quando o agente for gestante, mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos e homens que ostentem a condição de únicos responsáveis pelo cuidado de filhos de até 12 anos de idade incompletos. Porém, quando se visualiza a consistência geral da decisão, percebe-se que sua capacidade ultrapassou apenas o cumprimento da legislação expressa no ordenamento jurídico e, num viés social e de democracia, garantiu direitos constitucionais fundamentais para mulheres e crianças, o que se pode observar com a leitura do artigo 227 da Constituição Federal de 1988.

Destarte, percebe-se a transcendência do tema aqui proposto para uma seara eminentemente social, visto que, assim como dito e exemplificado no voto do ministro relator Ricardo Lewandowski, no *Habeas Corpus* 143.641 de São Paulo, as prisões brasileiras não demonstram condições salubres para efetivação de uma gravidez dotada de saúde e com os cuidados necessários, definidos no Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990. Tais condições insalubres e horrendas foram também levantadas pelos diversos *amicus curiae* (amigos da corte ou colaboradores da corte) envolvidos no HC, que salientaram e lembraram o reconhecimento pelo próprio Supremo Tribunal Federal do Estado de Coisas Inconstitucional em relação às prisões brasileiras.

Além disso, percebe-se que, além da violação do princípio da Proteção Integral à Criança e ao Adolescente que rege o ordenamento pátrio, tem-se uma espécie de vilipêndio ao inciso XLVI da Constituição Federal de 1988, que garante o direito fundamental à individualização da pena. A pena não passará da pessoa do condenado. Porém, observando os casos de prisão preventiva de mães com filhos de até 12 anos de idade, percebe-se essa violação constitucional, visto que a criança sofre com a distância e ausência física de afeto e de cuidados da mãe. Ou seja, concebe-se uma transcendência da pena da mãe para o filho. Os próprios impetrantes do *Habeas Corpus* 143.641/SP trouxeram para seu pedido a violação a este direito fundamental e à vedação das penas cruéis e ao respeito à integridade física e moral das presas em questão.

Nesse mesmo sentido, ponderam Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Correa Junior que

é através da forma de punir que se verifica o avanço moral e espiritual de uma

sociedade, não se admitindo, pois, nos tempos atuais, qualquer castigo que fira a dignidade e a própria condição do Homem, sujeito de direitos fundamental invioláveis. (SHECAIRA, CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 134)

É relevante ressaltar que o condenado, no caso a gestante, não perde, com sua condenação, a sua condição humana. Destaca-se o princípio da humanidade das penas que deriva do sentimento comum aos indivíduos de “boa formação ética”, observando o réu como igual ao que cometeu um crime, não tendo por conta disso negada a sua inerente natureza humana.

Numa outra perspectiva, que vai além da validação de direitos fundamentais e do cumprimento efetivo do Princípio da Proteção Integral à Criança e ao Adolescente, percebe-se a criação de um possível novo precedente que, de forma inédita, promove tutela coletiva por meio de um Habeas Corpus, o que, até então, não se tem previsão legal e não existiam jurisprudências expressas que levavam a nomenclatura de ‘*habeas corpus* coletivo’.

Outrossim, alude-se que, na iminência de validação efetiva de Direitos Fundamentais à maior quantidade de cidadãos, a Suprema Corte Nacional tem, por consequência, que agir em consonância a essa validação, como protetora da Constituição Federal e de seus preceitos. Nesse sentido, conforme afirma Ricardo Lewandowski, no *Habeas Corpus* 143.641 de São Paulo, a tutela coletiva demonstra-se como uma grande aliada na unânime efetividade de direitos, com maior capacidade de alcance igualitário visto que, em observância à jurisprudência brasileira, nota-se que os distintos grupos sociais, atualmente, vêm se digladiando, em defesa de seus direitos e interesses, cada vez mais, com organizações burocráticas estatais e não estatais.

É necessário que se discuta a relevância da tutela coletiva como importante mecanismo de controle social, de efetivação da igualdade e instrumento de maior rapidez, consubstanciando assim o princípio da duração razoável do processo e possibilitando um palpável acesso à justiça. Para Freddie Diddier Jr.

Tutela jurisdicional coletiva é a proteção que se confere a uma situação jurídica coletiva ativa (direitos coletivos lato sensu de um grupo de pessoas) ou a efetivação de situações jurídicas (individuais ou coletivas) em face de uma coletividade (grupo), que seja titular de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres ou estados de sujeição coletivos). (DIDIER JÚNIOR, 2017. p. 34)

É nesse caminho que poderá ser possível, gradativamente, a legitimação de Direitos e garantias fundamentais, como no caso do *Habeas Corpus* 143.641/SP, por meio do qual milhares de mulheres e crianças puderam ter acesso a essa legitimação.

2 METODOLOGIA

A metodologia utilizada no desenvolvimento desta pesquisa teórico-bibliográfica foi o método dedutivo de análise, pois a pesquisa sobreveio num plano geral e abstrato, a fim de que fossem extraídas conclusões em situações particulares.

Nesse sentido, realizou-se a investigação *expost-facto*, pois o interesse em

discorrer sobre o tema veio após julgamento do *Habeas Corpus* de número 143.641 de São Paulo, cuja votação ocorreu em 20 de fevereiro de 2018.

Para uma verdadeira compreensão do que engloba o tema, foram necessárias diferentes etapas. Em uma primeira etapa, objetivamente e de modo explicativo e descritivo, tratou-se dos conceitos que são inerentes a esta pesquisa, o que leva em conta toda uma conjuntura democrática do Estado de Direito. Feito isso, relacionou-se o *Habeas Corpus* com a atuação do STF enquanto garantidor dos direitos fundamentais constitucionais, que, de uns tempos para cá, vêm sendo violados pelas autoridades no cenário jurídico e administrativo brasileiro, quando exemplificado que, na lei (art. 42, da Lei de Execução Penal), os presídios que receberão grávidas e mães (de crianças até 7 anos incompletos) devem, portanto, conter espaço adequado para tal fim, o que não acontece de maneira pragmática.

Com uma abordagem direta, centrada na aplicação do conceito aos fatos que atingem diariamente a prestação jurisdicional do Estado, num segundo momento utilizou-se de grandes e renomadas obras para exteriorização do feitiço de relação entre os temas versados na presente pesquisa. Além da aplicação, foram perquiridos os vínculos entre a abertura de precedente do referido *Habeas Corpus* coletivo e os métodos de interpretação constitucional, que são usados pelo Supremo Tribunal Federal. Além disso, buscou-se estudar as tutelas coletivas e suas aplicações como garantidoras de direitos.

Em uma terceira etapa, foi discutida a tutela coletiva no ordenamento jurídico brasileiro e sua historicidade, discorrendo sobre a sua aplicação ao decorrer do tempo.

Os princípios e direitos consubstanciados no decorrer do *Habeas Corpus* 143.641/SP também foram discutidos à luz de um constitucionalismo contemporâneo.

Os conceitos concebidos por Hannah Arendt são de extrema importância para tal problematização, pois aludem mormente aos direitos humanos, também afetados neste tipo de demanda. Faz-se assim uma comparação entre os conceitos por ela propostos, os direitos que foram deteriorados no sistema prisional do Brasil, no que se refere às presas grávidas ou mães (de filhos de até 12 anos incompletos). A essência da sobrevivência humana se dá por meio de direitos. São estes que possibilitam diversos fatores corriqueiros, que a sociedade em geral não percebe, que estão definidos e assegurados expressamente na lei, como o direito a locomoção, privacidade, liberdade de expressão e diversos outros. Arendt c(1989) concebe que o “direito fundamental de cada indivíduo, antes de qualquer dos direitos enumerados em declarações, é o direito a ter direitos, isto é, o direito de pertencer a uma comunidade disposta e capaz de garantir-lhe qualquer direito” (ARENDDT, 1989 p. 331).

Dessa forma, percorridas todas as etapas sugeridas, restou evidenciada a importância desta tutela coletiva e sua influência direta na vida das gestantes e seus filhos, que são diretamente afetados, tendo assim seus direitos violados.

3 RESULTADOS E DISCUSSÕES

As recentes e reiteradas decisões judiciais dos Tribunais Estaduais e no Superior Tribunal de Justiça, que, contraditoriamente, davam a algumas mulheres, que tinham esse direito, o reconhecimento da substituição da prisão preventiva pela prisão

domiciliar e, em outros casos, determinavam a permanência em prisão preventiva de agentes que ostentavam de iguais condições, fizeram com que se despertasse o interesse pelo tema. Foi, nesse caminho, que o Supremo Tribunal Federal admitiu a concepção de um *Habeas Corpus* (HC) coletivo, concedendo a substituição pela prisão domiciliar para as mulheres que se encaixavam na previsão legal dos incisos IV e V do artigo 318 do Código de Processo Penal Brasileiro, que aludem:

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

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

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

Destarte, é necessário reafirmar a positiva abertura de precedente que concebe este remédio constitucional impetrado pelo coletivo de advogados em Direitos Humanos. Desta forma, vislumbra-se tal HC como um precedente de tutela coletiva por este mecanismo jurídico, que passa a ter a forte necessidade de validação de direitos, no maior alcance de pessoas possível, assim como acontece no mandado de segurança e de injunção coletivos, buscando-se um monumental acesso à justiça, que é direito fundamental. É nesse sentido que se possibilita a interpretação da Constituição para abranger a possibilidade de impetração de *Habeas Corpus* coletivo, pois é consenso dizer que o Poder Constituinte Originário é benevolente quanto à maior efetivação dos direitos que ele próprio criou.

Nesse viés, faz-se uma discussão acerca do papel do Brasil no que tange aos direitos fundamentais e à incorporação de tratados internacionais, que visam não somente a enriquecer o ordenamento jurídico como também trazer regras de direito internacional para que direitos e garantias sejam efetivados e incorporados ao sistema pátrio. Frisam-se as Regras de Bangkok, de cuja criação o Brasil fez parte, porém até o momento elas não foram plasmadas em políticas públicas consistentes no país.

As regras supracitadas propõem olhar diferenciado para as especificidades de gênero no encarceramento feminino, tanto no campo da execução penal, como na priorização de medidas não privativas de liberdade, ou seja, que evitem a entrada de mulheres no sistema carcerário. Cumprir esta regra é dever internacional firmado pelo Brasil. De acordo com as Regras de Bangkok, deve ser priorizada solução judicial que facilite a utilização de alternativas penais ao encarceramento, principalmente para as hipóteses em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado.

Percebe-se que é de extrema importância que se faça também um processo de hermenêutica da Constituição. Para o autor J.J Gomes Canotilho, a Carta Magna é um processo aberto para a interpretação e argumentação de vários participantes, ou seja, há um pluralismo de intérpretes. Para o referido autor, se dessa forma for conduzida, irá se adequar a norma constitucional ao caso concreto, como é o caso dessas gestantes que têm seus direitos restringidos em cárceres sem nenhuma condição de terem uma boa maternidade. É necessário observar a norma em seu sentido amplo, sempre buscando ampliar seus efeitos e nunca restringi-los. Desse modo

para se chegar a uma boa interpretação constitucional, é preciso que se verifique, no interior do sistema, quais são as normas que foram prestigiadas pelo legislador constituinte ao ponto de serem convertidas em princípios regentes dos respectivos sistemas de valoração (CANOTILHO, 1989)

Já o artigo 227 da Constituição Federal de 1988 inaugurou a regra segundo a qual os direitos das crianças e dos adolescentes não deveriam ser apenas assegurados, mas protegidos com foco central no que tange aos direitos individuais e fundamentais. É exposto que

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

Nesse viés, busca-se o cumprimento dos direitos consagrados pela Constituição cidadã, que é regedora de todo o ordenamento jurídico pátrio e representa o supedâneo dos Direitos Fundamentais. Nesse embasamento, leva-se em conta o inciso XLI do artigo 5º da Carta Magna brasileira, que diz que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (BRASIL, 1988). Nesse sentido, a concepção desse precedente e aceitação desse *Habeas Corpus* coletivo traz consigo o cumprimento desse inciso e de diversos outros preceitos constitucionais que visam à efetividade de direitos e a de as normas do dispositivo constitucional sejam cumpridas. Justifica-se, então, a necessidade dessa pesquisa como auxiliadora na busca de efetivação de Direitos Constitucionais. Ou seja, fundamenta-se a admissão dessa nova perspectiva de *Habeas Corpus* à medida que

o Estado Democrático de Direito carrega consigo um caráter transgressor que implica em agregar o feitiço incerto da Democracia ao Direito, impondo um caráter reestruturador à sociedade e, revelando uma contradição fundamental com a juridicidade liberal a partir da reconstrução de seus primados básicos de certeza e segurança jurídicas, para adaptá-los a uma ordenação jurídica voltada para a garantia/implementação do futuro, e não para a conservação do passado. (MORAIS, 1996)

Nesse mesmo sentido, fundamenta-se esta tese na iminência da tutela coletiva como importante mecanismo jurídico de efetivação do acesso à justiça, dos direitos fundamentais e dos princípios norteadores da atuação do Estado, seja ele qual for. Nesse sentido, sabe-se que esses princípios carecem de efetiva aplicação e valência, e num embate do patamar do *Habeas Corpus* 143.641 de São Paulo, o princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, o princípio da individualização da pena e outros ficam acima do direito de punir do Estado. O Estado deve agir como *Custos Vunerabilis* na proteção dos desfavorecidos, visto que

[...] uma síntese dos princípios que passaram a nortear os Estados, como exigências da democracia, permite-nos indicar três pontos fundamentais: a supremacia da vontade popular, que colocou o problema da participação popular no governo, suscitando aceras controvérsias e dando margem às mais variadas experiências, tanto no tocante à representatividade, quanto à extensão do direito de sufrágio e aos sistemas eleitorais e partidários. A preservação da liberdade, entendida, sobretudo como o poder de fazer tudo o que não incomodasse o próximo e como o poder de dispor de sua pessoa e de seus bens, sem qualquer interferência do Estado. A igualdade de direitos, entendida como a proibição de distinções no gozo de direitos, sobretudo por motivos econômicos ou de discriminação entre classes sociais. (DALARI, 2010).

Sob tal enfoque, a historicidade da tutela coletiva e o gradativo aumento de sua aplicação mostram-se um meio apto a contribuir para a perpetuação de direitos fundamentais de forma ampla e mais eficaz, a fim de que este mecanismo crie raízes profundas no ordenamento jurídico da nação, em suas mais diversas formas, agindo como garantidora de direitos.

Os direitos são consagrados aos cidadãos e, muitas vezes, são violados de maneira que atingem uma quantidade maior de pessoas. E é coeso aludir que, se os indivíduos que sofreram o dano entrarem com suas ações separadamente, por mais que o dano seja igualmente distribuído (como no caso do HC aqui estudado), cada processo legal deverá ter a sua sequência, obedecendo aos procedimentos processuais e, por fim, ao seu trânsito em julgado. À medida que este assunto passa a ser tratado pela tutela coletiva, cumpre-se o preposto da Constituição, no que tange ao acesso à justiça e à duração razoável do processo. Também se age em consonância com o artigo 25 do Pacto de San José da Costa Rica, aludindo que

toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

Tal dispositivo é de suma importância normativa, pois seu alcance é mundial, baseando-se na ideia de que o ser humano tem direito à liberdade, isento do temor e com condições para gozar de seus direitos de forma ampla e efetiva. Nesta linha de raciocínio, vislumbra-se que não é suficiente que haja normas, tratados, princípios que tragam em seu conteúdo garantias e direitos. É necessário que estes sejam postos em prática, que o Estado atue ativamente na efetivação de direitos já consubstanciados.

4 CONCLUSÕES

É consenso dizer que, através de tal panorama jurídico, busca-se a efetivação de direitos fundamentais que ultrapassam a seara individual, que devem ser incorporados como direitos coletivos para perpetuação e mais rápida atuação da democracia e dos direitos inerentes a esses indivíduos. Os autores Sarmento, Borges e Gomes (2015, p. 6)

fazem uma importante colocação acerca do instituto do HC coletivo:

Assim como ocorre com os demais direitos individuais, a violação à liberdade de ir e vir pode ultrapassar a esfera isolada do indivíduo, pois as lesões e ameaças a esse direito podem alcançar um amplo contingente de pessoas. É o que acontece, por exemplo, quando o Estado impõe indevidas restrições coletivas à liberdade de presos encarcerados em determinado estabelecimento prisional, ou quando ameaça de prisão todas as pessoas que queiram participar de uma manifestação pública de protesto contra o governo. Em tais hipóteses, o ato ilegal de constrangimento à liberdade de ir e vir dos indivíduos adquire uma dimensão coletiva, não sendo razoável exigir que cada pessoa potencialmente atingida tenha de figurar como paciente em um habeas corpus específico.

O *Habeas Corpus* como garantidor de um direito fundamental, o de ir e vir, não deve atuar somente no âmbito individual, pois, quando potencializado para se alastrar a diversos indivíduos, a sua essência de garantidor e protetor é cada vez mais perpetuada. O intérprete da Constituição deve buscar não apenas seu sentido estrito, mas também valer-se de uma interpretação extensiva, buscando ampliar o sentido da norma e aplicando o princípio da proteção ao núcleo essencial ao direito fundamental.

Não se pode afastar o entendimento de que a mulher, nos contextos sociais, desde os primórdios, é menosprezada no que tange a direitos. A Magna Carta de 1998 afirma que todo o indivíduo tem iguais direitos, mas nota-se ainda uma supressão em relação ao sexo feminino. A mulher, como mãe, tem seus direitos suprimidos e esquecidos, o que no atual universo contemporâneo é inadmissível. Não se trata aqui de impunidade, todos devem arcar com as consequências de seus atos, mas é necessário que seja feita uma ponderação de valores, sempre se alicerçando na dignidade da pessoa humana e buscando uma efetiva equidade.

Fazendo uma correlação com levantamentos feitos por Infopen Mulheres (2014, p. 20), levando em consideração a origem, o histórico de vida e a vulnerabilidade diante da sociedade das mulheres encarceradas no Brasil, obteve-se que o perfil prevalente das encarceradas é o de mulheres com baixa escolaridade e negras. Os dados coletados chamam atenção, pois 63% das mulheres condenadas possuem penas de até oito anos, mesmo em casos de crimes menos graves, sendo que 30% estão presas sem condenação, 44% estão em regime fechado, 22% em regime semiaberto e 2% em regime aberto (INFOPEN MULHERES, 2014).

Percebe-se que o Brasil detém grandes problemas sociais, como políticos e institucionais, em que uma classe preconizada é atingida de forma desigual. De acordo com o Min. Relator Ricardo Lewandowski, no Brasil há uma “cultura do encarceramento”, evidenciada pela não razoável e exagerada imposição de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em razão de excessos na interpretação e aplicação da lei penal, tal como processual penal, mesmo diante de outras soluções, de caráter humanitário, abrigadas no ordenamento jurídico vigente.

O cárcere feminino é um problema que não vem sendo discutido de forma continua no Brasil. Esse estabelecimento não está apto a atender a mulher, e isso se reduz ainda mais quando se fala de mulheres gestantes ou mulheres que já são mães. Em um contexto histórico, é importante destacar que, até o século XIX, os registros a

respeito da população carcerária feminina no Brasil eram uma lacuna sombria, não há registros fixos e concretos a respeito. Quando algum crime era cometido por mulher, por falta de lugares apropriados, estas eram colocadas nos cárceres masculinos, “quando essas mulheres eram pegas cometendo tais crimes elas ficaram em celas improvisadas em presídios masculinos ou delegacias, pois o Estado não se dispunha a ter gastos com construções para reter essas mulheres infratoras” (SANTOS; SANTOS).

Percebeu-se, portanto, a necessidade da criação de presídios femininos, não pelo aumento da criminalidade, mas para distanciar as mulheres dos homens em cárceres, onde o nível de violência aumentava de forma contínua. Em 1988, o Brasil avançou muito quanto aos direitos humanos da mulher e ao reconhecimento de sua plena cidadania e capacidade, porém ainda se nota uma sociedade marcadamente com traços masculinos. “Pode-se perceber o quanto o Direito é masculinizado através da ausência de intervenção jurídica e estatal em setores marcadamente femininos no sentido de proteger ou garantir direitos às mulheres” (CUNHA, 2014, p. 155).

É imprescindível uma maior preocupação do Poder Público com esta classe. Além de diminuir violações a direitos, as prisões precisam levar em consideração a condição especial em que se encontra a mulher, e, mais do que isso, ter mecanismos para garantir sua efetividade. Segundo o STF, no HC nº 143.641-SP

O alcance da atenção pré-natal, que já rendeu ao Brasil uma condenação pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (caso Alyne da Silva Pimentel versus Brasil), atinge, no sistema prisional, níveis dramáticos, ferindo direitos não só da mulher, mas também de seus dependentes, ademais de impactar o quadro geral de saúde pública, bem como infringir o direito à proteção integral da criança e o preceito que lhe confere prioridade absoluta.

Quando se trata do direito fundamental das mães encarceradas preventivamente, há uma colisão com o princípio do devido processo legal, disposto no artigo 5º inciso LIV da Constituição federal, que diz:

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

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

A Declaração Universal dos Direitos humanos também consagra que o devido processo legal é uma garantia de liberdade, um direito fundamental, que não pode ser suprimido, de acordo com o Artigo 8º: “todo o homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”.

A criança e o adolescente, como indivíduos em desenvolvimento, são dotados de proteção integral e devem ter prioridades no ordenamento jurídico, sendo dever

não somente da família, mas também do poder público resguardar tais direitos, como destaca Cury:

Deve-se entender a proteção integral como o conjunto de direitos que são próprios apenas dos cidadãos imaturos; estes direitos, diferentemente daqueles fundamentais reconhecidos a todos os cidadãos, concretizam-se em pretensões nem tanto em relação a um comportamento negativo (abster-se da violação daqueles direitos) quanto a um comportamento positivo por parte da autoridade pública e dos outros cidadãos, de regra dos adultos encarregados de assegurar esta proteção especial. Em força da proteção integral, crianças e adolescentes têm o direito de que os adultos façam coisas em favor deles (CURY, 2008, p. 36).

O vínculo materno é um dos primeiros contatos que a criança em formação tem com o mundo. Quando se distancia drasticamente um filho de perto de sua mãe, isso pode causar danos psicológicos irreversíveis. A criança não tem condições de subsistência caso não seja devidamente cuidada. Além dos cuidados básicos como moradia, alimentação, segurança, também necessita de amor, carinho e laços afetivos.

O autor Bowlby (1960, p.11) preleciona que “considera-se essencial para a saúde mental do recém-nascido e da criança de pouca idade, o calor, a intimidade e a relação constante com a mãe (ou quem, em caráter permanente, a substitua)”. A angústia da privação do vínculo materno pode atingir a formação da saúde mental da criança, podendo comprometer a afetividade e os posteriores relacionamentos desta. O autor refere que a consequência dessa privação “pode desencadear comportamentos agressivos e delinquentes”.

Nesta linha de raciocínio, as Regras de Bangkok são enfáticas ao afirmar que as crianças que estão com suas mães dentro da penitenciária deverão ter acompanhamento médico, e seu desenvolvimento deverá ser supervisionado, bem como o ambiente oferecido para a sua educação deveria ser o mais próximo possível àquele das crianças que estão fora da prisão (CONSELHO NACIONAL DA JUSTIÇA).

Conclui-se que não só a mãe, quando presa preventivamente, tem seus direitos restringidos, mas também os seus filhos, pois essa situação recai diretamente sobre estes. Devemos reconhecer que, no Brasil, mesmo que haja legislação benéfica em relação à mulher, conferindo uma prisão adequada para permanecerem com seus filhos, ou prisão domiciliar, a realidade fática é diferente. É necessário, portanto, voltar-se para a situação vivida tanto pelas mães quanto pelos filhos, não se conformando em apenas analisar de forma ampla essa situação sem adentrar no real cenário que o Brasil enfrenta hoje com o cárcere feminino.

É crucial afastar a ideia de encarceramento em massa, adotando o HC coletivo no ordenamento jurídico, efetivando, assim, ações humanitárias. Não se trata de excluir a punibilidade dos crimes praticados, mas de se observar as condições sociais, econômicas, culturais e estruturais em que tais indivíduos vivem. Não é suficiente encarcerar alguém que cometeu uma infração, com a intenção de puni-lo, transcendendo essa pena há um vulnerável que nosso ordenamento pátrio protege, que são as crianças, que poderão ter tendência ao mundo do crime pelos danos sofridos.

A impetração coletiva do *habeas corpus* vem encontrando cada vez mais voz na

doutrina pátria. Sarmento, Borges e Gomes, em parecer elaborado em nome da Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ, observam que

O instrumento do *habeas corpus* deve ter amplitude correspondente as situações de ofensa ou de ameaça a liberdade de ir e vir sobre as quais pretende incidir. Se a ofensa a liberdade for meramente individual, a impetração de *habeas corpus* individual será suficiente. No entanto, para ofensas aos direitos de locomoção que apresentarem perfil coletivo, o ajuizamento de *habeas corpus* coletivo é a providência que mais realiza o direito à efetiva tutela jurisdicional. (SARMENTO; BORGES; GOMES, 2015, p. 21)

A sociedade de massa requer um instrumental adequado aos seus anseios e necessidades, devendo-se repensar diversos institutos processuais, na ambição de estimular um novo processo coletivo, com regras próprias e adequadas. Nas palavras de Cappelletti (1998), “os direitos e os deveres não se apresentam mais, como nos Códigos tradicionais, de inspiração individualística-liberal, como direitos e deveres essencialmente individuais, mas metaindividuais e coletivos.”

O *Habeas Corpus* 143.641/SP vem como o motor da promoção destes direitos fundamentais e como garantidor da tutela jurídica, assegurando coletivamente o direito a essas mulheres e seus filhos.

Finda-se, portanto, que não é justo restringir os direitos de uma criança em detrimento de uma culpa não confirmada de sua genitora em algum crime, pois, se a mãe está presa de maneira preventiva, sabe-se que a morosidade da justiça pode levá-la a permanecer nesta condição durante anos, o que tornaria ainda mais perpétuas as consequências da distância para com o filho. Ou seja, uma infância que deveria ser dotada dos cuidados, passa a ser uma infância sombria e solitária na ausência da figura materna, ainda mais que existe a possibilidade de que, após o devido processo legal, a mãe seja declarada inocente da prática dos atos ilícitos de que, até então, era suspeita.

Nesse viés, sabe-se que nenhuma indenização seria capaz de sanar os vícios presentes em uma infância anormal e abalada por tais consequências. Almeja-se que a impetração do *habeas corpus* coletivo 143.641 sirva de estímulo para que o legislador use desse instrumento e inove nesse mesmo sentido para a efetiva proteção de direitos da sociedade de massa.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Vírgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. 10. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília,

DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. Lei Federal n. 8069, de 13 de julho de 1990. **ECA: Estatuto da Criança e do Adolescente.**

BRASIL. Supremo Federal Tribunal. **Habeas Corpus 143641 São Paulo.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=143641&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 22 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 143.641 São Paulo.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2018

BRASIL. **Lei nº 13.257**, de 8 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso em: 22 fev. 2018.

BOWLBY, John. **Crianças carentiadas.** São Paulo: Inst. de Psicologia / PUCSP, 1960.

BOWLBY, John. **Cuidados maternos e saúde mental.** 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 4. ed. Coimbra: Almedina, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Trad. Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CÓDIGO de processo penal. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Jovem, negra e mãe solteira: a dramática situação de quem dá a luz na prisão.** 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/jovem-negra-e-mae-solteira-a-dramatica-situacao-de-quem-da-luz-na-prisao/>. Acesso em: 22 fev. 2018.

CONVENÇÃO americana de direitos humanos (1969): pacto de San José da Costa Rica. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 15 jan. 2018.

CUNHA, Bárbara Madruga. Violência contra a mulher, direito e patriarcado: perspectivas de combate à violência de gênero. *In: JORNADA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA DE DIREITO DA UFPR*, 16 2014. Disponível em: <<http://www.direito.ufpr.br/portal/wp-content/uploads/2014/12/ArtigoB%C3%A1rbara-Cunha-classificado>. Acesso em: 15 jan. 2018.

CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de; MARÇURA, Jurandir Norberto. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: processo coletivo** 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 32

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. São Paulo: Juspodivm, 2018. 468 p.

INFOPEN Mulheres 2014. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2016.

JUNQUEIRA, Gustavo Ocataviano Diniz. **Legislação Penal Especial**. 3. ed. v. 1. São Paulo: Premier Máxima, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. 1504 p.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E DA SEGURANÇA NACIONAL. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. **INFOPEN mulheres**. Brasília, 2014. 42 p.

MORAIS, José Luís Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. 587p.

RUDNICK, Dani. Prisão, direito penal e respeito aos direitos humanos. *In: José Vicente Tavares dos Santos (org.). Violência em Tempo de Globalização*. São Paulo: Hucitec, 1999.

SANTOS, Jahyra Helena P.; SANTOS, Ivanna Pequena dos. **Prisão: um aporte sobre a origem do encerramento feminino no Brasil**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c76fe1d8e0846243>. Acesso em: 25

nov. 2016.

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

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Teoria da pena:** finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 1124 p.