

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Vinícius Adami Casal

**SOBRE O INSTITUTO DO *HABEAS CORPUS*: ANÁLISE DO INSTRUMENTO
E DO SEU CABIMENTO COLETIVO À LUZ DO VOTO DO RELATOR MIN.
RICARDO LEWANDOWSKI NO HC 143.641/STF**

Porto Alegre

2018

VINÍCIUS ADAMI CASAL

**SOBRE O INSTITUTO DO *HABEAS CORPUS*: ANÁLISE DO INSTRUMENTO
E DO SEU CABIMENTO COLETIVO À LUZ DO VOTO DO RELATOR MIN.
RICARDO LEWANDOWSKI NO HC 143.641/STF**

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade

Porto Alegre

2018

**SOBRE O INSTITUTO DO *HABEAS CORPUS*: ANÁLISE DO INSTRUMENTO
E DO SEU CABIMENTO COLETIVO À LUZ DO VOTO DO RELATOR MIN.
RICARDO LEWANDOWSKI NO HC 143.641/STF**

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade

Prof. Dr. Ângelo Roberto Ilha da Silva

Prof. Dr. Marcus Vinícius Aguiar Macedo

Àqueles que confiaram nas minhas inquietudes, apoiaram minhas decisões e continuaram ao meu lado em momentos tormentosos. Uma vida inteira de agradecimentos seria insuficiente.

AGRADECIMENTOS

Agradecimentos são deveras perigosos. O esquecimento de alguma(s) pessoa(s) por vezes é fatal e de difícil reparação. É exatamente por isso que o presente trecho não será tão curto e eu, do fundo do meu coração, fico feliz por assim o sê-lo. Desse modo, comecemos.

Primeiramente, agradeço à minha família como um todo, mas 05 (cinco) pessoas especiais merecem destaque: meus avós maternos, minha dinda e meus pais. Sem vocês nada teria sido possível, vocês sabem. Talvez o presente trabalho não seja entendido pela linguagem e seus costumeiros rebuscados termos jurídicos (coisas do direito que não pactuamos tanto assim), mas saibam que cada linha foi escrita por causa de vocês. Sim, vocês escreveram ele comigo, jamais o fiz sozinho. Explicarei o porquê disso.

Com minha avó materna, Ylse Catharina Adami, tive a oportunidade, enquanto ela habitava esse plano, de aprender que a simplicidade é um dom que deve ser cultivado e cada vez mais agraciado. Com meu avô materno, Antônio Mário Adami, entendi que as coisas são conquistadas com trabalho e esforço, mesmo em condições deveras adversas. Com minha dinda, Stela Maris Adami, professora de história, recebi conhecimentos de mundo que nenhuma sala de aula na vida me proporcionou, além de entender que existe tempo para tudo, até para nós mesmos. Com meu pai, Antoninho Casal, fui ensinado a acreditar em mim mesmo, por mais que isso seja difícil até o dia de hoje. E, por fim, com minha mãe, Denise Adami Casal, aprendi que tudo que se faz com amor é mais bem feito e prazeroso. Somados esses aprendizados, eu apenas os transferi para o presente trabalho de conclusão: o escrevi com simplicidade, sempre tentando me fazer entender com a linguagem mais simples que fui capaz, o fiz com esforço e vontade sem desistir dele em nenhum momento sequer, agreguei conhecimentos no bojo dessa obra que transcendem o direito e enxergam o mundo como ele realmente é e se apresenta, confiei, a cada linha, cada parágrafo escrito mais em mim e, por último, o fiz com amor. Por tudo isso devo esse trabalho, além da vida que tenho hoje, a vocês. Muito obrigado!

No entanto, seria mentira se dissesse que apenas minha família me ajudou durante essa minha passagem de praticamente 7 (sete) anos em Porto Alegre. Assim o sendo, agradeço especialmente meu amigo e irmão Lucas Tomé por todos os momentos que passamos juntos desde o ensino fundamental até a Faculdade de Direito. Jamais esquecerei

das andanças de dois “guris do interior” pela capital enfrentando o mundo real que por vezes é limitador para os sonhos. Não foi nosso caso e jamais o será.

Impossível é, neste momento, esquecer de todos os meus irmãos que compõem o Esporte Clube Galáticos de Caxias do Sul-RS. Parece que foi ontem que estávamos na natação e eu propus a criação de um time para nos descontrairmos e brincarmos. Hoje, ano de 2018, já faz 12 anos do longínquo 2006 e ainda estamos juntos. Que alegria é a minha por dividir minha existência com vocês!

Além disso, importantíssimo e marcante também é o agradecimento aos meus “irmãos da capital”. Desde o primeiro dia de Faculdade de Direito me senti acolhido por uma série de pessoas, mas cito aqui algumas que me acompanham desde, literalmente, o primeiro dia: Alexandre Cardoso Pereira, Bruno Heitor Portella Mendes, Daniel Tóppor de Araújo, Lucas de Oliveira Terres e Paulo César Alves da Silva. Talvez vocês não tenham a real dimensão, mas sou eternamente grato por me deixarem compartilhar essa jornada do seu lado. Cada um de vocês me influenciou fortemente a ver o mundo a partir de perspectivas diferentes da minha, a de um privilegiado garoto de classe média, branco e heterossexual do interior do estado. Por isso serei eternamente grato.

Ademais, a essa altura, oportuno é o agradecimento aos meus irmãos do Atlético Constituinte (aqui incluídos os “simpatizantes” e não apenas os “jogadores”), time que acabei por adentrar durante a faculdade. Sem vocês o curso teria sido muito mais monótono e chato. Simplesmente obrigado.

Por fim, a todos que de alguma forma colaboraram com minha formação, desde professores, servidores, funcionários terceirizados, auxiliares e demais pessoas que fazem o cotidiano de uma faculdade pública funcionar. Vocês possibilitam, diariamente, um país melhor, mais crítico e mais democrático. O meu mais sincero obrigado por vocês desempenharem o papel que cumprem.

*Todos os poetas escrevem poesias ruins. Os
maus poetas as publicam, os bons poetas as
queimam.*

Umberto Eco

RESUMO

O presente trabalho intenta estudar o instituto do *habeas corpus* e o seu cabimento coletivo no direito pátrio. Para isso, primeiramente se busca a conceituação do instituto, a apresentação de sua natureza jurídica e o desenlace histórico desse com o passar dos anos, além de apresentar e diferenciar as espécies de *habeas corpus* existentes. Ato contínuo, se adentra no tema principal deste trabalho: a possibilidade de manejo dessa ação de forma coletiva. Essa pesquisa procurará responder ao problema com base em análise feita do voto do relator, ministro Ricardo Lewandowski, no bojo do *habeas corpus* 143.641, recentemente julgado, o qual foi o primeiro *habeas corpus* coletivo da história recente do Supremo Tribunal Federal a ser conhecido e provido. Por fim, pretende-se concluir pela possibilidade do manejo dessa ação em sua forma coletiva, haja vista ser mecanismo que garante o acesso à justiça e possibilita que o direito seja realmente mecanismo eficaz de promoção da justiça.

Palavras- Chave: Direito Processual Penal. Habeas Corpus. Coletivo. Cabimento. HC. 143.641. Acesso à Justiça.

ABSTRACT

This undergraduate thesis intends to study the institute of the *habeas corpus* and your collective handling in Brazil. For that, first we demand the conceptualization of the institute, the presentation of your legal nature and your historical outcome, beyond present and differentiate the species of *habeas corpus*. Immediately thereafter, we enter in the principal theme of this thesis: the possibility of your collective handling. This following study intends to answer this problem based on an analysis of the vote of the min. Ricardo Lewandowski, in the bulge of the HC 143.641, recently judged, which was the first collective *habeas corpus* on the recent history of the Brazilian Supreme Court to be known and provided. Lastly, we intend to conclude by the possibility of the handling of this action in your collective way, because is a mechanism that ensures the access to justice and enables that the law can really be an effective justice mechanism.

Keywords: Criminal Procedural Law. Habeas Corpus. Collective Handling. Possibility. HC. 143.641. Access to Justice.

LISTA DE ABREVIATURAS OU SIGLAS

ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgRG em HC	Agravo Regimental em Habeas Corpus
AgRG no RHC	Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CFOAB	Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CortelDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
DPU	Defensoria Pública da União
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
HC	Habeas Corpus
INFOPEN	Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias
LEP	Lei de Execução Penal
MJ	Ministério da Justiça
MS	Mandado de Segurança
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
ODM	Objetivos de Desenvolvimento do Milênio
ODS	Objetivo de Desenvolvimento Sustentável
ONU	Organização das Nações Unidas
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
PGR	Procuradoria Geral da República
RE	Recurso Extraordinário
RHC	Recurso em Habeas Corpus
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. BASES TEÓRICAS DO HABEAS CORPUS	14
2.1 O CONCEITO DE HABEAS CORPUS	14
2.2 A NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO	15
2.3 A ORIGEM DO HABEAS CORPUS	16
2.4 AS ESPÉCIES DE HABEAS CORPUS	19
3. O ANTERIOR PANORAMA, A INOVAÇÃO TRAZIDA PELO HC 143.641 E OS SEUS ARGUMENTOS	20
3.1 ARGUMENTOS SOCIAIS E UM DESTAQUE PARA A DOUTRINA HISTÓRICA DO HABEAS CORPUS NO BRASIL.....	27
3.2 DIREITO COMPARADO.....	30
3.3 DISPOSITIVOS LEGAIS QUE POSSIBILITAM A CONCESSÃO DA ORDEM E CASOS ANÁLOGOS	34
3.4 O PROBLEMA DA INDETERMINABILIDADE DAS PACIENTES	39
3.5 A SITUAÇÃO DEGRADANTE DAS MULHERES NA PRISÃO	44
3.6 A SITUAÇÃO DOS MENORES SUBMETIDOS AO CÁRCERE.....	48
3.7 POR QUAL CRIME SE ENCONTRAM DETIDAS AS MULHERES?.....	49
4. SOLUÇÃO DO CASO, CRÍTICAS E CONSEQUÊNCIAS NO DIA A DIA FORENSE	50
4.1 A SOLUÇÃO TRAZIDA PELO RELATOR	50
4.2 CRÍTICAS FEITAS AO JULGADO	52
4.3 CONSEQUÊNCIAS NO DIA A DIA FORENSE	53
5. CONCLUSÃO.....	58
6. REFERÊNCIAS	61

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente, incumbe destacar que o objetivo da presente pesquisa é analisar o cabimento coletivo do *habeas corpus* no direito brasileiro. Tema ainda não muito abordado pela doutrina e jurisprudência pátria, tal possibilidade veio à tona no cenário nacional com o recente julgado do Supremo Tribunal Federal (STF), que conheceu e concedeu uma ordem coletiva desse tipo. Assim o sendo, pretende-se analisar o instituto em suas minúcias para, posteriormente, aventar a possibilidade do mesmo ser manejado coletivamente.

Com esse objetivo em mente, o *habeas corpus* será apresentado enquanto um remédio jurídico-processual de garantia do cidadão frente aos abusos e ilegalidades do Estado, sendo destacada sua natureza jurídica – e apresentada a dicotomia entre ser esse instrumento um recurso ou uma ação de impugnação propriamente dita –, sua origem histórica, fazendo-se menção ao seu surgimento no direito internacional e do seu aparecimento e posterior desenvolvimento no Brasil. Nesse ponto, será destacada a doutrina brasileira do *habeas corpus*, encabeçada, dentre seus doutrinadores, por Ruy Barbosa, que defendia fortemente o uso extensivo desse instituto durante o início do século XX. Em seguida, far-se-á uma curta exposição acerca das espécies de *habeas corpus* existentes no Brasil, sendo destacado o surgimento do seu modo preventivo em terras brasileiras, inovação esta frente aos usos do instituto no direito estrangeiro.

Posteriormente, adentrar-se-á no tema principal deste trabalho, que é a análise acerca da possibilidade de ser o *habeas corpus* cabível coletivamente. Será apresentada a visão dominante sobre o tema, qual seja, a que defende o não cabimento do *writ* de forma não individualizada. No entanto, pautando-se na análise do *habeas corpus* 143.641, julgado pela segunda turma do Supremo Tribunal Federal, a presente pesquisa buscará suporte para defender o cabimento desta ação em seu modo coletivo de um modo mais extensivo e vigoroso.

Sabe-se que o pioneirismo desse caso o torna relevante por si só, haja vista ser inédito. Assim, entendendo a sua importância, e por poder esse julgado representar uma guinada no *modus operandi* do *habeas corpus* no direito pátrio, será feita uma detida análise de todos os fundamentos do voto que restou vencedor por maioria, sendo ele dividido em tópicos que serão abordados no capítulo 4 (quatro). Esses argumentos foram agrupados com objetivo didático, inexistindo tal divisão no julgado, sendo, a critério do pesquisador assim apresentados: a) Argumentos sociais e um destaque para a doutrina histórica do *habeas corpus* no Brasil; b) Direito comparado; c) Dispositivos legais que possibilitam a

concessão da ordem e casos análogos; d) O problema da indeterminabilidade das pacientes; e) A situação degradante das mulheres na prisão; f) A situação dos menores submetidos ao cárcere e g) Por qual crime se encontram detidas as mulheres?

Posteriormente, será apresentada a solução aventada pela Corte Suprema no julgado, o qual, como é sabido e já acima destacado, foi a concessão da ordem, sendo apenas feitas duas ressalvas para a sua não aplicação. Tal decisão será analisada e serão apresentadas críticas ao julgamento feitas por parte da doutrina especializada, tanto positivas, quanto negativas. Além disso, serão destacados, também, os reflexos já percebidos na prática forense, a partir da decisão histórica, sendo importante o destaque neste ponto para certa discrepância quanto ao uso de uma das hipóteses excepcionadas pelo Supremo Tribunal Federal para aplicação da tese firmada no julgado.

Concluindo, pretende-se, por meio dos argumentos apresentados, pender para o posicionamento de ser cabível o remédio em sua forma coletiva; isso sendo fundamentado à luz da tradição histórica do instrumento em terras brasileiras, o qual sempre foi visto como uma salvaguarda dos direitos fundamentais injustamente tolhidos e de modo abrangente como um instrumento eficaz na tutela da dignidade da pessoa humana. Defender-se-á, igualmente, que o *habeas corpus* é mecanismo que garante o direito fundamental de acesso à justiça e que, manejado coletivamente, é eficaz ação para o enfrentamento de abusos e ilegalidades transindividuais.

Por fim, importante destacar que para a presente pesquisa foi utilizado o método hipotético dedutivo, o qual intentou analisar o cabimento coletivo do *habeas corpus* no direito pátrio como hipótese-problema, vindo a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial elucidar a questão e trazer como resposta a possibilidade do manejo deste instrumento coletivamente.

2. BASES TEÓRICAS DO HABEAS CORPUS

Inicialmente, antes de se adentrar na análise do cabimento coletivo do instrumento do *habeas corpus* (HC), importante é uma explanação e sistematização do instituto que é base central da presente pesquisa. Para isso e com fins didáticos, serão, a seguir, no presente capítulo, trazidos conceitos teóricos primordiais para a boa compreensão do remédio heroico. Assim o sendo, será apresentado o conceito de *habeas corpus*, a natureza jurídica do instituto, a sua origem e as suas espécies. Começemos com o seu conceito.

2.1 O CONCEITO DE HABEAS CORPUS

A conceituação do instituto é tema comum na doutrina pátria. Diversos são os autores que tratam do tema, sendo o seu conceito de certa forma uniforme dentre a ciência jurídica especializada. Assim, pode-se afirmar que se trata de um remédio jurídico processual, de índole constitucional, que tem por escopo resguardar a liberdade de locomoção¹.

Tratando de sua etimologia, a tradição ocidental do remédio costuma destacar que se trata do *exi*ba o *corpo* utilizado no direito romano, elucidando os radicais que compõem à palavra, os quais são *habeo*, *habes*, *habui*, *habitum*, *habere*, significando, respectivamente ter, possuir, apresentar, e *corpus*, que se traduz por corpo ou pessoa². Seguindo nessa linha, MOSSIN³ afirma que o *habeas corpus* se caracteriza como um autêntico *remedial mandatory writ* da categoria dos *extraordinary remedies*, cuja função precípua é a proteção da liberdade física do indivíduo, seu *ius manendi*, *eundi* e *veniendi*, seu *ius mandendi*, *ambulandi*, *eundi ultro citroque*, quando for ela coarctada por qualquer que seja o ato ilegal ou abuso de poder.

O *habeas corpus*, assim, se trata de garantia do indivíduo, sendo remédio apto a tutelar a sua liberdade, entendida como a liberdade física de ir e vir, tendo, como finalidade, evitar ou fazer cessar a violência ou coação à livre locomoção decorrente de ilegalidade ou abuso de poder⁴. CONSTANTINO⁵, em visão parecida às acima já destacadas, conceitua o *habeas corpus* como uma ação constitucional que instrumentaliza a proteção da liberdade de locomoção da pessoa humana, sendo essa bem determinada pelo ir, vir e ficar.

¹RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

²TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 967.

³MOSSIN, Heráclito Antônio. **Habeas Corpus**. 4. ed. Atlas, 1999. p. 59

⁴MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 739.

⁵CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. **Habeas Corpus: liberatório, preventivo, profilático**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 21.

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) prevê o direito à liberdade de locomoção no art. 5º, inc. XV⁶, e o assegura por meio do habeas corpus, esse previsto no art. 5º, inc. LXVIII⁷.

2.2 A NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO

O *habeas corpus* tem uma natureza jurídica, por vezes, controvertida na doutrina. Alguns autores o consideram uma espécie de recurso, outros negam tal hipótese e afirmam se tratar de uma ação autônoma, vindo os debates a beirarem por essas duas frentes. PONTES DE MIRANDA é enfático acerca da sua posição no debate no que tange a natureza jurídica do instituto, afirmando ser errado afirmar que se trata de um recurso. Para o eminente jurista, não existe pretensão recursal nesse caso, sendo legítima ação de que pode lançar mão o cidadão que se vê ameaçado ou tem violada sua liberdade de ir, vir e ficar⁸.

RANGEL⁹ afirma que se trata de uma “ação autônoma de impugnação cuja pretensão é a liberdade”, sendo essa a natureza do instituto, entendimento, de certa forma, também professado por TOURINHO FILHO¹⁰, o qual defende que o *habeas corpus* é um meio de se garantir um direito fundamental, sendo um *remedium juris* destinado a tutelar, de maneira eficaz e imediata, a liberdade de locomoção, o direito de ir e vir. Quanto à questão de ser o *writ* um recurso ou não, o doutrinador adota posição semelhante à de Rangel, afirmando se tratar de uma garantia individual destinada a fazer cessar o constrangimento ou a simples ameaça de constrição à liberdade de locomoção.

⁶ “Art. 5º, inc. LXVIII - 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”. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 20 de março de 2018).

⁷ “Art. 5º, inc. XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 20 de março de 2018).

⁸ PONTES DE MIRANDA. **História e Prática do Habeas Corpus**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1961. p. 5.

⁹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1066.

¹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 971-972.

Professando entendimento deveras parecido MARCÃO¹¹ também destaca a equivocada opção legislativa em se incluir o *habeas corpus* junto à disciplina dos recursos, afirmando se tratar de ação autônoma:

Não obstante a equivocada opção do legislador ordinário em incluir o *habeas corpus* no Título II do Livro III do Código de Processo Penal, que disciplina os “recursos em geral”, não há dúvida de que não se trata de espécie de recurso. (...) Tal qual a ação de revisão criminal, configura ação autônoma de impugnação.

Existe entendimento doutrinário mais marcante e forte acerca da natureza jurídica do instituto entendendo que o *habeas corpus* é, em verdade, uma ação penal constitucional que, embora em certos momentos possa ser usada como recurso, não possui essa natureza jurídica¹², sendo verdadeiramente uma ação. Essa definição jurídica de ação é predominante, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência pátrias, sendo, conforme acima destacado, recorrente a menção acerca do erro de posicionamento da matéria¹³.

Apesar disso, é possível encontrar entendimento contrário no qual se afirma ser o instituto um recurso. Essa corrente doutrinária se baseia em uma visão tópica do instituto no Código de Processo Penal (CPP)¹⁴, ou seja, junto dos recursos em geral. Nomes como LEAL¹⁵, BUENO¹⁶ e BORGES DA ROSA¹⁷ defendem tal corrente, ou seja, a doutrina anterior ao atual Código de Processo Penal e aquela muito próxima à sua entrada em vigor são adeptas dessa posição.

2.3 A ORIGEM DO HABEAS CORPUS

A origem do instituto remonta à Magna Carta de 1215, ou seja, o direito inglês foi o berço do *habeas corpus*. Desse modo, ao ser pressionado por barões e pelo clero, João Sem Terra promulgou a *Magna Charta libertatum*, fazendo surgir o gérmen do *writ*¹⁸.

¹¹ MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1100.

¹² MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 739.

¹³ PACHELLI, Eugênio, FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 1422.

¹⁴ CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. **Habeas Corpus: liberatório, preventivo, profilático**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 22.

¹⁵ LEAL, Antônio Luiz Câmara. **Comentários ao código de processo penal brasileiro**. v. 1. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1942, p. 173.

¹⁶ BUENO, José Antonio Pimenta. **Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1922. p. 173.

¹⁷ BORGES DA ROSA, Inocêncio. **Processo Penal Brasileiro, Volume IV**. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1942. p. 173.

¹⁸ PONTES DE MIRANDA. **História e Prática do Habeas Corpus**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1961. p. 9.

Esse texto histórico trazia, em seu capítulo 29, a previsão de que “Nenhum homem livre será detido, feito prisioneiro, posto fora da lei ou exilado nem de forma alguma arruinado, nem iremos nem mandaremos alguém contra ele, exceto mediante julgamento de seus pares e de acordo com a lei da terra”¹⁹. Mais tardiamente, veio a consolidação do *habeas corpus*, isso ocorrendo por meio da *Petition of Rights* e o *Habeas Corpus Act*, datados do ano de 1679 na Inglaterra, destacando a doutrina que somente o instituto passou a ter o nome de *habeas corpus* a partir desse marco²⁰.

No entanto, existe doutrina que vai além na história e apresenta origens mais remotas para o instituto. É o caso de MIRABETE²¹ que, citando Plácido e Silva, faz referência ao direito romano, pelo qual todo cidadão podia reclamar a exibição do homem livre detido ilegalmente por meio de uma ação privilegiada que se chamava *interdictum de libero homine exhibendo*. No entanto, reconhece o autor que a maioria da doutrina aponta a Magna Carta como o surgimento do *habeas corpus*, trazendo uma pequena divergência, para a qual alguns autores afirmam que o instrumento na verdade surgiu no século XVII, mais especificadamente no ano de 1679 na Espanha, durante o reinado de Carlos II²².

No Brasil, o Código de Processo Criminal do Império foi a primeira legislação pátria a tratar do *habeas corpus*, a qual possuía a seguinte previsão em seu art. 340: “Todo cidadão que considere que ele ou outra pessoa sofre uma prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade tem o direito a solicitar uma ordem de *habeas corpus* em seu favor.”²³

Já, a primeira Constituição a trazer expressa menção ao remédio foi a Constituição de 1891 que em, seu art. 72, §º 22, assim dispunha: “Dar-se-ha o *habeas-corpus* sempre que o individuo soffrer ou se achar em imminente perigo de sofrer violencia, ou coacção, por illegalidade, ou abuso de poder.”²⁴

A doutrina dos dias atuais²⁵, analisando as disposições do texto constitucional do século XIX, vai lembrar que o instituto era previsto como mecanismo de enfrentamento de qualquer coação por ilegalidade ou abuso de poder. Esse termo *coação* não vinha especificando, distinguindo ou definindo qual a espécie de coação que visava a atacar.

¹⁹TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 967.

²⁰*Idem*.

²¹MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 738.

²²*Idem*.

²³BRASIL. **Código de Processo Criminal do Império de 1832**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm>. Acesso em 19 mar. 2018.

²⁴BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> Acesso em 19 mar. 2018.

²⁵TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 969.

Assim, de forma retrospectiva, essa doutrina relembra que o writ era usado sempre que a liberdade física fosse condição necessária para que o paciente pudesse exercer qualquer direito, não havendo impeditivos para esse uso àquela época.

Ruy Barbosa, conforme destacado por TOURINHO FILHO²⁶, fazia uma interpretação extensiva da norma, dizendo:

Desde que a Constituição não particularizou os direitos que, com o habeas corpus, queria proteger contra a coação ou contra a violência, claro está que o seu propósito era escudar contra a violência ou coação todo e qualquer direito que elas podiam tolher e lesar nas suas manifestações. (...) Fala amplamente, indeterminadamente, absolutamente, em coação e violência; de modo que onde quer que surja, onde quer que se manifeste a violência ou coação, por um desses meios, aí está estabelecido o caso constitucional do habeas corpus.

Assim, era surgida a tradição brasileira do *habeas corpus*, tendo Ruy Barbosa como um dos seus maiores partícipes. Essa doutrina, famosa até os dias atuais, utilizava o instituto para a proteção do indivíduo contra qualquer tipo de violência ou coação que tivesse, por origem, ilegalidade ou abuso de poder, isso de modo independente da existência de um constrangimento corporal ou da afetação da liberdade de locomoção (hoje expressamente exigida). Isso era possível, conforme destacado supra pela não *limitação* do instituto pela Carta Magna vigente à época, a qual trouxe previsão e proteção mais abrangente do que a antes conferida pelo Código de Processo Criminal do Império²⁷.

Essa visão abrangente do instituto é sufragada no entendimento de Ruy Barbosa acerca da necessidade de existir no ordenamento pátrio um remédio processual adequado para o enfrentamento de um direito fundamental violado, doutrina essa propagada pelo min. Lewandowski no bojo do HC 143.641. Nas palavras do próprio Ruy, conforme citado por SARMENTO²⁸:

“A definição de habeas-corpus na Constituição vigente é esta: ‘Darse-á habeas-corpus, sempre que o individuo soffrer ou se achar em imminente perigo de soffrer violencia ou coacção, por illegalidade ou abuso de poder’. Não se falla em prisão, não se falla em constrangimentos corporaes. Falla-se amplamente, indeterminadamente, absolutamente, em coacção e violencia; de modo que, onde quer que surja, onde quer que se manifeste a violência ou a coacção, por um desses meios, ahi está estabelecido o caso constitucional do habeas-corpus. (...). Logo, srs. senadores, o

²⁶ RUY BARBOSA *apud* TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 969.

²⁷ SARMENTO, Daniel. **O Cabimento do Habeas Corpus Coletivo na Ordem Constitucional Brasileira**. Parecer sobre a admissibilidade do *habeas corpus* coletivo encomendado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. UERJ, Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ. Ano de 2015, p.12.

²⁸ *Idem*.

habeas-corpus hoje não está circunscrito aos casos de constrangimento corporal; o habeas-corpus hoje se estende a todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito, estiver ameaçado, manietado impossibilitado no seu exercício pela intervenção de um abuso de poder ou de uma ilegalidade”.

De destaque importante é que todas as Constituições brasileiras, desde então, incorporaram o remédio no seu texto e que somente tal garantia foi suspensa durante o Ato Institucional nº 5 de 1968²⁹. No entanto, a área de atuação do *habeas corpus* foi delimitada a partir da revisão constitucional de 1926, a qual trouxe expressamente prevista a garantia da liberdade de locomoção³⁰.

Por fim, a doutrina atual destaca esse passado da doutrina brasileira do *habeas corpus* como uma das mais gloriosas passagens da história do direito brasileiro, notadamente de nossa própria Suprema Corte. Assim fazendo, afirma que a visão extensiva do instituto possibilitou que fossem tutelados uma gama de direitos muitas vezes impensados nos dias atuais de serem manejados por intermédio de ferramenta semelhante ao *writ*, como é o caso do direito à liberdade de imprensa, religião, pensamento e até mesmo profissão³¹.

2.4 AS ESPÉCIES DE *HABEAS CORPUS*

Existem duas espécies de *habeas corpus*: o liberatório e o preventivo. O preventivo é concedido quando há ameaça de violência ou coação à liberdade de locomoção do indivíduo e o liberatório tem seu uso possível quando a liberdade de locomoção já está sendo coarctada por violência ou coação³².

Nessa seara, é importante a definição dos termos *violência* e *coação*. Assim, pode-se dizer que a violência é uma espécie de vis absoluta, traduzida em um constrangimento físico (prisão, cárcere privado, sequestro) e a coação se define como um constrangimento moral,

²⁹SARMENTO, Daniel. **O Cabimento do Habeas Corpus Coletivo na Ordem Constitucional Brasileira**. Parecer sobre a admissibilidade do *habeas corpus* coletivo encomendado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. UERJ, Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ. Ano de 2015, p.12, nota de rodapé nº 15.

³⁰TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 971.

³¹SARMENTO, Daniel. **O Cabimento do Habeas Corpus Coletivo na Ordem Constitucional Brasileira**. Parecer sobre a admissibilidade do *habeas corpus* coletivo encomendado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. UERJ, Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ. Ano de 2015, p.13.

³²RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1067.

traduzido em um fazer ou em um não fazer³³: No entanto, para o CPP vigente, a coação é gênero do qual a violência e o constrangimento moral são espécies.

A definição das espécies de *habeas corpus* é sobremaneira pacífica na doutrina, sendo quase que uníssona a definição de que o *habeas corpus* preventivo pode ser impetrado quando houver ameaça à liberdade de locomoção, e o *habeas corpus* liberatório quando o paciente já estiver sofrendo a violência ou coação na sua liberdade ambulatoria³⁴. Logo, a ação, em sua espécie preventiva, visa a impedir a concretização de mal anunciado e na iminência de ocorrer; já a espécie liberatória tem, por função, cessar ou afastar o mal que já se consumou, mas que ainda está presente³⁵.

Destaque importante é o feito por TOURINHO FILHO, que vai afirmar que o *habeas corpus* em sua forma preventiva é inovação brasileira:

No decorrer do ano de 1871, estendeu-se o remédio heroico àquelas hipóteses em que o cidadão se encontrava simplesmente ameaçado na sua liberdade de ir e vir. Era a consagração do *habeas corpus* preventivo, nem sequer conhecido na Inglaterra³⁶.

Logo, pode-se notar que, historicamente, o direito pátrio é firme no combate a ilegalidades e abusos de poder cometidos frente a direitos fundamentais, sendo o surgimento do *habeas corpus* preventivo em solo brasileiro somente mais um exemplo dessa nobre posição consolidada em nosso ordenamento jurídico.

3. O ANTERIOR PANORAMA, A INOVAÇÃO TRAZIDA PELO HC 143.641 E OS SEUS ARGUMENTOS

O *habeas corpus* 143.641, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, foi uma mudança de paradigma no Poder Judiciário pátrio. Impetrado por membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos em favor de “todas as mulheres presas preventivamente que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães de crianças sob sua

³³ *Idem.*

³⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 980.

³⁵ MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva. 2014. pp. 1101-1102.

³⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 971.

responsabilidade, bem como em nome das próprias crianças³⁷, o remédio veio com pedido liminar de conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar para as pacientes.

O *habeas corpus* costumeiramente foi visto pelo Poder Judiciário nos últimos tempos, como um instrumento de defesa frente a coações e ilegalidades tipicamente individuais, ou seja, com paciente e autoridade coatora bem definidos e delimitados na inicial do pedido. Tanto assim o é que, em julgamento realizado apenas 01 (um) dia antes do presente que nos serve de análise, o ministro Alexandre de Moraes negou seguimento ao HC 148.459/DF, interposto pela Defensoria Pública da União (DPU) em favor dos presos que se encontram em estabelecimentos penais federais há mais de dois anos. Ao proceder de tal modo, justificou³⁸:

Inexiste o alegado constrangimento ilegal genérico e coletivo apontado pela interpretação pretendida pela Defensoria Pública da União; **havendo necessidade em habeas corpus da indicação específica de cada constrangimento ilegal que implique coação ou iminência direta de coação à liberdade de ir e vir, pois não se pode ignorar, nos termos da legislação de regência (CPP, art. 654), que a petição inicial conterà o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação, assim como o de quem exerce essa violência, coação ou ameaça e a declaração da espécie de constrangimento ilegal ao direito de locomoção, ou em caso de simples ameaça de coação, as razões em que se funda o seu temor.** (grifo nosso)

De modo semelhante, em julgamento em sede de medida cautelar no HC 143.704³⁹, o qual foi proposto pela Defensoria Pública do Estado do Paraná (DPE –PR) em favor da “coletividade formada por todas as pessoas que desejarem exercer seu direito de manifestação na cidade de Curitiba”, o ministro Celso de Mello indeferiu a medida liminar com base no art. 654, § 1º, inc. a, o qual exige “o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exercer a violência, coação ou ameaça”⁴⁰, inadmitindo a possibilidade do *habeas corpus* coletivo em favor de pessoas indeterminadas.

Em consonância com esta posição, também é possível citar o HC 143.645⁴¹ interposto pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) e pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) com pedido liminar em favor de “todos os cidadãos, em especial advogados regularmente inscritos na OAB” contra ato do Presidente da Câmara

³⁷ HC 143.641, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 20/02/18.

³⁸ HC 148.459, Rel. Min. Alexandre de Moraes, 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 19/02/18.

³⁹ HC 143.704, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 12/05/17.

⁴⁰ BRASIL. **Código de Processo Penal**. CPP (1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em 20 mar. 2018.

⁴¹ HC 143.645, Rel. Min. Edson Fachin, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 09/06/17.

dos Deputados que, no ano de 2017 vedou o acesso do povo à Câmara e consequentemente a participação democrática durante tramitação da Proposta de Emenda a Constituição (PEC) n. 287/2016⁴². De relatoria do ministro Edson Fachin, essa ação foi parcialmente provida, somente assegurando a representantes do CFOAB e da OAB que impetraram a ação o acesso aos setores da Câmara dos Deputados destinados aos cidadãos, haja vista, segundo entendimento do ministro, não ter sido cumprido o requisito de identificação dos pacientes em cujo nome deveria ser expedido salvo-conduto, conforme determinado pelo Código de Processo Penal⁴³.

Esse entendimento também era firme no Superior Tribunal de Justiça (STJ), isso podendo ser observado em vários de seus julgados, dentre eles, o Agravo Regimental em Habeas Corpus (AgRG em HC) nº 370.669/SP⁴⁴, no qual foi assentado que o *habeas corpus* não seria a via adequada para análise de um pleito coletivo, haja vista não ser “cabível a impetração de habeas corpus visando a defesa de direitos coletivos”, o Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus (AgRG no RHC) nº 41.675/SP⁴⁵ em que ficou assentado não ser passível a fórmula genérica para a ação de *habeas corpus*, a qual demandaria uma

⁴² Essa é a famosa PEC da previdência, a qual busca alterar alguns artigos da Constituição (arts. 37, 40, 109, 149, 167, 195, 201 e 203) visando a dispor sobre seguridade social e estabelecendo regras de transição de seus regimes. No presente ano (2018) essa ainda não foi votada pelo plenário da Câmara dos Deputados por falta de apoio político, vindo a ser retirada de pauta no começo do vigente ano pelo Poder Executivo, autor da proposta.

⁴³ Foi citado pelo ministro relator desse HC outro julgado anterior do STF que teve esse entendimento e lhe serviu de base: o HC 81.348, impetrado em favor dos “Favelados do município do Rio de Janeiro” no ano de 2001. De relatoria da min. Ellen Gracie, foi negado seguimento à ação tendo em vista o seguimento entendimento acerca dos requisitos de uma petição de habeas corpus destacado pela ministra em sua decisão monocrática: “Ademais, o art. 654, § 1º, a do CPP estabelece como requisito da petição inicial do writ a indicação do nome da pessoa que está ameaçada de sofrer a violência ou a coação, a fim de viabilizar não só a apreciação do constrangimento, mas também para fins de expedição de salvo-conduto em seu favor. No caso, esse requisito não foi atendido”.

⁴⁴ AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. DIREITO DE VISITA E OUTRAS IRREGULARIDADES NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL DE PRESIDENTE VENCESLAU/SP. **NÃO CABIMENTO DE WRIT COM ROUPAGEM COLETIVA. FORMA DE REALIZAÇÃO DAS VISITAS. INVIABILIDADE DE MANEJO DE HABEAS CORPUS, EM REGRA, PARA TAL DISCUSSÃO. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE NA HIPÓTESE. 1. Não constitui o habeas corpus via adequada para análise de pleito deduzido em benefício de todos os presos de determinado estabelecimento prisional, sem a devida individualização dos pacientes, uma vez que não é cabível a impetração de habeas corpus visando a defesa de direitos coletivos. (...).** (AgRg no HC 370.669/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017).

⁴⁵ PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. **WRIT COLETIVO. PLEITEIA A VEDAÇÃO DE VISITAS ÍNTIMAS AOS VISITANTES DAS UNIDADES PRISIONAIS DA COMARCA DE TAUBATÉ/SP. INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Esta Corte possui o entendimento de que não é cabível habeas corpus com natureza coletiva. (...). 4. É inviável a concessão do benefício, de forma genérica, em favor da totalidade do grupo, na via mandamental, sendo imprescindível a identificação dos pacientes e a individualização do alegado constrangimento ilegal. Precedentes. 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no RHC 41.675/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/10/2017, DJe 11/10/2017).**

individualização das condutas mais aprofundada, e o RHC nº 51.301/BA⁴⁶, em que, mais uma vez, se fez menção à exigência legal de individualização dos pacientes segundo expresso no art. 654, § 1º, a do Código de Processo Penal. Importante destacar, sendo apenas casos demonstrativos e exemplificativos de um consenso deveras instalado também nesta Corte Superior.

Esposando entendimentos semelhantes, cabe o destaque para outros julgados do STJ, dentre eles: a) o HC 91.462/RJ⁴⁷, no qual o *writ* não foi conhecido ante a impossibilidade, segundo o relator, em se constatar, em via tão estreita de cognição, as ilegalidades alegadas pelos impetrantes, exigindo para tal uma apreciação individual e não coletiva; b) o HC 303.061/RS⁴⁸, em que o argumento utilizado foi a necessária individualização dos pacientes; c) o RHC 31.124/PA⁴⁹ com motivos idênticos aos esposados

⁴⁶PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO DE REMÉDIO CONSTITUCIONAL COLETIVO. VIA INADEQUADA. NECESSIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DOS PACIENTES. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 654, § 1º, ALÍNEA "A", DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RECURSO IMPROVIDO. 1. Correta a decisão do Tribunal de origem, que não conheceu de habeas corpus em que se alegou a existência de constrangimento ilegal vivenciado por todos os presos custodiados em Delegacias de Polícia na capital baiana. 2. Esta Corte Superior e o Supremo Tribunal Federal firmaram o entendimento de que não é cabível impetração de natureza coletiva, pois o art. 654, § 1º, "a", do Código de Processo Penal requer, na petição inicial, a indicação dos nomes das pessoas que sofrem ou estão ameaçadas de sofrer violência ou coação na sua liberdade de locomoção, a fim de viabilizar a análise do constrangimento ilegal e a expedição de salvo-conduto. 3. Recurso improvido. (RHC 51.301/BA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 07/04/2017).

⁴⁷PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS "COLETIVO" SUBSTITUTIVO DE RECURSO ANTE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. DESCABIMENTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Não serve o habeas corpus como via recursal do mandado de segurança, especialmente quando discutidos coletivamente direitos de presos. 2. A urgência de processamento e solução do habeas corpus impede a constatação de ilegalidade coletivamente, pois necessário ponderar em cada execução penal individualizada o histórico do paciente, os motivos de sua remoção, progressão de regime e benefícios concedidos - tudo inequivocamente demonstrada de plano. 3. Habeas Corpus não conhecido. (HC 91.462/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 24/11/2014).

⁴⁸AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS "COLETIVO". PRESOS. INCÊNDIO NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. TRANSFERÊNCIA PARA OUTRAS COMARCAS. VIA INADEQUADA. AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA REALIDADE DE CADA DETENTO. DECISÃO QUE INDEFERIU LIMINARMENTE O WRIT. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO (...). 2. In casu, afigura-se descabida a roupagem "coletiva" dada ao habeas corpus, até porque a competência para o julgamento do writ neste Superior Tribunal de Justiça deve ser firmada em razão da execução de cada preso e não pela situação ou local onde um grupo de presos se encontra no momento da impetração. 3. Cabe ao impetrante a demonstração da realidade individualizada de cada detento, e não a mera alegação de que se encontram na mesma situação fática. Apesar de a impetrante ter indicado individualmente os apenados, não particularizou a necessidade de cada um, no caso concreto, de cumprimento da pena em prisão domiciliar. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC 303.061/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 10/11/2014).

⁴⁹HABEAS CORPUS "COLETIVO". PRESOS. CADEIA PÚBLICA. CONDIÇÕES DEGRADANTES. SOLTURA DE TODOS INDISTINTAMENTE. VIA INADEQUADA. (...). 2 - Não está demonstrada a situação de cada paciente, afigurando-se inédita a roupagem "coletiva" dada ao habeas corpus e, em princípio descabida, porque não estão em situação idêntica, conforme firmado pelo Tribunal de origem. 3 - Ademais, conforme consignado pelo acórdão recorrido, já teria sido determinada a transferência de presos daquela cadeia pública pelo Juízo monocrático. 4 - Recurso não provido. (RHC 31.124/PA, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2012, DJe 29/06/2012).

no HC 303.061/RS, sendo feito destaque pela relatora para a “roupagem inédita e a princípio descabida” do habeas corpus coletivo; e d) AgRG no RHC 40.334/SP⁵⁰, em que os argumentos aqui recém destacados unidos, sendo destacada a necessária individualização dos pacientes e a impossibilidade de apreciação dos abusos e ilegalidades coletivamente.

De modo excepcional e com efeitos meramente *locais*, eram vistos julgados como o HC 207.720/SP, no qual a Segunda Turma do STJ conheceu e concedeu a ordem de *habeas corpus* coletivo contra ato de Juízo da Infância e Adolescência, que havia determinado o recolhimento de crianças e adolescentes (um típico toque de recolher) após às 23 horas ou em locais específicos:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. **HABEAS CORPUS. TOQUE DE RECOLHER. SUPERVENIÊNCIA DO JULGAMENTO DO MÉRITO. SUPERAÇÃO DA SÚMULA 691/STF. NORMA DE CARÁTER GENÉRICO E ABSTRATO. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. Trata-se de Habeas Corpus Coletivo “em favor das crianças e adolescentes domiciliados ou que se encontrem em caráter transitório dentro dos limites da Comarca de Cajuru-SP” contra decisão liminar em idêntico remédio proferida pela Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (...). A portaria em questão ultrapassou os limites dos poderes normativos previstos no art. 149 do ECA. “Ela contém normas de caráter geral e abstrato, a vigorar por prazo indeterminado, a respeito de condutas a serem observadas por pais, pelos menores, acompanhados ou não, e por terceiros, sob cominação de penalidades nela estabelecidas” (REsp 1046350/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 24.9.2009). 8. Habeas Corpus concedido para declarar a ilegalidade da Portaria 01/2011 da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Cajuru⁵¹. (grifo nosso)**

Não tratando da questão do cabimento coletivo do *habeas corpus* em si, mas da concessão da ordem para substituição da prisão preventiva pela domiciliar para mulheres presas gestantes ou mães de filhos pequenos, tema esse pano de fundo à discussão acerca

⁵⁰ AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS COLETIVO. EXECUÇÃO PENAL. PACIENTES INDETERMINADOS - TODOS OS CONDENADOS QUE VÊM CUMPRINDO PENA NO CENTRO DE DETENÇÃO PROVISÓRIA II DE OSASCO/SP COM DIREITO AO REGIME SEMIABERTO - PEDIDO DE PRISÃO ALBERGUE DOMICILIAR. PETIÇÃO INICIAL. REQUISITOS DO ART. 654, § 1º, ALÍNEA "A", DO CPP. AUSÊNCIA. (...). **2. Entretanto, conforme ressaltei na decisão agravada, não se pode admitir habeas corpus coletivo, em favor de pessoas indeterminadas, visto que se inviabiliza não só a apreciação do constrangimento, mas também a expedição de salvo-conduto em favor dos supostos coagidos. 3. Com efeito, a teor do disposto no art. 654, § 1º, alínea "a", do Código de Processo Penal, a petição de habeas corpus conterà o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação, vale dizer, a identificação de quem esteja sofrendo o alegado constrangimento ilegal. 4. Registro que não há obrigatoriedade legal de que se formule um único pedido de habeas corpus para cada paciente, podendo a impetração englobar duas ou mais pessoas, bastando que o cenário fático-processual de cada um dos interessados seja comum para viabilizar a concessão da medida. 5. Não obstante, a individualização dos vários pacientes é imprescindível, não bastando a qualificação dos supostos coagidos como um grupo determinável de sujeitos que se encontrem na mesma situação de fato. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no RHC 40.334/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 16/09/2013).**

⁵¹ HC 207.720, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 01/12/2011.

do cabimento coletivo do instrumento de defesa no julgado em questão, se observa que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) não se mostrava muito afeito à possibilidade de conversão. Isso pode ser observado nos seguintes julgados: a) Habeas corpus nº 70076332949⁵², em que ficou assentado que “a simples assertiva de que a presa é mãe com filho menor que carece de cuidados, por si só, não significa que a prisão deva ser substituída”, pugnano o julgado que se analisasse o contexto geral da cautelar submetida à presa preventiva; b) o Habeas Corpus nº 70075735704⁵³, com entendimento semelhante ao julgado recém citado, e c) o Habeas Corpus nº 70075836114⁵⁴, em que a garantia da ordem pública foi fator preponderante para a não concessão da substituição da prisão preventiva pela domiciliar, mesmo tendo a paciente condições subjetivas favoráveis, ser primária, sem antecedentes, possuir trabalho lícito e residência fixa, além de frequentar curso de formação profissional.

⁵² HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÕES. **PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.** Writ instruído com documentos e informações suficientes para seu conhecimento. Paciente indiciada por haver cometido crimes de tráfico de substância entorpecente, organização criminosa e posse irregular de arma de fogo e munições de uso restrito e permitido. Existência material dos crimes comprovada e presentes indicativos suficientes de autoria. Investigação policial que aponta a paciente como integrante de um "grupo criminoso" que vêm atuando intensamente no comércio de entorpecentes em diversas regiões do Estado. Indicativos probatórios de que os investigados possuem estreita relação com a maior facção criminosa de São Paulo - quicá do Brasil -, conhecida como Primeiro Comando da Capital (PCC). Decisão hostilizada que bem examinou o fato, decretando a prisão para garantia da ordem pública. Circunstâncias do caso concreto que revelam tratar-se de tráfico de maior porte e lesividade social, a aumentar, sobretudo, a reprovabilidade da conduta e a indicar habitualidade nessa prática criminosa. **A simples assertiva de que a presa é mãe com filho menor, que carece de cuidados da genitora, por si só, não significa que a prisão deve ser automaticamente substituída. Fato (a existência de filho menor) que não pode, a toda evidência, servir de escudo para proteção da mulher contra prisão preventiva que se faz necessária à garantia da ordem pública. Inexistência de constrangimento ilegal. ORDEM DENEGADA.** (Habeas Corpus Nº 70076332949, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Victor Luiz Barcellos Lima, Julgado em 22/02/2018).

⁵³ HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. **PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.** Conversão de flagrante em prisão preventiva. (...). **A simples assertiva de que a presa é mãe com filho menor, que carece de cuidados da genitora, por si só, não significa que a prisão deve ser automaticamente substituída. Fato (a existência de filho menor) que não pode, a toda evidência, servir de escudo para proteção da mulher contra prisão preventiva que se faz necessária à garantia da ordem pública. Inexistência de constrangimento ilegal. ORDEM DENEGADA.** (Habeas Corpus Nº 70075735704, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Victor Luiz Barcellos Lima, Julgado em 14/12/2017).

⁵⁴ HABEAS CORPUS. ROUBO TRIPLAMENTE MAJORADO (6X). EMPREGO DE ARMA. CONCURSO DE PESSOAS. RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DAS VÍTIMAS. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA MAJORADA. EMPREGO DE ARMA. 1. **PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MANUTENÇÃO.** (...) 2. **CONDIÇÕES SUBJETIVAS FAVORÁVEIS.** As condições subjetivas favoráveis da paciente, de ser primária, não possuir antecedentes criminais, ser mãe de um filho menor de idade, possuir trabalho lícito e residência fixa, além de frequentar curso de formação profissional, ainda que comprovadas, não elidem, por si só, a possibilidade de decretação da segregação provisória, desde que esta se mostre necessária, como ocorre nessa situação, em que necessária a proteção da ordem pública. (...) **ORDEM DENEGADA.** (Habeas Corpus Nº 70075836114, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 13/12/2017).

No entanto, para se fazer justiça à Segunda Turma do STF, é importante a lembrança a uma série de julgados em que esta entendeu cabível a substituição, dentre eles: o Habeas Corpus 142.279⁵⁵, que é o único citado no rodapé com ementa, haja vista sua semelhança para com os demais acórdãos, mas também os HC's 142.593⁵⁶, 134.104⁵⁷, 133.177⁵⁸, 130.152⁵⁹ e 131.760⁶⁰.

Todavia, a partir desse julgado histórico de relatoria do ex-presidente do STF, ministro Ricardo Lewandowski, tal cenário pode mudar. Assim o sendo, importantíssima é a análise dos fundamentos do seu voto, o qual foi seguido pela maioria da sua Segunda Turma⁶¹, e que deu causa a essa possível guinada jurisprudencial. Desta feita, analisaremos abaixo os principais pontos do voto do relator.

No entanto, antes de procedermos a essa análise, conforme destacado acima, é importante lembrar que o *habeas corpus* que nos serve de base foi impetrado pelo Coletivo de Advogados em Direitos Humanos, tendo este apresentado uma série de argumentos. No entanto, diversas Defensorias Públicas dos mais variados Estados da República e algumas organizações ingressaram na ação como *amicus curiae*, também trazendo contribuições que favoreceram a concessão da ordem pelo STF.

Porém, por decisão do ministro Lewandowski, a Defensoria Pública da União encabeçou o feito. Isso porque, conforme destacou o relator em passagem do seu voto no tocante à legitimidade ativa para o ingresso da ação, deveria ser feita analogia com a lei do

⁵⁵ Habeas corpus. 2. Tráfico de drogas. Prisão preventiva. 3. Alegação de ausência dos requisitos autorizadores da custódia cautelar (art. 312 do CPP). Rejeição. **4. Paciente com filhos menores. Pleito de concessão da prisão domiciliar. Possibilidade. 5. Garantia do princípio da proteção à maternidade e à infância e do melhor interesse do menor. 6. Preenchimento dos requisitos do art. 318, inciso V, do CPP.** 7. Decisão monocrática do STJ. Não interposição de agravo regimental. Manifesto constrangimento ilegal. Superação. 8. Ordem concedida de ofício, em parte, para determinar que a paciente seja colocada em prisão domiciliar. (HC 142279, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 20/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-182 DIVULG 17-08-2017 PUBLIC 18-08-2017).

⁵⁶ HC 142.593, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 13/10/17.

⁵⁷ HC 134.104, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 19/08/16.

⁵⁸ HC 133.177, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 01/08/16.

⁵⁹ HC 130.152, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 01/02/16.

⁶⁰ HC 131.760, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 13/05/16.

⁶¹No julgamento, foi vencido o Min. Edson Fachin, para o qual o magistrado(a) 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.

mandado de injunção coletivo – 13.300/2016⁶². Assim o sendo, e por “tratar-se de ação de abrangência nacional”⁶³, foi substituído o Coletivo pela DPU na titularidade da propositura.

Passada essa ressalva, na sequência serão abordados os fundamentos da decisão que concedeu a ordem. Com o intuito de facilitar a compreensão destes, haja vista serem diversos os pontos e enfoques, optou-se por separar em tópicos as espécies de argumentos invocados como se verá abaixo.

3.1 ARGUMENTOS SOCIAIS E UM DESTAQUE PARA A DOUTRINA HISTÓRICA DO HABEAS CORPUS NO BRASIL

O ministro Lewandowski traz, inicialmente, o argumento social como ponto importante para o cabimento do *habeas corpus* em sua forma coletiva. Destacando os diversos movimentos sociais e os seus diferentes interesses na sociedade, o relator acaba por entender que somente ações coletivas, como o presente remédio em análise, são capazes de garantir o acesso à justiça por parte desses segmentos sociais.

Para retratar que o STF vem adotando tal posicionamento já há algum tempo, traz exemplos de outros tipos de ações aceitas e encorajadas pelo Tribunal, como é o caso da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e o Mandado de Injunção Coletivo. Merece destaque também o argumento que trata das lesões a bens jurídicos coletivos, as quais, segundo o ministro, são comuns na sociedade contemporânea e que, para serem enfrentadas, caberiam medidas também coletivas, como as ações judiciais, sendo esses mecanismos de defesa mais céleres que os utilizados até a presente data.

Um ponto crucial do voto do ministro é o acesso à justiça. Apresentando dados de pesquisa feita pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) intitulada “Panorama de Acesso à Justiça no Brasil, 2004 a 2009⁶⁴”, o ministro conclui que abaixo de determinado nível de escolaridade e renda, o acesso à justiça praticamente não se concretiza. Destaca-se como crucial tal ponto exatamente por ser o direito de acesso à justiça um direito de segunda geração, fundamental à realização da pessoa humana na sociedade contemporânea, para o

⁶² “Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido: (...) IV - pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.” (BRASIL. Lei 13.300/2016. **Lei do Mandado de Injunção Coletivo**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm> Acesso em 13 de abril de 2018).

⁶³ HC 143.641, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 20/02/18.

⁶⁴ BRASIL. **Panorama de Acesso à Justiça no Brasil, 2004 a 2009**. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_panorama_acesso_pnad2009.pdf>. Acesso em 05 de junho de 2018.

qual o ministro acabou por concluir que deveria ser extraído, assim, o máximo das potencialidades do *habeas corpus* para sanar tal situação.

Esse ponto é muito bem externado na doutrina, sendo destacada fortemente a potencialidade dos instrumentos coletivos frente à população mais necessitada, a qual, em muitos casos sequer tem conhecimento da violação de seus direitos sendo sintomática, tanto cultural quanto socialmente a assimetria no acesso à justiça. Nesse cenário, instrumentos coletivos permitem que o cidadão seja beneficiado das decisões judiciais sem ter a necessidade de recorrer, pessoalmente, ao Poder Judiciário⁶⁵.

A tomada de consciência do papel do deste Poder na solução de conflitos atuais é tema recorrente. Desse modo, passou-se a entender que, simplesmente esperar que o cidadão chegue, por si só, às portas da justiça, em certos casos, não é suficiente⁶⁶, sendo importante a busca de soluções junto à sociedade para se sanar esses conflitos. Ademais, a doutrina sabe muito bem o quão prejudicial é uma justiça tardia que prejudica direitos e garantias, sendo, esse tipo de justiça, em verdade, uma negação do próprio direito⁶⁷.

Tratando especificadamente do *habeas corpus* coletivo quanto a essas potencialidades, SARMENTO⁶⁸ destaca:

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.

CHEQUER aborda o uso rotineiro do writ em sua forma individual, sendo essa historicamente consagrada, mas também trata da possibilidade de manejo do *habeas corpus*

⁶⁵ SARMENTO, Daniel. **O Cabimento do Habeas Corpus Coletivo na Ordem Constitucional Brasileira.** Parecer sobre a admissibilidade do *habeas corpus* coletivo encomendado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. UERJ, Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ. Ano de 2015, p.5.

⁶⁶ TORRES, Jasson Ayres. **O Acesso à Justiça e Soluções Alternativas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. pp. 39-40.

⁶⁷ TORRES, Jasson Ayres. **O Acesso à Justiça e Soluções Alternativas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. pp. 48-49.

⁶⁸ SARMENTO, Daniel. **O Cabimento do Habeas Corpus Coletivo na Ordem Constitucional Brasileira.** Parecer sobre a admissibilidade do *habeas corpus* coletivo encomendado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. UERJ, Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ. Ano de 2015, p.6.

de forma coletiva quando estiver em jogo a ameaça ou coação à liberdade de locomoção de uma coletividade. Para destacar a possibilidade do manejo da ação coletivamente, a autora vai destacar a sociedade hoje vigente, a qual, segundo ela, é disforme e com seus riscos espalhados de forma desigual, tanto econômica, quanto geograficamente, atingindo de certo modo pessoas em sua coletividade para além de suas esferas individuais. Desse modo, essa violação de direitos transindividuais vai demandar uma nova compreensão do instituto⁶⁹.

Também merece destaque DE LAZARI⁷⁰ abordar a necessidade, cada dia mais presente, de regulamentação do instrumento heroico em sua forma coletiva, isso por motivos de necessidades sociais reais:

Há, indubitavelmente, uma necessidade primordial de desenvolver premissas para a utilização do writ em sua forma plural, tal como historicamente se fez com o mandado de segurança coletivo, e, mais recentemente, com o mandado de injunção coletivo. Nada obstante ainda prevaleçam as ações individuais no cotidiano prático forense, é certo que, por questão de efetivação do acesso à justiça, da economia processual, e de homogeneidade dos pronunciamentos judiciais acerca de temas similares, a coletivização de conflitos acaba sendo um caminho incontornável ante a singularização de interesses.

A doutrina civilista também reconhece a importância social do instituto ante as suas potencialidades, conforme é possível se observar em DIDIER JR, o qual vai listar uma série de motivos pelos quais as ações coletivas desse tipo são bem vindas e surgem como alento para o enfrentamento de abusos coletivos, fomentando o acesso à justiça. Dentre esses argumentos podemos citar a democratização do Estado e da tutela de direitos, a interpretação do seu cabimento para além da literalidade do disposto no Código de Processo Penal, haja vista se tratar de direito fundamental, e a enumeração de alguns casos em que o *habeas corpus* visto em sua forma individual não seria capaz de tutelar suficientemente o direito dos injustamente privados de sua liberdade de locomoção, citando, como exemplos, as ordens coletivas de busca e apreensão, ordens coletivas de prisão e mandados que proíbem passeatas cívicas que discutem temas relevantes para a sociedade⁷¹.

A ideia aqui presente é notadamente a de instrumentalidade na garantia dos direitos fundamentais violados, ou seja, não se pode resumir a tutela jurisdicional e a considerar adequada e efetiva apenas com a sua previsão normativa, tanto legal quanto constitucional.

⁶⁹ CHEQUER, Lílian Nássara Miranda. Habeas Corpus Coletivo. **De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, v. 13, nº 22, p. 245-246, 2015.

⁷⁰ DE LAZARI, Rafael José Nadim. Habeas Corpus Coletivo e Protestos Populares. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, nº 133. p. 103-104, 2014.

⁷¹ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: *jusPODIVM*. 2018. p. 131.

De modo contrário, deve ser essa efetiva em sua substância (empiricamente) para enfrentar a violação em si e não apenas formalmente⁷². A doutrina processual civil enfoca fortemente essa característica da tutela jurisdicional⁷³, destacando que nos dias atuais, principalmente a partir da vigência do novo Código de Processo Civil, a mera previsão legal de direitos e a sua garantia não se presta à manutenção e cumprimentos dos direitos fundamentais processuais. Isso porque esses direitos têm status constitucional, devendo a ordem jurídica vigente garantir a tutela efetiva dos direitos violados.

Por final deste tópico, o voto do ministro não é alheio à tradição da doutrina brasileira do habeas corpus, a qual teve como um dos principais representantes o eminente Ruy Barbosa, sendo esse destacado no voto do relator⁷⁴ e supra no presente trabalho, motivo pelo qual não o abordaremos novamente nesse excerto.

3.2 DIREITO COMPARADO

Como não poderia deixar de ser, o voto do ministro aborda a questão do direito comparado. Assim o sendo, é citado o caso *Verbitsky*⁷⁵ julgado pela Suprema Corte Argentina, no qual se restou decidido pelo cabimento do habeas corpus coletivo no país vizinho⁷⁶. O caso dizia respeito às condições de presos, as quais eram insalubres e

⁷² SOUSA FILHO, Ademar Borges de. O Habeas Corpus Coletivo: uma proposta para o Direito brasileiro a partir da experiência jurisprudencial latino-americana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, vol.137. p. 287-319, 2017.

⁷³ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Novo Processo Civil**. 3ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 440.

⁷⁴ “Com maior razão, penso eu, deve-se autorizar o emprego do presente writ coletivo, dado o fato de que se trata de um instrumento que se presta a salvaguardar um dos bens mais preciosos do homem, que é a liberdade. Com isso, ademais, estar-se-á honrando a venerável tradição jurídica pátria, consubstanciada na doutrina brasileira do habeas corpus, a qual confere a maior amplitude possível ao remédio heroico, e que encontrou em Ruy Barbosa quicá o seu maior defensor. Segundo essa doutrina, se existe um direito fundamental violado, há de existir no ordenamento jurídico um remédio processual à altura da lesão”. (BRASIL. HC 143.641, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 20/02/18).

⁷⁵ ARGENTINA. Caso *Verbitsky*. Rel. Antonio Boggiano, Suprema Corte Argentina, julgado em 03/05/2005. Esse HC coletivo foi interposto pelo Centro de Estudos Legais e Sociais, representado pelo seu presidente, o jornalista Horácio Verbitsky, em nome de todas as pessoas presas em instalações policiais superlotadas na província de Buenos Aires. A Câmara de Cassação Penal da Província e a Suprema Corte da Província de Buenos Aires rejeitaram a ação. Chegando o caso à Corte Suprema da Nação, deu-se provimento ao recurso, de maneira a reconhecer a idoneidade do habeas corpus na tutela coletiva das liberdades individuais.

⁷⁶ Pelo seu conteúdo e relevância, importante a transcrição de alguns trechos dos votos dos ministros da Corte Suprema: “[...] pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el ‘hábeas corpus’ como instrumento deducible también en forma colectiva, tratándose de pretensiones como las esgrimidas por el recurrente, es lógico suponer que si se reconoce la tutela de los derechos citados en el párrafo 2, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario, y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla”. Do voto do juiz Fayt, extrai-se a seguinte relevante passagem: “[...] no puede pasarse por alto que la previsión del actual artículo 43 de la Constitución Nacional contempla expresamente la figura del amparo colectivo. Y si bien no lo hace, al menos en forma expresa, con el hábeas corpus colectivo, ello no puede conducir a negar la posibilidad de su ejercicio.

atentatórias à sua dignidade, sendo o remédio acatado pela Corte Suprema da Nação, mesmo inexistindo previsão constitucional expressa de seu cabimento. Assim, destacando a similitude do direito pátrio com o do direito argentino, Lewandowski pugna por um entendimento semelhante no presente caso, ou seja, o cabimento do writ coletivo.

Esse paradigmático caso é apenas demonstrativo do uso abrangente do instrumento pelo país vizinho. A possibilidade aventada por esse julgado é refletida em uma série de outros, os quais revelam que a tutela judicial dos direitos fundamentais não abrange somente restrições indevidas à liberdade de ir e vir, notadamente demonstradas por intermédio de prisões arbitrárias, mas também situações como o direito dos detentos ao trabalho⁷⁷, a garantia aos detentos de um estabelecimento prisional com instalações médicas adequadas, nisso incluídas ambulâncias com equipamentos adequados para o seu transporte⁷⁸ e o reconhecimento que as constantes transferências de estabelecimentos prisionais suportadas pelos detentos implica em ofensa aos seus direitos constitucionais à saúde, educação, vínculo familiar e reinserção social⁷⁹, dentre outros.

Sucede que el amparo ha nacido en nuestro derecho constitucional como una extensión a otros derechos de la protección sumaria que las leyes otorgaron desde antiguo a la libertad corporal [...] de tal manera, la interpretación del ámbito de sujetos desamparados, por el primigenio remedio procesal, bien que circunscripto a la protección de los derechos vinculados con la libertad física y las condiciones de detención –no puede prescindir de esta nueva categoría, la colectiva– de violaciones susceptibles de ser remediadas por procedimientos sumarios”. Disponível em: <<http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/CSJN.%20Verbitsky%2003-05-05%20fallo.pdf>>. Acesso em 05 de junho de 2018.

⁷⁷ "Todo preso no puede ser ajeno al 'derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado' (art. 6º, PIDESC), lo que goza en nuestro país de estatus y protección constitucional, habida cuenta que se encuentra garantizado por el art. 14 bis CN y por diversos Tratados Internacionales de Derechos Humanos expresamente incluidos en el art. 75, inc. 22 de la norma suprema" (voto del juez Slokar al que adhieren los jueces Ledesma y David) in SOUSA FILHO, Ademar Borges de. O Habeas Corpus Coletivo: uma proposta para o Direito brasileiro a partir da experiência jurisprudencial latino-americana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, vol.137. p. 287-319, 2017.

⁷⁸ Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, 15.07.2014, causa n. FLP 2347, registro n. 1504/2014.4. Íntegra da sentença disponível em: <<http://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2014/07/INTERNOS-PENAL-DEFF.pdf>>. Acesso em: 11 de abril de 2018.

⁷⁹ "[P]ara la consecución de [la inserción social] es imprescindible, como correlato fáctico, una razonable estabilidad de los procesados y penados en un lugar de alojamiento [...] ya que, de lo contrario, no resulta posible implementar programa alguno de asistencia y/o tratamiento ni asegurar los derechos al trabajo, la educación, la salud, el vínculo familiar y la asistencia psicosocial que les corresponden ni la adecuada evaluación de la conducta" (voto del juez Hitters). "[L]a Relatoría [sobre los derechos de las personas privadas de libertad] de la CIDH [en el comunicado 64/10, del 21 de junio de 2010] constató con preocupación la existencia de una política de traslados de detenidos como forma de control del orden interno de los penales o sanción disciplinaria, que se aplica de manera sucesiva e indiscriminada por parte de las autoridades del Servicio Penitenciario, con la circunstancia agravante que durante el traslado se somete a los internos a un trato inhumano y degradante, lo que, tomando en cuenta la vasta extensión de la provincia de Buenos Aires perjudica seriamente el contacto regular de los privados de libertad con sus familias, y les impide acceder a programas de educación y empleo que favorezcan su proceso de resocialización" (voto del juez Hitters). Íntegra da sentença disponível em: <http://200.41.235.179:83/images/documentos/Jurisprudencia/Provinciales/derechos_humanos/carceles/13022_6cpm.pdf>. Acesso em 11 de abril de 2018.

Logo, essa construção jurisprudencial argentina demonstra como o *writ* coletivo pode ser instrumento efetivo de proteção da pessoa humana, notadamente em uma visão ampliativa do instrumento, a qual este trabalho compactua, haja vista a assim possível concretização da proteção aos direitos fundamentais violados de forma mais homogênea⁸⁰.

Também é trazido no voto do ministro brasileiro, destaque para o Pacto de San José da Costa Rica, principalmente ao seu art. 25, inc. I⁸¹, que garante o direito a um instrumento processual simples, rápido e efetivo, apto a tutelar direitos fundamentais lesionados ou ameaçados. Quanto a esse aspecto, importante é destacar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) valoriza o aspecto empírico da tutela judicial de direitos protegidos pelo Pacto de San José da Costa Rica, ou seja, o que as exigências reais e concretas advindas das violações exigem deve, conseqüentemente, moldar a futura tutela judicial⁸². Assim, o que é importante nesse entendimento é a garantia de que a tutela seja suficiente e adequada para fazer que cesse a ofensa ao direito fundamental, sendo fornecido pela Corte IDH um parâmetro: lesões coletivas à liberdade, as quais se verificam empiricamente, autorizariam o manejo de remédios processuais aptos a enfrentarem tais ilicitudes. Ou seja, seria cabível, quiçá exigível ante o necessário enfrentamento da violação, o manejo de tutelas coletivas⁸³.

⁸⁰ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. O Habeas Corpus Coletivo: uma proposta para o Direito brasileiro a partir da experiência jurisprudencial latino-americana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, vol.137. p. 287-319, 2017.

⁸¹ “Artigo 25. Proteção judicial: 1.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.” (Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CADH). **Pacto de San José da Costa Rica**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 07 jan. 2018).

⁸² É possível a menção a alguns julgados da Corte IDH que refletem a necessária e efetiva proteção judicial a ser conferida às pessoas submetidas a julgamento pelos Estados que se submetem à jurisdição da Convenção Americana de Direitos Humanos. Nesse sentido, o caso *Durand e Ugarte vs. Peru*, de 16.08.2000 é nítido nesse sentido ao afirmar que a inexistência de recursos ou meios efetivos para o combate a violações de direitos previstos em tratados internacionais é uma violação direta a esses mesmos dispositivos, notadamente no caso a Convenção Americana de Direitos Humanos. Ademais, destaca a Corte IDH no bojo desse processo que a mera previsão formal do meio de impugnação ou defesa não é o bastante, devendo o instrumento ser realmente efetivo para o caso concreto em que ocorra uma violação de direitos, sendo apto a remediá-la. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_68_esp.pdf>. Acesso em 05 de junho de 2018.

Outro caso que comporta menção é o caso *Cantoral Benavides vs. Peru*, de 18.08.2000, o qual tem características muito semelhantes ao recém mencionado, tendo o mesmo Estado como o violador de direitos e sendo julgado apenas 02 (dois) dias após o caso *Durand e Ugarte vs. Peru*. O caso *Cantoral*, no entanto, faz um acréscimo que é interessante: a menção do *habeas corpus* como um dos meios aptos a enfrentarem concretamente os direitos violados. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf>. Acesso em 05 de junho de 2018.

⁸³SOUSA FILHO, Ademar Borges de. O Habeas Corpus Coletivo: uma proposta para o Direito brasileiro a partir da experiência jurisprudencial latino-americana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, vol.137. p. 287-319, 2017.

Um ponto de destaque no voto, e que remete ao direito convencional quanto ao mérito desse *habeas corpus*, é o caso Alyne Pimentel. Essa foi a primeira denúncia sobre mortalidade materna acolhida pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), sendo esse o órgão responsável por monitorar o cumprimento da Convenção relativa aos Direitos das Mulheres, adotada pelas Nações Unidas no ano de 1979 pelos Estados-parte. Além de denúncia, foi também a primeira e única condenação do Estado brasileiro proveniente de um órgão do Sistema Universal de Direitos Humanos⁸⁴. Essa condenação impôs uma série de recomendações ao Brasil, voltadas à área da saúde maternal e reprodutiva da mulher, especialmente “assegurar o direito da mulher à maternidade saudável e o acesso de todas as mulheres a serviços adequados de emergência obstétrica”⁸⁵, dentre outros nos mesmos parâmetros. Logo, a situação de encarceramento, nas condições apresentadas pelas penitenciárias brasileiras confronta cabalmente o estabelecido como recomendação pela Organização das Nações Unidas (ONU).

Outra importante menção feita no voto, que diz respeito a normas internacionais, foram os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), dentre eles, o ODM nº 5, que trata da melhora da saúde materna, e do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) nº 5, que diz respeito à igualdade de gênero. Também são citados pelo ministro uma série de textos normativos internacionais, tais como, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, os Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas, a Convenção das Nações Unidas contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros (Regras de Mandela).

Ademais, destaca o ministro as Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras, conhecida como Regras de Bangkok, cabendo menção a algumas que são pertinentes ao presente trabalho⁸⁶:

⁸⁴ ALBUQUERQUE, Aline S. de Oliveira; BARROS, Julia Schirmer. Caso Alyne Pimentel: uma análise à luz da abordagem baseada em direitos humanos. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**. Fortaleza, n. 12. p 11, 2016.

⁸⁵ CEDAW. Alyne da Silva Pimentel Teixeira (deceased) v. Brazil. CEDAW/C/49/D/17/2008. p. 4-5.

⁸⁶ BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça (CNJ)**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>>. Acesso em 13 de abril de 2018>. Acesso em 12 de maio de 2018.

6.23.1. Nos estabelecimentos penitenciários para mulheres devem existir instalações especiais para o tratamento das reclusas grávidas, das que tenham acabado de dar à luz e das convalescentes. Desde que seja possível, devem ser tomadas medidas para que o parto tenha lugar num hospital civil. Se a criança nascer num estabelecimento penitenciário, tal fato não deve constar do respectivo registro de nascimento.

6.23.2. Quando for permitido às mães reclusas conservar os filhos consigo, devem ser tomadas medidas para organizar um berçário dotado de pessoal qualificado, onde as crianças possam permanecer quando não estejam ao cuidado das mães.

(...)

6.b.10. Serão oferecidos às presas serviços de atendimento médico voltados especificamente para mulheres, no mínimo equivalentes àqueles disponíveis na comunidade.

(...)

7.c.24. Instrumentos de contenção jamais deverão ser usados em mulheres em trabalho de parto, durante o parto e nem no período imediatamente posterior.

(...)

56. As autoridades competentes reconhecerão o risco específico de abuso que enfrentam as mulheres em prisão cautelar e adotarão medidas adequadas, de caráter normativo e prático, para garantir sua segurança nessa situação.

(...)

58. Considerando as provisões da regra 2.3 das Regras de Tóquio, mulheres infratoras não deverão ser separadas de suas famílias e comunidades sem que se considere devidamente a sua história e laços familiares. Formas alternativas de lidar com mulheres infratoras, tais como medidas despenalizadoras e alternativas à prisão, inclusive à prisão cautelar, deverão ser empregadas sempre que apropriado e possível.

Portanto, é nítida a influência do direito comparado na decisão emanada do relator, sendo o seu voto inspirado por uma série de regramentos transnacionais que tutelam indireta e diretamente as disposições internas relativas ao tratamento dado à matéria.

3.3 DISPOSITIVOS *LEGAIS* QUE POSSIBILITAM A CONCESSÃO DA ORDEM E CASOS ANÁLOGOS

O ministro Lewandowski cita o art. 654, § 2º do Código de Processo Penal⁸⁷, que trata da possibilidade de concessão de *habeas corpus* de ofício, afirmando que essa possibilidade demonstra “o quanto o remédio heroico é flexível e estruturado de modo a combater, de

⁸⁷ “Art. 654, § 2º Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de habeas corpus, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.” (BRASIL. **Código de Processo Penal**. (1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em 20 de março de 2018).

forma célere e eficaz, as ameaças e lesões a direitos relacionados ao *status libertatis*⁸⁸. Esse entendimento também é adotado por SARMENTO⁸⁹:

Ora, se todo magistrado dispõe de competência para conceder de ofício ordem de *habeas corpus*, não há razão para insistir na defesa da tese de que o remédio somente pode ser veiculado judicialmente em sua versão individual. Se o próprio Judiciário, diante da impetração de *habeas corpus* em favor de pessoas determinadas, pode ampliar, por iniciativa própria, a extensão subjetiva da proteção à liberdade de locomoção - flexibilizando com isso o princípio da inércia da jurisdição -, por mais razões ainda se deve admitir que a tutela jurisdicional seja perseguida, desde o início, em termos coletivos.

Essa possibilidade é, segundo a doutrina, uma tradição do direito pátrio⁹⁰ mediante a qual vige o entendimento de que não se aplica aos *recursos da defesa* (aqui entendidos em *lato senso*, haja vista a corrente majoritária que define o *writ* como uma ação, e não como um recurso conforme acima já explicitado) no âmbito do processo penal a restrição contida no princípio dispositivo. Ou seja, que incumbiria à parte interessada a iniciativa do processo e a delimitação de seu objeto a ser explorado por parte do poder judiciário, não podendo esse apreciar senão aquilo trazido pela parte demandante⁹¹.

Neste sentido, pode-se citar entendimento esposado pelo STF na fala do saudoso min. Cezar Peluso, o qual atentou que a concessão de ofício do *habeas corpus* para os casos em que esse é cabível, se constitui em dever incumbido ao Poder Judiciário, e não mera faculdade:

Impressionou-me o fato de este tribunal não raro invocar a eventual supressão da instância, para não conhecer de *habeas corpus* ou de seu fundamento, quando temos obrigação legal de conceder ordem de ofício à vista de ilegalidade manifesta. Para

⁸⁸ HC 143.641, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 20/02/18.

⁸⁹SARMENTO, Daniel. **O Cabimento do Habeas Corpus Coletivo na Ordem Constitucional Brasileira**. Parecer sobre a admissibilidade do habeas corpus coletivo encomendado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. UERJ, Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ. Ano de 2015, p.18.

⁹⁰ Segundo consta na Revista de Informação Legislativa do Senado Federal datada do ano de 1978, Plínio de Oliveira Correa em Síntese de Comunicação em que se discutia o Anteprojeto do Novo Código de Processo Penal, o qual até o presente ano ainda não saiu do papel, atenta para a magnitude histórica da concessão de ofício do habeas corpus salientando que tal prática remonta ao Código de Processo Criminal do Império de 1832, especificadamente prevista em seu art. 344: "Art. 344. Independentemente de petição qualquer Juiz póde fazer passar uma ordem de - Habeas-Corpus - ex-officio, todas as vezes que no curso de um processo chegue ao seu conhecimento por prova de documentos, ou ao menos de uma testemunha jurada, que algum cidadão, Official de Justiça, ou autoridade publica tem ilegalmente alguem sob sua guarda, ou detenção.". (BRASIL. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181158/000366151.pdf?sequence=%223>>. Acesso em 11 de abril de 2018.

⁹¹SOUSA FILHO, Ademar Borges de. O Habeas Corpus Coletivo: uma proposta para o Direito brasileiro a partir da experiência jurisprudencial latino-americana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, vol.137. p. 287-319, 2017.

meu conforto, existe até precedente, no RHC 80.110, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, que observou com muita propriedade: ‘... a inexigibilidade do prequestionamento somada ao poder dever da concessão do *habeas corpus* de ofício permitem – quando manifesta a ilegalidade que o tribunal coator se haja indevidamente recusado a examinar – que se sobreponha a decisão imediata’” (STF, HC 85.237, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 17.03.2005).

Logo, nesse ponto, fica a questão deveras questionável de por que não se admitir o *habeas corpus* em sua forma não individual, se já é pacífico na doutrina e jurisprudência pátrias a possibilidade de sua concessão de ofício. A razão conferida à outorga de competência para juízes e tribunais concederem *habeas corpus* de ofício é, para a doutrina, uma evidente visão expansiva do instrumento, sendo isso mais um motivo para a compatibilização desse remédio com uma visão coletiva⁹².

Na sequência, destaca ele o art. 508⁹³ do mesmo diploma legal, dizendo que este dispositivo abre a possibilidade para que sujeitos que não o paciente (caso de *habeas corpus* individual) consigam aproveitar a decisão que concedeu a ordem no caso. Ou seja, estende para os demais os efeitos de um *habeas corpus* no caso concreto com paciente determinado⁹⁴.

Cumprido ser destacado, nessa parte, também, a menção feita pelo ministro ao julgamento do HC 142.513⁹⁵ pelo STJ, no qual a ordem foi estendida a todos que se encontravam na mesma situação (caso dos presos em contêineres, que foram encaminhados à prisão domiciliar), transmudando-se em verdadeira medida coletiva. Também é feito destaque para o julgamento do RE 641.320⁹⁶, o qual ganhou Repercussão Geral com o nº 423, para argumentar acerca da possibilidade de uma atuação mais ativa por parte da Corte Suprema (vide tópico *A situação degradante das mulheres na prisão*, abaixo). Afirma ele que, mesmo não tratando de temas idênticos ou parecidos (o RE 641.320 tinha,

⁹² *Idem*.

⁹³ “Art. 580. No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.” (BRASIL. **Código de Processo Penal**. (1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em 20 de março de 2018).

⁹⁴ A norma destacada pelo ministro acima é chamada pela doutrina de “efeito extensivo dos recursos” que, por meio de uma analogia (haja vista não ser o *habeas corpus* uma espécie de recurso conforme já amplamente destacado no presente trabalho) é muitas vezes aplicado ao writ. É esse o entendimento de PACHELLI e FISCHER quando afirmam: “Se verificado que há outro interessado, porém não paciente indicado no writ, figurando como coautor ou partícipe e se tratando, as questões aventadas no *habeas corpus*, de natureza objetiva ou de natureza subjetiva comum, viável a extensão do provimento deferido ao paciente que constou originariamente no polo ativo. A extensão desse efeito pode ser conferida ex officio – se viável a verificação de plano das situações idênticas – ou então, posteriormente, mediante provocação da parte interessada, sendo desnecessário, portanto, ajuizamento de novo writ com pedido idêntico. (PACHELLI, Eugênio, FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 1430).

⁹⁵ HC 142.513, Rel. Min. Nilson Naves, 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 23/03/2010.

⁹⁶ RE 641.320, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 11/11/2016.

como pano de fundo, a impossibilidade de manutenção do condenado no regime prisional mais gravoso, ante a falta de estabelecimento penal adequado⁹⁷), a atuação que se pretende dar no caso em análise é parecida com o que foi assentado nesse julgado, de relatoria do min. Gilmar Mendes.

Além de dispositivos notadamente processuais que tratam das nuances do cabimento ou não do remédio constitucional, o voto é permeado por normas de direito material, dentre elas, a Constituição da República⁹⁸ (abaixo transcrita em sua redação original conforme no voto do ministro Lewandowski) e a Lei de Execução Penal (LEP)⁹⁹. No entanto, o ministro destaca que esses mandamentos não vêm sendo cumpridos, citando, como exemplo, os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias– Mulheres (INFOPEN), apresentado no bojo de seu voto e também no presente trabalho.

Dando especial destaque para a figura dos(as) filhos(as) submetidos(as) ao cárcere, o ministro traz à baila o art. 227 da Constituição da República¹⁰⁰, o qual situa o jovem como

⁹⁷ Eis a tese de repercussão geral firmada: “Tema 423 I - A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso; II - Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como ‘colônia agrícola, industrial’ (regime semiaberto) ou ‘casa de albergado ou estabelecimento adequado’ (regime aberto) (art. 33, §1º, alíneas ‘b’ e ‘c’); III - Havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado”. Disponível em: < <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+641320%2ENU ME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+641320%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/am48o4v>>. Acesso em 30 de abril de 2018.

⁹⁸ “Art. 5º, inc. II - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; (...) ii. “art. 5º, inc. XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”; (...) iii. “art. 5º, inc. XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado” (...);iv. “art. 5º, inc. L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”; (...) v. “art. 5º, inc. XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; (...) vi. “art. 5º, inc. XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 20 de março de 2018).

⁹⁹ “Art. 14, § 3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.” “Art. 83, § 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.” “Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa”. (BRASIL. LEI 7.210/1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210compilado.htm> Acesso em 20 de março de 2018).

¹⁰⁰ “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em: <

uma prioridade a ser tutelada, tanto pela família quanto pelo Estado, devendo esse ter assegurados uma série de direitos e não ser submetido a nenhuma condição que venha a prejudicar o seu posterior desenvolvimento e crescimento. Lewandowski conclui com esse artigo e em conjunto com o que dispõe o art. 5º, inc. XLV “nenhuma pena passará da pessoa do condenado” (citado supra) afirma que no caso das mulheres presas, a privação de sua liberdade, além de ter consequências nefastas para si, também se estende para as crianças que são trazidas consigo em seus ventres e àquelas já geradas, sendo evidentes e óbvios os impactos da prisão nesses. Além disso, também destaca os efeitos nefastos da posterior separação entre mulher e filhos, gerando consequências físicas e psíquicas gravíssimas.

Nesse cenário com enfoque nas crianças encarceradas junto de suas mães, o relator não deixa escapar menção ao Estatuto da Primeira Infância (Lei 13.257/2016), o qual modificou alguns artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)¹⁰¹. Além disso, esse novo Estatuto foi o responsável pela alteração do art. 318 do Código de Processo Penal, dispositivo sobre o qual versa o habeas corpus sob análise, fruto de discussões acaloradas no meio jurídico processual e que embasa o presente estudo¹⁰².

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.> Acesso em 20 de março de 2018).

¹⁰¹ “Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. Art. 8º É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde. § 1º O atendimento pré-natal será realizado por profissionais da atenção primária. (...) § 4º Incumbe ao poder público proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal. § 5º A assistência referida no § 4º deste artigo deverá ser prestada também a gestantes e mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção, bem como a gestantes e mães que se encontrem em situação de privação de liberdade. (...) § 7º A gestante deverá receber orientação sobre aleitamento materno, alimentação complementar saudável e crescimento e desenvolvimento infantil, bem como sobre formas de favorecer a criação de vínculos afetivos e de estimular o desenvolvimento integral da criança. § 8º A gestante tem direito a acompanhamento saudável durante toda a gestação e a parto natural cuidadoso, estabelecendo-se a aplicação de cesariana e outras intervenções cirúrgicas por motivos médicos. § 9º A atenção primária à saúde fará a busca ativa da gestante que não iniciar ou que abandonar as consultas de pré- natal, bem como da puérpera que não comparecer às consultas pós-parto. § 10º Incumbe ao poder público garantir, à gestante e à mulher com filho na primeira infância que se encontrem sob custódia em unidade de privação de liberdade, ambiência que atenda às normas sanitárias e assistenciais do Sistema Único de Saúde para o acolhimento do filho, em articulação com o sistema de ensino competente, visando ao desenvolvimento integral da criança. Art. 9º O poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade.” (BRASIL. Lei 8.069/1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 13 de março de 2018).

¹⁰² “Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (...) IV - gestante; V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos”. (BRASIL. **Código de Processo Penal**. CPP (1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em 20 de março de 2018.

Por fim deste tópico, um adendo não trazido no bojo do *habeas corpus* 143.641 se mostra deveras necessário. Conforme já supracitado, a previsão constitucional do instituto se dá no art. 5º, inc. LXVIII¹⁰³. Este artigo, em seu *caput*¹⁰⁴ não faz qualquer ressalva quanto ao cabimento meramente individual ou coletivo do *writ*, o qual prevê e elenca uma série de direitos e garantias aos indivíduos tutelados pela Carta Política de 1988. Tal abordagem notadamente individual e restritiva somente é feita pelo Código de Processo Penal, em seu já citado art. 654, § 1º, alínea a¹⁰⁵, quando afirma da necessidade de indicação na petição do paciente a que se endereça o instrumento. Logo, uma abordagem constitucional se mostra deveras necessária, ante a disposição constitucional de direito fundamental a que está inserido o *habeas corpus*. Tal análise da matéria, a nosso ver tutelaria a impetração coletiva de *habeas corpus* na ordem jurídica pátria.

3.4 O PROBLEMA DA INDETERMINABILIDADE DAS PACIENTES

O voto do ministro cuidou desse ponto justamente por ser um dos principais motivos pelos quais a jurisprudência sempre se mostrou resistente quanto ao cabimento de ações coletivas, notadamente o *habeas corpus*.

As(os) pacientes indeterminadas(os) ou indetermináveis sempre foram de encontro ao que prevê o art. 654 do Código de Processo Penal, o qual aponta a necessidade de ser especificada a identidade da pessoa paciente, sendo muitas vezes motivo para não conhecimento das ações. No entanto, no caso concreto, afirma o ministro que isso não seria óbice à concessão da ordem, justamente porque, segundo ele, “tal assertiva se mostrou superada pela apresentação pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e por outras diversas autoridades estaduais, de listas contendo nomes e dados das mulheres presas preventivamente, que estão em gestação ou são mães de crianças sob sua

¹⁰³ “Art. 5º, inc. LXVIII - 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”. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 23 de junho de 2018).

¹⁰⁴ “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”. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 23 de junho de 2018).

¹⁰⁵ “Art. 654. O **habeas corpus** poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público. § 1º A petição de **habeas corpus** conterà: a) o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exercer a violência, coação ou ameaça.” (BRASIL. **Código de Processo Penal**. (1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em 23 de junho de 2018).

guarda”¹⁰⁶. E na sequência, conclui: “Em face dessa listagem, ainda que provisória, de mulheres presas, submetidas a um sistemático descaso pelo Estado responsável por sua custódia, não se está mais diante de um grupo de pessoas indeterminadas e indetermináveis, mas em face de uma situação em que é possível discernir direitos individuais homogêneos”¹⁰⁷.

Logo, tal argumento, por mais que não enfrente o problema da indeterminabilidade das pessoas pacientes, fazendo uma curva e escapando desse argumento que impossibilitaria o conhecimento do habeas corpus, tal foi o mecanismo utilizado pelo ministro para demonstrar que no caso não se estava diante de pessoas indeterminadas ou indetermináveis, mas sim de um grupo bem determinado e homogêneo.

Para se encarar a questão da pluralidade de pacientes como empecilho para conhecimento do remédio heroico e sua utilização, necessário é entender, primeiro, os direitos coletivos, os quais se dividem em difusos, coletivos e individuais homogêneos. Para tal, faremos uso do Código de Defesa do Consumidor (CDC)¹⁰⁸. A doutrina¹⁰⁹, utilizando esse código como premissa, faz uma análise pertinente ao assunto que nos interessa, dizendo primeiramente sobre os direitos difusos que se tratam de um direito de dimensão coletiva, os quais pertencem a uma comunidade de pessoas indeterminadas e indetermináveis, sendo esses direitos inerentes a cada um dos membros e ao todo de modo conjunto e contínuo no tempo. Importante ressalva feita é que as pessoas aqui se ligam faticamente apenas, logo, não haveria óbices para que a liberdade de locomoção fosse nesse caso tutelada difusamente, haja vista uma coação ou ameaça de lesão a esses direitos poder atingir uma comunidade de pessoas indeterminadas. Exemplo disso seria o HC 207.720¹¹⁰, julgado pelo STJ que tratou do toque de recolher determinada em uma comarca paulista.

Os direitos coletivos em sentido estrito também são assim analisados e confrontados com a possibilidade do manejo de uma ação coletiva como o *habeas corpus*. Assim, CHEQUER¹¹¹ vai afirmar que esses se definem como sendo direitos transindividuais de natureza indivisível e que tenham como titular um grupo, categoria ou classe de pessoas

¹⁰⁶ HC 143.641, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 20/02/18.

¹⁰⁷ *Idem*.

¹⁰⁸ BRASIL. Lei 8.078/1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 13 de abril de 2018.

¹⁰⁹ CHEQUER, Lílian Nássara Miranda. Habeas Corpus Coletivo. **De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, v. 13, nº 22, p. 247, 2015.

¹¹⁰ HC 207.720, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 01/12/2011.

¹¹¹ CHEQUER, Lílian Nássara Miranda. Habeas Corpus Coletivo. **De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, v. 13, nº 22, p. 248, 2015.

ligadas entre si por uma relação jurídica de base. Logo, estes direitos dizem respeito ao grupo, à comunidade ou a pessoas inicialmente indeterminadas, mas determináveis com relações já anteriormente construídas à luz do direito. Quanto ao cabimento de um *habeas corpus* coletivo para situações tais, é citado o caso de movimentos sociais, como o Movimento Passe Livre, Movimento dos Sem Terra, dentre outros, concluindo-se pela possibilidade de serem esses direitos tutelados coletivamente.

Por último, os direitos individuais homogêneos também são assim contextualizados e, posteriormente, analisados pela autora¹¹², a qual afirma que estes, por definição do Código de Defesa do Consumidor, são aqueles que decorrem de origem comum, sendo os seus titulares pessoas individualizadas, podendo até serem indeterminadas, porém, facilmente determináveis. Dessa maneira, afirma a autora que o direito é divisível e distinguível entre quem os titulariza, podendo ser manejada uma espécie de ação coletiva como o *habeas corpus* para essa espécie de direitos transindividuais, sendo citada a situação carcerária nacional como exemplo.

Nesse ponto é deveras interessante uma ressalva feita pela doutrina que vem para apaziguar aqueles que veem com receio tal enfrentamento coletivo do problema: a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, especificadamente, não retira a sua natureza de direitos individuais e assim o é desde que são utilizadas ações como o mandado de injunção coletivo e a ação civil pública, por exemplo. Logo, não se admite, por óbvio, uma titularização abstrata por uma coletividade do direito à liberdade de locomoção, haja vista ser esse um direito sempre do indivíduo, de natureza marcadamente individual. O que se pretende é uma *paridade de armas* em seu enfrentamento, ou seja, que uma ofensa coletiva determinada e analisada no caso concreto possa ser enfrentada mediante uma ferramenta idônea para que seja essa ilicitude coibida e eliminada do mundo dos fatos e do direito e isso seja possibilitado com o manejo do *habeas corpus*¹¹³.

O Código de Defesa do Consumidor utiliza tal técnica de coletivização de um direito notadamente individual (o direito do consumidor em si, visto como pessoa física ou jurídica que se enquadre em seus termos) em razão da sua abrangência subjetiva coletiva de violação. Isso poderia, como defende a doutrina¹¹⁴ servir também para o *writ* no caso do direito à liberdade de ir e vir. Tal entendimento é já esposado na experiência argentina,

¹¹² *Idem.*

¹¹³ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. O Habeas Corpus Coletivo: uma proposta para o Direito brasileiro a partir da experiência jurisprudencial latino-americana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, vol.137. p. 287-319, 2017.

¹¹⁴ *Idem.*

conforme se desprende, respectivamente, de GUIDI¹¹⁵ e BERTOLINO¹¹⁶, conforme citados por SOUSA FILHO:

De lo que venimos exponiendo hasta aquí, se desprende que los distintos enfoques judiciales han transitado, de un modo u otro, por la cuestión del significado que pueda adjudicarse al término “colectivo”, o más propiamente desde el derecho argentino, al sintagma “de incidencia colectiva”, contenido en el artículo 43 de la Constitución Nacional. Aunque más en especial, el razonamiento judicial giró alrededor de si lo que estaba en cuestión era una sumatoria de derechos individuales o ver- daderamente se trataba de un derecho de corte supraindividual. Creemos, sin embargo, que no se trataba, en el caso, ni de lo uno ni de lo otro. Es que entendemos que, en realidad, en la situación articulada estuvieron en juego posiciones jurídicas (intereses o cabales prerrogativas) encuadrables en la categoría de los denominados “derechos individuales homogéneos”. Veámoslo. La “situación plural” de la que hemos hablado líneas arriba — siempre dentro de las coordenadas del caso bajo estudio —, bien puede ser tipificada como un supuesto de los llamados “derechos individuales homogéneos”, en tanto éstos se han entendido como “... una compilación de derechos subjetivos individuales, marcados por la nota de divisibilidad, de la cual es titular una comunidad de personas indeterminadas mas determinables, cuyo origen está en alegaciones de cuestiones comunes de hecho o de derecho”.

En puridad, se trata de derechos individuales, pero que de algún modo, funcionalmente pueden, en ciertas circunstancias, “colectivizarse” — si así podemos decirlo —, los cuales, por cierto, necesitarán para ello algo más que el mero aglomerado fáctico. Precisamente, en esta órbita de reflexión y con pretensión análoga al “hábeas corpus colectivo” tenemos que el Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, en su artículo 2º, para los supuestos de “derechos individuales homogéneos” exige “la demostración del predominio de las cuestiones comunes sobre las individuales” y también “la utilidad de la tutela colectiva en el caso concreto”.

Logo, pode-se afirmar que o *habeas corpus* coletivo é uma ação coletiva, com natureza de garantia constitucional fundamental, de aplicabilidade imediata e de interpretação ampla, sendo esse cabível para tutelar o direito de liberdade de locomoção em todas as suas dimensões, sejam difusas, coletivas ou situações individuais em que haja homogeneidade de questões de fato ou de direito¹¹⁷.

Nesse mesmo sentido é a doutrina de Fredie Didier Jr., o qual destaca a resistência dos tribunais em reconhecer a aplicabilidade do *habeas corpus* coletivo, haja vista se tratar de pessoas indeterminadas, o que se chocaria com o art. 654, § 1º, a do CPP. No entanto, o autor ressalta o uso já consagrado no direito pátrio de outros mecanismos que visam a

¹¹⁵ GUIDI, Antônio. *apud* SOUSA FILHO, Ademar Borges de. O Habeas Corpus Coletivo: uma proposta para o Direito brasileiro a partir da experiência jurisprudencial latino-americana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, vol.137. p. 287-319, 2017.

¹¹⁶ BERTOLINO, Pedro J. *apud* SOUSA FILHO, Ademar Borges de. O Habeas Corpus Coletivo: uma proposta para o Direito brasileiro a partir da experiência jurisprudencial latino-americana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, vol.137. p. 287-319, 2017.

¹¹⁷ CHEQUER, Lílian Nássara Miranda. Habeas Corpus Coletivo. **De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, v. 13, nº 22, p. 249, 2015.

tutelar direitos coletivos, os quais não estão previstos em lei, dentre eles o mandado de segurança coletivo e o mandado de injunção coletivo¹¹⁸, salientando que a é da natureza das ações coletivas a sua atipicidade e que tais demonstrações devem servir como esteio para a aplicação coletiva do *writ*¹¹⁹.

A doutrina que trata do tema e defende o cabimento do *habeas corpus* em sua forma coletiva é frequente em mencionar o caso do mandado de injunção coletivo, o qual conforme acima destacado não tinha previsão legal, mas era mesmo assim utilizado e aceito no direito pátrio¹²⁰. Logo, mesmo que hoje exista lei específica que regulamente o uso desse instrumento em sua forma coletiva, o seu manejo em épocas em que isso ainda não era previsto expressamente serve muito bem como uma experiência a ser lembrada para os fins de cabimento e uso do *habeas corpus* coletivo, haja vista ser à época irrelevante a sua não previsão cabal em algum texto de lei, conforme entendimento do STF esposado nas palavras do ministro Celso de Mello no mandado de injunção (MI) nº 20¹²¹.

Além disso, pode-se destacar um argumento utilitarista que enfrentaria frontalmente a problemática da suposta impossibilidade de manejo da ação ante a indeterminabilidade das pessoas pacientes: a diminuição de processos que tramitam no Poder Judiciário. Isso é possibilitado, segundo ZVEIBIL¹²², pelo uso análogo do que dispõe o Código de Defesa do Consumidor para o cumprimento individual da decisão coletiva sufragada em um processo coletivo¹²³ e, segundo o autor, somente não é ainda possibilitado por preconceitos intrínsecos ao poder julgador.

¹¹⁸ O texto não previu a entrada em vigor da lei 13.300/2016 que regulamenta expressamente o mandado de injunção coletivo, antes somente admitido mediante entendimento jurisprudencial. Eis a ementa da lei: “Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências.” (BRASIL. Lei 13.300/2016. **Lei do Mandado de Injunção Coletivo**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm>. Acesso em 11 de abril de 2018).

¹¹⁹ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: jusPODIVM. 2018. pp. 131-132.

¹²⁰ Conforme os seguintes precedentes do STF: MI 20, rel. Min. Celso de Mello; MI 342, rel. Min. Moreira Alves; e MI 361, rel. p/ o acórdão Min. Sepúlveda Pertence.

¹²¹ “(...) a orientação jurisprudencial adotada pelo Supremo Tribunal Federal prestigia, desse modo, a doutrina que considera irrelevante, para efeito de justificar a admissibilidade da ação injuncional coletiva, a circunstância de inexistir previsão constitucional a respeito.” (STF, MI 20, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 19.05.1994.)

¹²² ZVEIBIL, Daniel Guimarães. Considerações sobre a “nova” vedação do *habeas corpus* substitutivo de recurso. **Tribuna Virtual IBCCRIM**. Ano 01, edição nº 03. Abril de 2013.

¹²³ “Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.” “Art. 95. Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.” “Art. 97. A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82.” (BRASIL. Lei 8.078/1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 13 de abril de 2018).

Assim o sendo, a superação de um viés meramente formalista-legal, somente vinculado ao que prevê o art. 654, § 1º, a, o qual simplesmente procedimentaliza a petição de *habeas corpus* é medida que sem impõe à luz da Constituição da República, haja vista a possibilidade de impetração de *writs* coletivos estar em consonância com esta e ser o citado artigo um *mero formalismo* ainda vinculado à época em que entrou em vigor o Código de Processo Penal, na qual a sociedade era diametralmente oposta à hoje existente.

Finalizando esse ponto de destaque do voto do ministro, o qual foi aqui expandido e enfrentado sob um viés de garantia do acesso à justiça e de efetividade dos direitos, cumpre se fazer um adendo a título exemplificativo de quão disfuncional pode ser o não cabimento de medidas coletivas como o *habeas corpus* em um sistema que possibilita buscas e apreensões coletivas¹²⁴ sem a individualização da pessoa que sofrerá a restrição em sua privacidade, por exemplo. Assim, por que razão seria cabível uma medida restritiva como essa, a qual tem expressa previsão de ser excepcional e dever fazer menção “o mais precisamente possível da casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador”¹²⁵ por questões óbvias de violação de direitos individuais, mas não se admitir o manejo de uma ação constitucional que visa a tutelar um direito fundamental, o qual deve ser sempre interpretado extensivamente? Ora, se a falta do nome não impede o manejo de medidas cautelares, porque seria ele um obstáculo à liberdade?¹²⁶

3.5 A SITUAÇÃO DEGRADANTE DAS MULHERES NA PRISÃO

O voto do ministro não deixa escapar a lembrança à Medida cautelar na ADPF 347¹²⁷, a qual reconheceu a violação de direitos fundamentais da população carcerária, sendo, também, externado pelos ministros e ministras da Suprema Corte brasileira, quando dessa

¹²⁴ Uma juíza do estado do Rio de Janeiro autorizou no ano de 2016 buscas e apreensões coletivas no bairro Cidade de Deus, comunidade carente do município carioca. Justificou sua medida no restabelecimento da ordem pública dizendo: “Em tempos excepcionais, medidas também excepcionais são exigidas com intuito de restabelecer a ordem pública”. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-22/juiza-rj-autoriza-busca-apreensao-coletiva-cidade-deus>>. Acesso em 11 de abril de 2018.

¹²⁵ “Art. 243. O mandado de busca deverá: I - indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem; II - mencionar o motivo e os fins da diligência; III - ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir.” (BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 20 de março de 2018).

¹²⁶ ROCHA, Jorge Bheron. **Habeas corpus coletivo: uma proposta de superação do prisma individualista**. Tribuna da Defensoria. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-30/tribuna-defensoria-hc-coletivo-proposta-superacao-prisma-individualista>>. Acesso em 10 de abril de 2018.

¹²⁷ Medida Cautelar na ADPF 347, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, julgada em 09/09/15.

sessão, o *estado de coisas inconstitucional* no qual se encontram as penitenciárias de nosso país.

Assim, o relator destacou partes desse julgado que, em sua visão, caberiam para o julgamento do presente *habeas corpus*¹²⁸, sendo clara a intenção do ministro em trazer a realidade abordada pelo julgamento dessa ADPF para o bojo do julgamento do *habeas corpus*, fazendo uma análise detida sobre as violações em geral nas mais diversas penitenciárias ser aplicada especificadamente para o caso de mulheres que estão presas preventivamente, grávidas ou mães de filhos de até 12 (doze) anos de idade.

Na sequência, traz o ministro uma série de dados que se mostram preocupantes e que merecem o devido destaque neste trabalho. Por, a nosso ver, comporem a situação degradante das mulheres na prisão, subtítulo ao qual estamos agora inseridos, serão aqui apresentados.

Primeiramente, é citado o INFOPEN Mulheres de 2017, estudo feito pelo Ministério da Justiça (MJ)¹²⁹, o qual demonstra o crescimento exorbitante do número de mulheres encarceradas no Brasil: 567% de aumento entre os anos de 2000 e 2014, frente a 220% do aumento de presos masculinos no mesmo período. Fato tal demonstra com clareza a tendência crescente da cultura do encarceramento, conforme destacado pelo ministro. Tratando da prisão provisória, 30,1% das mulheres se encontram nesse tipo de aprisionamento, no entanto, apenas 27% das unidades femininas possuem esta finalidade, numa clara afronta ao que prevê a Lei de Execução Penal, o Código Penal (CP) e a Constituição da República, quando determinam a individualização das penas.

Abordando de modo bem específico a maternidade no cárcere, os números apresentados pelo ministro falam por si só e demonstram a falta de condições mínimas das penitenciárias nesse quesito. Por ser relevante, citemos a íntegra da passagem acerca dessas condições no voto do ministro Lewandowski:

(i) nos estabelecimentos femininos, apenas 34% dispõem de cela ou dormitório adequado para gestantes, apenas 32% dispõem de berçário ou centro de referência materno infantil e apenas 5% dispõem de creche (INFOPEN Mulheres, p. 18-19);

¹²⁸ “Com relação aos problemas causados pela chamada cultura do encarceramento, do número de prisões provisórias decorrente de possíveis excessos na forma de interpretar-se e aplicar-se a legislação penal e processual, cabe ao Tribunal exercer função típica de racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal de modo a minimizar o quadro, em vez de agravá-lo, como vem ocorrendo”. (BRASIL. HC 143.641, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 20/02/18.)

¹²⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. **INFOPEN Mulheres 2017**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em 05 de junho de 2018.

(ii) nos estabelecimentos mistos, apenas 6% das unidades dispõem de espaço específico para a custódia de gestantes, apenas 3% dispõem de berçário ou centro de referência materno infantil e nenhum dispõe de creche (INFOPEN Mulheres, p. 18-19).

Esses números são ainda mais preocupantes se considerarmos que 89% das mulheres presas têm entre 18 e 45 anos (INFOPEN Mulheres, p. 22), ou seja, em idade em que há grande probabilidade de serem gestantes ou mães de crianças. Infelizmente, o INFOPEN Mulheres não informa quantas apresentam, efetivamente, tal condição¹³⁰.

Cabe lembrança nesse subtítulo da manifestação do ministro quando o mesmo citou o “caso Alyne Pimentel” (abordado acima no subtítulo Direito Comparado), para o qual “o Brasil não tem sido capaz de garantir cuidados relativos à maternidade nem mesmo às mulheres que não estão em situação prisional”¹³¹, logo que dirá de quem se encontra encarcerada.

O ministro destaca a exordial apresentada pelo Coletivo de Advogados em Direitos Humanos para fazer referência ao panorama hoje enfrentado pelas mulheres grávidas, lactantes ou mães de crianças de até 12 (doze) anos no cárcere. O relato choca e destaca diversos pontos críticos do panorama hoje enfrentado por essas mulheres presas preventivas nessas condições, dentre os quais: incapacidade de oferecer um ambiente confortável, alimentação adequada e viabilizar condições para o desenvolvimento de uma gestação saudável, sendo muitas vezes completo o abandono dessas mulheres justamente em momentos em que é extremamente necessário que sejam elas assistidas.

Ainda tratando da inicial do habeas corpus ora analisado, o ministro destaca parte dela em que são apresentados dados concretos acerca de doenças que, por conta da falta de atendimento e acompanhamento médico das gestantes, acabam sendo transmitidas para as crianças que estão sendo geradas. Nesse ponto, é trazido levantamento feito pelo INFOPEN acerca da sífilis¹³², doença transmissível que acomete 35% das detentas com doenças dessa espécie, a qual pode gerar a sífilis congênita (passa via placenta para o bebê), além de poder levar ao óbito, trabalhos de parto prematuros, aborto precoce ou, se sobreviver o feto, a más formações ósseas, cerebrais, dentre outras consequências graves. Dessa maneira, a peça processual conclui que essa situação somente reflete e é sintomática do descaso e indiferença do sistema prisional frente os direitos reprodutivos das mulheres

¹³⁰ HC 143.641, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 20/02/18.

¹³¹ CEDAW. Alyne da Silva Pimentel Teixeira (deceased) v. Brazil. CEDAW/C/49/D/17/2008. p. 4-5.

¹³² BRASIL. Ministério da Justiça. INFOPEN Mulheres 2017. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em 05 de junho de 2018.

presas, sendo, portanto, em muitos casos, criador e incrementador do perigo e da potencialidade de dano nesses casos.

Percebe-se que o desrespeito a direitos básicos é frequente e os danos muitas vezes irreparáveis. As crianças, muitas vezes nascidas nesses locais totalmente despreparados e com um ambiente hostil são as maiores vítimas da continuação do status quo, conforme destaca o ministro em seu voto. Ademais, não bastasse esse cenário, a separação entre criança e mãe também se mostra danosa, fato esse também trazido pelos autores do writ quando mencionam as consequências dessa abrupta separação¹³³.

Para demonstrar o cenário mais detalhadamente, o ministro relator destaca alguns dados divulgados pelo CNJ sobre a “Saúde materno-infantil nas prisões”, os quais são chocantes, se colocados à evidência:

De acordo com os resultados do estudo, a vulnerabilidade social delas foi agravada durante a experiência da parição. Embora a maioria delas (60%) tenha sido atendida em até meia hora após o início do trabalho de parto, apenas 10% das famílias das presas foram avisadas. Uma em cada três mulheres foi levada ao hospital em viatura policial. A estadia na maternidade também foi problemática, uma vez que 36% das mulheres ouvidas relataram que foram algemadas em algum momento da internação. Maus-tratos ou violência – verbal e psicológica – foram praticadas por profissionais da saúde em 16% dos casos e por agentes penitenciários em 14% dos relatos.

Para analisar a experiência pré-parto e o atendimento prestado às gestantes, foi considerada recomendação do Ministério da Saúde, segundo a qual o pré-natal adequado tem de ser iniciado antes da 16ª semana da gestação. A distribuição das consultas é trimestral: uma no primeiro trimestre, duas no segundo e três, no terceiro. Apenas 32% das mulheres ouvidas tiveram um atendimento pré-natal adequado.” (Disponível em: http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=85402:jovem-negra-emaes-solteira-a-dramatica-situacao-de-quem-da-a-luz-naprisao&catid=813:cnj&Itemid=4640, acesso em 12 de novembro de 2017).

¹³³ “Quanto à saída da criança do cárcere, seu elemento mais problemático é o caráter abrupto, o descompromisso com um período de adaptação e a desconsideração de seus impactos sobre a saúde psicológica das mulheres encarceradas. Após um período de convívio com suas crianças, durante o qual permanecem isoladas dos demais espaços de convivência das unidades de privação de liberdade, dedicando-se exclusivamente ao cuidado dos recém-nascidos, mães e filhos são bruscamente apartados. BRAGA e ANGOTTI denominam hiper-hipo-maternidade este constructo da disciplina prisional, caracterizado por uma intensa e regulada convivência, seguida de uma brusca e cruel separação. Importante ainda mencionar que, caso não seja bem-sucedida a tentativa de contato com a família ou não haja familiares dispostos a assumir o cuidado da criança durante o período de privação de liberdade da mãe, as crianças são encaminhadas a um abrigo. Não raro, são adotadas e as mães são destituídas de poder familiar sem que tenham tido oportunidade de se manifestar e defender-se amplamente diante do Juizado da Infância e Juventude (Conectas. ‘Penitenciárias são feitas por homens para homens’. Disponível: http://carceraria.org.br/wpcontent/uploads/2012/09/relatório_mulherese-presas_versaofinal1.pdf). Outro persistente obstáculo, incidente nos casos das crianças que ficam com parentes e poderiam prestar visitas às mães, mantendo assim, ainda que precariamente, os vínculos afetivo-familiares, consiste na sujeição das crianças e seus guardiões à prática da revista íntima vexatória.” (Petição inicial, notas de rodapé incorporadas ao corpo do texto, p. 18-26). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em 30 de abril de 2018.

Esse cenário faz com que o ministro conclua que deve o Tribunal ter uma postura mais ativa, exercendo uma “função típica de racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal de modo a minimizar o quadro”¹³⁴, como foi no caso da medida cautelar na ADPF 347 já mencionada supra. Ademais, por motivos tais quais os apresentados nesse tópico é que a doutrina afirma dever sempre ser interpretado o writ de modo extensivo, haja vista o intuito de preservação da liberdade posta em risco, ou seja, a sua interposição como forma de reparação da lesão já sofrida, sendo restabelecido o estado de liberdade ou, em casos preventivos, para se evitar que o constrangimento se efetive¹³⁵.

3.6 A SITUAÇÃO DOS MENORES SUBMETIDOS AO CÁRCERE

O voto do ministro não poderia deixar de tratar da condição dos menores que estão, indiretamente, submetidos ao cotidiano das penitenciárias. Assim, conforme destacado supra (menção ao art. 227 da CRFB o qual da prevalência aos direitos das crianças), o relator faz apontamentos, destaca legislação e traz estudos atinentes ao tema.

Primeiramente, cumpre destacar passagem da manifestação do Instituto Alana, admitido como *amicus curiae* no processo, trazido à tona pelo ministro, que trata do desenvolvimento gestacional e infantil e suas condições de influência.

(...) Quando a mulher grávida recebe apoio emocional e material do parceiro e de outros que lhe são próximos durante todo o processo, seus sentimentos de bem estar comunicam-se ao embrião e ao feto, favorecendo o desenvolvimento saudável do bebê’ (SANTOS, Marcos Davi dos et al. Formação em pré-natal, puerpério e amamentação: práticas ampliadas. São Paulo: Fundação Maria Cecilia Souto Vidigal, 2014, p. 19).

Assim, é importante considerar a relevância da atenção pré-natal e do cuidado com o parto, para além do acompanhamento pediátrico, e entender que violações aos direitos da mulher gestante, parturiente e mãe violam também os direitos de crianças. É preciso destacar também que, nos casos de separação entre a criança e a mãe, há impactos na saúde decorrentes desse rompimento, os quais se agravam em casos de institucionalização (...)

Em seguida e corroborando com esse destaque, é citado estudo da Universidade de Harvard no qual os pesquisadores citam a necessidade da existência de uma “experiência compartilhada” pela qual todos seres humanos devem passar, a qual é importante para o desenvolvimento emocional e sensorial. Concluem, desse modo, os pesquisadores que “(...)

¹³⁴ HC 143.641, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 20/02/18.

¹³⁵ LIMA, Marco Antônio Ferreira, NOGUEIRA, Ranieri Ferraz. **Prisões e Medidas Liberatórias**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 156.

em épocas críticas do desenvolvimento infantil, sofrer danos permanentes. A consistência do afeto que recebem é da máxima relevância para a formação de pessoas saudáveis e capazes de estabelecer relações sociais profundas”¹³⁶.

Tendo isso em mente, o ministro conclui que “não restam dúvidas de que a segregação, seja nos presídios, seja em entidades de acolhimento institucional, terá grande probabilidade de causar dano irreversível e permanente às crianças filhas de mães presas.”¹³⁷ Para na sequência arrematar dizendo que “por tudo isso, é certo que o Estado brasileiro vem falhando enormemente no tocante às determinações constitucionais que dizem respeito à prioridade absoluta dos direitos das crianças, prejudicando, assim, seu desenvolvimento pleno, sob todos os aspectos, sejam eles físicos ou psicológicos”¹³⁸.

São também trazidos dados empíricos brasileiros acerca desses apontamentos por intermédio de estudos realizados no estado da Bahia, na capital Salvador¹³⁹, os quais demonstram dados estarrecedores no que diz respeito ao desenvolvimento das crianças submetidas ao cárcere, sendo comum se observar um comprometimento em seu desenvolvimento ou, mais profundamente, de um atraso social.

3.7 POR QUAL CRIME SE ENCONTRAM DETIDAS AS MULHERES?

O ministro não se mostra alheio à análise da gravidade dos crimes que motivam a maioria dos decretos de prisão. Assim, destaca que 68% das mulheres encarceradas se encontram em tal situação por terem cometido crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes¹⁴⁰, delitos esses que, na visão do ministro, na maioria dos casos não envolvem violência e nem grave ameaça, não havendo motivos para um decreto de prisão

¹³⁶ NELSON, Charles A., FOX, Nathan A. e ZEANAH, Charles H. **Romania's Abandoned Children: Deprivation, Brain Development, and the Struggle for Recovery**. Cambridge: Harvard Univ. Press, 2014.

¹³⁷ HC 143.641, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 20/02/18.

¹³⁸ *Idem*.

¹³⁹ “Pesquisas empíricas realizadas no Brasil vêm corroborando o que se consignou acima. Uma delas, realizada na casa de acolhimento Nova Semente, extensão do complexo Penitenciário situado na cidade de Salvador – BA, revelou que “com relação ao desenvolvimento infantil e seus aspectos cognitivo, motor, afetivo e social, todas as crianças apresentavam seu desenvolvimento comprometido, o que foi revelado no atraso em desenvolver a leitura, contagem de numerais, identificação de cores, além do atraso social” (SANTOS, Denise et al. Crescimento e Desenvolvimento de Crianças na Casa de Acolhimento no Contexto Prisional. 6º Congresso Ibero-Americano de Pesquisa Qualitativa em Saúde). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em 30 de abril de 2018.

¹⁴⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. **INFOPEN Mulheres 2017**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em 05 de junho de 2018.

preventiva, haja vista uma prisão domiciliar, com a devida fiscalização, impedir a reiteração criminosa.

Esse entendimento encontra eco no art. 321 do Código de Processo Penal¹⁴¹ e também no julgamento da APDF 347, o qual elencou uma série de providências a serem adotadas pelos juízos criminais do país, dentre eles a prevalência de medidas alternativas à privação de liberdade, ou seja, as cautelares previstas no art. 319 do mesmo código¹⁴².

4. SOLUÇÃO DO CASO, CRÍTICAS E CONSEQUÊNCIAS NO DIA A DIA FORENSE

O presente tópico pretende, findando a análise dos fundamentos do voto condutor do acórdão, analisar a solução trazida pelo ministro relator, sendo destacados pontos essenciais para o bom entendimento da matéria e da construção feita pelo *pretório excelso*. Em um segundo momento, serão trazidas críticas ao julgado, tanto positivas quanto negativas, sendo necessário destacar que a doutrina especializada até o presente momento não teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema, haja vista ser um julgado recente. Por fim, intenta-se trazer um pouco dos reflexos já sentidos no dia a dia forense a partir do julgamento do *habeas corpus* 143.641 com o fito de analisar se estão sendo seguidas as orientações emanadas do julgado nas instâncias inferiores.

4.1 A SOLUÇÃO TRAZIDA PELO RELATOR

¹⁴¹ “Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.” (BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em 20 de março de 2018).

¹⁴² “Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: . I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica.” (BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em 20 de março de 2018).

Na parte final de seu voto, o ministro apresenta o cenário sob o qual paira a controvérsia do caso, vindo a se perguntar acerca dos parâmetros de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar de que trata o Código de Processo Penal. Assim, ele apresenta as duas visões dissonantes: de um lado a parte autora e as *amicus curiae* defendendo que o *poderá* expresso no texto da lei deveria ser lido, em verdade, como um *deverá*, sendo limitada desse modo a discricionariedade judicial concreta. No entanto, do lado oposto surge a Procuradoria-Geral da República (PGR) afirmando dever ser a análise feita casuisticamente e em concreto. Acontece que o relator afirma que a visão ministerial ignora a realidade cotidiana vivenciada no dia a dia¹⁴³.

Como se observa da parte final do voto acima destacada, percebe-se que o ministro paira para o lado da concessão da ordem e foi o que aconteceu, conforme já se sabe. Para tal, o mesmo estabelece alguns parâmetros a serem seguidos pelos juízes quando enfrentarem situações semelhantes. E esse parâmetro é o seguinte: a prisão preventiva deve ser substituída pela domiciliar como regra, a não ser em dois casos – crimes praticados pelas detentas mediante violência ou grave ameaça contra seus descendentes ou, também, em situações excepcionalíssimas, devidamente motivadas as razões para a negação do benefício –.

Conforme é possível atentar, um caso é bem objetivo, ou seja, havendo crimes cometidos com violência ou grave ameaça frente aos seus descendentes, por razões óbvias, o benefício não há de ser concedido, haja vista esses contrariarem os próprios fins da norma que concede esse benefício às mulheres em situação de prisão cautelar. No entanto, o outro caso é uma textura aberta, merecendo atenção por parte dos aplicadores no caso concreto e fiscalização por parte do Tribunal e a sociedade como um todo.

Ademais, foi estendida de ofício a ordem para as adolescentes em situação análoga (conforme requerido pelo Instituto Alana), por questões de isonomia, obviamente, nas mesmas condições impostas às presas adultas. Por fim, foi dado o prazo de 60 (sessenta

¹⁴³ Eis a passagem do voto destacada: “Diante desse teor normativo, pergunta-se: quais devem ser os parâmetros para a substituição de que trata a lei? A resposta, segundo as autoras e as *amicus curiae*, está em que o “poderá”, constante do caput do artigo deve ser lido como “deverá”, para evitar que a discricionariedade do magistrado seja, na prática, usada de forma a reforçar a cultura do encarceramento. Já para a Procuradoria-Geral da República, a resposta deve ser formulada caso a caso, sempre à luz da particularidade do feito em análise. Essa abordagem, contudo, parece ignorar as falhas estruturais de acesso à Justiça que existem no País”. (BRASIL. HC 143.641, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 20/02/18).

dias) a partir da publicação da decisão para que os Tribunais e juízos do país implementem de modo integral as determinações do julgado em questão, nos parâmetros por ele informados, sendo desnecessária a provocação por meio de advogado para tal, haja vista que, para o ministro o que se almeja “(...) é justamente suprir falhas estruturais de acesso à Justiça da população presa. Cabe ao Judiciário adotar postura ativa ao dar pleno cumprimento a esta ordem judicial¹⁴⁴.”

Analisados os fundamentos do voto do ministro relator em seus detalhes, apontadas suas premissas e o seu embasamento teórico incumbe, neste momento, trazermos à baila, respectivamente, as críticas feitas ao julgado por parte da doutrina especializada e os reflexos já sentidos a partir da decisão no dia a dia forense. Desse modo, é necessário mais uma vez se lembrar o quão controverso é na doutrina e no próprio judiciário o cabimento coletivo do habeas corpus, não sendo em nada pacífico a concessão de ordens sem individualização do beneficiário(a) específico(a) a um número indeterminado de pessoas.

4.2 CRÍTICAS FEITAS AO JULGADO

A doutrina especializada se posicionou, mesmo que timidamente, sobre o caso até o presente momento. Assim o sendo, é necessário o destaque a alguns nomes do cenário jurídico nacional que exararam suas posições e opiniões acerca do julgamento do *habeas corpus* 143.641 e sobre o cabimento coletivo do remédio heroico em sua espécie coletiva. É o caso de Délio Lins e Silva Júnior¹⁴⁵, para o qual “o *habeas corpus* é o instrumento mais democrático que existe a ser utilizado em favor das garantias fundamentais”, devendo ser usado, segundo o criminalista, sem limites ou amarras. O mesmo entendimento tem o juiz Orlando Faccini Neto que defende que nem a Constituição da República e nem o Código de Processo Penal limitam o uso coletivo do instituto, parecendo idônea, segundo o seu julgamento, a interpretação segundo a qual, dadas as circunstâncias fáticas o uso do writ coletivamente¹⁴⁶.

No entanto, para Gustavo Binenbojm, o instituto deve ser visto com restrições, devendo ser contrabalanceados os direitos e liberdades individuais com os de tutela coletiva

¹⁴⁴ HC 143.641, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 20/02/18.

¹⁴⁵ **Cabimento de HC coletivo ainda divide opiniões no meio jurídico e dentro do STF**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-21/cabimento-hc-coletivo-ainda-divide-opinioes-meio-juridico>>. Acesso em 01 mar. 2018.

¹⁴⁶ **Cabimento de HC coletivo ainda divide opiniões no meio jurídico e dentro do STF**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-21/cabimento-hc-coletivo-ainda-divide-opinioes-meio-juridico>>. Acesso em 01 mar. 2018.

e da ordem pública. Ademais, destaca o constitucionalista que a concessão de *habeas corpus* de forma coletiva e indiscriminada poderia aumentar o número de decisões díspares e incoerentes, gerando insegurança jurídica¹⁴⁷.

Gustavo Badaró também vê com reservas o uso do instrumento de forma coletiva, fazendo um apontamento interessante: o STF acabou por conceder um *habeas corpus* coletivo *fake* (falso), haja vista as condições estabelecidas para a concessão individual da medida (abordadas acima). Ou seja, a decisão não será automática, como o é num *habeas corpus* individual, devendo ser feita a análise no caso concreto caso a caso¹⁴⁸. Um ponto interessante é que essa posição acabou ganhando coro no cenário nacional, conforme se observará da maioria dos julgados abaixo colacionados, ou seja, a análise casuística prevalece mesmo depois do advento do *habeas corpus* que nos propomos analisar.

Por fim cabe uma ressalva já antes destacada; por ser tema recente e não muito enfrentado pela doutrina processual penal pátria a posição dos doutrinadores e doutrinadoras não é ainda conhecida, porém acredita-se que a partir do julgamento do *habeas corpus* 143.641 esse tema ganhe relevância e espaço na discussão doutrinária pátria.

4.3 CONSEQUÊNCIAS NO DIA A DIA FORENSE

Analisaremos no presente tópico as consequências já sentidas na prática forense. Desse modo, antes é necessária uma retomada. Conforme já acima destacado, no julgamento do *habeas corpus* 143.641 um dos componentes da Segunda Turma, ministro Luiz Edson Fachin, votou contrariamente à concessão da ordem, se manifestando no sentido de que “mesmo no caso das mulheres gestantes, a primazia do direito à infância exige a individualização das concretas circunstâncias em que a prisão cautelar poderia ser substituída pela domiciliar”¹⁴⁹.

Também trazido pelo presente trabalho, cabe lembrar o posicionamento do min. Alexandre de Moraes, integrante da Primeira Turma do STF, o qual já negou seguimento a um *habeas corpus* coletivo interposto pela Defensoria Pública da União afirmando não ter sido individualizado o constrangimento ilegal sofrido por cada um dos pacientes da ação. Ademais, não se sabe a posição dos demais ministros e ministras integrantes da Primeira

¹⁴⁷ *Idem.*

¹⁴⁸ *Ibidem.*

¹⁴⁹ HC 143.641/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 20/02/18.

Turma, além de se observarem a série grande de precedentes do STJ contrários à possibilidade citados ao longo deste trabalho.

No entanto, já surte efeito o julgado do STF, conforme pode se observar em decisão liminar do ministro Joel Ilan Paciornik do STJ no HC 437.271¹⁵⁰ frente a um caso de prisão preventiva de uma jovem de 18 por supostos crimes ligados ao tráfico de entorpecentes:

(...)

Decido.

Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida. No entanto, considerando as alegações expostas na inicial, razoável o processamento do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Quanto ao pedido liminar, verifico ser o caso de deferimento.

Isso porque o Supremo Tribunal Federal, em 20/2/2018, no julgamento do Habeas Corpus coletivo n. 143641, determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes.

No caso, a paciente, uma jovem de 18 anos de idade, mãe de uma criança de pouco mais de 2 anos, encontra-se presa preventivamente pela suposta prática dos delitos de tráfico, associação para o tráfico e posse de munição de uso proibido ou restrito. Em análise perfunctória dos autos, não constatei circunstância excepcional capaz de obstar a referida substituição da prisão.

Assim, presentes os elementos autorizadores da tutela de urgência (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), DEFIRO o pedido liminar para determinar que o Juízo de primeiro grau substitua a prisão preventiva da paciente pela domiciliar, sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP, até o julgamento do mérito deste writ.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) também já exarou decisão nestes termos, sendo a que trazemos a primeira desde o julgamento do HC coletivo pelo STF:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 0001005-33.2018.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que são impetrantes SANDRA DE MORAES PEPORINI e ALESSIO BORELLI FACCIO FIORI e Paciente VANESSA FERREIRA DOS SANTOS. ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **"Julgaram prejudicado o pedido, com determinação, tendo em vista a concessão, pelo Supremo Tribunal Federal, de habeas corpus coletivo, que favorece a paciente (HC no. 143641). Expeça-se incontinenti alvará de soltura clausulado,**

¹⁵⁰ HC 437;271/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 02/03/18. Ao que tudo indica, essa foi a primeira decisão posterior ao julgamento do *habeas corpus* 143.641 pelo STF a aplicar esse entendimento no âmbito das Cortes Superiores.

advertindo-se a paciente das condições da prisão domiciliar. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão¹⁵¹.

O próprio STF já se utilizou do julgado como fundamento para concessão da ordem de substituição da prisão preventiva por domiciliar em outro caso (que tratava de uma detenta que havia recém ganho bebê na penitenciária e que lá se encontrava por ter furtado comida de um supermercado), conforme noticiado pelo jornal paulista O Estadão no dia 23 de fevereiro¹⁵².

Além disso, ações semelhantes já encontram azo no cenário jurídico nacional em diversos temas para além do tratado no HC 143.641. É o caso do HC 154.322¹⁵³ impetrado por membros de uma associação de advogados cearenses¹⁵⁴ tendo como pacientes “Todos os cidadãos que se encontram presos, e os que estão na iminência de serem, para fins de execução provisória da pena, decorrente de condenação confirmada em segundo grau”. Esse habeas corpus coletivo, de relatoria do min. Gilmar Mendes restou denegado¹⁵⁵, porém o relator fez destaque em seu voto ao julgamento do HC 143.641, o celebrando:

¹⁵¹ HC 0001005-33.2018.8.26.0000, Rel. Hermann Herschander, 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, julgado em 22/02/2018.

¹⁵² **Toffoli solta presa por furtar comida com base em HC coletivo a mães.** Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/toffoli-solta-presa-por-furtar-comida-com-base-em-hc-coletivo-a-maes/>>. Acesso em 01 mar. 2018.

¹⁵³ HC 154.322, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 21/03/18.

¹⁵⁴ Esses advogados usaram em sua peça expressamente o precedente gerado pelo HC 143.641, conforme se observa da seguinte passagem do voto do relator, min. Gilmar Mendes: “Sustentam a possibilidade de impetração de writ em caráter coletivo diretamente no STF, citando o HC 143.641/SP como jurisprudência que inaugurou essa autorização”.

¹⁵⁵ Os motivos da denegação do HC 154.322 foram relativos ao mérito, ou seja, a possibilidade de cumprimento provisório da condenação-pena a partir do julgamento em segunda instância, interpretação essa autorizada em julgado do STF do ano de 2016 (HC 126.292). Logo, por mais que o ministro traga no bojo do seu voto considerações acerca da “impossibilidade de concessão genérica da ordem”, isso não diz respeito à posição contrária deste frente ao cabimento do HC coletivo no direito pátrio, mas que apenas ele não vislumbra essa possibilidade no caso em tela. Eis o trecho do voto em que ele denega a ordem: “No que se refere ao suposto constrangimento ilegal, não vislumbro a sua ocorrência, na medida em que, no caso em tela, as prisões (ou possibilidades de prisões) não decorrem da não inclusão em pauta das ADCs 43 e 44, mas de decisões judiciais amparadas em entendimento desta Corte. É dizer: a alegada omissão não retira a justa causa das prisões efetuadas, tampouco de eventuais prisões vindouras, razão pela qual não pode ser reconhecida como constrangimento ilegal. Não há, aqui, hipótese de non liquet das ADCs 43 e 44. A não inclusão em pauta não é razão para amparar a concessão de ordem genérica de habeas corpus para a liberação de todas as pessoas que estejam presas em razão da possibilidade de execução antecipada da pena, bem como para impedir que se determinem novos encarceramentos em tais situações. Esse é um ponto que convém repisar. A pretensão de concessão de ordem genérica, tal como requerida pelos impetrantes, não é, nem nunca foi, compatível com a orientação deste Tribunal. Digo isso porque, mesmo que se adote a orientação contrária ao decidido no julgamento da medida cautelar nas ADCs 44 e 45, como já foi da jurisprudência desta Corte, ainda assim restaria possível a decretação de prisão, desde que presentes os requisitos necessários a essa providência. Posta a questão nesses termos, vê-se que a pretensão dos impetrantes, assim genérica, é, em si mesma, jurídica e faticamente impossível, não podendo ser acolhida, haja vista a necessária análise da questão em cada caso concreto. Seria temerária a concessão da ordem, uma vez que geraria uma potencial quebra de normalidade institucional. Isto porque, ainda que parem dúvidas acerca da manutenção, ou não, do entendimento desta Corte em relação ao tema, as prisões em tela têm justa causa. Não há, na espécie, teratologia que desafie atuação enérgica desta Corte em habeas corpus, nomeadamente em sede de liminar.”

De início, convém destacar que a Segunda Turma, no HC 143.641, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, assentou entendimento no sentido do cabimento do habeas corpus coletivo, pelo que reitero, aqui, a importância da coletivização deste que é, no mais das vezes, o único instrumento efetivo de tutela da liberdade de locomoção e de suas adjacências.

No entanto, o destaque feito por Gustavo Badaró acerca do caráter *sui generis* da decisão proferida pelo STF vem ganhando força. Isso porque, ao estabelecer uma hipótese subjetiva e abrangente como as “situações excepcionalíssimas devidamente justificadas” a Corte acabou abrindo uma grande brecha para uma gama de entendimentos que se enquadrassem nessa hipótese. Nesse sentido, é passível de ser encontrados julgados que trazem fundamentações muitas vezes questionáveis e que acabam por escapar do escopo desejado pelo STF quando da prolação de sua decisão.

Assim, é possível encontrar decisões como a do *habeas corpus* nº 039982-60.2018.8.26.0000 julgado pela 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁵⁶, a qual destacou para a não concessão da ordem o fato de a paciente não ser mulher considerada pobre e ser defendida por “eficiente banca de advogados”, fato que ilidiriam a aplicação do disposto no julgado do STF. Outro julgado do mesmo órgão faz um recorte inexistente no voto condutor do acórdão no *habeas corpus* 143.641 afirmando que a intenção da Suprema Corte foi proteger a primeira infância, notadamente as crianças que nasceram em presídios, dizendo que para o caso concreto de que trata não seria cabível a aplicação do julgado STF por ser o filho da paciente um pré-adolescente de 11 anos e 1 mês de idade¹⁵⁷. Também merece destaque outro julgado da mesma Corte que destaca, dentre uma série de outros motivos, a necessidade de separação da mãe de sua prole, haja vista a possibilidade de serem colocadas as crianças no submundo do crime e próximas de drogas altamente viciantes, fato que ensejou a denegação da ordem¹⁵⁸. Decisão com fundamentos semelhantes foi prolatada pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ), a qual alegou a proteção das crianças frente a situações de risco para negar a concessão da ordem à paciente¹⁵⁹.

No que tange ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, é possível ver a aplicação da hipótese excepcional trazida pelo ministro Lewandowski no julgamento do

¹⁵⁶ HC 039982-60.2018.8.26.0000, Rel. Marcos Correa, 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, julgado em 12/04/18.

¹⁵⁷ HC 2030473-08.2018.8.26.0000, Rel. Ricardo Tucunduva, 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, julgado em 22/03/18.

¹⁵⁸ HC 2064952-27.2018.8.26.0000, Rel. Julio Caio Farto Salles, 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, julgado em 12/04/18.

¹⁵⁹ HC 000982-82.2018.8.19.0000, Rel. Maria Sandra Kayat Direito, 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, julgado em 14/03/18.

habeas corpus nº 70077052017, o qual foi denegado porque segundo a Corte, a genitora interessada na concessão da ordem por ter filha menor de 12 (doze) anos de idade não cuidava e dispensava atenção à filha, deixando-a sozinha muitas vezes¹⁶⁰.

É possível atentar, também, para decisões de Tribunais de Justiça de diversos Estados que vêm decidindo concomitantemente a respeito da não aplicação do *habeas corpus* 143.641 do STF para algumas hipóteses de crimes, como o caso dos enquadrados na Lei 12.850, que trata das organizações criminosas. Julgados dessa espécie podem ser encontrados no Tribunal de Justiça do Piauí¹⁶¹, Santa Catarina¹⁶² e Sergipe¹⁶³, em uma clara jurisprudência que vem se formando à margem do que foi decidido pelo Corte Suprema.

Ademais, é possível encontrar decisões que enquadram a desnecessidade dos cuidados de mães presas preventivas pela existência de demais familiares para tanto na exceção trazida pelo critério de excepcionalidade no bojo do julgamento do STF, conforme se depreende de julgamento de *habeas corpus* proferido pela Quarta Câmara Criminal¹⁶⁴ e pela Nona Câmara Criminal¹⁶⁵, ambas do TJ-SP.

Por fim, é interessante destacar posicionamento do STJ sobre o tema, o qual é passível de ser observado através da análise de julgado proferido por sua Quinta Turma no bojo do Agravo Regimental em *habeas corpus* nº 438.607/CE¹⁶⁶. Nesse julgado a Corte entendeu que não se aplica o entendimento exarado pelo STF no *habeas corpus* 143.641 para os crimes em que houve emprego de violência ou grave ameaça, fixando, aparentemente, um requisito a mais dentre os dois destacados pelo ministro Ricardo Lewandowski quando do julgamento do caso que serve de base ao presente trabalho.

Nota-se, a partir dos julgados destacados, que a aplicação do entendimento do STF ainda não é unânime pelas instâncias inferiores, podendo-se afirmar que as brechas deixadas pelo julgado que nos serve de base à análise vêm sendo usadas muitas vezes de maneira contraditória aos fins propostos pelo julgamento proferido pelo STF. Conforme já

¹⁶⁰ HC 70077052017, Rel. Dálvio Leites Dias Teixeira, 8 Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgado em 25/04/18.

¹⁶¹ HC 2018.0001.001984-0, Rel. Edvaldo Pereira de Moura, 1ª Câmara Especializada do Tribunal de Justiça do Piauí, julgado em 28/03/2018.

¹⁶² HC 4005946-12.2018.8.24.0000, Rel. Sérgio Rizelo, 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, julgado em 04/04/18.

¹⁶³ HC 201700324010, Rel. Edson Ulisses de Melo, Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Sergipe, julgado em 08/05/18.

¹⁶⁴ HC 2024628-92.2018.8.26.0000, Rel. Ivan Sartori, 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, julgado em 27/03/18.

¹⁶⁵ HC 2008590-05.2018.8.26.0000, Rel. Sérgio Coelho, 9ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, julgado em 22/02/18.

¹⁶⁶ AgRg no HC 438.607/CE, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 20/03/18.

destacado desde o começo do presente estudo, o tema é ainda caro à doutrina e a ciência especializada pátrias, vindo esse quadro a ser escancarado quando dos efeitos já sentidos pelo julgamento do *habeas corpus* 143.641. Nesse sentido, é interessante notar que a brecha deixada pelo Supremo Tribunal Federal para situações a serem analisadas no caso concreto criou uma gama de possibilidades talvez não imaginada quando do voto do relator, ministro Ricardo Lewandowski.

5. CONCLUSÃO

Diversos foram os pontos abordados por esse trabalho. Inicialmente, se tratou do *habeas corpus* de modo genérico, sendo analisado o seu conceito, sua natureza jurídica, origem histórica, espécies e a sua aplicabilidade, sendo a doutrina peça chave nessas definições.

Na sequência, enfrentou-se um dos mais caros temas que envolvem o *writ* nos dias atuais: o seu cabimento coletivo. Restou percebido que a jurisprudência sempre pendeu para o seu não conhecimento de fora majoritária, conforme destacado na introdução e apresentada em uma série de ementas colacionadas ao longo do presente estudo. Os motivos, sempre muito parecidos, dentre os quais ganham destaque o apego à letra fria do CPP em seu art. 654, § 1º, a, além de uma suposta impossibilidade de avaliação em via tão estreita de *habeas corpus* das violações alegadas e dos abusos cometidos na inicial pelas partes interessadas.

No entanto, o julgamento do *habeas corpus* 143.641 surge como uma quebra de paradigma nesse sentido. Trazendo uma visão constitucional do remédio, permeada de uma rica análise de seus fundamentos e garantias que visa a tutelar, além de importantes dados empíricos que, muitas vezes, são esquecidos pelos aplicadores do direito e questões sociais as quais o direito, sim, deve resguardar e garantir, o voto vencedor bateu de frente com esse status quo já estabilizado.

Nesse ponto, é importante o apego a questões históricas, haja vista o passado ser o guia para decisões futuras e, de certo modo, fonte de posicionamentos, muitas vezes, considerados *perigosos* nos dias atuais. O que se quer dizer é esses posicionamentos hoje assim encarados com olhares duvidosos e conservadores eram tidos com naturalidade décadas atrás. A passagem de TOURINHO FILHO abordando a época em que Ruy Barbosa

defendia, com unhas e dentes, o *habeas corpus* junto ao STF, é elucidadora nesse sentido¹⁶⁷:

É claro que todos sabiam que o *habeas corpus* era destinado a tutelar a liberdade de locomoção; mas como não havia outro remédio para resguardar, com a presteza daquele *writ*, outros direitos, entendeu-se, com o apoio da Corte Suprema, que ele se destinava também a assegurar o exercício de um direito de ordem civil, comercial, constitucional ou administrativa, desde que fosse líquido e que, para o seu exercício, fosse necessária a liberdade de locomoção.

(...)

Desde a concessão do *habeas corpus* em favor daqueles que haviam sido presos e desterrados para a Ilha de Fernando de Noronha até a reforma constitucional de 1926, “o Supremo Tribunal Federal, passo a passo, estendeu o âmbito do *habeas corpus* em tal amplitude que se tornou, provavelmente, o Tribunal mais liberal do mundo”.

Logo, percebe-se que a interpretação extensiva já foi aplicada para o *habeas corpus* no que tange a matéria que o mesmo visa a proteger. Perceba-se que não se estava tratando de uma questão meramente procedimental (de somente poder um paciente ser o beneficiário da ação ou vários a cada HC), mas sim de direitos fundamentais que o instituto visa a proteger, sendo aplicado no passado até mesmo para questões comerciais e civis do cotidiano¹⁶⁸, em um claro alargamento que hoje seria muito mais polêmico do que o cabimento coletivo ou não da medida.

Ademais, o próprio STF e o legislador pátrio já vêm acatando o tratamento coletivo de uma série de matérias por intermédio de mandados de segurança coletivos e mandados de injunção coletivos, não havendo razão para tal não ser estendido ao remédio heroico. Esse é o entendimento de parte da doutrina¹⁶⁹, para a qual o tratamento coletivo de litígios individuais desempenha uma função relevante de promoção do acesso à justiça, principalmente em relação aos mais necessitados.

Nesse sentido, é importante atentar que o sistema para o qual o *habeas corpus* foi originariamente pensado não se encontra mais vigente. Ou seja, a longínqua década de 40 do século passado não conhecia a lesão coletiva a direitos individuais e, igualmente,

¹⁶⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado: volumes 1 e 2**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 523-524.

¹⁶⁸ Tourinho Filho destaca o HC 3.536 do ano de 1914 no qual Ruy Barbosa, na figura de Senador, impetrou o remédio para garantir a publicação no jornal O Imparcial os seus discursos contrários ao governo, os quais haviam sido proibidos pelo chefe de polícia. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado: volumes 1 e 2**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 523-524.

¹⁶⁹ SARMENTO, Daniel. **O Cabimento do Habeas Corpus Coletivo na Ordem Constitucional Brasileira**. Parecer sobre a admissibilidade do *habeas corpus* coletivo encomendado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. UERJ, Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ. Ano de 2015, p.5.

ignorava os instrumentos que poderiam tutelar esses direitos difusos e coletivos. ZAVASCKI¹⁷⁰ bem enunciava isso, ao afirmar que o sistema *tradicional* foi moldado para atender à prestação da tutela jurisdicional para casos de lesões a direitos subjetivos individuais, isso apenas mediante demandas promovidas pelo próprio lesado, ignorando direitos transindividuais, hoje muito comuns e rotineiros em sua violação.

No entanto, é necessário o destaque nesse momento para o enfrentamento que vem sendo dado à questão a partir do julgamento do *habeas corpus* 143.641 acima abordado. Tendo em mente as hipóteses em que os juízos estão autorizados a não aplicação do entendimento firmado no julgamento histórico proferido em fevereiro do presente ano, diversas situações e entendimentos vêm sendo emanados com o fito de caracterizar o enquadramento destes nas situações excepcionais que ensejam a possível não aplicação da *ratio decidendi*. Desse modo, o julgado vem sendo deveras desvirtuado em seu objetivo inicial, mas no nosso entendimento, tal fato não afasta a sua importância e representatividade devendo ser tomado como avanço e possível mola propulsora de avanços na seara processual penal sobre o tema.

Assim, com o fito de encerrar a presente obra, fazemos menção ao Prefácio da 7ª edição do livro *História e Prática do Habeas Corpus*, escrito pelo eminente Pontes de Miranda¹⁷¹, ferrenho defensor da liberdade e das garantias individuais e coletivas:

Há cinquenta e seis anos publiquei esta obra; e o que me alegra, profundamente, é que, durante toda a vida, até hoje, continuei com as mesmas convicções, e nunca as trai. Vi, lá fora, os erros dos que ferem a liberdade, fraudam a democracia e não compreendem que se tem de avançar no sentido de se diminuir a desigualdade humana¹⁷². O *habeas corpus* foi um dos passos mais seguros e uma das armas mais eficientes para a salvação da civilização ocidental. É o “não”, que a Justiça diz, em mandamento, à violência e à ilegalidade; e o “sim”, a quem confia nos textos constitucionais e nas leis. Mesmo aqueles povos que avançaram, ou que avançam, com revoluções, para a maior igualdade, têm, com o tempo, de atender a que para o Homem há três caminhos, que o elevam no futuro: a democracia, a liberdade e a maior igualdade.

Dessa maneira, nos filiamos à corrente que defende a possibilidade de cabimento do *habeas corpus* em sua forma coletiva, por acreditarmos ser ele um eficiente e célere instrumento para a garantia de direitos, estando, tal prática, de acordo com suas disposições constitucionais e legais, além de seguir a tradição brasileira do remédio heroico como real defensor de direitos frente às ilegalidades e abusos.

¹⁷⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p. 13.

¹⁷¹ PONTES DE MIRANDA. **História e Prática do Habeas Corpus**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999.

¹⁷² A nosso ver, uma clara “alfinetada” na ditadura brasileira vigente à época da publicação da 7ª edição (1972).

6. REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Aline S. de Oliveira; BARROS, Julia Schirmer. Caso Alyne Pimentel: uma análise à luz da abordagem baseada em direitos humanos. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**. Fortaleza, n. 12. 2016.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Novo Processo Civil**. 3ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

ARGENTINA. **Caso Verbitsky**. Rel. Antonio Boggiano, Suprema Corte Argentina, julgado em 03/05/2005.

BRASIL. **AgRg no HC 303.061**, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 14/10/2014, DJe 10/11/2014.

BRASIL. **AgRg no HC 370.669**, Rel. Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017.

BRASIL. **AgRg no HC 438.607**, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 20/03/18.

BRASIL. **AgRg no RHC 40.334**, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 03/09/2013, DJe 16/09/2013.

BRASIL. **AgRg no RHC 41.675**, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 05/10/2017, DJe 11/10/2017).

BRASIL. **Código de Processo Criminal do Império de 1832**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm>. Acesso em 19 mar. 2018.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em 20 mar. 2018.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça (CNJ)**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>>. Acesso em 13 de abril de 2018>. Acesso em 12 de maio de 2018.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> Acesso em 19 mar. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 20 de março de 2018).

BRASIL. **HC 0001005-33.2018.8.26.0000**, Rel. Hermann Herschander, 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, julgado em 22/02/2018.

BRASIL. **HC 000982-82.2018.8.19.0000**, Rel. Maria Sandra Kayat Direito, 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, julgado em 14/03/18.

BRASIL. **HC 039982-60.2018.8.26.0000**, Rel. Marcos Correa, 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, julgado em 12/04/18.

BRASIL. **HC 130.152**, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 01/02/16.

BRASIL. **HC 131.760**, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 13/05/16.

BRASIL. **HC 133.177**, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 01/08/16.

BRASIL. **HC 134.104**, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 19/08/16.

BRASIL. **HC 142.513**, Rel. Min. Nilson Naves, 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 23/03/2010.

BRASIL. **HC 142.593**, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 13/10/17.

BRASIL. **HC 142279**, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 20/06/2017.

BRASIL. **HC 143.641**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 20/02/18.

BRASIL. **HC 143.641**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 20/02/18.

BRASIL. **HC 143.645**, Rel. Min. Edson Fachin, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 09/06/17.

BRASIL. **HC 143.704**, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 12/05/17.

BRASIL. **HC 148.459**, Rel. Min. Alexandre de Moraes, 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 19/02/18.

BRASIL. **HC 2008590-05.2018.8.26.0000**, Rel. Sérgio Coelho, 9ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, julgado em 22/02/18.

BRASIL. **HC 201700324010**, Rel. Edson Ulisses de Melo, Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Sergipe, julgado em 08/05/18.

BRASIL. **HC 2018.0001.001984-0**, Rel. Edvaldo Pereira de Moura, 1ª Câmara Especializada do Tribunal de Justiça do Piauí, julgado em 28/03/2018.

BRASIL. **HC 2024628-92.2018.8.26.0000**, Rel. Ivan Sartori, 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, julgado em 27/03/18.

BRASIL. **HC 2030473-08.2018.8.26.0000**, Rel. Ricardo Tucunduva, 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, julgado em 22/03/18.

BRASIL. **HC 2064952-27.2018.8.26.0000**, Rel. Julio Caio Farto Salles, 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, julgado em 12/04/18.

BRASIL. **HC 207.720**, Rel. Min.Herman Benjamin, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 01/12/2011.

BRASIL. **HC 4005946-12.2018.8.24.0000**, Rel. Sérgio Rizelo, 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, julgado em 04/04/18.

BRASIL. **HC 437;271**, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 02/03/18.

BRASIL. **HC 70077052017**, Rel. Dálvio Leites Dias Teixeira, 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgado em 25/04/18.

BRASIL. **HC 91.462**, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 24/11/2014.

BRASIL. **HC Nº 70075735704**, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Victor Luiz Barcellos Lima, Julgado em 14/12/2017.

BRASIL. **HC Nº 70075836114**, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 13/12/2017.

BRASIL. **HC Nº 70076332949**, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Victor Luiz Barcellos Lima, Julgado em 22/02/2018.

BRASIL. Lei 13.300/2016. **Lei do Mandado de Injunção Coletivo**.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm>. Acesso em 11 de abril de 2018.

BRASIL. Lei 7.210/1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210compilado.htm> Acesso em 20 de março de 2018.

BRASIL. Lei 8.069/1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 13 de março de 2018.

BRASIL. Lei 8.078/1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 13 de abril de 2018.

BRASIL. **MI 20**, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 19/05/1994.

BRASIL. **RE 641.320**, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 11/11/2016.

BRASIL. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181158/000366151.pdf?sequence=%223>>. Acesso em 11 de abril de 2018.

BRASIL. **RHC 31.124**, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18/06/2012, DJe 29/06/2012.

BRASIL. **RHC 51.301**, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 07/04/2017).

BUENO, José Antonio Pimenta. **Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1922.

Cabimento de HC coletivo ainda divide opiniões no meio jurídico e dentro do STF.

Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-21/cabimento-hc-coletivo-ainda-divide-opinioes-meio-juridico>>. Acesso em 01 mar. 2018

Caso Cantoral Benavides x Peru. Corte IDH. Disponível em: <

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf>. Acesso em 05 de junho de 2018.

Caso Durand e Ugarte x Peru. Corte IDH. Disponível em: <

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_68_esp.pdf>. Acesso em 05 de junho de 2018.

CEDAW. **Alyne da Silva Pimentel Teixeira (deceased) v. Brazil.** CEDAW/C/49/D/17/2008. p. 4-5.

CHEQUER, Lílian Nássara Miranda. Habeas Corpus Coletivo. **De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.** Belo Horizonte, v. 13, nº 22. 2015.

CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. **Habeas Corpus: liberatório, preventivo, profilático.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CADH). **Pacto de San José da Costa Rica.** Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 07 jan. 2018.

CUNHA, Mauro; SILVA, Roberto Geraldo Coelho da. **Habeas Corpus.** 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1990.

DE LAZARI, Rafael José Nadim. Habeas Corpus Coletivo e Protestos Populares. **Revista Dialética de Direito Processual.** São Paulo, nº 133. 2014.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** Salvador: jusPODIVM. 2018.

Íntegra do voto do ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>.

Acesso em 30 de abril de 2018.

Juíza do Rio de Janeiro autoriza busca e apreensão coletiva na Cidade de Deus.

Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-22/juiza-rj-autoriza-busca-apreensao-coletiva-cidade-deus>>. Acesso em 11 de abril de 2018.

LEAL, Antônio Luiz Câmara. **Comentários ao código de processo penal brasileiro.** v. 1. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1942.

LIMA, Marco Antônio Ferreira, NOGUEIRA, Ranieri Ferraz. **Prisões e Medidas Liberatórias.** São Paulo: Atlas, 2011.

MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal.** 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Habeas Corpus.** 4. ed. Atlas, 1999.

NELSON, Charles A., FOX, Nathan A. e ZEANAH, Charles H. **Romania's Abandoned Children: Deprivation, Brain Development, and the Struggle for Recovery.** Cambridge: Harvard Univ. Press, 2014.

PACELLI, Eugênio, FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PONTES DE MIRANDA. **História e Prática do Habeas Corpus.** 4. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1961.

PONTES DE MIRANDA. **História e Prática do Habeas Corpus.** Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 24. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

ROCHA, Jorge Bheron. **Habeas corpus coletivo: uma proposta de superação do prisma individualista**. Tribuna da Defensoria. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-30/tribuna-defensoria-hc-coletivo-proposta-superacao-prisma-individualista>>. Acesso em 10 de abril de 2018.

SARMENTO, Daniel. **O Cabimento do Habeas Corpus Coletivo na Ordem Constitucional Brasileira**. Parecer sobre a admissibilidade do habeas corpus coletivo encomendado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. UERJ, Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ. Ano de 2015.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. O Habeas Corpus Coletivo: uma proposta para o Direito brasileiro a partir da experiência jurisprudencial latino-americana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, vol.137. 2017.

Toffoli solta presa por furtar comida com base em HC coletivo a mães. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/toffoli-solta-presa-por-furtar-comida-com-base-em-hc-coletivo-a-maes/>>. Acesso em 01 mar. 2018.

TORRES, Jasson Ayres. **O Acesso à Justiça e Soluções Alternativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado: volumes 1 e 2**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ZVEIBIL, Daniel Guimarães. Considerações sobre a “nova” vedação do habeas corpus substitutivo de recurso. **Tribuna Virtual IBCCRIM**. Ano 01, edição nº 03. Abril de 2013.