

UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU
MESTRADO EM DIREITOS COLETIVOS E CIDADANIA

RAFAEL SANTOS DE OLIVEIRA

HABEAS CORPUS COLETIVO: UMA ALTERNATIVA À
JURISPRUDÊNCIA DEFESIVA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES?

RIBEIRÃO PRETO
2022

RAFAEL SANTOS DE OLIVEIRA

HABEAS CORPUS COLETIVO: UMA ALTERNATIVA À JURISPRUDÊNCIA DEFESIVA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES?

Dissertação apresentada à Universidade de Ribeirão Preto UNAERP, como requisito para obtenção do título de Mestre do Programa de Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania.

Orientador: Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho.

RIBEIRÃO PRETO
2022

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto -

O48h OLIVEIRA, Rafael Santos de, 1989-
Habeas Corpus coletivo: uma alternativa à Jurisprudência
defensiva dos Tribunais Superiores? / Rafael Santos de Oliveira. --
Ribeirão Preto, 2023.
116 f. : il. color.

Orientador: Prof.^o Dr.^o Nuno Manoel M. dos Santos Coelho.

Dissertação (Mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto,
UNAERP, Mestrado em Direito, 2023.

1. Habeas-corpus. 2. Acesso à Justiça. 3. Direitos fundamentais.
II. Título.

CDD 340

RAFAEL SANTOS DE OLIVEIRA

**HABEAS CORPUS COLETIVO: UMA ALTERNATIVA À JURISPRUDÊNCIA
DEFESIVA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES?**

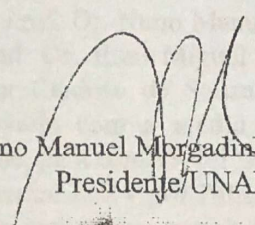
Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Direito
da Universidade de Ribeirão Preto para
obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania

Data da defesa: 20 de dezembro de 2022

Resultado: Aprovado

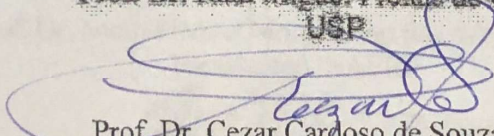
BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho
Presidente/UNAERP



Prof. Dr. Raul Miguel Freitas de Oliveira
USP



Prof. Dr. Cezar Cardoso de Souza Neto
USP

RIBEIRÃO PRETO
2022

À Verônica, Ana Catarina, Maurício e Thiago, dos quais, por opção, me fiz eterno prisioneiro, e renuncio à qualquer *Habeas corpus*.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu Pai Celestial por todo favorecimento recebido até aqui. À minha esposa e meus filhos pelo amor e compreensão ofertados para que eu pudesse, limitado como sou, concluir esse trabalho. Aos meus pais pelo incentivo de todas as horas.

Ao meu orientador Professor Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho, pela paciência e compreensão demonstradas à mim. Virtude digna dos seres de cultura e espírito elevados como ele é, sem dúvida.

Minha sincera gratidão!

“Está dentro de mim, nas minhas entranhas, o sentido da compreensão dos erros alheios, a capacidade de perdoar, de compreender, de entender, de ajudar aquele que sofre um infortúnio, que está num momento de desgraça, de aflição, de angústia, de padecimento. Acho que esse foi o norte, o caminho, o rumo da minha vida.[...]Eu tenho o vício da defesa da liberdade.”

(Evandro Lins e Silva)

RESUMO

Esta dissertação tem por objeto analisar o *habeas corpus*, considerado o principal mecanismo de controle do devido processo legal, reafirmado pelos tribunais superiores, em sua modalidade coletiva, como uma alternativa à jurisprudência defensiva dos tribunais superiores brasileiros. Nesta ação constitucional foram registradas decisões importantes, que nortearam a aplicação do direito penal no Brasil, e também serviu como meio para solução de problemas estruturais do Poder Judiciário, tais como dificuldade de acesso à justiça e morosidade no processamento dos recursos, resultando na imposição de limites à sua admissibilidade. Isso tem esmaecido a proteção efetiva dos direitos fundamentais em um sistema cujas prisões foram declaradas precárias. Assim propõe-se analisar o *habeas corpus* coletivo, seus requisitos, parâmetros e alcance, como alternativa para que os direitos fundamentais continuem sendo tutelados eficazmente pelos tribunais. Problemática: é esse instrumento, devido ao seu maior alcance, um meio adequado à promoção da efetiva prestação jurisdicional perante os tribunais superiores? Seria uma alternativa à jurisprudência defensiva cujos fundamentos devem ser refletidos, preservando as missões institucionais que a Constituição Federal reservou aos respectivos órgãos? Hipótese: É o *habeas corpus* coletivo, enquanto instrumento da defesa dos direitos fundamentais, uma alternativa eficaz para a proteção desses direitos no âmbito dos tribunais superiores brasileiros, não malferindo a lógica do sistema recursal vigente, preservando o alcance e a efetividade que a *doutrina brasileira* emprestou ao instituto, e evitando a sobrecarga de processo naquelas cortes e o fortalecimento da sua jurisprudência defensiva. Objetivo geral: analisar o *habeas corpus* coletivo como uma alternativa em potencial à jurisprudência defensiva dos tribunais superiores, privilegiando a salvaguarda dos direitos fundamentais e a concretização efetiva do acesso à jurisdição. Objetivos específicos: i) discorrer sobre a origem histórica do *writ* e sua aplicação no direito brasileiro, abordando o papel desse instrumento na proteção dos direitos fundamentais no Brasil, especialmente diante dos dados atuais do sistema penitenciário; ii) discorrer sobre os fundamentos do *habeas corpus* coletivo como mecanismo de acesso à jurisdição das cortes superiores, bem como as experiências no direito brasileiro; iii) analisar a jurisprudência dos tribunais superiores acerca da admissibilidade dos *habeas corpus* individual e coletivo e sua motivação, submetendo os fundamentos da mitigação de sua admissibilidade à uma crítica hermenêutica; iv) verificar se o *habeas corpus* coletivo é uma alternativa a conciliar a garantia do acesso à jurisdição e defesa dos direitos fundamentais com necessidade de se racionalizar o sistema recursal tão proclamada pelos tribunais. Metodologia: abordagem teórica, desenvolvida através de revisão bibliográfica, estudo de legislação e precedentes judiciais, análise de dados disponíveis nos canais oficiais, artigos e obras acerca do instituto do *habeas corpus*, da atuação dos tribunais superiores em matéria de *habeas corpus*, da limitação à admissibilidade do *writ* nestas cortes, os fundamentos da jurisprudência defensiva, e os dados disponíveis nos canais oficiais acerca do acervo processual em matéria de *habeas corpus* perante os tribunais superiores.

Palavras-chave: *Habeas Corpus* Coletivo. Acesso à Justiça. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

This dissertation aims to analyze the habeas corpus, considered the main control mechanism of due process of law, reaffirmed by the superior courts, in its collective modality, as an alternative to the defensive jurisprudence of the Brazilian superior courts. In this constitutional action, important decisions were recorded, which guided the application of criminal law in Brazil, and also served as a means of solving structural problems of the Judiciary, such as difficulty in accessing justice and slowness in the processing of resources, resulting in the imposition of limits to its admissibility. This has weakened the effective protection of fundamental rights in a system whose prisons have been declared precarious. Thus, it is proposed to analyze the collective habeas corpus, its requirements, parameters and scope, as an alternative so that fundamental rights continue to be effectively protected by the courts. Problem: is this instrument, due to its greater scope, an adequate means to promote effective jurisdictional provision before the superior courts? Would it be an alternative to defensive jurisprudence whose fundamentals must be reflected, preserving the institutional missions that the Federal Constitution reserved for the respective societies? Hypothesis: Is the collective habeas corpus, as an instrument for the defense of fundamental rights, an effective alternative for the protection of these rights within the scope of the Brazilian superior courts, not harming the logic of the current appeal system, preserving the reach and effectiveness that the Brazilian doctrine lent to the institute, and avoiding the overload of process in those courts and the strengthening of their defensive jurisprudence. General objective: to analyze the collective habeas corpus as a potential alternative to the defensive jurisprudence of higher courts, favoring the safeguard of fundamental rights and the effective implementation of access to jurisdiction. Specific objectives: i) discuss the historical origin of the writ and its application in Brazilian law, addressing the role of this instrument in the protection of fundamental rights in Brazil, especially in view of the current data of the penitentiary system; ii) discuss the foundations of collective habeas corpus as a mechanism for accessing the jurisdiction of higher courts, as well as experiences in Brazilian law; iii) analyze the jurisprudence of the higher courts regarding the admissibility of individual and collective habeas corpus and its motivation, submitting the grounds for mitigating its admissibility to a hermeneutic critique; iv) verify whether collective habeas corpus is an alternative to reconciling the guarantee of access to jurisdiction and the defense of fundamental rights with the need to rationalize the appeal system so proclaimed by the courts. Methodology: theoretical approach, developed through a bibliographical review, study of legislation and judicial precedents, analysis of data available on official channels, articles and works about the institute of habeas corpus, the performance of the superior courts in matters of habeas corpus, the limitation to the admissibility of the writ in these courts, the foundations of defensive jurisprudence, and the data available in official channels about the procedural acquis in matters of habeas corpus before the superior courts.

Keywords: Collective Habeas Corpus. Access to justice. Fundamental rights.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	1
2	ALGUNS ASPECTOS HISTÓRICOS SOBRE O HABEAS CORPUS	7
2.1	FRAGMENTOS DA LIMITAÇÃO DE PODER E DAS GARANTIAS NA ANTIGUIDADE E NA IDADE MÉDIA	7
2.1.1	Na Antiguidade	7
2.1.2	Na Idade Média	10
2.2	O <i>HABEAS CORPUS</i> NO DIREITO BRASILEIRO – IMPÉRIO E PRIMEIRA REPÚBLICA	17
2.2.1	O <i>Habeas Corpus</i> no Brasil Império	17
2.2.2	O <i>Habeas Corpus</i> na Primeira República e a Doutrina Brasileira	22
3	O <i>HABEAS CORPUS</i> E A DEFESA EFETIVA DA LIBERDADE E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	28
3.1	O CONCEITO DO <i>HABEAS CORPUS</i> NO DIREITO BRASILEIRO	28
3.2	A ADMISSIBILIDADE DO <i>HABEAS CORPUS</i> NOS TRIBUNAIS SUPERIORES	30
3.3	A JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA EM <i>HABEAS CORPUS</i>	33
3.4	RACIONALIDADE DO SISTEMA RECURSAL <i>VERSUS</i> INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO	38
4	ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA	44
4.1	A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS HIPOSSUFICIENTES	44
4.1.1	Direito de Acesso à Justiça	44
4.1.2	Direito de Acesso à Gratuidade Judiciária	52
5	<i>HABEAS CORPUS</i> COLETIVO	54
5.1	IMPETRAÇÕES ANTERIORES AO HC 143.641	54
5.2	O <i>HABEAS CORPUS</i> 143.641	55
5.3	<i>HABEAS CORPUS</i> COLETIVO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E ACESSO À JUSTIÇA	78
5.4	DEFENSIONISMO DA JURISPRUDÊNCIA EM RELAÇÃO AO <i>HABEAS CORPUS</i> COLETIVO	89
6	CONCLUSÃO	102
	REFERÊNCIAS	

1 INTRODUÇÃO

O *habeas corpus* sempre nos despertou grande interesse no campo profissional. No exercício da advocacia criminal, realizado de forma artesanal nas cidades do interior do Brasil, poucas oportunidades terão os advogados criminais de verem seus casos tramitarem pelos tribunais superiores, senão através das impetrações de *habeas corpus*.

Na mesma medida, poucas chances terá o preso humilde de ter o seu caso reavaliado pelos tribunais mais importantes de Brasília, senão através do *writ*.

Nesse viés, o que dizer, ainda, da população carcerária hipossuficiente, marginalizada, às vezes precariamente amparada por uma defensoria pública desaparelhada, que à custa de um esforço quase heroico consegue assegurar a defesa aos seus assistidos?

Em um cenário no qual o acesso aos respectivos tribunais tem se tornado cada vez mais difícil, sob a rubrica da preservação da racionalidade do sistema recursal, limitando-se, em matéria criminal, ao julgamento de grandes casos afetos ao direito penal econômico, e que por outro lado, violações aos direitos fundamentais continuam a ocorrer, entendemos fosse de bom alvitre estudar o *habeas corpus* na sua modalidade coletiva, em busca de uma alternativa, sem qualquer pretensão de esgotar o tema tão incipiente.

Para isso iremos analisar o *habeas corpus* sob o ponto de vista da tutela dos direitos coletivos, uma vez que no âmbito da persecução penal este instrumento tem sido considerado o principal mecanismo de salvaguarda da liberdade de locomoção e do controle do devido processo legal.

Trataremos de alguns aspectos históricos das origens das garantias na antiguidade, bem como, os traços iniciais do *habeas corpus* no direito anglo-saxão durante a idade média, para verificar os seus reflexos no ordenamento jurídico do Brasil, desde sua trajetória no Império, percorrendo a Primeira República e se consolidando na Constituição Federal de 1988.

Fundamentamos a importância da pesquisa, no fato de que o *habeas corpus* tornou-se o instrumento jurídico por meio do qual foram registradas decisões

paradigmáticas em matéria penal e processual penal no país, com a observação dos precedentes pelos juízos ordinários.

Destaca-se como exemplo, a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 82.959-7/SP, quando declarou inconstitucional o cumprimento integral da pena em regime fechado dos condenados por crimes hediondos.

No que se refere a sua aplicação, o *writ* tornou-se solução de problemas crônicos do sistema jurídico-penal, principalmente no que se refere à morosidade peculiar do processamento dos recursos extraordinários e agravos que são recebidos pelos tribunais superiores, e com a solidificação de direitos e garantias individuais no âmbito da Constituição Federal de 1988, somada ao fortalecimento das defensorias públicas, o número de processos desta natureza aumentou drasticamente nas cortes brasileiras.

Desta forma, é perceptível que tais fatores têm propiciado o acúmulo de processos nos tribunais, impactando na racionalidade do sistema recursal e, conseqüentemente, influenciando na lentidão da resposta jurisdicional.

Tais fatores, ao resultarem na imposição de evidentes limitações à admissão *habeas corpus* pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, tem colaborado para a construção da chamada jurisprudência defensiva.

Daí a relevância de se analisar o *habeas corpus* coletivo como instrumento para a defesa dos direitos individuais homogêneos, no âmbito do processo penal brasileiro, que é cronicamente seletivo, e cujas mazelas reiteradas na maioria das vezes sequer são levadas ao conhecimentos dos tribunais em face do acesso à justiça deficitário dos hipossuficientes (maior para da população carcerária), e quando deduzidos nas cortes superiores, encontram na sua jurisprudência defensiva um quase impenetrável óbice.

Diante da contextualização, torna-se relevante estudar o *habeas corpus* coletivo, tendo como base os precedentes até agora firmados, bem como, os fundamentos que guarnecem a jurisprudência defensiva, afim de aferir se o instrumento ressoa como alternativa a garantir o efetivo acesso à justiça em direitos fundamentais, sem ofender-se a integralidade do sistema recursal e a própria viabilidade do cumprimento das atribuições constitucionais das cortes superiores.

Motivo pelo qual se delimitou o tema da pesquisa na análise do *habeas corpus* coletivo enquanto instrumento de efetivação dos direitos fundamentais como alternativa à jurisprudência defensiva dos tribunais superiores.

Assim, havendo experiências recentes dos tribunais superiores, tutelando ofensas aos direitos fundamentais, em sede de *habeas corpus* coletivo, ressaí a indagação: é esse instrumento, devido ao seu maior alcance, um meio adequado à promoção da efetiva prestação jurisdicional perante os tribunais superiores? Seria uma alternativa à jurisprudência defensiva cujos fundamentos devem ser refletidos, preservando as missões institucionais que a Constituição Federal reservou aos respectivos órgãos?

Acerca da hipótese que se levanta com o desenvolvimento da presente pesquisa elencamos a seguinte: É o *habeas corpus* coletivo, enquanto instrumento da defesa dos direitos fundamentais, uma alternativa eficaz para a proteção desses direitos no âmbito dos tribunais superiores brasileiros, não malferindo a lógica do sistema recursal vigente, preservando o alcance e a efetividade que a *doutrina brasileira* emprestou ao instituto, e evitando a sobrecarga de processo naquelas cortes e por conseguinte o fortalecimento da sua jurisprudência defensiva.

No que se refere ao objetivo geral, pretende-se analisar o *habeas corpus* coletivo como uma alternativa em potencial à jurisprudência defensiva dos tribunais superiores, privilegiando a salvaguarda dos direitos fundamentais e a concretização efetiva do acesso à jurisdição.

Para atingir-se o objetivo geral da pesquisa, faz-se necessário contrastar a natureza do *habeas corpus* e do princípio da inafastabilidade da jurisdição previstos no rol dos direitos e garantias individuais da Constituição Federal, com os motivos que levaram os tribunais superiores brasileiros a estabelecerem limitações à sua admissibilidade por meio de uma jurisprudência defensiva.

Diante disso traçam-se os seguintes objetivos específicos: i) discorrer sobre a origem histórica do *writ* e sua aplicação no direito brasileiro, abordando o papel desse instrumento na proteção dos direitos fundamentais no Brasil, especialmente diante dos dados atuais do sistema penitenciário; ii) discorrer sobre os fundamentos do *habeas corpus* coletivo como mecanismo de acesso à jurisdição das cortes superiores, bem como as experiências no direito brasileiro; iii) analisar a

jurisprudência dos tribunais superiores acerca da admissibilidade dos *habeas corpus* individual e coletivo e sua motivação, submetendo os fundamentos da mitigação de sua admissibilidade à uma crítica hermenêutica; iv) verificar se o *habeas corpus* coletivo é uma alternativa a conciliar a garantia do acesso à jurisdição e defesa dos direitos fundamentais com necessidade de se racionalizar o sistema recursal tão proclamada pelos tribunais.

A presente investigação científica possui uma abordagem teórica, desenvolvida através de revisão bibliográfica, estudo de legislação e precedentes judiciais, e análise de dados disponíveis nos canais oficiais.

Durante seu desenvolvimento foi realizado o levantamento dos trabalhos, artigos e obras disponíveis acerca do instituto do *habeas corpus*, alguns de seus aspectos históricos, da atuação dos tribunais superiores em matéria de *habeas corpus*, da limitação à admissibilidade do *writ* nestas cortes, dos fundamentos da jurisprudência defensiva, bem como, os dados disponíveis nos canais oficiais acerca do acervo processual em matéria de *habeas corpus* perante os tribunais superiores.

Após uma análise crítica dos fundamentos que guarnecem a jurisprudência defensiva, subsidiada por obras que teorizaram acerca da decisão judicial brasileira nas últimas décadas, far-se-á um contraste entre esses fundamentos, do ponto de vista da garantia de acesso à justiça, sempre em cotejo com o instrumento do *habeas corpus* para a tutela coletiva dos direitos fundamentais, e os direitos e garantias individuais presentes na Constituição Federal de 1988.

No que tange o embasamento da revisão de literatura deste estudo acerca do contexto histórico, origens no direito anglo-saxão, baseou-se nas obras de José Roberto de Castro Neves (Como os advogados salvaram o mundo), Fabio Konder Comparato (A afirmação histórica dos direitos humanos), Ingo Wolfgang Sarlet (A eficácia dos direitos fundamentais), Pedro Lenza (Direito constitucional), Pedro H. C. Fonseca (*Habeas corpus*), Antônio Zetti Assunção (*Habeas corpus*), Peter Burke e Maria Lúcia Garcia Pallares-Burke (Os ingleses), Warley Belo (A prática do *habeas corpus*).

Quanto a aplicabilidade do *habeas corpus* no ordenamento jurídico brasileiro, este estudo baseou-se nas obras de Fabio Konder Comparato, já citada, Pontes de Miranda (História e prática do *habeas corpus*), Alberto Zacharias Toron (*Habeas*

corpus – controle do devido processo legal), Adhemar Ferreira Maciel (Dimensões do direito público), Lênio Luiz Streck e Gilmar F. Mendes (Comentários à constituição do Brasil), Gilmar F. Mendes e Paulo Gonet Branco (Curso de direitos constitucional) Lênio Luiz Streck e Rafael Tomaz de Oliveira (O que é isto), Afranio Silva Jardim (Direito processual penal), Gilmar F Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e JJ Canotilho (Comentários à constituição do Brasil).

No tocante o desenvolvimento da jurisprudência defensiva nos tribunais superiores em matéria de *habeas corpus*, são utilizados os recursos teóricos fornecidos pelas obras de Toron, já citada, além do livro da obra específica de coautoria de Mariana Madera Nunes (*Habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal) e Gustavo H. Badaró (Processo Penal).

Para aferição de dados do sistema penitenciário brasileiro, recorremos ao relatório INFOPEN – 2020, disponibilizado pelo Departamento penitenciário nacional, a para semelhante levantamento acerca do acervo processual das cortes superiores, ao relatório Justiça em números do Conselho Nacional de Justiça.

Em relação aos fundamentos que guarnecem a jurisprudência defensiva dos tribunais superiores, em contraste ao princípio da inafastabilidade da jurisdição e da preservação dos direitos fundamentais, tem-se como subsídio a obra de Lenio Luiz Streck e Rafael Tomaz de Oliveira, já citada, Lenio Luiz Streck (Verdade e Consenso).

A Constituição Federal de 1988, por consectário lógico, não poderia deixar de ser contemplada como importante referencial teórico para consecução desta pesquisa, aliada ao exame de precedentes judiciais do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça das 02 (duas) últimas décadas, em matéria de *habeas corpus* e processo penal.

Para discorrer, contextualizar, e balizar alguns fundamentos para a utilização do *habeas corpus* coletivo no direito brasileiro, não há como dissociar-se dos votos proferidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal no HC 143.641, além das obras, A história do *habeas corpus* coletivo para mães, de autoria de Alexandra Sánchez et. al., publicada pelo instituto Alana, O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos de Edilson Vitorelli e Processo coletivo de Teori Zavaski.

Ainda de inolvidável auxílio para abordar os temas referentes à inafastabilidade da jurisdição e instrumentos de tutela coletivas de direitos,

socorro-nos a clássica obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, traduzida para o português brasileiro pela ex-ministra do STF, Ellen Gracie Northfleet.

2 ALGUNS ASPECTOS HISTÓRICOS SOBRE O *HABEAS CORPUS*

2.1 FRAGMENTOS DA LIMITAÇÃO DE PODER E DAS GARANTIAS NA ANTIGUIDADE E NA IDADE MÉDIA.

2.1.1 Na Antiguidade

As garantias legais originam-se do próprio estabelecimento da legislação escrita, que impôs à comunidade um caráter geral de submissão, limitando em alguns aspectos a justiça privada. Conforme ilustra Ramos (2014), são exemplos dessas legislações o Código de Hamurabi (1.694 a.c) e os Dez Mandamentos Hebreus, que de uma forma primitiva estabelecia uma proporcionalidade entre lesão e a pena, ainda que admitida a vingança privada.

No entanto, a força normativa destas legislações antigas situava-se na representação do poder da divindade que as ditava ao soberano ou ao sacerdote, em ambos os casos verificava-se que a lei tinha um postulado místico para sua imposição, não representando ela mesma uma fonte do poder.

As leis dos egípcios, dos povos da mesopotâmia, dos hebreus e mesmo dos chineses (até a revolução comunista) apresentam-se como elemento sagrado, como a própria expressão da ordem natural (ou divina). Ninguém as teria criado. Aos reis coube a mera tarefa de transcrevê-las e de guardá-las. O Código de Hamurabi (cerca de 1.694 a.C.), uma das mais antigas coletâneas de leis de que se tem notícia, traz no topo da pedra em que está inscrita a figura do rei Hamurabi diante do deus Shamash (o deus sol), recebendo dele as leis. As principais leis dos hebreus, contidas na Torá, apresentam-se, do mesmo modo, como leis reveladas pelo deus Javé a Moisés. (RAMOS 2014, p. 301)

O processo de transmutação da natureza da lei, até então compreendida como imposição do ser divino, para um produto da inteligência humana registra-se na Grécia a partir do século VI a.c, conforme salienta Ramos (2014), quando Sólon concede às classes inferiores, e à todos os cidadãos maiores de 18 anos, o acesso à assembleia e aos tribunais de Atenas, ampliando a participação popular na formulação das leis e nos julgamentos.

Esse processo contribuiu com o empoderamento das normas escritas, que tonaram-se, naquele cenário da democracia grega, uma manifestação mais legítima da vontade da comunidade, conforme discorre Fabio Konder Comparato (2015):

[...]Foi na Grécia, mais particularmente em Atenas, que a preeminência da lei escrita tornou-se, pela primeira vez, o fundamento da sociedade política. Na democracia ateniense, a autoridade ou força moral das leis escritas suplantou, desde logo, a soberania de um indivíduo ou de um grupo ou classe social, soberania esta tida doravante como ofensiva ao sentimento de liberdade do cidadão. (Comparato, 2015, p. 25)

Segundo Ramos (2014, p. 303) a legitimidade conferida ao processo de elaboração das leis pela participação popular em Atenas, de forma original, libertou “o cidadão do jugo de uma justiça natural ou divina, da autoridade inexorável e ilimitada de monarcas ou aristocratas, constituindo-lhe senhor do seu destino comum”, nascendo, portanto, o conceito de liberdade como garantia.

Esse postulado da força da lei consubstanciada na sua própria legitimidade, influenciou fortemente o direito na Roma antiga, contexto em que surgem as primeiras codificações.

A determinação da origem do procedimento interdital, apesar das exaustivas pesquisas, continua bastante obscura; há falta de elementos e dados precisos para se dizer quando tal procedimento começou a ser usado, admitindo alguns autores a possibilidade de que haja sido ao tempo das ações da lei (na esfera administrativa), sendo certo que ao tempo da Lei das XII Tábuas “já existiam interditos para proteger situações e interesses que ainda não gozavam de tutela, como ainda para certos direitos que estavam protegidos na referida lei”. (DOMINGOS SÁVIO apud CÂMARA, 1986, p. 312)

Vicente Sabino Junior (1964, p. 19) sustenta que o primeiro fragmento do *habeas corpus* teve origem no direito romano como contribuição de Ulpiano, ao discorrer sobre o *interdictum de homine libero exhibendo*, ação por meio da qual o *civis* (cidadão) poderia reclamar a exibição de homem livre, detido ilegalmente:

O que se sabe de positivo é que a mais antiga manifestação legal da garantia da liberdade humana, pelo menos a do homem livre, encontra-se no direito romano, inserta no livro 43, título 29 do Digesto, representada pelo interdito “*De homine libero exhibendo: Ait Praeto – Quem liberum dolo malo retines, exhibeas; Hoc interdictum proponitur tuendae libertatis causa: videlicet, ne homines liberi retineantur a quoquam.*” (SABINO JR, 1964, p.19)

Veja-se que o instituto se aplicava apenas aos homens livres cuja liberdade fora cerceada dolosamente pelo particular, em uma sociedade em que escravos e estrangeiros não eram considerados cidadãos, e às mulheres não era conferida capacidade civil, restando elas submetidas à tutela dos maridos, e por esse motivo há autores que dissociam o interdito *de homine libero exhibendo* do *habeas corpus*.

Dentre estes Edson de Arruda Câmara (1986, p. 309), que ao tratar da temática lembrava que o objetivo do interdito era de que o “o homem livre devia permanecer nesse estado e, contra os atos que lhe cerceassem a liberdade, se erguiam remédios enérgicos, quando menos enfáticas declarações de direitos”, alertando, porém, que essas declarações ou interditos não eram oponíveis em face dos governos, o que as diverge do *habeas corpus* na essência, cujas diretrizes visam coibir, principalmente, “o arbítrio dos agentes do Poder Público”.

Defende Câmara (1986, p. 312) que a única garantia oponível contra abuso de poder no foro romano “[...]consistia na acusação do magistrado (funcionários) quando expirasse o tempo, em geral de um ano, do múnus em que fora investido”, isso porque o Estado romano não era passível de sofrer contestações, sugerindo uma suposta infalibilidade não respondia por seus agentes e sequer admitia ação contra eles.

Inobstante as razões que parte da doutrina suscita para dissociar os institutos do *habeas corpus* do *interdictum*, não se pode descurar da natureza de garantia desta última medida, ainda que consubstanciada na conservação do direito da liberdade de apenas alguns membros de uma sociedade estratificada como a romana, não há como se negar tal fato, pois como aludiu Pontes de Miranda (2007, p. 173), “todos sabemos o que era a liberdade nos tempos antigos”.

Antes divididos em classes – os patrícios, os clientes, os escravos e os estrangeiros – os homens lograram em Roma, por processo de dilatação jurídica, que é uma das formas da evolução do direito, menor dependência recíproca, porém a liberdade não era a regra. A mulher transferiu-se da *potestas* do marido para a *manus* do marido, o que já foi um passo além da evolução de sua capacidade; nunca foi livre. Da ausência completa de direitos, passaram os estrangeiros à obtenção de pequenos favores, a fruir o *connubium* e o *commercium*, e depois, com o *ius gentium*, os vários elos de cadeia não foi ultimada pelo império através de sensível racionalizar-se do direito, de que foi máximo agente Justiniano, o direito romano – sob a influência do Cristianismo – fez desbotarem certas divisões sociais, novelou classes e gentes livres, ao mesmo tempo que melhorou a sorte dos escravos; porém não foi muito longe. (PONTES DE MIRANDA, 2007, p. 173)

Portanto, não há como se ignorar o contexto em que foram se consolidando, ainda que de forma rudimentar, princípios e regras que deram origem às garantias e direitos fundamentais da atualidade.

Veja, que conforme discorreremos adiante, mesmo a previsão do *habeas corpus* na Magna Carta de João Sem Terra, tratou-se, em verdade, mais de uma concessão aos barões do que uma conquista da sociedade da época.

2.1.2 Na Idade Média

De acordo com Neves (2020), na Europa durante o período compreendido entre os anos 400 e 1000 da nossa era, conhecido como Alta Idade Média, “o direito romano foi relegado [...] não se dava valor ao gênio jurídico clássico”, a figura do magistrado laico foi substituída pela da autoridade cujo poder se legitimava por força divina. Nesse período o costume se tornou a principal fonte do direito.

Na maior parte das monarquias nacionais europeia, ainda em formação, em razão do modelo feudal, o rei ainda não gozava de poder absoluto sobre os grandes senhores de terra, era comum cada feudo ter o seu tribunal com alguma jurisdição

Todavia a partir do início do século XII com o florescimento de centros urbanos, o surgimento da burguesia, o fortalecimento da atividade comercial, além de crescentes disputas de poder entre a Igreja e os senhores feudais, possuindo esses últimos o controle sobre as comunidades e a capacidade bélica que a igreja não detinha, ocorreu o ressurgimento do direito romano, a partir desse evento, segundo Rodrigues (2018):

As fontes do direito romano se impuseram inclusive onde não era devida vassalagem ao Império Romano, devido à completude e generalidade desse direito. O direito romano permitia a elaboração de diversas soluções a partir de argumentos gerais, como a razão do direito, a equidade e a utilidade. Assim, esse sistema jusromanista era capaz de responder à generalidade das questões e era aceito em decorrência não apenas de submissão política, mas também pela aceitação de sua razoabilidade. O direito romano integrava um modelo intelectual muito valorizado nos círculos cultos europeus. (RODRIGUES, 2018, p. Artigo Virtual)

Nesse cenário são redescobertos o *Corpus Juris Civilis*, compilado por Justiniano no século VI, e o Digesto contendo escritos de juristas romanos acerca da aplicação e interpretação das leis, que irão ao longo da baixa Idade Média subsidiar os sistemas jurídicos da maioria das monarquias nacionais em formação e da própria igreja com o estabelecimento do *direito canônico*.

Na Inglaterra, local onde se desenvolveram o *habeas corpus* além de outras garantias afetas ao *due process of law*, o desenvolvimento do direito possui peculiaridades.

No ano de 1066, a Inglaterra foi invadida por Guilherme o Conquistador. Na ilha vigorava um direito consuetudinário de tradição germânica, ou seja, vinculado aos costumes de cada localidade o que impunha um paralelo desagradável ao poder real central, uma vez que a jurisdição do rei relegada às revisões de julgamento, era pouco utilizada, o que colaborava para o enfraquecimento do poder do monarca em relação aos senhores.

Guilherme, com intuito de solidificar e centralizar seu poder sobre os proprietários de terras, impôs em todo o reino um sistema de direito normando baseado na jurisprudência, que embora mais próximo ao direito romano que ao germânico, daquele período em diante não guardaria relação com o direito praticado Europa continental objeto do processo de romanização que se iniciava, era esse direito imposto por Guilherme um direito comum aplicável à todas comunidades inglesas (feudos), ou seja, o *common law* (lei comum).

Á época da conquista normanda, século XI, nem o direito continental estava estruturado, nem a 'recepção' havia iniciado sua europeização, uma vez que só se pode cogitar de um e outra a partir do século XIII. Na época de Guilherme, o Conquistador, o direito não tinha unidade, cada região adotando o seu a seu modo. O ducado da Normandia praticava um direito jurisprudencial, baseado nos costumes, mais afastado do germânico do que do romano. E foi esse direito que seu duque levou para a Inglaterra conquistada. Esse direito costumeiro vingou em toda a região francesa onde se encontra a Normandia pelo menos até o século XIV, época em que passou a predominar ali o direito continental, quando se fez sentir a 'recepção' do direito romano-canônico. (SIDOU, 2003, p.125)

Decorridos cento e vinte e um anos, em 1187, conforme Neves (2020) descreve, surge um documento intitulado de *Tratado* que teve como finalidade expor

o procedimento de se exercer direitos. Nesta época, a Inglaterra era reinada por Henrique II e esse documento foi criado pelo seu *chief justice* Ranulfo de Glanvill.

Outro fato relevante salientado por Neves (2020) se refere ao ano de 1250, quando houve a publicação *De legibus et consuetudinibus Angliae* que nada mais foi que uma compilação das principais regras jurídicas contendo um acervo de diversas decisões dos tribunais que serviriam de embasamento em casos similares.

Consequentemente, na Inglaterra, os estudantes de Direito, ao invés de dedicar-se ao estudo do Código Justiniano e do Digesto, tal far-se-iam nas universidades de direito que surgiam no restante da Europa, priorizavam o estudo dos *Years Books* que eram, assim denominados, os anais dos julgamentos que continham a jurisprudência que basearia o *stare decisions* (precedentes) praticados no *common law*. (NEVES, 2020).

Segundo Neves (2020), devido a consolidação das monarquias nacionais, o soberano passou a exercer poder absoluto sobre os grandes senhores de terras, todavia, conforme aponta Comparato (2015, p. 85), “na Inglaterra, a supremacia do rei sobre os barões feudais, reforçada durante todo o século XII, enfraqueceu-se no início do reinado de João Sem-Terra [...]”.

Neste sentido, Neves (2020) complementa revelando que a desavença que o rei João teve com a Igreja, sendo inclusive excomungado pelo papa, foi um dos motivos da fragilidade do rei.

Com o intuito de subsidiar as campanhas bélicas, o rei elevou o preço de suas arrecadações contra os barões, originando descontentamentos por parte destes que começaram a fazer exigências e Comparato (2015, p. 85) descreve o fato relatando que “diante dessa pressão tributária, a nobreza passou a exigir periodicamente, como condição para o pagamento de impostos, o reconhecimento formal de seus direitos.”

O desfecho dos constantes e prolongados confrontos entre o rei e os barões feudais, elucidado por Comparato (2015, p. 86) é descrito da seguinte forma “[...] tendo de enfrentar a revolta armada dos barões, que chegaram a ocupar Londres, o rei foi obrigado a assinar a *Magna Carta*, como condição para a cessação de hostilidades.”

Conforme Neves (2020) expõe, a Magna Carta restringia os poderes do rei, obrigando-o a observar as leis e os processos, e também oferecia garantias aos barões, inclusive limitando o poder do Rei em tributar.

Constata-se que todo esse episódio ocorreu no ano de 1215, quando a Inglaterra era reinada por João Sem-Terra que assinou, em 15 de junho do corrente ano, a Magna Carta concedendo, de forma restrita, alguns direitos a uma pequena parte da população. Essa restrição dos direitos também é ilustrada por Ingo Wolfgang Sarlet (2009), em sua obra “A eficácia dos direitos fundamentais”.

Esse documento, inobstante tenha apenas servido para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, alijando, em princípio, a população do acesso aos ‘direitos’ consagrados no pacto, serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade. (SARLET, 2009, p. 41)

Nesta época, quando a luta pela limitação do poder real era gradualmente conquistada, a sua efetivação acontecia por meio de pactos que Sarlet (2009, p 41) explica que “[...] a *Magna Charta* não foi nem o único, nem o primeiro, destacando-se, já nos séculos XII e XIII, as cartas de franquia e os forais outorgados pelos reis portugueses e espanhóis”. As denominações desses pactos também foram aclaradas por Pedro Lenza (2022) em sua obra “Direito Constitucional”.

Os pactos e forais ou cartas de franquia, documentos marcantes durante a Idade Média, buscavam resguardar direitos individuais. Alerta-se, contudo, que se tratava de direitos direcionados a determinados homens, e não sob a perspectiva da universalidade (LENZA, 2022, p. 178).

Embora a assinatura desta Magna Carta tenha propiciado o advento do instituto *habeas corpus*, Comparato (2015, p. 100) traz a lume a seguinte assertiva “[...] como mandado judicial (*writ*) em caso de prisão arbitrária”, dessa forma, “a sua eficácia como remédio jurídico era muito reduzida, em razão da inexistência de adequadas regras processuais”, além do que tratava-se mais de uma concessão do rei aos barões e ao clero do que uma garantia propriamente dita dos cidadãos ingleses.

Mesmo assim a doutrina defende a Magna Carta como o primeiro ato de proteção dos direitos fundamentais a contribuir com os traços originais do instituto que posteriormente consolidaria como o *habeas corpus*.

Pedro H. C. Fonseca (2022), em sua obra “*Habeas corpus*” enfatiza que o *habeas corpus* foi garantido por meio da Magna Carta de 1215 devido ao que constou em seu art. 39 que, em uma tradução livre, determina que nenhuma pessoa será detida, salvo em casos de julgamento legítimo das partes ou da lei regente do país.

O estado libertário do homem, conquistado na época citada, foi inexoravelmente o responsável por toda a atual estrutura jurídica que tende a tutelar e proteger o direito individual de ir, vir e ficar por meio dos diplomas maiores de todos os países civilizados. A sua importância é tão contundente e significativa que, no Brasil, a Constituição Federal em vigor insculpe norma expressa a respeito, mantendo, nesse particular, uma tradição legislativa (MOSSIN, 2008, p. 5).

A Magna Carta tinha como peculiaridade, segundo o que Comparato (2015, p. 91) revela, esta “tinha uma vigência predeterminada para apenas três meses, e mesmo dentro desse período limitado de tempo muitas de suas disposições não chegaram a ser executadas”, resultando em várias prisões ilegais e na tentativa de anulação do ato por parte do rei.

João Sem-Terra, porém, imediatamente após tê-lo assinado, recorreu ao Papa, seu superior feudal, e Inocêncio III declarou o documento nulo, pelo fato de ter sido obtido mediante coação e sem o devido consentimento pontifício. O que não impediu que essa promessa real fosse reafirmada várias vezes pelos monarcas subsequentes (COMPARATO, 2015, p. 86).

Contudo, a conquista dos direitos fundamentais, da liberdade, da época, foi reduzida em virtude da opressão, do abuso e da tirania propiciando a criação do parlamento por parte dos barões feudais.

Mesmo depois da morte de João Sem-Terra, as medidas arbitrárias não cessaram, o que levou os barões, em 1258, à luta vigorosa e inteligente e, por intermédio de 224 membros, foi constituída uma assembleia que recebeu o nome de parlamento, e por meio dele foram redigidas as famosas “Provisões de Oxford”, como a Magna Carta, que foram juradas pelo rei, sendo certo que Henrique, sob a alegação de que os barões abusaram do triunfo, conseguiu que o papa anulasse aquele juramento (MOSSIN, 2008, p. 5-6).

O sucessor de João Sem-Terra, consoante Neves (2020) aponta, é seu filho Henrique III que assumiu o trono em 1216, quando ainda era menor. O reino de Henrique III, também enfraquecido, é obrigado, em 1225, a confirmar a Magna Carta ressaltando as garantias do devido processo legal com o intuito de precaver abusos do rei.

No que se refere às “Provisões de Oxford” que Mossin (2008) mencionou acima, Neves (2020) explica ser um documento similar a Magna Carta que também eram intituladas como Estatutos de Oxford e nesse documento também constavam determinações que limitavam o poder do rei.

Salienta-se que Comparato (2015, p. 100) também elucidou que “[...], o Parlamento, maciçamente protestante, procurou por todos os meios limitar o poder real, notadamente o poder de prender os opositores políticos, sem submetê-los a processo criminal regular”.

Essa luta pela limitação do poder real também é destacada por Sarlet (2009, p. 42) ao descrever que tanto os direitos e liberdades, destacando-se como exemplo, a proibição de prisões arbitrárias e o *habeas corpus*, bem como, o princípio da legalidade penal e o direito de petição, todos se originaram por meio de “[...] enunciações gerais de direito costumeiro, resultando da progressiva limitação do poder monárquico e da afirmação do Parlamento perante a coroa inglesa”

Diante de tal situação, Mossin (2008) descreve a respeito dos objetivos desviados do direito à liberdade física, preocupando o parlamentar que convoca uma assembleia.

Basta uma simples recordação do direito à liberdade física do indivíduo conquistada [...], para perceber que aquela aquisição jurídica acabou sendo gravemente maculada e destituída de seu cerne de origem [...], levando o Parlamento de 1628 a convocar uma assembleia para a solução desse problema social, em que fora redigida a *Petition of Rights* (petição de direitos), a qual culminou com o restabelecimento irrecusável do remédio do *habeas corpus*” (MOSSIN, 2008, p. 7).

Desde modo, diante do receio do retrocesso da conquista do direito à liberdade, o escopo da assembleia era progredir na consolidação do reconhecimento do direito da liberdade física das pessoas “tal situação despótica e arbitrária tinha de ter um fim, não podia continuar vigorando visto que estava, inegavelmente,

derrogando uma conquista altamente social e de vida para o povo inglês [...]” (MOSSIN, 2008 p. 8).

A Lei do *Habeas corpus* de 1679 surgiu com o propósito de salvaguardar a liberdade do indivíduo, bem como prevenir contra prisões ilegais, assentando assim, o seu surgimento no âmbito legal.

Nesta perspectiva, Comparato (2015, p. 102) diz que “[...] o *habeas corpus* passou a ser utilizado não só em caso de prisão efetiva, mas também de ameaça de simples constrangimento à liberdade individual de ir e vir”.

A importância histórica do *habeas corpus*, tal como regulado pela lei inglesa de 1679, consistiu no fato de que essa garantia judicial, criada para proteger a liberdade de locomoção, tornou-se a matriz de todas as que vieram a ser criadas posteriormente, para a proteção de outras liberdades fundamentais (COMPARATO, 2015, p. 100).

Diante de toda contextualização, no que concerne o conceito de *habeas corpus*, etimologicamente, Antônio Zetti Assunção (2000) em sua obra “*Habeas corpus*”, traz a seguinte definição de *habeas corpus*.

Procedente do latim, *Habeas corpus* significa em sentido literal “tome o corpo”, que tem por objeto fundamental a tutela da liberdade física e locomotiva do indivíduo. É remédio judicial que faz cessar violência ou coação à liberdade decorrente de ilegalidade ou abuso de poder (ASSUNÇÃO, 2000, p. 11).

Peter Burke e Maria Lúcia Garcia Pallares-Burke (2016) na obra “Os Ingleses”, alegam que o *habeas corpus* é representado como o símbolo do Estado de Direito, onde este último traz a concepção de que não há exceção das partes, pois a lei governa a todos e, por meio do instituto *habeas corpus*, a pessoa que foi presa tem de ser levada a um tribunal, onde este é quem decide se o indivíduo será inocentado ou condenado de um crime.

Desta forma, Burke e Pallares-Burke (2016) enfatizam que o instituto *habeas corpus* é um instrumento jurídico que tem a finalidade de proteger as pessoas contra possíveis detenções arbitrárias, muitas vezes impostas pelo Estado.

Warley Belo (2019, p.16) em sua obra “A Prática do *Habeas corpus*” também contribui no que se refere à trajetória da história do surgimento e da consolidação do *habeas corpus* apresentando as seguintes considerações.

Com o *Habeas corpus Act* (1679), temos claro o seu surgimento no mundo jurídico com os contornos conceituais que o entendemos. Houve aprimoramento no *Bill of Rights* (de 1689). Em 1787 foi incorporado à Constituição dos EUA. Em 1789, na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da Assembleia Constituinte Francesa [...] (BELO, 2019, p. 16).

Nesta concepção, Mossin (2008, p. 10) descreve que “ulteriormente, sobreveio o *Habeas corpus Act* de 1816, para, exatamente, suprimir as falhas do *Habeas corpus Act* de 1679, o qual se revelava imperfeito [...]”.

A imperfeição afirmada pelo autor se referia ao fato de o instituto *habeas corpus* se restringir somente às pessoas que foram privadas de liberdade devido ao fato de serem acusadas de crime, contudo, eram impedidas de pedir o *habeas corpus* as pessoas que eram presas por outras acusações.

Um fato histórico que ocorreu na Inglaterra, no ano de 1772, narrado por Burke e Pallares-Burke (2016) envolvendo James Somersett, um escravo africano, exemplifica a eficácia da aplicabilidade do instituto *habeas corpus* na época, haja vista que este foi libertado no instante posterior em que foi impetrado o seu *habeas corpus*.

De acordo com Burke e Pallares-Burke (2016), a estratégia da defesa foi embasada em questões legais destacando a ilegalidade da sua escravidão tendo em vista o não reconhecimento da existência da escravidão na Inglaterra.

Perante o exposto, Mossin (2008, p. 11) sintetiza afirmando que “aquelas conquistas do povo inglês foram trasladadas para outras legislações mais modernas, as quais plasmaram esse importantíssimo instituto que é o *habeas corpus*, inclusive o Código de Processo Criminal brasileiro de 1832.”

Assim, todos os fatos descritos foram consolidando, ao longo da história da humanidade, o reconhecimento da legitimidade do instituto *habeas corpus* em diferentes países, incluindo a nação brasileira.

2.2 O *HABEAS CORPUS* NO DIREITO BRASILEIRO – IMPÉRIO E PRIMEIRA REPÚBLICA

2.2.1 O *Habeas corpus* no Brasil Império

De acordo com o contexto histórico do surgimento do *habeas corpus*, constata-se que este surgiu de forma restrita como “mandado judicial (*writ*) em caso de prisão arbitrária”, mas sua reduzida eficácia só seria corrigida com a Lei do *Habeas corpus* de 1679, de modo, a “confirmar no povo inglês a verdade do brocardo *mermedies* precede *rights*, isto é, são as garantias processuais que criam os direitos e não o contrário” (COMPARATO, 2015, p. 100).

Na mesma linha, Alberto Zacharias Toron (2020, p.37) em sua obra “Habeas Corpus” afirma que apesar da Magna Carta ter instaurado o caminho para a limitação do poder real, “a lei do *habeas corpus* (*Habeas corpus Act*, de 1679) é que institui a garantia”.

Ainda acerca da importância histórica do *habeas corpus act*, Comparato (2015) acentua que o referido diploma serviu de matriz para várias legislações posteriores, inclusive em outros países que objetivavam a proteção dos mais diversos direitos fundamentais:

A importância histórica do *habeas corpus*, tal como regulado pela lei inglesa de 1679, consistiu no fato de que essa garantia judicial, criada para proteger a liberdade de locomoção, tornou-se a matriz de todas as que vieram a ser criadas posteriormente, para a proteção de outras liberdades fundamentais. Na América Latina, por exemplo, o juízo de amparo e o mandado de segurança copiaram do *habeas corpus* a característica de serem ordens judiciais dirigidas a qualquer autoridade pública acusada de violar direitos líquidos e certos, isto é, direitos cuja existência o autor pode demonstrar desde o início do processo, sem necessidade de produção ulterior de provas” (COMPARATO, 2015, p. 101).

Por sua vez, Paul D. Halliday citado por Georges Abboud (2020, p. 872) faz interessante digressão acerca da utilização do *habeas corpus* no *common law* antes do *habeas corpus act*, literalmente ligada à expressão latina que dá o nome ao instituto, e que traduzida para o português significa “trazer o corpo”:

Originalmente, era utilizado pelos Tribunais para determinar a apresentação de alguém, um prisioneiro, à Corte, para literalmente “trazer o corpo” em Juízo, e não constituía um instrumento destinado necessariamente à salvaguarda da liberdade. Consta que, em 1554, a Queen’s Bench utilizou dois *habeas corpus* para trazer a julgamento pessoas envolvidas em rebelião, presentes nos *writs* notas de que os rebeldes deveriam ser enforcados.

Com o tempo, porém, as Cortes inglesas, em especial a Kings Bench, começaram a utilizar o *habeas corpus* para avaliar a causa da prisão, liberando o preso quando reputavam a medida ilegal ou abusiva. Foi assim

habeas corpus o veículo para a afirmação progressiva das liberdades públicas inglesas, utilizado que foi como instrumento contra prisões decorrentes de perseguições religiosas e políticas (HALLIDAY, 2010 apud ABOUD, 2020, p. 872).

Conforme leciona Toron (2020, p. 39), no Brasil colônia, em que vigorava as Ordenações Filipinas, o instrumento jurídico que resguardava a liberdade eram as chamadas “Cartas de Seguro”, todavia, “a carta de seguro não pode ser tida como antecessora ou congênere portuguesa do *habeas corpus* inglês, pois, de verdade, era uma promessa judicial, pela qual o réu deixava de ser preso, até finalizar o processo ordinário”.

Até mesmo a Constituição outorgada pelo Imperador Dom Pedro I em 1824, apesar de ter previsto garantias fundamentais aos homens livres, não fez qualquer menção ao *writ*, que só seria expressamente carreada no texto do Código de Processo Criminal de Primeira Instância do Império de 1832 e tinha por escopo tutelar exclusivamente a liberdade ambulatorial, prevendo que “Todo o cidadão que entender, que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal, em sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de - Habeas-Corpus - em seu favor” (BRASIL, 1832).

Muito embora não fizesse previsão ao instituto, Pirangelli citado por Toron, considera que a carta de 1824 “formulou as bases sobre as quais viria se assentar o instituto que ora estamos examinando” (PIERANGELLI, 1983 apud TORON, 2020, p. 41).

Francisco Cavalcante Pontes de Miranda (2007) em sua famosa obra “Doutrina e prática do *habeas corpus*”, rememora que, mesmo antes da estar previsto expressamente no Código de Processo Criminal do Império, “após o Decreto de 23 de maio de 1821, havia a ação de desconstrangimento, sem o nome de *habeas corpus*, mas classificável como tal. Juízes e tribunais atendiam aos pedidos de soltura, por ser ilegal a prisão”, demonstrando já a existência de um sistema vocacionado à uma garantia, ainda que rudimentar, de defesa dos direitos fundamentais (MIRANDA, 2007, p. 160).

Fato inusitado é que embora o instituto, como já assinalado, apenas fosse ser expressamente formulado no Código de Processo Criminal de Primeira Instância do Império de 1832, o Código Criminal do Império de 1830, por sua vez, já dispunha

acerca da punição do juiz que viesse a retardar o cumprimento da ordem de *habeas corpus*:

Art. 183. Recusarem os Juizes, à quem fôr permitido passar ordens de - habeas-corpus – concede-las, quando lhes forem regularmente requeridas, nos casos, em que podem ser legalmente passadas; retardarem sem motivo a sua concessão, ou deixarem de proposito, e com conhecimento de causa, de as passar independente de petição, nos casos em que a Lei o determinar (BRASIL, 1830).

Para justificar o descompasso entre ambos os códigos do Império, Toron (2020, p. 40) afirma que o “trâmite dos Projetos de Códigos se dava em paralelo na Câmara” e que “todavia, o Criminal acabou sendo promulgado antes do correlato Código processual, o que gerou o paradoxo de termos normas incriminadoras de um instituto ainda inexistente”.

Sobre o contexto em que se deu a elaboração dos respectivos diplomas, Pontes de Miranda (2007, p. 160) debita-o ao próprio clima trazido pela Carta Constitucional de 1824, asseverando que a importação do *habeas corpus* para o nosso ordenamento “foi consequência lógica do nosso direito constitucional daquele tempo, que já considerava as liberdades individuais como atributos do ser moral, conferidos ao homem pela natureza”.

Tal fato denota as contradições que sempre se exibiram na história brasileira, se por um lado a Constituição outorgada de 1824 possuísse um reconhecido espírito liberal, fruto do pensamento de uma elite intelectual e jurídica formada na Europa, homens segundo Pontes de Miranda (2007) suficientemente lidos em Montesquieu, em Rousseau e nos juristas Ingleses, a carta não deixava de ter sido outorgada, após o imperador ter dissolvido a Assembleia Constituinte, e o Brasil ainda era uma monarquia escravagista.

Outra novidade sobre o *writ* instaurado durante o governo imperial foi a possibilidade da concessão da ordem de *habeas corpus* para alcançar os estrangeiros, bem como, tutelar a violência iminentes através da impetração preventiva, como assentava Pontes de Miranda (2007, p. 168), até 1871 “a ameaça, porém, não orçava, então, em constrangimento, pois esse foi esse o maior serviço que aos brasileiros prestou a Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871”.

No entanto, a Lei 2.033 de 1871 foi alvo de críticas dos parlamentares liberais, porque suprimiu a possibilidade de utilização do instrumento em caso pronúncia:

O ponto mais atacado da Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, pela oposição, que era o partido liberal, foi o §2º do art. 18, relativo ao não se dar *habeas corpus* nos casos de pronúncia ou condenação. Esse novo limite à primeira vista opressivo, se originara da emenda proposta pelo ministro da Justiça, Saia Lobato, mais tarde Visconde de Niterói, que a apresentou ao Senado (MIRANDA, 2007, p. 170).

Foi nesse cenário, possibilidade de utilização em favor de estrangeiros, que o *writ* passou também a tutelar a concessão de liberdade à pessoas escravizadas, a exemplo dos africanos que chegaram no Brasil através do tráfico de escravos, após a lei que proibiu a sua prática em 1831.

Note-se, conforme elucida Toron (2020), que os escravos não podiam impetrar ou figurar como beneficiários do *habeas corpus*, já que eram considerados mercadorias, enquanto o artigo 340 do Código de processo criminal do Império concedia a capacidade postulatória apenas aos cidadãos, dispondo que “Art. 340. Todo o cidadão que entender, que elle ou outrem soffre uma prisão ou constrangimento illegal, em sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de - Habeas-Corpus - em seu favor” (BRASIL, 1832).

Contudo, é elucidativo o registro de Nelson Câmara citado por Toron, acerca da tese sustentada por Luiz Gama o advogado dos escravos, nos tribunais de sua época, pela qual se permitiu a utilização do instrumento em defesa daqueles seres humanos cuja liberdade restava vilipendiada:

Argumentava com a lei de 1831, que proibiu o tráfico negreiro, bem com a subsequente lei proibitiva de 1850 (Eusébio de Queiroz), para demonstrar que o infeliz havia ingressado em território brasileiro em condição de liberdade, pois o tráfico, estando abolido, a própria legislação abolidora acolhia tal entendimento. Argumentou muito com a Lei do Ventre Livre (Lei Feijó), como argumento com a lei que obrigava o registro de matrícula e o preço da aquisição do escravo. E argumentava como a lei que considerava o abandono do escravo por mais de cinco anos como forma de concessão de liberdade (CÂMARA, 2010 apud TORON, 2020).

Nesse ínterim tornou-se o *habeas corpus* verdadeiro instrumento de restituição da dignidade humana aos negros escravizados, durante os lampejos finais daquele triste período da história brasileira.

Durante o período imperial o *habeas corpus* angariou a alguns caracteres de ação universal de defesa da liberdade, se estabeleceu e foi normatizado no direito brasileiro, revelando-se já durante o século XIX de grande importância para a defesa dos direitos fundamentais e da cidadania, inclusive, como uma das poucas “armas” à disposição dos abolicionistas contra a escravidão de seres humanos.

Nesse período também se erigiram as interpretações jurisprudenciais, que algum tempo depois, já sob a égide liberal inaugurada com a proclamação da República, redundaria nas modificações legislativas que ensejaram a doutrina brasileira do *habeas corpus* cuja influência até hoje perdura em nosso sistema.

2.2.2 O *Habeas corpus* na Primeira República e a Doutrina Brasileira.

Entende-se como primeira República o período compreendido entre 1889 e 1930, ou seja, o momento posterior à sua proclamação, que restou fortemente marcado por efetivas transformações, sociais, culturais, econômicas e políticas.

A primeira Constituição Republicana foi promulgada em 1891, suprimindo o Poder Moderador presente na Carta de 1824 que era exercido pelo monarca, e conforme Adhemar Ferreira Maciel (2000), foi positivamente avançada para a sua época:

Sinteticamente, podemos concluir que a nossa Constituição de 1891 foi uma das mais avançadas do mundo. Baseou-se, como vimos, naquilo que de melhor existia. Pôde contar com as experiências alheias, muitos institutos foram corrigidos e aperfeiçoados; outros, criados. Entre seus constituintes, figuraram homens notáveis, como nunca mais se teve notícia (MACIEL, 2000, p. 182).

A Carta Política de 1891 também foi a primeira a prever o *habeas corpus*, dispunha em seu art. 72, § 22 “Dar-se-á o *habeas corpus*, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder” (BRASIL, 1891)

Veja-se que a palavra cidadão fora substituída por indivíduo, a tornar o *writ* verdadeira ferramenta de defesa da dignidade humana, com bem pontuou Pontes de Miranda (2007), essa inovação teve por base o decreto nº. 848, de 11 de outubro de 1890, que em seu artigo 45 dizia que “o cidadão ou estrangeiro que entender que

ele, ou outrem, sofre prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade, ou se acha ameaçado de sofrer um ou outro, tem direito de solicitar uma ordem de *habeas corpus* em seu favor, ou se outrem”.

Assim, o remédio poderia ser usado para socorrer perante o juízos e tribunais brasileiros, qualquer pessoa que se achasse constrangida em sua liberdade individual, ainda que apenas ameaçados desse constrangimento.

No entanto, o principal ponto a ser destacado é o próprio status constitucional que recebeu o *habeas corpus*, concedendo às liberdades públicas proteção ímpar no direito brasileiro, tornando o instrumento uma garantia universal, efeito que não se verificava quando apenas se dispunha de previsão na lei processual, conforme bem observou Pontes de Miranda:

Antes, ao tempo do Império, o *habeas corpus* consistia apenas no *modus operandi*, como dizia Bacon, isto é, na maneira pela qual a lei relativa à liberdade física produz o seu efeito, quando violada. Hoje, e desde 1891, dada a sua consagração constitucional, nada mais nos resta que aceitar como produto de evolução subitânea, como agradaria a W. Bateson e a De Vries, saindo, por variação descontínua, de tipo jurídico já formado para uma espécie nova, que tanto é dizer do *modus operandi* para a situação superior, imprevista, de efeito que deve produzir a lei, *operatio statuti*: de forma de direito, ou remédio processual, para a categoria máxima, politicamente fundamental e juridicamente suprema, de direito constitucional. (W. Bateson, *Material for the Study of Variation*, 567). Essa é a conclusão que poderá chegar quem quer que medite o texto legal de 1891: “Dar-se-á o *habeas corpus*...” (MIRANDA, 2007, p. 202).

Outra mudança digna de nota, é o fato de que a redação original do § 22 do art. 172 da Constituição de 1891 não repetiu a fórmula adotada pelo Código de processo criminal do império, que restringia o instrumento à tutela do constrangimento ou coação da liberdade, o que inaugurou uma nova fase de utilização do *habeas corpus* no direito brasileiro. Segundo Toron (2020, p. 42), o *writ* “ganhou maior amplitude, inclusive para amparar situações nas quais não necessariamente se discutia o direito de locomoção”.

A forma conferida pelo texto constitucional ao *habeas corpus*, conforme percorreram Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes (2004), ensejou sua utilização até mesmo para anulação de ato administrativo que determinara o cancelamento de matrícula de aluno em escola

pública, para garantir a realização de comícios eleitorais, exercício profissionais dentre várias outras situações.

Acerca de tais peculiaridades na utilização heterodoxa do remédio constitucional houve relevante produção doutrinária, perfazendo a conhecida como a “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, tendo em Pontes de Miranda e Ruy Barbosa alguns dos seus grandes entusiastas.

Segundo a doutrina brasileira, “o *habeas corpus* poderia ser articulado sempre que houvesse o descumprimento por parte do poder público de alguma das chamadas liberdades fundamentais”, ou seja qualquer situação de ilegalidade até mesmo extrapenais (STRECK; OLIVEIRA, 2012, p. 24).

Nesse sentido, Pontes de Miranda (2007, p. 225) fez intransigente defesa do texto constitucional de 1891, afirmando que a “Constituição de 1891, art. 72, § 22, equiparou a direito público constitucional, subjetivo”, assentando quanto ao teor do dispositivo e sua interpretação que “o seu verdadeiro sentido estava lá, concretizado, translúcido. Não nos ficava livre afastá-lo, nem restringi-lo, a nosso gosto. Lei é, como tal se aplica”.

Entendeu o saudoso jurista que concepção ampla do *writ* na Carta de 1891, como uma evolução positiva do instituto, dada a realidade do momento vivenciado, ou seja, a instauração de uma nova República, a propósito:

O fato de ser ampliada a aplicação do *habeas corpus* conteve em si, positivamente, caso de evolução, e esse fato, em vez de ser estranhável, derivou da fecundidade mesma que os países novos transfundem aos institutos que neles se reimplantam. Não foram assim a abreviação histórica que neles se opera, ou seria simples fórmula de sociólogos, ou ilusão de transformismo arbitrário e ocasional (MIRANDA, 2007, p. 204).

E arrematava sustentado haver uma íntima ligação entre as várias liberdades, asseverando que “tão estreito é o vínculo em que se unem a liberdade de locomoção e outras liberdades ameaçadas, que sejam de pensamento, de cultos, ou de imprensa, que suas raias e limites se invadem sem prejuízo de sua independência” (MIRANDA, 2007 p. 228).

A questão perdurou tormentosa, até que o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Judiciário nacional, também criado em 1891, ou seja, após a

proclamação da República acerca dela se manifestasse. Sobre a criação do STF, é a lição de Lenio Luiz Streck e Gilmar Ferreira Mendes:

O Supremo Tribunal Federal foi criado em 1891, tendo seus antecedentes no Supremo Tribunal de Justiça, instituído no nascedouro do Brasil independente, no ano de 1828. Trata-se do órgão judicial brasileiro mais antigo (ao lado do Supremo Tribunal Militar, de 1808), cumprindo-lhe também a função de órgão de cúpula do Poder Judiciário (STRECK; MENDES, 2013 p. 1346).

Volvendo-se às várias correntes que polemizavam acerca do cabimento do *habeas corpus*, e a sua aceitação pelo Supremo Tribunal Federal, discorrem Grinover; Gomes Filho e Fernandes (2004):

Na verdade, três posições firmavam-se com o advento da Constituição republicana: alguns, como Rui Babosa, sustentavam que a garantia deveria ser aplicada em todos os casos em que um direito estivesse ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício por abuso de poder ou ilegalidade; em sentido oposto, afirmava-se que o *habeas corpus*, por sua natureza e origem históricas, era remédio destinado exclusivamente à proteção da liberdade de locomoção; e finalmente, uma terceira corrente, vencedora no seio do Supremo Tribunal Federal, propugnava incluir na proteção do *habeas corpus* não só os casos de restrição de liberdade de locomoção, como também as situações em que a ofensa a essa liberdade fosse meio de ofender outro direito. Assim, exemplificava Pedro Lessa: quando se ofende a liberdade religiosa, obstando que alguém penetre no templo, tem cabimento o *habeas corpus*, pois foi embarçando a liberdade de locomoção que se feriu a liberdade religiosa; quando se ofende a liberdade religiosa, porque se arrasam igrejas, ou se destorem os objetos do culto, não é possível requerer o remédio, porque aí não se está em jogo a liberdade de locomoção das pessoas (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES; 2004).

Falando acerca dos anos em que vigorou a doutrina brasileira do *habeas corpus* conforme a interpretação que lhe emprestou o Supremo Tribunal Federal, e sua benéfica contribuição para a solidificação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, Pontes de Miranda conclui:

Verdade é que se abusou de pedido de *habeas corpus* já para o exercício de direitos. Mas as constantes petições apresentadas aos juízes e tribunais traziam consigo a real vantagem de suscitar novos argumentos e precisar a doutrina, que não foi, no Brasil, a obra de um indivíduo, nem de um grupo deles, mas do coletivo esforço de toda a cultura do país para cristalizar, em forma autônoma, nacional, útil e capaz de exercer função eficiente no meio em que se plantou, de galho, o fecundo instituto (MIRANDA, 2007, p. 232).

E continua sustentando que o *habeas corpus* a despeito da origem anglo-saxônica tornou-se um instituto jurídico nacional”, o que sem dúvida é verdade, pois até hoje o ordenamento jurídico pátrio confere ao *habeas corpus* espectro de atuação sem precedentes em outros sistemas jurídicos (MIRANDA, 2007, p. 232).

Conforme ilustra Toron (2020, p. 43), o *habeas corpus* somente recobriria a aplicação restritiva que lhe conferia a lei processual de 1832, durante a reforma constitucional de 1926. No entanto, os efeitos da doutrina brasileira do *habeas corpus* persistem, já que a Carta Política de 1988 o previu dentre as garantias fundamentais (art. 5º LXVIII).

Lenio Luiz Streck e Rafael Tomaz de Oliveira defendem que baseado nela “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem admitido uma espécie de uso amplo (quase heterodoxo) do *habeas corpus*”, que “tem como polo modulador o direito de liberdade ambulatorial”. (STRECK E OLIVEIRA, 2012, p. 24)

Veja-se que ao admitir e conceder durante o ano de 2018 o HC 143.641, impetrado em favor de mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentassem a condição de gestantes ou de mães com crianças de até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, o Ministro Ricardo Lewandowski o fez invocando a doutrina brasileira:

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 quiçá 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. À toda a evidência, quando o bem jurídico ofendido é o direito de ir e vir, quer pessoal, quer de um grupo pessoas determinadas, o instrumento processual para resgatá-lo é o *habeas corpus* individual ou coletivo (BRASIL, 2018).

Atualmente, vigora o entendimento de que ameaça à liberdade de locomoção, ainda que indireta, advinda, por exemplo da instauração de inquérito ou oferecimento de denúncia quando ausente a justa causa, ou da quebra dos sigilos em violação da proteção constitucional do direito à intimidade, é passível da impetração de *habeas corpus* para sanar a ilegalidade tendo em vista que em última

análise, o procedimento persecutório efetivado com tais vicissitudes poderá redundar na ilegal restrição da liberdade de locomoção, mediante aplicação de uma reprimenda de caráter corporal.

Entretanto, ressoa importante a observação de Toron (2020), de que hoje também não são poucas as vozes que se erguem contra a utilização do *habeas corpus* em situações que não tutelam diretamente a liberdade de ir e vir, defendendo a racionalização do instituto.

O que se pontua, contudo, é que “enquanto não houver outro meio processual igualmente eficaz e célere para afastar ilegalidades que possam, ainda que indireta e futuramente, atingir a liberdade, o emprego do *habeas corpus* não pode se tolhido” (TORON, 2020, p. 51).

Tais características ameadas ao longo do tempo, tornaram o *writ* autêntico instrumento de defesa da cidadania, em face da tutela direitos fundamentais tão caros como a liberdade e o controle do devido processo legal.

3 O *HABEAS CORPUS* E A DEFESA EFETIVA DA LIBERDADE E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

3.1 O CONCEITO DO *HABEAS CORPUS* NO DIREITO BRASILEIRO

Muito se tem debatido acerca do conceito do *habeas corpus*, se é recurso ou ação, já que previsto no Código de Processo Penal brasileiro no Livro III, capítulo X, ou seja, juntamente com os recursos previsto na legislação para impugnar as decisões judiciais em matéria penal, além de que dado o seu amplo espectro de utilização, não raro, é utilizado como sucedâneo recursal nas mais variadas questões.

Grinover, Gomes Filho e Fernandes (1993) asseveram que não é esse simples fato do *habeas corpus* estar regulado no código como recurso, que lhe retirará a essência de remédio constitucional destinado à proteção da liberdade ambulatorial contra injusta coação.

Na verdade, cuida-se de uma ação que tem por objetivo uma prestação estatal consistente no restabelecimento da liberdade de ir, vir e ficar ou, ainda, na remoção de ameaça que possa pairar sobre esse direito fundamental da pessoa, e tal prestação se consubstancia na ordem de *habeas corpus*, através da qual o órgão judiciário competente reconhece a ilegalidade da restrição atual da liberdade e determina providência destinada à sua cessação (alvará de soltura) ou, então, declara antecipadamente a ilegitimidade de uma possível prisão. (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 1993, p. 345)

José Frederico Marques (2009), já em seus dias exaltava esse caráter de *remédio de Direito Processual Constitucional* do *habeas corpus*, observando que embora a maior projeção do *writ* situara-se no campo do processo penal, não era de se olvidar da sua utilização “em relações jurídicas não consubstanciadas no *jus puniedi* ou na *persecutio criminis*” nas quais também seria cabível.

É certo que o *habeas corpus* se destina a tutelar a liberdade de locomoção, assim agindo a ilegalidade ou o abuso de poder em face dessa liberdade, será o *habeas corpus* instrumento idôneo à remoção da coação.

Frederico Marques (2009), ainda expõe dado interessante, revelando que foi a amplitude conferida ao *writ* que fez com que o instrumento tirasse seu nome da

ordem, que hoje é a medida que constitui o seu objeto, dado a possibilidade de concessão do *habeas corpus* em decisão de caráter meramente declaratório ou constitutiva, sem que se possa cogitar da apresentação do paciente.

O processo de *habeas corpus* tirou seu nome da ordem que constitui o objeto dos atos procedimentais, que compõem esse processo. No entanto, hoje, a ordem de *habeas corpus* tem objetivo mais amplo, pois que não se limita à simples determinação de ser apresentado o paciente. É que existem casos de *habeas corpus* em que, por haver outra finalidade no processo instaurado, a concessão da ordem tem por conteúdo ato decisório de mera declaração, ou ato decisório constitutivo, sem que se cogite de apresentação do paciente. (FREDERICO MARQUES, 2009, p. 330)

Tourinho Filho (2013), ao discorrer acerca da natureza jurídica do *habeas corpus* exemplificando a natureza de suas decisões, acrescenta àquelas elencadas por Frederico Marques (2009), os efeitos de natureza cautelar da sentença que concede o *habeas corpus* preventivo:

[...]A sentença concessiva da ordem pode ter natureza cautelar, constitutiva ou declaratória. Por exemplo, sempre que um *habeas corpus* preventivo for concedido, a sentença terá, ineludivelmente, o caráter cautelar. Se, mercê de uma ordem de *habeas corpus*, a sentença condenatória é anulada, a decisão concessiva do writ tem caráter constitutivo. Finalmente, se o órgão jurisdicional, em razão de um pedido de *habeas corpus*, decreta a extinção da punibilidade, inegável o caráter declaratório da sentença que acolheu o pedido. (TOURINHO FILHO, 2013, p.648)

Porém o caráter mais marcante do *remedium juris*, na concepção de Frederico Marques, seria sua eficácia, por tratar-se de um instrumento rápido e imediato de tutela jurisdicional, que em razão da amplitude “passou ele a ser um processo especial de conteúdo proteiforme, em que o traço essencial é a tutela do direito de locomoção”. (FREDERICO MARQUES, 2009, p. 331)

O que podemos verificar destes conceitos, ainda no que condiz à simples identificação da natureza do *habeas corpus* pela doutrina nacional, é a ênfase concedida ao seu espectro de atuação, o que já se revela um traço identificador da influência da *doutrina brasileira* conforme expusemos ao discorrer sobre os aspectos históricos do *habeas corpus* no Brasil.

Essa consideração é importante, uma vez, que constituindo a doutrina que amplificou o emprego do *habeas corpus* característica notável hábil a influenciar

inclusive sua conceituação, o uso desenfreado do *writ* resvalará na atualidade na *crise do habeas corpus* e na construção da jurisprudência defensiva.

3.2 A ADMISSIBILIDADE DO *HABEAS CORPUS* NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

O aumento exponencial da quantidade de *habeas corpus* distribuídos aos tribunais superiores, aliado ao seu uso indiscriminado, prática que remonta à época da já mencionada “doutrina brasileira” que chancelou o cabimento do remédio constitucional até mesmo à situações estranhas ao processo penal, tem instaurado na atualidade uma verdadeira “crise do *habeas corpus*”, implicando na imposição de barreiras ao seu conhecimento pelos tribunais, calcadas na preservação da racionalidade do sistema recursal como concretização da efetiva prestação jurisdicional, tornando cada vez mais difícil o efetivo acesso àqueles colegiados.

Segundo Lenio Luiz Streck e Matheus Pimenta de Freitas, (2020) no artigo “Restringir *Habeas corpus* significa ignorar caos prisional brasileiro” destacam, se por um lado sustenta-se que o aumento da quantidade de processos, desta natureza, nas respectivas cortes têm implicado no desvirtuamento das missões constitucionais tanto do Superior Tribunal de Justiça quanto do Supremo Tribunal Federal, quadro para o qual o fortalecimento das defensorias públicas e a adoção do processo eletrônico tem colaborado, é fato que parte da doutrina rechaça tais argumentos os considerando fruto de uma hermenêutica pragmática e consequencialista dissociada das garantias previstas na Constituição Federal.

Essa realidade contrasta com a situação do sistema penitenciário brasileiro cujo estado de coisas inconstitucional foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Medida Cautelar na ADPF 347, afetado, com efeito, pela grande quantidade de presos provisórios, e ainda com reiterados exemplos de violação de direitos fundamentais promovidos pelo estado brasileiro em jurisdição criminal.

Mas a realidade é que a influência da “doutrina brasileira” foi moldando o *habeas corpus* ao longo dos anos como instrumento de controle da legalidade do processo penal, ou de *collateral attack* no dizer de Toron (2020), ou seja, ainda que haja indireta ameaça à liberdade de locomoção, advinda, por exemplo da instauração de inquérito ou oferecimento de denúncia quando ausente a justa causa,

ou da quebra dos sigilos em violação da proteção constitucional do direito à intimidade, caberá a impetração de *habeas corpus* para sanar a ilegalidade tendo em vista que em última análise, o procedimento persecutório efetivado com tais vicissitudes poderá redundar na ilegal restrição da liberdade de locomoção mediante aplicação de uma reprimenda de caráter corporal.

Nesse sentido, Lenio Luiz Streck e Rafael Tomaz de Oliveira destacam a importante contribuição da judicialização por meio do *writ* de questões referentes às comissões parlamentares de inquérito – CPI, para a ampliação da utilização do *habeas corpus* na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

De fato, as questões jurídicas que apareciam a cada instalação de uma CPI, seja no que tange à sua adequação aos requisitos constitucionais (§ 3º do artigo 58), seja em virtude das demandas surgidas a partir das convocações de pessoas para prestarem depoimentos sobre aquilo que se apresenta com objetivo da investigação legislativa, sempre acabavam resolvidas no plenário do Supremo Tribunal Federal, uma vez que inexistia uma regulamentação pormenorizada de toda essa temática (STRECK; OLIVEIRA, 2012, p. 25).

Gustavo H. Badaró (2020), na obra “Processo Penal”, por sua vez apregoa que amplitude de utilização do *habeas corpus* o transformou na prática em um agravo suscetível de impugnar toda e qualquer decisão interlocutória proferida no processo, sendo preferido inclusive em relação aos recursos específicos, o que segundo o autor é causa de um paradoxo a implicar no perecimento da própria efetividade da defesa da liberdade pelo instrumento.

Tal medida, em princípio, parece benéfica, uma vez que amplia a possibilidade de utilização de um mecanismo para a proteção da liberdade de locomoção. Todavia de fato, a liberdade, muitas vezes, acaba sendo prejudicada. O volume de *habeas corpus* nos tribunais é tão grande que já não se observa uma tramitação prioritária. Não é incomum, em caso até mesmo de *habeas corpus* liberatório, a demora de meses e meses para seu julgamento. Em suma a larga utilização da *habeas corpus* para prevenir lesões longínquas à liberdade (que muitas vezes, razoavelmente se estima, somente ocorrerão depois de anos) acaba prejudicando a utilização de *habeas corpus* para tutelar a liberdade de locomoção em casos em que já existe a violação de tal direito (BADARÓ, 2020, p. 1081).

Contribuiu para o aumento do volume de *habeas corpus* em trâmite nos tribunais brasileiros, a instauração do Estado de direito instaurado com Constituição

Federal de 1988, com fortalecimento do Ministério Público, de instituição policiais e órgãos de controle, que passaram a investigar a criminalidade organizada.

Como assenta Toron com base na justificativa do “combate à criminalidade organizada, corrupção, crimes etc. tem-se permitido uma larga flexibilização, quando não a própria aniquilação, de algumas garantias individuais, entre as quais despontam a da amplitude do direito de defesa” (TORON, 2020, p. 28).

Nesse contexto, os tribunais têm reconhecido e reafirmado o protagonismo do instrumento na defesa dos direitos e garantias fundamentais, a exemplo da manifestação do Superior Tribunal de Justiça quando da análise do HC 160.696:

Há muito a jurisprudência dos Tribunais Superiores admite a utilização da ação mandamental de *habeas corpus* para afastar constrangimento ilegal de ordem processual suportado pelo réu no curso da ação penal, desde que presente a possibilidade de lesão à liberdade de locomoção do indivíduo, conforme se verifica na espécie, uma vez que reconhecida a violação do devido processo legal na ação penal em que o paciente responde pela prática do delito de denúncia caluniosa, previsto no art. 339, § 1º, do Código Penal, c/c arts. 29 e 69 do mesmo diploma legal, cuja pena pode chegar a mais de 9 (nove) anos de reclusão (Brasil, 2011).

Até mesmo matérias ventiladas no *writ* foram objetivadas culminaram no reconhecimento de inconstitucionalidade de leis, a exemplo da decisão que no julgamento do HC 82.959-7/SP que declarou inconstitucional o cumprimento integral da pena de condenados por crimes hediondos em regime fechado.

No que atine à sua utilização em detrimento dos demais recursos previstos na legislação processual penal Lenio Luiz Streck e Rafael Tomaz de Oliveira tecem importante observação de que o writ “foi sendo transformado em um atalho para resolver problemas ‘sistêmicos’. O maior deles, sem dúvida, diz respeito à morosidade ínsita ao processamento dos recursos extraordinários e agravos que chegam até o Supremo Tribunal Federal” (STRECK; OLIVEIRA, 2012, p. 26).

Nesse sentido Alberto Zacharias Toron advoga que, embora existam “não poucas vozes que se erguem” contra a utilização do *habeas corpus* em situações que não tutelam diretamente a liberdade de locomoção, “enquanto não houver outro meio processual igualmente eficaz e célere para afastar ilegalidades que possam, ainda que indireta e futuramente, atingir a liberdade, o emprego do *habeas corpus* não pode se tolhido” (TORON, 2020, p. 51).

3.3 A JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA EM *HABEAS CORPUS*

Segundo Mariana Madera Nunes na obra “O cabimento de *habeas corpus* e a jurisprudência defensiva do supremo” a já aventada quantidade de novas ações de *habeas corpus*, que ingressam anualmente nas cortes superiores, têm levado o Supremo Tribunal Federal “a estabelecer consideráveis ressalvas ao cabimento das impetrações”. (NUNES, 2019, p. 75)

Fatores tais como o maior acesso à justiça erigido na Constituição de 1988, o fortalecimento das defensorias públicas, o processo judicial eletrônico que facultou aos advogados que residem fora dos grandes centros a postularem junto ao Tribunais Superiores, e a própria massificação da profissão, que segundo dados do Conselho Federal da OAB já ultrapassa 1.284.037 profissionais inscritos, têm contribuído para esse quadro (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2021).

No que toca à quantidade de processos apenas no Supremo Tribunal Federal, Mariana Madera Nunes alude que em 1999 foram impetrados no STF cerca de 350 processos de *habeas corpus*, sendo que em 2008 esse número já era de 3.736 e dez anos depois, ou seja, em 2018 já havia saltado para 13.364 novos *habeas corpus* (NUNES, 2021, p. 74).

Daí decorreria a necessidade de racionalizar o sistema recursal, sob pena dos Tribunais Superiores terem desnaturada as funções que a Constituição lhes atribuiu, ao Superior Tribunal de Justiça de corte unificadora da jurisprudência e interprete da lei federal, e ao Supremo de corte constitucional. Tal necessidade tem culminado nas limitações, reiteradamente, estabelecidas ao manejo do *habeas corpus*.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a autora destaca as seguintes limitações à admissibilidade das impetrações, que igualmente vigoram junto ao Superior Tribunal de Justiça quando adequadas àquele sodalício, tais limitações ocorrem nos casos em que os writs são:

- 1) substitutivo de recurso ordinário; 2) formalizado contra decisão liminar; 3) impetrado em face de decisão monocrática contra a qual caberia agravo; 4) em substituição de recurso extraordinário ou revisão criminal; e 5) voltado contra ato de ministro do Supremo Tribunal Federal (NUNES, 2019, p. 76).

Todavia, não podemos descurar da envergadura constitucional do *habeas corpus* cujos limites são definidos pela constituição que segundo Gustavo H. Badaró, na obra “Manual dos recursos criminais” afirma “que não prevê qualquer restrição além da situação de alguém que esteja a ‘sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção’”. (BADARÓ, 2016, p. 517)

Sobre a limitação à utilização do *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, instaurada quando do julgamento do HC 109.956 durante o ano de 2012, que somente ressalvou a possibilidade de análise do writ para a concessão de ofício da ordem, essa só encontrou precedentes durante o regime militar de 1965, naquele período, inicialmente ocorreu a suspensão do writ para crimes políticos, promulgada com o Ato Institucional de 13 de dezembro de 1968. Já em 1969, através de outro Ato Institucional o AI-6, introduziu-se um complemento ao disposto no art. 114, II, a, da Constituição Federal, vedando o manejo da impetração substitutiva do recurso” (TORON, 2020, p. 45).

Tão logo concretizado no Supremo Tribunal Federal, o precedente firmado no HC 109.956 passou a orientar a admissibilidade dos *habeas corpus* impetrados junto ao Superior Tribunal de Justiça, que na linha daquela orientação da Suprema Corte, passou a rechaçar as impetrações efetivadas em substituição aos recursos ordinários de decisões dos Tribunais de Justiça dos Estados e dos Tribunais Regionais Federais.

Acerca das razões que levaram o Supremo Tribunal Federal a inadmitir a impetração substitutiva, Mariana Madera Nunes, aduz:

No voto, o Relator consignou trata-se o *habeas corpus* de ‘garantia maior’, voltada a preservar a liberdade de ir e vir do cidadão. Destacou, contudo, a sobrecarga de processos submetidos a exame pelo Supremo e pelo Superior Tribunal, tendo em vista o recebimento, respectivamente, somente no primeiro semestre de 2012, de 2.181 *habeas corpus* e 108 recursos ordinários e 16.372 *habeas* e 1.475 recursos. Realçou a problemática de se ter o enfraquecimento do próprio instituto a partir do manejo inadequado, assentando que a situação não deve continuar, no que já mitigou a importância do *habeas corpus* e emperrou a máquina judiciária, sendo prejudicados os cidadãos em geral, a cidadania (NUNES, 2019, p. 77).

O mesmo raciocínio foi utilizado para inadmitir os *habeas corpus* no HC 110.055/MG impetrados no STF contra decisões que julgaram improcedente

recursos ordinários analisados pelo STJ, são os chamados *habeas corpus* substitutivos de recursos extraordinários, segundo a corte “seria um contrassenso não se admitir o substitutivo de recurso ordinário e admitir-se o extraordinário” (NUNES, 2021, p. 85).

Quanto a vedação de impetração do remédio heroico contra decisão de relator que indefere a liminar, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula 691 durante o ano de 2003, segunda a qual “não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar”, cujo fundamento alçado é o da violação aos princípios processuais da hierarquia e da competência (BRASIL, 2003).

Esse entendimento, é igualmente, cumprido à risca pelas turmas do Superior Tribunal de Justiça que o utilizam para negar seguimento aos writs impetrados contra liminares indeferidas pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais.

Contudo, conforme discorrem Streck e Oliveira (2012, p. 27), “o próprio Supremo tem flexibilizado essa tese ao permitir que – em casos de flagrante constrangimento ilegal, por contrariedade à Constituição ou à jurisprudência da Corte” o teor da súmula seja afastado, é necessário ponderar que a decisão indefere liminar em *habeas corpus* é ordinariamente insuscetível de recursos, e conforme os autores, “ao ‘relativizar’ a Súmula 691, o STF nada mais fez que do que dar a ela um caráter hermenêutico. É uma ilusão metafísica pensar que um enunciado pudesse abranger todas as futuras (e complexas) hipóteses de aplicação”.

Nesta senda, o Supremo Tribunal Federal passou também a não conhecer do *writ* impetrado em face de decisão monocrática denegatória da ordem contra a qual caberia agravo, tendo em vista a inexistência de exaurimento da instância antecedente.

Finalmente, no que atine a possibilidade de impetração contra ato de ministro da Corte, o Supremo Tribunal Federal revisitou o tema durante o ano de 2016, no âmbito do HC 105.959, onde por maioria de 6 votos a 5 manteve a inadmissibilidade do writ nessas circunstâncias, baseando-se para tanto em sua própria jurisprudência, acerca dos motivos que ladearam aquela discussão, temos interessante

posicionamento de Lenio Luiz Streck e Matheus Pimenta de Freitas (2020) na revista eletrônica Consultor Jurídico:

Por que a corte errou?

O entendimento que foi assentado no julgamento do HC 105.959 encontrou guarida tão somente em justificativa de ordem procedimental. Com efeito, todos os votos invocaram a orientação majoritária da corte, que afirmava que, contra as decisões monocráticas proferida por seus membros, o instrumento processual cabível seria o agravo interno, e não o *Habeas corpus*.

A finalidade inequívoca daquela conclusão era diminuir a quantidade de impetrações do remédio constitucional ao Plenário do STF, em mais uma clara hipótese do que se denomina jurisprudência defensiva. Acontece que, ao assim decidir, a corte constitucional cometeu grave erro, esvaziando, em grande medida, o instituto do *Habeas corpus* (STRECK; FREITAS, 2020).

O fato histórico de que o Pleno do STF costumava admitir a impetração contra decisões monocráticas proferidas por seus membros, a exemplo do HC 85.099 de 2007, em que o Relator Ministro Marco Aurélio sustentou que “enquanto houver, acima do Órgão que praticou o ato, outro que possa examinar a impetração, é cabível a medida”, e o Ministro Gilmar Mendes, na mesma linha defendeu que “a chave da abóbada do sistema de proteção judicial é a proteção judicial efetiva, é aquela cláusula que diz que nenhum direito ou ameaça a direto poderá estar imune à proteção judicial efetiva” (BRASIL, 2007, apud NUNES, 2021).

É esse princípio, da proteção judicial efetiva, disposto no inciso XXV artigo 5º da Constituição Federal que parece ser o mais aviltado com o movimento da Supremo Corte de restringir o conhecimento do *habeas corpus*, some-se à isso o fato da Constituição Federal, conforme já asseveramos, não cuidar de impor qualquer limite ao conhecimento do heroico remédio senão aqueles referentes ao fato da autoridade coatora estar sujeita à sua competência de jurisdição, conforme artigo 102, inciso I alínea “d” da CF:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; (BRASIL, 1988)

Mesmo raciocínio empreendemos em relação ao Superior Tribunal de Justiça, cuja competência em sede de *habeas corpus* é definida pelo artigo 105 inciso I, alínea “d” da Constituição Federal:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

c) os *habeas corpus*, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea “a”, ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; (BRASIL, 1988)

Ocorre que as próprias cortes superiores, a exemplo da supracitada flexibilização da súmula 691 têm relativizado as restrições ao conhecimento do *habeas corpus*, mesmo fenômeno que se opera em relação aos recursos especiais e extraordinários, à guisa de critérios subjetivos a exemplo da *flagrante ilegalidade* ou *teratologia*.

No caso da proibição de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, cuja limitação ainda subsiste na 1ª turma do STF, conforme avalia Gustavo Henrique Badaró (2020) não é raro que a situação fática seja avaliada para fins da concessão da ordem de ofício, o que em nada contribui para a racionalidade do sistema recursal.

Mesmo nos casos em que não se conhece o *habeas corpus* voluntariamente interposto por considerar que no caso era cabível o recurso ordinário em *habeas corpus*, o STJ e o STF, se considerarem que está demonstrado o constrangimento ilegal, concederão a ordem ex officio. Portanto, a nova situação surgida com a mudança jurisprudencial, não parece ter trazido racionalidade ao sistema, mas, ao contrário tornou-se ilógico na medida em que não se conhece do *habeas corpus*, mas tem-se que analisá-lo para ver se não é o caso de ilegalidade flagrante e concedê-lo de ofício! (BADARÓ, 2020, p. 1086).

Porém, dada a insegurança jurídica criada por referido posicionamento vive-se no âmbito das cortes superiores, uma incoerência fruto da casuística presente nas decisões que limitaram o alcance do remédio heroico, assim como de outros recursos, amplamente criticada pela doutrina.

3.4 RACIONALIDADE DO SISTEMA RECURSAL *VERSUS* INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

Hans Kelsen (2003), diz que inobstante as transformações que afetaram o conceito de constituição, subsiste nele um núcleo permanente, de que as constituições refletem um princípio supremo a determinar a ordem do estado e os parâmetros para confecção de suas regras:

A ideia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem. Como quer que se defina a Constituição, ela é sempre o fundamento do Estado, a base da ordem jurídica que se quer apreender. O que se entende antes de mais nada e desde sempre por Constituição - e, sob esse aspecto, tal noção coincide com a de forma do Estado - é um princípio em que se exprime juridicamente o equilíbrio das forças políticas no momento considerado, é a norma que rege a elaboração das leis, das normas gerais para cuja execução se exerce a atividade dos organismos estatais, dos tribunais e das autoridades administrativas.

Essa regra para a criação das normas jurídicas essenciais do Estado, a determinação dos órgãos e do procedimento da legislação, forma a Constituição no sentido próprio, original e estrito da palavra (KELSEN, 2003 p. 130).

É certo que para se manter a supremacia desse princípio, garantindo-se efetividade aos valores essenciais de uma comunidade e sobre os quais ela fora estabelecida, de modo a propiciar sua observância pelo próprio Estado e seus cidadãos, inclusive no que diz respeito ao advento de normas que naturalmente surgirão com a evolução dessa sociedade, é necessário que se faça respeitar a posição hierárquica superior da constituição, e seus princípios, o que constitui a sua força normativa.

A esse respeito o professor Konrad Hesse (1991), ao tratar da eficácia normativa da constituição, considerando os aspectos históricos, políticos e sociais que ladearam a sua fundação, discorre que apesar de associada autonomamente a tais fatores, a pretensão de eficácia da norma constitucional depende do seu sucesso em realizar-se:

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser mas também de um dever ser, ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e

políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social (HESSE, 1991 p. 15).

Portanto, é naturalmente adequado que a carta constitucional possua mecanismos para garantir a eficácia dos valores e normas os quais pretendeu concretizar, e sem os quais não realizaria a constituição a sua pretensão de eficácia, e portanto, sua validade estaria esvaziada.

Assim, as normas erigidas em uma comunidade devem observar os princípios basilares dispostos no texto constitucional, fator que pode tornar-se complexo em textos constitucionais, tais como o da Constituição do Brasil de 1988, que tratou do acesso à justiça como direito fundamental ao dispor no inciso XXXV de seu artigo 5º que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

Conforme leciona o professor Kazuo Watanabe (1988), referida garantia não trata apenas de facultar o acesso ao Poder Judiciário, mas efetivamente viabilizar o acesso à ordem jurídica justa:

Deve-se pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições, pela perspectiva do consumidor, ou seja, do destinatário das normas jurídicas, que é o povo, de sorte que o acesso à Justiça traz à tona não apenas um programa de reforma como também um método de pensamento[...]” (WATANABE, 1988, p. 128).

Na mesma linha Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1998), em “Acesso à justiça”, discorrem que o acesso à justiça não se trata apenas de um direito fundamental garantido pelas reformas preconizadas pelo Estado de bem-estar social, mas necessariamente, o ponto central da moderna processualística:

O enfoque sobre o acesso – o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos – também caracteriza crescentemente o estudo do moderno processo civil. A discussão teórica, por exemplo, das várias regras do processo civil e de como elas podem ser manipuladas em várias situações hipotéticas pode ser instrutiva, mas, sob descrição neutras, costuma ocultar-se o modelo frequentemente irreal de duas (ou mais) partes em igualdade de condições perante a corte, limitadas apenas pelos argumentos jurídicos que os experientes advogados possam alinhar (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 12).

Essa alusão faz todo sentido no ponto de que o processo deve garantir às partes efetivo acesso a tutela jurisdicional, podendo se utilizar de todos instrumentos

e recursos inerentes à defesa de seus direitos, livre de regras incoerentes e interpretações casuísticas, ou de barreiras processuais injustamente seletivas.

Neste íterim Cappelletti e Garth (1998) ressaltam que a seletividade é um padrão recalcitrante dentre as barreiras impostas por diversos sistemas judiciais ao efetivo acesso à jurisdição:

Os obstáculos criados por nossos sistemas jurídicos são mais pronunciados para as pequenas causas e para os autores individuais, especialmente os pobres; ao mesmo tempo, as vantagens pertencem de modo especial aos litigantes organizacionais, adeptos do uso do sistema judicial para obterem seus próprios interesses (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 12).

Badaró (2020) ao discorrer acerca dos recentes limites impostos à admissibilidade do *writ* nos tribunais superiores, e da flexibilização destes limites em determinados casos, diz que o artifício “além de ilogicidade, abre-se a porta para perigosa seletividade e discricionariedade”.

Aury Lopes Junior na obra “Direito processual penal”, comentando acerca do mesmo assunto diz que “a situação ainda é polêmica e, além de gerar insegurança jurídica, cria terreno fértil para o decisionismo”. (LOPES JUNIOR, 2016, p. 1148)

Por outro lado, não há como fechar os olhos à grande carga de processos de *habeas corpus* distribuídos aos Tribunais Superiores ano a ano, segundo reportagem de O Globo (2021), publicada em 25 de abril de 2021, o número dessas ações no STF triplicou durante a última década.

Tal fato tem impactado fortemente para a lentidão do sistema recursal, afetando a efetividade do princípio da razoável duração do processo previsto no artigo 5º inciso LXXVIII da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2020) defendem que abordagem dessa temática passa, essencialmente, pelo papel atribuído às cortes superiores brasileiras, que de instâncias de controle da juridicidade de normas infraconstitucionais e constitucionais e universalização da jurisprudência, devem ser encaradas, principalmente após as inovações do Código de Processo Civil de 2015, como cortes de interpretação da legislação e formalização de precedentes o que justificaria as cortes exercerem o que denominam de autogoverno.

A presença de requisitos recursais específicos que subordinem a atuação do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em recurso extraordinário e em recurso especial, portanto, encontra-se em plena consonância com a função interpretativa dessas cortes, especialmente porque viabilizam o autogoverno judicial. Somente a partir daí, a propósito, é que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça poderão trabalhar menos e render mais para a nossa ordem jurídica (MARINONI; MITIDIERO, 2020, p. 61).

Esse autogoverno permitiria, dizem os autores, uma seletividade mais rigorosa, em favor da qualidade e utilidade para a unidade do direito, das demandas a serem julgada pelos tribunais superiores, sendo que “o primeiro requisito de admissibilidade a ser considerado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça seja o da oportunidade do julgamento do caso – do caso, não da tese, figura impertinente em um sistema de precedentes” (MARINONI; MITIDIERO, 2020, p. 61).

Instaura-se aí um conflito de valores (qualidade funcional dos tribunais superiores) e o direito fundamental de acesso à justiça, o quê na visão Lenio Luiz Streck e Rafael Tomaz de Oliveira, tem levado, não raro, os Tribunais Superiores à equivocarem-se na limitação de direitos e garantias fundamentais (STRECK; OLIVEIRA, 2012, p. 83).

Muito dos equívocos efetivados em violação constitucional tem gênese hermenêutica, a ponderação tão proclamada como método para resolução de conflitos entre direitos fundamentais, segundo Lenio Luiz Streck “os tribunais brasileiros, leia-se aqui Tribunais Superiores, ponderam sem critérios, o que tem gerado decisões casuísticas, amparadas em argumentos funcionais”. (STRECK, 2017, p. 533)

Acentuam que as decisões judiciais em casos importantes, como àqueles que decidem acerca dos limites ao conhecimento do *habeas corpus* são direcionadas à satisfação da pressão casuística, da necessidade funcional ou mesmo da opinião pública de plantão, enquanto a “a relevância do remédio constitucional heroico nos tempos atuais é ideia que surge automaticamente ao se examinar a situação do sistema carcerário brasileiro”, embora em tempos de forte repressão à criminalidade organizada e dos delitos de colarinho branco, a defesa das garantias não estejam na moda (STRECK; FREITAS, 2020).

Percebe-se, em verdade, que é a discricionariedade às vezes confundida com ponderação, que com efeito, têm redundado na imposição restrições ao conhecimento do *habeas corpus* no âmbito dos Tribunais Superiores, ignorando a integridade que deveria moldar a aplicação dos princípios, daí porque a oposição de Ronald Dworkin à prática da interpretação discricionária:

Oponho-me à teoria popular de que os juízes têm poder discricionário para decidir casos difíceis. Admito que os princípios de direito sejam às vezes tão equilibrados que os que favorecem o demandante parecerão tomados em conjunto, mais fortes a alguns advogados, mas a outros, mais fracos. Sustento que mesmo assim faz sentido que cada uma das partes reivindique a prerrogativa de sair vencedora e, em decorrência disso, de negar ao juiz o poder discricionário de decidir em favor da outra (DWORKIN, 2002, p. 430).

Quando decidiu por meio de princípios em matéria acerca do conhecimento do *habeas corpus* o Supremo Tribunal Federal, devolve ao *writ* a eficácia e amplitude que a Constituição Federal lhe garante. Tanto que nos autos do HC 152.752/PR o Pleno do STF assentou novamente a possibilidade de conhecer do *writ* substitutivo, merecendo transcrição os destaques feitos por Nunes (2019):

No julgamento do HC 152.752/PR, o Plenário assentou, por maioria, ser admissível impetração originária substitutiva de recurso ordinário constitucional. Destacou-se destinar-se-á o *habeas corpus* 'por expressa injunção constitucional (art. 5º, LVIII), à tutela da liberdade de locomoção, desde que objeto de ameaça concreta, ou efetiva coação, fruto de ilegalidade ou abuso de poder'. O Ministro Alexandre de Moraes sublinhou a possibilidade de ser manejado, contra ato de Tribunal Superior, para o STF, conforme competência constitucional, tanto o *habeas corpus* quanto o respectivo recurso. Historicamente, as impetrações formalizadas contra ato colegiado do STJ tiveram a matéria de fundo examinada pelo Pleno sem que feita ressalva ao cabimento (NUNES, 2019, p. 79).

Embora a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, incoerentemente, ainda recalcitre em revisitar o tema aplicando o precedente do pleno da Suprema Corte, conforme noticiou o jornalista Danilo Vital (2020), na revista eletrônica Consultor Jurídico, a decisão já demonstra um grande avanço no caminho da preservação das garantias.

Daí que não se coaduna à máxima efetividade que se deve atribuir ao direitos fundamentais, qualquer espécie de limitação ao conhecimento do *writ* que não esteja disposta no texto constitucional, especialmente diante de um grave quadro de crise

do sistema penitenciário em que “no último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), divulgado pelo Ministério da Justiça, revelou-se que 40% dos encarcerados no Brasil representam presos provisórios” (STRECK; FREITAS, 2020), ou seja, pessoas que sequer foram julgadas.

Some-se a isso, o fato de que o próprio Supremo Tribunal Federal ao analisar a medida cautelar na ADPF 347 reconheceu um *Estado de Coisas Inconstitucional* devido as reiteradas violações de direitos fundamentais ocorridas nas prisões brasileiras, as quais restaram comparadas às masmorras da idade média.

4 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA

4.1 A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS HIPOSSUFICIENTES

São consideradas hipossuficientes, no âmbito jurídico, as pessoas que não possuem suficiência financeira, em outras palavras, são as pessoas de baixa renda, também tituladas como pessoas pobres. Embora suas situações econômicas-financeiras sejam insuficientes, essas pessoas, assim como qualquer indivíduo, têm diferentes direitos amparados pela legislação, inclusive pela Constituição Federal de 1988, onde estes estão arrolados nos diversos incisos do art. 5º que prevê que “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 [...]” (BRASIL, 2015).

Os direitos fundamentais a serem frisados neste capítulo centralizarão especialmente no acesso à justiça e na gratuidade judiciária, sendo essa destinada às pessoas hipossuficientes. Ambos os direitos são considerados garantias constitucionais para os cidadãos brasileiros.

4.1.1 Direito de Acesso à Justiça

No que se refere o direito ao acesso à justiça, vale iniciar apresentando aspectos relevantes a respeito da historicidade deste direito que são detalhados por Cappeletti e Garth (1988, p. 9) que afirmam que “o conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo ” que, com o decorrer dos tempos, houve-se uma evolução do conceito teórico de acesso à justiça.

O direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um “direito natural”, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus

direitos e defende-los adequadamente, na prática (CAPPELETTI; GARTH, 1988, p. 9).

Deste modo, Cappeletti e Garth (1988, p. 9) acrescentam “afastar a ‘pobreza no sentido legal’ – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições – não era preocupação do Estado”, onde a justiça “[...] só poderia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva”.

Cappeletti e Garth (1988, p. 10) descrevem que “os estudiosos do direito, como o próprio sistema judiciário, encontravam-se afastados das preocupações reais da maioria da população” e a transformação do conceito de acesso à justiça, descrito anteriormente pelos autores se consolidou no momento em que houve uma ascensão de tamanho e de complexidade das sociedades laissez-faire onde “[...] as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas ‘declarações de direitos’, típicas dos séculos dezoito e dezenove”.

Segundo Cappeletti e Garth (1988), a transformação desse conceito de acesso à justiça também está diretamente relacionada com as ações do Poder Judiciário no importante papel de servir as funções sociais:

[...] que as cortes não são a única forma e solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social (CAPPELETTI; GARTH, 1988, p. 12).

Desta forma, “o ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica” (CAPPELETTI; GARTH, 1988, p. 12-13).

Para que haja o acesso efetivo à justiça Cappeletti e Garth (1988) trazem alguns apontamentos a destacar, tais como, as custas judiciais, as possibilidades das partes, os problemas especiais dos interesses difusos que impactam no acesso à justiça.

No que se refere às custas judiciais, de forma geral, “a resolução formal de litígios, particularmente nos tribunais, é muito dispendiosa na maior parte das sociedades modernas”, embora seja responsabilidade do Estado arcar com o pagamento de salários de juizes, auxiliares, proporcionar infraestrutura e todos os recursos essenciais para a realização dos julgamentos “[...] os litigantes precisam suportar a grande proporção dos demais custos necessários à solução de uma lide, incluindo os honorários advocatícios e algumas custas judiciais (CAPPELETTI; GARTH, 1988, p. 15-16).

O alto custo para as partes é particularmente óbvio sob o “Sistema Americano”, que não obriga o vencido a reembolsar ao vencedor os honorários despendidos com seu advogado. Mas os altos custos também agem como uma barreira poderosa sob o sistema, mais amplamente difundido, que impõe ao vencido os ônus da sucumbência. Nesse caso, a menos que o litigante em potencial esteja certo de vencer – o que é de fato extremamente raro, dadas as normais incertezas do processo – ele deve enfrentar um risco ainda maior do que o verificado nos Estados Unidos. A penalidade para o vencido em países que adotam o princípio da sucumbência é aproximadamente duas vezes maior – ele pagará os custos de ambas as partes (CAPPELETTI; GARTH, 1988, p. 17).

Na concepção de Cappeletti e Garth (1988) os altos custos, sejam com advogados e seus serviços, definitivamente, representam exemplos de barreiras para o acesso à justiça e o próximo aspecto levantado pelos autores se refere às pequenas causas, pois há situações em que os custos do litígio podem ser expressivos, mas também as circunstâncias tornam a demanda uma futilidade, sendo o seu valor irrisório para se ingressar em uma ação.

Ainda se tratando das custas judiciais, Cappeletti e Garth (1988) discorrem outro aspecto relevante que está relacionando com o lapso temporal para a conclusão de um processo judicial.

Em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão exequível. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona

os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito. A Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente, no artigo 6º, parágrafo 1º que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de “um prazo razoável” é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível (CAPPELETTI; GARTH, 1988, p. 20-21).

Encerrando-se a respeito das barreiras do acesso à justiça relacionadas com os impedimentos de cunho financeiro, salientam os autores acerca das possibilidades das partes, que se referem a vantagens e desvantagens básicas para certos litigantes e que são textualizadas abaixo:

As “possibilidades das partes” como ficou demonstrado por uma recente linha de pesquisa, de crescente importância, é ponto central quando se cogita da denegação ou da garantia de acesso efetivo. Essa expressão, utilizada pelo Prf. Marc Galanter, repousa na “noção de que algumas espécies de litigantes... gozam de uma gama de vantagens estratégicas” (CAPPELETTI; GARTH, 1988, p. 21).

Essas possibilidades das partes também são analisadas, segundo Cappeletti e Garth (1988), com base em alguns elementos, tais como, recursos financeiros, aptidão tanto no reconhecimento de um direito, como também para propor ação ou defesa e os denominados litigantes eventuais e habituais. Abaixo é apresentada a textualização quanto aos recursos financeiros.

Pessoas ou organizações que possuam recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Em primeiro lugar, elas podem pagar para litigar. Podem, além disso, suportar as delongas do litígio. Cada uma dessas capacidades, em mãos de uma única das partes, pode ser uma arma poderosa; a ameaça de litígio torna-se tanto plausível quanto efetiva. De modo similar, uma das partes pode ser capaz de fazer gastos maiores que a outra e, como resultado, apresentar seus argumentos de maneira mais eficiente. Julgadores passivos, apesar de suas outras e mais admiráveis características, exacerbam claramente esse problema, pode deixarem às partes a tarefa de obter e apresentar as provas, desenvolver e discutir a causa (CAPPELETTI; GARTH, 1988, p. 21-22).

No que se refere aptidão tanto no reconhecimento de um direito, como também para propor ação ou defesa, variável esta que faz para das possibilidades das partes apresentadas por Cappeletti e Garth (1988), destaca-se a seguir.

A “capacidade jurídica” pessoal, se relaciona com as vantagens de recursos financeiros e diferenças de educação, meio e status social, é um conceito

muito mais rico, e de crucial importancia na determinação da acessibilidade da justiça. Ele enfoca as inúmeras barreiras que precisam ser pessoalmente superadas, antes que um direito possa ser efetivamente reivindicado através de nosso aparelho judiciário. Muitas (senão a maior parte) das pessoas comuns não podem – ou, ao menos, não conseguem – superar essas barreiras na maioria dos tipos de processos (CAPPELETTI; GARTH, 1988, p. 22).

A concepção dos autores no que diz respeito a falta de aptidão do reconhecimento do direito, esta impacta não somente as pessoas pobres, como também as demais pessoas, ou seja, a população em geral.

A exemplificar tal situação, discorrem sobre os consumidores, que mesmo tendo instrução, ainda se sentem obrigados a se sujeitarem a termos contratuais, muitas vezes abusivos, faltando, desta forma, o conhecimento jurídico para formular objeções.

Cappeletti e Garth (1988) acrescentam que a ausência de conhecimento possibilita o surgimento de mais uma barreira que é a falta de disposição psicológicas para que essas pessoas venham a recorrer a processos judiciais. Há também situações em que as pessoas tem resistência em recorrer a justiça pelos seguintes motivos descritos abaixo:

O estudo ingles, por exemplo, fez a descoberta surpreendente de que “até 11% dos nossos entrevistados disseram que jamais iriam a um advogado”. Além dessa declarada desconfiança nos advogados, especialmente comum nas classes menos favorecidas, existem outras razões óbvias por que os litígios formais são considerados tao pouco atraentes. Procedimentos complicados, formalismos, ambientes que intimidam, como o dos tribunais, juizes e advogads, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho (CAPPELETTI; GARTH, 1988, p. 24).

O trabalho aborda, ainda, a existência de litigantes eventuais e habituais. Explicam que os litigantes habituais são aqueles que tem maiores contato com o sistema judicial tais como corporações empresariais etc, desta forma, esses ficam em vantagem em relação aos litigantes eventuais devido a experiência que vem adquirindo durante os julgamentos de suas causas, além de que, a habitualidade com que litigam fazem com que relações informais se fortaleçam em seu favor no ambiente judicial, dentre outros aspectos.

Ainda se tratando dos pontos suscitados, para que haja o acesso efetivo à justiça o último apontamento trata dos problemas especiais dos interesses difusos ou coletivos, que não beneficia o legitimado que se predispõe a defender os direitos de uma coletividade.

Interesses “difusos” são interesses fragmentados ou coletivos, tais como o direito ao ambiente saudável, ou à proteção do consumidor. O problema básico que eles apresentam – a razão de sua natureza difusa – é que, ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação (CAPPELETTI; GARTH, 1988, p. 26).

Diante de tudo o que foi textualizado a respeito das barreiras ao acesso à justiça Cappeletti e Garth (1988, p. 28) concluem que “os obstáculos criados por nossos sistemas jurídicos são mais pronunciados para as pequenas causas e para os autores individuais, especialmente os pobres;”, contudo, vale destacar que “[...] as vantagens pertencem de modo especial aos litigantes organizacionais, adeptos do uso do sistema judicial para obterem seus próprios interesses”.

O sistema brasileiro, entretanto equilibra razoavelmente essa equação, quando confere legitimidade ativa ao Ministério Público para defender direitos difusos e coletivos, como corolário da disposição contida no artigo 127 da Constituição Federal, que concede, expressamente, ao MP poderes para agir em defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis (BRASIL, 1998).

O Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula 601, pacificou esse entendimento, cravando que “o Ministério Público tem legitimidade ativa para atuar na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores, ainda que decorrentes da prestação de serviço público” (BRASIL, 2018).

Nesse sentido, é importante realçar a importância que a coletivização de demandas para garantir o acesso a justiça de grupos vulneráveis, conforme lecionam Sarmiento, Borges e Gomes:

Ainda mais importante, o tratamento coletivo de litígios individuais desempenha a relevante função na promoção do efetivo acesso à justiça, notadamente em relação aos mais necessitados. Em um país marcado por graves desigualdades sociais, o acesso real a direitos também continua profundamente assimétrico. A carência econômica impõe obstáculos materiais no acesso ao Judiciário, e a hipossuficiência cultural leva a que

muitos lesados, pertencentes a grupos vulneráveis, sequer tenham consciência da violação ao seu direito e dos meios para remediá-la. Nesse cenário, os instrumentos processuais de proteção coletiva de direitos se afiguram fundamentais para a viabilização do efetivo acesso à justiça, pois permitem que indivíduos sejam beneficiados por decisões judiciais, sem terem o ônus de recorrer ao Poder Judiciário (SARMENTO; BORGES; GOMES, 2015, p. 5).

No que atine a assistência judiciária, o sistema brasileiro a estatizou, através da Defensoria Pública, prevista constitucionalmente, para orientação jurídica e defesa dos hipossuficientes e dos direitos humanos, tendo a Emenda Constitucional nº. 80/2014 conferindo-lhe ainda, a legitimidade de agir em defesa dos direitos difusos e coletivos.

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal (BRASIL, 1988).

O serviço de assistência judiciária, também, é complementado de forma supletiva através de convênios que algumas defensorias públicas estaduais mantêm com a advocacia privada, todavia, em nenhum deles é possível que o jurisdicionado escolha o advogado de sua confiança tal qual defendem Cappeletti e Garth (1988).

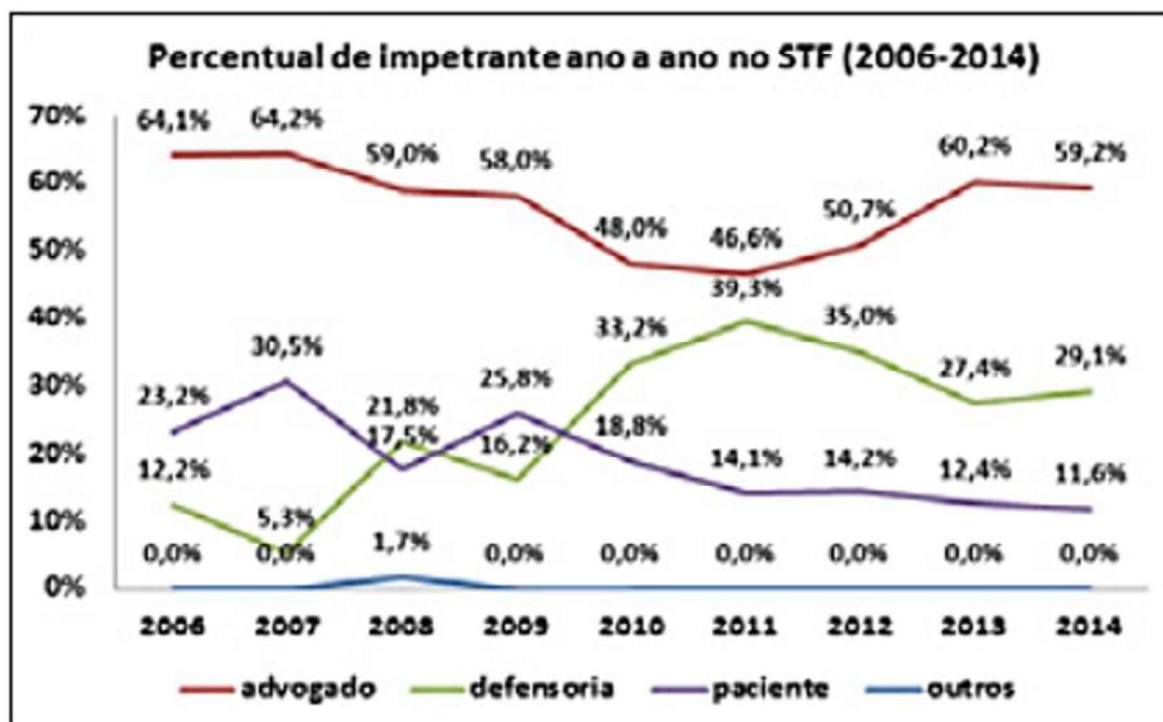
No entanto, é impossível fechar-se aos olhos aos avanços obtidos na proteção do direitos fundamentais obtidos ao longo dos anos com a implementação das Defensorias Públicas da União e dos Estados, inclusive possibilitando o acesso da população vulnerável à jurisdição dos Tribunais Superiores.

Neste íterim não é demais lembrar que percentual relevante das demandas levadas ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal por meio de *habeas corpus* tratam-se de impetrações titularizadas pela defensoria pública em defesa da população hipossuficiente, que outrora não possuía meios de acesso para a defesa de seus direitos junto aos respectivos tribunais.

São os dados que revelam a obra *Habeas corpus* nos tribunais superiores, de autoria do professor Thiago Bottino do Amaral (2016, p.49) da fundação Getúlio Vargas, que conseguiu identificar o percentual de *habeas corpus* impetrados pela

defensoria pública perante o STF e o STJ entre os anos de 2006 a 2014, em relação aos impetrados por advogados privados, e pelos próprios pacientes.

GRÁFICO 03 - Percentual de impetrante ano a ano no STF (2006-2014)



Fonte: AMARAL, Thiago Bottino do. *Habeas corpus nos Tribunais superiores: uma análise e proposta de reflexão*. Rio de Janeiro: FGV, 2016, p. 49

Veja-se que dentre os impetrantes (advogados, defensoria pública, paciente e outros) a defensoria foi a que apresentou maior crescimento entre os anos de 2006, sendo responsável em 2011 por 39,3% dos *habeas corpus* distribuídos ao STF.

O quadro não é diferente no Superior Tribunal de Justiça, que nos anos de 2011 e 2012 recebeu mais *habeas corpus* impetrados pela Defensoria Pública do que de advogados privados.

Gráfico 04: Percentual de impetrante ano a ano no STJ (2006-2014)



Fonte: AMARAL, Thiago Bottino do. *Habeas corpus nos Tribunais superiores: uma análise e proposta de reflexão*. Rio de Janeiro: FGV, 2016, p. 49

Finalmente, é paradoxal que a implementação de limites à admissibilidade de *habeas corpus* nestas cortes, ocorra concomitantemente com o maior acesso da população hipossuficiente à sua jurisdição.

4.1.2 Direito de Acesso a Gratuidade Judiciária

No Código de Processo Civil está previsto, no art. 98 que “a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios têm direito à gratuidade da justiça, na forma da lei” (BRASIL, 2015).

No § 1º, do referido artigo, Brasil (2015) constam os incisos de diferentes serviços que a gratuidade da justiça compreende e disponibiliza a todas as pessoas com insuficiência de recursos financeiro, destacando entre eles, os seguintes:

I - as taxas ou as custas judiciais;
[...]

VI - os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira;

VII - o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução;

VIII - os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório;

IX - os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido (BRASIL, 2015).

Vale destacar que o art. 98, § 2º prevê que “a concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência” (BRASIL, 2015).

Há casos em que a pessoa hipossuficiente, em virtude de qualquer circunstância, venha posteriormente se estabilizar financeiramente, e usufruiu o benefício, neste caso, ainda se referindo ao art. 98, o procedimento legal está inserido no § 3º que prevê o seguinte.

§ 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário (BRASIL, 2015).

No âmbito do processo penal, que é efetivamente o objeto da presente dissertação, destacamos a gratuidade universal das ações de *habeas corpus* e *habeas data* nos termos do inciso LXXVII do artigo 5º da Constituição Federal.

Além da desnecessidade de representação por advogado (Artigo 654 do Código de Processo Penal) para impetração do *writ* em qualquer juízo ou Tribunal, o que em princípio tem possibilitado um acesso razoável aos tribunais superiores, veja-se do gráfico 4, que durante o ano de 2014, 12,75% dos *habeas corpus* distribuídos ao Superior Tribunal de Justiça foram impetrados pelos próprios pacientes.

5 HABEAS CORPUS COLETIVO

5.1 IMPETRAÇÕES ANTERIORES AO HC 143.641

Embora pareça ser o primeiro *habeas corpus* coletivo que se tem notícia, não foi o HC 143.641 o primeiro *writ* no qual se operou a coletivização da ordem concedida nos tribunais superiores brasileiros, pois conforme consignou o Ministro Ricardo Lewandowski (2018), o Superior Tribunal de Justiça já havia admitido o uso coletivo do *habeas corpus* no HC 207.270/SP julgado em 2012 e no HC 142.513/ES julgado em 2010.

No primeiro impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, o STJ considerou ilegal o toque de recolher imposto pela juíza da Vara da Criança e do Adolescente da Cidade Cajuru (SP), para crianças e adolescentes domiciliados naquele município, ou em que nele se encontrassem em caráter transitório.

No acórdão, o Ministro Teori Zavascki afirmou que a portaria judicial ultrapassou os limites legais. “A despeito das legítimas preocupações [...], é preciso delimitar o poder normativo da autoridade judiciária estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. [...]. A portaria em questão ultrapassou os limites dos poderes normativos previstos no ECA” (BRASIL, 2012).

O segundo impugnava o aprisionamento de presos cautelares em contêineres no Estado do Espírito Santo, e diante da flagrante ilegalidade consistente em violação de direitos humanos, a Sexta Turma do STJ estendeu a ordem concedida “a tantos quantos – homens e mulheres – estejam presos nas mesmas condições” (BRASIL, 2010):

Prisão (preventiva). Cumprimento (em contêiner). Ilegalidade (manifesta). Princípios e normas (constitucionais e infraconstitucionais).

1. Se se usa contêiner como cela, trata-se de uso inadequado, inadequado e ilegítimo, inadequado e ilegal. Caso de manifesta ilegalidade.
2. Não se admitem, entre outras penas, penas cruéis a prisão cautelar mais não é do que a execução antecipada de pena (Cód. Penal, art. 42).
3. Entre as normas e os princípios do ordenamento jurídico brasileiro, estão: dignidade da pessoa humana, prisão somente com previsão legal, respeito à integridade física e moral dos presos, presunção de inocência, relaxamento de prisão ilegal, execução visando à harmônica integração social do condenado e do internado.
4. Caso, pois, de prisão inadequada e desonrante; desumana também.
5. Não se combate a violência do crime com a violência da prisão.

6. Habeas corpus deferido, substituindo-se a prisão em contêiner por prisão domiciliar, com extensão a tantos quantos homens e mulheres estejam presos nas mesmas condições (BRASIL, 2010).

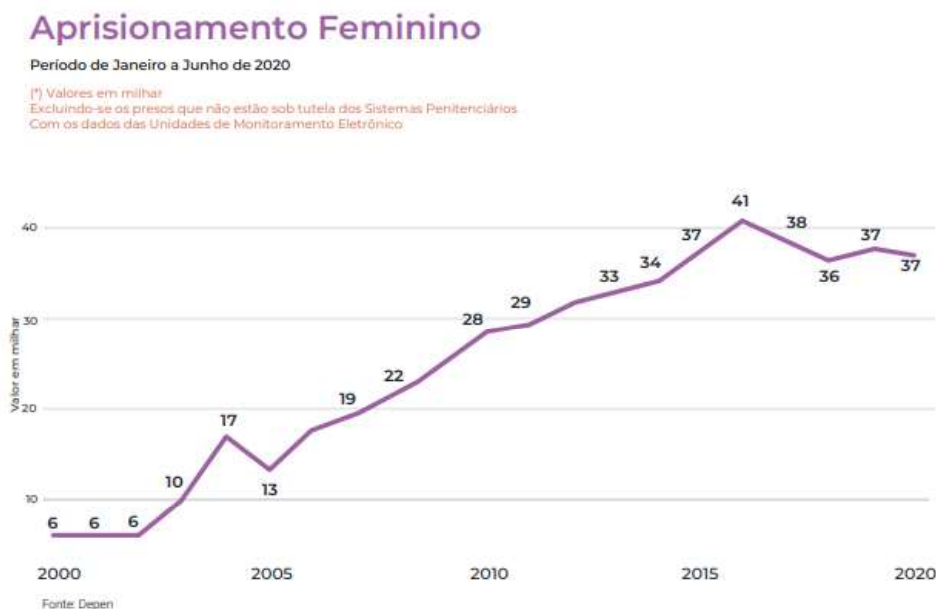
Ambos os casos demonstram a tradição do Estado brasileiro em violar direitos e garantias fundamentais, e a situação retratada no HC 143.641 não foge à regra.

5.2 O *HABEAS CORPUS* 143.641

O Brasil é um dos países que mais encarceram, e nos últimos a reboque da operação *Lava a Jato* anos viu-se o recrudescimento dos tribunais no que atine ao respeito de garantias fundamentais no âmbito do processo penal, instaurando-se verdadeira “erosão de garantias fundamentais históricas”, conforme defendem Sebastião Sérgio da Silveira, Ricardo dos Reis Silveira e Jair Aparecido Cardoso:

Garantias há muito reconhecidas e aplicadas vêm sendo objeto de absoluta desconsideração. Aquilo que parecia se limitar a poucos processos, relacionados com acusados de crimes de corrupção, acabou contaminando a maioria de nossos Tribunais, de forma que testemunhamos um raro momento de avanço do Estado sobre as garantias fundamentais, contracenando com o modelo garantista que vinha sendo implementado ao longo de séculos. Lamentavelmente, isso ocorre sob os aplausos de milhões de pessoas. (SILVEIRA, SILVEIRA E CARDOSO, 2021, p. 485)

Da mesma forma o país é um dos que mais encarcera mulheres, sendo que a quantidade de mulheres presas cresceu exponencialmente a partir do ano 2000, conforme números expostos pelo Departamento Penitenciário Nacional através do Sisdepen, que demonstra que nas duas últimas décadas o número de mulheres encarceradas saltou de 5.600 para 37.600, ou seja, ocorreu um aumento de 671,42%.

GRÁFICO 01 – Aprisionamento Feminino – janeiro de 2000 a junho de 2020

Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário nacional. **Sistema de Informações do Departamento Nacional (Sisdepen)**. Disponível em: <https://sisdepen.mj.gov.br/sidepen/seguranca-web/#/autenticacao>

Quanto ao perfil da população penitenciária feminina, ela não se difere muito daquele conhecido em relação aos homens, “elas são em sua maioria jovens (50% tem entre 18 e 29 anos), negras (62%), possuem baixa escolaridade (50% não possuem ensino fundamental completo)”, e são oriundas dos extratos sociais economicamente desfavorecidos”. Ainda segundo o IFOPEN, “em relação aos delitos imputados à esta população marginalizada, 62% das prisões femininas estão relacionadas ao tráfico de drogas, enquanto entre os homens o percentual é 26%” (INFOPEN MULHERES, 2018 apud REFOSCO; WUSTER, 2021, p. 408).

Refosco e Wuster (2021), com base em dados da OEA, ainda chamam atenção à menor lesividade dos delitos imputados à essas mulheres, e à sua baixa periculosidade:

Reproduzindo uma realidade existente em todo continente americano, as mulheres presas por tráfico de drogas fazem parte do contingente de “varejistas do tráfico, ou seja, não auferem grande lucros com a atividade” e não apresentam alta periculosidade. Pesquisas indicam que em sua maioria são primária, possuem bons antecedentes, não haviam portado armas antes da prisão, foram presas levando consigo pouca quantidade de drogas e se

encontram no mais baixo nível da cadeia do crime organizado (OEA, 2016 apud REFOSCO E WUSTER, 2021, p. 411).

O Ifopen Mulheres 2018 demonstra que 74% das mulheres presas são mães, enquanto 53% dos homens presos declararam não possuir prole. Essas mulheres, na maioria das vezes são as principais responsáveis por seus filhos (INFOPEN MULHERES, 2018 apud REFOSCO E WUSTER, 2021, p. 408).

Muitas dessas mulheres passam por seu período gestacional e dão à luz enquanto estão encarceradas, e as crianças continuam ao seu lado durante a fase de amamentação e primeira infância. Dados revelam, que em alguns locais, crianças com mais de 3 (três) anos de idade, estão recolhidas juntamente com suas mães nas celas lotadas dos presídios, em condições sub-humanas.

GRÁFICO 02 – Aprisionamento Feminino – Faixa etária dos filhos que estão no estabelecimento
Período de Janeiro a Junho de 2020

Faixa etária dos filhos que estão no estabelecimento

Período de Janeiro a Junho de 2020

Aplicável apenas para unidades prisionais com mulheres

Excluindo-se os presos que não estão sob tutela dos Sistemas Penitenciários

Total de filhos

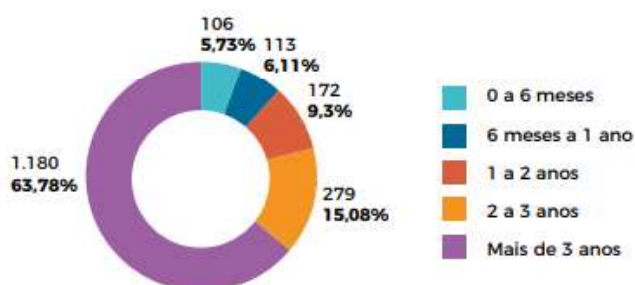
1.850

Quantidade de lactantes

106

Quantidade de gestantes/parturientes

176



Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário nacional. **Sistema de Informações do Departamento Nacional (Sisdepen)**. Disponível em: <https://sisdepen.mj.gov.br/sidepen/seguranca-web/#/autenticacao>

Esse quadro converge com a regra do artigo 318 do Código de Processo Penal, que desde o ano de 2011, previa, inicialmente, a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar de pessoa imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência, e partir de 2016, especificamente em caso de gestante e mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Ocorre que o dispositivo legal era sumariamente ignorado pelos juízes de primeiro grau, sob os mais variados fundamentos de ordem estritamente subjetiva.

Neste cenário, três membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos, cujos nomes são Eloísa Machado de Almeida, Bruna Soares Angotti, André Ferreira, Nathalie Fragoso e Hilem Oliveira impetraram, em 08 de maio de 2017, *habeas corpus* coletivo, com pedido de medida liminar perante o Supremo Tribunal Federal, tendo o *writ* sido distribuído à relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski.

Figuraram como pacientes todas as mulheres presas preventivamente que se encontrassem em condição de gestantes, puérperas ou mães de crianças que estivessem sob sua responsabilidade, inclusive em nome das próprias crianças.

Os argumentos que apresentaram na impetração deste *habeas corpus* foram diversos destacando-se a afirmação de que a prisão preventiva de mulheres grávidas em presídios com condições precárias por não estarem preparados para atender as necessidades dessas mulheres, restringindo o acesso a programas de saúde pré-natal, assim como a assistência regular na gestação e também no pós-parto (BRASIL, 2018) seria causa de discriminação em razão do gênero, vedado pela Constituição Federal.

O Instituto Alana e Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos na obra intitulada “Pela Liberdade” onde retratou o contexto histórico em que se deu a concessão do *habeas corpus* coletivo para mães e crianças esclarece que no momento em que há imposição de prisão cautelar a uma mulher, seja gestante ou, seja mãe, este se torna um “[...] cenário no qual a constitucionalidade e a legalidade das ordens de prisão desafiadas no HC 143.641 deve ser avaliada. Trata-se de espaços superlotados, insalubres e desequipados, inaptos a prover cuidados de saúde materna às mulheres privadas de liberdade.” (INSTITUTO ALANA E COLETIVO DE ADVOCACIA EM DIREITOS HUMANOS, 2019, p. 14)

Desta forma, no que tange às mulheres grávidas, constatou-se que em relação a essas mulheres “[...] experimenta-se a privação de acompanhamento pré-natal regular, de acesso a exames laboratoriais e de imagem, de serviços que permitam o monitoramento do desenvolvimento fetal, a identificação, o tratamento e a prevenção da transmissão de enfermidades” (INSTITUTO ALANA E COLETIVO DE ADVOCACIA EM DIREITOS HUMANOS, 2019, p. 14).

Diversas ações e omissões por parte dos servidores do sistema prisional são hábeis a configurarem violação do direito fundamental de mulheres encarceradas, sendo alguns destacados a seguir com maiores detalhes a respeito da situação vivenciadas por elas:

Negligência, falta de infraestrutura e de pessoal para o amparo das gestantes em trabalho de parto caracterizam o capítulo seguinte da maternidade no cárcere. As equipes subdimensionadas das unidades de privação de liberdade falham do pronto socorro; as gestantes experimentam sujeição, solidão e alienação das decisões relacionadas ao parto. Como epítome da perversidade, está a reiteração dos partos desassistidos nas próprias unidades prisionais ou da sujeição ao uso de algemas e à escolta policial durante a internação hospitalar.

Não há tampouco estrutura ou pessoal para atenção ao puerpério e o prazo mínimo de seis meses, estabelecido como garantia do convívio e aleitamento materno, é ora desrespeitado, ora convertido em prazo máximo (INSTITUTO ALANA E COLETIVO DE ADVOCACIA EM DIREITOS HUMANOS, 2019, p. 14).

Acerca das crianças que acompanhavam suas genitoras nos presídios, o Instituto Alana e Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos (2019) também relatou o descaso no tratamento dispensado as mulheres que optavam em ficar com os filhos, o que culminava por impactar negativamente o desenvolvimento dessas crianças, diante da iminente ruptura abrupta do vínculo materno-filial, conforme apresentação dos dados abaixo.

Se há a possibilidade de ficar com as crianças, as mães são submetidas a um regime de ociosidade, isolamento e disciplina. Se não há ou quando se encerra o período dentro do qual essa convivência é permitida, é imposta uma separação abrupta e insuscetível de questionamentos. Em seguida, recorre-se à família da pessoa presa para assunção do cuidado das crianças. Caso não seja bem-sucedida a tentativa de contato ou não haja familiares disponíveis, as crianças são institucionalizadas e, não raro, o desfecho da trajetória aqui brevemente recontada é a destituição do poder familiar e a permanente ruptura do vínculo materno-filial (INSTITUTO ALANA E COLETIVO DE ADVOCACIA EM DIREITOS HUMANOS, 2019, p. 14-15).

Na argumentação do HC 143.641/SP, também acrescentaram os impetrantes, que tais situações tal ato crianças de condições adequadas ao seu desenvolvimento, sejam voltadas aos aspectos relacionados com a aprendizagem, seja direcionado com o aspecto socialização, haja vista que nesses ambientes não existem berçários e centros materno-infantis.

Tal fato configuraria tratamento desumano, cruel e degradante, infringindo, desse modo, a Constituição Federal no que se refere tanto ao princípio da individualização da pena, como também a proibição de penas cruéis e degradantes, ressaltando, inclusive aspectos de integridade física e moral da presa, refletindo assim, o impacto na saúde pública (BRASIL, 2018).

Outro aspecto relevante suscitado pelos autores (2019, p. 14), ainda, sobre a perspectiva dos filhos das mulheres mães que se encontravam presas, além do “risco à vida, à saúde e de comprometimento do desenvolvimento de indivíduos merecedores de proteção integral e absoluta prioridade”, havia também a dificuldade em se manter vínculo com a mãe.

[...], ainda que a família tente manter, na medida do possível, os vínculos afetivo-familiares por meio de visitas, encontrará o obstáculo das revistas vexatórias. A revista íntima vexatória é uma realidade do cotidiano do sistema prisional, que insiste na prática e a impõe nos estabelecimentos de privação de liberdade brasileiros, inclusive às crianças. Pelos efeitos que produz, pelo agudo sofrimento psicológico infligido, pela participação de funcionários públicos e consentimento do Estado, a revista vexatória constitui tratamento cruel, desumano e degradante e, em assim sendo, é proibida no âmbito da Constituição Federal (art. 5º, III) e em tratados dos quais o Brasil é signatário, como a Convenção contra a Tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (art. 16, 1) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 5º, 1, 2 e 3) (INSTITUTO ALANA E COLETIVO DE ADVOCACIA EM DIREITOS HUMANOS, 2019, p. 14).

Tais fatores, demonstram que o próprio Estado brasileiro ignora direitos fundamentais, e patrocina violações orgânicas.

Fundamentou-se, ainda, conforme se deduz do acórdão do HC 143.641 (2018, p. 7), “que, embora a Lei de Execução Penal (LEP) determine como obrigatória, nos estabelecimentos penais, a presença de instalações para atendimento a gestantes e crianças, essas disposições legais vêm sendo sistematicamente desrespeitadas”.

Asseveraram que a limitação do alcance da atenção pré-natal, que já rendeu ao Brasil uma condenação pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (caso Alyne da Silva Pimentel versus Brasil), atinge, no sistema prisional, níveis dramáticos, ferindo direitos não só da mulher, mas também de seus dependentes, ademais de impactar o quadro geral de saúde pública, bem como infringir o direito à proteção integral da criança e o preceito que lhe confere prioridade absoluta (BRASIL, 2018, p. 6).

Nesse sentido, embora o caso Alyne da Silva Pimentel, ocorrido em 2002, não tenha sucedido no interior dos estabelecimentos do sistema prisional brasileiro, teve o merecido destaque na impetração do HC 143.641 por retratar situações caracterizadoras de atos de discriminação contra a mulher, ações que são sistematicamente repetidas nos estabelecimentos públicos de saúde Brasil a fora, e sobre os quais a população presidiária feminina, dada a sua marginalização, estaria, evidentemente, mais suscetível em clara situação de vulnerabilidade.

A história resumida do que se passou com a brasileira Alyne da Silva Pimentel, é retratada em informe de lavra do Centro de Direitos Reprodutivos acerca da condenação do Estado brasileiro junto ao Comitê CEDAW (Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher):

Em 11 de novembro de 2002, Alyne da Silva Pimentel Teixeira—uma mulher brasileira, de 28 anos, negra, pobre e grávida – foi à Casa de Saúde Nossa Senhora da Glória, uma clínica de saúde privada em Belford Roxo, no estado do Rio de Janeiro. Apesar de apresentar sintomas de gravidez de alto risco, o médico que realizou o atendimento a mandou de volta para casa. Contudo, seus sintomas se agravaram nos dois dias seguintes, de forma que ela retornou à clínica.

À esta altura os médicos não conseguiram mais detectar os batimentos cardíacos fetais. Seu parto foi induzido seis horas depois, resultando em um feto natimorto. A cirurgia para extrair a placenta ocorreu catorze horas mais tarde, apesar de dever ter ocorrido imediatamente após a indução do parto. Devido ao fato da saúde de Alyne estar se deteriorando rapidamente, ela teve que ser transferida a um serviço de saúde público mais especializado, mas ainda teve que esperar mais de oito horas para ser transferida ao Hospital Geral de Nova Iguaçu. Alyne morreu depois de mais de 21 horas sem receber assistência médica. Ela deixou uma filha de cinco anos de idade

(CENTRO DE DIREITOS REPRODUTIVOS, 2014, p. 2).

No que tocante a admissibilidade do *writ* sustentou o Ministro Ricardo Lewandowski Brasil (2018), que seria caso de se admitir o *habeas corpus* coletivo, tendo em vista a doutrina brasileira que confere maior amplitude *habeas corpus*; a necessidade de coletivização de demandas em uma sociedade de massas cada vez mais complexa; a existência de falhas estruturais de acesso à Justiça das impetrantes.

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 quiçá 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.[...]

A existência de outras ferramentas disponíveis para suscitar a defesa coletiva de direitos, notadamente, a ADPF, não deve ser óbice ao conhecimento deste habeas corpus. O rol de legitimados dos instrumentos não é o mesmo, sendo consideravelmente mais restrito nesse tipo de ação de cunho objetivo. Além disso, o acesso à Justiça em nosso País, sobretudo das mulheres presas e pobres (talvez um dos grupos mais oprimidos do Brasil), por ser notoriamente deficiente, não pode prescindir da atuação dos diversos segmentos da sociedade civil em sua defesa (BRASIL, 2018).

Ainda, é digno de nota, o fato do relator ter contemplado a violação sistemática de direitos fundamentais noticiadas na impetração, acerca da qual o Instituto Alana e Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos (2019, p. 14) ressalta que “este quadro de violações, além de implicar a transgressão dos limites normativos postos pela Constituição (art. 5º, III, XLVII, XLVIII, XLIX), pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 8º), pela Lei de Execução Penal (arts. 82 e 83), é evidentemente discriminatório”.

É tópico que a Lei 13.257/2016 inseriu dentre as hipóteses de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, os incisos IV, V e VI a garantir esse direito à gestantes, mães com filhos menores de 12 anos e homens, quando forem os únicos responsáveis por crianças da mesma idade. No os juízos ordinários não vinham deferindo os pedidos, com justificativas subjetivas fundadas na gravidade abstrata do delito e a necessidade de provas a respeito da inadequação das penitenciárias (BRASIL, 2018).

Assim, destacou o Ministro Lewandowski (2018, p. 6) “que esses argumentos não têm consistência, uma vez que a gravidade do crime não pode ser, por si só, motivo para manutenção da prisão, e que, além disso, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro”, prescindindo de provas a inadequação das penitenciárias brasileiras.

E mesmo que a substituição da prisão preventiva pela domiciliar não seja direito subjetivo da gestante e da mãe, constata-se que essas mulheres tiveram outros direitos desrespeitados. É que a política criminal que tem conduzido o encarceramento feminino, mostra-se discriminatória e seletiva, sendo que a aplicação do benefício legal (artigo 318 CPP) tem sido tolhida em prejuízo da maioria das mulheres pobres e negras. (BRASIL, 2018).

O aumento expressivo do encarceramento feminino associado ao comércio de drogas, ao ponto de consistir em 62% das incidências penais pelas quais as mulheres se encontram privadas de liberdade, a rigorosa disciplina legal do tráfico, a vocação seletiva da segurança pública, a atribuição de penas ou medidas cautelares que negligenciam a condição de mulher, a precariedade das instalações prisionais e sua desatenção às condições de exercício de direitos reprodutivos, impactam as mulheres de maneira desproporcional. Especialmente, as mulheres negras. Toda forma de exclusão, distinção ou restrição baseada no gênero, que tenha por propósito ou efeito constituir um obstáculo ao exercício de direitos por mulheres é discriminação de gênero. Também por isso, a prisão destas mulheres é abominável (INSTITUTO ALANA E COLETIVO DE ADVOCACIA EM DIREITOS HUMANOS, 2019, p. 14).

Instituto Alana e Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos (2019, p. 13) aludem ainda que o móvel para a impetração do *habeas corpus* coletivo 143.641, se efetivou após esse reconhecimento, ainda cautelar, do estado de coisa inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, no âmbito da ADPF 347.

Com a impetração da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 347, houve-se o reconhecimento da falência do sistema prisional brasileiro pelo Supremo Tribunal Federal, haja vista “a superlotação generalizada; a incidência de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos e degradantes; a suscetibilidade ao adoecimento físico e mental; a privação de condições de autocuidado e de acesso a políticas públicas universais; a vocação seletiva” (INSTITUTO ALANA E COLETIVO DE ADVOCACIA EM DIREITOS HUMANOS, 2019, p. 13).

Assim, “em 08 de maio de 2017, o CADHu pediu então ao STF a concessão da ordem de *habeas corpus* em favor de todas as mulheres submetidas à prisão cautelar, que fossem gestantes, puérperas ou mães com crianças de até 12 anos de idade e das próprias crianças”, vale destacar que “a natureza coletiva do *habeas corpus* impetrado endereçava a abrangência, generalização e o caráter sistêmico do problema” (INSTITUTO ALANA E COLETIVO DE ADVOCACIA EM DIREITOS HUMANOS, 2019, p. 16).

É válido expor que na impetração do HC 143.641 “citaram casos graves de violações dos direitos das gestantes e de seus filhos, e realçaram que esses males poderiam ser evitados, porque muitas das pessoas presas preventivamente no Brasil são, ao final, absolvidas, ou têm a pena privativa de liberdade substituída por penas alternativas” (BRASIL, 2018, p. 6).

Nesses casos, disseram, é o direito de punir, e não o direito à vida, à integridade e à liberdade individual, que deve ser mitigado, como se decidiu quando a Suprema Corte declarou ser inadmissível que presos cumpram pena em regime mais gravoso do que aquele ao qual foram condenados, ou em contêineres, aduzindo que, em tais casos, a ordem de *habeas corpus* foi estendida aos presos na mesma situação (BRASIL, 2018, p. 7).

Quantos aos pedidos formulados na impetração titularizada pelos integrantes do Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos (Cadhu), consignam que pleitearam “[...] primeiro, a revogação da prisão preventiva. Alternativamente, pedimos a substituição da prisão preventiva pela prisão em regime domiciliar” e em todo esse procedimento estavam presentes “[...] organizações e instituições que se somaram ao pleito, pesquisadoras que instruíram nossa atuação com suas publicações, pessoas que apoiaram o caso [...]” (INSTITUTO ALANA E COLETIVO DE ADVOCACIA EM DIREITOS HUMANOS, 2019, p. 17).

A solicitação de ingresso da Defensoria Pública do Estado do Ceará à guisa de *custus vulnerabilis* (representante dos vulneráveis), ou, de forma subsidiária, como amigo da corte, teve grande contribuição para o deslinde favorável do HC (BRASIL, 2018, p. 7-8).

Enfatizou ser órgão interveniente na execução penal para a defesa das pessoas presas, que formam um grupo extremamente vulnerável, e que sua atuação como guardião dos vulneráveis tem por fundamento o art. 134 da Constituição e o art. 4º, XI, da Lei Complementar 80/1994” (BRASIL, 2018, p. 8).

A Procuradoria-Geral da República, contrariamente, “[...] opinou pelo não conhecimento do *writ*, sob alegação de que seria manifestamente incabível o *habeas corpus* coletivo, ante a impossibilidade de concessão de ordem genérica, sem individualização do seu beneficiário e de expedição de salvo-conduto a um número indeterminado de pessoas” (BRASIL, 2018, p. 8).

Diante desta alegação, a Defensoria Pública do Estado do Ceará, manifestou-se nos autos apresentando a documentação a identificar as mulheres, mães de crianças, presas de forma provisória em unidade superlotada do Instituto Penal Feminino Desembargadora Auri Moura Costa, tendo o relator determinado que os demais entes federados adotassem providências semelhantes (BRASIL, 2018).

Porém, no entendimento da DP Ceará a providência seria despiciente para fins de concessão da ordem no *habeas corpus* coletivo, uma vez que:

[...]deve ser superado o prisma individualista do *habeas corpus* por meio de uma leitura constitucional e sistêmica, de modo a admitir-se a identificação das beneficiárias da ordem durante a tramitação ou ao final do writ, ou mesmo na oportunidade da execução da ordem, tendo em consideração a transitoriedade da condição de presas preventivas e a fim de garantir tratamento isonômico a estas (BRASIL, 2018, p. 9).

Apresentou-se também o benefício do acolhimento do HC, explanando que “[...] ensejará economia de recursos e maior celeridade para o julgamento de feitos criminais e ampliará o espectro de abrangência de tal instrumento, permitindo evitar a multiplicação de processos semelhantes” (BRASIL, 2018, p. 9).

Assim, exemplificaram o *Habeas corpus* 118.536 MC/SP e o *Habeas corpus* 119.753/SP, transitados no Supremo Tribunal Federal, que, embora não apresentasse a identificação dos pacientes, não houve a interrupção ou até mesmo a suspensão do processo, destacando, inclusive, outros casos em que houve a extensão da ordem a outras pessoas experimentavam o mesmo tipo de coação ilegal (BRASIL, 2018).

Asseverou ser inequívoca a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento do feito, diante da existência de inúmeros acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça em que aquela Corte exigiu o cumprimento de requisitos outros, além dos constantes do art. 318 do Código de Processo Penal, para a substituição de preventiva por domiciliar. Listou como exemplificativos dessa postura do Superior Tribunal de Justiça os *Habeas corpus* 352.467, 399.760, 397.498, em que figuram como pacientes presas preventivas devidamente identificadas (BRASIL, 2018, p. 9).

Na sequência, Defensoria Pública de outros estados também peticionaram nos autos, como foi o caso da Defensoria Pública do Estado do Paraná que também requereu seu ingresso como *custos vulnerabilis* ou, subsidiariamente, como *amicus curiae*.

Defensorias Públicas de outros estados também requereram suas habilitações como amigos da corte, destacando os estados de São Paulo, Bahia, Distrito Federal, Espírito Santo, Minas Gerais, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Tocantins (Brasil, 2018).

Vale destacar que a Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso requereu sua habilitação como “*custos vulnerabilis* ou, subsidiariamente, como assistente”, contudo, não somente as Defensorias dos Estados tiveram participação neste processo, como também a Defensoria Pública da União (BRASIL, 2018).

Esta última suscitou três pontos relevantes, Brasil (2018), sendo o primeiro que mesmo que existem situações de impetração de *habeas corpus* onde as análises são realizadas de forma individual, há circunstâncias em que determinados conflitos sejam solucionados de forma coletiva, onde exemplificou o caso do *Habeas corpus* 118.536 que obteve parecer favorável da PGR no tocante à admissão e também na concessão da ordem.

O segundo aspecto importante destacado pela Defensoria Pública da União consistia no direito “[...] que assiste às mães de crianças sob sua responsabilidade e às gestantes de não se verem recolhidas à prisão preventiva, ressaltando ser comum a situação da mulher presa cautelarmente que é, ao final, condenada à pena restritiva de direito [...]” e, por fim, o terceiro aspecto se referiu a existência de diversos “precedentes do Supremo Tribunal Federal em prol da tese constante da inicial, requerendo sua admissão para atuar no feito, para ao final, pleitear, no mérito, a concessão da ordem” (BRASIL, 2018, p. 11).

Entretanto, a Procuradoria-Geral da República persistiu em defender o descabimento do *habeas corpus* coletivo e “argumentou que o *habeas corpus* serve à proteção direta e imediata do direito individual à liberdade de locomoção, não podendo ser concedido de forma genérica, sob pena de converter-se em súmula vinculante ou instrumento de política pública criminal” (BRASIL, 2018, p. 13).

Asseverou, mais, que não foi apontado ato concreto da corte ad quem, e que o Superior Tribunal de Justiça não pode ser considerado autoridade coatora apenas pelo fato de haver negado, no passado, o benefício a algumas mulheres, haja vista que este tem apreciado cada pedido de forma individualizada, inclusive com o deferimento de inúmeros pedidos de cumprimento de prisão preventiva em regime domiciliar com fundamento no Estatuto da Primeira Infância.

Aduziu que a maternidade não pode ser uma garantia contra a prisão, porque o art. 318 do Código de Processo Penal não estabelece direito subjetivo automático, asseverando que o objetivo da norma é tutelar direitos da criança, e não da mãe, cuja liberdade pode até representar um risco para esta (BRASIL, 2018, p. 13).

Outras entidades também ingressaram solicitando participação no processo em prol ao deferimento do *habeas corpus* coletivo, como foi o caso do Instituto Alana e do Instituto de Defesa do Direito de Defesa – Márcio Thomaz Bastos (IDDD) requererem suas admissões como *amicus curiae*.

Ao receber a argumentação de todas as partes e ao analisar as informações disponíveis, o Relator do caso, o Ministro Ricardo Lewandowski verificou que, embora os argumentos de não reconhecimento do *habeas corpus* coletivo tenha sido objeto de reflexão, ficou constatado no Recurso Extraordinário 612.043- PR que diferentes grupos sociais vêm atuando de forma coletiva em defesa de seus direitos e interesses e que “dentro desse quadro, a ação coletiva emerge como sendo talvez a única solução viável para garantir o efetivo acesso destes à Justiça, em especial dos grupos mais vulneráveis do ponto de vista social e econômico” (BRASIL, 2018, p. 1).

O Relator também expôs que o Supremo Tribunal Federal tem admitido a coletivização de alguns instrumentos de acesso direto à sua jurisdição, ainda quando ausente previsão legal, em situações nas quais determinados direitos estão sob risco de sofrer lesões graves, onde destacou como exemplo a ampla permissão da utilização da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, bem como do Mandado de Injunção coletivo (BRASIL, 2018).

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 quiçá 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, 2018, p. 2).

Agitou ainda à aplicação da regra constante do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal que permite que juízes e tribunais concedam de ofício ordens de *habeas corpus*, quando for constatado que alguém sofreu ou está na iminência de sofrer coação ilegal, além do dispositivo constante no artigo 580 do CPP que permite a *extensão à corréus*, em situações idênticas, de decisões que beneficiem a um

deles, a demonstrar que o código de processo penal, ainda que de maneira incipiente prevê a coletivização da tutela (BRASIL, 2018).

Da análise deste fundamentos, percebe-se o exercício da integração da norma no que atine a admissibilidade do *habeas corpus* coletivo, entretanto, não admite-se tenha o fenômeno se efetivado através de analogia, mas sim da observação dos princípios gerais de um sistema de direito coletivo já presente no ordenamento jurídico (artigo 81 CDC, ADPF e Mandado de Injunção Coletivo todos citados na decisão), isto porque, embora o *habeas corpus* coletivo não possua previsão legal expressa, o artigo 580 combinado com o artigo 654 §2º ambos do Código Penal, permitem ainda que de forma rudimentar o exercício de uma tutela coletiva no âmbito do processo penal, sendo um indício dessa possibilidade, conforme defendem Sarmento, Gomes e Borges (2015).

Destaca-se, ainda a alusão feita ao *caso Verbitsky* julgado pela Suprema Corte Argentina, que apesar da inexistência de previsão legal expressa no que se refere a *habeas corpus* coletivo, não deixou de conhecer do *writ*, acrescentando “o *habeas corpus* coletivo foi considerado, pela maioria dos membros do Supremo Tribunal, como sendo o remédio mais compatível com a natureza dos direitos a serem tutelados”, que também diziam a respeito ao encarceramento em condições insalubres” (BRASIL, 2018, p. 3).

É importante destacar que a Suprema Corte argentina recorreu não apenas aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do acesso universal à Justiça, como também ao direito convencional, sobretudo às Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos, de maneira a fundamentar a decisão a que chegou, na qual determinou tanto aos tribunais que lhe são hierarquicamente inferiores quanto aos Poderes Executivo e Legislativo a tomada de medidas para sanar a situação de inconstitucionalidade e inconveniência a que estavam sujeitos os presos (BRASIL, 2018, p. 3).

No que se refere às alegações da Procuradoria-Geral da República quanto as pacientes serem indeterminadas e indetermináveis foi superada no momento em que restaram apresentados dados efetivos de listas contendo os nomes das mulheres presas de forma preventiva e que se encontram gestantes ou são até mesmo mães de crianças que se encontram sob sua guarda (BRASIL, 2018).

Inclusive, o Instituto Alana e Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos (2019, p. 26-27) descreve a reação do Lewandowski ao ter acesso aos dados de diversas mulheres gestantes e mães que estavam vivendo nas condições desumanas percorridas ao longo deste capítulo.

No voto de 34 páginas, o relator do processo, ministro Ricardo Lewandowski, se mostrou sensível “a duríssima – e fragorosamente inconstitucional – realidade em que vivem as mulheres presas, a qual já comportou partos em solitárias sem nenhuma assistência médica ou com a parturiente algemada ou, ainda, sem a comunicação e presença de familiares”.

E o ministro segue em choque com todas as informações, os relatos e os números que lhe foram entregues, afinal “a isso soma-se a completa ausência de cuidado pré-natal (acarretando a transmissão evitável de doenças graves aos filhos, como sífilis, por exemplo), a falta de escolta para levar as gestantes a consultas médicas, não sendo raros partos em celas, corredores ou nos pátios das prisões, sem contar os abusos no ambiente hospitalar, o isolamento, a ociosidade, o afastamento abrupto de mães e filhos, a manutenção das crianças em celas, dentre outras atrocidades.

Tudo isso de forma absolutamente incompatível com os avanços civilizatórios que se espera tenham se concretizado neste século 21” (INSTITUTO ALANA E COLETIVO DE ADVOCACIA EM DIREITOS HUMANOS, 2019, p. 26-27).

Também considerou-se a responsabilidade do Supremo Tribunal Federal no que se refere “aos mais de 100 milhões de processos em tramitação no Poder Judiciário”, proporcional a um número “pouco mais de 16 mil juízes”, onde existem “dificuldades estruturais de acesso à Justiça, passando a adotar e fortalecer remédios de natureza abrangente, sempre que os direitos em perigo disserem respeito às coletividades socialmente mais vulneráveis” (BRASIL, 2018, p. 6).

Este viés além de demonstrar a preocupação da corte com a quantidade de processos em trâmite no judiciário brasileiro, ensejando o reconhecimento do *habeas corpus* coletivo como um aliado da racionalidade, que é preciso imprimir-se ao sistema, admite a dificuldade de acesso dos hipossuficientes à jurisdição das cortes superiores brasileiras, onde ilegalidade como as noticiadas no bojo da impetração poderiam ser, individualmente, reparadas. E finaliza suscitando o reconhecimento pelo plenário, naquela época cautelarmente, do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro:

Por essas razões, somadas ao reconhecimento, pela Corte, na ADPF 347 MC/DF, de que nosso sistema prisional encontra-se em um estado de coisas

inconstitucional, e ainda diante da existência de inúmeros julgados de todas as instâncias judiciais nas quais foram dadas interpretações dissonantes sobre o alcance da redação do art. 318, IV e V, do Código de Processo Penal (v.g., veja-se, no Superior Tribunal de Justiça: HC 414674, HC 39444, HC 403301, HC 381022), não há como deixar de reconhecer, segundo penso, a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento deste writ, sobretudo tendo em conta a relevância constitucional da matéria (BRASIL, 2018, p. 6).

Contextualizando o momento em se deu o julgamento do HC Integrantes do Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos (Cadhu), creem que o caso de Jéssica e Enrico, mãe e filhos recolhidos no sistema penitenciário em condições precárias, que foi noticiado em jornais e programas de TV, pode ter sensibilizado os ministros do Supremo Tribunal Federal.

Imagens de Jéssica sentada, atrás das grades, em um colchão no chão com o pequeno Enrico no colo foram parar nos jornais e nas TVs. A repercussão mobilizou a Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil, que conseguiu um *habeas corpus* garantindo prisão domiciliar a Jéssica enquanto espera o julgamento.

Toda essa tragédia durou longos seis dias, e pode ter ajudado a sensibilizar o Supremo Tribunal Federal. Afinal, em 20 de fevereiro, poucos dias depois da soltura de Jéssica, a 2ª Turma do STF julgou *habeas corpus* coletivo impetrado pelo Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (CADHu) para que mulheres presas provisoriamente e adolescentes internadas que estejam grávidas ou tenham filhos de até 12 anos tenham direito a prisão domiciliar (INSTITUTO ALANA E COLETIVO DE ADVOCACIA EM DIREITOS HUMANOS, 2019, p. 26).

No que se refere a fase da análise do mérito da impetração do referido *habeas corpus*, inicialmente buscou averiguar se existia verossimilhança nas alegações apresentadas quanto à deficiência na estrutura do sistema prisional expondo as mulheres gestantes e mães a situações degradantes.

Nesse aspecto, a resposta é lamentavelmente afirmativa, tal como deflui do julgamento da ADPF 347 MC/DF, na qual os fatos relatados no presente *habeas corpus* – retratando gravíssima deficiência estrutural, especificamente em relação à situação da mulher presa – foi expressamente abordada (BRASIL, 2018, p. 7-8).

O relator assevera que “há, como foi reconhecido no voto, referendado por todos os ministros da Corte, uma falha estrutural que agrava a ‘cultura do encarceramento’, vigente entre nós, a qual se revela pela imposição exagerada de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis” (BRASIL, 2018, p. 9).

E acrescenta que as causas dessa problemática muitas vezes estão atreladas a “[...] um proceder mecânico, automatizado, de certos magistrados, assoberbados pelo excesso de trabalho” ou até mesmo “por uma interpretação acrítica, matizada por um ultrapassado viés punitivista da legislação penal e processual penal” (BRASIL, 2018, p. 9), causando consideráveis prejuízo às mães e suas respectivas crianças.

Constata-se que o acórdão menciona os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN que apontou um crescimento de 567% no período de 2000 a 2014, de mulheres presas, sendo este, um crescimento que ultrapassa a população masculina que no mesmo período teve um aumento de 220% (BRASIL, 2018).

Outros dados que também foram primordiais na consolidação do posicionamento, relacionados à infraestrutura, no tocante às maternidades existentes nas penitenciárias, apenas 34% estão em conformidade para atender as gestantes, em apenas 32% existem berçários e para completar o cenário de precariedade, somente 5% dos presídios dispõem de creches (BRASIL, 2018).

O quadro se torna ainda mais alarmante se comparar esses dados com a situação em estabelecimentos mistos que reduz drasticamente para 6% no que concerne a adequação do local para gestantes, somente em 3% estão disponíveis berçários e, por incrível que parece, não existem creches em nenhum desses estabelecimentos mistos (BRASIL, 2018).

Os números pioram, quando a análise é feita adotando o critério de idade dessas mulheres presas, considerando o período em que há grandes chances de se tornarem mães entre as idades de 18 e 45 anos o percentual chega a 89% de mulheres presas e que se encaixam neste perfil (BRASIL, 2018).

Ressalte-se, conforme discorremos no início deste capítulo, o que também não passou despercebido pelo STF, é que o motivo das prisões das mulheres gestantes e mães de crianças, predominantemente, está relacionado com o tráfico de entorpecentes e outros delitos que em geral são desprovidos de violência ou grave ameaça às pessoas e, em circunstâncias como essas “[...] quase sempre, como revelam os estudos especializados, a prisão preventiva se mostra

desnecessária, já que a prisão domiciliar prevista no art. 318 pode, com a devida fiscalização, impedir a reiteração criminosa” (BRASIL, 2018, p. 11).

Ao veicular a necessidade do STF posicionar-se como defensor das garantias, asseverou o Ministro Ricardo Lewandowski que “Na verdade, nada mais estará fazendo do que dar concreção ao que a Constituição, em sua redação original, já determinava” (BRASIL, 2018, 14), relacionando os incisos II, XLI, XLV, L, XLVIII, XLIX, do art. 5º da CF/1988.

Em seguida, acrescentou que “além disso, respeitará a Lei 11.942/2009, que promoveu mudanças na Lei de Execução Penal” sendo apresentados os incisos I, II e III, concluindo que “não obstante, nem a Constituição, nem a citada Lei, passados tantos anos da respectiva edição, vem sendo respeitadas pelas autoridades responsáveis pelo sistema prisional, conforme registra o próprio DEPEN” (BRASIL, 2018, 14).

As narrativas acima evidenciam que há um descumprimento sistemático de regras constitucionais, convencionais e legais referentes aos direitos das presas e de seus filhos. Por isso, não restam dúvidas de que “cabe ao Tribunal exercer função típica de racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal de modo a minimizar o quadro” de violações a direitos humanos que vem se evidenciando, na linha do que já se decidiu na ADPF 347, bem assim em respeito aos compromissos assumidos pelo Brasil no plano global relativos à proteção dos direitos humanos e às recomendações que foram feitas ao País (BRASIL, 2018, p. 20).

O argumento é convergente com 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”, com 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)” (BRASIL, 2018, p. 20).

Essa posição é consentânea, ainda, com o entendimento do Supremo Tribunal Federal em temas correlatos, como o revelado na Repercussão Geral de número 423, por meio do julgamento do RE 641.320/RS, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no qual o Plenário desta Casa assentou que a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso (BRASIL, 2018, p. 20-21).

Destacou também as Regras de Bangkok que foram “as Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras”, as quais foram “traduzidas e publicadas na Série ‘Tratados Internacionais dos Direitos Humanos’” (BRASIL, 2018, p. 21).

A jurisprudência desta Suprema Corte tem sido firme na observância do amplo cabedal normativo ora citado, como pode ser visto no HC 147.322-MC/SP, HC 142.279/CE, HC 130.152-MC/SP, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, HC 134.979/DF, HC 134.130/DF, HC 133.179/DF e HC 129.001/SP, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, HC 133.532/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, HC 134.734-MC/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, dentre muitos outros (BRASIL, 2018, p. 24).

Outro motivo invocado para a concessão da ordem, se refere ao disposto no art. 5º, XLV, da Constituição Federal “que ‘nenhuma pena passará da pessoa do condenado’, anote-se, que no caso das mulheres presas, a privação de liberdade e suas nefastas consequências estão sendo estendidas às crianças que portam no ventre e àquelas que geraram” (BRASIL, 2018, p. 25).

A conclusão do relator referente aos reflexos para a vida dos filhos foi certificada na seguinte afirmação “trazendo tais reflexões para o caso concreto, 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” (BRASIL, 2018, p. 28), onde este analisou a situação em diferentes contextos, refletindo-a no cárcere, nos abrigos e na entrega abrupta das crianças a terceiros.

Nos cárceres, habitualmente estão limitadas em suas experiências de vida, confinadas que estão à situação prisional. Nos abrigos, sofrerão com a inconsistência do afeto, que, numa entidade de acolhimento, normalmente, restringe-se ao atendimento das necessidades físicas imediatas das crianças.

Finalmente, a entrega abrupta delas à família extensa, como regra, em seus primeiros meses de vida, privando-as subitamente da mãe, que até então foi uma de suas únicas referências afetivas, é igualmente traumática. Ademais, priva-as do aleitamento materno numa fase em que este é enfaticamente recomendado pelos especialistas (BRASIL, 2018, p. 28).

Diante de tantas evidencias apresentadas nos autos, o Ministro Ricardo Lewandowski admitiu que Estado brasileiro falha em atender às determinações

constitucionais quanto à prioridade absoluta dos direitos das crianças e que independente da concepção “[...] nada justifica manter a situação atual de privação a que estão sujeitas as mulheres presas e suas crianças, as quais, convém ressaltar, não perderam a cidadania, em razão da deplorável situação em que se encontram” (BRASIL, 2018, p. 30).

O Estatuto da Primeira Infância regulou, igualmente, no âmbito da legislação interna, aspectos práticos relacionados à prisão preventiva da gestante e da mãe encarcerada, ao modificar o art. 318 do Código de Processo Penal, que assim ficou redigido:

“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, 2018, p. 32)

No tocante ao art. 318 do Código de Processo Penal destacado pelo relator, o Instituto Alana e Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos (2019, p. 34) complementa que “no âmbito do Congresso Nacional, com o movimento pela aprovação da Lei 13.257 de 2016, o Marco Legal da Primeira Infância, em um esforço intersetorial amplo que possibilitou a alteração o artigo 318 do Código de Processo Penal” e essa alteração “incluiu a prisão domiciliar para mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos ou homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho”

Inobstante o êxito do respectivo *habeas corpus* coletivo, é válido ressaltar o desafio ainda enfrentado por mulheres presas, que a rigor da regra do artigo 318 poderiam ter suas prisões substituídas. Mesmo após a concessão da ordem no HC 143.641, tem ocorrido recusa de juízes e desembargadores em dar cumprimento e aplicabilidade à decisão, o fato é claramente destacado nas afirmações abaixo:

Após aproximadamente dez meses da decisão, reconhecendo em cada mulher já desencarcerada razão suficiente para a formulação do pedido e para a concessão da ordem, ainda nos deparamos com a recusa em ceder à excepcionalidade da prisão provisória, percebida e assumida como razão de pedir do HC 143.641, nas decisões do Poder Judiciário diante de mães e gestantes. As razões que fundamentam a resistência, ainda que variadas, são regulares e impregnadas de vieses de gênero. Para superá-las, apostamos no persistente monitoramento e na insistente contestação (INSTITUTO ALANA E COLETIVO DE ADVOCACIA EM DIREITOS HUMANOS, 2019, p. 17).

O Instituto Alana e Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos (2019, p. 27) aborda as constantes recusas do acolhimento de pedidos de aplicação da decisão do HC 143.641, "Diversos juízes têm reiteradamente negado a substituição da prisão preventiva para prisão domiciliar alegando: a) ter sido o crime praticado com grave ameaça ou violência; b) ser o tráfico um crime grave; a c) garantia da ordem pública, etc."

Refosco e Wuster (2021, p. 423) asseveram, por sua vez, que essa resistência de alguns magistrados em cumprir a ordem, sustenta-se "em uma falsa discricionariedade no cumprimento da medida, justificada pelas situações excepcionalíssimas", discorrem, ainda, que muitas mulheres que seriam elegíveis para serem beneficiadas com a decisão ainda não o foram em razão dessa postura:

[...]o Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN informou haver 10.693 mulheres que seriam, em princípio, elegíveis para a concessão da prisão domiciliar, das quais apenas 426 tiveram a prisão domiciliar concedida, o que representaria um impacto de apenas 4% nas prisões preventivas femininas. Posteriormente, relatou que realizou busca ativa junto às administrações prisionais estaduais, tendo identificado 14.750 mulheres presas provisoriamente que se enquadrariam nas hipóteses de concessão do *Habeas Corpus* coletivo. (REFOSCO e WUSTER, 2021, p. 423)

Porém, há uma insatisfação generalizada entre agentes públicos e autores acadêmicos acerca da falibilidade dos dados disponíveis nos sistemas oficiais, inclusive os dados retratados no relatório do Infopen de agosto de 2018, teriam sido extraídos de uma base de dados desatualizada.

Essa situação é reconhecida pelo próprio Conselho Nacional de Justiça em seu informe de Junho de 2021 (2021), intitulado "Cumprimento das ordens concedidas nos *habeas Corpus* nº. 165.740/DF e o estado de coisas inconstitucional".

No âmbito do Poder Judiciário, a multiplicidade de sistemas informatizados, a falta de uniformidade e a descontinuidade nas ações de incentivo à coleta e tratamento de dados dificultam o planejamento de políticas públicas, e, inclusive, a fiscalização do cumprimento de decisões judiciais [...] (INFORME JUNHO 2021, p. 20).

As fontes oficiais disponíveis para essas informações, consistem no Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes (CAPG), o Cadastro Nacional de

Inspeções em Estabelecimentos Prisionais (Cnief) e o Sistema Eletrônico de Execução Unificada (SEEU), todos pertencem ao CNJ, além do Sisdepen (Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional) pertencente ao Poder Executivo.

Para demonstrar a inconsistência dos dados a diferença entre os vários sistemas, o material apresenta as tabelas abaixo reproduzidas, das quais é possível se aferir “disparidades importantes existentes entre as fontes de dados”, nesse sentido, notou-se “uma diferença de 32,5% dos dados do Cnief para o Depen; de 16,3% do CAPG para o Depen; e as 5 gestantes que constam do SEEU colocam os dados desse sistema significativamente distante dos demais” (INFORME JUNHO 2021, p. 21).

Tabela 01: Divergências em Sistema Oficiais – Gestantes do Sistema Prisional
Gestantes no Sistema Prisional

	Infopen - Gestantes	Cnief - Gestantes	CAPG - Gestantes	SEEU - Gestantes
Data	ago/20	Dados da última inspeção realizada	jun/20	mai/21
N	163	216	140	5

Fonte: INFORME JUNHO 2021. Brasília DF: Conselho Nacional de Justiça, jun. 2021. Semestral. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relato%CC%81rio-HCs-e-o-Estado-de-Coisas-Inconstitucional-DMF.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2022.

A mesma inconsistência entre os dados disponíveis é visualizada em relação às presas lactantes, cujo cadastros disponíveis, CAPG e o Infopen, possuem uma diferença de cerca 34%, conforme demonstrou o Informe (2021) do CNJ.

Tabela 02: Divergências em Sistema Oficiais – Lactantes no Sistema Prisional
Lactantes no Sistema Prisional

	CAPG - Lactantes	Infopen - Lactantes
Data	jun/20	jun/20
N	79	106

Fonte: INFORME JUNHO 2021. Brasília DF: Conselho Nacional de Justiça, jun. 2021. Semestral. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relato%CC%81rio-HCs-e-o-Estado-de-Coisas-Inconstitucional-DMF.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2022.

A disparidade persiste em relação às presas com filhos dependentes, conforme o Informativo (2021, p. 21), o Sistema de Audiência de Custódia do CNJ – SISTAC, demonstra que em 06 anos cerca de 39.096 pessoas com filhos ou com dependentes deficientes, ingressaram no sistema penitenciário, embora apenas uma parcela desse total nele permaneça. Já “o SEEU, contabilizam 83 pessoas com filhos dependentes (entretanto 13 dessas pessoas listadas aparecem no sistema com zero filhos)”.

Tabela 03: Divergências em Sistema Oficiais – Lactantes no Sistema Prisional
Pessoas privadas de liberdade com dependentes

Presas com filho portador de deficiência	169
Presos com filho portador de deficiência	862
Presas com filho dependente	3897
Presos com filho dependente	34168

Fonte: SISTAC

Fonte: INFORME JUNHO 2021. Brasília Df: Conselho Nacional de Justiça, jun. 2021. Semestral. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relato%CC%81rio-HCs-e-o-Estado-de-Coisas-Inconstitucional-DMF.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2022.

Diante disso, denota Wuster (2019), “ausência de uma política penitenciária própria de tratamento dos dados quanto a presença de filhos [...] restringe as chances de apreciação de eventual pedido a ser formulado ao juízo do caso concreto”.

No mesmo sentido, reconhece o CNJ em seu Informe (2021), que por tratar-se a ordem concedida pelo Supremo Tribunal Federal no HC 143.641 de uma decisão estrutural, assim, como as proferidas na ADPF 347 e no HC 165.704 (2020), na qual o Ministro Gilmar Mendes concedeu aos pais com filhos menores de 12 anos, o mesmo benefício reconhecido à mulheres no âmbito do HC 143.641, é imprescindível identificar-se o público alvo pelas medidas judiciais, tendo em vista as graves violações de direitos tuteladas nos respectivos processos.

No caso de decisões estruturais como as proferidas pelo STF na ADPF 347 (Rel. Min. Marco Aurélio) e nos citados HCs nº. 143.641/SP (Rel. Min. Ricardo Lewandowski) e nº. 165.704 (Rel. Min. Gilmar Mendes) voltadas à tutela de graves violações de direitos fundamentais decorrentes de falhas e omissões estatais, a identificação do público que precisa ser alcançado

pelas determinações judiciais é condição essencial para sua efetividade (INFORME JUNHO 2021, p. 22).

Superados os desafios acerca dos dados e voltando-se às vista negativas genéricas reiteradas de alguns juízo em proceder ao cumprimento da ordem, o ministro Lewandowski proferiu nova decisão, que enfatizou o posicionamento asseverando, que nem mesmo o fato “haver sentença condenatória não impedia a substituição [da prisão preventiva para prisão domiciliar], bem como o fato de a infração ser caracterizada como tráfico de drogas, não impedia por si só a liberdade entre outras ponderações” (INSTITUTO ALANA E COLETIVO DE ADVOCACIA EM DIREITOS HUMANOS, 2019, p. 27).

O Instituto Alana e Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos (2019, p. 33) refere-se ao HC 143.641/SP como sendo “[...] um dos casos mais importantes da atualidade que foram levados ao Supremo Tribunal Federal” e atribui essa relevância explanando que “com ele, milhares de mulheres, adolescentes e crianças foram e serão beneficiadas pelo incontestável entendimento de que o cárcere não é lugar adequado para o exercício da maternidade e para a vivência plena e integral da infância”.

Ressalta ainda que a sua relevância “[...] não reside apenas na solução material apresentada por ele, de transformar prisão provisória em domiciliar, mas também no fato de que o acolhimento deste writ pela Corte Constitucional inaugurou no Brasil a adoção de um novo remédio constitucional coletivo [...]”, considerando-o, desta forma como “[...] um marco histórico para o Direito Brasileiro e para aqueles que almejam uma sociedade mais digna e justa para todos, inclusive para as mulheres, adolescentes e crianças” (BRASIL, 2018, p. 34).

5.3 *HABEAS CORPUS* COLETIVO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E ACESSO À JUSTIÇA.

O acesso à justiça na lição de Cappelletti e Garth (1998, p. 12) pode ser encarado como “o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno e igualitário”.

Nessa ótica, seja como meio de salvaguardas a liberdade de locomoção, seja como amplo recurso de agravo na concepção de Gustavo Henrique Badaró (2020, p. 1080), ou instrumento de *collateral attack* conforme preconizam Aury Lopes Júnior (2016, p. 1140) e Alberto Zacharias Toron (2020, p. 297), o *habeas corpus* é o instrumento mais democrático de acesso à jurisdição dos tribunais brasileiros.

Além disso o *writ* propicia o controle de legalidade no âmbito do processo penal, sendo uma interessante forma de se mensurar, inclusive, a qualidade das investigações, processos e prisões em relação à necessária observância dos direitos e garantias fundamentais.

Não à toa Raymundo Faoro, presidente do conselho federal da Ordem dos advogados do Brasil na época da ditadura, ao conduzir uma campanha pelo retorno do instrumento em 1977, disse que “o *habeas corpus* não é só uma reclamação da sociedade civil, mas uma necessidade do próprio governo, pois a boa autoridade só pode vigiar a má autoridade pelo controle das prisões, proporcionado pelo *habeas corpus*” (FAORO apud GASPARI, 2008).

Portanto suprimir a sua utilização no âmbito do processo penal em nome da racionalidade do sistema recursal não faz muito sentido do ponto de vista social, dada a função estruturante do *habeas corpus* no Estado Democrático de Direito.

Veja-se que no julgamento do HC 82.959-7/SP o STF declarou inconstitucional o cumprimento integral da pena de condenados por crimes hediondos (Lei 8.072/1990) em regime fechado, sendo de se ressaltar que aquele *writ* fora impetrado pelo próprio paciente, o que denota a natureza democrática do instrumento a tornar possível o acesso a defesa dos direitos fundamentais por qualquer pessoa (BRASIL, 2006).

Ainda nos autos do HC 97.256, o plenário do Tribunal, por maioria, considerou inconstitucionais os dispositivos da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006) que vedavam a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. (BRASIL, 2010)

Embora nesse último caso, seguindo o comando constitucional (art. 52, X), o STF tenha enviado ao Senado cópia da decisão para os fins de suspensão da execução de parte do art. 44 da Lei 11.343/2006 e de seu art. 33 §4º; no âmbito do HC 82.959 não houve comunicação à Casa Maior, o que suscitou fortes divergências acerca dos efeitos daquela declaração de inconstitucionalidade.

Diante disso a Defensoria Pública da União ajuizou a Reclamação nº. 4.335 em face do Juiz da Vara de Execuções Penais de Rio Branco (AC), referido magistrado havia afixado nas dependências do fórum, comunicado com o seguinte teor:

Comunico aos senhores reeducandos, familiares, advogados e comunidade em geral que a recente decisão Plenária do Supremo Tribunal Federal proferida nos autos do 'Habeas Corpus' n. 82.959, a qual declarou a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos que vedava a progressão de regime prisional (art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90), somente terá eficácia a favor de todos os condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados que estejam cumprindo pena, a partir da expedição, pelo Senado Federal, de Resolução suspendendo a eficácia do dispositivo de lei declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 52 inciso X, da Constituição Federal (MENDES; BRANCO; COELHO, 2013, p. 1100).

Quando do julgamento da Rcl nº. 4.335 o Ministro Gilmar Mendes (2013, p. 1101) reafirmou que “se o Supremo, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá eficácia *erga omnes*, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no *Diário do Congresso*”. A reclamação fora julgada procedente:

Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente (BRASIL, 2014).

Não podemos omitir que algumas críticas têm sido efetivadas em relação ao processo de objetivação, destacando-se o fato de que tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Superior Tribunal de Justiça, são cortes superiores e não apenas tribunais que examinaram teses, (verificar posição contrária de Marinoni e Mitidiero já citada nesse trabalho), respectivamente em matéria constitucional e de lei federal, nesse sentido vale a pena transcrever as palavras de Georges Abboud:

O texto constitucional, instituído pelo Poder Constituinte Originário, estabeleceu expressamente a possibilidade de o STF e o STJ decidirem efetivamente as lides jurídicas. Nosso sistema constitucional não autoriza o entendimento de que referidos tribunais poderão, tão somente, julgar teses jurídicas como se, ao julgar lides intersubjetivas, estaria exercendo algo necessariamente secundário e acidental (ABBOUD, 2020, p. 1019).

Outrossim, citando Rui Medeiros, Abboud defende que “é efetivamente o caso concreto que, no mais das vezes, melhor protege os direitos fundamentais dos cidadãos, justamente por trazer aos Tribunais dados de realidade”, de modo a permitir aplicação mais protetiva dos atos normativos (MEDEIROS apud ABBOUD, 2020, p. 1022).

Finalmente, há o raciocínio de objetivação favorece a realização do ativismo judicial, em contrastes a teoria da decisão judicial de Dworkin que apregoa a integridade, possibilitando o uso indiscriminado da ponderação de princípios para atingir-se uma conveniência moral ou política, nesse sentido discorrem Lênio Luiz Streck e Rafael Tomaz de Oliveira:

Com efeito, é preciso ter presente que a intersecção entre direito e moral (ou sua cooriginariedade) vem à tona a partir de Dworkin, não pela defesa de moralismos ou de jusnaturalismos, mas em virtude da identificação em sua teoria de uma “responsabilidade política de cada juiz/intérprete/aplicador, obrigando-o (*has a duty*) a obedecer a integridade do direito, evitando que as decisões se baseiem em raciocínios ad hoc (teleológicos, de moralidade ou de política)” (DWORKIN, apud STRECK e OLIVEIRA, 2012, p. 86).

Percebe-se, que é necessário cuidado com a objetivação de toda discussão de natureza constitucional que chega ao Supremo Tribunal Federal, sob pena de esvaziar-se a competência constitucional outorgada às cortes superiores de aplicar o direito ao caso concreto, e com as peculiaridades fáticas que os entrelaçam, aperfeiçoar sua jurisprudência.

Inobstante essas considerações, não é possível descurar que a objetivação do controle difuso de constitucionalidade em *habeas corpus* com a concessão de eficácia *erga omnes* à decisão, consagra a natureza e o propósito singular conferidos ao *habeas corpus* no ordenamento jurídico brasileiro, servindo a proteger de maneira efetiva os direitos fundamentais, que muitas vezes transcendem os interesses pessoais do paciente, conforme preconiza Toron (2020):

“[...]não é menos verdadeiro que o remédio heroico possa veicular temas que transcendam os interesses subjetivos do paciente e se projete para uma coletividade. Assim, por exemplo, a discussão travada no HC n. 126.292, relatado pelo saudoso Min. Teori Zavasck, sobre a prisão logo após o julgamento em segunda instância. O debate da tese jurídica se projeta sobre todos aqueles condenado presos ou que possam vir a ser,

independentemente do trânsito em julgado e da presença dos pressupostos autorizadores da prisão preventiva[...]” (TORON, 2020, p. 340).

A própria Corte Interamericana de Direito Humanos já se manifestou através da Opinião Consultiva 8 de 30 de janeiro de 1987, pela impossibilidade de seus estados-membros suspenderem a garantia do *habeas corpus* fundada em situações de emergência ou de exceção, ressaltando a universalidade dos bens jurídicos protegidos pela garantia.

Portanto, para além da proteção da liberdade física ou pessoal, o *habeas corpus* destina-se à proteção da vida, dos maus tratos, da tortura, dos desaparecimentos, dos danos físicos e sociais; em suma, sua funcionalidade assecuratória atinge todo o sistema dos direitos humanos e fundamentais em uma sociedade democrática (CIDH, 1987).

Vê-se dos termos vazados na opinião consultiva nº. 8 da CIDH, evidente crítica aos métodos dos regimes de exceção da América Latina que não raro, a exemplo do que ocorreu no Brasil através do Ato Institucional nº. 5, suspenderam a garantia do *habeas corpus* em nome da segurança nacional.

Isso porque, mesmo na atualidade do regime democrático o próprio Estado costuma violar, reiteradamente, direitos fundamentais, através de seus métodos persecutórios e da mentalidade das autoridades e agentes públicos, que recalcitram em ignorar direitos e garantias individuais, tais quais aquelas que foram objeto do HC 143.641.

Conforme já alinhavamos em tópico específico, mesmo após a decisão do Supremo Tribunal Federal, alguns juízes de primeira instância e até tribunais de justiça insistem em não aplicar o precedente firmado no HC 143.641, em situações que não permitem o exercício do *distinguish* possibilitado pela própria corte para as situações excepcionais, em que a manutenção da custódia em presídios tornar-se-ia justificada.

Com relação à resistência do Poder Judiciário a cumprir a ordem, diversas petições juntadas nos autos do HC 143.641/SP denunciaram a existência de decisões judiciais proferidas posteriormente à concessão da ordem coletiva que indeferiram o pedido de prisão domiciliar a partir de julgamentos morais, fundada em estereótipos e expectativas a respeito do comportamento da mulher, que desafiam a racionalidade do art. 318 do CPP, bem como as premissas sobre as quais se sustentou a decisão na que *Habeas corpus* (WURSTER; REFOSCO, 2021, p. 425).

Tais situações novamente evidenciam a essencialidade do *habeas corpus* como termômetro constitucional. Nesse sentido foi a posição do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do HC 91.386, quando disse que “a proteção dos cidadãos no âmbito dos processos estatais é justamente o que diferencia um regime democrático daquele de índole autoritária”, arrematando em outra passagem, que “o direito processual penal é o sismógrafo da Constituição, uma vez que nele reside a atualidade política da Carta Fundamental” (BRASIL, 2008).

Os *habeas corpus* impetrados nos tribunais têm, de fato, mensurado a efetividade dos direitos fundamentais no Brasil, principalmente diante do já aludido cenário de fortalecimento das defensorias públicas, pois como sustenta Toron (2020, p. 82) atinente ao acesso aos tribunais superiores, “pelas mãos das Defensorias Públicas dos Estados e da União, os pobres, finalmente, começam a chegar a essas cortes”.

Isso porque da experiência prática nota-se o ideal pré-concebido de que os tribunais superiores sempre foram o espaço de atuação de grandes escritórios e de advogados renomados.

Nesse cenário surge o *habeas corpus* coletivo como instrumento adequado a possibilitar o acesso à justiça, e a proteção dos direitos fundamentais, especialmente em relação aos tribunais superiores, cuja jurisdição efetiva, é deveras difícil de se obter pelos meios processuais ordinários já burocratizados ao longo dos anos por institutos como a arguição de relevância, repercussão geral e a própria jurisprudência defensiva.

Assim, o *habeas corpus* coletivo constitui um meio idôneo a garantir-se efetivo acesso à jurisdição, especialmente aos vulneráveis, diante do cenário de massificação das demandas, nos quais os instrumentos jurídicos que permitam a proteção coletiva de direito tornam-se evidentemente essenciais, como bem ressaltou Cassio Scarpinela Bueno:

[...]é importante destacar também que o acesso à justiça, tal qual delineado pela Constituição Federal, não se limita, como na tradição do direito brasileiro, a permitir que o indivíduo vá ao Judiciário para pretender tutelar (proteger) direito seu. Também entidades associativas, representativas, institucionais, podem pleitear direitos de seus associados ou, de forma

ainda mais ampla, direitos da coletividade em geral, naquilo que, [...], vem sendo chamado de “direito processual coletivo” (BUENO, 2002, p. 103).

Da mesma forma evidencia-se que *writ coletivo*, além possibilitar a defesa efetiva dos direitos dos vulneráveis, amolda-se ao *accountability* na gestão do estoque de processos que se avolumam nos tribunais ano a ano, esse raciocínio, aliás, foi considerado pelo ministro Ricardo Lewandowski ao defender a admissibilidade do HC 143.641:

Considero fundamental, ademais, que o Supremo Tribunal Federal assuma a responsabilidade que tem com relação aos mais de 100 milhões de processos em tramitação no Poder Judiciário, a cargo de pouco mais de 16 mil juízes, e às dificuldades estruturais de acesso à Justiça, passando a adotar e fortalecer remédios de natureza abrangente, sempre que os direitos em perigo disserem respeito às coletividades socialmente mais vulneráveis. Assim, contribuirá não apenas para atribuir maior isonomia às partes envolvidas nos litígios, mas também para permitir que lesões a direitos potenciais ou atuais sejam sanadas mais celeremente. Ademais, contribuirá decisivamente para descongestionar o enorme acervo de processos sob responsabilidade dos juízes brasileiros (BRASIL, 2018).

Ocorre que as restrições à admissibilidade do *habeas corpus* impostas pela jurisprudência das cortes superiores coincidem com o período de aumento no número de impetrações titularizadas pela defensoria pública, veja-se que a barreira inicial imposta contra o cabimento do *habeas corpus* substitutivo surgiu em 07 de agosto de 2012 no âmbito do HC 109.956 do Supremo Tribunal Federal.

Há uma forte indicação de que o entendimento foi uma resposta, também, ao número crescente de *writs* impetrados pela defensoria pública, quando pela primeira vez o número de pacientes hipossuficientes rivalizava no STF com aquele de pacientes defendidos por advogados privados, e no STJ o superava.

Neste particular vem a calhar o raciocínio de Cappelletti e Garth (1998, p. 29) de que os obstáculos impostos pelos sistemas de justiça atingem especialmente os hipossuficientes, negando-lhes o efetivo acesso à justiça.

Porém, conforme apregoa Edilson Vitorelli (2019), o acesso à justiça, constitui um dos fundamentos do devido processo legal.

Nesse sentido, o devido processo legal, na Constituição brasileira, não está contido apenas no art. 5.º, LIV, mas também engloba, pelo menos, as garantias previstas no art. 5.º, XXXV (acesso à justiça), LIII (juiz natural), LV (contraditório e ampla defesa), LVI (proibição de provas ilícitas), LX

(publicidade dos atos processuais), LXXVIII (duração razoável do processo) e art. 93, IX (fundamentação das decisões) (VITORELLI, 2019, p. 96).

Estariam, então, as restrições impostas à admissibilidade do *habeas corpus* operando em desrespeito ao acesso à justiça inerente à garantia do devido processo legal, principalmente em relação aos hipossuficientes?

A resposta a essa indagação não prescinde da análise quantitativa da origem e da temática das impetrações que permearam o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, em meados da última década.

Conforme destaca Amaral (2016, p. 49), referindo-se a números de 2006 a 2014, “os casos oriundos dos cinco Tribunais de Justiça que mais geram impetrações perante o STJ, a Defensoria Pública tem participação expressiva, e quase sempre majoritária”, conforme se verifica dos gráficos 3 e 4 reproduzidos no tópico anterior.

Outro dado revelador é o primeiro lugar que o ocupa o Tribunal de Justiça de São Paulo, como a corte originária da maior parte dos *habeas corpus* distribuídos ao Superior Tribunal de Justiça, conforme a tabela abaixo:

Tabela 03: Percentual de impetrantes no STJ em relação aos cinco Tribunais de Justiça que mais geraram impetrações (2006-2014)

Origem	Advogado	Defensoria	Paciente	Sem preenchimento
TJ-SP	45,44%	43,08%	11,41%	0,07%
TJ-MG	42,33%	49,46%	8,05%	0,17%
TJ-RJ	42,83%	49,35%	7,72%	0,11%
TJ-RS	34,80%	59,63%	5,57%	0%
TJ-DF	32,70%	60,11%	6,81%	0,38%
TRFs	70,24%	21,34%	8,29%	0,12%

Fonte: AMARAL, Thiago Bottino do. **Habeas corpus nos Tribunais superiores:** uma análise e proposta de reflexão. Rio de Janeiro: FGV, 2016, p. 50

Interessante notar, conforme o quadro inverteu-se, expressivamente, quando a origem dos *habeas corpus* eram os Tribunais Regionais Federais cuja experiência

prática traz demonstra que a atuação penal das referidas cortes situa-se, quase que exclusivamente, no campo do direito penal econômico, ou seja, da criminalidade de colarinho branco.

Embora os dados a que se refiram a tabela acima sejam de tenha sido apurados entre os anos de 2006 e 2014, pesquisa mais recente indica a manutenção de um quadro muito similar, desta vez, em relação ao Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido Vasconcelos, Pedrina, Sales e Duarte (2021, p. 210), asseveram que durante o ano de 2018, o estado de São Paulo, “foi o responsável por mais da metade das ordens concedidas (362 de 642 *habeas corpus*), seguido por Minas Gerais (55), Rio de Janeiro (45), Rio Grande do Sul (35), Santa Catarina (31), Paraná (3) e Distrito Federal (26)”, e que durante o ano de 2019 das 923 ordens em *habeas corpus* concedidas pelo STF, 531 (58%) eram oriundas dos estado de São Paulo.

E mesmo no Superior Tribunal de Justiça o quadro se repete, tanto que nos autos do HC 596.603 julgado em setembro de 2020, no qual houve a coletivização da demanda através de pleito da Defensoria Pública do estado de São Paulo que titularizava a impetração, o relator ministro Rogério Schietti Cruz se manifestou com números acerca da postura do Tribunal de Justiça de São Paulo em contrariar a jurisprudência dominante das cortes superiores.

Esses dados são a tradução, inequívoca e indesmentível de que o volume de trabalho das Turmas Criminais do Superior Tribunal de Justiça, ocupadas em mais de 50% por *habeas corpus* oriundos do Tribunal de Justiça de São Paulo (dos 68.778 *habeas corpus* distribuídos no STJ em 2019, 35.534 vieram daquele Tribunal), em boa parte se resume a simplesmente reverter decisões que, contrárias às súmulas e à jurisprudência das Cortes Superiores, continuam a grassar, crescentemente, em algumas das 16 Câmaras Criminais daquele Tribunal (BRASIL, 2020).

Já no que se refere a temática, ou aos delitos objeto das impetrações, os dados expostos por Amaral (2016) sintetizam o que o ministro Rogério Schietti declinou nos autos do HC 596.603 de que quase a totalidade dos acusados pelos delitos objetos das impetrações “é formada por pessoas pobres, sem escolaridade alguma, moradoras das periferias dos grandes centros urbanos e majoritariamente negras, o que sugere uma seletividade do sistema” (BRASIL, 2020).

Esses dados foram aferidos por Vasconcelos, Pedrina, Sales e Duarte (2021, p. 210) que constataram em relação aos crimes que foram objeto de impetrações com maior frequência de concessões no STF em 2019, que houveram 923 ordens concedidas, das quais 492 (53%) tinham como objeto o delito de tráfico de entorpecentes e 53 (6%) o furto, ou seja, ambos os crimes juntos foram responsáveis por cerca de 59% por cento do total de concessão de *habeas corpus* pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse ponto, quedam-se, novamente, esclarecedoras as conclusões do ministro Rogério Schietti no HC 596.603, quando aduz que durante o ano de 2019 dos 11.181 *habeas corpus* impetrados no STJ, pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo a ordem foi concedida em 6.869, ou seja, 61,43% das impetrações, muitas das quais “em casos em que Câmaras criminais do TJSP mantiveram a condenação de acusados por tráfico privilegiado”.

Assim, diante dos dados acima, retornamos à indagação, que consistia em avaliar se as restrições impostas à admissibilidade do *habeas corpus* estariam operando em desrespeito à garantia do devido processo legal, principalmente em relação aos hipossuficientes?

Os números sinalizam para uma resposta positiva, já que parte expressiva dos *writs* em trâmite perante os tribunais superiores foram impetrados pela Defensoria Pública em face da recalcitrância das vias judiciais ordinárias em observar a sua jurisprudência dominante, sendo que a maioria das ordens concedidas no âmbito do STJ contra decisões do TJSP tinham por objeto o delito de tráfico privilegiado (pouca quantidade de drogas, réus com bons antecedentes e sem provas de anterior atividade ilícita e de integração a organização criminosa), situação semelhante se evidenciou no STF.

Tal fato denota a imposição de barreiras restritivas à admissibilidade do *habeas corpus* muito provavelmente tem prejudicado o acesso à jurisdição das cortes superiores de uma população específica e hipossuficiente.

Por outro lado, o que se verifica, igualmente, é a possibilidade de se coletivizar as impetrações assim como empreendeu o STJ nos *habeas corpus* 596.603 e 575.495, neste último o ministro Sebastião Reis Júnior, da Sexta Turma do tribunal, registrou que diante das novas demandas da sociedade contemporânea,

seria necessário instrumentalizar a tutela coletiva no *habeas corpus*, impedindo a multiplicação de centenas de *writs* com objetos semelhantes, cujo processamento restaria por malferir a racionalidade do sistema recursal.

[...]

1. No que diz respeito ao cabimento do *habeas corpus* coletivo, diante dos novos conflitos interpessoais resultantes da sociedade contemporânea – “sociedade de massa” –, imprescindível um novo arcabouço jurídico processual que abarque a tutela de direitos coletivos, também no âmbito penal.

2. A reunião, em um único processo, de questões que poderiam estar diluídas em centenas de *habeas corpus* importa em economia de tempo, de esforço e de recursos, atendendo, assim, ao crescente desafio de tornar a prestação jurisdicional desta Corte Superior mais célere e mais eficiente.[...] (BRASIL, 2020).

Ressalte-se, ainda, o destaque efetivado pelo ministro acerca da necessidade de “um novo arcabouço jurídico processual que abarque a tutela de direitos coletivos no âmbito penal”, a revelar, sobremaneira, que apesar da quantidade de processos a necessidade em preservar direitos é premente (BRASIL, 2020).

O “Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (Projeto de Lei n. 5.139/2009), rejeitado pela Câmara dos Deputados, infelizmente silenciava em relação ao *habeas corpus*, demonstrando a ausência de propostas no âmbito legislativo que pudessem sistematizar a coletivização em *habeas corpus*.

Quanto a necessidade de preservar direito, Sarmento, Borges e Gomes (2015) em parecer encomendado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, defenderam o cabimento do *habeas corpus* coletivo elencando a igualdade de tratamento propiciada pela forma de processamento unitário de interesses que o processo coletivo permite, como fundamento a demandar a admissão do instrumento, diante da importância dos direitos a serem nele tutelados.

A igualdade de tratamento, favorecida pelo processamento unitário de interesses similares pertencentes a indivíduos diversos, adquire, também, importância ímpar em matéria criminal. Dada a fundamentalidade dos interesses em jogo, a disparidade entre as repostas penais diante de situações similares se reveste de maior gravidade, contribuindo para o descrédito do sistema de justiça. (SARMENTO; BORGES; GOMES, 2015)

Novamente, acerca da necessidade invocada pelo Ministro Sebastião Reis Junior no HC 575.495, tem-se o exemplo reproduzido por Toron (2020, p. 339),

durante a pandemia do Coronavírus, em que o manejo do *habeas corpus* coletivo mostrou-se muito útil, “para evitar um desastre de natureza epidemiológica, a Defensoria Pública do Ceará impetrou *habeas corpus* coletivo em favor dos presos em razão de dívida de alimentos”, após o indeferimento da liminar no TJCE, o ministro Paulo de Tarso Sanseverino do STJ concedeu a medida liminar, asseverando:

Considerando a gravidade da atual situação de pandemia pelo coronavírus – Covid-19, a exigir medidas para contenção do contágio e em atenção à Recomendação CNJ 62/2020, deve ser assegurado aos presos por dívidas alimentares o direito à prisão domiciliar (BRASIL, 2020).

Esse episódio, além de demonstrar o surgimento nos tribunais de uma corrente defensora do *habeas corpus* coletivo, como instrumento estruturante do sistema de proteção dos direitos fundamentais, cuida de evidenciar a necessidade do instrumento do ponto de vista processual, muito embora o CNJ tenha através da Recomendação 62/2020 já havido atentado para a desnecessidade do encarceramento dos devedores de alimentos, a resolução não possuía força impositiva, própria das ordens concedidas em *habeas corpus*.

5.4 DEFENSIONISMO DA JURISPRUDÊNCIA EM RELAÇÃO AO *HABEAS CORPUS* COLETIVO.

Tão logo se iniciaram as impetrações de *habeas corpus* coletivos, alguns ministros e desembargadores puseram-se a reagir contra a sua admissão, postulando que tratar-se-ia o *writ* de instrumento de garantia de direito individual a não prescindir da demonstração específica e pormenorizada do constrangimento ilegal, bem como, da qualificação do paciente, não podendo se cogitar de uma ameaça genérica, remota e às vezes futura, a permitir a coletivização do *habeas corpus*.

Essa linha de pensamento, ao que parece minoritária, ainda insiste em perdurar mesmo após o precedente fixado pelo Supremo Tribunal Federal no paradigmático HC 143.641.

O próprio HC 596.603 objeto de discussão no tópico anterior foi alvo do Recurso Extraordinário nº. 1.344.374 interposto junto ao STF pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, e decidido monocraticamente pelo Ministro Alexandre de Moraes, teve seus efeitos coletivos cassados.

Por certo, no presente caso, à toda evidência, não houve a suficiente demonstração individualizada de eventual constrangimento ilegal passível de questionamento, o que deveria ser reconhecido como óbice suficiente para inviabilizar o conhecimento, no ponto, do Habeas Corpus em questão, quando de sua apreciação perante o STJ.

A natureza desse específico recurso constitucional não permite a sua utilização de forma abrangente e totalmente genérica, o que dirá que as decisões nele proferidas possuam alcance indiscriminado a todos os presos/condenados por um tipo penal.

É inegável a relevância da discussão que o ora recorrido propôs ao STJ; contudo, isso não permite, por si só, que seja viabilizada, de forma automática, a soltura ou a concessão de outros benefícios pelos Juízes criminais. Caberá ao julgador, como em todo ato restritivo de direitos, proceder ao exame da matéria à luz das particularidades de cada caso concreto.

Além do mais, as alegações veiculadas pelo ora recorrido não se qualificam como espécie de constrangimento ilegal que, mesmo de maneira remota, possa colocar em risco a liberdade de ir e vir. Trata-se de casos que foram devidamente julgados em obediência aos princípios constitucionais e cujos magistrados pautaram-se no modelo trifásico previsto no Código Penal e nas diretrizes fixadas no referido diploma legal para proceder à individualização das penas de cada réu (BRASIL, 2021).

O Ministro Alexandre de Moraes, ainda, fez questão de enfatizar a necessidade de individualização do constrangimento, bem como, da figura de cada Paciente, dando a entender que o artigo 5º inciso LXVIII da Constituição demandaria tais requisitos impedindo a coletivização impugnada no recurso extraordinário.

Nos termos do art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, conceder-se-á Habeas Corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção.

Reitero, nesse contexto, que também é exigível a específica demonstração de constrangimento ilegal que implique coação ou iminência direta de coação à liberdade de ir e vir de cada paciente.

Em resumo, no caso em exame, é facilmente perceptível a total ausência da indicação individualizada e pormenorizada do específico constrangimento ilegal a que cada um dos pacientes (cujos nomes e qualificação sequer foram discriminados) estariam submetidos, motivo pelo qual não há que se falar na suposta ilegalidade genérica defendida pelo ora recorrido para defender a possibilidade do alcance coletivo nos autos do Habeas Corpus (Brasil, 2021).

A posição do Ministro Alexandre de Moraes coaduna com aquela que vigorava no Supremo Tribunal Federal antes do julgamento HC 143.641, cujos fundamentos são guarnecidos pela doutrina clássica, a exemplo de Bento de Faria (1960) que acerca dos requisitos da petição inicial de *habeas corpus* previstos no artigo 654 do CPP lecionava:

[...]não tem cabimento quando se tratar de pessoas indeterminadas, v.g., os sócios de certa agremiação, os empregados de determinado estabelecimento, os moradores de alguma casa, os membros de indicada corporação, os componentes de uma classe, etc., ainda quando referida uma das pessoas com o acréscimo de — e outros. Somente em relação a essa pessoa será conhecido o pedido (FARIA, 1960, p. 381).

Todavia, ela ignora o caráter coletivo de violação de direitos nos dias atuais em uma sociedade massificada e cuja relações são cada vez mais complexas.

Assim, como já dito, o *habeas corpus*, direito fundamental dos cidadãos, tem por objetivo proteger sua liberdade de locomoção diante dos mais diversos de atos abusivos e ilegais do Estado, que podem extrapolar a esfera isolada dos indivíduos. Restringir a aplicação do instituto à demandas coletivas, além de ser um excessivo formalismo, ignora o avanço legislativo verificado quanto à admissibilidade de mandado de segurança e mandado de injunção coletivos, bem como a própria existência de direitos individuais homogêneos. (MANHOSO, E MATHEUS FADONI BATALHA, 2022, ARTIGO ELETRÔNICO)

Da mesma forma ignora o caráter democrático do processo penal, que como advoga Afranio Silva Jardim (1991), dado o avanço civilizatório da humanidade, deixou de ser apenas o instrumento pelo qual o Estado exerce o seu poder sancionatório em matéria criminal, para tornar-se de garantidor de direitos e limitando os poderes punitivos.

Sob certo aspecto, o processo penal representa mais uma forma de autolimitação do Estado do que um instrumento destinado à persecução penal. Pelo princípio *nulla poena sine iudicio*, o Estado há de submeter a sua pretensão punitiva ao crivo do Poder Judiciário, tendo o ônus de alegar e provar determinada prática delitiva, assegurados constitucionalmente a instrução contraditória e o princípio da ampla defesa (JARDIM, 1991, p. 446).

Outro argumento sustentado no do RE 1.344.374 (2021) seria de que a concessão da ordem à pacientes indeterminados violaria a lógica do contraditório

impedindo que autoridades judiciais pudessem justificar suas ações, todavia, conforme leciona Jardim “nas chamadas ações penais não contraditórias (*habeas corpus, revisão criminal, etc*), é a pretensão de liberdade que move o processo penal”, de modo que entendemos não pode a regra da liberdade, como máxima fundamental da ação de *habeas corpus* estar subjugada a meros formalismos retrógrados (JARDIM, 1991, p. 447).

Veja-se que o *habeas corpus* coletivo 143.641, cuidou de tutelar direitos individuais homogêneos, conforme destacou o Ministro Ricardo Lewandowski, citando Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, ao intentar a aplicação do microssistema de processo coletivo inserido no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, cujo inciso III do parágrafo único permite que direitos individuais homogêneos sejam defendidos coletivamente.

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 como assentou a PGR, mas em face de uma situação em que é possível discernir direitos individuais homogêneos – para empregar um conceito hoje positivado no art. 81, parágrafo único, III, do Código de Defesa do Consumidor - perfeitamente identificáveis e “cujo objeto é divisível e cindível”, para empregar a conhecida definição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (NERY e NERY apud BRASIL, 2018).

Ao discorrer acerca da estrutura desses direitos Teori Zavascki (2017, p. 152) classificou-os como direitos subjetivos individuais, possuidores de uma origem comum, a mesma que possibilitava a formação do litisconsórcio facultativo no âmbito do Código de Processo Civil, e destacando que:

Os elementos minimamente essenciais para a formação do núcleo de homogeneidade decorrem de causas relacionadas com a gênese dos direitos subjetivos. Tratam-se de direitos originados da incidência de um mesmo conjunto normativo sobre uma situação fática idêntica ou assemelhada. Essa circunstância genética produz um conjunto de direitos subjetivos com, pelo menos, três aspectos fundamentais de identidade: (a) o relacionado à própria existência da obrigação, (b) o que diz respeito à natureza da prestação devida e (c) o concernente ao sujeito passivo (ou aos sujeitos passivos), comuns a todos eles (ZAVASCKI, 2017, p. 152).

Verifica-se que são plenamente identificáveis direitos individuais homogêneos seja dos sujeitos à persecução no âmbito do processo penal e mais ainda em

relação à população carcerária, principalmente se consideradas situações de grave constrangimento ilegal, potencialmente hábeis à coletivização, a exemplo da recalcitrância do Tribunal de Justiça de São Paulo em observar a jurisprudência dominante dos tribunais superiores, conforme se discorreu anteriormente.

Esse raciocínio não passou despercebido pelo Ministro Ricardo Lewandowski (2018) ao relatar o HC 143.641, que assim discorreu, acerca da listagem provisória de pacientes apresentada pelo coletivo de advogados que impetravam a ordem:

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 como assentou a PGR, mas em face de uma situação em que é possível discernir direitos individuais homogêneos (BRASIL, 2018).

Portanto, ainda que o *habeas corpus* tenha por escopo assegurar direito à liberdade individual, não podemos descurar que no Estado brasileiro, persistem violações sistemáticas aos direitos fundamentais, não à toa o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu, liminarmente, nos autos da ADPF 347 um estado de coisas inconstitucional, daí a necessidade de se estender o espectro de atuação do *habeas corpus* para a tutela dos direitos individuais homogêneos.

E mesmo assim não o fosse, Edilson Vitorelli atenta para a desnecessidade de prática de se diferenciar para a tutela coletiva, os direitos em jogo, se tratam-se de individuais homogêneos, difusos ou transindividuais, pois sempre será possível identificar um grupo de pessoas cujos direitos são violados que poderão referenciar a atuação do Poder Judiciário.

Nesses termos, mesmo autores que postulam a indispensabilidade da distinção entre direitos individuais homogêneos e transindividuais reconhecem sua inconsistência com a realidade, o que é claro indício de que melhores resultados poderiam ser obtidos com a sua eliminação. Não há como justificar a insistência em uma classificação recorrentemente incompatível com os problemas postos pela prática. A resistência a se associar direitos transindividuais e individuais homogêneos é sustentada na noção de que os primeiros não têm titular determinado, o que, conforme demonstrado, não é verdadeiro. Da perspectiva do litígio é sempre possível identificar uma sociedade titular do direito, composta de pessoas mais ou menos atingidas pela violação, cujos interesses podem ser tomados como referência para a concretização da tutela (VITORELLI, 2019, p. 48).

A lição de Vitorelli (2019) é de que na prática, assegurar a tutela jurisdicional para resguardar os direitos coletivos violados, é mais importante do que a mensuração da natureza coletiva dos respectivos direitos.

Ademais, autos do HC 596.603, o Ministro Rogério Schietti fazendo menção aos fundamentos elencados pelo Ministro Ricardo Lewandowski para admitir a existência de caráter coletivo do HC 143.641, destacou:

- o recorrente caráter coletivo da ofensa aos direitos nos dias atuais (sociedade massificada e cada vez mais burocrática);
- a viabilidade da solução com o fim de garantir o acesso dos grupos mais vulneráveis do ponto de vista social e econômico;
- a ampla utilização da ADPF e do mandado de injunção coletivo permitida pelo Supremo Tribunal Federal, este último desde 1994, antes mesmo da expressão previsão legal.
- o fortalecimento da abordagem coletiva, em atendimento a maior isonomia às partes em litígio e em prestígio à celeridade processual, mitiga as dificuldades estruturais do acesso das coletividades mais vulneráveis ao Poder Judiciário e
- as dissonâncias das interpretações em relação ao art. 318, IV e V, do CPP, pelos Tribunais estaduais, somado ao reconhecimento, pelo Supremo, de que o sistema prisional brasileiro encontra-se em um estado de coisas inconstitucional (ADFP n. 347 MC/DF) (BRASIL 2018, apud BRASIL, 2020).

Veja-se que os motivos que respaldam a coletivização do *habeas corpus* que vem se formando na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se mostram consentâneos aos desafios atuais da jurisdição, principalmente quando reconhece que a abordagem coletiva “mitiga as dificuldades estruturais de acesso” dos mais vulneráveis ao Poder Judiciário e também evita “dissonância na interpretação” (BRASIL, 2018).

Acerca desse último fundamento, dissertam Sarmento, Borges e Gomes, ressaltando o papel da coletivização na unificação da jurisprudência dos tribunais:

A coletivização de demandas de origem comum traduz, ainda, uma preocupação com a isonomia no tratamento entre os jurisdicionados. A um vasto contingente de ações corresponderia um elevado número de decisões, capazes de oferecer soluções contraditórias a um mesmo problema. Em tais circunstâncias, o recurso ao Judiciário pode se converter em verdadeira loteria, em que a maior ou menor sorte do litigante é determinada no momento da distribuição da ação (SARMENTO; BORGES; GOMES, 2015).

Ou seja, a coletivização em *habeas corpus* é um forte obstáculo às interpretações casuísticas que tem permeado a própria jurisprudência defensiva, em detrimento da isonomia e da segurança jurídica.

Para Canotilho (2000, p. 264), a segurança jurídica, constitui elemento essencial do Estado Democrático de Direito, e se estrutura com base nos conceitos de estabilidade e previsibilidade. O primeiro diz respeito às decisões dos poderes públicos, quando efetivadas “[...] não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes”. O segundo, diz respeito à “[...] exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos”.

Isso quer dizer que as decisões judiciais têm o poder de moldar o comportamento de uma sociedade, em que os agentes calculam suas condutas considerando o valor, a interpretação e eventuais sanções que lhes conferem o Poder Judiciário, interferindo, inclusive, no caráter de prevenção geral do direito penal.

6 CONCLUSÃO

A realização desta dissertação teve como foco principal estudar o *habeas corpus*, alguns de seus aspectos históricos mais relevantes, a sua importância no direito brasileiro, como mecanismo estruturante na proteção dos direitos fundamentais.

Como já dissemos outrora, para o mais modesto causídico da pequena cidade do sertão brasileiro, até o criminalista que lida com o direito penal econômico e transita pelos tribunais mais importantes do país, o *habeas corpus* tem sido a ferramenta de trabalho principal, sendo que sua larga utilização, resvalou ao longo das últimas décadas, na problemática do aumento exponencial do número de impetrações nos tribunais brasileiros.

Verificou-se que por esse motivo, as cortes superiores têm imposto barreiras processuais, cada vez mais rígidas, à admissibilidade de ações de *habeas corpus*, em razão do expressivo aumento de processos, fato que ocorreu principalmente.

Por esse motivo, em um cenário recente em que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça permitiram a coletivização do *habeas corpus* em situações específicas, para impedir a violação de direitos fundamentais de populações vulneráveis, entendemos que fosse relevante analisar o *habeas corpus* coletivo como uma alternativa em potencial à jurisprudência defensiva dos tribunais superiores.

Para que esse objetivo fosse alcançado, foi necessário contrastar a natureza do *habeas corpus* e do princípio da inafastabilidade da jurisdição previstos no rol dos direitos e garantias individuais da Constituição Federal, com os motivos que levaram os tribunais superiores brasileiros a estabelecerem limitações à sua admissibilidade por meio de uma jurisprudência defensiva.

Daí os primeiros desafios, salvo raras exceções ainda incipientes, por se tratar de um novo instituto, não há obras que tratam em profundidade do *habeas corpus coletivo*, tendo o autor que se socorrer do estudo de artigos e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça acerca dos poucos casos julgados.

Outra questão desafiadora, foi tratar de violações aos direitos fundamentais experimentadas por uma coletividade, em um contexto de carência de dados, tendo em vista que com o advento da pandemia, os bancos de dados do SINDSPEN e INFOPEN dos últimos anos não haviam sido atualizados. Tivemos que nos valer de dados colhidos por outros pesquisadores, e alguns disponíveis nos respectivos bancos de dados, que todavia, não estavam devidamente atualizados.

No que se refere aos objetivos específicos propostos neste estudo, o primeiro objetivo destacado foi discorrer, sem qualquer pretensão de esgotar o tema devido sua evidente amplitude, sobre origem histórica do *writ* e sua aplicação no direito brasileiro, abordando o papel desse instrumento na proteção dos direitos e garantias fundamentais no Brasil, especialmente diante dos dados do sistema penitenciário, cujo estado de coisas inconstitucional foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da ADPF 347.

Em se tratando da origem histórica do *writ*, observou-se fragmentos do que viriam constituir limitações ao exercício da justiça privada, bem como, do poder do Soberano das legislações mais antigas, e principalmente na Grécia com o advento da democracia.

Foi possível traçar paralelos entre o *habeas corpus* e os institutos de direito romano dos interditos, sobre os quais parte da doutrina sustenta tratar-se da verdadeira origem do instrumento. Bem como, abordar os traços originais daquilo que constituiria o *habeas corpus* na atualidade, no âmbito da Magna Carta da Inglaterra durante o reinado de João Sem Terra.

Observamos, que no decorrer dos tempos, durante o processo de consolidação das monarquias nacionais europeias, o rei da Inglaterra não possuía poder absoluto sobre os grandes senhores de terras, e com a elevação do preço dos impostos, surgiram descontentamentos dos barões que começaram a fazer exigências à coroa.

O desfecho desse conflito se consolidou quando João Sem Terra assinou a *Magna Carta*, em 1215, que restringia os seus poderes, obrigando-o a observar as leis e os processos, e também oferecia garantias aos barões, limitando inclusive, o seu poder de tributar.

Embora tenha sido uma clara concessão aos nobres, este documento propiciou o advento do instituto *habeas corpus*, embora sua eficácia como remédio jurídico teria sido muito reduzida.

Porém, a efetividade do instituto foi reforçada com a Lei do *Habeas corpus* de 1679, elaborada com o propósito de salvaguardar a liberdade do indivíduo, bem como prevenir contra prisões ilegais, assentando assim, o seu surgimento no âmbito legal. Tempos depois houve aprimoramento nesta lei surgindo assim, o *Habeas corpus Act* de 1816.

No que se refere a aplicação do *writ* no direito brasileiro em período de Brasil colônia, em que vigoravam as Ordenações Filipinas, o instrumento jurídico que resguardava a liberdade eram Cartas de Seguro que, entretanto, não eram antecessoras do *habeas corpus*, se enquadrando apenas como uma promessa judicial.

A Constituição outorgada pelo Imperador Dom Pedro I em 1824, apesar de ter previsto garantias fundamentais aos homens livres, não fez menção ao *habeas corpus*, que só seria expressamente carregada no texto do Código de Processo Criminal de Primeira Instância do Império de 1832, e tinha por escopo tutelar exclusivamente a liberdade ambulatorial.

Embora o instituto, somente haveria de ter previsão expressa no Código de Processo Criminal de Primeira Instância do Império de 1832, o Código Criminal do Império de 1830, por sua vez, já dispunha acerca da punição do juiz que viesse a retardar o cumprimento da ordem de *habeas corpus*, o que demonstra a familiaridade que o direito a época praticado no Brasil já guardava com o remédio jurídico.

Outra novidade sobre o *writ*, instaurada durante o governo imperial foi a possibilidade da concessão da ordem de *habeas corpus* para alcançar os estrangeiros, bem como, tutelar a violência iminentes através da impetração preventiva.

Foi nesse cenário, em que foi possível tutelar a concessão de liberdade para pessoas escravizadas, tornando o *habeas corpus* verdadeiro instrumento de restituição da dignidade humana aos negros escravizados, durante os lampejos finais daquele triste período da história brasileira.

Nesse período também se erigiram as interpretações jurisprudenciais, que algum tempo depois, já sob a égide liberal inaugurada com a proclamação da República, redundariam nas modificações legislativas que ensejaram a famosa *doutrina brasileira do habeas corpus*, sem paralelo em outros países, cuja influência até hoje perdura em nosso sistema, sendo inclusive aventada nos autos do *habeas corpus* coletivo 143.641 do Supremo Tribunal Federal, que mereceu importante análise nesta dissertação.

Durante a Primeira República ou República Velha, o período compreendido entre 1889 e 1930, ou seja, o momento posterior à sua proclamação, que restou fortemente marcado por efetivas transformações, sociais, culturais, econômicas e políticas, a primeira Constituição promulgada sob a égide dessa forma de governo, durante o ano 1891, previu o *habeas corpus*, no art. 72, § 22.

Nessa época o remédio poderia ser usado para socorrer perante o juízos e tribunais brasileiros, qualquer pessoa que se achasse constrangida em sua liberdade individual, ainda que apenas ameaçados desse constrangimento.

No entanto, o principal ponto a ser destacado é o próprio status constitucional que recebeu o *habeas corpus* na República, concedendo às liberdades públicas proteção ímpar no direito brasileiro, tornando o instrumento uma garantia universal, efeito que não se verificava quando apenas se dispunha de previsão na lei processual.

Atualmente, vigora o entendimento de que ameaça à liberdade de locomoção, ainda que indireta, advinda, por exemplo da instauração de inquérito ou oferecimento de denúncia quando ausente a justa causa, ou da quebra dos sigilos em violação da proteção constitucional do direito à intimidade, é possível a impetração de *habeas corpus* para sanar a ilegalidade, tendo em vista que em última análise, o procedimento persecutório efetivado com tais vicissitudes poderá redundar na ilegal restrição da liberdade de locomoção, mediante aplicação de uma reprimenda de caráter corporal.

O segundo objetivo específico proposto foi discorrer sobre os fundamentos do *habeas corpus* coletivo como mecanismo de acesso à jurisdição das cortes superiores, bem como as experiências no direito brasileiro.

Nesse particular observou-se o protagonismo do *habeas corpus* como ação, não apenas para a defesa direta da liberdade de locomoção, mas também como instrumento estruturante no âmbito da persecução penal, privilegiando o acesso à justiça, inclusive de grupos vulneráveis.

Apurou-se o grande papel das defensorias públicas no manejo de impetrações perante as cortes superiores brasileiras, ao mesmo tempo em que, paradoxalmente, esses tribunais passaram a impor restrições à admissibilidade dos *habeas corpus* através de uma jurisprudência defensiva, cuja construção se efetiva em torno da necessidade de se preservar a racionalidade do sistema recursal.

Colheram-se várias decisões paradigmas para a justiça penal brasileira, exaradas em sede de *habeas corpus*, entendendo-se os fundamentos do seu protagonismo por ser o instrumento mais célere, simples processualmente falando, e eficaz para a defesa de direitos fundamentais, principalmente da população hipossuficiente, que ainda encontra obstáculos desafiadores para acessar a jurisdição, principalmente dos Tribunais Superiores.

Até mesmo o exercício do controle de constitucionalidade, mediante a objetivação da tese discutida em *habeas corpus* perante o Supremo Tribunal Federal tem-se verificado em nosso sistema, inclusive, com a concessão de efeito *erga omnes*, próprio do controle concentrado, às teses fixadas no bojo da ação.

Embora tal construção tenha sido alvo de críticas por parte da doutrina, não deixa de consagrar o *writ* como instrumento da salvaguarda e reafirmação de direitos fundamentais, muitos dos quais se aferiu, são sistematicamente violados pelo Estado brasileiro, a exemplo das violações contra presas gestantes e genitoras de crianças menores de 12 anos noticiadas ao STF através do *habeas corpus* coletivo 143.641.

Ainda neste objetivo, constatamos que a coletivização de demandas por meio de *habeas corpus* é um meio razoável para vencer barreiras estruturais de acesso à justiça que vulneram os hipossuficientes, além de permitir uma maior coerência nas decisões judiciais e equilíbrio na distribuição da justiça, uma vez, que possibilitará que pessoas sem recursos financeiros tenham efetivo acesso à jurisdição dos tribunais mais importante do seu país.

O terceiro objetivo específico proposto foi analisar a jurisprudência dos tribunais superiores acerca da admissibilidade dos *habeas corpus* individual e coletivo e sua motivação, submetendo os fundamentos da mitigação de sua admissibilidade à uma crítica hermenêutica.

Nesse particular, entendemos ser incoerente a imposição de barreiras processuais carregadas de subjetivismo ao conhecimento de *habeas corpus*, com amparo no argumento da racionalidade do sistema recursal, quando mecanismos e ressalvas previstas na própria jurisprudência defensiva, acabam por permitir que os óbices de conhecimento sejam afastados em determinados casos, tornando a jurisdição insegura e quiçá discriminatória.

E, por fim, o quarto objetivo específico proposto neste estudo foi verificar se o *habeas corpus* coletivo é uma alternativa a conciliar a garantia do acesso à jurisdição e defesa dos direitos fundamentais com necessidade de se racionalizar o sistema recursal tão proclamada pelos tribunais.

Em relação a esse objetivo, acenamos com uma resposta afirmativa, nessa senda, os próprios fundamentos invocados para a concessão do HC 143.641 garantem esse raciocínio, tendo o STF constatado a responsabilidade dos tribunais de implementarem medidas, inclusive mediante a coletivização de demandas em *habeas corpus*, que sejam hábeis a possibilitar que as dificuldades estruturais de acesso à justiça sem superadas.

Nesse ponto, a adoção do *habeas corpus coletivo* mediante a identificação estratégica de violações/demandas que podem ser coletivizadas no âmbito da ação constitucional, a exemplo do que aconteceu na pandemia do COVID 19 com presos em regime semiaberto e por dívidas alimentares, contribuirá para a preservação da racionalidade do sistema recursal, sendo portanto uma alternativa democrática à jurisprudência defensiva.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

AMARAL, Thiago Bottino do. **Habeas corpus nos Tribunais superiores: uma análise e proposta de reflexão**. Rio de Janeiro: FGV, 2016.

ASSUNÇÃO, Antônio Zetti. **Habeas corpus: teoria, legislação, jurisprudência e prática**. São Paulo: Lawbook, 2000.

BADARÓ, Gustavo H. **Manual dos recursos criminais**. São Paulo: Ed. RT, 2016.

_____, Gustavo H. **Processo penal**. 8ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2020.

BELO, Warley. **A Prática do Habeas corpus: Doutrina – Jurisprudência – Modelos reais com decisões Técnicas de redação sustentação oral e memorial Questões abertas, fechadas e práticas**. Florianópolis: Clube de Autores, 2019.

BRASIL. Lei nº LIM 29-11-1832, de 16 de dezembro de 1830. **Código Criminal do Império**. Rio de Janeiro, RJ, 16 dez. 1830.

_____. Lei nº LIM 29-11-1832, de 29 de novembro de 1832. **Código do Processo Criminal de Primeira Instancia**. Rio de Janeiro, RJ, 5 dez. 1832.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1888**. Rio de Janeiro, RJ, 24 fev. 1891.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 691**. Brasília, DF, 24 de setembro de 2003. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula691/false>. Acesso em: 15 fev. 2021.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, 16 mar. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nº Habeas corpus 160.696 MS. ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO. Relator: MINISTRO JORGE MUSSI. Brasília, DF, 09 de agosto de 2011. **HC Pode Ser Usado Para Discutir Questão Processual**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-set-10/habeas-corpus-usado-discutir-questao-processual-decide-stj#:~:text=2.,H%C3%A1%20muito%20a%20jurisprud%C3%Aancia%20dos%20Tribunais%20Superiores%20admite%20a%20utiliza%C3%A7%C3%A3o,indiv%C3%ADduo%2C%20conforme%20se%20verifica%20na>. Acesso em: 15 fev. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº **Habeas corpus 143.641/SP**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº. 91.386/BA**, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Brasília, DF, 19 de fevereiro de 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº. 142.513/ES**. Relator: Ministro Nilson Naves, 6ª T., Brasília, DF. 10 de maio de 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº. 207.270/SP**. Relator: Ministro Herman Benjamin, 2ª T. Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.959-7 SP**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2006. Brasília.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 97.256**. Relator: Ministro Ayres Brito. Brasília, DF, 01 de setembro de 2010. Brasília, 16 dez. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Adpf nº 347**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 18 de março de 2020. Brasília, 01 jul. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE nº. 1.344.374**. Relator Ministro Alexandre de Moraes, Brasília, DF, 1º de dezembro de 2021. Brasília, 02 dez. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 601**. Brasília, DF, 15 de fevereiro de 2018.

BUENO, Cassio Scarpinela. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil**. vol. I. São Paulo: Saraiva, 2002.

BURKE, Peter; PALLARES-BURKE, Maria Lúcia Garcia. **Os ingleses**. São Paulo: Contexto, 2016.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 264.

CAMARA, Edson de Arruda. **O habeas corpus e o *interdictum de homine libero exhibendo***. Revista Informação Legislativa, Brasília, v. 23, n. 92, p. 291-316, out. 1986. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181749>. Acesso em: 14 dez. 2022.

CENTRO DE DIREITOS REPRODUTIVOS. **Alyne v. Brasil caso de Alyne Pimentel Teixeira v. Brasil**. 2014. Disponível em https://reproductiverights.org/wp-content/uploads/2018/08/LAC_Alyne_Factsheet_Portuguese_10-24-14_FINAL.pdf, acesso em 07 de setembro de 2022.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10^o ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (Brasil). **Quadro de Advogados**, 2021. Disponível em: <https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>. Acesso em: 25 fev. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva nº 8**. São José, COSTA RICA, 30 de janeiro de 1987. Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/opniones/seriea_08_ing.pdf. Acesso em: 24 fev. 2022.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIA, Bento de. **Código de processo penal**. 2^a ed. Atual. Vol. II. Arts. 251 a 667. Rio de Janeiro, 1960. Record Editora.

FONSECA, Pedro H. C.. **Habeas corpus: teoria e prática**. Indaiatuba-SP: Editora Foco, 2022.

GASPARI, Elio. **O comissário Fontana e o habeas corpus**. Folha de São Paulo. São Paulo, p. 1-1. 13 jul. 2008. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1307200816.htm>. Acesso em: 06 set. 2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio. **As nulidades do processo penal**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos em espécies e ações de impugnação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 445 p.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 34.

INSTITUTO ALANA E COLETIVO DE ADVOCACIA EM DIREITOS HUMANOS. **Pela liberdade:** a história do *habeas corpus* coletivo para mães e crianças. São Paulo: Instituto Alana, 2019.

JARDIM, Afranio Silva. **Direito processual penal;** estudos e pareceres. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

KELSEN, Hans. La garanzia giurisdizionale dela costituzione, in La giustizia costituzionale, Milano: Giuffrè, 1981, p. 152; e **A garantia jurisdiccional da Constituição**, in *Jurisdição Constitucional*, tradução do alemão por Alexandre Grug, do italiano, por Eduardo Brandão, e do Francês, por Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 130.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional.** 26º ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

LOPES JR. Aury. **Direito processual penal.** 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MACIEL. Adhemar Ferreira. **Dimensões do direito público.** Belo Horizonte: Del Rey Editorial, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Recurso extraordinário e recurso especial.** 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MANHOSO, E.; MATHEUS FADONI BATALHA. **O HABEAS CORPUS COLETIVO COMO MEIO IDÔNEO PARA EFETIVAÇÃO DE GARANTIAS FUNDAMENTAIS.** Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania, [S. l.], n. 9, p. 39-51, 2022. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/2541>. Acesso em: 16 dez. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO. **Curso de direito constitucional.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

MIRANDA, Pontes de (Francisco Cavalcante). **História e prática do habeas corpus.** 3. ed. Campinas: Bookseller, 2007. 473 p. (Volume 1).

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Habeas corpus:** antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição, jurisprudência atualizada. 8º ed. Barueri-SP: Manole, 2008.

NEVES, José Roberto de Castro. **Como os advogados salvaram o mundo:** a história da advocacia e sua contribuição para a humanidade. 3º ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2020.

NUNES, Mariana Madera. **O cabimento de *habeas corpus* e a jurisprudência defensiva do Supremo.** In: PEDRINA; NUNES; SOUZA; VASCONCELLOS [orgs]. *Habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal - São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

O SALÃO dos passos perdidos: depoimento ao CPDOC / [Entrevistas e notas: Marly Silva da Motta, Verena Alberti ; Edição de texto Dora Rocha]. Rio de Janeiro: Nova Fronteira: Ed. Fundação Getulio Vargas, 1997.

RAMOS, Marcelo. **The originality of the comprehension of law in ancient Greece** - DOI: 10.9732/p.0034-7191.2013v107p295. Revista Brasileira de Estudos Políticos, [S.L.], v. 107, p. 295-330, 19 mar. 2014. Revista Brasileira de Estudos Políticos. <http://dx.doi.org/10.9732/p.0034-7191.2013v107p295>.

RODRIGUES, Marcele Marques. **O Ressurgimento do Direito Romano na Baixa Idade Média** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 03 abr 2018, 04:45. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51510/o-ressurgimento-do-direito-romano-na-baixa-idade-media>. Acesso em: 16 dez 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel; BORGES, Ademar; GOMES, Camilla. **O Cabimento do Habeas Corpus Coletivo na Ordem Constitucional Brasileira**. 2015. 28 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Uerj, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-hc-coletivo.pdf>. Acesso em: 08 set. 2022.

SIDOU, J.M. Othon. **Fundamentos do direito aplicado**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

SILVEIRA, Sebastião Sérgio da; SILVEIRA, Ricardo dos Reis; CARDOSO, Jair Aparecido. **A crise do processo penal e a erosão de garantias fundamentais históricas**. Direitos Fundamentais & Justiça, Belo Horizonte, ano 15, n. 45, p. 467-488, jul./dez. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____, Lenio Luiz; FREITAS, Matheus Pimenta de. **Restringir Habeas corpus significa ignorar caos prisional brasileiro**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-19/streck-freitas-restringir-hc-ignorar-caos-prisional-brasileiro>. Acesso em: 12 fev. 2021.

_____, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto: garantias processuais penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____, Lenio L; MENDES, Gilmar F. Comentário ao artigo 101. In: CANITILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almeida, 2013.

_____, Lenio Luiz; FREITAS, Matheus Pimenta de. Restringir o cabimento de *habeas corpus* significa ignorar o caótico sistema prisional brasileiro. In: TORON, Alberto Zacharias et al. **Decisões controversas do STF: Direito constitucional em casos**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 67-83.

TORON, Alberto Zacharias. **Habeas corpus: controle do devido processo legal: questões controvertidas e de processamento do writ**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal, volume 4**. 35 ed. rev. atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

VITAL, Danilo. **Turmas criminais do STJ consolidam divergência sobre conhecimento de HC**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-29/stj-consolida-divergencia-inconciliavel-conhecimento-hc#:~:text=Turmas%20criminais%20do%20STJ%20consolidam%20diverg%C3%Aancia%20sobre%20conhecimento%20de%20HC&text=A%20diverg%C3%Aancia%20existente%20no%20Superior,de%20recurso%20ordin%C3%A1rio%20%C3%A9%20inconcili%C3%A1vel.&text=Para%20a%205%C2%AA%20Turma%2C%20o,ordin%C3%A1rio%20n%C3%A3o%20deve%20ser%20conhecido..> Acesso em: 29 out. 2020.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos** 2. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à Justiça e sociedade moderna**. Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WURSTER, Tani Maria. **O outro encarceramento: ser mulher importa para o sistema de justiça?** Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

_____, Tani Maria; REFOSCO Helena Campos. **O cabimento de habeas corpus e a jurisprudência defensiva do Supremo**. In: PEDRINA; NUNES; SOUZA; VASCONCELLOS [orgs]. *Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal* - São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.