



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A POSSIBILIDADE DE IMPETRAÇÃO E CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS*
COLETIVO À LUZ DA CRESCENTE MASSIFICAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E
DO ENCARCERAMENTO EM MASSA

Isabelle Ibrahim Brito

Rio de Janeiro
2019

ISABELLE IBRAHIM BRITO

A POSSIBILIDADE DE IMPETRAÇÃO E CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS*
COLETIVO À LUZ DA CRESCENTE MASSIFICAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E
DO ENCARCERAMENTO EM MASSA

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

A POSSIBILIDADE DE IMPETRAÇÃO E CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS*
COLETIVO À LUZ DA CRESCENTE MASSIFICAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E
DO ENCARCERAMENTO EM MASSA

Isabelle Ibrahim Brito

Graduada pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Advogada. Pós-graduanda em Direito no Curso de Especialização em Direito Público e Direito Privado na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

Resumo – As transformações pelas quais passa a sociedade culminam, cada vez mais, na massificação das relações sociais, não só no âmbito do direito consumerista ou do direito ambiental, mas também no âmbito penal, com encarceramentos em massa. Nesta esteira, decisões-modelo são rotineiramente proferidas decretando prisões cautelares sem, contudo, verdadeira adequação ao caso concreto. Diante de tal realidade, a essência do trabalho é abordar a possibilidade de impetração e concessão de habeas corpus coletivo, a despeito da falta de previsão legal expressa, de modo a salvaguardar o direito à liberdade de pessoas mais vulneráveis socioeconomicamente e garantir eficiência e economia processual. A pesquisa buscar refletir, também, de que modo o reconhecimento de tal instrumento processual pela jurisprudência não significaria indesejado ativismo judicial. A tese sustentada é no sentido de que a visão moderna do habeas corpus não mais deve ser feita sob prisma estritamente individualista, quando possível uma releitura constitucional e transindividual do instituto a fim de salvaguardar o direito à liberdade.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direito Processual Penal. Habeas Corpus. Direitos transindividuais. Demandas coletivas.

Sumário – Introdução. 1. A crescente massificação das relações sociais e sua repercussão no sistema carcerário. 2. A possibilidade do manejo de habeas corpus coletivo. 3. Ativismo judicial no reconhecimento da figura do habeas corpus coletivo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo discute a possibilidade de impetração e concessão de habeas corpus coletivo, a despeito da ausência de previsão legal expressa no ordenamento jurídico brasileiro, considerando a crescente massificação das relações sociais e o encarceramento em massa.

É utilizada como paradigma a controversa decisão prolatada no Habeas Corpus nº 143.641/SP, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a possibilidade do manejo do habeas corpus coletivo e concedeu a ordem para determinar a revogação da prisão preventiva de mulheres presas gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, substituindo a prisão preventiva pela prisão domiciliar ou outra medida cautelar diversa da prisão. Na ocasião, firmou-se o entendimento de que a ordem pode ser estendida a todas que

se encontrem na mesma situação das pacientes beneficiadas. A decisão gerou polêmica na comunidade acadêmica e entre os aplicadores do Direito, tanto do ponto de vista material quanto do ponto de vista processual. Este artigo pretende abordar os aspectos processuais, sem adentrar ao mérito da aludida decisão.

Inicia-se o primeiro capítulo demonstrando-se como a sociedade contemporânea vivencia crescente massificação de suas relações sociais, o que repercute na seara do Direito e, mais especificamente, no encarceramento em massa dentro do Direito Penal. Analisa-se o fato de que lesões a direitos assumem cada vez mais caráter coletivo, sendo carecedores de tutela igualmente coletiva.

Segue-se, no segundo capítulo, suscitando-se a possibilidade de concessão de habeas corpus coletivo, sem a identificação precisa de seu sujeito paciente, e de que modo ele pode ser um instrumento processual apto a salvaguardar direitos homogêneos sistematicamente violados dentro de uma sociedade massificada. Nesse ponto, são ressaltados os princípios do acesso à justiça, da eficiência e da economia processual, considerando que segmento expressivo da população brasileira é desprovido de mecanismos de defesa adequado à proteção de seus interesses.

O terceiro capítulo questiona se o Judiciário, ao admitir a figura do *writ* coletivo em um de seus julgados, a despeito da ausência de previsão legal, não estaria praticando ativismo judicial afrontoso à separação dos poderes.

A pesquisa é desenvolvida usando-se como metodologia o método indutivo, a partir da análise do paradigmático e controverso julgamento do Habeas Corpus nº 143.641/SP, julgado pelo Supremo Tribunal Federal. O caso concreto é o ponto de partida para o desenvolvimento da explanação e para a construção da tese. Além disso, a autora também se vale de pesquisas bibliográficas e dados estatísticos disponibilizados pelo Departamento Penitenciário Nacional ao longo de toda a exposição a fim de chegar a conclusões que permitam a sustentação de sua tese.

1. A CRESCENTE MASSIFICAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E SUA REPERCUSSÃO NO SISTEMA CARCERÁRIO

A sociedade contemporânea vivencia crescente massificação de suas relações sociais. Desde a revolução industrial e seu modelo fordista de produção padronizada, passando pelo processo de globalização que encurta distâncias ao mesmo tempo em que anula identidades étnicas: tudo isso contribui para que, cada vez mais, padrões sejam seguidos. O padrão é

prático e econômico. Mas, por vezes, injusto, sobretudo quando, no tratamento com o outro, torna formalmente iguais pessoas e aspectos que são substancialmente distintos.

Diante do cenário de massificação das relações sociais, observa-se, correspectivamente, que determinados atos impactam em larga escala os direitos de um sem número de indivíduos a um só tempo. Danos de grande escala ocorrem quando são violados, por exemplo, os direitos dos consumidores, os direitos atrelados ao meio ambiente e à saúde.

Tais violações de larga magnitude exigiram instrumentos de proteção igualmente coletivos. Se em sua gênese o Direito Processual foi pensado para a defesa de interesses individualmente considerados, posteriormente começaram a surgir, também, interesses transindividuais carecedores de tutela coletiva.

A tutela jurisdicional coletiva de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, hoje, é regulada no Brasil pelo microsistema formado pela Constituição Federal¹, pela Lei da Ação Civil Pública² e pelo Código de Defesa do Consumidor³.

A Constituição de 1988 alçou à condição de direitos fundamentais as ações coletivas. Criadas para servir às causas coletivas, são verdadeiros remédios constitucionais a ação popular, a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo, mandado de injunção coletivo, as ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos, a ação de improbidade administrativa, dentre outros instrumentos.

No que concerne aos direitos fundamentais e suas dimensões de proteção, percebeu-se, ao longo da história, que os direitos fundamentais de primeira geração visaram a garantir a liberdade do indivíduo e o absentéismo do Estado, ao passo que os direitos de segunda e terceira gerações objetivaram assegurar prestações positivas desse mesmo Estado, a fim de promoverem-se a igualdade e a solidariedade entre os cidadãos.

Especificamente, os direitos de terceira geração caracterizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente considerado, mas da coletividade e dos grupos. Podem ser citados como exemplo o direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à conservação do patrimônio histórico e cultural, à autodeterminação dos povos, ao avanço tecnológico. De acordo com Paulo Bonavides⁴, os direitos de terceira geração são oriundos do processo de globalização

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 jun. 2019.

² BRASIL. *Lei nº 7.347*, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm>. Acesso em: 04 jun. 2019.

³ BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 04 jun. 2019.

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 571.

econômica, que produz uma correlata tendência de globalização também dos direitos fundamentais.

Apesar de a análise das demandas coletivas normalmente ser feita nas searas consumerista e ambiental, certo é que se percebe, na esfera criminal, a repercussão da massificação das relações sociais, sobretudo no que toca ao fenômeno do encarceramento em massa.

O Poder Judiciário, assoberbado de tarefas, não raras vezes decreta prisões provisórias por meio de “decisões-modelo”, padronizadas, que têm como fundamento a tão venerada e indeterminada expressão “garantia da ordem pública”, sem que, contudo, sejam examinadas as especificidades do caso concreto.

Com isso, inúmeras prisões cautelares são decretadas diariamente no país e, o que era para ser a *ultima ratio* do Direito Penal, transforma-se em sua regra. Enquanto isso, nos já hipertrofiados presídios avolumam-se cada vez mais pessoas, em escala exponencial.

No Brasil, hoje, a população carcerária chega a 726,7 mil presos, dos quais 40,2% são presos provisórios, de acordo com os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN. A população carcerária quase dobrou nos últimos dez anos, em descompasso com o crescimento populacional do país. A análise da extensa população carcerária brasileira é feita não apenas em números absolutos, mas também em termos percentuais, sendo certo que o Brasil possui uma alta taxa de aprisionamento quando comparado com outros países igualmente populosos.⁵

Neste jaez, reconhecendo não só o crescimento da população carcerária, mas também o déficit de vagas e as más condições em que são acondicionados os presos, importante decisão plenária do Supremo Tribunal Federal declarou o Estado de Coisas Inconstitucional dos cárceres brasileiros, que se veem diante de um quadro de violação generalizada e sistêmica dos direitos humanos.⁶ As penas cumpridas no Brasil não têm o condão de cumprir sua função ressocializadora, razão pela qual os índices de reincidência no país também são altos quando comparados com outros países.

Na referida decisão, o relator votou no sentido de determinar aos juízes e tribunais que sejam realizadas audiências de custódia para o contato direto entre o preso e a autoridade judiciária com o fito de se averiguar eventual irregularidade e a real necessidade da prisão;

⁵ BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2019.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *ADPF nº 347/DF*. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 9/9/2015, Informativo nº 798. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>>. Acesso em: 24 set. 2018.

que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade; que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão; que considerem o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal.

Na esteira desse pensamento, paradigmática e controversa decisão foi prolatada pela Segunda Turma do STF no Habeas Corpus nº 143.641/SP⁷, julgado em 2018, que reconheceu a possibilidade do manejo do habeas corpus coletivo, apesar da ausência de previsão legal expressa desse instrumento, e concedeu a ordem para determinar a revogação da prisão preventiva de mulheres presas gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, substituindo a prisão preventiva pela prisão domiciliar ou outra medida cautelar diversa da prisão. Na ocasião, firmou-se o entendimento de que a ordem pode ser estendida a todas que se encontrem na mesma situação das pacientes beneficiadas.

Ainda segundo dados do INFOPEN, somente 50% das mulheres gestantes e lactantes presas em unidades prisionais femininas ou mistas se encontram custodiadas em unidades que declararam possuir celas adequadas para recebê-las. E apenas 14% das unidades femininas ou mistas contam com berçário e/ou centro de referência materno-infantil, que compreendem os espaços destinados a bebês com até 2 anos de idade⁸.

A aludida decisão gerou polêmica na comunidade acadêmica e entre os aplicadores do Direito, tanto do ponto de vista material quanto do ponto de vista processual.

Do ponto de vista processual, a Corte Constitucional teria se imiscuído na função legislativa ao conceder um instrumento não previsto pela legislação, tendo em vista que no ordenamento brasileiro só há previsão de habeas corpus individual, com a identificação precisa de seu sujeito paciente.

O julgamento levou em consideração, entretanto, as mazelas que o encarceramento em massa produz no indivíduo e na sociedade como um todo. Consideraram-se também todas as ilegalidades perpetradas dentro do cárcere brasileiro, com situações de hiperlotação, insalubridade, falta de segurança interna, ausência de estrutura para atender às crianças filhas de mulheres presas, dentre outras. Os fundamentos usados pela Corte são no sentido de que o

⁷ Idem. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. *Habeas Corpus nº 143.641/SP*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 20 fev. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>>. Acesso em: 24 set. 2018.

⁸ BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. INFOPEN Mulheres. 2. ed. Brasília, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2019.

writ coletivo é instrumento que se presta a salvaguardar um dos bens mais valiosos, qual seja, a liberdade, quando diante de alguma ilegalidade por parte do Poder Público. Ressaltaram-se os princípios do acesso à justiça, da eficiência e da economia processual, considerando que segmento expressivo da população brasileira é desprovido de mecanismos de defesa adequado à proteção de seus interesses.

Desse modo, começa-se a se questionar doutrinária e jurisprudencialmente em que medida a concessão de habeas corpus coletivo seria remédio processual eficaz ao combate de ofensas maciças à liberdade e à dignidade humanas, e de que maneira essa demanda pode ser impetrada e operacionalizada na prática forense.

2. A POSSIBILIDADE DO MANEJO DE HABEAS CORPUS COLETIVO

O habeas corpus é instrumento antigo, tratado pela Magna Carta de 1215 e pelo *Habeas Corpus Act* inglês de 1679. Visava a conter o poder absolutista quando afrontoso às liberdades individuais. A partir de então, o *writ* foi consagrado nas Constituições democráticas de todo o mundo⁹. Previsto no direito brasileiro desde a primeira Constituição republicana de 1891, foi expurgado do ordenamento jurídico durante o período ditatorial militar, quando, com a promulgação do AI-5, houve a determinação da suspensão da garantia do habeas corpus em casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.¹⁰ Com o advento da Constituição de 1988 e a restauração da ordem democrática no Brasil, a garantia voltou a ser deferida aos cidadãos brasileiros.

A importância deste remédio constitucional é amplamente reconhecida, uma vez que visa a resguardar o *status libertatis* do indivíduo, considerado um dos direitos mais caros ao Direito. Destina-se a proteger o indivíduo contra qualquer medida restritiva à sua liberdade de ir, vir e permanecer. Dada a sua importância, o habeas corpus pode ser ajuizado por qualquer pessoa, dispensando-se capacidade postulatória para tanto. Ainda, é dado aos Tribunais conceder a ordem de ofício, sem que tenha havido provocação por parte do jurisdicionado.

Do ponto de vista processual, historicamente o Direito Processual foi pensado para a defesa de interesses individuais: aquele que sofresse lesão ou ameaça de lesão a direito exercia seu direito de ação a fim de ter seus interesses tutelados individualmente.

⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional I*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 738.

¹⁰ BRASIL. *Ato Institucional nº 5*, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em: 31 mar. 2019.

Dentro dessa mesma lógica individualizada, o habeas corpus é ação constitucional destinada a coibir qualquer ilegalidade atrelada à constrição da liberdade. De acordo com a Constituição da República, concede-se a ordem sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder¹¹.

Seguindo as normas processuais, no manejo do HC, o paciente, cujo *status libertatis* se discute, deve ser determinado. Entretanto, na inovadora decisão, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, entendeu ser possível a impetração de habeas corpus e sua concessão quando houver pessoas em situação jurídica parecida, ainda que não estejam essas pessoas bem delineadas desde o início do procedimento, sendo passíveis de determinação ulterior.¹²

No caso em comento, o STF reconheceu a existência de inúmeras mulheres grávidas e mães de crianças e deficientes que estavam cumprindo prisão preventiva em situação degradante, privadas de cuidados médicos pré-natais e pós-parto, sem que houvesse berçários e creches para seus filhos. O julgado salientou a existência, no Brasil, de uma “cultura do encarceramento”, com a imposição exagerada e irrazoável de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação da lei penal e processual penal, mesmo diante da existência de outras soluções menos gravosas, de caráter humanitário, abrigadas pelo ordenamento jurídico vigente.

De acordo com o artigo 318, incisos IV e V, do Código de Processo Penal, alterado pela Lei nº 13.257/16, ao juiz será dado substituir a prisão preventiva por prisão domiciliar em relação à mulher quando ela for gestante ou mãe de criança¹³. A redação do dispositivo legal é no sentido de que será facultado ao juiz decidir pela substituição. Mas o STF entendeu que, nas hipóteses elencadas pela norma, o juiz *deverá* conceder a prisão domiciliar ou outra medida cautelar menos gravosa, à exceção dos casos em que a mulher tiver praticado crime mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes, ou em outras situações excepcionais devidamente fundamentadas pelos juízes ao denegarem o benefício^{14 15}.

¹¹ Idem. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 31 mar. 2019.

¹² Na publicação do acórdão do HC nº 143.641/SP, constam como pacientes, *in litteris*, “todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças”.

¹³ BRASIL, *Código de Processo Penal*. Publicado em 24 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 02 abr. 2019.

¹⁴ Idem. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. *HC nº 143.641/SP*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 20 fev. 2018. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

Em 2018, o legislador positivou o entendimento da Corte, inserindo no CPP o artigo 318-A¹⁶. Assim, o ordenamento jurídico passou a prever expressamente que a prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência *será* substituída por prisão domiciliar desde que ela não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa e que não tenha cometido crime contra seu filho ou dependente.

Apesar da previsão legal, o que se vê na prática é que muitas mulheres, mesmo estando grávidas ou com filhos crianças, permanecem recolhidas em unidades prisionais cumprindo prisão provisória, sem que as unidades prisionais tenham estrutura adequada para o acolhimento dos filhos. São poucos os casos em que os juízes concedem, efetivamente, a prisão domiciliar ou outra medida cautelar. Essa a razão da impetração do Habeas Corpus coletivo pelo movimento denominado “Coletivo de Advogados em Direitos Humanos”, com posterior intervenção da Defensoria Pública da União.

É notória a realidade segundo a qual os presídios brasileiros são, cada dia mais, abarrotados por novos presos, o que muitas vezes é feito por decisões-modelo, sem que haja preocupação minuciosa com as particularidades dos casos concretos. A própria Corte Constitucional, em decisão plenária, reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional dentro do cárcere brasileiro, com violação generalizada e sistêmica dos direitos fundamentais¹⁷.

Nesta esteira, o STF acabou por admitir a figura do habeas corpus coletivo.

A Corte salientou a tramitação de mais de 100 milhões de processos no Poder Judiciário, a cargo de pouco mais de 16 mil juízes, a qual exige que o STF prestigie remédios processuais de natureza coletiva para emprestar a máxima eficácia ao mandamento constitucional da razoável duração do processo e ao princípio universal da efetividade da prestação jurisdicional¹⁸.

¹⁵ Um exemplo no qual o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a existência de situação excepcional e negou a prisão domiciliar foi o caso em que a acusada, presa em flagrante, foi apontada como líder do tráfico de entorpecentes na região e exercia suas atividades mediante utilização de arma de fogo. Além disso, havia informações de que ela mantinha, em sua casa, “boca de fumo” ligada ao Comando Vermelho. Nestas circunstâncias, mostra-se razoável manter a genitora afastada da residência e dos filhos, solução mais adequada para assegurar o melhor interesse dos menores. BRASIL. STJ. 5ª Turma. *AgRg no HC nº 426.526/RJ*, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 12 fev. 2019.

¹⁶ Alteração promovida pela Lei nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13769.htm>. Acesso em: 12 fev. 2019.

¹⁷ Idem. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *ADPF nº 347 MC/DF*. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 9/9/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

¹⁸ Idem. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. *HC nº 143.641/SP*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 20/2/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

Como se sabe, as ações coletivas são instrumentos capazes de garantir o acesso à justiça de grupos mais vulneráveis socioeconomicamente. O direito processual coletivo é o direito processual das causas que versam sobre interesses transindividuais, que pertencem a grupos, a coletividades. E as ações coletivas têm, hoje, a configuração constitucional de direitos fundamentais.

Tecnicamente, a Corte entendeu que, apesar de não haver expressa previsão no ordenamento jurídico acerca da possibilidade de habeas corpus coletivo, existem dois dispositivos legais que, indiretamente, revelam a possibilidade de tal instrumento: os artigos 654, § 2º e 580, ambos do Código de Processo Penal.

O artigo 654, § 2º, do CPP estabelece que compete aos juízes e tribunais expedir ordem de habeas corpus de ofício¹⁹. Por sua vez, o artigo 580 do CPP, que prevê que os efeitos benéficos do recurso interposto por um dos agentes pode estender-se aos demais, seria aplicado por analogia quando da concessão da ordem habeas corpus, estendendo-se os efeitos da decisão para todos que se encontram na mesma situação.

Além disso, pode-se aplicar, por analogia, as regras do mandado de segurança coletivo. A CRFB prevê que o mandado de segurança é cabível quando não for o caso de habeas corpus. Há, pois, certa equivalência entre esses remédios constitucionais. E certo é que o ordenamento brasileiro prevê o manejo de mandado de segurança coletivo como direito fundamental.

Quanto à legitimidade ativa do *writ* coletivo, a Corte dispôs que, a princípio, deve ser reservada àqueles legitimados extraordinários listados no artigo 12, da Lei nº 13.300/16, por analogia ao que dispõe a legislação referente ao mandado de injunção coletivo.²⁰

Somam-se à fundamentação os princípios do acesso à justiça, da eficiência e da economia processual, considerando que segmento expressivo da população brasileira é desprovido de mecanismos de defesa adequado à proteção de seus interesses.

Dessa feita, defende-se o reconhecimento do habeas corpus coletivo como instrumento processual apto a salvaguardar direitos homogêneos sistematicamente violados dentro de uma sociedade sabidamente massificada.

¹⁹ BRASIL, *Código de Processo Penal*. Publicado em 24 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 02 abr. 2019.

²⁰ BRASIL. *Lei nº 13.300*, de 23 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13300.htm>. Acesso em: 26 mai. 2019.

3. ATIVISMO JUDICIAL NO RECONHECIMENTO DA FIGURA DO HABEAS CORPUS COLETIVO

Dentro da lógica da separação dos poderes, ao Poder Judiciário incumbe a função jurisdicional de interpretar e aplicar a lei ao caso concreto. O intérprete discerne o sentido do texto a partir de um determinado caso, aplicando a norma não apenas a partir de elementos colhidos no texto normativo - mundo do dever-ser -, mas também a partir de elementos da realidade - mundo do ser.

Dentre os Poderes da República, o Poder Judiciário, não eleito pelo voto popular, assume o papel contramajoritário de zelar pelos interesses das minorias. A democracia moderna é mais do que apenas uma vontade majoritária, sendo relevante dar voz às demandas das minorias políticas, com pouca representatividade dentro da composição dos Poderes Legislativo e Executivo. E a legitimidade da atuação do Judiciário está na justa medida da fundamentação de suas decisões.

No contexto do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, percebeu-se uma aproximação entre *civil law* e *common law*. No Direito Brasileiro, progressivamente foi sendo formado um microsistema de precedentes judiciais vinculantes. Dentro desse microsistema, há a ampliação do contraditório, com a intervenção da sociedade civil no debate por meio de *amici curiae*, conferindo-se assim maior legitimidade democrática às decisões proferidas²¹.

Nesse cenário, o Poder Judiciário assume cada vez mais protagonismo. Com a CRFB de 1988, o Judiciário passa a ser protagonista de inúmeras questões que não são devidamente travadas no Legislativo e em relação às quais o Executivo se mantém inerte.

De acordo com Luís Roberto Barroso, as Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais em todo o mundo desempenham, ao menos potencialmente, três grandes papéis. O primeiro deles é o papel contramajoritário, que implica proteção às regras da vida democrática e dos direitos fundamentais. Em segundo lugar, Cortes Constitucionais desempenham, também, um papel representativo, quando do atendimento de demandas sociais e anseios políticos que não foram objeto de deliberação pelo Parlamento e em relação aos quais não pode o Judiciário deixar de decidir em face da garantia de acesso à jurisdição. Por fim, e em terceiro lugar, Tribunais Constitucionais podem exercer, em certos contextos, o que o autor chama de vanguarda iluminista.²²

²¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 428.

²² BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Rio de Janeiro: *Revista Direito e Práxis*, v. 9, nº 4,

Nota-se que, cada vez mais, decisões são proferidas a despeito de previsões legais, ora preenchendo vácuos legislativos, ora criando direitos e impondo políticas públicas, no que se denomina ativismo judicial. Como uma das causas político-sociais do ativismo judicial, pode ser apontada a crise de representatividade política, que culminou em uma retração do Poder Legislativo e em um conseguinte alargamento do Poder Judiciário²³.

Exemplos de decisões em que o Judiciário, para além da interpretação normativa, atuou como verdadeiro coautor de políticas públicas, estão nos julgados da ADI nº 4277 e da ADPF nº 132, em que o STF reconheceu a possibilidade de união homoafetiva entre pessoas do mesmo sexo, em construção constitucional que levou em consideração o respeito à diversidade e à liberdade de dispor sobre a própria sexualidade.

Outro exemplo está no julgamento do HC nº 126.292, em que o Tribunal, mudando sua jurisprudência anterior, entendeu pela possibilidade de execução provisória da pena após a condenação em segunda instância, apesar de a CRFB e o CPP preverem, pelo princípio da presunção de inocência, que ninguém será preso senão em flagrante delito, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Como se vê, a Corte Constitucional por vezes assume viés de vanguarda progressista da jurisdição constitucional, e, noutros casos, possui temperamentos mais conservadores. Mas não se discute, aqui, o conteúdo das decisões supracitadas. A pauta que deve ser cuidadosamente analisada é se, sendo proativa ao interpretar a Constituição, a fim de expandir o seu sentido e alcance, estaria a Corte ampliando ou, ao contrário, esvaziando a força normativa do texto constitucional.

Além disso, resta saber se o Judiciário não estaria ultrapassando a margem de conformação do Legislador. Neste tocante, deve-se ter em mente que toda a organização do Estado brasileiro é estruturada com premissa na separação entre os três Poderes, sendo certo que a importância da coexistência de todos eles está no mecanismo de freios e contrapesos que exercem uns sobre os outros.

Neste artigo, a questão específica travada é se o Judiciário, ao admitir a figura do habeas corpus coletivo em um de seus julgados, apesar da ausência de previsão legal, não estaria praticando ativismo judicial afrontoso à separação dos poderes.

ano 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752>. Acesso em: 10 abr. 2019.

²³ FERREIRA, Antonio Oneildo. *O ativismo judicial no trintenário da constituição*. Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI284742,101048-O+ativismo+judicial+no+trintenario+da+Constituicao>>. Acesso em: 11 abr. 2019.

Diante da inércia e inoperância dos Poderes Legislativo e Executivo na implementação de políticas públicas, além da impossibilidade de se prever, por meio de normas genéricas e abstratas, todas as especificidades da vida concreta, questões controvertidas e de alta complexidade devem ser resolvidas pelo Judiciário. Considere-se, também, a velocidade com que a sociedade e seus anseios evoluem, o que demanda a releitura de determinados institutos.

No estudo da hermenêutica constitucional, há o que se denomina mutação constitucional. Parte-se da premissa de que as Constituições não estão – e nem devem estar – imunes ao tempo, caracterizando-se como verdadeiros “organismos vivos” - *living Constitution* -, com condições de se adaptarem às mudanças do ambiente que as circundam²⁴.

A mutação constitucional ocorre em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade. É decorrente de transformações sociais ou de uma releitura do que deve ser considerado ético e justo. Trata-se de processo informal de mudança da Constituição, alterando-se o seu sentido interpretativo, e não o seu texto, que permanece intacto e com a mesma literalidade.

Pontue-se que, para que seja legítima, a nova interpretação há de encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte e não pode violentar os princípios estruturantes da Constituição, sob pena de haver apenas uma interpretação inconstitucional²⁵. Ainda, a mutação precisa ter lastro democrático, correspondendo a uma demanda efetiva por parte da sociedade, de modo que esteja respaldada pela soberania popular²⁶.

No caso do reconhecimento do habeas corpus coletivo, diante do cenário de encarceramentos em massa, de decisões-modelo exaradas sem encaixe perfeito aos casos concretos, de inúmeras ilegalidades no tratamento com os presos provisórios e o correlato impacto em larga escala aos direitos de liberdade de parte significativa da sociedade, é possível sustentar o manejo de instrumentos coletivos para além dos elencados no texto legal. Danos de grande escala exigem instrumentos de proteção igualmente coletivos, podendo-se fazer uma releitura transindividual e constitucional do habeas corpus.

Ressalte-se, uma vez mais, que a Constituição de 1988 alçou à condição de direitos fundamentais as ações coletivas, verdadeiros remédios constitucionais criados para servir às causas coletivas.

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 73.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 152.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 161.

Nesta perspectiva, com apoio no teor da Constituição, a concessão de habeas corpus coletivo revela-se remédio processual eficaz ao combate de ofensas maciças à liberdade e à dignidade humanas, garantindo-se, também, acesso à justiça, eficiência e economia processual.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a possibilidade de impetração e concessão de habeas corpus coletivo, a despeito da ausência de previsão legal expressa no ordenamento jurídico brasileiro.

O embate materializa-se pelo confronto entre aqueles que entendem que, ao aceitar tal demanda coletiva sem respaldo legal, o Supremo Tribunal Federal pratica ativismo judicial afrontoso à separação dos poderes, e, de outro lado, aqueles que entendem que o encarceramento em massa e as maciças ilegalidades dentro do sistema carcerário brasileiro demandam respostas igualmente coletivas a fim de garantir eficiência e economia processual.

Fruto das reflexões que se desenvolveram ao longo da pesquisa, e observando a vivência prática das varas criminais, conclui-se pela legitimidade do reconhecimento de instrumentos processuais coletivos para além daqueles expressamente elencados na lei, a fim salvaguardar o direito de liberdade de inúmeras pessoas que são presas rotineiramente por juízos que não aferem a real necessidade do encarceramento.

As ações coletivas são instrumentos capazes de garantir o acesso à justiça dos grupos mais vulneráveis socioeconomicamente. E o habeas corpus presta-se a salvaguardar a liberdade, bem jurídico caro ao ordenamento, quando se está diante de flagrantes ilegalidades.

Na prática forense, grande parte das decisões que decretam prisões preventivas usa como fundamento a garantia da ordem pública, expressão esta das mais vagas do ordenamento, sem, contudo, justificar a real necessidade da prisão cautelar ao longo da instrução criminal. São proferidas decisões-modelo, que servem para todos e nenhum caso concreto. Injustiças são assim perpetradas pelo Judiciário, que, muitas vezes inflado pelo discurso punitivista, esquece-se de preceitos como o da presunção da inocência, da homogeneidade entre as medidas cautelares e as penas que futuramente poderão ser impostas, da *ultima ratio* da prisão preventiva, assim como da correta individualização da pena.

No cumprimento das medidas cautelares, diversas ilegalidades são perpetradas, com afronta aos direitos dos encarcerados previstos no ordenamento jurídico: insalubridade,

hiperlotação das celas, falta de segurança interna, ausência de berçários e centros de referência materno-infantil para atender aos filhos de mulheres presas, dentre outras.

Apesar da falta de previsão expressa no ordenamento jurídico, existem dispositivos legais que permitem a construção do entendimento pela possibilidade do *writ* coletivo, sem que isso implique ativismo judicial indesejado. O artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal admite que juízes e tribunais expeçam ordem de habeas corpus de ofício. Também, a aplicação analógica e em *bonam partem* do artigo 580 do mesmo diploma legal permite que a ordem concedida em determinado habeas corpus seja estendida para todos que se encontram na mesma situação fática.

Delineadas características comuns entre os pacientes que poderão ter a ordem concedida, de modo que o benefício possa ser estendido àqueles outros presos que satisfaçam as mesmas condições, o instrumento coletivo revela-se eficiente meio no combate às ilegalidades do sistema carcerário.

Além disso, a Constituição prevê expressamente a figura do mandado de segurança coletivo, sendo certo que a própria CRFB reconhece equivalência entre os remédios constitucionais do mandado de segurança e do habeas corpus na tutela dos direitos fundamentais.

Assim, conclui-se pela possibilidade de se sustentar a eficácia *erga omnes* e estender para todos que se encontrem na mesma situação a ordem de habeas corpus, ampliando-se os efeitos da decisão e aproximando-se do regramento relativo às causas coletivas. Uma releitura transindividual do habeas corpus, em consonância com as mudanças fáticas pelas quais passaram a sociedade e o cárcere brasileiros.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Rio de Janeiro: *Revista Direito e Práxis*, v. 9, nº 4, ano 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752>. Acesso em: 10 abr. 2019.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRASIL. *Ato Institucional nº 5*, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm. Acesso em: 31 mar. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 31 mar. 2019.

_____. *Código de Processo Penal*, publicado em 24 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 02 abr. 2019.

_____. *Lei nº 7.347*, de 24 de julho de 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm. Acesso em: 04 jun. 2019.

_____. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 04 jun. 2019.

_____. *Lei nº 13.300*, de 23 de junho de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13300.htm. Acesso em: 26 mai. 2019.

_____. *Lei nº 13.769*, de 19 de dezembro de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13769.htm. Acesso em: 12 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. *Habeas Corpus nº 143.641/SP*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 20 fev. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>. Acesso em: 24 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *ADPF nº 347/DF*. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 9/9/2015, Informativo nº 798. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>. Acesso em: 24 set. 2018.

_____. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf. Acesso em: 06 mai. 2019.

_____. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. INFOPEN Mulheres. 2. ed. Brasília, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Acesso em: 06 mai. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional I*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

FERREIRA, Antonio Oneildo. *O ativismo judicial no trintenário da constituição*. Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI284742,101048-O+ativismo+judicial+no+trintenario+da+Constituicao>. Acesso em: 11 abr. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.