



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O *HABEAS CORPUS* COLETIVO NO DIREITO BRASILEIRO

Guilherme Abramovitch May

Rio de Janeiro
2018

GUILHERME ABRAMOVITCH MAY

O *HABEAS CORPUS* COLETIVO NO DIREITO BRASILEIRO

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de 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

O *HABEAS CORPUS* COLETIVO NO DIREITO BRASILEIRO

Guilherme Abramovitch May

Graduado pela Faculdade Nacional de Direito – UFRJ

Resumo – O aumento das demandas judiciais, sobretudo após o advento da Constituição Federal de 1988 exigiu respostas que garantissem o acesso a justiça e a segurança jurídica. Assim, ocorrem uma profusão de ações coletivas, inclusive com a elaboração de dispositivos jurídicos próprios. O HC coletivo (HCC) surge, portanto, como instrumento da tutela coletiva no âmbito do processo penal. O objetivo do trabalho é verificar a compatibilidade do HCC com o sistema jurídico constitucional, bem como a eficácia desse instituto para a garantia da liberdade de locomoção das pessoas, através da análise do HC nº 143.641.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. *Habeas Corpus*.

Sumário – Introdução. 1. *Habeas Corpus* como instrumento de garantia dos direitos individuais homogêneos: ruptura com o modelo liberal individualista. 2. Divergências acerca da conformidade do *habeas corpus* coletivo com o direito brasileiro. 3. A utilidade do HC nº 143.641 na proteção das liberdades ambulatoriais e os ganhos concretos o HCC. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca debater as possibilidades da utilização do *habeas corpus* coletivo (HCC) e a compatibilidade, desse instrumento, com o sistema jurídico nacional, tendo como eixo norteador o julgamento proferido pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), no *habeas corpus* (HC) nº 143.641/SP. Procura-se entender e problematizar, também, o manejo do HC como instrumento de garantia de liberdade ambulatorial, para coletividades indeterminadas.

A mais alta corte de justiça do país, o STF, reconheceu no julgamento da ADPF nº 347 a violação sistêmica e generalizada, de direitos fundamentais da população carcerária. Situação particularmente dramática vivem as mulheres, gestantes ou mães de crianças sob sua guarda. Esse quadro de precariedade atinge as mulheres presas e, principalmente, os seus filhos, nascidos ou por nascer. As crianças ficam sem os cuidados maternos, ou não raro, se encontram encarceradas com as mães, sobretudo os recém-nascidos. Já os nascituros, são privados dos direitos básicos garantidos a boa gestação materna.

É nesse panorama que o STF concedeu a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva, pela domiciliar de todas as mulheres presas que estivessem puérperas, ou fossem mães de crianças e/ou deficientes sob sua guarda, exceto na hipótese de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça.

Trata-se de mudança paradigmática nos usos e alcances do HC. O HC passa a ser reconhecido pela mais alta Corte de Justiça do país, como instrumento de defesa da liberdade de locomoção, de alcance geral e para pessoas indeterminadas. Por ser decisão recente, suscita dúvidas e desafios que esse estudo procura enfrentar.

No primeiro capítulo, faz-se um recorrido histórico acerca da introdução das tutelas coletivas, e, a importância desse instrumento na proteção de direitos e no acesso a justiça. Além disso, constata-se a introdução do HC como instrumento protetivo da liberdade ambulatorial de coletividades.

No segundo capítulo, busca-se trazer os debates doutrinários relativos a conformidade jurídica do HCC com o direito pátrio. Nesse ponto são confrontadas divergências doutrinárias e jurisprudenciais, de modo a verificar a recepção de instituto pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, no terceiro capítulo procura-se verificar a eficiência e utilidade do HCC, como ferramenta de tutela da liberdade de locomoção, com análise da decisão proferida pelo STF, no HC nº 143.641/SP.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, tendo o pesquisador proposto um conjunto de hipóteses factíveis e coerentes para analisar o seu objeto, buscando ao longo do trabalho comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

A abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, na medida em que o pesquisador busca se valer da bibliografia condizente com a temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. *HABEAS CORPUS* COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS: RUPTURA COM O MODELO LIBERAL INDIVIDUALISTA

O HC é uma ação constitucional prevista no artigo 5º, LXVIII da Constituição da República Federativa do Brasil¹. Trata-se de remédio constitucional a ser utilizado para garantia da liberdade de toda pessoa que venha a sofrer ou se achar ameaçada de sofrer violência ou coação em seu direito de ir e vir, advinda de ordem ilegal ou abuso de poder. Segundo Marcelo Novelino²

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

² NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. Salvador: Juspodium, 2017. p. 438.

tem por objetivo proteger o indivíduo contra constringimentos ilegais ou abusivos em se direito de ir, vir ou permanecer. Trata-se de uma garantia constitucional voltada para a proteção da *liberdade física de locomoção*, cujos traços distintivos são a celeridade da medida e o cunho mandamental da decisão.

O HC esteve presente em todas as constituições do Brasil, sendo suspenso durante a vigência do Ato Institucional nº 5, editado em 1968 no auge da Ditadura militar. A longa presença do HC na história do Brasil teve início com o Código de Processo Penal de 1823³. Tradicionalmente, foi um instrumento de proteção do direito estritamente individual. Nos primórdios do período republicano o HC era utilizado como instrumento de proteção contra qualquer tipo de coação ou violência emanada de ordem ilegal. Essa era a chamada teoria brasileira do HC, período em que a utilização dessa garantia independia do risco a liberdade ambulatorial. Quanto ao uso do HC nesse período Marcelo Novelino⁴ diz que

Durante a Primeira República, com a introdução desse instituto no sistema constitucional pátrio, surgiu a denominada “doutrina brasileira do *habeas corpus*, que tinha Rui Barbosa como seu principal expoente. Em face da ausência de outras garantias constitucionais na Carta de 1891, foi adotada uma interpretação ampla acerca do cabimento do *mandamus*, utilizado em diversas situações de ameaça a direitos constitucionalmente assegurados – e não apenas à liberdade de locomoção – decorrentes de ilegalidades ou abusos de poder. À época o Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento de que a ação contemplava as situações em que a liberdade de ir e vir era meio para atingir outro direito.

Em 1926 o alcance do HC foi restringido, passando a tutelar exclusivamente a liberdade ambulatorial do indivíduo⁵. No entanto, esse instrumento seguiu em consonância com o modelo jurídico clássico, calcado na proteção do direito individual, apenas podendo defendê-lo em juízo o seu titular. Não havia espaço para demandas coletivas.

Com a modernidade, sobretudo, com as inovações legislativas advindas da Constituição Federal de 1988, diversos direitos coletivos foram incorporados ao sistema jurídico nacional. Destaca-se o direito ao meio ambiente equilibrado e a proteção ao direito do consumidor⁶. Nesse contexto, as demandas atinentes aos direitos transindividuais ganharam força e passaram a fazer parte do mundo jurídico.

³ BRASIL. *Código de Processo Penal de 1832*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 17 out. 2018.

⁴ NOVELINO, op. cit., p. 438.

⁵ SARMENTO, Daniel. *O Cabimento do Habeas Corpus Coletivo na Ordem Constitucional Brasileira*. Disponível em: http://uerjdireitos.com.br/wp-content/uploads/2015/05/uerjdireitos_habeas-corpus-coletivo-e-liberdade-re-8558101.pdf. Acesso em: 17 out. 2018.

⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.

Adiciona-se a esse cenário a multiplicação de demandas individuais que surgem diariamente no país. Com vistas a dar mais eficiência a esses pleitos buscou-se uma solução mais célere e harmoniosa, para diversos casos que apresentavam o mesmo escopo fático, mas que chegavam ao Judiciário através de ações individuais. Como destaca o Ministro Ricardo Lewandowski, no voto do HC nº 143.641⁷

É que, na sociedade contemporânea, burocratizada e massificada, as lesões a direitos, cada vez mais, assumem um caráter coletivo, sendo conveniente, inclusive por razões de política judiciária, disponibilizar-se um remédio expedito e efetivo para a proteção dos segmentos por elas atingidos, usualmente desprovidos de mecanismos de defesa célere e

Assim, surge a tutela dos direitos individuais homogêneos, exercido, por exemplo, pela ação civil pública.

Nesse cenário, era natural que essas inovações chegassem no processo penal. Portanto, à luz da história, não chega a ser uma surpresa que o HC passasse a ser instrumento para proteção da liberdade ambulatorial de coletividades. Na jurisprudência, o HC, ainda, é manejado de maneira tímida, sobretudo por ser um instituto recente e de aplicabilidade desconhecida.

Conforme exemplifica Daniel Sarmiento⁸, em 2008, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul garantiu a liberdade de locomoção aos organizadores de manifestação pela descriminalização da maconha, que haviam sido ameaçados de prisão pelo Comandante da Brigada Militar⁹. Em 2013, a Defensoria Pública de São Paulo impetrou HCC, que teve a ordem denegada, em favor dos manifestantes e do direito a manifestação política¹⁰. Observa-se que, o HC passou a se utilizado, também, na defesa de direitos individuais homogêneos. Ou seja, direitos com distintos titulares, ligados por uma mesma relação de fato.

Apesar dos exemplos citados, a jurisprudência, sobretudo nos tribunais superiores, não era receptiva a tese do HCC¹¹. A possibilidade de concessão do writ para grupos de pessoas indeterminadas ou indetermináveis não era admitida pelo STF, que entendia como requisito

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 143641*. Relator: Ricardo Lewandowski. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-ricardo-lewandowski1.pdf>. Acesso em: 17 out. 2018

⁸ SARMENTO, op. cit., p.8.

⁹ BRASIL. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. HC nº 1080118354-9*. Juíza de Direito: Dra. Laura de Borba Maciel Fleck. Disponível em https://www.conjur.com.br/2008-mai-08/marcha_maconha_ao_apologia_uso_droga: Acesso em: 18 out. 2018

¹⁰ SARMENTO, op. cit., p.9.

¹¹ ROCHA, Jorge Bheron. *Habeas Corpus coletivo: uma proposta de superação do prisma individualista*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-30/tribuna-defensoria-hc-coletivo-proposta-superacao-prisma-individualista>. Acesso em: 17 out. 2018

legal a identificação da pessoa com o direito ameaçado ou violado. Verifica-se que, a perspectiva do processo coletivo, ainda, não alcançava o processo penal em que predomina o individualista.

O STF parece ter admitido o cabimento do HC coletivo. É o que indica a recente decisão do Superior Tribunal Federal, que determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as puérperas presas, ou mães de crianças e/ou deficientes sob sua guarda, à exceção dos crimes praticados com violência ou grave ameaça¹². Trata-se de decisão paradigmática.

Embora se questione a legalidade do HCC, deve-se admitir que sua utilização ganha força, e se consolida no país. Observa-se o avanço das tutelas coletivas, parecendo natural que o HC se afirme, também, no âmbito penal, sobretudo após a decisão do Superior Tribunal Federal.

A incorporação no direito brasileiro não se faz sem críticas. Há discordância, sobretudo, quanto à eficiência do instrumento. O constitucionalista Gustavo Binembojm¹³

vê com restrições o uso do instituto. Ele avalia que a concessão de HCs coletivos de forma indiscriminada pode gerar decisões díspares e incoerentes entre tribunais ou até mesmo dentro da mesma corte, aumentando a imprevisibilidade das deliberações judiciais e a sensação de insegurança jurídica.

Observa-se, portanto, que o HCC seguiu o movimento das tutelas coletivas, com aplicação no âmbito penal. Os motivos do uso desse instituto pelos operadores do direito são nítidos, e não se afastam daqueles que fundamentam as demais ações coletivas. No entanto, a simples boa intenção não prevalece se não estiver calcada na legalidade. Embora o STF tenha concedido a ordem em *HCC*, há divergências a respeito da legalidade do instituto.

2. DIVERGÊNCIAS ACERCA DA CONFORMIDADE DO *HABEAS CORPUS* COLETIVO COM O DIREITO BRASILEIRO

Como visto, mesmo antes da decisão proferida pelo STF, já haviam ordens concedidas em HCC. Porém, mesmo com o aparente reconhecimento do instituto pela mais alta corte do país, subsistem divergências acerca da recepção do HCC pelo direito brasileiro.

¹² BRASIL. op. cit. nota 7.

¹³ BINENBOJM apud GALLI, Marcelo. *Cabimento de HC coletivo ainda divide opiniões no meio jurídico e dentro do STF*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-21/cabimento-hc-coletivo-ainda-divide-opinioes-meio-juridico>. Acesso em: 17 out. 2018.

Tanto a Constituição Federal, quanto o Código de Processo Penal não apresentam qualquer vedação expressa ao HCC. Assim, não parece razoável impedir uma ferramenta que tutela direitos, se não há qualquer conflito legal ou constitucional. Relegar o HC á tutela individual, não coaduna com a modernidade e a violação coletiva de direitos.

Não há direito, do ponto de vista material, se não houver uma garantia ao seu exercício. Nesse sentido afirma Daniel Sarmiento¹⁴

se a ofensa à liberdade for meramente individual, a impetração de habeas corpus individual será suficiente. No entanto, para ofensas ao direito de locomoção que apresentarem perfil coletivo, o ajuizamento de habeas corpus coletivo é a providência que mais realiza o direito à efetiva tutela jurisdicional.

Há entendimento encampado por doutrinadores e por decisões judiciais, pela negativa de ajuizamento de HCC, quando não houver a exata individualização do paciente e da identificação do constrangimento à liberdade sofrida. Essa posição retira fundamento no artigo 654, §1º do Código de Processo Penal¹⁵, o qual exige que a petição do habeas corpus contenha o nome da pessoa que sofre, ou esteja ameaçada de sofrer violência ou coação, e de quem exerce a violência, coação ou ameaça. Ademais a alínea “b” desse artigo exige a declaração da espécie de constrangimento.

Esse foi o entendimento do Ministro Alexandre de Moraes, que em recente decisão negou HC¹⁶ coletivo impetrado pela Defensoria Pública da União, alegando que

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

A posição adotada pelo Ministro entende que, independentemente da quantidade de pacientes, todos deverão figurar na petição de HC. Ausente a individualização, tanto dos pacientes quanto do constrangimento ilegal, não pode prosperar o habeas corpus.

¹⁴ SARMENTO, op. cit., p.21.

¹⁵ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 18 out. 2018.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 148459, Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC148459MinistroAM.pdf>. Acesso em: 18 out. 2018.

Embora respeitável e, como visto, encampada por decisões do STF, entende-se que o HCC encontra amparo legal, além de ser uma ferramenta importante na defesa da liberdade de locomoção. Desse modo, cabe enfrentar os argumentos contrários ao HCC.

Não há dúvidas que há uma exigência legal de individualização dos pacientes e do constrangimento. Essa exigência é razoável e perfeitamente entendível, já que a ordem deve objetivar garantir o direito de ir e de vir, daquele ou daqueles que estejam sofrendo constrangimentos. Portanto, em tese, uma ordem concedida para beneficiar coletividades abstratas não teria razão e utilidade. O HC visa uma solução concreta.

Existem situações em que é possível identificar a coletividade com a liberdade violada, embora a individualização das pessoas, seja tarefa complexa, que inviabilizaria a utilização do HC. Como individualizar todos os moradores de uma favela, impedidos de saírem de casa em uma ação policial? Nesse caso, exigir a descrição de cada paciente significa dizer que não há no ordenamento jurídico um instrumento hábil para garantia da liberdade de locomoção de todos esses moradores.

O mandado de busca e apreensão coletivo é utilizado com frequência no sistema criminal. O artigo 243, I, do Código de Processo Penal¹⁷ determina que o mandado de busca e apreensão deve indicar da forma mais precisa possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador. No entanto, sabe-se que esses mandados coletivos, muitas vezes são feitos sem individualizar as casas que serão diligenciadas e o nome dos respectivos moradores.

Sem tecer qualquer crítica ao uso do mandado de busca e apreensão coletivo, deve se reconhecer que, por vezes, o HCC será o principal remédio contra possíveis arbitrariedades. Seria muito complicado para a Defensoria Pública atuar na defesa da liberdade ambulatorial de uma comunidade, ou mesmo de uma rua em que policiais, sob a proteção legal do mandado de busca e apreensão, ingressam e devassam a casa de centenas de moradores.

Logo, se o artigo 5º, LXVIII, da Constituição da República¹⁸ prevê a concessão de HC para cessar a ameaça de violência ou coação à liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, não há que se falar em restrição, mas em expansão do *writ*. Como dito, deve haver sempre um instrumento adequado para defesa do direito, caso contrário, o direito seria mera previsão legal. No caso da violação à liberdade ambulatorial de coletividades, de forma não genérica, o instrumento hábil é o HCC.

¹⁷ BRASIL. op. cit., nota 15.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.

Da análise do chamado microssistema de tutela coletiva, verifica-se no artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor¹⁹ que, são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos previstos no código. Deve-se usar o melhor instrumento para a proteção dos direitos previstos no código consumerista. No processo coletivo, importa que a ação seja adequada e eficaz. Portanto, a ausência de previsão legal não representa a não recepção do HCC pelo ordenamento.

Quanto a legitimidade ativa, para a propositura do HCC, também há controvérsias. Ante a lacuna legislativa e a modernidade do instituto, a Segunda Turma do Superior Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 143.641²⁰ definiu que são legitimados ativos a propositura do HCC às pessoas previstas no artigo 12 da Lei do Mandado de Injunção Coletivo²¹.

Assim, segundo essa decisão, são legitimados à propositura do HCC o Ministério Público, partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano e a Defensoria Pública. Essa medida tem grande valor, já que o instituto precisa de regulação e de segurança.

A decisão proferida no HC nº 143.641²² demonstra o avanço do HC e sua incorporação ao direito nacional. Ainda pairam críticas e aperfeiçoamentos ao instituto. Todavia, a utilização de uma ação hábil à proteção do direito de ir e vir de diversas pessoas, muitas vezes de difícil individualização, não pode ficar desprotegido, consagrando o HCC como a ferramenta adequada a sua proteção.

Em um país marcado pela desigualdade e pela exclusão social, o sistema judicial deve se colocar a altura dos desafios e das complexidades expostas pela realidade. O reconhecimento dessa situação revela o mérito do Relator do HC nº 143.641²³, Ministro Ricardo Lewandowski. O Relator afirmou que

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.

¹⁹BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 17 out. 2018.

²⁰ BRASIL. op. cit., nota 8.

²¹BRASIL. *Lei 13.300/2016*, de 23 de junho de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm. Acesso em: 18 out. 2018.

²² BRASIL. op. cit., nota 7.

²³ BRASIL. op. cit. nota 7.

Há expressa consideração da dificuldade de acesso a justiça e da importância do sistema jurídico ter mecanismos aptos a garantirem uma proteção eficiente aos direitos. No caso, o HCC é o remédio utilizado contra a violência ou ameaça de violência perpetrada contra a liberdade de ir e vir realizada de forma abusiva e ilegal.

3. A UTILIDADE DO HC Nº 143.641 NA PROTEÇÃO DAS LIBERDADES AMBULATORIAIS E OS GANHOS CONCRETOS COM O HCC

É flagrante que as ações coletivas vêm se consolidando no direito brasileiro, na salvaguarda dos direitos individuais homogêneos. No entanto, cumpre questionar se essa ferramenta, no âmbito do direito processual penal, é adequada e útil aos fins a que se destina, qual seja, a garantia da liberdade de locomoção para os pacientes.

Assim, por seu caráter paradigmático, fundamental analisar a repercussão prática do HC nº 143.641²⁴. Verifica-se que, essa decisão não produziu efeitos automáticos. Essas mulheres, que se enquadram nas condições estabelecidas por este HC, devem requerer o cumprimento da sentença junto ao Poder Judiciário.

Se por um lado a reunião de diversas demandas, em um único feito, garante maior economia e celeridade processual, por outro, a exigência de requerimento individual ao Poder Judiciário impõe obstáculo à satisfação do direito. De forma crítica, o Professor de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo, Gustavo Badaró, disse que o HC nº 143.641²⁵ é um *fake* HCC²⁶. Embora soe uma afirmação radical, não há como ignorar sua verossimilhança. Quando o Superior Tribunal Federal proferiu decisão com efeitos genéricos, sem aplicabilidade imediata, na prática não foram garantidos os direitos às mulheres.

De acordo com o relator do HC nº 143.641²⁷, Ministro Ricardo Lewandowski, a ordem é válida para quem não cometeu crimes mediante violência ou grave ameaça, contra os próprios filhos, ou ainda em “situações excepcionalíssimas”. A utilização dessa expressão vaga e imprecisa permite que os magistrados provocados, não apliquem a ordem concedida no HCC. De modo exemplificativo, no HC nº 2039982-60.2018.8.26.0000 julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²⁸ determinou-se que:

²⁴ Ibid.

²⁵ BRASIL. op. cit., nota 7.

²⁶ BADARÓ apud GALLI, op. cit., nota 9.

²⁷ BRASIL. op. cit., nota 7.

²⁸ BRASIL. 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. HC nº 1º 2039982-60.2018.8.26.0000. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-camara-tj-sp-nega-hc-mae1.pdf>. Acesso em: 03 set. 2018

não há se cogitar de reconhecimento automático do direito de a paciente aguardar seu julgamento em prisão domiciliar, mormente porque referido aresto estabeleceu que, em situações excepcionalíssimas, a custódia cautelar da reclusa poderá ser mantida mesmo que se trate de agente primário e delito cometido sem violência ou grave ameaça contra a pessoa.

A 9ª Câmara Cível do TJSP em julgamento do HC nº. 2064952-27.2018.8.26.0000 também negou a aplicação do HCC proferido pelo STF com o seguinte argumento

importa registrar, também, ser de todo desaconselhável a proximidade de crianças com pessoa apontada como traficante, o que as colocaria em contato com o submundo do crime e, em especial, com razoável quantidade e variedade de tóxicos, parte deles dotada e exacerbado poder viciante.

Nota-se, sem adentrar no mérito das decisões proferidas, que a ausência de efeito automático no HCC nº 143.641²⁹, STF conjugado com a possibilidade do juízo singular não conceder a ordem, com fundamento em termo genérico, enfraqueceu o uso do instituto. A decisão do STF criou uma nova norma a ser apreciada pelos magistrados no exercício da atividade jurisdicional. Em levantamento realizado pela Defensoria Pública de São Paulo³⁰, em abril de 2018, foram identificados 3.112 casos que poderiam ser atingidos pela decisão do STF, com cerca de 800 mulheres beneficiadas pela prisão domiciliar.

O HCC visa solucionar situações de violações em série à liberdade de locomoção das pessoas. Para isso, é necessário que seus mecanismos de concretização sejam dotados de maior eficácia. Na medida em que compete ao magistrado dos Tribunais inferiores, adequar o caso concreto a ordem coletiva, cria-se em verdade novo julgamento.

Deve-se, contudo, relativizar os obstáculos à efetividade do HCC, uma vez que se trata de instrumento processual ainda em desenvolvimento, e que se adequa de forma gradual à ordem jurídica. Como sabido, o tempo do direito não acompanha as exigências sociais, ainda mais na seara da tutela coletiva, que mesmo no âmbito civil, encontra dificuldades para cumprimento e execução de sentença.

Em decisão de agosto de 2018, o Ministro Luiz Edson Fachin, na qualidade de Relator do HC nº 143.988³¹, concedeu liminar determinando a transferência dos adolescentes que excediam a capacidade da Casa de Custódia UNINORTE no Espírito Santo. Subsidiariamente

²⁹ BRASIL. op. cit., nota 7.

³⁰ VITAL, Danilo. *Com brecha do Supremo, tribunais resistem a aplicar HC coletivo a mães presas*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-26/brecha-stf-tjs-resistem-aplicar-hc-coletivo-maes-presas>> Acesso em 03 set. 2018.

³¹ CARNEIRO, Luiz Orlando. *Fachin revê posição, e concede HC coletivo a menores infratores*. Disponível em: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/08/8afb71c774916f681dcd126ad212d423.pdf>> Acesso em: 03 set. 2018

o Ministro determinou que caso não fosse possível a transferência, o magistrado deveria aplicar o disposto no artigo 49, II, da Lei nº 12.594/2012, até que a ocupação da unidade se submetesse ao percentual máximo de ocupação. Em caso de impossibilidade de cumprimento das medidas, determinou o Relator a conversão em internações domiciliares.

É nítido que houve, por parte do Ministro Fachin, um esforço para garantir maior efetividade ao HCC, verificados nos mecanismos para produção de efeitos no bojo da própria decisão. Assim, fica afastada a possibilidade de novos julgamentos individuais por magistrados. Nessa liminar já estão previstas as hipóteses subsidiárias, garantindo a força da decisão e impede o seu descumprimento.

A introdução do HCC, no ordenamento jurídico nacional, criou uma alternativa aos casos de violações sistemáticas a direitos. Em um primeiro momento, contudo, a concretização do instituto não se demonstrou efetiva na garantia da liberdade ambulatorial da coletividade. Como instrumento novo, a sua capacidade e limites vão sendo incrementadas no caso concreto. O HCC já faz parte do sistema jurídico brasileiro, sendo, diariamente, desenvolvido e aprimorado para a defesa dos direitos individuais homogêneos.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou que o HC nº 143.641 HCC não teve a efetividade esperada na garantia da tutela das liberdades individuais. A análise dessa decisão permitiu verificar a sua insuficiência, do ponto de vista prático. Não houve repercussão imediata na vida das mulheres presas grávidas e mães de crianças com até 12 anos de idade.

O HCC acompanhou o progresso jurídico, em particular no tocante a tutela das ações de massa. Nesse sentido, observou-se que o HCC se inseriu no ordenamento jurídico brasileiro como remédio processual apto a garantir a liberdade individual de diversas pessoas que se liguem por situação de fato. Trata-se da versão penal da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos.

O estudo do instituto, com especial ênfase na paradigmática decisão do STF, revelou a necessidade de se desenvolverem mecanismos de concretização da ordem concedida. A decisão do STF não permitiu, por si só, a liberdade das mulheres mães e grávidas. Diversos doutrinadores fizeram essa ponderação, alertando para a insuficiência da decisão.

Enfrentou-se as críticas doutrinárias e jurisprudências ao instituto do HCC. Diante dessa divergência, esse pesquisador se posicionou pela legalidade do instituto, muito embora

tenha buscado dialogar com as críticas e insuficiências do HCC. A pesquisa sustentou que o STF não extrapolou suas competências, ou tenha legislado quando concedeu a ordem no HC nº 143.641.

No entanto, através do raciocínio dialético concluiu-se que não há restrições ou vedações expressas ao HC coletivo no direito brasileiro. Logo, ante a ausência de limitações constitucionais ou legais, não seria possível impedir o uso desse remédio. Além do mais, pela perspectiva histórica apresentada, o HC é um instrumento elástico que já teve uso, inclusive para proteger direitos não ligados a liberdade de locomoção.

Quanto ao HC nº 143.641, estudos mostram que diversas mulheres, que se encaixam na qualidade de pacientes, não conseguiram se valer da decisão proferida. Esse foi o principal ponto que o artigo buscou revelar, qual seja, a efetividade do HC coletivo. Nesse sentido, já há decisões, inclusive no STF, que trataram de oferecer maior eficácia a decisão proferida de HC coletivo.

O entendimento realizado é de que as decisões proferidas em HCC, sobretudo nos Tribunais Superiores, devem ter força e eficácia própria. Quando não for possível, dada a multiplicidade de pacientes e de situações, a ordem deve ser concedida com reduzida margem para interpretação. Para tal, impõe-se a não utilização de termos genéricos e indeterminados. Nesses casos, a pesquisa constatou que os magistrados de 1º grau, quando provocados a cumprirem o HC nº 143.641, realizam novo julgamento de HC, alterando-se apenas o paradigma legal.

Em verdade, a decisão dada pelo STF produziu nova norma jurídica, a qual coube aos magistrados verificarem sua aplicação no caso concreto. Como a ordem concedida tinha um elevado grau de indeterminação, diversas mulheres grávidas e mães de filhos de até 12 anos tiveram a prisão domiciliar negada e seguiram em prisão preventiva.

A pesquisa concluiu que o objetivo do HC coletivo, como tutela de direitos individuais homogêneos tem grande valor para a situação sócio jurídica do país. Por um lado, garante maior eficiência, celeridade e segurança jurídica. De outro oferece importante instrumento de acesso a justiça, sobretudo porque a maioria dos “clientes” do sistema de justiça criminal são pessoas marginalizadas, sem grande suporte jurídico.

Para alcançar os objetivos pretendidos, impõe-se maior aperfeiçoamento e fortalecimento do remédio, de modo a que a se tornar um instrumento útil na proteção da liberdade de locomoção. Na basta que o HCC seja reconhecido e aceito pelo ordenamento jurídico. É preciso que ele seja efetivo para os fins a que serve.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 143641*. Relator: Ricardo Lewandowski. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-ricardo-lewandowski1.pdf>. Acesso em: 18 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 148459*, Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC148459MinistroAM.pdf>. Acesso em: 18 out. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 29 nov. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *HC nº 1080118354-9*. Juíza de Direito Dra. Laura de Borba Maciel Fleck, 03/05/08. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>.> Acesso em: 03 out. 2018.

_____. *Lei nº 13.300/2016, de 23 de junho de 2016*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm. Acesso em: 18 out. 2018.

CARNEIRO, Luiz Orlando. *Fachin revê posição, e concede HC coletivo a menores infratores*. Disponível em: <https://www.jota.info/wpcontent/uploads/2018/08/8afb71c774916f681dcd126ad212d423.pdf>> Acesso em: 03 set. 2018. <

CUNHA, Rogério Sanches. *STF e o 'habeas corpus' coletivo para presas: Circunstâncias da concessão e limites necessários*. Disponível em: <http://meusitejuridico.com.br/2018/07/09/stf-e-o-habeas-corpus-coletivo-para-presas-circunstancias-da-concessao-e-limites-necessarios/>. Acesso em: 17 out. 2018.

GALLI, Marcelo. *Cabimento de HC coletivo ainda divide opiniões no meio jurídico e dentro do STF*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-21/cabimento-hc-coletivo-ainda-divide-opinioes-meio-juridico>. Acesso em: 18 out. 2018.

LORDELO, João Paulo. *O habeas corpus coletivo na jurisprudência do STF: comentários do HC nº 143.641*. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/o-habeas-corpus-coletivo-na-jurisprudencia-do-stf-comentarios-ao-julgamento-do-hc-n-143-641>. Acesso em: 18 out. 2018.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. Salvador: Juspodium, 2017.

ROCHA, Jorge Bheron. *Habeas Corpus coletivo: uma proposta de superação do prisma individualista*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-30/tribuna-defensoria-hc-coletivo-proposta-superacao-prisma-individualista>. Acesso em: 17 out. 2018.

SARMENTO, Daniel. *O Cabimento do Habeas Corpus Coletivo na Ordem Constitucional Brasileira*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-hc-coletivo.pdf>. Acesso em: 17 out. 2018.

VITAL, Danilo. *Com brecha do Supremo, tribunais resistem a aplicar HC coletivo a mães presas*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-26/brecha-stf-tjs-resistem-aplicar-hc-coletivo-maes-presas>> Acesso em: 03 set. 2018