

O HABEAS CORPUS COLETIVO COMO INSTRUMENTO MITIGATÓRIO DAS PROBLEMÁTICAS DO ENCARCERAMENTO FEMININO EM MASSA NO BRASIL

Luis Cláudio Martins de Araújo¹

Carolina Pasin²

Rodrigo Augusto Fatudo Magalhães³

Resumo: O Código Penal brasileiro se encontra como sendo uma colcha de retalhos que, no final do ano, completará 80 anos de vigência. Dentre as condutas por ele tipificadas, a maioria esmagadora apresenta, como consequência da infração, penas privativas de liberdade. Dentro desse cenário de um Código Penal desatualizado e remendado ao longo do tempo, o Brasil se elevou no ranking mundial de população prisional, passando a deter a terceira maior população prisional do mundo. Ao se discriminar os tipos penais que mais encarceram, o tráfico de drogas assume posição de destaque como sendo o crime que mais encarcera nos tempos atuais, ainda que sua execução se dê sem violência ou grave ameaça. Dentro dessa perspectiva, uma distorção há de ser observada. O crescimento quantitativo de detentas é maior do que o equivalente quando comparado ao sexo masculino. Esse fato chama atenção especial uma vez que as mulheres sofrem uma dupla culpabilização no cárcere; a

¹ Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor da graduação e pós-graduação da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC). Professor do Doutorado e Mestrado da Universidade Veiga de Almeida (UVA).

² Graduanda em Direito pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC).

³ Graduando em Direito pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC).

mulher, ao ser encarcerada, não descumpre e responde somente pela ameaça à segurança pública gerada com crime cometido. A mulher, ao praticar também a conduta delituosa, enfrenta as regras de um contrato social silencioso e não escrito que lhe é imposto pelo seu papel de gênero. Soma-se a isso o fato de que a figura da mulher presa hoje é majoritariamente negra, jovem e de baixa renda, o que nos leva à necessidade de que seja feita uma análise mais cautelosa sobre a decretação de prisões cautelares. O principal instrumento a ser analisado como possível de se incidir, trazendo soluções para a problemática ora apresentada, é o do Habeas Corpus, porém em caráter coletivo, seguindo os moldes trazidos pelo julgamento do HC 143.641. Ao se defender que o mesmo procedimento seja adotado também para as mulheres, que se encontrem na situação ora apresentada, se defende o combate à discriminação de gênero e sexo, garantindo um tratamento cada vez mais isonômico e efetivador de direitos.

Palavras-Chave: Habeas Corpus coletivo; Encarceramento em massa; desigualdade de gênero; princípio da isonomia.

THE COLLECTIVE HABEAS CORPUS AS A MITIGATING INSTRUMENT FOR WOMEN MASS INCARCERATION PROBLEMATICS IN BRAZIL

Abstract: This paper aims to discuss the relationship between gender and incarceration, especially bearing in mind the normative and social system in Brazil that does not provide the bases for a bias equalization. Particularly, the Brazilian Criminal Code is a quite outdated patchwork, with almost 80 years old, focus on, mostly, in the deprivation of liberty. Thus, in this scenario, Brazil has risen in the world incarceration rate, becoming the third largest prison population in the world. Taking into consideration the criminal offenses, drug trafficking

takes on a prominent position as the crime that incarcerates the most, even without violence or serious threat. Within this perspective, a distortion must be observed. The quantitative growth of female inmates is greater than the equivalent when compared to males. This fact must be pointed out, since women suffer double blame in prison; when imprisoned, women do not disobey and only respond to the threat to public security generated by the crime committed, they also face the rules of a silent and unwritten social contract imposed on her by her gender role. Added to this the fact that the figure of the woman in prison today is mostly black, young and of low income, which leads us to the need for a more cautious analysis of the decree of precautionary prisons. In this sense, it is necessary to give a step further, balancing these distortions historically created and currently applied, using some mechanisms, such as constitutional writs and procedural guarantees. Particularly, in Habeas Corpus nº 143.641, the Supreme Court of Brazil delivery a decision ordering that “all women subjected to precautionary detention in the national penitentiary system, who are pregnant, postpartum or mothers with children up to 12 years of age under their responsibility, and of the children themselves” should be released. Thus, in the Habeas Corpus nº 143.641 the court shows a valid option, binding public officials, to fight against gender and sex discrimination, increasing isonomic and effective treatment of rights between men and women.

Keywords: Collective Habeas Corpus; Women mass incarceration; Gender inequality; Isonomy principle

1. INTRODUÇÃO



s atuais níveis de encarceramento no sistema jurídico-penal brasileiro não podem ser analisados de forma isolada. É necessário que se leve em conta toda sua

evolução histórica, sobremaneira no que tange aos programas criminalizantes que atravessaram nossa histórica jurídico-normativa estatal, tanto em nível constitucional quanto em nível infraconstitucional.

A formação política brasileira emerge de um processo colonialista diretamente ligado à exploração da força de trabalho sob a lógica escravista, principalmente a mão-

de-obra negra e indígena⁴, que era produto de negociação no mercado. Para que tal cenário se preservasse, era necessário um aparato jurídico capaz de perpetuar essas relações sociais. O direito era, portanto, utilizado como expressão exterior desse poder político que buscava ainda manter suas estruturas reais⁵.

O que se iniciou aqui e imperou-se no período de Brasil-colônia foi justamente o direito consuetudinário, dito direito doméstico. Como consequência de um sistema punitivo também exclusivamente interno, entregue a regulação do senhor do engenho, essa figura detinha o poder de inquirir, julgar e apenar seus escravos⁶.

⁴ TEIXEIRA, Rodrigo Alves. Capital e colonização: a constituição da periferia do sistema capitalista mundial. *Estud. Econ.*, São Paulo, v. 36, n. 3, p. 539-591, Sept. 2006. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-41612006000300005&lng=en&nrm=iso>. accessed on 18 Jan. 2021. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-41612006000300005>.

⁵ Percebe-se, portanto, que esse sistema era extremamente favorável a determinado grupo social específico em detrimento dos grupos diversos. A esse grupo, modernamente e no âmbito do estudo acerca do constitucionalismo simbólico, Marcelo Neves dá o nome de “pólo superintegrado”. Nesse sentido, afirma que: “o pólo sobreintegrado tem acesso às prestações positivas destes, sem ser, ao mesmo tempo, dependente de suas prestações negativas (coações e regras); [...] isso significa que os sobreintegrados têm acesso aos direitos (e aos remédios jurídicos ou procedimentos judiciais), sem realmente assumirem nem cumprirem os deveres e responsabilidades impostos pelo sistema jurídico (impunidade)”. NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 198.

⁶ A despeito de não existir um processo penal formalmente instituído para a punição dos escravos por parte de seus senhores, é possível compará-los aos juizes dos sistemas penais inquisitoriais. É o que nos confirma Aury Lopes Jr. na medida em que: “É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador senhor soberano do processo. Portanto,

Com a independência do Brasil, em 1822, há uma atualização desse programa criminalizante, que busca se adaptar aos moldes de um país autônomo regido pelo regime imperial. Contudo, desde sua fundação, o Império já carregava diversas contradições; esse regime era beneficiado, beneficiário e reproduzidor das estruturas reais de poder e do status quo existente em sua origem escravista⁷.

Contradições eram perceptíveis, por exemplo, quando da vigência do Código Criminal de 1830. Os Arts. 113 a 155 de tal codificação definia o crime de insurreição⁸. O crime de insurreição, punível com a pena de morte, além de ser patentemente destinado a punição de pessoas negras, foi evidentemente um crime de natureza político uma vez que é a manifestação de escravos a se rebelarem contra o seu senhor e a condição a qual eram submetidos. Contudo, não havia previsão de pena de morte nos demais crimes políticos (Art. 68 e

não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu”. LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 42.

⁷“ O Império do Brasil foi um império monárquico, agrário e escravista, de feição burguesa, tanto no sentido econômico, quanto no sentido moral e intelectual. Esse Império repousou sobre uma hegemonia de classe – a da classe senhorial escravista nucleada em torno da produção cafeeira da Bacia do rio Paraíba do Sul – construída a partir da direção moral e intelectual exercida pelo grupo saquarema fluminense e mantida pela hegemonia política conservadora que resultou desse processo”. SALLES, Ricardo Henrique. O Império do Brasil no contexto do século XIX. Escravidão nacional, classe senhorial e intelectuais na formação do Estado. Almanack, n. 4, p. 5-45, 2012. Disponível em: < <https://www.scielo.br/pdf/alm/n4/2236-4633-alm-04-00005.pdf> >. Acesso em: 15/10/2020.

8 Art. 113. Julgar-se-ha committido este crime, retinindo-se vinte ou mais escravos para haverem a liberdade por meio da força. Penas - Aos cabeças - de morte no grão maximo; de galés perpetuas no médio; e por quinze annos no minimo; - aos mais - açoutes.

Art. 114. Se os cabeças da insurreição forem pessoas livres, incorrerão nas mesmas penas impostas, no artigo antecedente, aos cabeças, quando são escravos.

Art. 115. Ajudar, excitar, ou aconselhar escravos á insurgir-se, fornecendo-lhes armas, munições, ou outros meios para o mesmo fim. Penas - de prisão com trabalho por vinte annos no grão maximo; por doze no médio; e por oito no minimo.

seguintes do código), ou seja, aqueles genéricos e destinados à pessoas não negras. À época, o crime de insurreição foi “descaracterizado” quanto crime político, sendo imposta a pena de morte ao escravo por sua prática.

Em um contexto histórico em que a escravidão foi abolida em 1888, 64 anos depois do nascimento da Constituição Imperial de 1824⁹, a figura do escravo não foi prevista em nenhum artigo, parágrafo ou inciso da Constituição.

Tendo em vista que Constituição não reconhecia pessoas negras enquanto cidadãos e foi silente em relação à própria figura do escravo por todo seu texto, vê-se, assim, o código penal como único responsável para tanto.

O ser negro era regulado juridicamente a partir de suas manifestações, buscando-se, portanto, o controle e a possibilidade de que pudessem ser freadas quando da iminência da prática de atos tidos como atentatórios ao sistema. Eram naquele Código Criminal e naquele Código de Processo Penal que o indivíduo negro encontrava seu respaldo jurídico estatal, qual seja a sua condição enquanto sujeito do processo penal, para que pudesse ser controlado.

Desse modo, a ideia de cidadania foi garantida constitucional e socialmente para um pequeno grupo de pessoas, tendo em vista as 1.715.000 de pessoas negras escravizadas no ano de 1864, segundo o IBGE¹⁰, população esta que sequer foi prevista no texto constitucional, massa majoritária da população ia continuar a ser submetida ao escravismo, inclusive juridicamente.

Ou seja, o sistema judicial continuava trabalhando para

⁹ Em completa discrepância para com a realidade vivida no cotidiano brasileiro, o Art. 1º da Constituição de 1824 afirmava que: “Art. 1. O IMPERIO do Brazil é a associação Política de todos os Cidadãos Brasileiros. Elles formam uma Nação livre, e independente, que não admite com qualquer outra laço algum de união, ou federação, que se oponha á sua Independencia”.

¹⁰ <https://brasil500anos.ibge.gov.br/estatisticas-do-povoamento/populacao-escravano-brasil.html>

garantir a submissão dessas pessoas negras e indígenas, através da exploração ou do confinamento de corpos. Com a abolição, a diferenciação entre o escravizado negro e o cidadão branco detentor de direitos não se dava mais juridicamente, então cabia ao Estado e a elite brasileiros procurarem meios de atualização dessas hierarquias raciais no sistema punitivo.

Seguindo essa lógica, houve, no direito pátrio, uma cisão do direito penal formal, ainda que em meio ao cenário de pseudo-igualdade jurídica entre os indivíduos tendo em vista que a escravidão havia sido formalmente abolida. Desse modo, duas eram as lógicas de interpretação de casos concretos: 1) O direito penal do fato para o cidadão, havendo um distanciamento entre o indivíduo e a conduta delitiva, ou seja, a prática delitiva era mera falha momentânea passível de ressocialização; e 2) O direito penal do autor para aqueles que pertencem a esses grupos marginalizados, em que a delinquência faria parte da personalidade do indivíduo não ressocializável – criminalidade inata.

Foi através da ciência, da elaboração de pensamentos científicos e teorias raciais, hoje rechaçados, que tentou-se comprovar a inferioridade da raça negra e da raça indígena em detrimento da superioridade da raça branca¹¹. Tentou-se, tanto na Europa como aqui no Brasil, confirmar essa diferença social através de métodos empíricos, por meio de características biológicas e antropológicas, que seriam determinantes do ser e agir delinquente de uma pessoa, especialmente ao se tratar de uma pessoa negra ou indígena.

O discurso médico-legal proposto por Cesare Lombroso¹² e Guglielmo Ferrero analisou através da

¹¹ CARNEIRO, Edison. Ladinos e Crioulos. Editora Civilização Brasileira (1964). p. 210.

¹² Cesare Lombroso é um dos pais da criminologia positivista, marcou o final do século XX devido sua análise radical da relação entre o delito e o criminoso. Estudou o homem e a mulher delinquentes separadamente, conferindo-lhes características morfológicas que os fariam propensos ao crime desde o nascimento.

antropologia criminal a imagem da mulher delinquente¹³, e revolucionou correntes jurídicas e psiquiatrias em grande parte do mundo. Os autores dividiram as mulheres delinquentes em dois grandes grupos: as prostitutas e criminosas. O primeiro é considerado como a forma feminina do crime, em que essas mulheres teriam traços muito semelhantes ao homem criminoso - impulso sexual, alcoolismo, etc., sendo um grupo que não ofereceria grandes perigos a sociedade, uma vez que praticam crimes como pequenos roubos, agressões e chantagens. O segundo grupo, uma classificação mais rara da delinquência feminina, é uma classe de mulheres mais perversas que os homens criminosos e possuem traços masculinos. Segundo os autores, essas mulheres possuem semelhanças comportamentais como práticas sexuais exacerbadas, traços degenerativos, a rejeição a maternidade e as normas sociais.

Desse modo, se criou um saber em cima da vida de mulheres, de suas características, de seus supostos traços de personalidade e de suas práticas sexuais que, a medida que fugiam do padrão imposto pela sociedade, causavam ódio e desprezo. Lombroso e Ferrero foram cientistas que produziam discursos normativos, condenando e tipificando mulheres que não se encaixavam no padrão que se esperava - e ainda se espera - delas: a mulher mãe, esposa, passional e passiva.

No Brasil e em sociedades periféricas do capitalismo, o crime é regra, conforme o analisa Luciano Góes¹⁴, de tal forma que o controle social brasileiro devia se dar de uma forma mais concreta, sólida e violenta dada a diferença quantitativa.

Em suma, esse processo histórico foi importante como panorama das diversas atualizações que nosso sistema jurídico-penal vem reproduzindo até os dias de hoje, com a mesma funcionalidade demarcada com raça, classe e gênero estruturada

¹³ LOMBROSO, Cesare. FERRERO, Guglielmo. Mulher criminoso, prostituta e a mulher normal. antoniofontoura; 2017ª edição (1893).

¹⁴ GOÉS, Luciano. A tradução de Lombroso na obra de Nina Rodrigues: O racismo como base estruturante da criminologia brasileira. Editora Revan. (2016).

para normatizar e normalizar a vida em sociedade nos moldes hoje concebidos de segurança pública e sistema penal nos trilhos do racismo.

A partir do entendimento do sistema penal como resultado do processo colonial que perpetuou a exploração de corpos específicos¹⁵, ainda que tenham ocorrido atualizações nos planos jurídicos, sociais e penais, mantém-se a lógica de dominância de uma minoria tipicamente branca e do sexo masculino¹⁶, expondo à tangente um perfil específico a ser perseguido e mantido no cárcere brasileiro até hoje.

O Brasil tem hoje a terceira maior população carcerária do mundo, onde 66,7%¹⁷ são de pessoas negras¹⁸ e 33,47%¹⁹ desses presos são mantidos ainda sem nenhuma condenação, nas ditas prisões provisórias.

A fundamentação jurídica para a decretação da prisão preventiva, uma das modalidades da prisão provisória, consta no artigo 312 do Código de Processo Penal²⁰, e concede ao

¹⁵ SANTOS, Isaac dos. CASSERES, Livia. Direito Penal e Decolonialidade: Repensando a Criminologia Crítica e o Abolicionismo Penal. Anais do Congresso de Pesquisa em Ciências Criminais. IBCCRIM. 2018. Available from: <https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/L%C3%ADvia_Casseres_-_para_Doutrina_Cejur_11.02.19.pdf>.

¹⁶ De acordo com a pesquisa “Mulheres no conselho”, mulheres ocupam apenas 16,9% dos cargos de liderança em todo o mundo. No mesmo sentido, ocupam apenas 4,4% das posições de CEOs e 12,7% dos cargos de diretoria financeira ao redor do globo. No caso brasileiro, a quantidade de CEOs do sexo feminino chega apenas a 0,8%. Pesquisa disponível em: <<https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/br/Documents/risk/Deloitte-women-in-the-boardroom-sixth-edition.pdf>>.

¹⁷ Infopen, sistema de informações estatísticas do Departamento Penitenciário Nacional (Divulgação 14/02/2020).

¹⁸ <https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/> (Acesso em: 15 nov 2020).

¹⁹ Infopen, sistema de informações estatísticas do Departamento Penitenciário Nacional (Divulgação 14/02/2020).

²⁰ Capítulo III - Da prisão preventiva: Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019). Código de

magistrado um campo aberto para dar um rosto ao cárcere. Quando a decisão que decreta a prisão preventiva for motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos²¹, como é, e nos debruçamos sobre a realidade carcerária de nosso país, se vêem cristalinas que as influências burguesas, racistas e misóginas deixadas por Cesare Lombroso ainda se perpetuam.

Curioso ainda o paradoxo trazido com a Constituição Brasileira de 1988. Enquanto eram reconhecidos de forma mais ampla os direitos e garantias individuais, inclusive dos presos, há uma perspectiva altamente repressiva com a edição da Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990), que colocou neste rol o crime de tráfico de entorpecentes²², impedindo a progressão de regime e aumentando o prazo para o livramento condicional.

Tendo isso em mente, é necessário apontar o para o fato de que o tráfico de drogas é o crime que mais encarcera mulheres no Brasil, mesmo tendo sido praticado sem violência ou grave ameaça, e tem pena de 5 a 15 anos. Ressalte-se ainda que, até hoje, não houve jurisprudência ou decisão em nossas cortes superiores consistentes em diferenciar de forma clara o tráfico de drogas (art. 33 da Lei 11.343/06) ao crime disposto no art. 28 da mesma lei, que representa a conduta praticada pelo usuário de substância entorpecente.

A despeito dos avanços legais obtidos, a realidade aponta para a não diferenciação entre traficante e usuário para aqueles indivíduos integrantes dos grupos historicamente

Processo Penal Brasileiro.

²¹ Art. 312 § 2º CPP: A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

²² O crime de tráfico de drogas consta do Art. 33 da Lei 11.343, que versa que será crime “Importar, ex- portar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

marginalizados. Essa situação se agrava sobremaneira no que diz respeito à mulher, gestante ou mãe de criança até 12 anos, que são mantidas presas apesar de previsão legal expressa no sentido de que não seria possível essa prisão em regime fechado.

O Brasil não é o único na América Latina²³ a reproduzir um modelo de justiça sem critério de distinção quantitativa ao que se refere a posse de um traficante e do que traria consigo um usuário no momento da apreensão. Pela lei pátria, o magistrado deve levar em consideração não só a quantia e natureza da droga apreendida, mas também o local, as condições que se desenvolveram a ação, circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. Em se fazendo uma análise histórico-comparativa, percebe-se que, na prática, as vivências experienciadas pela comunidade marginalizada, em decorrência de todo o processo de evolução histórico brasileiro, já desde logo, na percepção ampla do judiciário, são circunstância que não beneficiam o réu periférico em um processo criminal.

Assim, o crime de tráfico de drogas ilícitas é o que mais encarcera mulheres, sendo o maior percentual das condenadas por tal crime (10,63%), seguido pelo dos crimes contra a fé pública, nos quais 5,11% apenas são de condenadas do sexo feminino²⁴.

Nota-se, portanto, o quanto a sociedade desconhece a realidade do encarceramento feminino e que, talvez por esse motivo, seja omissa frente às precárias condições existentes²⁵, o que faz com que seja ainda maior a omissão das autoridades públicas em relação às mulheres aprisionadas, uma vez que o sistema carcerário nacional foi estruturado historicamente para

²³ O mesmo cenário é visto em países como Argentina e Chile. Fonte: 1.3 Panorama legislativo na América do Sul. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas/MJ. Diretoria de Projetos Estratégicos e Assuntos Internacionais Junho/2015.

²⁴ Infopen/Ministério da Justiça.

²⁵ HASHIMOTO, Érica Akie (2011). Número de mulheres encarceradas cresceu nos últimos 5 anos. IBCCRIM.

ser um espaço masculino, de encarceramento de homens. Nesse sentido, apenas 53% das unidades prisionais brasileiras têm exclusividade para mulheres, enquanto 47% são alas ou celas femininas em complexos prisionais masculinos²⁶.

O perfil geral dessas mulheres presas é muito específico: a maioria é não branca, tem entre 18 e 30 anos e com baixa escolaridade²⁷. A maioria das presas tem ensino fundamental incompleto, e cumpre penas de 4 a 8 anos. De acordo com Infopen em 2018²⁸, crimes relacionados ao tráfico de drogas correspondem a 62% das incidências penais pelas quais as mulheres privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento em 2016, o que significa dizer que 3 em cada 5 mulheres que se encontram no sistema prisional respondem por crimes ligados ao tráfico”, casos em que a maioria são mulheres pobres, que trabalhavam em trabalhos pouco qualificados, esporádicos e mal remunerados em ocupações degradantes e/ou perigosas.

É esse o perfil da maioria das mulheres que o sistema penal alcança com uma condenação baseada no crime de tráfico de drogas. Esse contexto ainda é mais grave se verificarmos que, segundo os dados do Depen, 74% das mulheres em situação de prisão são mães²⁹, enquanto os dados referentes aos homens para o mesmo período, se tem que 53% dos homens que se encontram no sistema prisional declararam não ter filhos, refletindo, novamente, que o peso da maternidade e da responsabilidade na criação dos filhos recaí sobre a mulher.

2. HISTÓRICO INTERNACIONAL DO HABEAS CORPUS E

²⁶ SANTA RITA, Rosangela Peixoto (2006). Mães e crianças atrás das grades: em questão o princípio da dignidade da pessoa humana.

²⁷ Gráficos 12, 13 e 14. Levantamento de Informações Penitenciárias - INFOPEN, Junho/2016.

²⁸ INFOPEN Mulheres – 2ª edição. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

²⁹ Gráfico 18. Levantamento de Informações Penitenciárias - INFOPEN, Junho/2016.

SUA INCORPORAÇÃO NO ORDENAMENTO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

Visando melhor compreensão do tema, se faz necessário uma conceituação preliminar do de Habeas Corpus. Ele se define como "uma garantia individual ao direito de locomoção consubstanciada em uma ordem dada pelo Juiz ou Tribunal ao coator, fazendo cessar a ameaça ou coação à liberdade de locomoção em sentido amplo – o direito do indivíduo de ir, vir e ficar"³⁰; ou, conforme Rui Barbosa, de modo mais sintético, a ordem dada pelo juiz ao coator a fim de fazer cessar a coação"³¹.

Quando da análise etimológica da nomenclatura, ao traduzirmos a expressão *habeas corpus ad subjiciendum*, temos algo próximo de "tenha/traga o corpo que está sob sua guarda". *Habeas corpus* eram as palavras iniciais da fórmula no mandado que o tribunal deferia, endereçado a quantos tivessem em seu poder ou guarda o corpo do detido. A ordem era do teor seguinte: "tomai o corpo desse detido e vinde submeter ao tribunal o homem e o caso"³².

Historicamente, há amplo debate relacionado à origem do *Habeas Corpus*, sendo três as principais correntes doutrinárias. A primeira corrente defende que o instituto nasce no direito romano; já a segunda corrente entende que o seu nascimento se dá pela edição da Magna Carta de 1215 na Inglaterra; por fim, a terceira corrente entende que se origina com a *Habeas Corpus Act* editada no reinado de Carlos II.

No direito romano, o instrumento constava do Livro 43, Título 29 do *Digesto*, representada pelo *interdictum de homine*

³⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional* - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003, p. 139.

³¹ CÂMARA, Edson de Arruda. *O habeas corpus e o interdictum de homine libero exhibendo*. *Revista de informação legislativa*, v. 23, n. 92, p. 291-316, out./dez, 1986. Disponível em: <<https://www2.senado.-leg.br/bdsf/handle/id/181749>>. Acesso em: 23/09/2020.

³² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das Ações*. v. VI. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1976, p. 36.

libero exhibendo³³. No caso, o homem livre com seu jus libertatis restringido por abuso de terceiro – ou seja, escravos não podiam postular esse direito pelo fato de que seus proprietários possuíam legítimo direito de retê-los – tinha seu corpo apresentado perante o tribunal. Visando a observação das condições do agredido, possibilitando que o mesmo se defendesse da agressão sob o olhar tanto do julgador quanto do público, esse procedimento se dava após a postulação, por qualquer indivíduo, de um interdicto em favor daquele ilegalmente retido³⁴.

Já no direito anglo-saxão, a Carta Magna inglesa – Magna Charta Libertatum – o instituto começa a tomar os contornos pelos quais é hoje conhecido³⁵, ³⁶. Ou seja, aqui já se

³³ A finalidade do interdictum de libero homine exhibendo consistia na apresentação do homem livre retido perante o magistrado, cuja presença corporal pudesse ser constatada pelo magistrado e pelo público [...]. Em face da publicidade, cessa a coação com o ensejo de todos observarem a condição do agredido e a desse de defender-se da agressão, perante o olhar do magistrado e do público”. MASSAÚ, G. C. A história do Habeas Corpus no Direito Brasileiro e Português. Revista *Ágora*, [S. l.], n. 7, 2008. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/agora/article/view/1919>. Acesso em: 22 set. 2020.

³⁴ MASSAÚ, G. C. A história do Habeas Corpus no Direito Brasileiro e Português. Revista *Ágora*, [S. l.], n. 7, 2008, p.4. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/agora/article/view/1919>. Acesso em: 24 set. 2020.

³⁵ De acordo com o artigo 39 da Magna Carta, “Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, excepto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país”. Disponível em: <[httretios_Humanos/MAGNA%20CARTA%20-%20PORTUGU%C3%8AS.pdf](https://www.britain.gov.uk/resources/topics/httreitos_Humanos/MAGNA%20CARTA%20-%20PORTUGU%C3%8AS.pdf)>. Acesso em 25/09/2020.

³⁶ A história do instituto em voga demonstra a sua inseparável e indelével ligação com os precedentes ingleses, não só em relação ao nascimento, mas ao desenvolvimento do que hoje em dia conhecemos por Habeas Corpus. Virá a tona, nos tópicos subsequentes, a similitude entre o Habeas Corpus dos Estados, em análise, com o inglês. Se, por característica imanente do povo inglês ou por acaso da vida, a liberdade de locomoção obteve seu instrumento garantidor originado no ambiente da Common Law e viu-se adoptado em outros Estados. Embora o direito romano conhecesse o significado (Interdictum de Libero Homine Exhibendo) da proteção da liberdade, foi na modernidade a elevação à última potência do significado de ser livre e do nexa que esse direito – valor – tem com o ser humano. Os ingleses souberam lapidar o Habeas Corpus”. MASSAÚ, G. C. A história do Habeas Corpus no Direito

fazia presente a ideia de que somente após um trâmite legal, ou seja, após o devido processo legal³⁷ como hoje é conhecido, poderia o indivíduo sofrer restrições a sua liberdade.

Por fim, temos o Habeas Corpus Act editada no reinado de Carlos II. A estrutura contextual da época e os precedentes formados anteriormente ajudaram a climatizar, favoravelmente, o surgimento do Habeas Corpus Act; na referência de 1679 há quem considere como outra Carta Magna, neste momento, o surgimento do Habeas Corpus³⁸, que se amplia com a edição do novo Habeas Corpus Act de 1816.

Apesar do amplo debate existente no que tange à procura de um marco originário para o instituto, há de se conceber que o mesmo não possui um marco inicial rígido. Ou seja, a construção doutrinária do Habeas Corpus nos moldes hoje conhecidos passa por toda uma cadeia evolutiva em sua conceituação teórica, devendo ser compreendida como um processo.

Necessário ainda pontuar a natureza jurídica do instituto. A despeito de ser norma de eficácia plena com previsão legal no Art. 5º da CFRB/88, que garante que conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder³⁹, a regulamentação do

Brasileiro e Português. Revista Ágora, [S. l.], n. 7, 2008, p.12.

³⁷ Foi o primeiro remédio a integrar as conquistas liberais. Denota-se sua presença na Inglaterra antes mesmo da Magna Carta de 1215. Mas foi esta que lhe deu a primeira formulação escrita. O writ of 'habeas corpus' evoluiu. No início não era vinculado à ideia de liberdade de locomoção, mas ao conceito do due process of law. Era usado até mesmo em matéria civil; mais tarde, ainda na Inglaterra, adquiriu várias modalidades [...]. Era então meio de levar alguém perante o tribunal. O "Habeas Corpus Amendment Act" de 1679 é que o configurou, com mais precisão, como um remédio destinado a assegurar a liberdade dos súditos e prevenir os encarceramentos em ultramar. SILVA, Jose Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo – 37. ed. – São Paulo: Malheiros, 2014, p. 447-448.

³⁸ MASSAÚ, G. C. A história do Habeas Corpus no Direito Brasileiro e Português. Revista Ágora, [S. l.], n. 7, 2008, p.10.

³⁹ Enquanto a “violência” diz respeito à violência física (*vis corporalis*), ou seja, o emprego de força física contra o ofendido, a “coação” diz respeito à violência moral (*vis compulsiva*), ou seja, o emprego de grave ameaça. Já a “ilegalidade” designa

procedimento consta do Livro III ("das nulidades e dos recursos em geral") do Código de Processo Penal (Decreto-Lei Nº 3.689/41).

Sua posição estrutural na lei enquanto recurso, caracteriza uma equivocada organização topográfica^{40, 41}, o instituto pode ser definido como ação autônoma de impugnação, de natureza mandamental e com status constitucional⁴², tendo por finalidade ser 'uma ação constitucional de caráter penal e de procedimento especial, isenta de custas [...] e que visa evitar ou cessar violência ou ameaça na liberdade de locomoção'⁴³. Dissequemos essa definição.

Trata-se de ação autônoma de ordem mandamental, da qual decorre sentença condenatória mandamental. No âmbito da doutrina do processo civil, essa modalidade de sentença pode ser entendida como a sentença condenatória cuja efetivação se dá exclusivamente através do emprego de meios coercitivos (como

qualquer conduta que se encontre em contrariedade ao ordenamento jurídico, enquanto que o "abuso de poder" se refere a conduta que ocorre em nome do ordenamento jurídico, mas que por ele não é prevista ou autorizada.

⁴⁰ CORDERO, Franco. Procedimento penal: Tomo II. Bogotá: Temis, 2000, p. 447. [CORDERO, Franco. Procedimiento Penal, cit., v. 2, p. 447.]

⁴¹ "Hoje, parece não haver mais dúvida tratar-se realmente de ação mandamental, a exemplo do mandado de segurança, que com ele guarda grande semelhança. Não obstante encartado no CPC como um capítulo do título 'dos recursos' (Livro III, Título II, Capítulo X), certas características o afastam deste conceito, colocando-o como verdadeira ação, senão vejamos: o recurso pressupõe uma decisão judicial recorrível, já o habeas corpus pode ser impetrado mesmo após o trânsito em julgado da sentença, se houver qualquer constrangimento ilegal no processo-crime que a precedeu; recurso exige decisão judicial, enquanto que para o habeas corpus, muitas vezes, bastará a simples ameaça de violência ou coação na liberdade de locomoção, não consubstanciada necessariamente em qualquer ato de jurisdição. Por fim, como é cediço, o recurso não abre uma nova instância, mas busca um novo julgamento na fase de conhecimento, que ganha, por assim dizer, uma prorrogação". DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. Curso de Processo Penal. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 526.

⁴² LOPES JR., Aury. Direito processual penal – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. P. 1380.

⁴³ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003, p. 139.

multas, por exemplo), o que resulta da natureza do dever jurídico a ser cumprido”⁴⁴.

O habeas corpus é mandamental, portanto, tendo em vista que sua finalidade última é a emissão de ordem judicial destinada à uma autoridade coatora visando que a mesma cesse a coação; é ainda possível que se trate de sentença que produza efeitos no sentido de prevenir eventual coação por determinada entidade estatal potencialmente coatora.

Vale ressaltar a existente impossibilidade de dilação probatória ao longo do procedimento tendo em vista que é ação de cognição sumária, ou seja, limitada. Não é possível considerar válida a dilação probatória em sede de HC pelo fato de que se trata de objeto de cognição exauriente, somente possível ao fim da instrução criminal, adequando-se ao Princípio do Devido Processo Legal⁴⁵. Não é, contudo, vedado o debate acerca de prova pré-constituída, ou seja, será válido o debate que se debruce sobre prova anexada ao processo por meio da petição inicial.

O advento do Habeas Corpus, principalmente nos moldes inicialmente trazidos pela doutrina anglo-saxã com a Magna Carta de 1215, se encontra intimamente correlacionado com o aprofundamento das garantias de direitos fundamentais, principalmente com aqueles de 1ª dimensão.

Especificamente em relação ao histórico brasileiro do

⁴⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro – 4. Ed. Rev e atual. – [2. Reimpr.] – São Paulo: Atlas, 2018.

⁴⁵ “O ‘Habeas Corpus’ não constitui instrumento processual adequado ao exame da procedência ou da improcedência da acusação formulada pelo órgão ministerial, pois são vedadas incursões em aspectos que demandam dilação probatória e valoração do conjunto de provas produzidas, hipótese somente admissível após o encerramento da instrução criminal em respeito ao Princípio do Devido Processo Legal”. HC 0000244-43.2017.7.00.0000, Rel. Min. Ten. Brig. Ar CLEONILSON NICÁCIO SILVA. Disponível em <https://eproc2g.stm.jus.br/eproc_2g_prod/externo_controlador.php?acao=processo_seleciona_publica&acao_origem=processo_consulta_publica&acao_retorno=processo_consulta_publica&num_processo=00002444320177000000>. <<https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/01/criminal2007.pdf>> Acesso em 22/09/2020.

instituto, o habeas corpus foi incluído, primeiramente, no Decreto de 23 de maio de 1821⁴⁶, depois no Art. 340 do Código do Processo Criminal de 29 de novembro de 1832⁴⁷, no Art. 18 da Lei nº 2.033 de 20 de setembro de 1871⁴⁸, no Art. 45 do Decreto nº 848 de 11 de outubro de 1890⁴⁹, e foi encampado constitucionalmente, pela primeira vez, por meio do Art. 72, § 22 da CF/1891⁵⁰.

Com a inserção constitucional do instituto, diversos debates jurídicos acerca da abrangência do mesmo foram originados na vigência do texto constitucional de 1891. Dentre eles, o principal era o debate existente entre a corrente que pregava maior abrangência – capitaneada por Rui Barbosa – e a corrente mais restritiva, capitaneada pelo então Min. Pedro Lessa. Com o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Habeas Corpus nº 3.697/1914, foi então encampada a doutrina de Rui Barbosa que, sob a premissa de falta de outros remédios

⁴⁶ Decreto do Príncipe Regente de 23 de maio de 1821: “Todo cidadão que entender que ele, ou outro, sofre uma prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de habeas corpus a seu favor”. Disponível em: <<http://www.presidencia.pt>>. Acesso em: 10.10.2020.

⁴⁷ Código do Processo Criminal do Império do Brasil, Art. 340: “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”. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10.10.2020.

⁴⁸ Lei nº 2.033/1871, art. 18: “Tem lugar o pedido e concessão da ardem de habeas corpus ainda quando o impetrante não tenha chegado a sofrer o constrangimento corporal, mas se veja dele ameaçado”. Apesar de o artigo 340 do CPP de 1832 ter previsto o habeas corpus com caráter liberatório para o Brasil, apenas com o artigo 18 da Lei nº 2.033 de 20 de setembro de 1871 foi criado o habeas corpus preventivo no Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10.10.2020.

⁴⁹ Decreto nº 848/1890, Art. 45: “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 no de outrem”. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10.10.2020.

⁵⁰ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, em seu Art. 72, §22 (Redação originária), definia que: “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.”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 10/10/2020.

tais como o Mandado de Segurança⁵¹, alegava que o instituto deveria ter um escopo de atuação mais abrangente, autorizando que o mesmo fosse utilizado na proteção de outros direitos que tivessem a liberdade de locomoção como condição de exercício.

Posteriormente, seu escopo de atuação volta a ser mais reduzido com a redação da Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926⁵², se limitando a tutelar o direito de liberdade, e não mais os dele decorrentes. Já na constituição de 1934 o instituto aparece no Art. 113, XXIII, em que o escopo de atuação teve acréscimos no campo das restrições, qual seja a exclusão da incidência do instituto no âmbito das transgressões disciplinares⁵³. Na evolução constitucional brasileira, os artigos 141, § 23 da CF/1946; 150, § 20º da CF/67 e 153, §20 EC 1/69, que regularam o instituto antes da atual redação, dada com a Constituição de 1988, em suma, repetiram o texto da CF/34, inclusive vedando sua aplicação no caso das transgressões disciplinares.

É possível, portanto, que se faça o paralelo entre o instituto e os direitos inerentes aos deveres de inércia do Estado frente seus jurisdicionados, trazidos, principalmente, pela 1ª

⁵¹ O instituto nasce em sede constitucional somente com o Art. 113, XXXIII da Constituição de 1934, que garantia que: “Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do habeas corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitorias competentes”.

⁵² Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, em seu Art. 72, §22 (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926), definia que: “Dar-se-ha o habeas-corpus sempre que alguém sofrer ou se achar em imminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 10/10/2020.

⁵³ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, em seu Art. 113, XXIII, definia que: “Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer, ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões, disciplinares não cabe o habeas, corpus”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 10/10/2020.

geração dos direitos fundamentais; nesse caso, o dever do Estado de se abster da prisão de indivíduo com sua liberdade de ir e vir ilegalmente retirados, de modo que, dentro deste paradigma, os direitos fundamentais acabaram concebidos como limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados”⁵⁴.

Alguns aspectos fundamentais devem então ser pontuados. Primeiramente, conforme previsão legal do Art. 654 do CPP, verifica-se que a impetração da ação pode ser realizada por qualquer pessoa, em seu favor, ou de outrem, bem como pelo Ministério Público”. Visando maior possibilidade de defesa dos particulares frente ilegalidades – ausência de motivos legalmente justificáveis – e abusos de autoridade por parte do poder estatal, há aqui, portanto, uma ampliação da legitimidade ativa na propositura da ação.

O objeto do Habeas Corpus será a violação ao direito de locomoção proveniente qualquer ato ilegal ou com abuso de autoridade, praticado tipicamente pelo poder público, não sendo vedado a impetração do instrumento contra ato de particular – seja pessoa física ou jurídica⁵⁵. Existem, contudo, algumas limitações à sua aplicação, como a impossibilidade de impetração contra os casos de proteção disciplinar e contra os casos de prisão administrativa, seguindo a redação dos artigos 647 e 650, §2º do CPP, além do §2º do Art. 142 da CRFB/88.

Ímpar destacar que o instrumento, na doutrina brasileira, apresenta uma dupla faceta. Pela própria redação constitucional, o HC será concedido sempre que o indivíduo sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de lo-

⁵⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 12-13.

⁵⁵ “Situações assim podem ocorrer nos casos de restrições de liberdade realizadas por seitas religiosas; estabelecimentos hospitalares (não concedendo “alta” do paciente até que a conta seja paga); internações de doentes mentais ou de dependentes químicos em clínicas contra sua vontade; internações de idosos, contra sua vontade, por parte da família, em clínicas geriátricas etc”. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal* – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1396.

comoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. Ou seja, o instrumento defende não só aqueles que já estão constrangidos de forma indevida como também aqueles que possuem uma potencialidade concreta de constrição futura.

Duas são, portanto, as espécies de HC, quais sejam o modelo repressivo o modelo preventivo – também conhecido como salvo conduto.

3. O HABEAS CORPUS ENQUANTO INSTRUMENTO DE TUTELA COLETIVA DE DIREITOS

O instrumento processual objeto do presente estudo, via de regra, quando do seu julgamento, gera efeitos somente inter partes, revertendo o quadro de ilegalidade ou abuso de poder em relação única e exclusivamente ao paciente daquele procedimento processual, não havendo o que se falar em possibilidade da tutela de direito de locomoção de uma coletividade.

Esse entendimento foi adotado durante todo o histórico do instituto desde o início da vigência da redação do Art. 72, § 22 da CF/1891.

Contudo, com o julgamento do HC 143.641⁵⁶, o Supremo Tribunal Federal ampliou o escopo de atuação desse tão importante instrumento processual. Diametralmente oposto ao caráter individual e inter partes, o paciente do referido julgamento eram todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no Sistema Penitenciário Nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mãos com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças”.

Ou seja, um novo paradigma foi criado em relação ao instituto. Houve, portanto, uma extensão dos seus efeitos,

⁵⁶

Disponível

em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>>. Acesso em 15/10/2020.

garantindo que esses fossem produzidos em caráter transcendente e erga omnes, beneficiando uma coletividade quantitativamente indeterminada e gerando efeitos que poderiam ser pleiteados em todo o judiciário.

Nesse diapasão, o Relator do caso, Min. Ricardo Lewandowski, se manifestou no sentido de que “é chegada a hora de agirmos com coragem e darmos uma abrangência maior a esse histórico instrumento que é o Habeas Corpus”, complementando ainda que “numa sociedade burocratizada, a lesão pode assumir caráter coletivo e, neste caso, o justo consiste em disponibilizar um remédio efetivo e funcional para a proteção da coletividade”⁵⁷.

Quando da impetração desse instrumento processual em caráter coletivo, há uma mudança acerca da legitimidade ativa. Enquanto o HC em caráter individual pode ser impetrado por qualquer indivíduo, até mesmo por terceiro sem procuração, o HC em caráter coletivo deverá ter como legitimados ativos, por analogia, conforme interpretação adotada no supracitado julgamento, os mesmos previstos para o mandado de injunção coletivo, quais sejam aqueles constantes do Art. 12⁵⁸ da Lei do

⁵⁷ Vide: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-20/supremo-concede-hc-coletivo-presas-gravidas-maes-criancas>>. Acesso em 15/10/2020.

⁵⁸ Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido:

I.- pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis;

II.- por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária;

III.- por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial;

IV.- pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LX- XIV do art. 5º da Constituição Federal. Parágrafo único. Os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidos por mandado

Mandado de Injunção (Lei 13.300/2016).

Tal foi a mudança de perspectiva acerca do uso do instrumento processual que os Tribunais estaduais vêm proferindo, no âmbito do enfrentamento à propagação da COVID-19 no sistema penitenciário, decisões em caráter coletivo seguindo esse modelo⁵⁹.

Pode-se afirmar que houve, desde o julgamento do primeiro HC coletivo admitido pelo STF, uma forte expansão da admissão do referido instrumento visando a tutela de direitos de coletividades. Essa mudança de paradigma tem sido, inclusive, presente em reportagens de veículos de imprensa, trazendo-a para o debate público.

Além do exemplo bem-sucedido do Rio de Janeiro, em que a Defensoria Pública carioca pleiteou que 3 mil presos do regime semiaberto, beneficiários da visita periódica ao lar e de medida de segurança com saída terapêutica, tivesse a prorrogação do prazo de retorno às respectivas unidades

de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria.

⁵⁹ No caso do julgamento do HC nº 0061763-02.2020.8.19.0000 pela 1ª Câmara Criminal do TJRJ, consta do acórdão que: “No presente caso, a ação constitucional foi impetrada de forma coletiva, reunindo todos os apenados (referidos nas alíneas “c” e “d” – decisão do item 1-anexo1 ou fls. 6-doc. 1-anexo1) que deveriam retornar às unidades prisionais de origem, indicando a Vara de Execuções Penais como autoridade coatora. Como é de conhecimento, o habeas corpus é utilizado quando alguém sofre, ou se acha na iminência de sofrer, um constrangimento ilegal, em sua liberdade de ir e vir, não admitindo exame mais aprofundado da prova. A referida ação constitucional pode ser impetrada por qualquer pessoa, não necessitando habilitação ou representação de advogado, sendo gratuita. Quanto ao habeas corpus coletivo a legitimidade ativa está delineada no artigo 12 da Lei 13.300/2016, por analogia ao disposto em relação ao mandado de injunção coletivo. [...] Devemos nos recordar que, após o julgamento do habeas corpus nº 143.641/SP, pelo Supremo Tribunal Federal, a ação constitucional para tutelar o interesse coletivo em sentido estrito, passou a ser admitido. Assim sendo, considerando que a Defensoria Pública está inserida no rol acima, bem como a atual jurisprudência do STF, conheço da ação constitucional”.

Disponível em:
<<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004B379B67E4F10C-C0A734E09CD939ABD0BC50D372A4319&USER=>>>. Acesso em: 15/10/2020.

prisões para mais 90 dias a partir da data do julgamento, existem também debates de tutela coletiva de direitos por meio de HC no estado de São Paulo. No conturbado caso paulista, a Defensoria Pública paulista buscava obter judicialmente a possibilidade de que todos os presos cautelares idosos daquele estado ficassem em prisão domiciliar enquanto durasse a epidemia de COVID-19⁶⁰.

Percebe-se ainda que o tema se encontra em constante evolução jurisprudencial. A despeito do primeiro entendimento proferido pelo STF no caso do HC 143.641, um novo HC coletivo (nº 165.704) ampliou os efeitos do anterior. Foi determinada, por unanimidade pela 2ª Turma da Corte, a substituição da prisão cautelar dos pais e responsáveis por crianças menores e pessoas com deficiência”, desde que atendidos certos requisitos⁶¹.

⁶⁰ Para maiores informações do caso: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-27/stj-manda-tj-sp-distribuir-hc-coletivo-favor-presos-idosos>>. Acesso em 15/10/2020.

⁶¹ Decisão: A Turma, por votação unânime, conheceu e concedeu a ordem de habeas corpus coletivo, para determinar a substituição da prisão cautelar dos pais e responsáveis por crianças menores e pessoas com deficiência, desde que observadas as seguintes condicionantes: (i) presença de prova dos requisitos do art.318 do CPP, o que poderá ser realizado inclusive através de audiência em caso de dúvida sobre a prova documental carreada aos autos; (ii) em caso de concessão da ordem para pais, que haja a demonstração de que se trata do único responsável pelos cuidados do menor de 12 (doze) anos ou de pessoa com deficiência, nos termos acima descritos; (iii) em caso de concessão para outros responsáveis que não sejam a mãe ou o pai, a comprovação de que se trata de pessoa imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; (iv) a submissão aos mesmos condicionamentos enunciados no julgamento do HC nº 143.641/SP, especialmente no que se refere à vedação da substituição da prisão preventiva pela segregação domiciliar em casos de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça, ou contra os próprios filhos ou dependentes; (v) a concessão da ordem, em caráter emergencial, nos casos elencados na Recomendação nº 62/2020 do CNJ, para substituição da prisão preventiva por domiciliar ou concessão de saída antecipada do regime fechado ou semiaberto, nos termos da Súmula Vinculante 56 desta Corte; (vi) a comunicação da ordem ao DMF para acompanhamento da execução; (vii) a expedição de ofício a todos os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, com cópia desta decisão, para que comuniquem a esta Corte os casos de concessão de habeas corpus com base neste julgamento, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias. Prosseguindo, a Turma determinou que com a chegada das informações, haja a

Interessante ainda observar que neste último HC, o impetrante era um estudante de graduação em direito. Por não constituir figura legítima para a impetração de HC Coletivo, na forma do Art. 12 da Lei 13.300/16, o relator do caso, Min. Gilmar Mendes, procedeu à intimação da Defensoria Pública da União (DPU) para que a mesma informasse se haveria ou não interesse em passar a integrar o polo ativo da demanda, sendo ainda possível que apresentasse subsídios fáticos relativos à demanda⁶².

4. CONCLUSÃO

É inegável, portanto, a diferença de tratamento jurisdicional apresentado pelo judiciário ao julgar casos de diferentes grupos sociais. Exemplo dessa realidade é o próprio histórico de existência do Habeas Corpus Coletivo.

Há um precedente em especial que foi fundamental para a criação do instituto em seu caráter coletivo, qual seja o Habeas Corpus de nº 151.057/DF impetrado por Adriana Ancelmo, sendo necessário apresentar seu contexto. A paciente, ex-esposa de Sérgio Cabral, ex-governador do Rio de Janeiro, buscou judicialmente o deferimento de direito que lhe era negado, qual seja o cumprimento de prisão em regime domiciliar tendo em vista que possuía filho menor de 12 (doze) anos de idade incompletos.

Ora, havendo previsão legal expressa autorizativa de cumprimento de pena em regime menos severo, deve-se questionar não a concessão favorável ao pedido da defesa de

reavaliação das medidas de fiscalização e monitoramento necessárias ao cumprimento do acórdão, na forma acima descrita, nos termos do voto do Relator. Falou, pelos pacientes, o Dr. Gustavo deAlmeida Ribeiro, Defensor Público da União e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. José Elaeres Marques Teixeira. Presidência do Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma, 20.10.2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5596542>>. Acesso em 15/10/2020.

⁶² Vide: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/hc-estudante-stf-22102020>>. Acesso em 25/10/2020.

Ancelmo, mas sim o motivo pelo qual a norma havia sido ignorada anteriormente.

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes, acertadamente, ao conceder em parte o pedido da defesa afirma que: “Em suma, a questão da prisão de mulheres grávidas ou com filhos sob seus cuidados é absolutamente preocupante, devendo ser observadas, preferencialmente, alternativas institucionais à prisão, que, por um lado, sejam suficientes para acautelar o processo, mas que não representem punição excessiva à mulher ou às crianças. O caso é bastante semelhante ao mencionado HC 136.408, no qual a Primeira Turma deferiu a ordem – mulher com filho na faixa dos onze anos de idade, presa em conjunto com o pai das crianças. A prisão do pai reforça a imprescindibilidade da mãe para os cuidados dos filhos. A condição social das mães ou mulheres grávidas não é relevante. Vários dos casos em que esta Corte concedeu tutela judicial eram de habeas corpus patrocinados pela Defensoria Pública – HCs 134.104, 134.069; 133.177; 130.152 e 128.381”.

A partir da publicização midiática do caso e da decisão supra (proferida em 18 de dezembro de 2017), ficou evidente o tratamento discrepante dado pelo judiciário em relação aos seus diferentes jurisdicionados, principalmente sob uma ótica classista.

Dessa forma, poucos meses depois (20 de fevereiro de 2018) houve a decisão favorável ao pedido da Defensoria Pública da União para que “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” tivessem a prisão preventiva convertida em prisão domiciliar.

Com tal decisão, o Supremo Tribunal Federal, além de inovar na ordem jurídica, sendo favorável à concessão de Habeas Corpus em caráter coletivo com efeitos transcendentes,

também realizou uma de suas mais importantes funções: ser um agente defensor da justiça.

Apesar de tal função ser inerente ao exercício constitucionalmente previsto (Art. 102 CRFB/88) do órgão de cúpula do judiciário brasileiro, é necessário que a mesma seja evidenciada em meio a um cenário de descumprimentos sistemáticos de direitos, tanto no âmbito do cotidiano social pela desigualdade extrema e falta de efetivação de direitos basilares quanto por meio do judiciário e suas distorções, tipicamente em desfavor de indivíduos menos abastados.

Desse modo, o que se conclui, é que, apesar de parecer o óbvio numa perspectiva garantista, tendo em vista ser o Habeas Corpus ser cabível em razão de “ilegalidade ou abuso de poder”, tal instrumento em seu caráter coletivo, pela simples efetivação de direitos legalmente garantidos, é apto a mitigar o encarceramento massivo na realidade prisional brasileira.



5. REFERÊNCIAS

- CÂMARA, Edson de Arruda. O habeas corpus e o interdictum de homine libero exhibendo. Revista de informação legislativa, v. 23, n. 92, p. 291-316, out./dez, 1986. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181749>>. Acesso em: 23/09/2020.
- CORDERO, Franco. Procedimento penal: Tomo II. Bogotá: Temis, 2000, p. 447.
- DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. Curso de Processo Penal. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 526.
- GÓES, Luciano. A tradução de Lombroso na obra de Nina Rodrigues: o racismo como base estruturante da

- criminologia brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2016.
- Gráficos 12, 13 e 14. Levantamento de Informações Penitenciárias - INFOPEN, Junho/2016.
- Gráfico 18. Levantamento de Informações Penitenciárias - INFOPEN, Junho/2016.
- HASHIMOTO, Érica Akie (2011). Número de mulheres encarceradas cresceu nos últimos 5 anos. IBCCRIM.
- INFOPEN Mulheres – 2ª edição. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.
- LOPES JR., Aury. Direito processual penal – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p, 1380.
- MASSAÚ, G. C. A história do Habeas Corpus no Direito Brasileiro e Português. Revista Ágora, [S. l.], n. 7, 2008. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/agora/article/view/1919>. Acesso em: 24 set. 2020.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado das Ações. v. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- MORAES, Alexandre de. Direito constitucional - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003.
- NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- SALLES, Ricardo Henrique. O Império do Brasil no contexto do século XIX. Escravidão nacional, classe senhorial e intelectuais na formação do Estado. Almanack, n. 4, p. 5-45, 2012. Disponível em: < <https://www.scielo.br/pdf/alm/n4/2236-4633-alm-04-00005.pdf> >. Acesso em: 15/10/2020.
- SANTA RITA, Rosangela Peixoto. Mães e crianças atrás das grades: em questão o princípio da dignidade da pessoa humana. Tese (Mestrado em Política Social) – Departamento de Serviço Social da Univerdade de Braília – UnB. Brasília, 2006. Disponível em: <

https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/6377/1/2006_Rosangela%20Peixoto%20Santa%20Rita.pdf>. Acesso em 05/11/2020.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SILVA, Jose Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo – 37. ed. – São Paulo: Malheiros, 2014.