

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

ACESSO À JUSTIÇA I

JOÃO PAULO KULCZYNSKI FORSTER

KARYNA BATISTA SPOSATO

SERGIO PEREIRA BRAGA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

A174

Acesso à justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: João Paulo Kulczynski Forster; Karyna Batista Sposato; Sergio Pereira Braga – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-578-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

ACESSO À JUSTIÇA I

Apresentação

Com enorme satisfação apresentamos o Grupo de Trabalho (GT) denominado “Acesso à Justiça I” do XXVII Encontro Nacional do CONPEDI Salvador /BA promovido pelo CONPEDI em parceria com a Universidade Federal da Bahia – UFBA, por meio do seu Programa de Pós-Graduação em Direito com o tema “DIREITO, CIDADE SUSTENTÁVEL E DIVERSIDADE CULTURAL” realizado entre os dias 13 a 15 de junho de 2018 na Faculdade de Direito da UFBA em Salvador.

A presente publicação reúne o conjunto de artigos apresentados e discutidos no referido Grupo de Trabalho, abordando temas diversos e atuais atinentes ao “Acesso à Justiça”. Para fins de apresentação e discussão dos trabalhos, foi proposta pelos coordenadores do GT, uma sub-divisão temática que correspondeu a artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação do país, nos seguintes enfoques: Mediação e mecanismos alternativos de resolução de conflitos; Acesso à Justiça de Grupos vulneráveis e minoritários; Questões ambientais e outros trabalhos diversos.

A mesma subdivisão foi adotada para a presente coletânea, oportunizando uma leitura crítica e contextualizada dos trabalhos, e mais que isso, a identificação de linhas comuns de pesquisa e investigação por parte dos pesquisadores e programas de pós-graduação em Direito que se fizeram presentes.

Assim, em matéria de Mediação e Mecanismos alternativos de resolução de conflitos, o trabalho intitulado “A Arbitragem e o precedente arbitral e judicial – uma análise comparativa entre Brasil e EUA” inaugura a temática trazendo ponderações acerca da presença das soluções alternativas de conflito no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 e da arbitragem como mecanismo capaz de escapar da lógica dos precedentes. Já o trabalho “A (in)efetividade do direito fundamental de acesso à justiça ao excesso de judicialização: a mediação como instrumento garantidor de acesso a direitos” problematizou a cultura do litígio presente na realidade brasileira e as dificuldades de realização da mediação extrajudicial por todos os cartórios, assim como as dificuldades de diferenciação entre conciliação e mediação, a partir de uma pesquisa empírica realizada no Rio de Janeiro. Outro trabalho, “Resolução de conflitos: do jeito à solução” também abordou a dimensão distorcida do constitucionalismo brasileiro tendente a uma cultura jurídica demandista e burocratizada que inibe a real solução dos conflitos e o acesso à Justiça.

De igual dimensão crítica, e adotando a perspectiva comparada, o trabalho “A mediação no contencioso administrativo espanhol” apontou o Estado como principal litigante e o hiato entre a previsão normativa e a prática das instituições, levando à descrença por parte da cidadania, sugerindo por fim, a via da mediação administrativa como importante via de promoção do acesso à justiça. Ainda no que concerne às dificuldades de acesso ao Sistema de justiça, o trabalho intitulado “Reforma do Sistema de Justiça numa perspectiva de direitos humanos: proposições a partir de estudo de casos” demonstra, utilizando-se de estudo empírico, que em se tratando de casos de direitos humanos, muitas vezes o Poder Judiciário e o Ministério Público apresentam atuações pessoalizadas ou indiferentes.

O trabalho “Acesso à Justiça por meio da atermção nos juizados especiais cíveis estaduais”, encerrou o primeiro bloco, indicando aspectos relativos ao funcionamento dos juizados especiais cíveis e a capacitação dos técnicos envolvidos na caracterização dos conflitos.

O segundo conjunto de trabalhos, versando sobre grupos vulneráveis e/ou minoritários foi iniciado pelo trabalho “Dificuldades enfrentadas pelo índios Xoleng Laklãnõ para o acesso à justiça na Comarca de Ibirama.” O estudo se baseou em dados coletados na comarca mencionada, examinando desde a dificuldade geográfica de acesso até questões de ordem técnica, como o acesso a advogados. Seguiu-se o trabalho intitulado “Direito de acesso à justiça dos refugiados: um estudo sob a perspectiva da nova lei migratória” ao abordar o problema de migrantes indocumentados e sem acesso à justiça, tema de enorme atualidade. Em seguida, o trabalho “A crise do Estado quase-moderno e desafios na efetivação do acesso à justiça para pessoas em condições de vulnerabilidade” evidenciou a vulnerabilidade dos réus, instalada por dentro do próprio processo penal.

Na seqüência, o trabalho “O acesso à justiça e adequação procedimental aplicadas aos direitos humanos – exame do Habeas Corpus coletivo nº143.641/SP”, tendo como premissa a adaptabilidade procedimental de um novo modelo de processo civil constitucionalizado, colocou em relevo a utilização de remédio constitucional como instrumento de salvaguarda da liberdade e portanto apto a realizar o direito material em detrimento de formalismos processuais em benefício de mulheres encarceradas grávidas ou lactantes.

O trabalho “Da crise de representação à crise de jurisdição e seus reflexos ao acesso à justiça” discutiu os limites do presidencialismo de coalisção e seu impacto na jurisdição e na efetivação do acesso à justiça. Outro trabalho, intitulado “Da Sesmaria ao entrave burocrático à concessão da propriedade plena”, utilizando-se de pesquisa empírica etnográfica aplicada ao Direito apontou criticamente os problemas existentes no registro imobiliário decorrentes e

sua interferência no reconhecimento do direito à propriedade. Encerrou o segundo bloco o trabalho intitulado “Cooperador da atividade judicial: os negócios jurídicos processuais”, examinando a possibilidade de realização da ‘contratualização’ do processo e quais seriam seus limites.

O terceiro subgrupo, relacionado aos temas ambientais, esteve representado por dois trabalhos. O primeiro, “Acesso à justiça pela via do processo coletivo ambiental: uma abordagem acerca do (des)compasso entre a estrutura normativa brasileira e o ideal democrático participativo” abordou a necessidade e importância de audiências públicas no âmbito das ações ambientais. E o segundo trabalho, “Acesso à justiça, ação civil pública e Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro: defesa do meio ambiente a partir da lei nº 11.448/2007” procurou discutir os resultados em matéria ambiental da lei que incluiu a Defensoria Pública no rol de legitimados da Ação civil, a partir de um projeto de pesquisa de doutorado.

O último trabalho, intitulado “Acesso à justiça e o direito humano à internet: convergências e possibilidades numa sociedade em rede” abordou tema inovador em torno da Emenda ao artigo 6º da CF/88 e a percepção do direito à internet como um direito humano.

Como se observa, os textos ora reunidos traduzem a riqueza das discussões oportunizadas pelo Encontro e oferecem um panorama de temas atuais sobre o Acesso à justiça e sua efetivação para todos os pesquisadores que desse tema se ocupam.

Agradecemos a todos que contribuíram para este resultado, em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Desejamos uma prazerosa leitura!

Salvador, junho de 2018.

Profa. Dra. Karyna Batista Sposato – Universidade Federal de Sergipe (UFS)

Prof. Dr. João Paulo Kulczynski Forster – UniRitter

Prof. Dr. Sergio Pereira Braga – UNINOVE

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O ACESSO À JUSTIÇA E A ADEQUAÇÃO PROCEDIMENTAL APLICADAS AOS DIREITOS HUMANOS – EXAME DO HABEAS CORPUS COLETIVO Nº 143.641/SP

ACCESS TO JUSTICE AND PROCEDURAL ADEQUACY APPLIED TO HUMAN RIGHTS – EXAM OF THE COLLECTIVE HABEAS CORPUS N. 143.641/SP

João Paulo Kulczynski Forster ¹
Camila Mousquer Buralde ²

Resumo

Todo direito material em crise necessita de uma correspondente técnica processual que o assegure. A mesma situação se aplica aos direitos humanos, só que de forma muito mais delicada. Partindo dessa premissa, oferece-se estudo que examina, em primeiro momento, as ondas renovatórias no acesso à justiça, passando ao exame das tutelas coletivas e correspondente efetividade jurisdicional. Realizadas estas considerações, examina-se o conceito atual de adaptabilidade procedimental, concluindo com o exame do Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP, que se revelou instrumento relevante para a proteção de direitos humanos.

Palavras-chave: Habeas corpus, Direitos humanos, Acesso à justiça, Adaptabilidade procedimental, Crise processual

Abstract/Resumen/Résumé

Every substantial right in crisis needs a corresponding procedural technique to ensure it. The same situation applies to human rights, but in a much more delicate way. Based on this premise, a study is presented that examines, in the first moment, the waves of renewal regarding the access to justice, passing to the examination of collective remedies and corresponding jurisdictional effectiveness. Based on those considerations, it is examined the current concept of procedural adaptability, concluding with the analysis of the Collective Habeas Corpus n. 143.641/SP, which proved to be a relevant instrument for the protection of human rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Habeas corpus, Human rights, Access to justice, Procedural adaptability, Procedural crisis

¹ Mestre e Doutor em Direito (UFRGS). Professor da Graduação e do Mestrado em Direitos Humanos Centro Universitário Ritter dos Reis (Laureate International Universities).

² Pós-graduada em Direito Imobiliário (Uniritter) e Direito Processual Civil (IDC). Mestranda em Direitos Humanos pela Uniritter.

1. INTRODUÇÃO

O acesso à justiça é assunto dos mais relevantes não apenas para o direito processual, mas também para a necessária realização, proteção, do direito material. A verdade é que tal tema ganhou feições muito mais complexas desde o início e aprofundamento de seu estudo, a partir dos anos sessenta do século XX. Muito mais do que simplesmente *acesso*, ganhou corpo de efetividade e trato equitativo: “o direito formal de formular uma demanda, atribuído aos indivíduos, se transformou em direito de todos os cidadãos a disfrutar de um acesso à justiça igualmente reconhecido”, oportunizando “uma perspectiva completamente diferente, na qual os conteúdos das garantias de acesso à justiça se fazem muito mais amplos e muito mais complexos” (Tudo por TARUFFO, 2009, p. 33).

Essa complexidade revela a *necessidade* de que não apenas o legislador forneça, no corpo das leis, meios de acesso, permanência e obtenção de resultado justo em um processo, mas que o magistrado, dentro de seus poderes e limites, coopere na construção de um processo justo que atenda às necessidades de efetivação dos direitos materiais e, ainda mais especialmente, dos direitos humanos. Observa-se que o acesso à justiça se configura como um direito humano na medida em que encontra previsão em diferentes instrumentos internacionais de direitos humanos, como, por exemplo, no art. 25 do Pacto de São José da Costa Rica.

Nessa linha, se percebe que mesmo remédios constitucionais tradicionais, como o *habeas corpus*, ainda carecem de maior densificação para que o objetivo de alcançar a liberdade aos pacientes seja atingido. No particular do caso das mulheres em condições especiais (gestantes, puérperas e mães com crianças de até 12 anos de idade) submetidas à prisão cautelar, o tema se mostra bastante complexo. O ajuizamento – e julgamento – de demandas individualizadas para essas mulheres, que ostentam o mesmo direito – considerado como *individual homogêneo*, na modalidade de demandas individuais, asoberbaria o Poder Judiciário e não traria a necessária efetividade a todo ao grupo. O resultado seria um tratamento desigual, na medida que algumas dessas mulheres obteriam sucesso, enquanto outras tantas tardariam a obter julgamento.

Por essas razões apresenta-se necessário o exame do HC nº 143.641/SP, com o objetivo de compreender as exigências para aplicação da técnica, identificando a possibilidade de sua replicação. Para tanto, será utilizada a metodologia de pesquisa bibliográfica, tanto a partir de artigos e livros como da própria jurisprudência, a partir dos métodos dedutivo e indutivo, este último particularmente aplicado ao próprio Habeas Corpus.

Nesse intuito, operou-se a divisão do artigo em 4 pontos sequenciais, principiando

pelo acesso à justiça e as ondas renovatórias para, em seguida, examinar as tutelas coletivas e sua efetividade. Estabelecidas tais premissas, discute-se o tema da adaptabilidade procedimental examinando, em derradeiro, o próprio conteúdo do HC 143.641/SP.

2. O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA E AS ONDAS RENOVATÓRIAS

O direito ao acesso à ordem jurídica justa, igualmente conhecido como o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, foi consagrado, pela Constituição Federal de 1988, como direito fundamental, positivado no art.5º, XXXV, ampliando sua abrangência para além da via repressiva, contemplando uma via preventiva (ameaça a direito).

No que se refere à expressão ‘acesso à justiça’ é possível destacar, dois sentidos bem definidos, o primeiro concebendo o termo Justiça como sinônimo de Poder Judiciário, momento em que o acesso seria a possibilidade de ingresso ao Judiciário e o segundo, a partir de uma visão axiológica do termo Justiça, que concebe o acesso como o alcance a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais. (RODRIGUES, 1994, p. 28).

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, “o direito de acesso à jurisdição – visto como direito do autor e do réu – é um direito à utilização de uma prestação estatal imprescindível para a efetiva participação do cidadão na vida social”. (2012, p. 314). Assim, a decisão proferida em um processo que ao longo da sua formação não contou com a participação efetiva dos envolvidos, carece de legitimidade.

Garantir a efetividade do processo se traduz na viga mestra do princípio do acesso á justiça, porém alguns obstáculos devem ser transpostos, tais como: a) eliminação das dificuldades para ingresso das demandas no âmbito econômico ou cultural, devendo ser superada pela assistência judiciária integral e gratuita, assim como, superar a regra individualista que estabelece a impossibilidade de pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico; b) observância do devido processo legal, oportunizando as partes uma ampla participação no processo; c) decisões justas e d) efetividade das decisões. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2012, p. 53-54)

Calha no ponto transcrever parte do voto do Ministro Ayres Brito no julgamento do HC 94.000¹, que define pontualmente a questão da efetividade das decisões.

¹HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DECISÃO INDEFERITÓRIA DE PROCEDIMENTO CAUTELAR. SUMULA 691/STF. ILEGALIDADE PERCEPTÍVEL DE PLANO. INTERNAÇÃO PREVENTIVA. BREVIDADE DE EXCEPCIONALIDADE. EXCESSO DE PRAZO CONFIGURADO. ILEGALIDADE DA RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DOS PACIENTES. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. É pacífica a jurisprudência deste STF no sentido da inadmissibilidade de

(...) Afinal, de nada valeria a constituição Federal declarar com tanta pompa e circunstância o direito á razoável duração do processo (e, no caso, o direito á brevidade e excepcionalidade da internação preventiva), se a ele não correspondesse o dever estatal de julgar com presteza. Dever que é uma das vertentes do altissonante regra constitucional de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” (inciso XXVV do art. 5º) . Dever, enfim, que, do ângulo do indivíduo, é constitutivo da tradicional garantia de acesso eficaz ao Poder Judiciário (“universalização da Justiça”, também se diz). E como garantia individual, a se operacionalizar pela imposição de uma dupla e imbricada interdição: a) interdição ao Poder Legislativo, no sentido de não poder afastar de apreciação judiciária todo tipo de lesão ou ameaça a direito; b) interdição aos próprios órgãos do Judiciário, na acepção de que nenhum deles pode optar pelo não-exercício do poder de decidir sobre tais reclamos de lesão ou ameaça a direito. É o que se tem chamado de *juízo de proibição do non liquet*, a significar que o Poder Judiciário está obrigado a solver ou liquidar as questões formalmente submetidas á sua apreciação. Esta a sua contrapartida, da qual não pode se eximir jamais.

O jurista Italiano Mauro Cappelletti (2002, p.35) ao tratar sobre as garantias fundamentais do processo em sua dimensão social identificou pontos sensíveis relacionados ao acesso à justiça, denominados de “ondas renovatórias do direito processual”, são elas:

2.1. Primeira Onda: Assistência Judiciária para os pobres

A *prima ondata* destina-se a proporcionar condições para que os indivíduos de classes menos favorecidas pudessem ter efetivo acesso ao Poder Judiciário. Durante anos, muitos países prestavam à assistência judiciária aos economicamente hipossuficientes se utilizando da mão de obra, não remunerada, dos profissionais da advocacia. Ocorre que, evidentemente, tal sistema era falho, pois tais profissionais, autônomos por excelência, não se dedicavam às causas onde a remuneração era inexistente.

impetração sucessiva de habeas corpus, sem julgamento definitivo do writ anteriormente impetrado. Tal jurisprudência comporta relativização, quando de logo avulta que o cerceio a liberdade de locomoção dos pacientes decorre de ilegalidade ou de abuso de poder (inciso LXVIII do art. 5º da CF/88).

2. No caso, a internação preventiva dos pacientes extrapola, em muito, o prazo assinado pelo art. 108 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ofensa à garantia da razoável duração do processo e ao amplo conjunto de direitos protetivos da juventude. Inteligência do inciso V do §3º da Constituição Federal.

3. Ordem conhecida e deferida. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.943/DF**. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Sessão Plenária. DJ. 06/08/2015. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9058261>>. Acesso em 25 de março de 2018.

Na tentativa de amenizar esta realidade, alguns países ocidentais agregaram esforços a fim de tornar viável o acesso dos menos favorecidos economicamente ao Poder Judiciário, o que culminou na criação diversos sistemas.

O primeiro, chamado de “*Sistema Judicare*”, garantia à assistência judiciária gratuita, porém os indivíduos deveriam enquadrar-se aos requisitos estabelecidos em lei. Os profissionais que exerciam sua nobre função, nesse sistema, tinham sua remuneração paga pelo Estado, pois “a finalidade do sistema *judicare* é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado.” (CAPPELLETTI, GARTH, 2002, p.35).

Em que pese o óbice da remuneração estivesse transposto, outros entraves foram percebidos. O sistema *judicare*, facilita o acesso aos meandros dos Fóruns, pois elimina a barreira dos custos. Contudo, acaba por limitar as espécies de direitos que serão levados à solução do poder judiciário, pois “não encoraja, nem permite que o profissional individual auxilie os pobres a compreender seus direitos e identificar as áreas em que se pode valer de remédios jurídicos.” (CAPPELLETTI, GARTH, 2002, p.38)

A dificuldade da aplicação, pura e simples, deste sistema, encontra guarida no fato de que os indivíduos de baixa renda eram vistos, apenas, em seus interesses individuais, restando desatendida a análise de sua situação como classe.

Em contra partida, surge o “modelo de assistência judiciária com advogados remunerados pelos cofres públicos”, porém numa sistemática diferente da anterior, pois à assistência judiciária era prestada por “escritórios de vizinhança”. Os profissionais pagos pelo Estado tinham a missão de promover o interesse dos economicamente hipossuficientes de forma coletiva, ou seja, analisando sua condição de classe. (CAPPELLETTI, GARTH, 2002, p.39)

A função da assistência judiciária gratuita passa a ser melhor desenvolvida neste sistema, pois prioriza a conscientização dos hipossuficientes de seus direitos, prestando informações jurídicas de forma pessoal e centrada nos interesses difusos das pessoas pobres.

No contexto nacional, o Poder Constituinte Originário de 1988 optou pelo sistema público ou oficial de assistência jurídica aos necessitados, desempenhado pela Instituição da Defensoria Pública. Estes profissionais trabalham em regime de dedicação exclusiva e são encarregados de promover os interesses dos necessitados enquanto classe, em suas próprias comunidades, ajuizando ações ou conscientizando-os de seus direitos e interesses. (SILVA, 2007, p. 13)

Por fim, podemos citar a escolha feita por alguns países, operando uma fusão entre os dois sistemas anteriores – *Judicare* e *Advogado remunerado pelos cofres públicos* -, “este

modelo combinado permite que os indivíduos escolham entre os serviços personalizados de um advogado particular e a capacitação especial dos advogados de equipe, mais sintonizados com os problemas dos pobres.” (CAPPELLETTI, GARTH, 2002, p.44).

2.2. Segunda Onda: Representação dos interesses difusos

A preocupação da *seconda ondata* residiu justamente na incapacidade de o clássico processo civil proteger os interesses difusos, situação que introduziu modificações no sistema processual com o incremento de novos instrumentos destinados a viabilizar demandas de natureza coletiva. No âmbito nacional, podemos citar a Lei da Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor, seguido de tantas outras leis tutelando interesses de crianças e adolescentes, pessoas idosas, probidade administrativa e a ordem econômica.

Neste contexto surge a *class action*, permitindo a representação de toda uma classe de pessoas num litígio específico. Em termos econômicos, este sistema atende o seu fim, pois “evita os custos de criar uma organização permanente”. Entretanto, atenta-se para o fato de que tal espécie de demanda exige “especialização, experiência e recursos em áreas específicas, que apenas grupos permanentes, prósperos e bem assessorados possuem”. (CAPPELLETTI, GARTH, 2002, p.60-61).

Importa frisar, que o sistema atual possibilita esta representação através de inúmeros legitimados, tais como: associações, sindicatos, Ministério Público, Defensoria Pública, entidades de classe, dentre outros. A inefetividade das decisões, assim como o dificultoso acesso ao Poder Judiciário, justifica-se, conforme defendido no presente trabalho, pela deficiente legislação que instrumentaliza o procedimento das tutelas coletivas. Tratando como faces da mesma moeda, o procedimento adotado para as demandas individuais e transindividuais.

2.3. Terceira Onda: Acesso à representação em Juízo, um novo enfoque de acesso à justiça

A *terza ondata* encorajou uma diversidade de reformas estruturais e procedimentais. Velhas estruturas do Poder Judiciário foram reformuladas, novos Tribunais foram criados, modificações no direito substantivo efetivadas e mecanismos privados e informais utilizados no sentido de inibir litígios e acelerar sua solução. Outra grande preocupação diz respeito à informação, pois prioriza-se uma difusão de direitos aos indivíduos que passam a ter consciência de seus direitos. Mais esclarecidos tendem, naturalmente, a exigir o cumprimento,

assim como aceitar os deveres impostos pelo ordenamento jurídico vigente.

Esta renovação dos institutos do Poder Judiciário pressupõe “a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio” posto à apreciação. O sucesso desta onda renovatória está calcado, não apenas, na reestruturação do Poder Judiciário e da conscientização dos titulares desses direitos, mas também das necessárias modificações legislativas. (CAPPELLETTI, GARTH, 2002, p.73)

A *class action* passa a ter papel importantíssimo nesse sistema, pois viabiliza o alcance de uma coletividade aos meandros do judiciário, assim como garante uniformidade nas decisões, além da agilidade na resposta dos litígios levados á análise.

Mauro Cappelletti conclui perfeitamente, ao assinalar a necessidade em “verificar o papel e importância dos diversos fatores e barreiras envolvidos, de modo a desenvolver instituições efetivas para enfrentá-los. O enfoque do acesso à justiça pretende levar em conta todos esses enfoques.”. (2002, p. 73)

3. AS TUTELAS COLETIVAS E A EFETIVIDADE JURISDICIONAL

Podemos conceituar tutela coletiva como o conjunto de procedimentos aptos a conferir proteção ou efetivação para uma situação jurídica em face de uma coletividade. No ordenamento jurídico vigente podemos identificar os seguintes instrumentos: a ação civil pública (Lei nº. 7.347/1985), ação de improbidade administrativa (Lei nº. 8.429/1992), a ação popular (Lei nº. 4.717/1965), as ações coletivas para defesa de direitos individuais e homogêneos (Art. 91 e ss. CDC), o mandado de segurança coletivo (Art. 5º, inc. LXX, da CF/88), o *habeas corpus* coletivo, dentre outros. (DIDIER; ZANETI, 2017, p.34-5)

Para melhor entendimento do tema, cumpre diferenciar direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

3.1. Interesses ou Direitos difusos

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 81, parágrafo único conceitua os interesses ou direitos difusos como sendo “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Para Teori Albino Zavascki (2011, p. 36), direitos difusos, sob o aspecto subjetivo, são os “transindividuais com indeterminação absoluta dos titulares” e, em não havendo titularidade individual a ligação entre os vários titulares difusos decorre de mera circunstância

de fato.

Por conta de sua natureza difusa, referidos direitos são insuscetíveis de apropriação individual, sua defesa em juízo deve se dar sob a forma de substituição processual, através de um representante adequado que atua em prol da coletividade; tendo por escopo resolver, ou ao menos amenizar o problema do acesso ao judiciário.

O regime de substituição processual, através de um representante adequado que atua em prol da coletividade, tem por escopo resolver, ou ao menos, amenizar o problema do acesso ao judiciário, pois inviabilizada a participação individual de todos os titulares do mesmo direito difuso posto *sub judice*, faz-se necessária à presença do representante, o qual atua independentemente da citação individual de cada interessado.

Sobre o tema, cumpre referir o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.943/2015², que garantiu a constitucionalidade da legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de Ação Civil Pública objetivando tutelar direitos transindividuais e individuais homogêneos, garantido aos mais necessitados o acesso à justiça, com embasamento no princípio da força normativa da constituição e da máxima efetividade das normas constitucionais. Destaca-se:

Legitimidade ativa da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública (art. 5º, II, da Lei 7.347/1985, alterado pelo art. 2º da Lei 11.448/2007). Tutela de interesses transindividuais (coletivos *stricto sensu* e difusos) e individuais homogêneos. Defensoria pública: instituição essencial à função jurisdicional. Acesso à justiça. Necessitado: definição segundo princípios hermenêuticos garantidores da força normativa da constituição e da máxima efetividade das normas constitucionais: art. 5º, XXXV, LXXIV, LXXVIII, da Constituição da República. Inexistência de norma de exclusividade do Ministério Público para ajuizamento de ação civil pública. Ausência de prejuízo institucional do Ministério Público pelo reconhecimento da legitimidade da Defensoria Pública.

A noção de máxima efetividade utilizada na decisão é absolutamente fundamental para o presente estudo. Aliada à percepção do processo enquanto instrumento com vista à obtenção de uma finalidade (tutela do direito material), algumas exigências legais podem ser superadas (como a da legitimidade para propositura da ACP) no intuito de se alcançar aquele objetivo.

3.2. *Direitos Coletivos stricto sensu*

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº. 94.000/Pi**. Relator Ministro Ayres Britto. Primeira Turma. DJ. 13/03/2009. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=580953>>. Acesso em 25 de março de 2018.

Analisando os direitos coletivos *stricto sensu* e os difusos sob o aspecto objetivo, identifica-se como característica comum a impossibilidade de divisão do bem jurídico tutelado, pois “não podem ser satisfeitos nem lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares” (ZAVASCKI, 2011, p. 36).

Esse ponto de convergência entre essas duas espécies de direitos faz com que no âmbito subjetivo, possamos classificá-los como direitos transindividuais, sendo assim, a coisa julgada resultante da análise do litígio beneficia ou prejudica indistintamente todos que mantêm uma relação jurídica-base com a parte demandada.

Nos direitos transindividuais não há titularidade individual certa, já que os mesmos pertencem a grupos, categorias ou classes de pessoas. Sua defesa em juízo também se viabiliza pelo instituto da substituição processual. (ZAVASCKI, 2011, p. 37).

3.3. Direitos Individuais Homogêneos

De forma muito sucinta o inciso III, do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor³ define os direitos individuais homogêneos como aqueles “decorrentes de origem comum” Assim, a relação jurídica criada entre as partes se dá em razão do fato lesivo, independente do lugar e do momento, gerando um direito homogêneo entre todos os titulares, porém individual e divisível.

Por serem de origem comum, a sentença deverá limitar-se a decidir o mérito de forma geral, para que futuramente os lesados, em ações de liquidação autônomas, possam valer-se dessa decisão para exigir a reparação dos danos individualmente sofridos.

Essa espécie de tutela individual foi idealizada com o fim de impedir a repetição de diversas demandas idênticas, assim como evitar decisões diferentes para situações iguais, desprestigiando a atividade jurisdicional e causando uma verdadeira insegurança jurídica.

Teori Albino Zavascki (2011, p. 33-34) assevera que não se pode confundir defesa de direitos coletivos com defesa coletiva de direitos. Os direitos coletivos são “subjetivamente transindividuais” e “materialmente indivisíveis”, temos assim uma titularidade múltipla e transindividual. Trata-se de “designação genérica para duas modalidades de direitos transindividuais: o difuso e o coletivo *stricto sensu*.”. Os direitos individuais homogêneos são

³ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: (...) III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

“simplesmente, direitos subjetivos individuais”, sendo que a expressão homogêneos é utilizada para “identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de homogeneidade, o que permite a defesa coletiva de todos eles.”.

A Constituição Federal de 1988 inseriu no sistema vigente “o direito processual coletivo comum brasileiro como um novo ramo do direito processual”, o que se verifica a partir da análise de alguns de seus dispositivos, tais como: o art. 5º, XXXV⁴, que retira a limitação de garantia do acesso à justiça apenas a direito individual; o art. 129, III⁵, que elenca como função institucional do Ministério Público promover o inquérito civil e ação civil pública correspondente e, o art. 1º, que institui o Estado Democrático de Direito que “para se manter e se efetivar, necessita de uma via jurisdicional potencializada fundamental, que é o direito processual coletivo comum. (ALMEIDA, 2003, p. 266)

Referido diploma legal consagrou ainda a “legitimação das associações de classe e das entidades sindicais” para defenderem os interesses de seus associados e filiados (art. 5º, XXI e art. 8º, III), possibilitou a impetração do mandado de segurança coletivo como forma de atender à tutela coletiva (Art. 5º, inc. LXX) e no âmbito da ação popular, ampliou a abrangência deste instituto (Art. 5º, LXXIII).

Outras importantes modificações trazidas, referem-se a ampliação dos legitimados no controle concentrado, a manutenção do controle de constitucionalidade difuso, bem como, a criação da ação declaratória de constitucionalidade. (ZAVASCKI, 2011, p.16)

No ano de 1989 foi publicada a lei que trata das pessoas portadoras de deficiências físicas, Lei nº 7.853/89, já tutelando, de forma mais específica, interesses difusos e coletivos. E, como forma de sedimentar, no plano infraconstitucional a importância dessa espécie de tutela, entrou em vigor a Lei nº 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor, que denominou de “ação civil coletiva”⁶ procedimento criado para garantir a defesa conjunta de direitos individuais homogêneos.

Em razão da evolução do direito coletivo, Teori Albino Zavascki (2011, p. 21) faz uma classificação dos mecanismos de tutela jurisdicional, em três grupos: 1º) tutela de direitos subjetivos individuais, que compreende os direitos individuais tutelados pelos próprios titulares e direitos individuais tutelados coletivamente, em regime de substituição processual; 2º) tutela

⁴ Artigo 5º, XXXV, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁵ Artigo 129, III “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”

⁶ Art. 91. Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes.

de direitos transindividuais; e 3º) tutela da ordem jurídica abstrata, compreendida pelos mecanismos de controle de constitucionalidade.

Para Ada Pellegrini Grinover (2007, p. 32), inúmeras vantagens podem ser elencadas para prestigiar a esfera de atuação das tutelas coletivas, tais como: a) ampliação do acesso à justiça; b) economia judicial e processual; c) afastar decisões contraditórias e; d) garantia de equilíbrio das partes no processo.

Assim, a coletivização de demandas acaba por garantir tratamento isonômico aos jurisdicionados, pois evita decisões contraditórias para a resolução de um mesmo problema, assim como, garante a promoção do acesso à justiça dos mais necessitados, haja vista que a hipossuficiência econômica e cultural acaba por impor obstáculos materiais ao acesso à justiça.

Por fim, cumpre referir que os fundamentos que embasam as tutelas coletivas no processo civil, também se fazem presentes para justificar a coletivização de ações na esfera penal, pois a violação do direito à liberdade pode ultrapassar a esfera individual, podendo a lesão ou ameaça atingir um contingente de indivíduos determinados, ensejando a impetração de *habeas corpus* coletivo.

4. ADAPTABILIDADE PROCEDIMENTAL

Uma das premissas fundamentais do acesso à justiça é a necessidade de *igual proteção dos direitos*. Essa consideração impõe superação mandatória da discriminação de acesso aos tribunais, “principalmente das que dependem de diferenças econômicas, sociais e culturais”, no intuito de “garantir a todos o mesmo direito efetivo a buscar proteção dos seus próprios direitos.” (TARUFFO, 2009, p. 34). O acesso à justiça, portanto, afigura-se como direito humano naturalmente decorrente do superior direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva. Nesse viés, assegura-se não apenas o mero acesso, mas também a *adequação* e a *efetividade* da tutela. Nas palavras de Sarlet, Marinoni e Mitidiero,

A tutela jurisdicional tem de ser *adequada* para a tutela dos direitos. O processo tem de ser capaz de promover a realização do direito material. O meio tem de ser idôneo à promoção do fim. A adequação da tutela revela a necessidade de análise do direito material posto em causa para, a partir daí, estruturar-se um processo dotado de técnicas processuais aderentes à situação levada à juízo. (...). É dever do legislador estruturar o processo em atenção à necessidade de adequação da tutela jurisdicional. É dever do juiz adaptá-lo concretamente, a partir da legislação, a fim de viabilizar uma tutela adequada dos direitos. (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2012, p. 630/631).

Percebe-se, outrossim, que a chamada ‘adaptação do procedimento’ é uma noção ampla, que vem sendo mais aplicada ao processo civil⁷, particularmente ao processo executivo com a adoção das denominadas ‘medidas coercitivas atípicas’. É que no processo civil naturalmente foi o primeiro a ser “impactado pela judicialização dos megaconflitos, logo se evidenciando a insuficiência – senão já a inadequação – dos instrumentos tradicionalmente concebidos para o manejo de conflitos intersubjetivos, entre pessoas determinadas (...) (MANCUSO, 2012, p. 407). No entanto, a amplitude do tema não se restringe, por óbvio, ao direito privado, nem apenas ao processo civil.

Todo e qualquer direito material necessita de tutela adequada e efetiva, a ser projetada pelo legislador ou entregue pelo juiz (DIDIER, 2010, p. 13). Essa adequação produz igualmente a necessidade de adaptação do procedimento a fim de que se atendam as necessidades do direito material. Em outras palavras, o princípio da adaptabilidade procedimental transborda o processo civil e se vê passível de aplicação no processo trabalhista, penal, tributário, dentre outros, bem como no processo administrativo, legislativo ou arbitral (GAJARDONI, SOUZA, 2016, p. 170).

A instrumentalidade do processo faz transparecer a necessidade de melhor compreensão dos formalismos processuais, a ponto de que se afirme a necessidade de desenvolvimento de um “anti-formalismo”, como um princípio instrumental elementar para que se busque a efetividade da tutela jurisdicional (BENAVENTE, 2013, p. 573). O que se critica não é o formalismo que está ligado à necessidade de previsibilidade do procedimento, correspondente à “delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais.” (ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 28). Objetiva-se não a insegurança jurídica, mas a superação do formalismo pernicioso, danoso ao interesse dos jurisdicionados e da sociedade como um todo, pois deseja a solução do conflito, e não uma resposta estéril e que não resolve a disputa levada ao Judiciário.

Em outras palavras, a inexistência, no texto legal, de uma ação ou remédio que

⁷ A jurisprudência brasileira vem demonstrando, em diferentes áreas, a adoção de adequações procedimentais em decorrência da instrumentalidade processual, sem que haja lesão aos direitos fundamentais processuais dos jurisdicionados envolvidos. Nesse sentido, converteu-se ação monitória em ação de cobrança (TJSP, 25ª Câmara de Direito Privado, Ap. Cív. 1010068-53.2014.8.26.0114, Rel. Des. Hugo Crepaldi, j. 1º.12.2016). Ainda, em julgamento em segundo grau de ação de família, se dispôs que “Resta doutrinariamente consagrada a circularidade existente entre o direito material e o processual, não podendo a autonomia característica desse último vir a representar entraves formais ao alcance da concretização dos seus próprios escopos - efetivação dos direitos na vida dos litigantes -, sob pena de refletir uma contradição interna ao sistema jurídico” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4018052-40.2017.8.24.0000, de São João Batista, rel. Des. Henry Petry Junior, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 05-12-2017).

ofereça tutela adequada ao direito material, não deve ser barreira para que os jurisdicionados busquem albergue no Poder Judiciário. Se o legislador falhou por omissão, é bastante possível que o julgador, atendidos critérios atrelados à razoabilidade (BENAVENTE, 2013, p. 575), possa suprir tamanha lacuna, seja no acesso, seja na permanência, seja no resultado do processo. Revelar-se-ia particularmente insidiosa a postura de negar, por exemplo, *habeas corpus* de natureza coletiva pelo simples fato da ausência de previsão legal expressa. Tratando-se de *writ* constitucional, seria curioso que exista a possibilidade de mandado de segurança coletivo, mandado de injunção coletivo, mas não o *habeas corpus* coletivo. Se o legislador constituinte não operou tal restrição, não caberá ao intérprete fazê-lo.

5. EXAME DO HABEAS CORPUS Nº 143.641/SP

A Defensoria Pública da União impetrou o *habeas corpus* coletivo indicando como pacientes 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. A cruenta realidade jurídica brasileira permitiu a existência de crianças que acabam encarceradas com suas mães. O Conselho Nacional de Justiça, em levantamento realizado em janeiro de 2018, concluiu existirem 622 grávidas ou lactantes em presídios.⁸ Embora a substituição da prisão preventiva pela domiciliar seja um direito das apenadas gestantes ou com filhos até doze anos de idade, muitas se encontram nessa situação justamente por terem violado as condições impostas na prisão domiciliar. Desse número, há 249 bebês ou crianças morando com suas mães dentro de penitenciárias, espalhadas por todo o país.

Não resta dúvida que tais indivíduos possuem o direito humano a estarem em liberdade, pois nada fizeram, necessitando de assistência integral do estado. Não por acaso, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, em seu artigo 19, assegura que “toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.” O ordenamento jurídico pátrio possui remédio que poderia auxiliar individualmente cada um desses casos, mas, que dada a realidade numérica exposta, revela trabalho hercúleo e que acabaria por sonegar o próprio direito humano que se buscava tutelar.

⁸ O cadastro foi idealizado pela Min. Cármen Lúcia, presidente do CNJ e do STF. O banco de dados não informa o número de gestantes ou lactantes em prisão domiciliar. Tudo conforme notícia extraída do site do CNJ: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86062-brasil-tem-622-gravidas-ou-lactantes-em-presidios>>. Acesso em 10.03.2018.

Por isso se optou pela via do *habeas corpus* coletivo.⁹

No remédio sob exame, a Defensoria fundamentou seu pedido no art. 25, I, da Convenção Americana de Direitos Humanos, que assegura “o direito a um instrumento processual simples, rápido e efetivo, apto a tutelar direitos fundamentais lesionados ou ameaçados” (BRASIL, STF, HC nº 143.641, p. 4/5). Alegaram, ainda, que as violações aos direitos das pacientes ocorriam de modo sistemático, por dificuldade de acesso à justiça precisamente pelos obstáculos econômicos, sociais e culturais anteriormente mencionados. A competência do Supremo Tribunal Federal partiu da indicação do Superior Tribunal de Justiça figurar como uma das autoridades coatoras. Escorou-se, ainda, na peculiaridade da situação da mulher no cárcere.¹⁰

Em seu voto, que acabou por conceder a ordem, o Ministro Ricardo Lewandowski reconheceu que, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, vem admitindo a utilização de diversos remédios com maior abrangência, como no caso dos mandados de injunção coletivos e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Em seguida, dispôs:

Com maior razão, penso eu, deve-se autorizar o emprego do presente writ coletivo, dado o fato de que se trata de um instrumento que se presta a salvaguardar um dos bens mais preciosos do homem, que é a liberdade. Com isso, ademais, estar-se-á honrando a venerável tradição jurídica pátria, consubstanciada na doutrina brasileira do *habeas corpus*, a qual confere a maior amplitude possível ao remédio heroico, e que encontrou em Ruy Barbosa quiçá o seu maior defensor. Segundo essa doutrina, se existe um direito fundamental violado, há de existir no ordenamento jurídico um remédio processual à altura da lesão.

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

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,

⁹ Observa-se que já houvera a impetração de outros HC coletivos no Brasil, a exemplo do HC nº 143.645, julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Concedeu-se a ordem, naquele caso, aos representantes do Conselho Federal da OAB, para acompanharem os trabalhos legislativos no Congresso Nacional, mais particularmente na Câmara dos Deputados, relativos à PEC 287/2016. A ordem foi concedida em parte naquela ocasião, a partir do entendimento que não se poderia conceder *habeas corpus* a pacientes não identificados, por isso limitou-se a eficácia da ordem aos representantes do Conselho Federal da OAB. Esse tema foi apresentado pela PGR, alegando que as partes do HC 143.641 eram indetermináveis, mas apresentou-se estudo identificando quem eram as mulheres pacientes do writ.

¹⁰ A respeito do tema, indica-se o estudo desenvolvido por Yumi Miyamoto e Aloísio Krohling, que conclui que “a existência de estabelecimentos penais mistos comprova a desconsideração da perspectiva de gênero no sistema prisional brasileiro, uma vez que são realizadas apenas adaptações em suas dependências para abrigar mulheres encarceradas, não se priorizando as preocupações quanto ao tratamento de ressocialização dessas mulheres encarceradas, como também, as questões sobre instalação de creches e berçários para seus filhos.” Sistema prisional brasileiro sob a perspectiva de gênero: invisibilidade e desigualdade social da mulher encarcerada. *In Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 40, jan.jun.2012, p. 233.

usualmente desprovidos de mecanismos de defesa céleres e adequados.

A *ratio decidendi* adotada pelo Supremo Tribunal Federal é absolutamente consentânea, portanto, com a noção anteriormente exposta de necessidade de adequação procedimental. Mais do que o simples acesso ao Judiciário, há de se garantir o direito “a um processo adequado à pretensão afirmada. Vale dizer, é instrumento adequado a tutelar a violação ou ameaça ao direito material em exame.” (BOTELHO, 2010, p. 154).¹¹

De outro lado, percebeu-se que a existência de uma massificação das relações sociais aponta para consequências que vão muito além das singelas relações privadas. A teia de relações fiada na sociedade moderna é extremamente complexa, envolvendo direitos disponíveis e indisponíveis. Já se concebeu de muito, ainda, que a velocidade imposta pela dinâmica dessas relações não consegue ser acompanhada pelo Poder Legislativo, tornando vital a absorção, compreensão e aplicação do princípio da adequação procedimental de parte do Judiciário. Faz-se possível, nessa linha, e perfeitamente adequada, a conclusão do Ministro Relator de que a aplicação do art. 25, I, do Pacto de São José da Costa Rica acarreta a necessidade que se extraia a *máxima efetividade possível* do *habeas corpus* (BRASIL, STF, HC nº 143.641, p. 19).

Ainda que não seja o objetivo deste trabalho examinar propriamente o mérito do writ, há de se destacar o seguinte trecho do voto do Ministro Relator Ricardo Lewandowski, que retrata a triste realidade brasileira:

Há, como foi reconhecido no voto, referendado por todos os ministros da Corte, uma falha estrutural que agrava a “cultura do encarceramento”, vigente entre nós, a qual se revela pela imposição exagerada de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis. Tal decorre, como já aventado por diversos analistas dessa problemática seja por um proceder mecânico, automatizado, de certos magistrados, assoberbados pelo excesso de trabalho, seja por uma interpretação acrítica, matizada por um ultrapassado viés punitivista da legislação penal e processual penal, cujo resultado leva a situações que ferem a dignidade humana de gestantes e mães submetidas a uma situação carcerária degradante, com evidentes prejuízos para as respectivas crianças. (BRASIL, STF, HC nº 143.641, p. 21).

¹¹ A Constituição alemã, por exemplo, em seu artigo 19, n. 4, assegura o recurso à via judicial no caso da violação de direitos pelo poder público. A tal respeito, comentam Pieroth e Schlink, que o mencionado artigo “é um direito fundamental formal ou direito fundamental de procedimento: pressupõe os direitos fundamentais materiais e os direitos da lei ordinária e garante que sua aplicação jurídica ao processo jurisdicional adquira eficácia material.” PIEROTH, Bodo, SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Traduzido por António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 482. Tal constatação faz perceber a transnacionalidade do acesso ao Judiciário e da adequação procedimental.

Essa consideração bem demonstra a delicadeza e relevância do tema que foi levado a conhecimento do Supremo Tribunal Federal. Absurdo seria, comprovado o relato da Defensoria Pública, da realidade carcerária brasileira, que o Tribunal adotasse decisão de cunho formalista, simplesmente não conhecendo do *writ* dada a ausência de previsão expressa a tal respeito. O *habeas corpus* coletivo nº 143.641 revela um marco do reconhecimento do direito da adaptabilidade procedimental como ferramenta de proteção dos direitos humanos e, particularmente, do *habeas corpus* coletivo como medida possível diante da violação de direitos individuais homogêneos.

6. CONCLUSÕES

Reconhecendo que o *habeas corpus* nº 143.641 não foi o primeiro *habeas corpus* coletivo a ser impetrado, há de se apontar sua relevância para o cenário jurídico nacional. Ainda que se localizem outras tentativas de impetração do *writ* na modalidade coletiva, nenhuma foi tão bem-sucedida quanto esta. A concessão da medida revela, mais do que a preservação de direitos humanos elementares, que a adequação procedimental é indispensável para a tutela desses mesmos direitos.

Nesse contexto, se percebe que quanto mais sensível é o direito exposto ao Judiciário, maior será a possibilidade de adequação do procedimento. Se mesmo em questões mais singelas, de cunho exclusivamente patrimonial, o princípio vem sendo largamente debatido e utilizado, reconhece-se a existência de relação direta entre a relevância do direito e a necessidade de adaptação procedimental. No âmbito processual civil, já se indicava que o princípio ganhava corpo na medida em que se apresentavam, perante o Judiciário, direitos indisponíveis.

De outro lado, nada disto representa que o anteriormente mencionado ‘anti-formalismo’ não tenha limites. Combate-se, critica-se, o formalismo pernicioso, que transforma o processo em fim e não em meio. O formalismo, conforme a preciosa lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, não trata apenas de ordenar, “mas também de disciplinar o poder do juiz, e nessa perspectiva, o formalismo processual atua como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado” (ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 29), assegurando que haja uma aplicação uniforme do direito e se estabeleça uma relação de igualdade entre as partes processuais.

7. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro. Um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BENAVENTE, Omar Sumaria. El antiformalismo como presupuesto teórico para una tutela jurisdiccional efectiva. In POSADA, Giovanni Priori. **Las Garantías del justo proceso**. Lima: Palestra, 2013.

BOTELHO, Guilherme. **Direito ao processo qualificado – o processo civil na perspectiva do Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao88.htm>. Acesso em 26 de março de 2018.

_____. **Lei nº: 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em 26 de março de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº. 94.000/Pi**. Relator Ministro Ayres Britto. Primeira Turma. DJ. 13/03/2009. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=580953>>. Acesso em 25 de março de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.943/DF**. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Sessão Plenária. DJ. 06/08/2015. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9058261>>. Acesso em 25 de março de 2018.

CAPPELLETTI, Mauro e Bryant Garth. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover. **Teoria Geral do Processo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

DIDIER Jr. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18ª ed. Salvador: Editora Jus Podium, 2016.

_____. Sobre Dois Importantes (e Esquecidos) Princípios do Processo: Adequação e Adaptabilidade do Procedimento. 2010. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/fredie%20didier_3_-%20formatado.pdf>. Acesso em 20.03.2018.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca, SOUZA, Maurício Bearzotti de. Os Princípios da Adequação, da Adaptabilidade Procedimental e de Flexibilização Procedimental pelo Juiz no Novo CPC. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, Vol. 82, nº 3, jul./set. 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Das Ações coletivas para a defesa de interesses**. Anotações sobre a liquidação e a execução (cumprimento de sentença) coletivas e a legitimidade ativa dos sindicatos – posição do Supremo Tribunal Federal. Revista Jurídica 362. Sapucaia do Sul. Notadez, dez, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça**. São Paulo: RT, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 6º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012.

MIYAMOTO, Yumi Miyamoto, KROHLING, Aloísio. Sistema prisional brasileiro sob a perspectiva de gênero: invisibilidade e desigualdade social da mulher encarcerada. *In Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 40, jan.jun.2012, p. 223-241.

PIEROTH, Bodo, SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Traduzido por António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica. 1994.

SARLET, Ingo, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012.

SILVA, Holden Macedo. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. Brasília: Fortium. 2007.

TARUFFO, Michele. **Páginas sobre justicia civil**. Traduzido por Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 5º. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.