

disso, que pode ser facilmente constatado em uma breve consulta jurisprudencial é que, muito embora a responsabilidade objetiva seja vedada em direito penal, a responsabilidade pela posição tem sido suficiente para imputar autoria delitiva, causando de forma quase automática a indisciplinada persecução penal em face de sócios, gestores e *compliance officers*, gerando consequentemente prejuízos reputacionais às empresas e aos seus representantes.⁷

Como se não bastasse, as recentes atividades jurisdicionais das cortes superiores têm demonstrado que o descumprimento dos deveres de *compliance* criminal vão muito além de sanções meramente administrativas, e a responsabilidade criminal vem sendo reconhecida com base na omissão de dever, a exemplo do que ocorreu no julgamento da Ação Penal 470, no qual a condenação pelo delito de lavagem de dinheiro de dirigentes do chamado núcleo financeiro baseou-se em mero descumprimento de obrigações de caráter administrativo.⁸ Neste ponto, ainda que se possa argumentar que se trata de um movimento global, que busca responsabilizar de forma mais eficiente os crimes empresariais, é possível conjecturar

que um maior número de condenações contrárias ao direito ocorra, visto a ampliação do espectro sancionatório e o significado punitivista nele contido.

Enfim, a realidade econômica contemporânea e os consequentes avanços na cultura de *compliance* trouxeram significativas mudanças ao cenário jurídico, provocando os criminalistas a reinventarem suas formas de interação com as organizações empresariais. Pelo que se nota, o ambiente corporativo demanda uma advocacia preventiva de gerenciamento de riscos, vale dizer, de identificação sistemática e contínua dos perigos criminais em potencial, associado aos danos e perdas que a empresa pode sofrer em decorrência do *non-compliance*.⁹ Com isso, temos por certo que este tipo de prestação de serviços ultrapassa a clássica ideia de defesa criminal para assumir um papel de planejamento societário associado à administração de riscos. Ou seja, ao papel até então desempenhado pelo advogado criminalista, foi somada a importante função de preservar a reputação da empresa e de seus gestores e prevenir a prática de crimes no ambiente empresarial.

NOTAS

¹ Ver, a esse respeito: NIETO MARTÍN, Adam. O cumprimento normativo. In: *Manual de Cumprimento Normativo e Responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanc : São Paulo, 2019.

² Sobre o tema, ver: CARDOSO, Débora Motta. *Criminal Compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro*. São Paulo: LiberArs, 2015. Como abordado por Cardoso, a atribuição da autoria delitiva em razão da omissão nos deveres de garantia é uma temática complexa, que muitas vezes leva a afirmação equivocada de que o *compliance officer* é sempre garantidor. Importante destacar que não se trata disso, pois a posição por ele desempenhada é composta por diversas atividades, que variam muito de empresa para empresa. Assim, é perfeitamente possível que o *compliance officer* não assuma contratualmente o dever de evitar a prática de crimes relacionados à atuação empresária ou tampouco seja ele o garantidor de fato. Em muitos casos, a sua atuação fica limitada a obrigação de avaliar os riscos e sugerir medidas de prevenção.

³ As exigências legais decorrentes do *compliance* fomentaram a criação de um novo mercado, no qual estão compreendidos desde serviços como consultorias sobre a criação e implantação de programas de conformidade, palestras e treinamentos de funcionários, até a instalação e manutenção de sofisticados softwares para o monitoramento e identificação de operações suspeitas. Em razão dessa demanda e especialmente pelo temor causado em relação às consequências criminais decorrentes do "não estar em *compliance*", uma nova indústria surgiu: a indústria do *compliance*. Neste sentido, ver: VERHAGE, Antoinette. Compliance and AML in Belgium: a booming sector with growing pains. *Journal of Money Laundering Control*, v. 12, n. 2, p. 3, 2009.

⁴ *Stakeholders* é o termo que define as partes, pessoas físicas ou jurídicas interessadas na atividade de uma organização em razão de afetarem ou serem afetadas por essa atividade. São *stakeholders* os proprietários, funcionários, gestores, colaboradores, fornecedores, clientes, acionistas, entre outros.

⁵ "Entre muchas cosas, há quedado palmariamente demostrado que los mercados financieros de hoy presentan riesgos potenciales muy graves para todas las economías nacionales, así como para todo el sistema económico mundial. Y es que lo que comenzó inicialmente como simples temblores en el mercado hipotecario de alto riesgo de los Estados Unidos, em cuestión de meses se convirtió em uma crisis global em toda regla, que ha estado a punto de incapacitar totalmente el sistema financiero mundial (...)" BERINI, A. G. de L.; SILVA SANCHES, Jesús-María (dir.); FERNÁNDEZ, R. M. (coord.). *Autorregulación Empresarial, ordenamiento jurídico y derecho penal. Pasado, presente y futuro de los límites jurídico-penales al libre mercado y a la libertad de empresa*. In: *Criminalidad de empresa y compliance*. Barcelona : Atelier Libros Jurídicos, 2013.

⁶ Note-se que delitos corporativos são aqueles nos quais os aspectos estruturais típicos de uma empresa são verdadeiramente primordiais para sua ocorrência. Nesse sentido, ver: RIOS, R. S. Imputação penal à pessoa jurídica no âmbito dos delitos econômicos. In: PRADO, L. R.; DOTI, R. A. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 204.

⁷ "Nowadays, a good corporate reputation is one of the main business assets responsible of sustained financial outcomes (Roberts and Dowling, 2002). This strategic is due to its own value-creation capability, and to its intangible character, because it makes corporate reputation quite hard to imitate by competitors, allowing maintaining a superior position [...] Although the intangible nature is a key characteristic in order to grant its relevance, it also makes very hard to perform a conceptual delimitation characterization and measurement". CASTRO, G. M. de; LOPES, J. E. N.; SÁEZ, P. L. Business and Social Reputation: Exploring the Concept and Main of Main Dimensions of Corporate Reputation. *Journal of Business Ethics*, v. 63, p. 361, 2006.

⁸ Saad-Diniz, ao analisar o julgamento da Ação Penal 470, bem ilustra o posicionamento até então inédito do Supremo Tribunal Federal quanto à responsabilidade penal decorrente da omissão dos deveres de *compliance*: "Na AP 470, as incriminações dos dirigentes do 'núcleo financeiro' aplicaram a equiparação do art. 12 da antiga Lei 9.613/1998, admitindo a hipótese de lavagem e reconhecendo a relevância penal com base em mero descumprimento de obrigações de caráter administrativo. O sentido normativo atribuído à observância do dever de informar foi, de forma pouco convincente, delimitado com base na simples omissão de dever, com referência ao art. 12 da antiga Lei 9.613/1998. De forma indireta, o STF definiu também o sentido criminal dos programas de *compliance*, mas desde uma interpretação duvidosa, porque nem sempre o simples descumprimento significa a prática de um delito, assim como é possível cumprir os deveres e ainda assim realizar uma conduta típica de lavagem". SAAD-DINIZ, Eduardo. O modelo brasileiro de prevenção à lavagem de dinheiro: as repercussões da Ação Penal 470. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 242, jan./2013.

⁹ Discutindo o problema da criminalidade empresarial e do *compliance*, Saad-Diniz pondera que a mentalidade meramente repressora do direito penal tem sido substituída, gradativamente, pela ideia de prevenção às infrações econômicas. Ver: SAAD-DINIZ, E. A criminalidade empresarial e a cultura de *compliance*. *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, dez. 2014. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/14317/10853>>. Acesso em: 11 fev. 2020.

Autora convidada

O HABEAS CORPUS E A MÁXIMA EFETIVIDADE CONFERIDA PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES

THE HABEAS CORPUS AND THE MAXIMUM EFFECTIVENESS RECOGNIZED BY HIGHER COURTS

Rafael Bessa Yamamura

Mestre em Direito pela USP. Defensor Público do Estado de São Paulo.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9057-0546>

rafa_bessa@yahoo.com.br

Mario Eduardo Bernardes Spexoto

Mestrando em Direito Penal pela PUCSP. Membro do Grupo de Estudos

Avançados Escolas Penais do IBCCRIM, em Ribeirão Preto. Defensor

Público do Estado de São Paulo.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3170-556X>

mariospexoto@gmail.com

RESUMO

Recentes decisões judiciais proferidas por tribunais superiores parecem indicar uma mudança de paradigma na instrumentalização do *Habeas Corpus*, o que tem permitido a ampliação de sua efetividade na proteção do direito fundamental à liberdade, servindo, assim, de contraponto à onda punitivista que insiste em abalar os princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Palavras chave: *Habeas Corpus* coletivo. Acesso à justiça.

ABSTRACT

Recent court rulings by higher courts seem to indicate a paradigm shift in the instrumentation of *Habeas Corpus*, which has allowed it to broaden its effectiveness in protecting the fundamental right to liberty, thereby counteracting the punitive wave that insists on undermining the principles inborn the democratic state of law.

Keywords: *Habeas Corpus* collective. Access to justice.

Após o julgamento do HC 143.641/SP pelo Supremo Tribunal Federal, uma nova concepção acerca da ampla efetividade do *Habeas Corpus* parece fazer parte do discurso jurídico nacional. Decisões judiciais subsequentes indicam que está se sedimentando o entendimento que considera admissível a instrumentalização do *Habeas Corpus* coletivo como mecanismo apto à proteção do direito fundamental à liberdade de um número amplo de indivíduos, determinados ou determináveis, que tenham sofrido ou estejam ameaçados de sofrer violação de direitos.

Aquele julgamento paradigmático tornou-se referência ao determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar ao coletivo de mulheres submetidas à prisão cautelar, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade, e de pessoas com deficiência sob sua responsabilidade, nos termos do art. 318, do CPP. De ofício, a ordem também alcançou todas as adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional.

Em momento anterior, no entanto, o próprio Supremo parecia caminhar em sentido contrário à admissibilidade do *writ* coletivo. O julgamento proferido pelo ministro Celso de Mello no HC 143.704/PR demonstra que as questões formais atreladas à liturgia processual ainda impediam a instrumentalização do *Habeas Corpus* coletivo. Com fundamento no art. 654, §1º, 'a' do Código de Processo Penal, que exige a identificação do nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer a violência ou a coação, assim se posicionou a Corte: "... e tendo em vista, notadamente, a jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal na matéria ora em exame, inclusive a de seu Egrégio Plenário, não conheço da presente ação de *'habeas corpus'*, restando prejudicada, em consequência, a análise do pedido de medida liminar".

Embora tenha sido fundamental à construção do pensamento que vem se firmando na Corte Suprema,¹ o julgamento do HC 143.641/SP não foi o primeiro a conceder ordem de *Habeas Corpus* coletivo no Brasil. É possível identificar em outras instâncias, julgados anteriores reconhecendo a extensão dos efeitos da coisa julgada a indivíduos determinados ou determináveis, ainda que o entendimento do STF apontasse para a inadmissibilidade.

Dentre essas referidas decisões, interessante mencionar aquela proferida pela 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, ao julgar o HC 0115880-26.2012.8.26.0000, concedeu a ordem para suspender todos os procedimentos criminais instaurados contra pessoas em situação de rua autuadas pela contravenção penal de vadiagem no município de Franca/SP, garantindo aos pacientes identificados o direito de ir, vir e permanecer em logradouros públicos, a qualquer hora do dia, reconhecendo ainda a inevitabilidade de se aplicar "a extensão

dos efeitos da presente ordem a outras pessoas que se encontrem na mesma situação, dada a sua indeterminação".

Por outro lado, a extensa repercussão da decisão proferida no HC 143.641/SP não se destacou apenas pelos efeitos próprios da coisa julgada de uma ação coletiva submetida à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, mas, principalmente, por ter rompido, em âmbito nacional, com a visão individualista do *Habeas Corpus* que, a despeito de raras exceções, predominava no cenário jurídico brasileiro.

O referido julgamento foi fundamental para que obstáculos processuais até então presentes fossem superados, tornando processualmente adequada a instrumentalização do *Habeas Corpus* em sua espécie coletiva. Decidiu-se, por exemplo, pela aplicação analógica da Lei nº 13.300/16, ao estabelecer que a legitimidade ativa para a propositura do *writ* coletivo deveria obedecer ao rol de legitimados à propositura do mandado de injunção coletivo. Também quanto aos efeitos da coisa julgada, a Corte Suprema entendeu pela aplicação da hipótese normativa pertencente ao microsistema de ações coletivas, prevista no art. 103, inc. III da Lei 8.078/90² que diz respeito à coisa julgada proferida em ações destinadas à tutela coletiva de direitos individuais homogêneos.

A ampliação do espectro de proteção do direito fundamental à liberdade por meio do *Habeas Corpus* coletivo representa a superação da concepção individualista dos direitos, própria dos séculos XVIII e XIX, para incluí-lo na evolução já experimentada em âmbito processual civil quando da formação da teoria geral do processo coletivo que dinamizou o acesso à justiça no Brasil.³ A ideia de sociedade de massa,⁴ que já vinha orientando as inovações legislativas fomentadoras da construção do microsistema das ações coletivas no Brasil, passa a compor o discurso de legitimação do processo penal democrático e coletivo a partir do julgamento do HC 143.641/SP.

Reconhecer que a complexa sociedade hodierna é fruto de profundas transformações sociais e econômicas, e superar o olhar individualista na prestação jurisdicional contra ato de violência ou coação ilegal promovido em prejuízo do direito fundamental à liberdade, também foi tarefa do Superior Tribunal de Justiça. A preocupação com a celeridade processual, com a segurança jurídica e com a equidade das decisões também inspirou o julgamento do HC 495.378/SP na Corte de Justiça.

Recentemente, o Ministro Ribeiro Dantas, ao julgar o referido *Habeas Corpus* individual no STJ, conferiu efeito coletivo à sua decisão, ao determinar que a autoridade coatora de primeiro grau passasse a observar o resultado daquele julgamento "em todo o processo de execução do paciente e nos demais processos de execução criminal sob sua jurisdição, referentes a mesma matéria objeto do presente *writ*, respeitando a autoridade das decisões do STJ".

Nesse caso concreto, a impetrante havia requerido a concessão da ordem para que se reconhecesse a “ilegalidade da decisão que determinou a interrupção dos lapsos para progressão de regime e livramento condicional”, buscando “a elaboração de novo cálculo de pena, mantendo-se como data-base para o benefício da progressão de regime a última prisão e para fins de livramento condicional o início do cumprimento da pena”.

Ainda, requereu-se também que, caso fosse concedida a ordem de Habeas Corpus e “tendo em vista que o MM Juiz a quo (de 1º grau) tem proferido diversas decisões seguidas de interrupção do lapso no curso dos processos de execução criminal, referentes a mesma matéria objeto do presente writ, impondo à defesa sucessivos recursos e HCs acerca da mesma temática”, se determinasse expressamente que o juízo a quo passasse a observar o resultado do writ em todo o processo de execução do paciente.

Mas o referido julgamento foi além. Ao determinar que a autoridade coatora aplique o conteúdo da decisão proferida no caso específico do paciente, e também em todos os processos sob sua jurisdição, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a admissibilidade do Habeas Corpus coletivo no ordenamento jurídico brasileiro.

A peculiaridade que define a importância desse julgamento é o fato de ele ter sido proferido em Habeas Corpus impetrado em favor de um único paciente, individualizado nos termos do disposto no art. 654, §1º, ‘a’ do Código de Processo Penal, mas cuja eficácia para com a coisa julgada acabou por alcançar não apenas o paciente, mas todos os jurisdicionados daquela autoridade coatora que estivessem submetidos ao mesmo constrangimento ilegal.

Embora não tenha sido reconhecido expressamente, o Superior Tribunal de Justiça acabou por conferir interpretação distinta daquela conferida pelo Supremo no julgamento do HC 143.641/SP, tanto no que diz respeito à legitimidade ativa para a propositura do Habeas Corpus coletivo quanto aos efeitos da coisa julgada decorrentes do julgamento.

De fato, o Habeas Corpus 495.378/SP também foi impetrado por um dos legitimados para o mandado de injunção, nos termos do art. 12, inc. IV da Lei 13.300/16, no caso, pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo. No entanto, há que se destacar que a ordem foi impetrada em favor de um único paciente, individualmente identificado quando da impetração, e não em favor de uma coletividade de indivíduos, ainda que determinados ou determináveis.

Ainda, ao se decidir pela coletivização do Habeas Corpus, estendendo os efeitos da respectiva decisão para todos os processos de execução daquele paciente específico, mas também vinculando todas as decisões a serem proferidas nos outros processos de execução criminal sob a jurisdição daquela autoridade coatora de primeiro

grau, o Superior Tribunal de Justiça não conferiu efeito *erga omnes* à sua decisão, nos moldes atribuídos aos julgamentos coletivos envolvendo direitos individuais homogêneos (art. 103, inc. III da Lei 8.078/90).

Ao limitar os efeitos vinculantes de sua decisão a todos os processos sob a jurisdição da autoridade coatora, a Corte de justiça parece ter conferido à sua decisão efeitos análogos àqueles aplicados ao incidente de resolução de demandas repetitivas.⁵

Não se pretende aqui fazer um estudo detalhado sobre as diferenças entre os efeitos da coisa julgada nas ações coletivas e nos incidentes de resolução de demandas repetitivas, mas, independentemente da interpretação que se dê ao julgamento do HC 495.378/SP, o que se busca é destacar os efeitos transcendentais da decisão proferida para além da esfera do direito subjetivo do paciente, alcançando todos aqueles que, ocupando a mesma situação jurídica, estejam sofrendo ou ameaçados de sofrer com o ato coator de mesmo conteúdo.

A exemplo do paradigmático julgamento conduzido pela Corte suprema, a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no Habeas Corpus 495.378/SP também se propôs a solucionar uma multiplicidade de pretensões individuais que decorreram ou poderiam decorrer de situações jurídicas similares, agilizando a prestação jurisdicional, diminuindo o número de demandas repetitivas e uniformizando a jurisprudência. Tratou-se, em verdade, de efetiva prestação jurisdicional e de democratização do acesso à justiça em clara oposição à cultura de encarceramento cada vez mais presente na realidade de quem atua no campo da execução penal no Brasil.

Em meio ao caos provocado pelo incremento da onda punitivista que parece ter feito submergir novamente o Direito e o processo penal brasileiro naquele velho discurso simbólico de combate à criminalidade e à violência por meio da imposição de penas mais longas e regimes mais severos, importante destacar os avanços, senão legislativos, ao menos jurisprudenciais, que contribuem para uma reflexão mais crítica acerca da construção de um Judiciário comprometido com seu papel republicano e garantidor do acesso a uma ordem jurídica verdadeiramente justa e democrática.

Ainda há muito que se avançar na concretização da admissibilidade do Habeas Corpus coletivo como instrumento apto a combater, de alguma maneira, atos ilegais praticados em massa. Discussões sobre a legitimidade ativa e o alcance dos efeitos da decisão judicial proferida, por exemplo, continuarão fazendo parte dos debates acadêmicos e das decisões judiciais. No entanto, os precedentes paradigmáticos aqui destacados demonstram que os novos instrumentos processuais adequados à solução de pretensões coletivas possuem potencial para indicar um novo caminho rumo à promoção do efetivo acesso à justiça no sistema de justiça criminal.

NOTAS

- ¹ Em agosto de 2018, o ministro Edson Fachin concedeu medida liminar no Habeas Corpus 143.988/ES, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de Espírito Santo em favor de todos os adolescentes internados na unidade de internação Regional Norte.
- ² Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.
- ³ Ver as ondas renovatórias do acesso à justiça de Mauro Cappelletti e Bryan Garth; em especial, a segunda onda, que trata da possibilidade da representação dos interesses difusos em juízo.
- ⁴ MILARÉ (1990, p. 3) nos ensina que a “[...] sociedade humana foi palco, em poucas décadas e em todos os seus setores - social, econômico, político -,

de profundas e muitas vezes alarmantes transformações, das quais emergiu a sociedade contemporânea. Essas transformações não significaram apenas desenvolvimento e progresso, mas trouxeram consigo a explosão demográfica, as grandes concentrações urbanas, a produção e o consumo de massa, as multinacionais, os parques industriais, os grandes conglomerados financeiros e todos os problemas e convulsões inerentes a esses fenômenos sociais. Numa sociedade como essa - uma sociedade de massa - há que existir igualmente um processo civil de massa.”

- ⁵ Nos termos do art. 985, incisos I e II do CPC, o julgamento da tese jurídica firmada no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas será aplicado a todos os processos individuais ou coletivos, inclusive aos casos futuros, que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de direito penal*: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MILARÉ, Édis. *A ação civil pública na nova ordem constitucional*. São Paulo: Saraiva,

1990.

PRADO, Geraldo. Habeas corpus coletivo. In: TAVARES, Juarez; PRADO, Geraldo. *O direito penal e o processo penal no Estado de Direito*: análise de casos. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 261-279

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Recebido em: 17/05/2019 - Aprovado em: 10/09/2019 - Versão final: 14/10/2019