

O Cabimento do *Habeas Corpus* Coletivo na Ordem Constitucional Brasileira

Daniel Sarmiento, Ademar Borges e Camilla Gomes

1. A Consulta. 2. A Tutela Coletiva do *Status Libertatis*. 3. Plasticidade do *habeas corpus* e tutela da liberdade 4. O *habeas corpus* coletivo e o direito à tutela jurisdicional efetiva. 5. Coletivização de remédios constitucionais e a jurisprudência do STF. 6. Conclusões.

1. A Consulta

Consulta-nos a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro acerca da admissibilidade do remédio de *habeas corpus* coletivo no ordenamento jurídico brasileiro.

Narra a Consulente que impetrou *habeas corpus* coletivo em favor de “*todas as pessoas que se encontrem trabalhando informalmente como guardadores de veículos na comarca de Volta Redonda-RJ, popularmente conhecidos como ‘flanelinhas’*”, a fim de que não fossem removidos, conduzidos ou autuados pela suposta prática de exercício ilegal da profissão, o que vinha ocorrendo naquela localidade, sob a equivocada invocação da prática da contravenção penal capitulada no art. 47 do Decreto-Lei nº. 3.688/1941. A ordem pleiteada foi concedida em 1ª instância, em decisão mantida pela

Segunda Turma Recursal Criminal do Conselho Recursal dos Juizados Cíveis e Especiais do TJ/RJ. Contra este acórdão, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro interpôs o Recurso Extraordinário nº 855.810, distribuído à relatoria do Ministro Dias Toffoli, por meio do qual sustenta, dentre outras teses, a inadmissibilidade da impetração de *habeas corpus* coletivo.

O presente parecer não abordará os aspectos substanciais subjacentes ao referido *writ*, limitando-se a analisar a relevante questão do cabimento do *habeas corpus* coletivo na ordem jurídica brasileira.

2. A Tutela Coletiva do *Status Libertatis*

Na contemporaneidade, duas tendências importantes se manifestaram no campo da proteção judicial de direitos: a tutela dos direitos coletivos e a tutela coletiva de direitos¹. Tais fenômenos, que são praticamente universais, tiveram forte penetração na ordem jurídica brasileira.

No primeiro caso, há a proteção de direitos e interesses transindividuais, de natureza difusa ou coletiva *stricto sensu*, que não eram, no passado, assegurados pelos ordenamentos jurídicos. O reconhecimento de novos direitos – como a proteção do meio

¹ Para um tratamento extenso do tema, cf. Teori Albino Zavascki. *Processo coletivo: tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ambiente e do patrimônio histórico – cuja titularidade e fruição se dão coletivamente, tornou necessário repensar o figurino clássico dos instrumentos processuais, desenvolvidos historicamente a partir de um paradigma liberal-burguês de proteção exclusivamente individual.

Como se sabe, na concepção tradicional, apenas o titular do direito pode demandá-lo em juízo. A transposição dessa lógica para a tutela de interesses transindividuais resultaria na sua desproteção, uma vez que não seria possível a reunião no polo ativo do processo de todo o espectro, muitas vezes indefinido, de co-titulares do direito em disputa.² Ademais, a indivisibilidade material dos direitos coletivos, cuja violação ou garantia só podem ocorrer em sua globalidade, não se compatibilizava com a matriz individualista da tutela jurisdicional, orientada à obtenção de reparações particulares. Assim, novos instrumentos processuais foram elaborados visando à tutela dos direitos transindividuais, como a ação popular e a ação civil pública³.

Por outro lado, em uma *sociedade de massa*, os métodos tradicionais de solução de controvérsias, que preveem o ajuizamento de tantas ações quantas forem as pretensões, também podem deixar a desejar em relação à proteção de direitos subjetivos

² Conforme anotam Mauro Capelletti e Bryant Garth, “*As várias partes interessadas, mesmo quando lhes seja possível organizar-se e demandar, podem estar dispersas, carecer da necessária informação ou simplesmente ser incapazes de combinar uma estratégia comum. (...) Em suma, podemos dizer que, embora as pessoas na coletividade tenham razões bastantes para reivindicar um interesse difuso, a barreiras à sua organização podem, ainda assim, evitar que esse interesse seja unificado e expresso*” (*Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 27).

³ Cf. Ada Pellegrini Grinover. “Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos”. *Revista de Processo*, nº 97, 2000.

individuais⁴. Diante do crescimento populacional e da progressiva complexificação das relações sociais, é comum que um mesmo ato ou evento danoso repercuta na esfera jurídica de grande número de pessoas, originando múltiplas violações de direito similares. Não é de se surpreender, portanto, que dentre as iniciativas estatais direcionadas a equacionar da melhor maneira as necessidades da sociedade contemporânea encontrem-se esforços orientados a dar “*respostas supraindividuais a desafios massificados*”⁵.

É a esse intento que responde o gênero de ações coletivas dedicadas a tutela de interesses individuais homogêneos, das quais são exemplo as ações civis coletivas⁶ e o mandado de segurança coletivo.

Como se sabe, são *individuais homogêneos* os direitos subjetivos que, embora pertencentes a titulares diversos, têm por origem a mesma causa fática ou jurídica, o que lhes confere um grau de afinidade ou semelhança capaz de permitir sua tutela

⁴ Conforme explica Édís Milaré, 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*” (*A ação civil pública na nova ordem constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 3).

⁵ A expressão é de Antônio Herman V. Benjamin, em “A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor”. p. 4. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/8688/A_Insurrei%C3%A7%C3%A3o_da_Aldeia_Global.pdf?sequence=1.

⁶ A disciplina processual da ação civil coletiva em defesa do consumidor encontra-se nos artigos 91 a 100 do Código de Defesa do Consumidor, que são aplicáveis, no que couber, às demais hipóteses de tutela coletiva de direitos individuais homogêneos.

supraindividual. Embora os possuidores de tais interesses possam defendê-los em juízo de forma isolada, existem numerosas vantagens no seu processamento unitário, bem como na possibilidade de que sua proteção judicial seja requerida, em prol de todos os seus titulares, por quem não integra a relação jurídica de direito material.

Em primeiro lugar, a tutela supraindividual de direitos é medida necessária para se evitar o congestionamento ocioso da máquina judiciária. A reunião em um único processo de questões que poderiam estar diluídas em centenas ou milhares de ações importa em economia de tempo, esforço e recursos indispensáveis para que se possa atender ao crescente desafio de tornar a prestação jurisdicional mais célere e eficiente.

A coletivização de demandas de origem comum traduz, ainda, uma preocupação com a isonomia no tratamento entre os jurisdicionados. A um vasto contingente de ações corresponderia um elevado número de decisões, capazes de oferecer soluções contraditórias a um mesmo problema. Em tais circunstâncias, o recurso ao Judiciário pode se converter em verdadeira loteria, em que a maior ou menor sorte do litigante é determinada no momento da distribuição da ação.

Ainda mais importante, o tratamento coletivo de litígios individuais desempenha a relevante função na promoção do efetivo acesso à justiça, notadamente em relação aos mais necessitados. Em um país marcado por graves desigualdades sociais, o acesso real a direitos também continua profundamente assimétrico. A carência econômica impõe obstáculos materiais no acesso ao Judiciário, e a hipossuficiência cultural leva a que muitos lesados, pertencentes a grupos vulneráveis, sequer tenham consciência da violação

ao seu direito e dos meios para remediá-la. Nesse cenário, os instrumentos processuais de proteção coletiva de direitos se afiguram fundamentais para a viabilização do efetivo acesso à justiça, pois permitem que indivíduos sejam beneficiados por decisões judiciais, sem terem o ônus de recorrer ao Poder Judiciário.⁷

Ora, as mesmas razões que embasam a estratégia do ordenamento processual civil de coletivização da proteção de direitos individuais também se fazem presentes na esfera penal, especialmente em relação à tutela da liberdade ambulatorial.

Assim como ocorre com os demais direitos individuais, a violação à liberdade de ir e vir pode ultrapassar a esfera isolada do indivíduo, pois as lesões e ameaças a esse direito podem alcançar um amplo contingente de pessoas. É o que acontece, por exemplo, quando o Estado impõe indevidas restrições coletivas à liberdade de presos encarcerados em determinado estabelecimento prisional, ou quando ameaça de prisão todas as pessoas que queiram participar de uma manifestação pública de protesto contra o governo. Em tais hipóteses, o ato ilegal de constrangimento à liberdade de ir e vir dos indivíduos adquire uma dimensão coletiva, não sendo razoável exigir que cada pessoa potencialmente atingida tenha de figurar como paciente em um *habeas corpus* específico.

⁷ Nesse sentido, a doutrina processualista brasileira admite amplamente que a garantia do acesso à justiça requer, também, a possibilidade de acesso *coletivo* à tutela jurisdicional. Como ressaltou Cassio Scarpinella Bueno “*é importante destacar também que o acesso à justiça, tal qual delineado pela Constituição Federal, não se limita, como na tradição do direito brasileiro, a permitir que o indivíduo vá ao Judiciário para pretender tutelar (proteger) direito seu. Também entidades associativas, representativas, institucionais, podem pleitear direitos de seus associados ou, de forma ainda mais ampla, direitos da coletividade em geral, naquilo que, (...), vem sendo chamado de ‘direito processual coletivo’*” (Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2002 p. 103).

Conforme já sinalizado, considerações sobre celeridade e economia processuais recomendam a via multitudinária no tratamento de lesões a direitos que têm origem comum. No âmbito penal, essas preocupações se fazem ainda mais intensas, uma vez que toda a questão que envolva a liberdade ambulatorial é por definição urgente. Nesse sentido, observam-se iniciativas crescentes no sentido de otimizar a tramitação dos processos penais, dentre as quais se destaca o estímulo à solução coletiva das demandas de massa, constante no Plano Estratégico do Poder Judiciário, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça⁸.

A igualdade de tratamento, favorecida pelo processamento unitário de interesses símiles pertencentes a indivíduos diversos, adquire, também, importância ímpar em matéria criminal. Dada a fundamentalidade dos interesses em jogo, a disparidade entre as repostas penais diante de situações similares se reveste de maior gravidade, contribuindo para o descrédito do sistema de justiça.

Por outro lado, diante da constatação de que o braço penal do Estado tem uma clientela bem definida, dirigindo o processo de criminalização para comportamentos típicos das camadas sociais subalternas e concentrando sua atuação repressiva sobre os socialmente marginalizados⁹, não se pode ignorar que a Defensoria Pública é, por excelência, a instituição que viabiliza a defesa do *status libertatis* dos necessitados. Dessa

⁸ Cf. Conselho Nacional de Justiça. *Plano de gestão para o funcionamento de Varas Criminais e de Execução Penal*, 2010, p. 14.

⁹ É o que a doutrina denomina seletividade primária e secundária. Nesse sentido, cf. Eugênio Raul Zaffaroni *et al. Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 43.

forma, diante do aparelhamento ainda precário dessa nobre instituição e da comprovada insuficiência de defensores públicos em seus quadros,¹⁰ torna-se ainda mais imperativa a extensão da tutela coletiva de direitos à proteção da liberdade ambulatorial.

Alguns casos paradigmáticos revelam a importância da tutela coletiva da liberdade ambulatorial no Brasil.

No contexto de ampla mobilização popular que marcou o mês de junho de 2013, os excessos da atuação policial levaram entidades estudantis de São Paulo a impetrar *habeas corpus* coletivo preventivo, objetivando a proteção dos participantes das manifestações convocada pelo “Movimento Passe Livre”, contra a realização de prisões injustificadas, além da garantia de que não haveria detenções pelo porte de substâncias e apetrechos inofensivos, tais como vinagre ou máscaras¹¹. De forma semelhante, em 2008,

¹⁰ Em relação às defensorias públicas estaduais, pesquisa conduzida pelo IPEA no ano de 2013 constatou o enorme déficit de defensores públicos em todo o país. Considerando como parâmetro adequado a existência de um defensor público por grupo de 10 mil habitantes com renda inferior a três salários mínimos, constatou-se que apenas o Distrito Federal conta com um número adequado de defensores. O estudo aponta que “95,4% das comarcas brasileiras ou não possuem defensor público ou possuem em número insuficiente. Cerca de um terço do déficit de defensores públicos é referente a comarcas já atendidas pela Defensoria, pois 87,3% das comarcas com Defensoria Pública ainda apresentam déficit de defensores” (cf. Tathiana Whately Moura *et al.* *Mapa da Defensoria Pública no Brasil*. ANADEP: Ipea, 2013, p. 42-43). No que se refere à Defensoria Pública da União, informações oficiais, datadas de março de 2014, revelam que a instituição cobria então apenas 64 seções judiciárias da Justiça Federal, o que correspondia a apenas 24% das existentes no país, que à época totalizavam 271. Portanto, em mais de 3/4 das nossas seções judiciárias, os jurisdicionados pobres simplesmente não podiam contar com a DPU. Veja-se, a propósito, Defensoria Pública da União. *Assistência Jurídica Integral e Gratuita no Brasil: Um panorama da atuação da Defensoria Pública da União*, 2014.

¹¹ O Tribunal de Justiça de São Paulo, todavia, denegou o *writ*, sob o fundamento de que “nos estreitos limites do juízo provisório que caracteriza [a apreciação do pedido de liminar], não há espaço para exame valorativo e aprofundado de todos os fatos invocados (...), de molde a se poder aquilatar se estaria realmente ocorrendo ou não o alegado abuso por parte dos órgãos encarregados do policiamento preventivo e repressivo do Estado, de forma a se poder cogitar a concessão da medida liminar preventiva almejada” (TJ/SP, HC nº 5587. Plantão Judiciário de 2ª instância. Decisão liminar. Des. Mário Devienne Ferraz).

a organização de passeata favorável à descriminalização da maconha sofreu ameaça por parte do Comandante da Brigada Militar do Rio Grande do Sul, que afirmou publicamente que seus integrantes seriam detidos por apologia ao crime. Nesse último caso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul concedeu *habeas corpus* em favor do conjunto de manifestantes, garantindo a liberdade ambulatorial necessária ao exercício do direito à expressão política¹².

Em outro caso, uma portaria editada pelo Juízo da Vara de Infância e Juventude de Cajuru - SP instituiu toque de recolher para crianças e adolescentes que se encontrassem nas ruas, desacompanhados dos pais, após as 23 horas, em locais próximos a prostíbulos e pontos de vendas de drogas e na companhia de adultos que estivessem consumindo bebidas alcoólicas ou substâncias entorpecentes. Diante da evidente pluralidade de sujeitos atingidos pela medida, o Superior Tribunal de Justiça admitiu a via multitudinária do *habeas corpus*, concedendo a ordem perseguida pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em virtude do reconhecimento de que a referida portaria teria ultrapassado os limites dos poderes normativos previstos pelo art. 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente.¹³

¹² TJ/RS, Habeas Corpus nº 1080118354-9, Juíza de Direito Dra. Laura de Borba Maciel Fleck, Julg. 03/05/08.

¹³ A ementa do julgado, na conclusão, afirma o que se segue: “(...) *A portaria em questão ultrapassou os limites dos poderes normativos previstos no art. 149 do ECA. “Ela contém normas de caráter geral e abstrato, a vigorar por prazo indeterminado, a respeito de condutas a serem observadas por pais, pelos menores, acompanhados ou não, e por terceiros, sob cominação de penalidades nela estabelecidas”* (REsp 1046350/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 24.9.2009). 8. Habeas Corpus concedido para declarar a ilegalidade da Portaria01/2011 da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Cajuru”. (STJ, HC nº 207.720/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 23/02/2012).

O STJ voltou a se manifestar favoravelmente ao cabimento de *habeas corpus* coletivo em decisão recente, que enfrentou questão atinente à limitação das reuniões de adolescentes conhecidas como “rolezinhos”. Com o objetivo impedir a prática, o Juízo da Vara da Infância e Juventude de Ribeirão Preto editou duas portarias destinadas a proibir o acesso e a permanência, em determinados dias da semana, de crianças e adolescentes desacompanhados em *shoppings centers* da cidade. Embora não tenha conhecido do Habeas Corpus nº 320.938/SP, nos termos em que fora postulado pela Defensoria Pública de São Paulo,¹⁴ o Ministro Luís Felipe Salomão concedeu a ordem liminar de ofício, a fim de restabelecer o integral direito de locomoção de todas as crianças e adolescentes de Ribeirão Preto.

O próprio caso que ensejou a presente Consulta também ilustra bem a necessidade do *habeas corpus* coletivo: há uma política deliberada das autoridades públicas ligadas à repressão e persecução penal em Volta Redonda, de combater a atuação dos “flanelinhas” da região, recorrendo de modo indevido a preceito da lei penal visivelmente inadequado à espécie. Diante da multiplicação de violações e ameaças similares à liberdade, decorrentes da mesma política repressiva, a solução mais efetiva para a garantia dos direitos fundamentais das vítimas envolve, evidentemente, a tutela coletiva do *status libertatis*.

¹⁴ O *habeas corpus* foi impetrado contra decisão de indeferimento de medida liminar, hipótese na qual, salvo em casos de decisão teratológica ou flagrantemente ilegal ou abusiva, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que seu conhecimento importa em supressão de instância. Nesse sentido, cf. STF, HC nº 124574, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJ 10/04/2015.

É inegável, portanto, que a defesa coletiva da liberdade de ir e vir, por meio da impetração de *habeas corpus* coletivo, se insere na tendência contemporânea de coletivização da tutela de direitos, não havendo qualquer característica no referido *writ* que desautorize essa conclusão. Muito pelo contrário, a especial desproteção de grupos vulneráveis em matéria penal e a fundamentalidade do direito ao *status libertatis* apontam para a importância de reconhecimento do *habeas corpus* coletivo.

O cabimento da via multitudinária do *habeas corpus* decorre, ainda, da própria maleabilidade deste remédio processual, justificada pela sua ambição protetiva. É o que se pretende demonstrar na próxima seção do parecer.

3. Plasticidade do *habeas corpus* e tutela da liberdade

Não é preciso tecer longas considerações sobre o desenvolvimento histórico do *habeas corpus* para constatar que, entre nós, ele tem sido um remédio dúctil, adaptável aos desafios que a cada tempo se apresentam à proteção da liberdade.

Logo no início de nossa trajetória constitucional republicana, influente corrente doutrinária, que se imortalizaria sob o nome de *doutrina brasileira do habeas corpus*, propôs sua utilização para a proteção do indivíduo contra qualquer tipo de violência ou coação que tivesse por origem ilegalidade ou abuso de poder, independentemente da existência de constrangimento corporal ou de afetação à liberdade de locomoção.

Tal entendimento se baseava em interpretação de dispositivo da Constituição de 1891¹⁵ que consagrara o *habeas corpus*, mas que, ao contrário da previsão anterior do instituto, constante do Código de Processo Criminal do Império,¹⁶ não restringira o cabimento do *writ* às hipóteses em que houvesse constrangimento à liberdade de ir e vir. Nas palavras de Ruy Barbosa, artífice maior da referida doutrina:

“A definição de habeas-corporis na Constituição vigente é esta: ‘Dar-se-á habeas-corporis, sempre que o individuo soffrer ou se achar em imminente perigo de soffrer violencia ou coacção, por illegalidade ou abuso de poder’.

Não se falla em prisão, não se falla em constrangimentos corporaes. Falla-se amplamente, indeterminadamente, absolutamente, em coacção e violencia; de modo que, onde quer que surja, onde quer que se manifeste a violência ou a coacção, por um desses meios, ahi está estabelecido o caso constitucional do habeas-corporis. (...).

Logo, srs. senadores, o habeas-corporis hoje não está circumscripto aos casos de constrangimento corporal; o habeas-corporis hoje se estende a todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito,

¹⁵ A Constituição de 1981 foi a primeira a dispor expressamente sobre a garantia do *habeas corpus*. A partir de então, todas as Constituições brasileiras, sem exceção, incorporaram o remédio em seu texto. Durante todo esse tempo, essa garantia somente foi suspensa pelo Ato Institucional n. 5 de 1968, no que dizia respeito aos crimes políticos, contra a segurança nacional, contra a ordem econômica e social e contra a economia popular.

¹⁶ O art. 340 do Código de Processo Criminal do Império tinha a seguinte redação: “*Todo cidadão que considere que ele ou outra pessoa sofre uma prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade tem o direito a solicitar uma ordem de habeas corpus em seu favor*”.

*estiver ameaçado, manietado impossibilitado no seu exercício pela intervenção de um abuso de poder ou de uma ilegalidade*¹⁷.

Pode-se identificar na doutrina brasileira do *habeas corpus* uma perspectiva pragmática: na ausência de instrumentos processuais específicos contra atentados a direitos individuais, ela pretendia ampliar o âmbito de aplicação do *writ* para assegurar a sua garantia.

O Supremo Tribunal Federal, notadamente pela atuação do Ministro Pedro Lessa, deu sua própria contribuição a essa doutrina, enfatizando que, para a concessão da ordem, era necessário que a liberdade de locomoção funcionasse ao menos como um pressuposto para o exercício do direito ilegalmente cerceado ou ameaçado.¹⁸ A doutrina brasileira do *habeas corpus* é uma das páginas mais gloriosas da história do STF, uma das maiores criações jurisprudenciais brasileiras, por meio da qual se pôde tutelar durante a República Velha diversos direitos civis, como a liberdade de imprensa, de religião, de pensamento e de profissão.¹⁹

¹⁷ Ruy Barbosa. *Collectanea Juridica: o habeas corpus. A amnistia. O Supremo Tribunal no nosso mecanismo político. Cessões de clientela. As condecorações. A posse de direitos pessoais*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1928, pp. 57-58.

¹⁸ Cf. Arnold Wald. *O mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Dasp, 1955, p. 31.

¹⁹ Vale observar, a propósito, o rico apanhado histórico de Lêda Boechat Rodrigues, dando conta do progressivo alargamento da utilização do *habeas corpus* no início do século XX. Cf. *História do Supremo Tribunal Federal*. Vol. 3. 1910-1926: doutrina brasileira do habeas corpus. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

A referida construção doutrinária e jurisprudencial sofreu sua derrota definitiva em 1926, com a reforma constitucional que alterou o dispositivo constitucional pertinente ao *habeas corpus*, limitando o seu emprego à defesa da liberdade de locomoção. No entanto, essa experiência constitucional deixou como legado a forte capacidade de adaptação do remédio constitucional, direcionado a garantir um controle judicial eficaz da liberdade que ele se dedica a tutelar.

Hoje, a previsão constitucional de um extenso leque de garantias processuais, como o mandado de segurança, o mandado de injunção e o *habeas data*, torna desnecessário o alargamento do âmbito de proteção do *habeas corpus* para muito além da garantia da liberdade ambulatorial. Nesse sentido, a Constituição de 1988 prevê que o referido *writ* será concedido sempre “*que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder*”.

No entanto, a maior delimitação de seu campo de atuação não tornou o remédio processual inflexível. A multiplicidade de desafios que se apresentam à proteção da liberdade de locomoção e a relevância desse bem jurídico em nosso sistema constitucional continuaram a demandar uma tutela jurisdicional adaptável e informal, a fim de lhe conferir proteção integral.

Nesse sentido, verifica-se que, embora o *habeas corpus* se destine precipuamente a eliminar constrições e ameaças ilegais ao direito de ir, vir e permanecer dos indivíduos, a jurisprudência vem admitindo a sua impetração para questões correlatas

a esse direito e que possam nele resvalar. Além das hipóteses em que o remédio processual é utilizado para trancar processos nos quais se encontra ausente a *justa causa*, o Supremo Tribunal Federal já deu interpretação ampla à liberdade de locomoção, concedendo *habeas corpus* para fazer cessar restrições ao direito de visita de familiares à pessoa presa.²⁰

Para além da ampliação de seu alcance material, a extensão da dimensão protetiva do *writ* também se faz presente nas diversas exceções que o ordenamento e a jurisprudência fazem ao princípio da formalidade dos atos processuais em seu processamento.

Com efeito, a petição de *habeas corpus* pode ser veiculada por qualquer meio físico possível, independentemente do cumprimento de quaisquer condições formais.²¹ A maleabilidade do instituto também se faz presente na possibilidade de que este seja estendido aos co-réus, em idêntica situação processual, por meio do célere pedido de extensão, previsto no art. 580 do Código de Processo Penal.²² A impetração pode ser apresentada, ainda, por qualquer pessoa, sem a necessidade de representação por

²⁰ STF, HC nº 10770, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes. DJe 26/03/2012. Destaca-se, por oportuno, trecho da ementa do acórdão: “(...) A jurisprudência prevalente neste Supremo Tribunal Federal é no sentido de que não terá seguimento *habeas corpus* que não afete diretamente a liberdade de locomoção do paciente. Alargamento do campo de abrangência do remédio heroico. (...) Direito de visitas como desdobramento do direito de liberdade. Só há se falar em direito de visitas porque a liberdade do apenado encontra-se tolhida. Decisão do juízo das execuções que, ao indeferir o pedido de visitas formulado, repercute na esfera de liberdade, porquanto agrava, ainda mais, o grau de restrição da liberdade do paciente”.

²¹ STJ, Resp nº 114.139/PR, Sexta Turma, Rel. Min. William Patterson, DJ 22/04/1997, p. 14485; e STJ, HC nº 492/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezini, DJ 04/03/1991, p. 1987.

²² STJ, PExt no HC nº 61.140/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 26/02/2007, p. 621.

advogado,²³ em seu favor ou de outrem.²⁴ A possibilidade de substituição processual na referida via mandamental é, portanto, a mais ampla em nosso sistema jurídico, de modo que a tutela da liberdade do paciente pode ser garantida sem que este ingresse efetivamente na demanda ou que deduza qualquer tipo de pedido.

E nem se diga que a natureza personalíssima da liberdade ambulatorial constituiria óbice à sua proteção coletiva. Se tal característica não impede a larga aceitação da substituição processual no *habeas corpus*, não faz sentido utilizá-la para vedar que uma pessoa ou órgão defenda em juízo os direitos individuais de uma multiplicidade de pacientes decorrentes de uma violação à liberdade de origem comum.

Adicione-se a este quadro o fato de que os juízes e tribunais brasileiros dispõem de competência para a concessão de ofício de *habeas corpus*, sempre que for possível vislumbrar ofensa ilegítima à liberdade de ir e vir. A referida possibilidade, consagrada pelo §2º do art. 654 do Código de Processo Penal, tem sólida tradição em nosso ordenamento²⁵ e traduz a concepção de que a inviolabilidade da liberdade individual constitui matéria de ordem pública.²⁶ Por essa razão, a jurisprudência do Supremo

²³ STJ, HC nº 24.821/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 06/02/2006, p. 322.

²⁴ É o que prevê o art. 654 do Código de Processo Penal: “O *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público”.

²⁵ Sobre o tema, cf. Plínio de Oliveira Correa. “O *habeas corpus* de ofício no futuro Código de Processo Penal”. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181158/000366151.pdf?sequence=3>.

²⁶ Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci afirma que “é admissível que, tomando conhecimento da existência de uma coação à liberdade de ir e vir de alguém, o juiz ou tribunal, desde que competente para apreciar o caso, determine a expedição de ordem de *habeas corpus* em favor do coato. Trata-se de

Tribunal Federal entende que a concessão da ordem de *habeas corpus* de ofício pelos tribunais constitui dever atribuído ao Poder Judiciário, e não mera faculdade. É o que se constata em trecho de voto proferido pelo Ministro Cezar Peluso, no julgamento do Habeas Corpus nº 85.237:

“Impressionou-me o fato de este tribunal não raro invocar a eventual supressão da instância, para não conhecer de habeas corpus ou de seu fundamento, quando temos obrigação legal de conceder ordem de ofício à vista de ilegalidade manifesta. Para meu conforto, existe até precedente, no RHC nº 80.110, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, que observou com muita propriedade: “...a inexigibilidade do prequestionamento somada ao poder dever da concessão do habeas corpus de ofício permitem – quando manifesta a ilegalidade que o tribunal coator se haja indevidamente recusado a examinar – que se sobreponha a decisão imediata”²⁷.

Ora, se todo magistrado dispõe de competência para conceder de ofício ordem de *habeas corpus*, não há razão para insistir na defesa da tese de que o remédio somente pode ser veiculado judicialmente em sua versão individual. Se o próprio Judiciário, diante da impetração de *habeas corpus* em favor de pessoas determinadas, pode ampliar, por iniciativa própria, a extensão subjetiva da proteção à liberdade de locomoção -

providência com o princípio da indisponibilidade da liberdade, sendo o dever do magistrado zelar por sua desproteção” (Habeas corpus. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 160).

²⁷ STF, HC nº 85237, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 29/04/2005, p. 8.

flexibilizando com isso o *princípio da inércia da jurisdição* -, por mais razões ainda se deve admitir que a tutela jurisdicional seja perseguida, desde o início, em termos coletivos.

É certo, porém, que a admissibilidade da impetração coletiva do *habeas corpus* não desnatura as demais características que o consagraram como remédio constitucional apto a dar solução ágil às lesões e ameaças à liberdade ambulatorial. Tal como no *writ* individual, o coletivo também não deve se abrir, por exemplo, à dilação probatória, pressupondo prova pré-constituída da violação ou ameaça à liberdade de locomoção.²⁸

Enfim, o exame do cabimento da via coletiva do *habeas corpus* não pode prescindir de um olhar generoso sobre a elasticidade do *writ* constitucional, de modo a habilitá-lo a dar respostas efetivas às violações à liberdade de locomoção numa sociedade de massa, mas sem que se deixe de observar os demais requisitos para sua impetração. Essa postura está diretamente ligada ao reconhecimento do direito à uma tutela jurisdicional efetiva, objeto do item seguinte do parecer.

²⁸ Nesse sentido, destaca-se lição de Luís Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero: “No plano horizontal da cognição, o *habeas corpus* tem cognição parcial por uma razão: apenas as matérias que configurem coação ilegal são passíveis de discussão no seu processo. A causa de pedir e a defesa são vinculadas ao corte vertical procedido pelo legislador (arts. 5º, LXVII, da CF e 648, do CPP). No plano vertical, contudo, a cognição é plena secundum eventum probationis. O juiz conhece da causa visando à formação de juízo de certeza no limite permitido pela prova documental pré-constituída. A especialidade do processo no plano da cognição reside justamente no fato de o juiz não poder conhecer nada senão mediante prova pré-constituída. Qualquer alegação que dependa de prova diversa da documental não pode ser conhecida em *habeas corpus*” (Ingo Wolfgang Sarlet, Luís Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais. pp. 686-687)

4. O *habeas corpus* coletivo e o direito a uma tutela jurisdicional efetiva

Conforme já destacado, a proteção integral à liberdade de locomoção por meio do *habeas corpus* impõe que esse remédio constitucional seja capaz de fazer frente às mais diversas formas de ofensa à liberdade de locomoção. Nesse sentido, deve-se ter em vista que o direito a uma tutela jurisdicional efetiva, extraído do art. 5º, XXXV da Constituição, implica o reconhecimento da existência de uma inter-relação entre o direito material que se quer proteger e a via processual utilizada para a consecução desse objetivo.²⁹

Com efeito, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva impõe que os instrumentos processuais sejam aptos para responder de modo adequado à violação dos direitos materiais que visam a salvaguardar. É o que explica Luís Guilherme Marinoni:

“Será que o direito à tutela jurisdicional é apenas o direito ao procedimento legalmente instituído, não importando a sua capacidade de atender de maneira idônea o direito material? Ora, não tem cabimento entender que há direito fundamental à tutela jurisdicional, mas que esse direito pode ter a sua efetividade comprometida se a técnica processual houver sido instituída de modo incapaz de atender ao direito material. Imaginar que o direito à tutela jurisdicional é o direito de ir a juízo através do procedimento legalmente fixado, pouco

²⁹ Cf. Luigi Paolo Comoglio. *La Garanzia Costituzionale dell’Azione ed il Processo Civile*. Cedam, 1970, nº 14, p. 78 e seg. e nº 17, p. 95.

importando a sua idoneidade para a efetiva tutela dos direitos, seria inverter a lógica da relação entre o direito material e o direito processual. Se o direito de ir a juízo restar na dependência da técnica processual expressamente presente na lei, o processo é que dará os contornos do direito material. Mas, deve ocorrer exatamente o contrário, uma vez que o primeiro serve para cumprir os desígnios do segundo. Isso significa que a ausência de técnica processual adequada para certo caso conflitivo concreto representa hipótese de omissão que atenta contra o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional”³⁰.

Por esse raciocínio, diante da inexistência ou insuficiência de procedimento idôneo a tutelar determinado direito material, o juiz deve extrair das regras processuais existentes a sua máxima potencialidade, a fim de permitir a proteção mais adequada possível.³¹ Assim, para cada tipo de violação ao direito à liberdade ambulatorial, deve corresponder uma tutela jurisdicional adequada.

Daí porque se pode afirmar que o instrumento processual do *habeas corpus* deve ter amplitude correspondente às situações de ofensa ou de ameaça à liberdade de ir e vir

³⁰ Luiz Guilherme Marinoni. “O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais”. Disponível em: http://www.ensinosuperior.org.br/atividades_complementares/direito/docs/2012/5e7/TUTELA.pdf.

³¹ É o que se depreende da seguinte passagem de obra doutrinária de autoria de Luiz Fux: “O princípio do devido processo legal tem como um dos seus fundamentos o processo ‘justo’, que é aquele adequado às necessidades de definição e realização dos direitos lesados. O senso de justiça informa, inclusive o due process of law na sua dupla conotação, a saber: lei justa e processo judicial justo – substantive due process of law e judicial process. Destarte, o devido processo legal está encartado no direito ao processo como direito ao meio de prestação da jurisdição, que varia conforme a natureza da tutela de que necessita. O direito à jurisdição não é senão o de obter uma justiça efetiva e adequada.” (Curso de Direito Processual Civil. vol. I. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 253).

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

Esse é não só o entendimento que mais se harmoniza com o texto da Constituição de 1988, como também o mais compatível com o sistema interamericano de direitos humanos, do qual o Brasil faz parte. O direito a um instrumento processual simples, rápido e efetivo, apto a tutelar o direito fundamental lesionado ou ameaçado, é garantido no art. 25 do Pacto de San José da Costa Rica.³² De acordo com análise de Christian Courtis,³³ a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a matéria enfatiza a importância tanto da idoneidade abstrata quanto concreta dos mecanismos processuais de garantia de direitos.

A partir de tais considerações, Courtis defende a adaptação do modelo tradicional de tutela de interesses, de natureza eminentemente individualista, para atender

³² Artigo 25 - Proteção judicial: “1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. 2. Os Estados-partes comprometem-se: a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso”.

³³ Christian Courtis. “El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos”. Disponível em: http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/el_derecho_a_un_recurso.pdf.

às características multitudinárias de muitas violações a direitos fundamentais que ocorrem no mundo contemporâneo. Nas suas palavras:

“El modelo falla, por ejemplo, cuando los bienes a tutelar no son individuales, sino colectivos; también cuando el titular del derecho afectado o su ejercicio involucre necesariamente aspectos colectivos; de igual modo, la exigencia de que el perjuicio o el interés tutelado sea individual limita las posibilidades de tutela frente a actos u omisiones lesivos que tengan alcance colectivo, o que requieran necesariamente un remedio colectivo. En todos estos casos, la tutela efectiva requiere el diseño de acciones judiciales acordes con el titular, el carácter de la afectación o el alcance apropiado del remedio”³⁴.

Nessa linha, vale destacar rico exemplo de Direito Comparado no qual houve o acolhimento dos argumentos aqui defendidos. No caso *Verbitsky*, a Suprema Corte Argentina entendeu possível a interrupção de tratamento degradante ao qual estavam sendo submetidos detentos que cumpriam penas em estabelecimentos prisionais de Buenos Aires por meio de *habeas corpus* coletivo.³⁵ Embora inexistisse previsão expressa de modalidade coletiva do *writ*, a Corte considerou que esta decorreria da

³⁴ *Idem*, p. 44.

³⁵ A justificativa da eleição de uma ação coletiva para a tutela dos referidos direitos “*se fundó en la naturaleza general y sistémica del problema – esto es, en la necesidad de un remedio colectivo integral, que tomara en consideración la situación de la clase o grupo entero. La insuficiencia de los remedios individuales era evidente: al interponer habeas corpus individuales, las personas detenidas eran trasladadas de una comisaría a otra, sin solucionarse el problema de superpoblación. Lo mismo ocurría con los habeas corpus colectivos de alcance limitado a un determinado departamento judicial o administrativo*”. Cf. Christian Courtis. *Op. cit.* p. 57.

natureza da lesão e da necessidade de se dar proteção adequada à liberdade, bem jurídico prioritário no ordenamento argentino. É ver-se:

“16) Que pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el habeas corpus como instrumento deducible también en forma colectiva, tratándose de pretensiones como las esgrimidas por el recurrente, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla.

17) Que debido a la condición de los sujetos afectados y a la categoría del derecho infringido, la defensa de derechos de incidencia colectiva puede tener lugar más allá del nomen juris específico de la acción intentada, conforme lo sostenido reiteradamente por esta Corte en materia de interpretación jurídica, en el sentido de que debe tenerse en cuenta, además de la letra de la norma, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad (Fallos: 312:2192, disidencia del juez Petracchi; 320:875, entre otros)”³⁶.

Desse modo, o direito à tutela jurisdicional efetiva demanda o reconhecimento da admissibilidade da impetração coletiva do *habeas corpus*.

³⁶ Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Recurso de Hecho. Verbitsky, Horacio s/Habeas Corpus. p. 32. Disponível em: <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarHjFallos&falloId=70648>.

5. Coletivização de remédios constitucionais e a jurisprudência do STF

O STF tem clara orientação jurisprudencial no sentido da possibilidade de ampliação jurisprudencial das hipóteses de cabimento de remédios constitucionais, inclusive para a consagração de modalidade coletiva, não contemplada expressamente em sede constitucional ou legal.

Nesse sentido, destaca-se a admissão do mandado de injunção coletivo pela Corte. O art. 5º, inciso LXXI, da Constituição, que consagrou tal remédio, não contém qualquer referência à modalidade coletiva e inexistente norma infraconstitucional que a preveja. Isso, porém, não impediu que a Corte reconhecesse o cabimento do mandado de injunção coletivo. Nas palavras do Ministro Celso de Mello:

“A orientação jurisprudencial adotada pelo Supremo Tribunal Federal prestigia, desse modo, a doutrina que considera irrelevante, para efeito de justificar a admissibilidade da ação injuncional coletiva, a circunstância de inexistir previsão constitucional a respeito (...)”³⁷.

³⁷ STF, MI nº 20, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22/11/1996. No mesmo sentido, figuram numerosas decisões, das quais são exemplos o MI nº 4503 AgR/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; os MI nº 823/DF e 2152-AgR/DF, Rel. Min. Celso de Mello; os MI nº 73/DF e 342/SP, Rel. Min. Moreira Alves; o MI nº 361/RJ, Rel. Min. Néri da Silveira; e os MI nº 689/PB e 712/PA, Rel. Min. Eros Grau.

Como se sabe, o mandado de injunção e o *habeas corpus* compõem, ao lado de outros instrumentos processuais, o chamado *direito processual constitucional*³⁸. O primeiro remédio tem por objetivo tornar viável o exercício de direitos e liberdades constitucionais obstados pela inércia do legislador, ao passo que o segundo se dedica à proteção específica da liberdade de locomoção.

A vocação de ambos os institutos para a tutela de direitos fundamentais – cuja eficácia e efetividade quis o constituinte reforçar (*e.g.*, art. 5º, § 1º, CF) - e seu igual *status* constitucional, permitem que se trace um paralelo entre o mandado de injunção e o *habeas corpus*, para estender a este a generosa jurisprudência do STF atinente à viabilidade de impetração coletiva daquele remédio constitucional.

6. Conclusões

Assim, é possível sintetizar as principais ideias desenvolvidas ao longo deste estudo nas seguintes proposições objetivas:

(i) A tendência contemporânea de tutela coletiva de direitos individuais visa a promover economia e celeridade processuais, a igualdade de tratamento entre os jurisdicionados e o pleno acesso à justiça, especialmente para os hipossuficientes. Todas

³⁸ Cf. Nelson Nery Júnior. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

essas preocupações se fazem presentes na esfera penal, em que a seletividade do aparelho repressor do Estado deixa especialmente vulnerável a camada populacional mais pobre. Nesse contexto, o *habeas corpus* coletivo constitui instrumento necessário à tutela da liberdade de locomoção em uma sociedade de massa, marcada pela desigualdade, como a brasileira.

(ii) O remédio constitucional do *habeas corpus* revelou, desde os seus primórdios, uma natureza receptiva a inovações e flexibilizações processuais. A ampla aceitação da substituição processual, a desnecessidade de observância de fórmulas processuais e de representação por advogado, e a possibilidade de concessão do *writ* de ofício evidenciam que, dada a essencialidade do direito em jogo, a ordem jurídica prioriza a efetividade da tutela à liberdade de locomoção em detrimento de preocupações formais. A admissão do *habeas corpus* coletivo se alinha a essa tradição virtuosa e honra os valores liberais, emancipatórios e democráticos da Carta de 88.

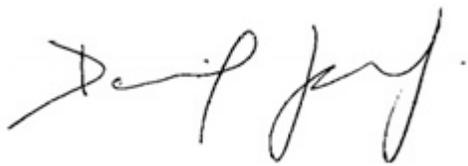
(iii) O direito a uma tutela constitucional efetiva, que tem sede tanto na Constituição como no Pacto de San Jose da Costa Rica, exige que os instrumentos processuais possuam idoneidade para a proteção dos direitos materiais que objetivam tutelar. Desse modo, a constatação de que violações à liberdade ambulatorial também são perpetradas de maneira coletiva, impõe também a aceitação da modalidade coletiva do *habeas corpus*.

(iv) A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consagra a interpretação ampliativa de remédios constitucionais visando ao seu fortalecimento. A Corte Suprema reconheceu, mesmo sem previsão constitucional ou legal expressa, a possibilidade de impetração coletiva de mandado de injunção, em entendimento que pode ser estendido, por razões ainda mais robustas, ao *habeas corpus*.

Diante do exposto, pode-se responder à Consultante afirmando que se afigura **plenamente admissível a impetração de *habeas corpus* coletivo no ordenamento jurídico brasileiro.**

É o parecer.

Rio de Janeiro, 16 de junho de 2015.



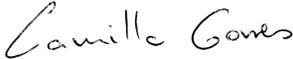
DANIEL SARMENTO

Professor de Direito Constitucional da UERJ
Mestre e Doutor em Direito Público pela UERJ
Pós-doutor na Yale Law School



ADEMAR BORGES

Mestre em Direito Constitucional pela UFF
Doutorando em Direito Público pela UERJ



CAMILLA GOMES

Mestranda em Direito Público pela UERJ