



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

LUIZA SOUZA DE ARAÚJO

**CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO HABEAS CORPUS
COLETIVO: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

BRASÍLIA

2019

LUIZA SOUZA DE ARAÚJO

**CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO HABEAS CORPUS
COLETIVO: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).
Orientadora: Prof^a. Dr^a. Christine Oliveira Peter da Silva.

BRASÍLIA

2019

LUIZA SOUZA DE ARAÚJO

**CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO HABEAS CORPUS
COLETIVO: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).
Orientadora: Prof^a. Dr^a. Christine Oliveira Peter da Silva.

BRASÍLIA, 2019

BANCA AVALIADORA

Professora Orientadora

Professor (a) Avaliador(a)

“A liberdade é a eterna coragem de resistir.”

Royer-Collard

RESUMO

A presente pesquisa pretende analisar a construção jurisprudencial do instituto do habeas corpus coletivo, a partir de uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A modalidade coletivo remédio constitucional se revela como tema notório a ciência jurídica brasileira atual, por ser objeto de recentes julgados de Tribunais Superiores, cujas decisões ainda são conflitantes, de igual modo, a concepção da ideia do instrumento desperta as análises da doutrina, sendo pertinente objeto de estudo. Ressalta-se que o presente tema não tem previsão legal expressa no ordenamento jurídico brasileiro, em vista disso, é relevante a pesquisa quanto ao cabimento do habeas corpus coletivo na ordem constitucional brasileira. Ademais, tal análise está inserida em um contexto de anseio universal por garantias dos direitos fundamentais, pelo próprio Estado Democrático de Direito, o neoconstitucionalismo e o ideal de fraternidade, isto é, o direito fundamental em uma perspectiva transindividual em que o tema do processo coletivo se manifesta como importante instrumento processual cabível para a proteção desses direitos. Em um primeiro momento, busca-se consolidar a Teoria Geral do habeas corpus, desde a sua origem até seus contornos atuais no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, no capítulo II, far-se-á uma explanação sobre a tutela coletiva, para então definir o instituto do habeas corpus coletivo, a partir de os posicionamentos atuais da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto a admissibilidade do habeas corpus coletivo. Em suma, tem-se como necessária a ponderação entre o princípio da segurança jurídica, potencialmente atingido pela falta de previsão legal e a proteção do direito à liberdade de locomoção e do acesso à justiça, à luz da dogmática constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Remédio constitucional; habeas corpus; habeas corpus coletivo; tutela coletiva; acesso à justiça; liberdade de locomoção.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I -TEORIA GERAL DO HABEAS CORPUS	11
1.1 Origem do habeas corpus	11
1.2. A Magna Carta de 1215	13
1.3. A Petition of Rights de 1628	16
1.4. Habeas Corpus Amendment Act de 1679.....	18
1.5. O habeas corpus no ordenamento jurídico brasileiro	21
1.5.1. No Império.....	21
1.5.2. Na República.....	27
1.5.3. A “Doutrina Brasileira do habeas corpus”	29
1.5.4. Da necessidade jurídica - outros <i>writs</i>	34
CAPÍTULO II–TUTELA COLETIVA	36
2.1. Tutela individual x tutela coletiva – A Constituição Federal de 1988 e a tutela jurídica ampla e irrestrita	36
2.2. Processo coletivo no Brasil	38
2.3. Direitos coletivos x tutela coletiva de direitos	41
2.4. Coletivização dos remédios constitucionais	45
2.4.1. Mandado de segurança coletivo	45
2.4.2. Mandado de injunção coletivo.....	47
2.5. Plasticidade do habeas corpus e a tutela da liberdade	50
CAPÍTULO III-ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O cabimento do habeas corpus coletivo	53
3.1. HC 143.641: o primeiro habeas corpus coletivo admitido na Suprema Corte	53
3.2. HC 148.459.....	65
CONCLUSÃO.....	70
REFERÊNCIAS	76

INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve por objeto o instituto do habeas corpus coletivo, a partir de uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para, assim, esboçar entendimento que vem sendo adotado pela Suprema Corte quanto à possibilidade jurídica da tutela coletiva e o devido processamento, fixando seus alcances e contornos em consonância com as premissas constitucionais brasileiras.

Em tese, o habeas corpus é o remédio constitucional mais antigo presente nos ordenamentos jurídicos já conhecidos e consta expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, sendo hoje fixado pela tutela de direito a liberdade de locomoção. Em se tratando de habeas corpus inserido no processo coletivo, tem-se a incorporação da ferramenta de defesa coletiva desse direito.

Ademais, o direito à liberdade de locomoção encontra-se disposto no título “dos Direitos e Garantias fundamentais”, sendo assim, direito fundamental presente no rol artigo 5º da Constituição Federal, parte mais incontroversa quanto a sua essencialidade de proteção. Nesse sentido, confirma-se necessidade quanto à tutela jurisdicional por meio de instrumentos jurídicos efetivos ao seu exercício.

Pode-se dizer que o tema é caracterizado pela relevância social, haja vista se ter como certo, que a incidência do remédio constitucional se dará em perspectiva transindividual, a legitimados determinados ou determináveis. Assim, ao admitir a existência do habeas corpus coletivo se admite uma nova modalidade de tutela coletiva de interesses individuais.

Trata-se de um instituto que atingirá uma coletividade *lato sensu*, sem individualização de beneficiário e com o alcance determinável de pessoas. Logo, o que se discute aqui é acerca de uma ação de tutela coletiva de direitos fundamentais individuais que teria como fim pugnar ilegalidade ou abuso de poder quanto a privação de liberdade locomoção ou ameaça dessa, quando atinge a generalidade de indivíduos. Tem-se aqui a originalidade da pesquisa.

Ademais, o tema é pertinente a ciência jurídica e sua comunidade. A saber, em 20 de fevereiro de 2018, a 2ª turma do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou, por maioria, pelo

conhecimento do habeas corpus nº 143.641¹. Tem-se aqui precedente inédito, haja vista se tratar de um habeas corpus coletivo, sendo as pacientes apresentadas como uma coletividade, de forma genérica, isto é, sem a individualização de beneficiárias, sob as quais recaia uma mesma situação de direito.

Há quem defenda a sua admissibilidade por se tratar de instituto que versa, predominantemente, sobre matéria da seara penal, qual seja a tutela do direito à liberdade de locomoção do indivíduo e aqueles que pugnam pela não admissibilidade do habeas corpus coletivo, pela falta de segurança jurídica ensejada pela carência de individualização ou indicação dos possíveis pacientes.

Contudo, superado o importante histórico do instituto, surge um novo debate quanto à possibilidade de impetração do habeas corpus coletivo, nos moldes do ordenamento jurídico brasileiro. Observa-se, ainda, que não há previsão legal expressa permissiva ao instituto, no entanto, de igual modo, não existe texto legal vetando a possibilidade desses.

O habeas corpus coletivo avança a esfera da possibilidade no momento em que começa a ser impetrado e, respeitado o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, se inicia a apreciação, não somente do direito material que se pleiteia como, de igual modo, do cabimento da via eleita.

No entanto, em um cenário de falta de previsão legal, é evidente a consequência de decisões conflitantes quanto a admissibilidade do instituto, quais sejam, como exemplo no caso concreto, as decisões dos HC 148.459² e HC 143.641, ambos habeas corpus coletivo sob jurisdição do STF, em Turmas distintas, proferidas com 1 (um) dia de diferença.

Respectivamente, as decisões entenderam, uma pelo não seguimento do remédio constitucional e a outra, não somente pelo conhecimento, como pela concessão da ordem.

Importante dizer que, no HC 148.459, em sede de decisão monocrática o Ministro Relator Alexandre de Moraes, que determinou não seguimento, enfrentou como prejudicial a

¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 143.641, da 2ª Turma. Relator: Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 20 fev. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em: 10 set. 2018.

²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 148.459, da 1ª Turma. Relator: Alexandre de Moraes, Brasília, DF, 21 fev. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000403884&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 10 set. 2018.

questão do habeas corpus dar-se na modalidade coletiva, sendo, então, a via eleita um dos pontos para tal. Nesse sentido, calha transcrever o argumento utilizado pelo Ministro Alexandre de Moraes para não conhecer do habeas corpus, *in verbis*:

“havendo necessidade em habeas corpus da indicação específica de cada constrangimento ilegal que implique coação ou iminência direta de coação à liberdade de ir e vir, pois não se pode ignorar, nos termos da legislação de regência (CPP, art. 654), que a petição inicial conterà o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação, assim como o de quem exerce essa violência, coação ou ameaça e a declaração da espécie de constrangimento ilegal ao direito de locomoção, ou em caso de simples ameaça de coação, as razões em que se funda o seu temor.”³

Nesse sentido, a decisão entendeu pela impossibilidade da utilização do instrumento para os pretendidos efeitos para uma coletividade, chegando a citar como via eleita cabíveis ações objetivas, quais sejam as de controle concentrado de constitucionalidade a fim de se alcançar uma decisão mandamental genérica, coletiva, com efeitos *erga omnes* e vinculantes.

No HC 143.641, em sentido oposto, tem-se a decisão pela concessão da ordem atodas 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 (doze) anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças.

Em seu voto, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski, enfrentou detalhadamente, como preliminar de mérito, a admissibilidade do habeas corpus coletivo, entendendo pelo conhecimento do instituto, criando assim precedente inédito quanto ao seu cabimento.

Diante de todo o exposto, o intuito da presente pesquisa é analisar a construção jurisprudencial do habeas corpus coletivo, por meio da análise da jurisprudência do STF e, assim, elencar o entendimento quanto a possibilidade jurídica do instituto, a medida que a discussão avance do mero juízo de admissibilidade e possa, efetivamente, garantir a tutela dos direitos fundamentais ameaçados ou violados e, com isso, atingir sua finalidade.

Diante disso, trabalhar-se-á frente a interpretação das normas à luz da constituição.

Inicialmente, far-se-á necessária a análise da evolução histórica do instituto habeas

³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 148.459, da 1ª Turma. Relator: Alexandre de Moraes, Brasília, DF, 21 fev. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000403884&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 10 set. 2018.

corpus, da sua gênese aos atuais contornos assumidos, remontando o seu histórico e razão de existir no ordenamento jurídico, construindo, assim, o fim a que se destina o instrumento. Seguindo, o segundo capítulo se dará a partir de análise doutrinária da tutela coletiva, abordando o tema da teoria geral do processo coletivo adotada no ordenamento jurídico brasileiro. No terceiro capítulo far-se-á uma análise do HC 143.641⁴ e do HC 148.549⁵, ambos precedentes fixados pela Suprema Corte brasileira.

Portanto, trata-se de uma pesquisa qualitativa sendo que, a partir de levantamento e análise de precedentes do STF haverá interpretação desses julgados, a fim de que se discorra sobre a construção instituto do habeas corpus coletivo. Assim, devida relevância, tratando-se de uma pesquisa objetivada em identificação na jurisprudência do STF, far-se-á uso, de pesquisas jurisprudenciais somadas a análise doutrinária e sua discussão acerca do tema aplicada ao caso concreto. É ainda um tema novo, cuja discussão merece a atenção por se tratar da tutela das liberdades individuais, sob o paradigma da tutela coletiva de Direitos.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 143641, da 2ª Turma. Relator: Ricardo Lewandowski, Brasília, DF. Proferida em: 19 fev. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5276220>. Acessado em: 20 mar. 2019.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 148.459, da 1ª Turma. Relator: Alexandre de Moraes, Brasília, DF, 21 fev. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000403884&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 10 set. 2018.

CAPÍTULO I - TEORIA GERAL DO HABEAS CORPUS

1.1 Origem do habeas corpus

Há quem defenda que a gênese do instituto habeas corpus encontra-se no direito romano, tendo como pressuposto a análise generalizada de meio instrumental a disposição, pelo qual o sujeito pode reclamar sua liberdade de locomoção retida ilegalmente.

O instituto romano, cuja denominação *Interdictum de Libero Homine Exhibendo*, consistia em procedimento para exibir o homem retido ao pretor, a fim de amparar o direito de liberdade, uma vez que essa fosse retirada dos homens livres por meio de atitude arbitrária e, portanto, ilegal. Ensina Massaú que:

A finalidade do *interdictum de libero homine exhibendo* consistia na apresentação do homem livre retido perante o magistrado, cuja presença corporal pudesse ser constatada pelo magistrado e pelo público; advém daí a ideia de exhibere que significa deixar fora de segredo.⁶

Quanto à cessação de possível ilegalidade:

[...] Em face da publicidade, cessa a coação com o ensejo de todos observarem a condição do agredido e a desse de defender-se da agressão, perante o olhar do magistrado e do público.⁷

À época, o dito remédio era ofertado aos definidos “homens livres”, cujo qual havia extensão a todos aqueles, capazes e incapazes, o varão e a mulher, ao passo que ninguém poderia coibir a liberdade sempre que essa fosse protegida.⁸

Quando o *Interdictum Homine Libero Exhibendo* é considerado o primeiro marco do habeas corpus, entende-se, aqui, pelo precedente criado ao considerar a tutela da liberdade de

⁶MASSAÚ, Guilherme Camargo. **A História do Habeas Corpus no Direito Brasileiro e Português**. Revista *Ágora*, Vitória, n.º. 7, 2008, p. 4.

⁷MASSAÚ, Guilherme Camargo. **A História do Habeas Corpus no Direito Brasileiro e Português**. Revista *Ágora*, Vitória, n.º. 7, 2008, p. 4.

⁸ULPIANO, D., 43.29,3 ,1 “Haec verba quem liberum, ad omnem liberum pertinent: sive pubes sit, sive impubes; sive masculus, sive foemina; sive unus, sive plures; sive sui iuris sit, sive alieni; hoc enim tantum spectamus, an liber sit” APUD SIDOU. J.M. Othon. **Habeas data, Mandado de Injunção, Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Ação Popular**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p.96.

locomoção um dever do Estado e, portanto, considerá-la um bem público.

El término *homine libero exhibendo* usualmente se refiere a un precedente de cualquier medio de preservación de los derechos de la persona frente al poder autoritario y, en particular, del juicio de amparo, aun cuando recientemente puede considerarse un referente de la doctrina alemana *Drittwirkung* de protección horizontal de los derechos fundamentales⁹

Nesse sentido, para diversos autores, como o Pinto Ferreira, o *habeas corpus* guarda similitude em origem com o instituto contemplado pelo direito romano, qual seja o supracitado *interdictum de libero homine exhibendo*¹⁰.

No entanto, tem-se aqui um juízo prognóstico, na esfera de similitudes básicas dos institutos que, todavia, possuem diversos pontos controvertidos e, assim, faz ensejar algumas outras correntes quanto a origem do *habeas corpus*. Nesse seguimento, Sidou¹¹ ensina que:

A origem do *habeas corpus* é assaz e controvertida e pode-se dizer que mais oscila ao sabor das tendências dos expositores. Se tradicionalistas, fazem-no remontar ao direito romano, vencendo as queimadas etapas humanas. Se chauvinistas, crêem-no uma intervenção genuinamente inglesa, caída do céu para a liberdade dos povos. Há um terceiro grupo, o dos expositores prudentes, como Jenks, para os quais por difícil esgarçar o véu das controvérsias, a palavra final nessa matéria ainda não foi dita.

Importante destacar que, em diversos momentos da história, foram conferidos diferentes mecanismos para proteção a liberdade de locomoção do indivíduo de acordo com a evolução da tutela aos direitos fundamentais. Assim, o progresso do *habeas corpus* está diretamente ligado ao longo processo de lutas político-jurídicas historicamente conhecidas.¹²

Por isso, tem-se como certo que o direito inglês, ao estabelecer a Magna Carta no ano de 1215, reconhece o *habeas corpus*, com a denominação que hoje conhecemos e consolida os

⁹HERNANDEZ, Juan Rivera. **Homine Libero Exhibendo**. <https://leyderecho.org/homine-libero-exhibendo/>. Acesso em: 10 set. 2018.

¹⁰ PINTO FERREIRA, Luís. **Teoria e prática do habeas corpus**. Capítulo histórico do *habeas corpus*. São Paulo: Saraiva, 1979.

¹¹ SIDOU, J.M. Othon. **Habeas data, Mandado de Injunção, Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Ação Popular**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p.93.

¹² BICUDO, Hélio. **Direitos civis no Brasil, existem?** São Paulo: Brasiliense, 1982, p. 9. “Os direitos fundamentais do homem, aqueles que são essenciais à qualificação de sua personalidade, vão, destarte, ainda que lentamente, impondo-se, passando das cogitações meramente teóricas ao campo das realizações práticas, agora no domínio jurídico, social e político. Muitas são as declarações fundamentais do homem que podem ser registradas: a Magna Charta Libertatum, em 1215; a Petition of Rights, em 1628; o Habeas Corpus Act, em 1679; o Bill of Rights, em 1689 [...]”

seus princípios essenciais, sendo por outra corrente, esse considerado célebre marco do nascimento do habeas corpus.¹³

1.2. A Magna Carta de 1215

Tem-se que em meados do século XII, pela morte de Ricardo I, conhecido como Ricardo Coração de Leão, considerado um dos detentores de mandato mais querido pelo seu povo, o seu irmão João assume o trono da Inglaterra e inicia um reinado marcado por arbitrariedades e desserviços que atingiu desde os nobres aos humildes.¹⁴

O conhecido "João Sem-Terra", ao assumir a coroa elevou sem discrepâncias os tributos e adotou uma série de imposições tiranase, ao contrário de seu irmão, foi fortemente reprovado pelo povo.

Os desastres, cyncas e arbitrariedades do novo governo foram tão assoberbantes, que a nação, sentindo-lhe os efeitos envilecedores, se indispôs, e por seus representantes tradicionais, reagiu. Foram inúteis as obsecrações. A reação era instintiva, generalizada; e isso, por motivo de si mesmo explícito: tão anárquico fora o reinado de João, que se lhe atribuía outrora, como ainda nos nossos dias se repete, a decadência; postergou regras jurídicas sãs de goveno; descurou dos interesses do reino; e, a atuar sobre tudo, desservindo a nobres e a humildes, ameaçava a desnervar a energia nacional, que se revoltou¹⁵

É nesse cenário, diante da iminente ameaça de seus direitos, que insurgem os condes e barões ingleses, restam em grande revolta e exigem, ainda que pela força, proteção às suas liberdades. Tem-se aqui assinatura do ato, a *Magna Charla Libertatum*, conhecida Carta Magna, tida como marco sob um novo fundamento de direitos e liberdades da Inglaterra.

Obrigaram João a renovar esta carta com grandes adições, e ao se assegurarem o que reivindicavam como seus direitos constitucionais obrigaram o rei a observar as mesmas regras em relação a todos os homens livres.¹⁶

¹³ SABINO JÚNIOR, Vicente. **O habeas corpus e a liberdade pessoal**. São Paulo: RT, 1964, p. 17. “O tradicional remédio destinado à defesa e amparo da liberdade corporal ou física, da liberdade de locomoção é o *habeas corpus*. Vêm alguns a sua instituição na ‘Magna Carta’, de 15 de junho de 1215, então denominada *Magna Charta*, seu Concórdia inter regem Johannem et Barones preconessione libertatum ecclesiae et regni Angliae, outorgada por João Sem Terra, ou Johannes Lackland, sob constante pressão dos nobres e do clero”

¹⁴ MIRANDA, Pontes de. **História e Prática do Habeas Corpus**. 4 ed. Rio de Janeiro: 1962, pp. 10-12.

¹⁵ MIRANDA, Pontes de. **História e Prática do Habeas Corpus**. 2 ed. Rio de Janeiro: 1951, p. 12.

¹⁶ POUND, Roscoe. **Desenvolvimento das garantias constitucionais da liberdade**. Trad. E. Jacy Monteiro. São

Portanto, a edição da Carta Magna de 1215 é decorrente de deliberado abuso de Poder do Estado pelo despotismo soberano e decorrente ameaça de direitos por meio de ilegalidades e abusos, sendo assim considerada, segundo Pontes de Miranda, a carta considerada uma pedra inicial ao novo estado de coisas, para Inglaterra, para as nações-filhas e para o Homem.¹⁷

Destaca-se que ditames presentes nos mais diversos ordenamentos jurídicos, que são rotineiramente empregados na atualidade surgem todos explicitados da referida Carta Magna, tais como a cláusula do devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, o acesso à justiça, a celeridade processual, a instituição do júri, entre outras ferramentas que salientam os cuidados com a tutela e liberdades.¹⁸

“A magna carta é o documento assinado, em 1215, por João Sem Terra, sob pressão dos barões. É considerada a base das liberdades inglesas”¹⁹ Nesse sentido, dentre os inúmeros institutos contemplados pela nova Carta, ressalta o preceito básico da liberdade individual, cujo qual ninguém poderia sofrer prisão injusta, bem como que as pessoas livres seriam julgadas pelos seus pares.²⁰

Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus direitos ou seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou reduzido em seu status de qualquer outra forma, nem procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento legal pelos seus pares ou pelo costume da terra.

1. Prometemos diante de Deus, em primeiro lugar, e por esta nossa presente carta confirmamos por nós e por nossos herdeiros, para sempre, que a igreja da Inglaterra será livre e gozará dos seus direitos

Paulo: Ibrasa, 1965, p. 17.

¹⁷ MIRANDA, Pontes de. **História e Prática do Habeas Corpus**. 2 ed. Rio de Janeiro: 1951, p. 12.

¹⁸ SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal: Due process of Law**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 2001, p. 16-17 NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Anotações sobre o Princípio do Devido Processo Legal**. Revista de Processo, São Paulo, n. 63, 1991, p. 37.

¹⁹ BANDEIRA, Antonio Manoel. **A Carta Magna – Conceituação e antecedentes**. <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182020/000113791.pdf>. Acessado em: 28 mar. 2018.

²⁰ SABINO JÚNIOR, Vicente. **O habeas corpus e a liberdade pessoal**. São Paulo: RT, 1964, p. 20, “Disponha a Magna Carta, em seu art. 48: ‘ Ninguém poderá ser detido, prêso ou despojado de seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de julgamento de seus pares, segundo as leis do país’. Segundo consta do texto da Magna Carta: ‘Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur, aut disseisietur, aut ultragetur, aut exuletur, aut aliquo modo destratur de aliquo libero tenemento suo, vel libertatibus, vel liberis consuetudinibus suis, nec super eum in carcerem mitemus, nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terae. Nulli vendemus, nulli negabimus, aut differemus rectum aut iustitiam.’”

na sua integridade e da inviolabilidade das suas liberdades; e é nossa vontade que assim se cumpra;²¹

É bem verdade que por mais que editada e assinada a Carta Magna com todas as previsões hoje tão contempladas, faz-se necessário guardar ressalvas tendo em vista que a história revela que a Magna Carta não significou o limiar das liberdades:

Narra THOMAS B. CONSTAIN que Estevam Langton, prosseguindo no estudo das leis canônicas, concluirá que o sistema feudal era um bárbaro repositório de crueldade e injustiça, impondo-se, para a consecução de reforma a redução do imoderado poder dos governantes. E, enquanto pregava na Igreja de São Paulo, em Londres, sem aprofundar-se no aspecto político, transmitiu aos fiéis determinada mensagem. E, para desoertar mais o interesse dos presentes por ela, exibiu-lhes um antigo pergaminho que datava o tempo do rei HENRIQUE I, contendo as primeiras garantias da liberdade obtidas pelos súditos ingleses. Conclamou, então, os barões a que se comportassem de modo igual ao expresso no referido documento com a mulher, as filhas e os filhos de seus dependentes. Com tais palavras, pôs em destaque os direitos que o súdito comum tinha frente à nobreza e que esses direitos deviam integrar as leis do país.²²

Pode-se dizer, ainda, que a Carta Magna pode ter significado muito mais no plano abstrato do que na realidade, tendo em vista a frustrações no plano concreto à época, sendo muitas das vezes transgredida ou quando não aplicada diretamente apenas para um grupo restrito e selecionado. Segundo Pontes de Miranda, não há concepção do homem como titular de direitos, sendo a Carta Magna com valor restrito ao interesse baronial.²³

Além disso, a sucessão de governos da coroa britânica conferiu edições a Carta Magna e, por conseguinte, sua confirmação. Tendo mediante um novo caos com grande alta de impostos e arbitrariedade diante da inexperiência do então rei Henrique III, a carta sendo reafirmada uma segunda vez em 1255. Bem como, a história se repetiu em 1298 quando a coroa estava sob mando do rei Eduardo I. Expõe Pontes de Miranda:

²¹Tradução – “Para o latim, PONTES DE MIRANDA publicitou, em célebre obra, a seguinte versão (bem mais extensa): “Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur, aut disseisietur, aut ultragetur aut exuletur, aut aliquo modo destruat de aliquo libero tenemento suo, vel libertatibus, vel liberis consuetudinibus suis, nec super eum ibimus, nec super eum incarcerem mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae. Nulli vendemus, nulli negabimus, aut differemus rectum aut iustitiam”. MIRANDA, Pontes de. **História e Prática do Habeas Corpus**. 2 ed., p. 15 Rio de Janeiro: 1951

²²SABINO JÚNIOR, Vicente. **O Habeas Corpus e a liberdade pessoal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 17.

²³MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas corpus**. 4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. p. 21.

As altas dos impostos, conseqüência lógica de tantos erros e baldas políticas fêz com que se sublevassem os barões, recontinuando-se a revolução que João-sem-Terra reclamara as liberdades e garantias. Daí a confirmação da Magna Carta, em 1255, em reunião de prelados convocados em Wesrminster, com expressa ameaça de “excomunhão contra quem a violasse.”²⁴

O fato é que a história do direito inglês, tendo a Magna Carta como marco, nos revela um lento, mas seguro caminhar em busca da efetivação a proteção das liberdades, inclusive, a liberdade individual. Segundo Roscoe Pound, a Magna Charta Libertatum inglesa é o exemplo mais afamado das cartas de liberdade medievais. Tem-se que ela, mais do que alicerce do parlamentarismo inglês, significou a construção ulterior dos direitos de liberdade.²⁵

Tem-se, assim, que o habeas corpus se revela um dos primeiros instrumentos institucionais que limitou o poder estatal e que reconheceu alguns direitos humanos fundamentais consagrados até hoje. Nesse sentido, conclui Roscoe Pound acerca da relevância do referido momento histórico:

Não constituiu de modo algum um fenômeno singular no âmbito europeu, mas é no entanto notável, sobretudo em atenção à continuidade da evolução que dela partiu, interrompida por vezes mas nunca cortada.²⁶

1.3. A Petition of Rights de 1628

Com o passar dos tempos, o direito à liberdade individual garantido pela Magna Carta foi a cada momento tornando-se mais apagado e fugidio das aspirações inglesas, até que, no reinado de Carlos I, a campanha dos ingleses recomeçou. A velha ambição de liberdade incendiou novamente o ânimo daquele povo e as novas opressões ainda mais acentuaram a gravidade do momento histórico, Pontes de Miranda, expõe:

A liberdade física, direito absoluto, tirado da natureza humana, já tinha, desde 1215, na Inglaterra, a consagração que lhe dera o Capítulo XXIX da Magna Carta. Essa lei foi desrespeitada,

²⁴ MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas corpus**. 4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. p. 14.

²⁵ ZIPPELIUS, Reinould. **Teoria Geral do Estado**. Trad. António Cabral de Moncada. 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1971, p. 162

²⁶ ZIPPELIUS, Reinould. **Op. Cit.**, P. 162-163.

esquecida e postergada a cada passo. Sem garantias sérias, sem remédios irretorquíveis, estava exposta, ora às decisões cobardes de certos juízes, ora às interpretações tortuosas dos partidários da ‘prerrogativa’.²⁷

Nesse passo, ao fixar um novo tributo, Carlos I se vê contrariado por parte dos nobres, que se opuseram ao pagamento da quantia perseguida compulsoriamente.²⁸ Foi aí que tais fidalgos receberam uma ordem de prisão do rei e, por meio de uma petição ensejaram uma nova discussão quanto a diversos institutos jurídicos.²⁹ À época, não eram incomuns os casos de prisões sem qualquer fundamento plausível e quando impugnadas pela via de habeas corpus ao Rei havia a justificativa que se tratava de ordem especial do Rei, sem qualquer acusação e embasamento nas leis ora vigentes.

Assim, a prisão dos fidalgos que se recusaram a pagar novo imposto deflagra todo o cenário de transgressão as normas diversas vezes afirmadas.

[...] X. Pedem, portanto, humildemente a vossa mui excelente Majestade que, de hoje em diante, nenhum homem seja obrigado a fazer qualquer dádiva, empréstimo, benevolência, tributo ou outro encargo semelhante sem consentimento comum do parlamento; (2) e que ninguém seja obrigado a responder ou fazer juramento ou a comparecer, ser preso ou de qualquer outra maneira ser molestado ou perturbado em relação ao mesmo, ou porque assim o recuse; (3) e que nenhum homem livre, por qualquer maneira conforme ficou mencionado, seja preso ou detido; [...]

XI. Tudo o que fica devem pedir mui humildemente a vossa mui excelente Majestade como direitos e liberdades deles conforme as leis e estatutos deste reino; [...]

Nesse passo, uma assembléia fez-se convocada pelo Parlamento de 1628 a fim de sanar o problema suscitado e pleiteado pelos nobres presos, assim, tem-se que foi proferido um despacho da coroa que concedeu a petição o direito conforme se pleiteava.³⁰

O que se vê é reiterada observância a direitos já reconhecidos na própria Carta Magna, como os de liberdade e devido processo legal que eram, por conseguinte, reiteradas vezes desrespeitados pelo poder uno. Todavia, tal marco não significou o fim dos abusos da

²⁷ MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas corpus**. 3. ed. Rio de Janeiro: Konfino, 1955. p. 56.

²⁸ MIRANDA, Pontes de. *Op. cit.* pp. 43-44.

²⁹ *Ibidem*, p. 45.

³⁰ MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas corpus**. 4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. pp. 49-51.

coroa que culminou na revolução que depôs Carlos I.³¹

Assim sendo, tem-se aqui a proclamação do Habeas Corpus Act de 1679, uma vez que mais do que a mera previsão, que se fazia burlada diversas vezes pelas justificativas desarrazoadas do poder absoluto, era cogente a necessidade de uma lei processual que estabelecesse o procedimento do habeas corpus. Mais uma vez, o direito inglês ratifica o seu preceito a liberdade individual.³²

1.4. Habeas Corpus Amendment Act de 1679

Segundo Paulo Isaac Guimarães narra, a Inglaterra ao editar o “Habeas Corpus Amendment Act” promoveu avanços quanto ao procedimento do habeas corpus em termos processuais, de maneira oposta as declarações que a antecediam, que somente previram o referido remédio.³³ Tem-se que o direito inglês ao regulamentar o seu procedimento, fez isso a partir da observância da lei, que incidiria a toda e qualquer pessoa.³⁴

O *Habeas Corpus Amendment Act* significou a busca da proteção efetiva da liberdade pessoal, traduz-se no *status libertatis* de cada indivíduo. Segundo Fábio Comparato ensina, o Habeas Corpus Act inferiu ao habeas corpus a sua função pela qual até hoje é conhecido, a proteção a liberdade de locomoção.³⁵

O que não significa dizer que o ato simboliza a gênese do instituto, tendo em vista que o habeas corpus já se tratava de instituto contemplado há séculos como todo o exposto apresenta. Ora, pois, a relevância da lei consiste na reafirmação da relevância a tutela da liberdade individual dos súditos.

³¹ *Ibidem*, pp. 51-54.

³² BICUDO, Hélio. **Direitos Civis no Brasil, existem?** São Paulo: Brasiliense, 1982, p. 9. “Os direitos fundamentais do homem, aqueles que são essenciais à qualificação de sua personalidade, vão, destarte, ainda que lentamente, impondo-se, passando das cogitações meramente teóricas ao campo das realizações práticas, agora no domínio jurídico, social e político. Muitas são as declarações fundamentais do homem que podem ser registradas: a Magna Charta Libertatum, em 1215; a Petition of Rights, em 1628; o Habeas Corpus Act, em 1679 [...]”.

³³ GUIMARAÉS, Paulo Isaac N. B Sabbá. **Habeas corpus. Críticas e perspectivas.** Curitiba: Juruá Editora, 2000, p. 166

³⁴ GUIMARAÉS, Paulo Isaac N. B Sabbá. **Op. cit.**, pp. 166-185.

³⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos fundamentais.** 2. ed. São Paulo Saraiva, 2001, p.84

A regulamentação do habeas corpus se deu por ato do reinado de CARLOS II, em 1679, embora as garantias constitucionais, que Lord CHATHAM denominou ‘Bíblia da Constituição inglesa’, houvesse surgido, propriamente, com a PETIÇÃO DE DIREITOS e com a BILL OF RIGHTS, que lhe são anteriores³⁶

A essa época, ao avançar das diversas lutas contra as arbitrariedades, tem-se que o povo da Inglaterra já possuía o entendimento do que significava a liberdade física e a importância de seu exercício, uma que a mesma já era considerada como um dos direitos absolutos, extraído da própria natureza do homem, desde 1215, na Magna Carta.³⁷

Para Pontes de Miranda, a Inglaterra reuniu, no período de 1215 a 1679, a solução para três problemas que inviabilizavam o exercício da liberdade, qual seja: a) o da sua conceituação científica; b) o da asseguuração e c) o das garantias, de modo a completarem cedo sua evolução política, também, com a edição do Habeas Corpus Act.³⁸

O Habeas Corpus Act regulamentou a parte procedimental da referida via, nos seguintes termos:

I - A reclamação ou requerimento escrito de algum indivíduo ou a favor de algum indivíduo detido ou acusado da prática de um crime (exceto tratando-se de traição ou felonía, assim declarada no mandato respectivo, ou de cumplicidade ou de suspeita de cumplicidade, no passado, em qualquer traição ou felonía, também declarada no mandato, e salvo o caso de formação de culpa ou incriminação em processo legal), o lord-chancellor ou, em tempo de férias, algum juiz dos tribunais superiores, depois de terem visto cópia do mandato ou o certificado de que a cópia foi recusada, concederão providência de *habeas corpus* (exceto se o próprio indivíduo tiver negligenciado, por dois períodos, em pedir a sua libertação) em benefício do preso, a qual será imediatamente executória perante o mesmo lorde-chanceler ou o juiz; e, se, afiançável, o indivíduo será solto, durante a execução da providência (uponthereturn), comprometendo-se a comparecer e a responder à acusação no tribunal competente.³⁹

Destaca-se que foram estabelecidas as competências ao Lord Chancellor ou, em tempo de férias, a juiz dos tribunais superiores ao que se refere a capacidade de conhecer e

³⁶SABINO JÚNIOR, Vicente. **O Habeas Corpus e a liberdade pessoal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 21

³⁷ MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas corpus**. 4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, p.55

³⁸ MIRANDA, Pontes de. **Op. cit.** pp. 57-58.

³⁹USP. Biblioteca Virtual Direitos Humanos. **Habeas Corpus Act**. <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/a-lei-de-qhabeas-corporus-1679.html> Acessado em: 13 nov. 2018

conceder o habeas corpus a qualquer indivíduo detido ou acusado de crime comum.⁴⁰

No tocante a apreciação, o documento confere a prioridade de tramite prevendo a imediata apreciação do habeas corpus pelos responsáveis. Nesse sentido a previsão é evidenciada em enunciado próprio: “II - A providência será executada e o preso apresentado no tribunal, em curto prazo, conforme a distância, e que não deve exceder em caso algum vinte dias.”⁴¹

Ainda, de maneira extremamente garantista, o Habeas Corpus Act previa que ao que ter deferida a ordem de habeas corpus, o beneficiário não poderia voltar a ser privado de liberdade pelo mesmo crime, nos seguintes termos: “V - Quem tiver obtido providência de habeas corpus não poderá voltar a ser capturado pelo mesmo fato sob pena de multa de 500 libras ao infrator.”⁴²

Ademais, o habeas corpus poderia ser pleiteado por qualquer um cujo qual tivesse conhecimento da prisão, qualquer pessoa poderia perseguir a ordem ao Lord em nome daquele que estaria com a liberdade cerceada, além, é claro, do próprio coacto poderia ingressar.⁴³

Tem-se que a regulamentação do procedimento, em 27 de maio de 1769, versou no tocante a área criminal, em se tratando de restrições a liberdade da referida natureza e, significando muito, tendo em vista que diversos dos pontos ora explicitados revelam grande aproximação com sua forma moderna, sendo assim, permeada a essência da garantia liberdade individual.⁴⁴

⁴⁰MIRANDA, Pontes de. *Op.cit.*, p.59; USP. Biblioteca Virtual Direitos Humanos *Op. cit.*, Acessado em: 13 nov. 2018.

⁴¹USP. Biblioteca Virtual Direitos Humanos *Op. cit.*, Acessado em: 13 nov. 2018.

⁴²USP. Biblioteca Virtual Direitos Humanos **Habeas Corpus Act**.<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/a-lei-de-qhabeas-corpusq-1679.html> Acessado em: 13 nov. 2018 e, ainda, expõe MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas corpus**. 4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, p.59.

⁴³ USP. Biblioteca Virtual Direitos Humanos. *Op. cit.*, Acessado em: 13 nov. 2018 e, ainda, expõe MIRANDA, Pontes de. *Op. cit.*, p.60.

⁴⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo Saraiva, 2001, p.84 “ A importância histórica do habeas-corpus, tal qual como regulado pela lei inglesa de 1679, consistiu no fato de que essa garantia judicial, criada para proteger a liberdade de locomoção, tornou-se a matriz de todas as que vieram a ser criadas posteriormente, para a proteção de outras liberdades fundamentais.”

1.5. O habeas corpus no ordenamento jurídico brasileiro

1.5.1. No Império

Extrai-se do Decreto de 23 de maio de 1821 referendado pelo Conde de Arcos:

[...] desde a sua data em diante nenhuma pessoa livre no Brazil possa jamais ser presa sem ordem por escripto do Juiz, ou Magistrado Criminal do territorio, exceptosómente o caso de flagrante delicto, em que qualquer do povo deve prender o delinqüente.

[...]

[...] nenhum juiz ou Magistrado Criminal possa expedir ordem de prisão sem preceder culpa formada.⁴⁵

Há de se remontar o cenário tido a época, na colônia portuguesa escolhida como base pela Família Real, cujo qual revelava a dificuldade de se comunicar, por conseguinte, as ordens de prisão ocorriam sem controle efetivo, uma vez que sua notícia se propagava morosamente, somado ao fato de haver escassez no contingente de agentes oficiais, como policiais ou juízes.⁴⁶

Nesse passo, o Conde dos Arcos, tido como nobre administrador colonial português e último vice-rei do Brasil, referendou o Decreto de 1821, a fim de maior controle sobre as prisões e a conduta assumida pelos policiais e juízes que as julgavam. Nas próprias palavras do Conde dos Arcos, a justificativa do decreto seria a segurança individual em face da lei:

Constando-me que alguns governadores, Juízes Criminais e Magistrados, violando o sagrado depósito da jurisdição que se lhes confiou, mandam prender por mero arbítrio e antes da culpa formada, pretextando denúncias em segrêdo, suspeitas veementes e outros motivos horrorosos à humanidade, para impunemente conservar em masmorras, vergados com pesos de ferros, homens que se congregavam por os bens que lhes oferecera a instituição das Sociedades Civis, o primeiro dos quais é sem dúvida, a segurança individual. E sendo do meu primeiro dever e desempenho de minha palavra o promover o mais austero respeito à lei e antecipar quanto ser possa os benefícios de uma Constituição liberal: Hei por bem excitar pela maneira mais eficaz e rigorosa a observância da

⁴⁵ BRASIL. Decreto 23 de maio de 1821. Promulgado em 23 de maio de 1821. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM-23-5-1821.htm. Acessado em: 28 mar. 2018.

⁴⁶ MIRANDA, Pontes de. **História e Prática do Habeas Corpus**. 3 ed. Rio de Janeiro: 1955, p.122.

sobremencionada legislação, ampliando-a e ordenando, como por este decreto ordeno [...] ⁴⁷

Assim, se inaugura o primeiro grande marco histórico das liberdades brasileiras, em referência histórica, da forma como o Brasil, ainda que com séculos de atraso⁴⁸, dispõe sobre os moldes desuas garantias fundamentais, sendo inclusive considerado como uma Magna Carta brasileira por alguns autores, dentre eles Pontes de Miranda. ⁴⁹

Vê-se, então, estabelecido os primeiros contornos acerca da exigência de requisitos para a cessação da liberdade e justa causa para ordem de prisão, por conseguinte, estabelece a tutela à liberdade, observados ideias conceituais de preceitos constitucionais que nos dias de hoje se fazem central no nosso ordenamento, tais como a ampla defesa, o direito ao contraditório, a celeridade processual, o acesso à justiça, entre outros.⁵⁰

Contudo, não se define com exatidão o instrumento apto a sanear coações arbitrárias, qual seja o habeas corpus, que já era conhecido secularmente em outros ordenamentos jurídicos, como já explicitado.⁵¹ Ainda assim, apesar de não ter utilizado a denominação do instituto, pode-se dizer que o marco consta da exigência de que se cumpram requisitos para restringir qualquer pessoa da sua liberdade de ir e vir, nesse sentido a necessidade de “culpa formada” previamente, significando a naturalização em terras brasileiras do habeas corpus.⁵²

Nesse passo, o Brasil estabelece a sua primeira e oficial Constituição datada em 1824, que consolida os desejos de livre desenvolvimento, consolidando a independência e a unidade como Estado. Segundo Pontes de Miranda, a Constituição representou a consagração de valores das ideias liberais, sob forte influencia do liberalismo europeu em sua Constituição Francesa de 1791.⁵³

Importante dizer que o habeas corpus ainda não se teve consagrado na Constituição

⁴⁷BRASIL. **Decreto 23 de maio de 1821**. Promulgado em 23 de maio de 1821. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM-23-5-1821.htm. Acessado em: 28-03-2018.

⁴⁸O habeas corpus já existia na Inglaterra bem antes da Magna Carta, como mandado judicial em caso de prisão arbitrária. Ademais, a Lei de 1679, cuja denominação oficial foi "uma lei para melhor garantir a liberdade do súdito e para prevenção das pressões no ultramar", trouxe tais garantias processuais.

⁴⁹MIRANDA, Pontes de. **História e Prática do Habeas Corpus**. 3 ed. Rio de Janeiro: 1955, p.123.

⁵⁰ Vide BRASIL. **Decreto 23 de maio de 1821**. Promulgado em 23 de maio de 1821. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM-23-5-1821.htm. Acessado em: 28-03-2018.

⁵¹ MIRANDA, Pontes de. Op. cit., p. 123.

⁵² FERNANDES, Adauto. **O habeas corpus no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Coelho Branco, 1942, p. 42.

⁵³ MIRANDA, Pontes de. **História e Prática do Habeas Corpus**. 4. ed. Rio de Janeiro: 1962, p.127.

de 1824, expõe Vicente Sabino Júnior:

[...] A Constituição Imperial, no art. 179, assegurava a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tivessem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade. Não se referiu ao habeas corpus.⁵⁴

Desse modo, apesar do habeas corpus não ter sido nominalmente instituído no ordenamento, verifica-se que a Carta conta com o conhecimento do instituto, no mesmo sentido do decreto de 1821. Assim, o que se tem é a tutela a liberdade individual, tendo as suas das principais características na inteligência de seu art. 179, especificamente no inciso 8º:

VIII. Ninguem poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as.⁵⁵

Já em 1830, com a promulgação do Código Criminal, tem-se 6 (seis) artigos com referências expressas ao *habeas corpus*, tendo tratamento aos ditos “Crimes contra a liberdade individual” nos artigos 183 e 184.

Art. 183. Recusarem os Juizes, á quem for permittido passar ordens de - habeas-corporis - concedel-as, quando lhes forem regularmente requeridas, nos casos, em que podem ser legalmente passadas; retardarem sem motivo a sua concessão, ou deixarem de proposito, e com conhecimento de causa, de as passar independente de petição, nos casos em que a Lei o determinar.

[...]

Art. 184. Recusarem os Officiaes de Justiça, ou demorem por qualquer modo a intimação de uma ordem de - habeas-corporis - que lhes tenha sido apresentada, ou a execução das outras diligencias necessarias para que essa ordem surta effeito.⁵⁶

⁵⁴ SABINO JÚNIOR, Vicente. *O Habeas Corpus e a liberdade pessoal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p.27.

⁵⁵ BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*. Promulgado em 25 de março de 1824. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acessado em: 28 mar. 2018.

⁵⁶ BRASIL. *Código Criminal do Império do Brazil*. Promulgado em 16 de dezembro de 1830. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. Acessado em: 28 mar. 2018.

Destaque para o Código de Processo Criminal de 1832, o qual em seu título VI, com denominação “*Da ordem de habeas corpus*”, no artigo 340, dispõe que “*todo o cidadão, que entender ele ou outro sofre prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade, tem direito de pedir ordem de ‘habeas corpus’ em seu favor*”⁵⁷

Por meio do novo Código instituído no Império, foi regulamentado o procedimento do habeas corpus no Brasil, tamanha importância dada ao instituto que contou com 16 (dezesseis) artigos dispondo acerca do procedimento⁵⁸, quais sejam artigos 340 a 355 do referido Código Criminal. Ademais, à época o procedimento já obedecia ao direito constitucional, esse que atribuía a liberdade como direito intrínseco a condição humana, sendo qualidade do ser moral.⁵⁹

Sendo assim, foi estabelecido a todo cidadão o direito de pleitear a ordem do habeas corpus sendo em causa própria ou a favor de quem sofra a coação. Tem-se estabelecido alguns requisitos, tais como: a) nome da pessoa que sofre a violência e o nome daquele que deu causa a ordem; b) o conteúdo da ordem que submeteu o indivíduo a prisão ou uma espécie de certidão, que constava a declaração de que o documento foi requerido e, no entanto, denegada; c) por quais motivos se insurge a ilegalidade da prisão; d) fazer constar o visto e o juramento de verdade daquele que alega os fatos e fundamentos do habeas corpus.

Define-se, ainda, a competência para apreciação do dito habeas corpus a qualquer juiz de direito, observados os limites da jurisdição. Destaque para a celeridade processual conferida ao instrumento, que por obrigação legal de apenas 2 (duas) horas se fazia mandar e fazer passar a ordem, escrita por um escrivão oficial e fazendo constar a assinatura do juiz ou presidente do tribunal.⁶⁰

Concluí-se que o Código de Processo Criminal de 1832 tenta regulamentar o procedimento do habeas corpus, o que se tem como avanço para o Império, sendo que dentro de um curto espaço-tempo, o Brasil salta da não existência de previsão para uma instituição

⁵⁷BRASIL. **Código de Processo Criminal**. Promulgado em 29 de novembro de 1832. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM-23-5-1821.htm>. Acessado em: 28 mar. 2018.

⁵⁸ KOERNER, Andrei. **Habeas-corpus, prática judicial e controle social no Brasil (1841-1920)**. São Paulo: IBCCrim, 1999, p. 58.

⁵⁹ MIRANDA, Pontes. **História e prática do habeas-corpus**. Tomo I. p. 129.

⁶⁰ BRASIL. **Código de Processo Criminal**. Promulgado em 29 de novembro de 1832. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM-23-5-1821.htm>. Acessado em: 28 mar. 2018.

da procedibilidade do habeas corpus. Nesse passo, tem-se a adoção, pela monarquia, do dito *Remedial Mandatory Writ*.⁶¹

Pode-se dizer que o Código conferiu a ferramenta ao Juiz conhecer e deferir uma ordem de habeas corpus de ofício, tendo o direito do império forte influência dos políticos com as bases européias, que já possuía ideias liberais contemporâneas e considerava o direito a liberdade individual absoluto e inerente a natureza do homem.

Sob regime imperial, a constituição de 1824 vedava a prisão sem nota de culpa, mas o habeas corpus não era de uso. [...] Entretanto, o *writ* foi considerado como de adoção implícita na referida Constituição, para assegurar a garantia constitucional da inviolabilidade do direito à liberdade pessoal, e regulamentado pelo Código de Processo Criminal de 1832, que a ele faz expressa referência, pela primeira vez, e por leis subseqüentes (Lei de 3 de dezembro de 1841, art. 69, §7º, Regulamento n. 120, de 31 de janeiro de 1842, art. 439, §1º).⁶²

Importante destacar que, já no Império se consolidou o entendimento da maleabilidade do habeas corpus, que não poderia contar com normas jurídicas rígidas e sem espaço para as particularidades, uma vez se tratar da tutela a liberdade. Nesse passo, à época já não se via impasses que estreitassem o instrumento e sua aplicação, sendo atendidas primordialmente a suas finalidades, tendo sido denominado como “recurso extraordinário”.⁶³

O Decreto 2.033 de 20 de setembro de 1871 faz importante modificação no instituto, ao estabelecer a figura do habeas corpus preventivo, no §1º, do artigo 18 que dispunha: “*tem lugar o pedido e concessão da ordem de habeas corpus ainda quando o impetrante não tenha chegado a sofrer o constrangimento ilegal*”.⁶⁴

A partir disso, tem-se que a mera especulação a tomada da liberdade física de um indivíduo já merecia a observância de todos os requisitos presentes para tal e, ainda, revelam maior grau de proteção ao direito a liberdade individual. Destaque ainda a primeira referência ao conceito “*constrangimento*”, que marca a inadmissibilidade de se cercear a liberdade de

⁶¹ FERNANDES, Adauto. **O habeas corpus no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Coelho Branco, 1942, p. 40.

⁶² SABINO JÚNIOR, Vicente. **O Habeas Corpus e a liberdade pessoal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p.29

⁶³ J.M. Othon. **Habeas data, Mandado de Injunção, Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Ação Popular**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p.96.

⁶⁴ BRASIL. **Lei nº 2.033**. Promulgada em 20 de setembro de 1871. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM2033.htm Acessado em: 20 mar. 2019

qualquer cidadão por motivos fúteis e sem fundamento, por mera perseguição ou ódio.⁶⁵

Já no §8º, do artigo 18 tem-se que “*não é vedado ao estrangeiro requerer para si ordem de habeas corpus, nos casos em que esta tem lugar*”⁶⁶ e com isso a universalização do direito à liberdade a todo e qualquer homem, de igual modo, revela novamente a maleabilidade do instituto, ao admitir contornos mais alargados possíveis.

Com advento da lei n. 2033, a aplicação do writ foi alargada, para atingir os próprios atos da autoridade administrativa e beneficiar os estrangeiros, alcançando até a ameaça de coerção da liberdade individual. A ordem podia ser concedida, pelo art. 18, ainda que a ilegalidade fosse ordenada pelo Chefe de Polícia, ou por qualquer outra autoridade administrativa.⁶⁷

Nesse sentido, expõe Pontes de Miranda:

Desde então, o habeas corpus começou a ser, como era tendência sua, a faculdade concedida pela lei a todo cidadão nacional ou estrangeiro, para impedir ou fazer cessar uma prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade; isto é uma ordem-remédio para acudir aos indivíduos ilegalmente coartados em sua liberdade física.⁶⁸

Assim segue o Império, que instituiu a figura do habeas corpus no Brasil, tendo agora a liberdade de locomoção como regra adjetiva, disciplinada pelo Código de Processo Criminal de 1832 e, ainda, como direito por expressa menção, conduzindo importantes escopos principalmente no Segundo Reinado.⁶⁹

A evolução do instituto nesse período, desde o cerne ao mais elaborado procedimento, revela a ampla flexibilidade e contornos largos conferidos ao habeas corpus

⁶⁵ FERNANDES, Adauto. **O habeas corpus no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Coelho Branco, 1942, p. 49. “Somente aquele que foi preso e processado por autoridade competente, em virtude de flagrante delito, despacho de pronúncia ou de sentença condenatória não sofre coação ou constrangimento ilegal. Fora desses casos qualquer prisão é uma injusta que se aberra pela violência e abuso de poder, para cujo mal o habeas-corpus é o remédio indicado, não só para prevenir e remediar, mas, sobretudo, para repor a liberdade de um indivíduo ameaçada ou violada”

⁶⁶BRASIL. **Lei nº 2.033**. Promulgada em 20 de setembro de 1871. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM2033.htm Acessado em: 20 mar. 2019

⁶⁷SABINO JÚNIOR, Vicente. **O Habeas Corpus e a liberdade pessoal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 31.

⁶⁸MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas corpus**. Tomo II, 7. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 235.

⁶⁹J.M. Othon. **Habeas data, Mandado de Injunção, Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Ação Popular**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p.137.

que, contudo, observava aos limites legais.

Desde já, resta claro que o avanço do procedimento do instituto revela de igual maneira o avanço das garantias individuais, o direito nessa ocasião se viu regulando o instrumento de modo a tornar aptas as mais diversas pessoas, tais como nacionais ou estrangeiros, ao exercício de liberdade individual. Assim, o habeas corpus no Brasil Império ressalta o progresso, ainda, da própria significação dos direitos humanos, uma vez que o instrumento transcende a matéria da liberdade individual em moldes meramente formais conhecidos à época.

1.5.2. Na República

Dar-se-á o “habeas-corpus” sempre que o individuo sofrer ou achar em iminente perigo de sofrer violação, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder.

[...]

Dar-se-á “habeas-corpus” sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares, não cabe “habeas-corpus”.⁷⁰

Tem-se aqui fixado o marco da constitucionalização do habeas corpus no ordenamento jurídico através da primeira Constituição Republicana dos Estados Unidos do Brasil. Segundo Luís Pinto Ferreira:

A Constituição nacional de 1891 elevou-o a valor de garantia constitucional, estabelecendo um preceito genérico no seu art. 72, §22, preceito esse que permitiu a extensão de habeas corpus ao amparo dos direitos pessoais, e não só de liberdade física.⁷¹

Naquele tempo, a forma de governo adotada pelo Brasil se deu por uma República Federativa, que uniu as províncias do Brasil em uma federação, ao interesse comum. Desse modo, tinha-se uma união perpétua e indissolúvel dos seus, agora, Estados, influenciado pelo modelo norte-americano o regime adotado era o representativo por meio do

⁷⁰ Vide habeas corpus na República na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1891, art. 72, § 22 e Constituição de 1946, art. 141, §23 em MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas corpus**. 4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. p. 157.

⁷¹ PINTO FERREIRA, Luís. **Teoria Prática do habeas corpus**. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 31

presidencialismo.⁷²

Portanto, sob forte influência do constitucionalismo norte americano se da a constitucionalização do habeas corpus no Brasil, o que significa dizer que foi elevado o nível de garantia dos direitos dos cidadãos a patamar superior, ao dispor em seu artigo 72, § 22: “*Dar-se-á o habeas corpus, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder.*”⁷³

Destaca-se na previsão o cabimento do habeas corpus quando da violência ou coação, que pelo significado apresentam maior amplitude e abarcam os termos prisão ou constrangimento, até então usados.⁷⁴ Assim sendo, o texto constitucional sequer expressava a garantia ao direito de ir e vir, isto é, a liberdade de locomoção, assim como, também, não citava em sentido estrito a sua previsão quando por ordem de prisão, constrangimento ou liberdade física.

A partir disso, deu-se uma interpretação ampla a tutela do instrumento, uma vez que o legislador teria alterado o âmbito de cabimento do habeas corpus para proteger não só a liberdade de ir e vir como, de igual modo, outros direitos fundamentais, políticos ou civis, isso, pois usaram de forma genérica os termos coação e violência, sem pormenorizar a uma liberdade específica.⁷⁵

Cumprir destacar que, a nova carta política com fortes e notórias influências liberais e em sendo a primeira constituição republicana do Brasil, marca com uma declaração de direitos eminentemente individuais, no entanto, ressalta-se que a Constituição de 1891 apenas previa uma ação constitucional, sem nenhuma limitação, como garantia da tutela dos direitos, o habeas corpus, o que expandiu seus efeitos.⁷⁶

⁷² AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

⁷³ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Promulgado em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acessado em: 28-mar. 2018.

⁷⁴ FERNANDES, Adauto. **O habeas corpus no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Coelho Branco, 1942, p. 49 “a carta impõe como pressuposto material a violência ou a coação em termos que, subjetivamente, não são sinônimos e não significam, um ou outro, apenas prisão ou constrangimento. Aquela e este são evidentemente um gênero de violência ou coação, mas nem toda violência ou coação importa em prisão ou constrangimento ilegal da liberdade, na acepção física.”

⁷⁵ SIDOU, J.M. Othon. **Habeas data, Mandado de Injunção, Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Ação Popular**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 67.

⁷⁶ SILVA, Evandro Lins e. **O habeas Corpus**. VIII Conferencia nacional da ordem dos advogados Brasil. Manaus: OAB, 1980, p. 689.

1.5.3. A “Doutrina Brasileira do habeas corpus”

A Constituição de 1891 previu o cabimento do habeas corpus e constitucionalizou o instituto, nos seguintes termos:

Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 22 - Dar-se-á o *habeas corpus*, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder.⁷⁷

Importa dizer que o tempo e a representação do cenário do Brasil revelam uma Constituição com declaração de direitos individuais e que nesta havia previsão do habeas corpus como instrumento para defesa de direitos.⁷⁸

A partir disso, uma inovação nos sistemas jurídicos pode ser atribuída ao Brasil quando do surgimento da denominada doutrina brasileira do habeas corpus, capitaneada pelo jurista Ruy Barbosa. Ruy Barbosa defendia a extensão da garantia conferida ao instrumento:

Não se fala em prisão, não se fala em constrangimento corporal. Fala-se amplamente, indeterminadamente, absolutamente, em coação e violência; de modo que, onde quer que surja, onde quer que se manifeste a violência ou a coação, por um desses meios, aí está estabelecido o caso constitucional do habeas corpus. Quais são os meios indicados? Quais são as origens da coação e da violência, que deve concorrer para que se estabeleça o caso legítimo de habeas corpus? Ilegalidade ou abuso de poder. Se de um lado existe a coação ou a violência e de outro a ilegalidade ou o abuso de poder, qualquer que seja a violência, qualquer que seja a coação, desde que resulte do abuso do poder, seja ele qual for, ou de ilegalidade, qualquer que ela seja, é inegável o recurso do habeas corpus.⁷⁹

Pela disposição do texto constitucional de 1891 desenvolveu-se a tese da doutrina

⁷⁷BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Promulgado em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acessado em: 28 mar. 2018.

⁷⁸ SILVA, Evandro Lins e. **O habeas Corpus**. VIII Conferencia nacional da ordem dos advogados Brasil. Manaus: OAB, 1980, p. 689.

⁷⁹ Ruy Barbosa, discurso em Sessão do Senado Federal de 22 de janeiro de 1915 APUD. SOUZA, Luiz Henrique Boselli. **A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do mandado de segurança Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal**. Revista de informação legislativa, v. 45, n. 177, p.75-82, jan./mar. 2008, 01/2008.

brasileira do habeas corpus, cuja qual dispõe sobre o amplo cabimento do habeas corpus para qualquer hipótese de constrangimento ou violência a direitos, sejam esses quais forem.⁸⁰

Diferente das redações mundialmente conhecidas e do próprio Código de Processo Criminal de 1832, que em se tratando de habeas corpus se referiam expressamente aos casos de prisão e constrangimento físico, a referida Constituição conferiu larga conotação a defesa contra abusos e ilegalidades por esse rito. Expõe Ruy Barbosa:

a questão está resolvida pelo confronto da letra das instituições republicanas com a letra das instituições imperiais. Se a Constituição de 1891 pretendesse manter no Brasil o habeas-corpus com os mesmos limites dessa garantia durante o Império, a Constituição de 1891 teria procedido em relação ao habeas-corpus como procedeu relativamente à instituição do júri. A respeito do júri, diz formalmente o texto constitucional: É mantida a instituição do júri.⁸¹

E completa:

o habeas-corpus hoje não está circunscrito aos casos de constrangimento corporal; o habeas-corpus hoje se estende a todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito, estiver ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício pela intervenção de um abuso de poder ou de uma ilegalidade⁸²

O curioso precedente histórico que explicita a doutrina brasileira do habeas corpus é o HC 3.536 do Supremo Tribunal Federal (STF) impetrado em 6 de maio de 1914 por Ruy Barbosa em causa própria. O instrumento foi utilizado contra ato do Chefe de Polícia que vetou a publicação de um discurso proferido por Ruy Barbosa, então Senador do Estado da Bahia em um jornal “O Imparcial”.⁸³

No referido *writ* pleiteava-se a ordem em respeito a liberdade de expressão, que se viu cerceada ao ter ato que proibiu veiculação a mídia de um discurso contra o Governo da

⁸⁰ SOUZA, Luiz Henrique Boselli. **A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do mandado de segurança Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal**. Revista de informação legislativa, v. 45, n. 177, p.75-82, jan./mar. 2008, 01/2008.

⁸¹ Ruy Barbosa, discurso em Sessão do Senado Federal de 22 de janeiro de 1915 APUD. SOUZA, Luiz Henrique Boselli. **A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do mandado de segurança Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal**. Revista de informação legislativa, v. 45, n. 177, p.75-82, jan./mar. 2008, 01/2008.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ SOUZA, Luiz Henrique Boselli. **A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do mandado de segurança Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal**. Revista de informação legislativa, v. 45, n. 177, p.75-82, jan./mar. 2008, 01/2008.

União. Ruy Barbosa estava denunciando um ato do Governo que prorrogou por seis meses o estado de sítio, transgredindo os preceitos da constituição.⁸⁴

Cumprido transcrever trecho da decisão do Supremo que concedeu a ordem do habeas corpus contra abuso de poder que feriu a liberdade de expressão:

Considerando que o constrangimento ou coação de um deputado ou senador no exercício de seu mandato concedido pela soberania nacional, partindo de poder público, considerando que o fato de que se queixa o senador impetrante do presente habeas corpus 'de se achar privado de publicar os seus discursos na imprensa, fora do Diário Oficial', por ato do chefe de Polícia desta cidade, importa em manifesta restrição na sua liberdade de representante da Nação, porque o seu mandato deve ser cumprido em sessões públicas do parlamento (art. 18 da Constituição), em discursos, pela palavra falada para a Nação que ele representa; Considerando que neste regime político a publicidade dos debates do Parlamento é da sua essência, porque todos os poderes políticos surgem da Nação no exercício de sua soberania, e ela, como comitente do mandato, precisa saber como agem seus representantes; Considerando finalmente que a publicação dos discursos, restrita à imprensa oficial sob a fiscalização do executivo, anula a publicidade;

[...]

Acordam por estes fundamentos conceder a ordem impetrada, para que seja o impetrante, senador Ruy Barbosa, assegurado no seu direito constitucional de publicar os seus discursos proferidos no Senado, pela imprensa, onde, como e quando lhe convier.⁸⁵

Assim, tem-se a emenda do habeas corpus:

As imunidades parlamentares estabelecidas no art. 19 da Constituição da República, asseguram ao senador da República, publicar os seus discursos proferidos no Parlamento pela imprensa, onde, quando e como lhe convier.⁸⁶

Todavia, cumpre importe ressaltar que a jurisprudência brasileira não se viu consolidada, inclusive, adotando em dados momentos entendimento conservador ao aplicar o

⁸⁴ SOUZA, Luiz Henrique Boselli. **A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do mandado de segurança** Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal. Revista de informação legislativa, v. 45, n. 177, p.75-82, jan./mar. 2008, 01/2008.

⁸⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 3536, pelo Tribunal do Pleno. Relator: Oliveira Ribeiro. <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000091872&base=baseAcordaos> Acessado em: 10 set. 2018.

⁸⁶ *Ibidem*.

writ apenas as hipóteses que tutelavam a liberdade de locomoção.⁸⁷

Inclusive, o próprio HC 3.536 contou com divergências de entendimento quanto ao alargamento da incidência do habeas corpus defendida por Ruy Barbosa, tanto que a ordem não foi concedida unanimemente, tendo restado alguns votos vencidos, o que evidenciam o debate quanto ao cabimento do *writ*. Nesse sentido, o voto do Ministro Godofredo Cunha:

Não tomei conhecimento do presente pedido de habeas corpus, por entender que este não é o remédio hábil para corrigir ou reparar o mal de que se queixa o impetrante. O preceito do art. 72, § 22, da Constituição, deve ser interpretado em termos, e não com a generalidade que a maioria lhe empresta. É essa a opinião de Lucio de Mendonça, conselheiro Lafayette, Hwrd, Kent, Rossi, Blackstone e outros, os quais provam que o habeas corpus é destinado tão-somente a proteger a liberdade pessoal, isto é, o poder de franca locomoção: personal liberty is the Power of unrestrained locomotion. Este artigo, pela expressão indivíduo, circunscreve a disposição à pessoa física. Na hipótese, por exemplo, do art. 80, § 2o da lei fundamental, só as pessoas físicas podem ser presas e desterradas e não as morais, por não serem susceptíveis de prisão ou desterro.

[...]

O impetrante e paciente não está coagido em sua liberdade, nem ameaçado de constrangimento ilegal com relação à sua pessoa.⁸⁸

Nesse passo, quanto a ampliação do contorno do habeas corpus, Pontes de Miranda expõe:

Qualquer que fosse o modo de acentuar, restringindo ou ampliando, as limitações do remédio, da forma, que o da Constituição de 1891, art. 72, § 22, equiparou a direito público constitucional, subjetivo, o que não se pode negar é a intenção do constituinte dando-lhe mais larga esfera de aplicabilidade. Boa ou excessiva: pouco importaria. Era o que lá estava.⁸⁹

Tem-se que a Constituição de 1891 estaria prevendo uma ação com objeto que contrapunha a interpretação ortodoxa conferida ao habeas corpus, que até então funcionava

⁸⁷ SOUZA, Luiz Henrique Boselli. **A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do mandado de segurança Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal**. Revista de informação legislativa, v. 45, n. 177, p.75-82, jan./mar. 2008, 01/2008.

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 3536, pelo Tribunal do Pleno. Relator: Oliveira Ribeiro. <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000091872&base=baseAcordaos> Acessado em: 10 set. 2018.

⁸⁹MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas corpus**. Tomo II, 7. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 186

como instrumento de tutela a liberdade individual.⁹⁰

Naquela época, compondo a oposição do referido entendimento estava Pedro Lessa, que defendia a aplicação restrita do habeas corpus a liberdade de locomoção. Esse na ocasião ocupava o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, defendia a função específica de proteger a liberdade de ir e vir, em seu dignificado estrito.⁹¹

Para Pedro Lessa, o habeas corpus teria por fim exclusivo garantir a liberdade de locomoção, sendo essa um direito fundamental, que assenta na natureza abstrata e comum do homem.⁹² Nessa interpretação, tem-se que a liberdade de locomoção como condição para os demais direitos fundamentais, assim sendo ao proteger a violência ou ameaça a liberdade de ir e vir, se estaria garantindo também todos os demais direitos que dela se derivariam.⁹³

O referido debate criou um entendimento típico brasileiro, aos dias atuais a denominada “doutrina brasileira do habeas corpus”, sendo um momento criativo e particular do direito brasileiro, que ampliou demasiadamente os contornos conhecidos ao remédio constitucional.⁹⁴

A divergência teve fim em 3 de setembro de 1926 por meio de uma emenda a constituição que riscou o artigo 72 e todos os seus incisos e introduziu nova redação ao cabimento do habeas corpus, limitando o seu cabimento aos casos de prisão ou constrangimento ilegal a liberdade de expressão: “Dar-se-á o habeas-corpus sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção”.⁹⁵

Assim, o texto constitucional passou a definir expressamente o cabimento do habeas corpus apenas aos âmbitos da liberdade de ir e vir, sem gerar controvérsia, ao excluir o termo

⁹⁰SOUZA, Luiz Henrique Boselli. **A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do mandado de segurança Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal**. Revista de informação legislativa, v. 45, n. 177, p.75-82, jan./mar. 2008, 01/2008.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹²SABINO JÚNIOR, Vicente. **O Habeas Corpus e a liberdade pessoal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, pp. 30-31

⁹³ SOUZA, Luiz Henrique Boselli. **Op. cit.**, Revista de informação legislativa, v. 45, n. 177, p.75-82, jan./mar. 2008, 01/2008.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Ibidem*.

coação e em seu lugar utilizar o direito estrito à liberdade de locomoção.⁹⁶

1.5.4. Da necessidade jurídica - outros *writs*

Pontes de Miranda expõe:

Como dar remédio àquelas coações e ameaças provindas dos poderes públicos quando a liberdade de locomoção não fosse o direito condição? Foi então que se pensou no Mandado de Segurança, criação posterior, porém que remonta ao projeto de Guidesteu Pires, em 1926. A data é sugestiva. Fechando-se a porta que a jurisprudência abriera, era preciso abrir outra.⁹⁷

A divergência doutrinária quanto ao âmbito de incidência do habeas corpus por mais que superada pela reforma na Constituição de 1891, acendeu uma nova discussão quanto a necessidade de outros meios constitucionais possíveis de se pleitear resposta jurisdicional a cerceamento dos demais direitos, diferentes a liberdade de locomoção.⁹⁸

Nesse passo, a hipertrofia conferida ao habeas corpus pela doutrina brasileira restou evidente que faltavam outras vias possíveis, tais quais remédios constitucionais ou vias processuais, para se pleitear as demais garantias constitucionais previstas na Carta Magna aos cidadãos.⁹⁹

É nesse cenário que insurge a Constituição de 1934, que limita expressamente o cabimento do habeas corpus e, ao mesmo tempo, cria o instituto mandado de segurança, que inclusive cita as semelhanças do novo instituto ao do habeas corpus, nos seguintes termos do artigo 113, §33:

⁹⁶ SOUZA, Luiz Henrique Boselli. **A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do mandado de segurança Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal**. Revista de informação legislativa, v. 45, n. 177, p.75-82, jan./mar. 2008, 01/2008.

⁹⁷ MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas corpus**. Tomo II, 7. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 235.

⁹⁸ SOUZA, Luiz Henrique Boselli. **A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do mandado de segurança Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal**. Revista de informação legislativa, v. 45, n. 177, p.75-82, jan./mar. 2008, 01/2008.

⁹⁹ SOUZA, Luiz Henrique Boselli. **A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do mandado de segurança Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal**. Revista de informação legislativa, v. 45, n. 177, p.75-82, jan./mar. 2008, 01/2008.

Dar-se-á mandado de segurança para a defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por acto manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do habeas corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as acções petitoriais competentes.¹⁰⁰

Seguindo o referido, prevê a Constituição de 1946, quando o mandado de segurança retorna ao texto como preceito constitucional do art. 141, § 24, que assim dispunha: “Para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas-corpus, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.¹⁰¹

Diante de todo exposto, pode-se notar que a origem do mandado de segurança se dá a partir da discussão do âmbito de cabimento do habeas corpus e que, ainda, a expressa referência ao habeas corpus quando se diz sobre a tutela por via de mandado de segurança, desde a Constituição de 1934¹⁰², que o instituiu, até os moldes atuais no artigo 5º, inciso LXIX da Constituição de 1988 resta evidente a aproximação dos institutos na origem.

¹⁰⁰ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Promulgado em 16 de julho de 1934. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acessado em: 28 mar. 2018.

¹⁰¹ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Promulgado em 18 de setembro de 1946. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acessado em: 28 mar. 2018.

¹⁰² SOUZA, Luiz Henrique Boselli. **A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do mandado de segurança Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal**. Revista de informação legislativa, v. 45, n. 177, p.75-82, jan./mar. 2008, 01/2008.

CAPÍTULO II – TUTELA COLETIVA

2.1. Tutela individual x tutela coletiva – A Constituição Federal de 1988 e a tutela jurídica ampla e irrestrita

Pelo Estado Democrático de Direito, o cidadão passa a ter a capacidade de ser centro decisório e participante das discussões públicas, sendo assim um modelo político que retira a concepção de poder absoluto e dominante do Estado e traduz-se em um Estado com reconhecimento da igualdade essencial a todos por meio da observância as leis. Segundo José Afonso da Silva, a constituição de órgãos jurisdicionais independentes e imparciais, em julgamentos de conflitos interindividuais e, especialmente, aqueles entre o indivíduo contra o Estado, constituem a máxima garantia dos direitos, nesse Estado.¹⁰³

Nesse sentido, tem-se um Estado que age nos limites da Constituição, sendo um império do direito e significando um governo de leis, que tende a ter como centro da sua preocupação a proteção da autonomia dos indivíduos em face da ingerência do Estado, tendo em vista que tendo em vista que sua própria estrutura de ordem de domínio é legitimada pelo povo. Assim, há a proteção objetiva das leis independente de sujeito.¹⁰⁴

Por tal modelo político estabelecer, sobretudo, a tolerância como decorrência direta da proteção jurídico-objetiva, esta que ocorre por meio da Constituição, das leis, das instituições e das políticas públicas, tem-se que há uma tendência à preponderância do interesse coletivo sobre o direito individual em caso de conflito. Segundo expõe Freddie Didier e Hermes Zaneti:

A revolução processual provocada pelas tutelas coletivas só foi possível no Brasil em razão das aptidões culturais e do contexto histórico em que estava emergente o Estado Democrático Constitucional de 1988, consolidado na Carta Cidadã. Esta pequena

¹⁰³ Silva, José Afonso da. **Ação Popular constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 84. “A máxima garantia dos direitos humanos, no Estado Democrático – aquela que pode ser chamada de garantia matriz, porque, sem ela, as outras nada significam – está na existência de órgãos jurisdicionais dotados de independência e imparcialidade, com capacidade de fato e de direito, para solucionar conflitos de interesses interindividuais e, especialmente, os que se manifestem entre a pessoa e o Estado”.

¹⁰⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Cadernos democráticos. Coleção Fundação Mario Soares. Edição Gradiva, p. 27.

exposição leva à percepção de que o processo, assim como o direito, tem uma conformação histórica.¹⁰⁵

Segundo expõe Sérgio Cruz Arenhart, a evolução da sociedade torna mais complexa as relações e, por conseguinte, as suas demandas, gerando assim diferentes pretensões pelas novas situações da vida, de igual modo, essas novas demandas refletem-se nos pedidos de prestação jurisdicional.¹⁰⁶

A Carta Magna ora vigente, em seu Título II, que versa sobre os direitos e garantias fundamentais, dispõe logo em seu Capítulo I "Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos", pode-se chamar atenção para a inclusão dos direitos coletivos *lato sensu*, no rol dos direitos fundamentais, isto é houve a constitucionalização dos direitos coletivos.¹⁰⁷

Nesse passo, além de se equiparar os direitos coletivos e direitos individuais, quanto aos direitos e garantias fundamentais, a Constituição ampliou a tutela coletiva ao adotar a técnica de substituição processual, na qual definiu as associações de classe e as entidades sindicais, assim como, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e às organizações de classe como legitimadas para figurar a defesa dos direitos e interesses de seus respectivos membros, associados ou filiados.¹⁰⁸

Para Teori Zavascki as mudanças na Constituição fazem parte da “primeira onda reformadora”, que representou a introdução de novos instrumentos, em suas palavras “até então desconhecidos”, do direito positivo. Tem-se que a finalidade dos novos mecanismos era a) ensejar curso as demandas coletivas; b) a tutela de direitos e interesses transindividuais e c) a tutela, com mais amplitude, da própria ordem jurídica abstratamente considerada.¹⁰⁹

Ademais, pelos próprios princípios constitucionais de acesso à justiça e inafastabilidade do Poder Judiciário, na inteligência do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, entende-se cabível a tutela coletiva, ora, pois, segundo Freddie Didier

¹⁰⁵DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: Processo Coletivo**, v. 4: processo coletivo. 7. ed. Bahia: JusPODIVM, 2009, p. 31.

¹⁰⁶ ARENHART, Sergio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 26-36.

¹⁰⁷DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**, v. 4, 7 ed., Bahia: JusPodivm, 2009, p.43.

¹⁰⁸ZAVASKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 16.

¹⁰⁹*Idem*, p. 14.

e Zaneti, tais direitos fundamentais devem ser aplicados ao processo coletivo, fazendo surgir o “garantismo coletivo”.¹¹⁰

Segundo Hermes Zaneti Jr. “em resposta a essa procura, à aspiração por uma tutela real, efetiva e participativa, a Assembléia Constituinte estabeleceu alterações radicais na sistemática constitucional brasileira quando da elaboração da Constituição de 1988”.¹¹¹ Nesse sentido, se constrói o raciocínio de que as ações coletivas tendem a desenvolver a democratização, no que toca a participação popular através da provocação do Poder Judiciário em busca de uma resposta jurisdicional.¹¹²

2.2. Processo coletivo no Brasil

Tem-se que a evolução processual coletiva no Brasil voltou a voga por forte ascendência do referido tema no estudo do direito italiano da década de setenta, mediado por juristas como Mauro Cappelletti, Michele Taruffo e Vigoriti, que produziram congressos, artigos e livros jurídicos, esses que foram objetos de estudo direto de juristas brasileiros como Barbosa Moreira, Ada Pellegrini, Kazuo Waranabe, entre outros.¹¹³

A partir de tal fato, pode-se falar na criação de novas ações coletivas brasileiras e na identificação das ações coletivas que já eram previstas no nosso ordenamento jurídico, tal qual a ação popular, vide Lei 4.717/1965.¹¹⁴

Ademais, o momento em que insurge o tema era propício para a introdução de novos mecanismos, sendo que o Brasil experimentava tempos de redemocratização em que emergia o novo Estado Democrático Constitucional de 1988. Nesse sentido, para Fredie Didier e Hermes Zaneti as ações coletivas se fundamentam em razões sociológicas e políticas.¹¹⁵

¹¹⁰ DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**, v. 4, 7 ed., Bahia: JusPodivm, 2009, p.113.

¹¹¹ DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. *Op. cit.*, p.43.

¹¹² SARMENTO, Daniel. **Direitos, Democracia e República: escritos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 291.

¹¹³ DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**, v. 4, 7 ed., Bahia: JusPodivm, 2009, p.30.

¹¹⁴ *Ibidem*, p.30.

¹¹⁵ Idem. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**, v. 4, 7 ed., Bahia: JusPodivm, 2009, pp. 35-36

Os fundamentos de ordem sociológica são embasados no contexto de constitucionalização dos direitos fundamentais e sua a devida efetividade e também no acesso a justiça, amplo e irrestrito, somados ao aumento das “demandas de massa”. Quanto às razões de ordem política, ressalta a economia processual, a uniformização dos julgamentos, por conseguinte, a uniformização social.¹¹⁶

Para Teori Zavascki a introdução de novos instrumentos coletivos no ordenamento jurídico brasileiro ocorre por duas fases ou as chamadas “ondas”, com características diferentes. A partir de 1985, a primeira onda reformadora teria introduzido os mecanismos coletivos, que até então eram inexistentes no direito positivo e a segunda onda, em meados de 1994, teria aperfeiçoado e ampliado esses instrumentos.¹¹⁷

Fredie Didier e Zaneti Jr. conceituam:

Processo coletivo como aquele instaurado por ou em face de um legitimado autônomo, em que se postula direito coletivo *lato sensu* ou se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva passiva, com o fito de obter provimento jurisdicional que atingirá uma coletividade, um grupo ou determinado número de pessoas.¹¹⁸

Assim sendo, tem-se por processo coletivo instrumento cabível para tutelar os direitos que transcendem a esfera individual, seja por se tratar de interesses que decorrem de origem comum a diversos indivíduos, seja por se tratar de postulação de direito coletivo *lato sensu*.

Nesse passo, tem-se que a tutela jurisdicional coletiva promove a defesa que se confere a uma “situação jurídica coletiva ativa”, os direitos coletivos *lato sensu*, ou a efetivação de situações jurídicas, individuais ou coletivas, em face de uma coletividade, que seja titular de uma “situação jurídica coletiva passiva”, deveres ou estados de sujeição coletivos.¹¹⁹

O debate acerca do direito processual coletivo é tema relevante, que desafia o direito

¹¹⁶DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**, v. 4, 7 ed., Bahia: JusPodivm, 2009, p.37.

¹¹⁷ Idem. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**, v. 4, 7 ed., Bahia: JusPodivm, 2009, p.15

¹¹⁸DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**, v. 4, 7 ed., Bahia: JusPodivm, p.44.

¹¹⁹DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**, v. 4, 7 ed., Bahia: JusPodivm., p.44.

contemporâneo no cenário nacional, uma vez que se refere à proteção transindividual e individual acidentalmente coletiva¹²⁰, o que implica necessariamente a discussão do Direito através de uma transposição da concepção tradicional e individualista para a lógica da tutela de interesses transindividuais.¹²¹

Segundo Fredie Didier e Hermes Zaneti as características principais do processo coletivo são: a) a legitimação para agir; b) a afirmação de uma situação jurídica coletiva: direito coletivo *lato sensu*, no pólo ativo (ação coletiva ativa) ou dever ou “estado de sujeição coletivos *lato sensu*” (ação coletiva passiva); c) a extensão subjetiva da coisa julgada.¹²²

Ademais, o processo coletivo apresenta-se como um instrumental apto e necessário a realizar importantes modificações na prestação jurisdicional, tais como proporcionar a efetividade, a economia processual e, principalmente, o acesso a justiça a todos os cidadãos.¹²³

Aqui, fala-se de uma superação conceitual, ante a tomada de consciência de uma classe de direitos que transcendem, tanto a esfera do indivíduo, por um lado, quanto a esfera do Estado, por outro.

Tem-se estabelecido desde a época do Império Romano a configuração de dois ramos do direito: o Direito Público e o Direito Privado. A dicotomia Direito Público e Direito Privado é extraída desde os ensinamentos do Direito Romano, a partir de interpretação de passagem de “Digesto 1.1.1.2”, de Ulpiano, que afirma: “O direito público diz respeito ao estado da coisa romana, à polis ou civitas, o privado à utilidade dos particulares”.¹²⁴

Em suma, segundo Ferraz Júnior, o que se extrai da concepção dogmática de Direito Público e Direito Privado é a sistematização, uma espécie de estabelecimento de princípios

¹²⁰ZAVASKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 47.

¹²¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos, Democracia e República: escritos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 290.

¹²²DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**, v. 4, 7 ed., Bahia: JusPodivm., p.44.

¹²³ DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**, v. 4, 5. Ed., Bahia: JusPodivm., p.33-34.

¹²⁴Da tradução de: “Publicum jus est quod ad startum rei romanaespectat, privatum, quod ad singulorumutilitatem” em FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1994, p. 134.

teóricos próprios para se atuar em cada ramo do direito.¹²⁵

No entanto, Ferraz Júnior já pontuou a dificuldade entre a distinção da esfera pública e privada, que nos dias de hoje é confusa e sem nitidez, diferente da visão à época, uma vez que na Antiguidade, para Ulpiano havia uma distinção clara entre o lugar que se governa, o Estado e o local de labor, da casa e de atividades típicas de sobrevivência, a esfera privada.¹²⁶

Assim sendo, para tal dicotomia existiriam dois universos distintos, em que os elementos de um não pertenceriam ao outro, bem assim como o oposto, sem que nada ficasse de fora de uma das duas classificações.

Importante dizer que ao se falar sobre processo coletivo, observa-se que a esse incumbe a tutela dos interesses e direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos, sendo relevante a partir da constitucionalização dos direitos coletivos. Segundo Fredie Didier tem-se o processo coletivo como espécie de processo de interesse público.¹²⁷

Para Gregório Assagra, a “nova *Summa Divisio* Constitucionalizada” implica em uma superação da clássica *Summa Divisio* de Direito Público e Direito Privado, assim sendo, uma nova leitura constitucional que supera a visão clássica, uma vez que essa não corresponde ao Estado Democrático de Direito.¹²⁸

Nesse sentido, quando se fala em Teoria dos Direitos e Garantias Fundamentais há a necessidade da gênese de um novo paradigma que seja equivalente ao Estado Democrático de Direito, função essa que a dicotomia Direito Público e Direito Privado não é mais capaz de abranger, uma vez que corresponderia a dois extremos.¹²⁹

2.3. Direitos coletivos x tutela coletiva de direitos

Segundo afirma Teori Zavaski, “uma das principais causas, senão a principal, dos

¹²⁵FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 2. ed, São Paulo: Atlas, 1994, p. 134.

¹²⁶ Ibidem, p.135-138

¹²⁷DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**, v. 4, 7 ed., Bahia: JusPodivm., p.36.

¹²⁸ASSAGRA DE ALMEIDA, Gregório. **Direito material coletivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 407

¹²⁹ASSAGRA DE ALMEIDA, Gregório. **Op. cit.**, p. 409.

equivocos nesse novo domínio processual foi a de confundir direito coletivo com defesa coletiva de direitos [...]”¹³⁰

Pois bem, cabe aqui apresentar os conceitos e delimitá-los de maneira clara.

Tem-se que os direitos coletivos *lato sensu* são acertados como gênero, dos quais se tem como espécies o direito difuso, o direito coletivo *strito sensu* e os individuais homogêneos.¹³¹

Os direitos difusos, nos termos do artigo 81, parágrafo único, I, do CDC, são aqueles de natureza indivisível, em que o objeto é considerado como um todo, já quanto aos titulares são pessoas indeterminadas, em que não é possível realizar uma individualização e ligadas por circunstâncias de fato, ou seja, não há vínculo comum de natureza jurídica.

Quanto aos direitos coletivos *strito sensu* reputam-se aqueles de natureza indivisível, cujo titular seja um grupo, classe ou uma categoria de pessoas, tem-se que há uma determinação relativa aos titulares, uma vez que são determináveis e a ligação decorre de uma relação jurídica-base, na inteligência do artigo 81, parágrafo único, II, do CDC.¹³²

Importante ressaltar que, tanto os direitos difusos, quanto os direitos coletivos *strito sensu* são transindividuais, ou seja, pertencem a uma coletividade. Já quanto aos direitos individuais homogêneos são classificados como direitos individuais, como o artigo 81, parágrafo único, III, do CDC bem denomina como sendo aqueles decorrentes de origem comum, ou seja, há a individualização de cada sujeito, que somente são ligados exatamente pela mesma origem do direito.¹³³

Ressalta-se que a espécie do direito individual homogêneo, introduzido pela vigência do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, chegou a ser considerado como pertencente a categoria dos direitos coletivos e difusos, como se um só fossem, o que não é verdade, de

¹³⁰ZAVASKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p.32.

¹³¹DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**, v. 4, 7 ed., Bahia: JusPodivm, p.75.

¹³² BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Promulgada em 3 de outubro de 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acessado em: 20 mar. 2019

¹³³ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Promulgada em 3 de outubro de 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acessado em: 20 mar. 2019

acordo com a generalidade da doutrina.¹³⁴

Ademais, Sérgio Cruz Arenhart considera a referida legislação como passível de defeitos justamente pela conceituação econômica e aberta que deu aos direitos individuais homogêneos.¹³⁵ Nesse sentido se instaura um cenário de insegurança jurídica até que estabelecido o tema pelos Tribunais.

Por outro lado, por tutela coletiva de direitos individuais se entende quais são os instrumentos cabíveis no ordenamento dedicadas a cuidar da tutela de direitos que compõe o patrimônio de mais de um legitimado, uma vez que as chamadas demandas de massa já não eram mais comportadas pelo processo litigioso clássico.¹³⁶

Portanto, essa ideia contrapõe os métodos tradicionais de solução de controvérsias, que até então se preocupava basicamente com os conflitos entre o Estado e o indivíduo, ou entre um indivíduo e outro indivíduo ou com a concepção de que somente o lesado poderia demandar seu direito em juízo.¹³⁷

Importante ressaltar que a presente pesquisa está focada nas ações coletivas que tutelam o interesse individual, para tanto, foi realizada a distinção entre os direitos coletivos e identificada suas espécies e, ainda, a diferença quanto a tutela coletiva de direitos e, agora, cabe aprofundar no tema referente a tutela coletiva de direitos individuais.

Muito se debate sobre os problemas da tutela processual, que em sua maioria são verdadeiros óbices para a devida prestação jurisdicional pleiteada por um legitimado e de responsabilidade do Estado. Nesse sentido, discute-se sobre a própria gestão da função jurisdicional o manejo de processos que enfrentam decisões que atingem mais do que apenas um legitimado.

Expõe Candido Rangel Dinamarco que o modelo de processo judicial adotado encontra-se em crise, uma vez que esse é incapaz de tutelar adequadamente os novos e

¹³⁴ZAVASKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 33.

¹³⁵ARENHART, Sergio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 52.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷SARMENTO, Daniel. **Direitos, Democracia e República: escritos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 290.

específicos conflitos, em decorrência das novas demandas surgidas em uma sociedade em constante mutação e, ainda, não consegue entregar tutela jurisdicional tempestiva, ainda que para litígios já conhecidos e tradicionais.¹³⁸

É de conhecimento geral que o judiciário brasileiro enfrenta o impacto da quantidade de questões judicializadas, sendo que muitas dessas são demandas repetidas. Segundo relata o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem-se que o primeiro grau de jurisdição é a parte do Poder Judiciário mais atingida pelo referido problema de sobrecarga de demandas.¹³⁹

Portanto, tem-se que o excesso de demandas é um verdadeiro óbice a prestação jurisdicional à luz da Constituição Federal¹⁴⁰, ferindo caros princípios constitucionais, quais sejam a razoável duração do processo e efetividade e nas palavras de Ruy Barbosa ferindo o próprio conceito de justiça: "a justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta".

Ademais, o próprio sentido de prestação jurisdicional encontra-se na tutela adequada as lides que surgem no dia-a-dia de uma sociedade, fazendo valer o Estado Democrático de Direito pelos seus mais basilares pilares: a) Princípio da legalidade; b) Separação das funções de poder; c) garantia e reconhecimento dos direitos fundamentais subjetivos. Assim sendo, infere-se que o Estado Democrático de Direito clama de “direito participativo, pluralista e aberto.”¹⁴¹

Assim sendo, entende-se que a tutela jurisdicional coletiva é um meio qualificado para proporcionar a efetividade na prestação jurisdicional, uma vez que soluciona a maioria das questões de demandas de massa.¹⁴²

Tem-se que a Constituição Federal oferece meios processuais pelos quais se garantiriam maior efetividade, pelo artigo 8º, inciso III tem-se a previsão da legitimidade

¹³⁸DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.200.

¹³⁹CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório da Justiça em números**. 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas-politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao>. Acesso em: 10 mar.2019.

¹⁴⁰ DINAMARCO, Candido Rangel. *Op. cit.*, p. 200.

¹⁴¹ RIBEIRO JÚNIOR, João. **Pessoas Estado & Direito**. Campinas: 1994, p. 25.

¹⁴² SARMENTO, Daniel. **Direitos, Democracia e República: escritos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 291. “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.[...]”

extraordinária, sobre tal concepção Teori Zavaski expõe:

Foi destacadamente significativo, nessa primeira onda reformadora, o advento da Constituição de 1988. Entre os direitos e garantias individuais e sociais nela arrolados consagrou-se a legitimação das associações de classe e das entidades sindicais para promover, em juízo, a defesa de direitos e interesses dos respectivos associados e filiados (art. 5º, XXI, e art. 8º, III).¹⁴³

Tem-se que as questões individuais são passíveis de solução por meio do tratamento coletivo, sob prisma da Constituição Federal e do “princípio da proporcionalidade panprocessual”, para tal faz-se necessária uma mudança de diversas questões procedimentais.¹⁴⁴

2.4. Coletivização dos remédios constitucionais

2.4.1. Mandado de segurança coletivo

Tem-se que o mandado de segurança coletivo é um instituto criado pela Constituição Federal de 1988, inovando o já conhecido *writ*, qual seja mandado de segurança, ao prever possibilidade da tutela jurisdicional coletiva de direitos. Nesse sentido, Teori Zavaski expõe:

Previu-se também que o mandado de segurança – ação sumaria para tutela de direitos líquidos e certosameaçados ou violados por ato abusivo ou ilegal de autoridade pública – pode ser impetrado não apenas pelo titular do direito, mas ainda, em regime de substituição processual, por partidos políticos com representação no Congresso Nacional, ou por organização sindical, ou por associados. Esse novo instrumento – o mandado de segurança coletivo – a exemplo da ação civil coletiva acima referida potencializou, em elevado grau, a viabilidade da tutela coletiva de direitos individuais e, conseqüentemente, o âmbito da eficácia subjetiva das decisões judiciais.¹⁴⁵

¹⁴³ZAVASKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 16.

¹⁴⁴ARENHART, Sergio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 229.

¹⁴⁵ZAVASKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 22.

Pela ideia da concepção do mandado de segurança, faz-se necessário evocar a “Doutrina brasileira do habeas corpus”, na vigência da Constituição Federal de 1891, momento no qual o habeas corpus teve sua expansão construída por parte da doutrina e jurisprudência brasileira.

Por tal entendimento, tem-se que o habeas corpus seria um instrumento mais amplo, de modo a ampliar sua tutela para toda e qualquer situação que o indivíduo sofrer ou pela iminência de sofrer violência ou coação por ilegalidade e abuso de poder, ou seja, não se limitaria a tutela da liberdade de locomoção.

Ressalta-se que não havia previsão de nenhum outro writ para tutelar residualmente os direitos não amparados. Assim, segundo Buzaid, a inexistência de um remédio legal específico, que fosse destinado para a garantia dos direitos ameaçados ou violados por ato de autoridade, moveu os juristas para a criação de um instrumento adequado, apto e eficaz.¹⁴⁶

Expõe Buzaid que à época, Alberto Torres criou um projeto de revisão da Constituição, parecer esse que incluía um novo mandado da garantia, a fim de fazer consagrar, respeitar, manter e restaurar, preventivamente, direitos individuais ou coletivos que sejam lesados por ato de autoridade, cujo qual não haveria outro remédio cabível.¹⁴⁷

No dia 11 de agosto de 1926, o referido projeto foi aprovado pela Câmara dos Deputados, sendo inserido o instituto brasileiro do mandado de segurança na Constituição Federal de 1934, em seu art. 113, §33 e, por conseguinte, extinguindo o criativo entendimento brasileiro, que conferia ao habeas corpus a tutela de direitos líquidos e certos violados.

Pode-se inferir que o mandado de segurança foi motivado pelas convicções assentadas na doutrina brasileira do habeas corpus, uma vez que desse gênese encontra marco teórico e temporal na figura dada ao habeas corpus à época.

Ademais, os dois remédios constitucionais ainda contam com os seus procedimentos especiais, sumários e céleres, ambos possuem a exigência de prova pré-constituída e são ações praticamente sem dilação probatória. Significa dizer que, a aproximação dos institutos se revela essencial para a possibilidade jurídica de ambos os writs na modalidade coletiva.

¹⁴⁶BUZOID, Alfredo. **Do mandado de segurança**, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 27.

¹⁴⁷BUZOID, Alfredo. **Do mandado de segurança**, São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 28-30.

2.4.2. Mandado de injunção coletivo

Os *writs* previstos na Constituição Federal de 1988 consagraram ampla significação a favor de direitos e garantias fundamentais, uma vez que foram criados novos institutos, tais quais a previsão expressa do mandado de segurança coletivo, o habeas data e, também, o mandado de injunção. Ademais, cita-se a previsão constitucional a ação civil pública, na tutela de direitos transindividuais e da ação popular.¹⁴⁸

Quanto ao mandado de injunção, José Cretella Jr. dispõe acerca do remédio como uma ação constitucional sumária, especial, garantidora de direitos básicos, com aspectos similares aos do mandado de segurança, no entanto, com voltada quando diante da ausência de norma regulamentadora obste ao exercício dos direitos constitucionais¹⁴⁹

Portanto, trata-se de ação constitucional de natureza cível impetrada em hipótese de cabimento cujo haja omissão legislativa que impeça o exercício de um direito constitucional por algum sujeito de direito, nos termos da Constituição Federal, art. 5º, inciso LXXI.

Nesse sentido, ressalta-se o texto constitucional que prevê o cabimento do mandado de injunção: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;”¹⁵⁰

Observa-se que nada se tem previsto quanto possibilidade do mandado de injunção na modalidade coletiva, sendo o texto constitucional notadamente ausente quanto a tal hipótese, de igual maneira sem previsão de qualquer vedação expressa.

No entanto, ainda que sem norma constitucional expressamente permissiva, a jurisprudência do STF consta há décadas no sentido de possibilidade jurídica do mandado de injunção coletivo, com base em uma interpretação de ampliação dos contornos dos remédios

¹⁴⁸BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acessado em: 20 mar. 2019.

¹⁴⁹JR. CRETELLA, José. **Os writs na Constituição de 1988. Mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data e ação popular**. São Paulo: Forense, 1989, p. 98.

¹⁵⁰Vide artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal de 1988. BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acessado em: 20 mar. 2019.

constitucionais, *writs* esses que ressaltam o valor da nossa Constituição Federal, segundo José Cretella Jr.¹⁵¹

Assim, quanto aos entendimentos contrários a possibilidade jurídica do mandado de injunção coletivo ante a falta de previsão constitucional expressa, cumpre transcrever trecho do voto do Ministro Relator Celso de Mello no MI nº20:

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 [...]¹⁵²

Ressalta-se que em 2016, no advento da Lei 13.300, foi editada regulação infraconstitucional quanto ao procedimento do mandado de injunção, que logo em seu art. 1º explicita: “Esta Lei disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo, nos termos do inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal.”¹⁵³

Dessa maneira, tem-se que a Constituição Federal em 1988, em seu inciso LXXI, do rol do art. 5º, nunca conteve qualquer citação expressa quanto à hipótese do mandado de injunção coletivo, o que não inviabilizou o exercício de tal direito por 28 anos, uma vez que a norma infraconstitucional só foi editada em 2016.

Faz-se necessário mencionar a essencialidade do mandado de injunção coletivo, que se tornou ferramenta processual forte, apta e eficaz ao fim a que foi prevista, possibilitando o exercício de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal não regulamentados, tudo isso devido a mudança de entendimento e do uso das prerrogativas constitucionais do STF.¹⁵⁴

¹⁵¹JR. CRETELLA, José. **Os writs na Constituição de 1988. Mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data e ação popular.** São Paulo: Forense, 1989, p. 1.

¹⁵²BRASIL. STF - MI: 20 DF, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 19/05/1994, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 22-11-1996 PP-45690 EMENT VOL-01851-01 PP-00001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733>. Acesso em 20 mar. 2019.

¹⁵³BRASIL. **Lei que disciplina o mandado de injunção e o mandado de injunção coletivo.** Promulgada 23 jul. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/L13300.htm. Acesso em 20 mar. 2018.

¹⁵⁴MARTINS, Marianne Rios. **Os Limites de Atuação do Poder Judiciário como Legislador Positivo para Efetivar Direitos Humanos de 2ª dimensão.** Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_humano_td_marianne_rios_martins.pdf. Acessado em: 20 mar. 2019.

Assim que a Constituição concebeu o mandado de injunção, o STF entendia que não poderia de maneira alguma introduzir algo que fizesse produzir efeitos no lugar da norma faltante. Então, somente reconhecia a mora do legislador para que esse fosse incitado a agir.

Assim, a mudança jurisprudencial quanto ao mandado de injunção coletivo muda ao longo dos anos. Tem-se que a primeira fase de jurisprudência, em meados dos anos 1988, havia o entendimento de que a única decisão possível era no sentido de declarar a mora e chamar o legislador para agir;

Em meados de 2007, tem-se a terceira fase que significou um marco para a virada jurisprudencial do STF, agora, a chamada Teoria Concretista, a partir do MI coletivo nº 20 consolidou no julgamento impetrados por servidores público, por conta a dificuldade de exercer o direito de greve por falta de norma regulamentadora.¹⁵⁵

A Suprema Corte passa a aplicar por analogia outras leis quando da omissão legislativa do competente Poder Legislativo. No referido caso, o STF aplicou a lei que regula o exercício de greve na iniciativa privada, estabelecendo ainda que o Poder Judiciário poderia aplicar ao servidor público em função essencial sanção mais gravosa que a da iniciativa privada prevista na lei.¹⁵⁶

Ademais, o Supremo estabeleceu que os agentes de polícia Civil e Militar não poderiam fazer greve. A decisão tem efeitos gerais e *erga omnes*, aplicável a greve de todo e qualquer servidor público, provisoriamente até o legislativo produzir norma própria.¹⁵⁷

Dessa maneira, desde a promulgação da Constituição Federal, não somente a possibilidade do mandado de injunção coletivo, quanto diversos marcos para a sociedade, viabilizados através dessa ferramenta na modalidade coletiva.¹⁵⁸

¹⁵⁵ BRASIL. STF - MI: 20 DF, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 19/05/1994, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 22-11-1996 PP-45690 EMENT VOL-01851-01 PP-00001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733>. Acesso em 20 mar. 2019.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁸ ZAVASKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 16.

2.5. Plasticidade do habeas corpus e a tutela da liberdade

Ensina J.J Calmon de Passos:

“A norma jurídica, por mais precisa e clara que seja, por força de sua generalidade, ao ser aplicada ao caso concreto, pede interpretação[...].

[...]

Quanto mais geral, aberto e abrangente o preceito a ser aplicado, maior o campo reservado ao intérprete. “¹⁵⁹

Tem-se, pela própria natureza do habeas corpus, discussões que versam sobre o direito à liberdade individual de uma pessoa, em sua maioria na seara do direito penal, tema esse que já é de extrema importância aos cuidados do ordenamento jurídico. Contudo, sendo um instituto coletivo, a tutela versaria sobre a liberdade individual de um grande número de pessoas, o que desperta ainda mais o cuidado e devida previsão que se deve existir no presente debate.¹⁶⁰

Logo, trata-se de uma ação de tutela coletiva de direitos fundamentais individuais que tem como fim pugnar ilegalidade ou abuso de poder quanto a privação de liberdade locomoção ou ameaça dessa, que incide sobre considerável quantidade de indivíduos.¹⁶¹

A partir de tal fato, tem-se a discussão com fundamentação no sentido do conhecimento do habeas corpus coletivo, por se tratar de instituto com matéria discutida da seara penal, que versa sobre direito à liberdade do indivíduo e os que pugnam pela não admissibilidade do habeas corpus coletivo, pela falta de segurança jurídica ensejada pela carência de individualização ou indicação dos possíveis paciente.¹⁶²

Há quem defenda que a possibilidade jurídica do habeas corpus coletivo implicaria em uma inovação ao texto constitucional, pela via que não lhe é devida. No entanto, ao se admitir o instituto do habeas corpus na modalidade coletiva, o processo constitucional não

¹⁵⁹PASSOS, J. J. Camon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e habeas data**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p.1.

¹⁶⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos, Democracia e República: escritos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 294-297.

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² *Ibidem*.

estaria diante de uma nova ação, mas, apenas de novos moldes de legitimados.¹⁶³

Nesse sentido, em analogia com as ação de mandado de segurança e o mandado de segurança coletivo, ensina J.J Calmon de Passos: “Não se cuida, cumpre de logo dizer e fundamentar, de uma nova garantia constitucional. Estamos diante do velho mandado de segurança, ampliado em termos de legitimação para sua propositura [...]”¹⁶⁴

Assim sendo, acredita-se que é possível o cabimento do habeas corpus coletivo, a partir de interpretação à luz da constituição, respeitando o direito fundamental que predominaria sobre a estrita formalidade literal, argumento esse utilizado, em regra aos que são contra o conhecimento do instituto.

Aqui, vê-se como clara a admissibilidade do habeas corpus coletivo, por se tratar de uma ação eminentemente libertária, medida que versa essencialmente sobre a liberdade individual da pessoa humana e existir coação ilegal em face de comprovável direito de um grupo determinado ou determinável.¹⁶⁵

Além disso, o instituto é tão flexível que pode ser considerado como uma exceção ao Princípio da inércia da jurisdição, uma vez que, se tem como certo que qualquer um de que tenha conhecimento de ilegalidade pode impetrar um habeas corpus pugnando flagrante ou possível coação a liberdade.¹⁶⁶

Ademais, diante da maleabilidade do instituto, o habeas corpus pode ter seu provimento deferido de ofício, uma vez que o juiz tome conhecimento do ato atentatório ilegal à liberdade de locomoção de algum sujeito de direito. Logo, entende-se que o habeas corpus admite certos contornos extensivos uma vez que o assunto em voga é a violação a liberdade, um dos direitos mais sagrados.¹⁶⁷

No entanto, há quem defenda que a possibilidade de impetração do habeas corpus coletivo significaria ferir a lei. De todo modo, não se vislumbra conexão entre o

¹⁶³ SARMENTO, Daniel. **Direitos, Democracia e República: escritos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 294-297.

¹⁶⁴PASSOS, J. J. Camon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e habeas data**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p.7.

¹⁶⁵ SARMENTO, Daniel. **Op. cit.**

¹⁶⁶ *Ibidem.*

¹⁶⁷ SARMENTO, Daniel. **Direitos, Democracia e República: escritos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 301.

conhecimento do habeas corpus coletivo e a violação a legislação em vigência. Ora pois, dispõe o artigo 654 do Código de Processo Penal¹⁶⁸:

Art. 654. O habeas corpus poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.

§ 1º A petição de habeas corpus conterá:

- a) o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exercer a violência, coação ou ameaça;
 - b) a declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que funda o seu temor;
- a assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residências.

Tem-se que a petição inicial conterá o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação, assim como o de quem exerce essa violência, coação ou ameaça e a declaração da espécie de constrangimento ilegal ao direito de locomoção, ou em caso de simples ameaça de coação, as razões em que se funda o seu temor.¹⁶⁹

Ao se admitir a ação coletiva, ao final do feito, com a possível concessão da ordem, terá, obrigatoriamente, feita a determinação de quem são os beneficiários e quem é o agente coator. Logo, o que mudaria seria o momento de tal identificação, em que reconhecida da flagrante ilegalidade e concedida a ordem, as demandas passariam, necessariamente, por determinação de cada indivíduo do grupo.

Diante disso, trabalhar-se-á frente a análise de precedentes existentes no Supremo Tribunal Federal e a conformação fixada até o presente momento pela Corte.

¹⁶⁸BRASIL. **Código de Processo Penal**. Promulgada em 3 de outubro de 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acessado em: 20 mar. 2018.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

CAPÍTULO III-ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O cabimento do habeas corpus coletivo

O habeas corpus coletivo é um instituto novo, sobre o qual incide carência de previsão legal expressa no ordenamento jurídico brasileiro, fato esse que promove discussões sobre a possibilidade de seu cabimento e, se esse for considerado possível, quais seriam os seus limites.

À vista disso, trata-se de tema relevante a ciência jurídica, por ser a união de imprescindíveis garantias constitucionais que, cada uma em seu âmbito de incidência, tutela a liberdade do indivíduo e garantem a prestação coletiva. Tem-se, então, uma ação coletiva em sede de habeas corpus, que tem como fim pugnar ilegalidade ou abuso de poder quando existir ameaça ou incidência de violência ou coação a liberdade de locomoção sobre uma generalidade de pessoas.

Neste passo, torna-se oportuno conhecer o histórico dos habeas corpus coletivos impetrados na Suprema Corte brasileira e o enfrentamento a cada um desses pelas autoridades competentes da República, fazendo assim entender as posições existentes acerca do tema e analisar algumas tutelas paradigmas que embasam a discussão da presente pesquisa.

3.1. HC 143.641: o primeiro habeas corpus coletivo admitido na Suprema Corte

A saber, no dia 08 de maio de 2017, o Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (CADH) impetrou uma ação, como sendo identificada de habeas corpus coletivo com pedido de medida liminar, perante o Supremo Tribunal Federal (STF). O habeas corpus foi tombado na Suprema Corte com número 143.641 e, a seguir, todo o exposto cumpre discorrer sobre os argumentos levantados no inteiro teor do seu acórdão.¹⁷⁰

Tem-se que as pacientes foram identificadas de maneira genérica como sendo o habeas corpus em favor de “todas as mulheres presas preventivamente que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade, bem

¹⁷⁰BRASIL. Superior Tribunal de Federal. HC nº 143641. São Paulo. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Dje nº 33, publicado em 21-02-2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5183497>. Acessado em: 28-03-2018.

como em nome das próprias crianças”.

Ocorre que, antes de se analisar a questão meritória da referida ação, uma matéria preliminar que gerou grande controvérsia e, por conseguinte, a análise jurisdicional do STF foi quanto ao cabimento do habeas corpus coletivo no ordenamento jurídico brasileiro. Questionava-se a existência do instrumento, nos termos do artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, uma vez que esse não previa tal figura.

O pleito em questão tinha como objeto a conversão das prisões preventivas para prisões domiciliares de mulheres gestantes, daquelas que estejam em período que ocorre após o parto e das mães com filhos de até 12 anos, que sejam as únicas responsáveis por esses, nos termos da nova redação dada pela Lei 13.257/2016 ao artigo 318, V, do Código de Processo Penal.

Em tese, dentre fundamentos jurídicos para concessão do habeas corpus coletivo rogou-se pelo direito da mulher, no tocante ao dispositivo expresso do Código de Processo Penal, artigo, 318, no qual possibilita a substituição da pena preventiva às mulheres gestantes ou com filhos de até 12 (doze) anos incompletos.¹⁷¹

Bem como foi alegada proteção ao direito do próprio recém nascido, nos termos do princípio constitucional da individualização da pena, vide artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal. Tem-se que a condição a qual é submetida aos bebês seria trascendência da pena da mãe apenada ao recém nascido. Ademais, se tratava de ambiente superlotado e inadequado para o desenvolvimento de uma criança.¹⁷²

Importa dizer que o STF, em julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) número 347 do Distrito Federal, já declarou o “Estado de Coisas Inconstitucional” do sistema carcerário brasileiro ante a: a) ocorrência de violação massiva de direitos fundamentais dos presos, b) situação resultante de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal e c) sendo considerado o quadro

¹⁷¹ Redação do artigo 318, com alterações da Lei 12.403/2011 e da Lei 13.257/2016. BRASIL. **Código de Processo Penal**. Promulgada em 3 de outubro de 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm. Acessado em: 20 mar. 2018.

¹⁷² Supremo Tribunal Federal. HC nº 143641. São Paulo. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Dje nº 33, publicado em 21-02-2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5183497>. Acessado em: 28-03-2018.

de superlotação carcerária e das condições degradantes das prisões do país.¹⁷³

Nos termos do voto do Ministro da referida ADPF 347, o Ministro Marco Aurélio denominou como “vexaminosa” a situação do sistema penitenciário brasileiro, ora, pois “a violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica”, configuraria tratamento “degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia”.¹⁷⁴

Nesse sentido, segundo narra o HC 143.641, configurou-se situação genérica, que atingia uma coletividade de mulheres, até o momento da impetração, indeterminadas. No entanto, tem-se que a cada uma delas, de modo individual, pertencia o direito de pugnar pela liberdade de locomoção em razão de flagrante ilegalidade suportada, configurando assim a existência de um direito coletivo *lato sensu*, em específico o direito individual homogêneo.¹⁷⁵

Diante de todo o exposto, o Ministro Ricardo Lewandowski, relator do referido HC 143.641, inaugura o seu voto enfrentando a preliminar de mérito quanto ao cabimento na ordem constitucional pátria do *writ* impetrado, de pronto, deixando claro que entendia pela possibilidade jurídica do habeas corpus coletivo.¹⁷⁶

Em primeiro plano, destacou-se a ação coletiva como meio cabível a viabilizar o pleito perante o juízo, sob o prisma da condição social. Ora, pois, a generalidade das pacientes que seriam atingidas pelo habeas corpus coletivo eram mulheres pobres, sendo que esse seria o instrumento possível a viabilizar o acesso à justiça por parte desse segmento social.¹⁷⁷

Em seguida, o Ministro Ricardo Lewandowski remonta a jurisprudência da Corte quanto às ações constitucionais. Destaca o entendimento do STF pelo cabimento do mandado de injunção coletivo em meados do ano de 1994, época essa em que não existia previsão legal permissiva e, ainda, não havia nenhuma legislação infraconstitucional que enfrentava o tema,

¹⁷³BRASIL. Superior Tribunal de Federal. ADPF nº 347. Distrito Federal. Relator Ministro Marco Aurelio. Dje nº 33, publicado em 21-02-2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acessado em: 20 mar. 2019.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ Supremo Tribunal Federal. HC nº 143641. São Paulo. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Dje nº 33, publicado em 21-02-2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5183497>. Acessado em: 28-03-2018.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ *Ibidem*.

igualmente a situação enfrentada pelo habeas corpus no presente momento.¹⁷⁸

Ressalta a relevância do julgado em questão pelo conhecimento do mandado de injunção coletivo e o conceitua como sendo um entendimento de “encorajamento” do STF. Cumpre dizer, que se trata do mandado de injunção 20, do Distrito Federal, acerca do direito de greve dos servidores públicos civis, de relatoria do Ministro Celso de Mello, em que nessa oportunidade, afirmou:

“A orientação jurisprudencial adotada pelo Supremo Tribunal Federal prestigia [...] a doutrina que considera irrelevante, para efeito de justificar a admissibilidade de ação injuncional coletiva, a circunstância de inexistir previsão constitucional a respeito [...]”¹⁷⁹.

Cumpre destacar trecho da ementa do referido processo:

MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do mandado de injunção coletivo, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela Constituição. Precedentes e doutrina.¹⁸⁰

Além disso, no HC 143.641, o Ministro Ricardo Lewandowski cita a ADPF nº 347, como sendo outro exemplo de ação que admite contornos mais extensivos quando “os direitos e interesses de determinadas coletividades estão sob risco de sofrer lesões graves”. Assim sendo, o referido Ministro infere que lesões a bens jurídicos coletivos, que são situações evidenciadas na sociedade contemporânea, devem ser tratadas com medidas, também, coletivas.¹⁸¹

¹⁷⁸ Supremo Tribunal Federal. HC nº 143641. São Paulo. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Dje nº 33, publicado em 21-02-2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5183497>. Acessado em: 28-03-2018.

¹⁷⁹BRASIL. STF - MI: 20 DF, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 19/05/1994, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 22-11-1996 PP-45690 EMENT VOL-01851-01 PP-00001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733>. Acesso em 20 mar. 2019.

¹⁸⁰*Ibidem*.

¹⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Federal. ADPF nº 347. Distrito Federal. Relator Ministro Marco Aurelio. Dje nº 33, publicado em 21-02-2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acessado em: 20 mar. 2019 APUD BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 143641. São Paulo. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Dje nº 33, publicado em 21-02-2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/>

Tem-se que o acesso à justiça foi outra questão evidenciada pelo Ministro Relator, de maneira a corroborar o entendimento de cabimento do habeas corpus coletivo. Foi apresentada pesquisa com dados colhidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), intitulada como “o Panorama de Acesso à Justiça no Brasil, 2004 a 2009”¹⁸², em que se demonstra que o acesso à justiça está diretamente ligado a renda e ao nível de escolaridade.

Pela referida pesquisa foi levantado que quando abaixo de determinado nível de escolaridade e renda, o acesso à Justiça praticamente não se concretiza.¹⁸³ Assim, segundo o Ministro, ao se ferir o acesso à justiça, direito social fundamental de segunda geração, se admitiria uma extensão do habeas corpus tanto quanto for a possibilidade de se sanar a situação.

O voto do relator conferiu destaque a doutrina brasileira do habeas corpus, em oportunidade que fez uma analogia aos dias atuais em que, segundo o Ministro Ricardo Lewandowski, na leitura de Ruy Barbosa, se existe um direito fundamental violado, há de existir no ordenamento jurídico um remédio processual à altura da lesão.

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.¹⁸⁴

Ademais, por se tratar o habeas corpus uma ação de natureza jurídica penal, tem-se que a discussão de mérito versa sobre a liberdade, segundo o Ministro Ricardo Lewandowski

[verProcessoAndamento.asp?incidente=5183497](#). Acessado em: 28-03-2018.

¹⁸²BRASIL. **Panorama do acesso à Justiça no Brasil**. Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Brasília, jul. 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/69f08fa6be2b411e6566b84bdc1d4b5a.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2019.

¹⁸³Segundo a pesquisa: “enfaticou-se o grau de desalento da população em relação à busca por soluções, o que permitiu focar exatamente o público que necessita ser objeto das políticas públicas de ampliação do acesso à Justiça.”. **Panorama do acesso à Justiça no Brasil**. Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Brasília, jul. 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/69f08fa6be2b411e6566b84bdc1d4b5a.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2019.

¹⁸⁴BRASIL. Superior Tribunal de Federal. HC nº 143641. São Paulo. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Dje nº 33, publicado em 21-02-2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5183497>. Acessado em: 20 mar. 2019.

razão essa, também, embasaria a autorização do *writ* coletivo pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo a liberdade um dos bens mais preciosos do homem.¹⁸⁵

Também foi destacado o “Verbitsky”, semelhante caso enfrentado pela Suprema Corte da Argentina, trazendo a voga o Direito comparado como forma de enrobustecer o seu voto. Ricardo Lewandowski expõe que o direito argentino, assim como na ordem brasileira, não há previsão do habeas corpus coletivo, assim como, também, não há vedação expressa.¹⁸⁶

Trata-se de um julgamento proferido em 03 de maio de 2005, um habeas corpus coletivo impetrado em favor de “todas as pessoas presas em instalações policiais superlotadas na província de Buenos Aires”. Ficou conhecido como “caso Verbitsky” por ter sido na ocasião instrumento usado pelo famoso jornalista Horácio Verbitsky, presidente do Centro de Estudos Legais e Sociais (CELS).¹⁸⁷

O Ministro denominou a falta de previsão do instituto na Argentina como sendo uma “omissão legislativa” e que essa não teria sido suficiente para ensejar o não conhecimento do *writ* pela Corte, uma vez que tal previsão foi extraída para além dos princípios constitucionais, das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos¹⁸⁸.

Além disso, foi acertado que os princípios extraídos da Constituição, tais quais a dignidade da pessoa humana e o acesso universal à justiça seriam fundamentos jurídicos suficientes aos quais embasariam o conhecimento do habeas corpus coletivo na ordem constitucional argentina.¹⁸⁹

Assim sendo, expõe-se que a Suprema Corte argentina conheceu o instrumento do habeas corpus coletivo e determinou, por decisão que vinculou todo o Poder Judiciário, assim como o Poder Executivo e o Poder Legislativo, a tomada de medidas para sanar a situação de

¹⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Federal. HC nº 143641. São Paulo. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Dje nº 33, publicado em 21-02-2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5183497>. Acessado em: 20 mar. 2019.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸ Adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas através das suas resoluções 663 C (XXIV), de 31 de Julho de 1957 e 2076 (LXII), de 13 de Maio de 1977. Resolução 663 C (XXIV) do Conselho Econômico e Social.

¹⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 143641. *Op. cit.*

inconstitucionalidade e inconveniência a que estavam sujeitos os presos.¹⁹⁰

Dessa maneira, o Ministro Relator chega a conclusão que o STF deve decidir de maneira análoga a Suprema Corte argentina, no sentido de conhecer do instrumento processual, uma vez que ambos os países compartilham origem de direito comum e guardam similitude em suas tradições quanto a ordem jurídica.¹⁹¹

Segundo o Ministro Ricardo Lewandowski, pode-se, ainda, evocar o Pacto de San José da Costa Rica, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos promulgada pela República brasileira, no que prevê sobre proteção judicial em seu art. 25, inciso I. Segundo consta no Pacto tem-se que deve existir mecanismo judicial simples, rápido e efetivo, sendo meio possível a proteção dos direitos fundamentais lesionados. *In verbis*:

Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízos 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.¹⁹²

Ou seja, para o Ministro significa dizer que, com fulcro no Pacto de San José da Costa Rica, existe a possibilidade jurídica do habeas corpus coletivo no Brasil, como sendo o instrumento processual simples, rápido e efetivo para a dada situação. Ademais, no mesmo artigo, em seu inciso II, os Estados se comprometem 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) devem desenvolver as possibilidades do dito recurso judicial e c) devem assegurar o cumprimento de toda a decisão em que se tenha o considerado procedente.¹⁹³

No que diz respeito ao direito infraconstitucional pátrio, o Ministro Relator destaca os fundamentos jurídicos do Código de Processo Penal, legislação que ampara o procedimento do habeas corpus, para demonstrar o cabimento do habeas corpus coletivo.

¹⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Federal. HC nº 143641. São Paulo. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Dje nº 33, publicado em 21-02-2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5183497>. Acessado em: 20 mar. 2019..

¹⁹¹ *Ibidem*.

¹⁹² BRASIL. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Promulgado no Brasil em 6 de novembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 20 mar. 2019.

¹⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 143641. *Op. cit.*.

Nesse sentido, cumpre transcrever o art. 654 e seu parágrafo 2º, do Código de Processo Penal:

Art. 654. O habeas corpus poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.

§2º. Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de habeas corpus, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.¹⁹⁴

Nesse ponto, o Ministro ressalta a habeas corpus quanto as suas conhecidas características históricas e heróicas, tal qual o conhecimento de ofício por juízes e Tribunais, nos termos do parágrafo 2º, do artigo 624, do Código de Processo penal. Assim sendo, se demonstraria a flexibilidade do instituto, sendo esse pensado com contornos mais extensivos e informais, de modo a combater as ameaças e lesões a liberdade de locomoção.¹⁹⁵

Tem-se a análise quanto ao disposto no artigo 580, do Código de Processo Penal, em que o Ministro destaca que, segundo se extrai desse diploma legal, há a possibilidade de aproveitamento da decisão para outrem, se concedida a ordem a algum paciente, que não fundada em circunstâncias pessoais desse.¹⁹⁶

Assim sendo, o ordenamento é permissivo quanto a extensão de decisão do habeas corpus individual a outros pacientes, quando sendo as situações fático-processuais equivalentes. Igualmentedizer que a decisão do habeas corpus no caso concreto a um paciente determinado poderia se estender a toda coletividade em mesma situação.¹⁹⁷

Ademais, o Ministro assenta não só os fundamentos processuais quanto a possibilidade jurídica do cabimento do habeas corpus coletivo, como, ainda, realiza debate deveras acerca do direito material violado, que dava ensejo para a situação de ilegalidade sobre a liberdade de locomoção e, por conseguinte, para a concessão da ordem do remédio constitucional. No entanto, tais argumentos extrapolam os limites da presente pesquisa e, por essa razão, não serão aprofundados.¹⁹⁸

¹⁹⁴ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Promulgada em 3 de outubro de 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acessado em: 20 mar. 2019.

¹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 143641. São Paulo. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Dje nº 33, publicado em 21-02-2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5183497>. Acessado em: 20 mar. 2019.

¹⁹⁶ *Ibidem*.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁹⁸ *Ibidem*.

Por outro lado, cumpre ressaltar que a Procuradoria Geral da República (PGR) em todas as suas manifestações no HC 143.641, se limitou a discutir a questão preliminar de mérito, o cabimento do habeas corpus, uma vez que, eminentemente, opinou pelo não conhecimento do *writ* justamente por ser esse na modalidade coletiva, cujo padeceria de carência de previsão jurídica.¹⁹⁹

Segundo a PGR, o habeas corpus é instrumento com a necessidade de ter como pacientes pessoas certas e determinadas, servindo para proteção direta e imediata do direito individual à liberdade de locomoção, fundamentado no artigo 654, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal. Assim sendo, afirma pela impossibilidade de um habeas corpus conceder direitos a coletividade, do qual denomina “indeterminadas e indetermináveis”.²⁰⁰

Além disso, expõe que para o conhecimento do habeas corpus é imprescindível o exame da possível situação de constrangimento no caso concreto, o que excluiria uma ordem coletiva desse. E que, ainda, não poderia ser concedido de forma genérica, sob pena de converter-se em súmula vinculante ou instrumento de política pública criminal.

No entanto, o Ministro Ricardo Lewandowski vai de encontro com tal raciocínio ao expor que naquela realidade não assistiria razão a PGR, uma vez que a questão da indeterminabilidade teria sido superada ao serem apresentadas informações acerca das pacientes, em forma de listas contendo nomes e dados das mulheres presas preventivamente, pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e pelas autoridades responsáveis de cada Estado.²⁰¹

Tanto é verdade, que o Ministro determinou o desmembramento do feito aos Estados que não apresentaram tais informações, sendo o novo HC tomado com o número 149.521.²⁰²

Assim sendo, o Ministro Relator entendeu não se tratar de pacientes indetermináveis e, mais do que isso, por já existir listagem das pacientes naquele caso concreto se estaria diante de situação referente a direitos individuais homogêneos. Nas palavras de Ricardo Lewandowski, *in verbis*:

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 143641. São Paulo. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Dje nº 33, publicado em 21-02-2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5183497>. Acessado em: 20 mar. 2019.

²⁰⁰ *Ibidem*.

²⁰¹ *Ibidem*.

²⁰² *Ibidem*.

Em face dessa listagem, ainda que provisória, de mulheres presas, submetidas a um sistemático descaso pelo Estado responsável por sua custódia, não se está mais diante de um grupo de pessoas indeterminadas e indetermináveis, mas em face de uma situação em que é possível discernir direitos individuais homogêneos.²⁰³

Logo, diz-se que apesar de ser impetrado em favor de uma generalidade, o habeas corpus coletivo não teria como polo pacientes indetermináveis e, sim, uma coletividade sobre a qual recaí igual situação fática e, por conseguinte, detém mesmo direito incorporado ao respectivo patrimônio jurídico individual, sendo assim, um grupo determinado e homogêneo.²⁰⁴

Nesse sentido, para Ricardo Lewandowski haveria a superação do óbice apontado pela PGR atrelado ao fundamento ao que prevê o artigo 654, parágrafo 1º. Para tanto, tem-se, ainda, como vincular caráter formal e infraconstitucional à ação constitucional e historicamente com moldes extensivos. Assim, faz-se necessário uma análise do cabimento do habeas corpus coletivo à luz da Constituição Federal.²⁰⁵

De maneira a finalizar a exposição de fundamentos relacionados a preliminar de cabimento, o Ministro ainda perfaz a situação de como seria o enfrentamento de certos temas ao não se admitir a possibilidade do habeas corpus coletivo, tem-se claro o viés de perfectibilização da garantia, em tese, do acesso à justiça e da efetividade aos direitos constitucionais.²⁰⁶

Diante do contexto exposto acima, no dia 20 de fevereiro de 2018, a Segunda Turma do STF decidiu, em votação unânime, no sentido de conhecer a ação de habeas corpus coletivo e, por maioria de votos, concedeu a ordem para determinar a substituição das penas de prisão preventiva por prisão domiciliar as mulheres presas, em âmbito de todo o território nacional²⁰⁷, sendo essa decisão considerada inédita, por ter sido o primeiro habeas corpus

²⁰³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 143641, da 2ª Turma. Relator: Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 20 fev. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>, p.5. Acesso em: 10 mar. 2019.

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵ *Ibidem*.

²⁰⁶ *Ibidem*.

²⁰⁷SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>. Acesso em: 20 mar. 2019.

coletivo reconhecido como tal pelo STF.²⁰⁸

Tem-se, ainda, que se estendeu a ordem, de ofício, às demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as limitações previstas acima.

Assim sendo, por todo exposto, vê-se que o HC 143.641 foi conhecido e teve concedida a ordem para todas as mulheres que se encontravam presas preventivamente e, concomitantemente, estavam em período de gravidez, aquelas que se encontravam em estado puerperal ou as mães com filhos cuja idade não ultrapassasse 12 (doze) anos incompletos.²⁰⁹

Nesse sentido, segundo o Ministro Ricardo Lewandowski o caso acima é configurado como sendo um direito individual homogêneo, sendo essa espécie dos direitos coletivos *lato sensu*²¹⁰. Então, tem-se um direito com a perfeita identificação dos sujeitos, cujo em seu aspecto objetivo é divisível, em que podem ser satisfeitos ou, ainda, sofre lesão de maneiras distintas, sob a perspectiva individual.²¹¹

Cabe salientar que o habeas corpus coletivo foi impetrado pelo Coletivo de Advogados em Direitos Humanos, que ao decorrer do feito tornou-se assistente da ação coletiva para dar lugar a Defensoria Pública da União, que figurou como legitimada ativa, tendo em vista a sua representatividade em âmbito nacional. Além disso, o Ministro Lewandowski deferiu, desde o início do feito, a possibilidade de ingresso de todas as Defensorias Públicas Estaduais como *amicis curiae* e advogados da causa.²¹²

Dessa maneira, em despacho do dia 26 de julho de 2017, o Ministro Ricardo

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 143641, da 2ª Turma. Relator: Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 20 fev. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>, p.5. Acesso em: 10 mar. 2019.

²⁰⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>. Acesso em: 20 mar. 2019.

²¹⁰ Art. 81, do Código de Defesa do Consumidor. “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: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 143641. *Op. cit.*

²¹² *Ibidem.*

Lewandowski determinou a expedição de ofício ao Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), para que fosse apresentado relatório da situação carcerária das presas no Brasil, respondendo as seguintes questões: a) quais mulheres são gestantes ou mães de crianças no universo das mulheres presas preventivamente, b) sobre as penitenciárias, quais unidades dispõem, na forma da lei, escolta para garantir os exames pré-natais, devido acompanhamento médico antes e após o parto, assim como, creches e berçários e em quais unidades prisionais havia superlotação carcerária.²¹³

Segundo o Ministro Ricardo Lewandowski, o relatório deveria ser realizado com a identificação das presas de maneira individualizada pelo nome, bem como, a qual unidade prisional está custodiada. Ocorre que, alguns Estados deixaram de prestar informações quanto a situação carcerária que lhe era própria.²¹⁴

Assim sendo, o Ministro Ricardo Lewandowski, aplicou por analogia ao artigo 80, do Código de Processo Penal, e decidiu pelo desmembramento do habeas corpus coletivo quanto aos Estados do Amapá, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Rondônia, Roraima, Rio Grande do Sul, Sergipe, São Paulo e Tocantins.²¹⁵

Ressalta-se que, durante a instrução do HC 143.641, quanto a generalidade das pacientes em que sobre elas recaia mesma situação fática, necessitava se demonstrar, em sendo individual, a situação carcerária em que cada uma se encontrava, ou seja, precedido coletivamente, a generalidade das pacientes durante a instrução deveria ser identificada.²¹⁶

Portanto, o desmembramento foi procedido aos Estados que não forneceram as informações e documentos que demonstravam a situação carcerária das mulheres em cada Estado. Assim sendo, a origem do habeas corpus 149.521, cuja distribuição ocorreu por prevenção ao Ministro Relator do habeas corpus 143.641.²¹⁷

²¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 149521, da 2ª Turma. Relator: Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 20 fev. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313534373&ext=.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2019.

²¹⁴ *Ibidem*.

²¹⁵ *Ibidem*.

²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 143641, da 2ª Turma. Relator: Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 20 fev. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>, p.5. Acesso em: 10 mar. 2019.

²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 149521, da 2ª Turma. Relator: Ricardo Lewandowski,

3.2. HC 148.459

A Defensoria Pública da União (DPU), no dia 27 de outubro de 2017, impetrou junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) ordem de habeas corpus coletivo em favor de “todas as pessoas que se encontram presas em estabelecimento penal federal há mais de dois anos”. O referido habeas corpus foi distribuído ao Ministro Alexandre de Moraes, integrante da Primeira Turma do STF, e tombado sob número 148.549, do Distrito Federal.²¹⁸

A ordem do pleito versava sobre os custodiados no Sistema Penitenciário Federal do Brasil, à época quatro, quais sejam a Penitenciária Federal de Catanduvas, no Paraná, a Penitenciária Federal de Campo Grande, em Mato Grosso do Sul, a Penitenciária Federal de Porto Velho, em Rondônia e a Penitenciária Federal de Mossoró, no Rio Grande do Norte.²¹⁹

A DPU partiu do pressuposto de que o sistema penitenciário federal foi instituído, nos termos da legislação ora vigente, como sendo de caráter provisório, em que a Lei 11.671/08 institui prazo de 1 (um) ano, prorrogável, por meio de ordem judicial, por mais 360 (trezentos e sessenta) dias.²²⁰

Somado a esse fundamento, expõe que as autoridades de Estados, dentre os quais cita o Rio de Janeiro, utilizam-se desses presídios federais com finalidades diversas ao fim que a referida Lei estabelece, uma vez que, segundo as autoridades, certas pessoas nos presídios estaduais significariam risco ao Estado.²²¹

Dessa maneira, estariam transferindo a custódia dos presos à União e alteram a sistemática estabelecida para o funcionamento do sistema penitenciário federal, uma vez que tais transferências são feitas de forma indefinida e por período indeterminado. Ademais, esse seria um dos motivos que atrairia a competência ao STF.²²²

Brasília, DF, 20 fev. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313534373&ext=.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2019.

²¹⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 143641, da 2ª Turma. Relator: Ricardo Lewandowski, Brasília, DF. Proferida em: 19 fev. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5276220>. Acessado em: 20 mar. 2019.

²¹⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 148459, da 1ª Turma. Relator: Alexandre de Moraes, Brasília, DF, 19 fev. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5276220>. Acessado em: 20 mar. 2019.

²²⁰ *Ibidem*.

²²¹ *Ibidem*.

²²² *Ibidem*.

Importante ressaltar que a execução penal nos Presídios Federais, instituídas pelo Decreto 6.049 de 2007²²³, possui regime disciplinar diferenciado, sendo esse com medidas mais rigorosas e restritivas do que aquelas impostas nos presídios estaduais, o que remontaria o entendimento de que os custodiados ficam submetidos a tais regras por prazo determinado.

Assim sendo, apresenta a Lei 11.671/08²²⁴, essa que dispõe sobre a transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima e destaca a previsão do artigo 10 para fundamentar a ilegalidade suportada pela generalidade de custodiados há mais de 2 (dois) anos nos presídios federais do Brasil:

Art. 10. A inclusão de preso em estabelecimento penal federal de segurança máxima será excepcional e por prazo determinado.
§ 1º O período de permanência não poderá ser superior a 360 (trezentos e sessenta) dias, renovável, excepcionalmente, quando solicitado motivadamente pelo juízo de origem, observados os requisitos da transferência.

Em análise do pedido da medida liminar, o Ministro Relator Alexandre de Moraes indeferiu a tutela de urgência e intimou a impetrante para: a) apontar todas as autoridades coatoras em cada um dos casos e b) identificar cada paciente dentro da generalidade pretendida favorecer. O referido Ministro afirmou, ainda, ser a jurisprudência da Suprema Corte a identificação individualizada dos pacientes.²²⁵

Em atenção a referida decisão, a defesa apresentou uma lista de pacientes custodiados no universo das Penitenciárias Federais e que, concomitantemente, fossem assistidos da instituição. Ademais, apontou o tempo que esses estavam custodiados ali, todos em período superior a 720 (setecentos e vinte) dias e quais desses já tiveram pleitos apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e quais não tiveram.²²⁶

Diante de todo o exposto, no dia 19 de fevereiro de 2018, o Ministro Alexandre de

²²³ BRASIL. **Decreto Nº 6.049**. Promulgado em 27 de fevereiro de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2007/decreto/d6049.htm. Acesso em: 20 mar. 2019.

²²⁴BRASIL. Lei 11.671. Proferida em 8 de maio de 2008. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2008/Lei/L11671.htm. Acesso em 20 mar. 2019.

²²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 148459, da 1ª Turma. Relator: Alexandre de Moraes, Brasília, DF, 19 fev. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5276220>. Acessado em: 20 mar. 2019.

²²⁶ Ibidem.

Moraes, em sede de decisão monocrática, negou seguimento ao habeas corpus coletivo com os argumentos de que não existia a ilegalidade genérica apontada e, ainda, que o habeas corpus careceu de indicação individualizada do específico constrangimento ilegal a que cada um dos pacientes estaria submetido.²²⁷

Isto é, com base nesse entendimento, o Ministro Alexandre de Moraes revela uma perspectiva individualista ao processo, ainda que no decorrer dos atos processuais tenham sido apresentados individualmente os nomes dos pacientes submetidos todos a idêntica situação fático-jurídica. Ressalta-se que a impetração coletiva é útil para situações com pacientes já identificados, ainda que em grande número.²²⁸

Assim sendo, no contexto da Primeira Turma do STF, é possível constatar entendimento em desfavor ao habeas corpus coletivo, uma vez que pela decisão monocrática do Ministro Alexandre de Moraes se depreende necessária a indicação de maneira individualizada do específico constrangimento ilegal sofrido pelos pacientes.²²⁹

Ora, pois, em julgamento virtual, de 22 de fevereiro de 2019 a 28 de fevereiro de 2019, a Primeira Turma, em maioria de votos, negou provimento ao agravo regimental interposto pela defesa e, por conseguinte, manteve o entendimento do Ministro Relator do habeas corpus 148.459, qual seja Alexandre de Moraes, sendo vencido o Ministro Marco Aurélio.²³⁰

O entendimento delineado pelo Ministro Relator foi no sentido de que o pedido da impetrante teria que ser objeto de uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI) ou arguição descumprimento de prefeito fundamental (ADPF), em que, segundo ele, a defesa pretendia conceder uma interpretação conforme a Constituição em relação a Lei 11.671/2008 ao pugnar genericamente uma inconstitucionalidade.²³¹

Destaca que, aos habeas corpus faz-se necessária a demonstração de constrangimento ilegal que implique coação ou ameaça direta de coação à liberdade de locomoção,

²²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 148459, da 1ª Turma. Relator: Alexandre de Moraes, Brasília, DF, 19 fev. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5276220>. Acessado em: 20 mar. 2019.

²²⁸ *Ibidem*.

²²⁹ *Ibidem*.

²³⁰ *Ibidem*.

²³¹ *Ibidem*.

evidenciado de maneira individual a cada um dos pacientes listados pela DPU. Assim, o Ministro Alexandre de Moraes continua afirmando que não há constrangimento ilegal genérico e coletivo.²³²

Ainda, cita que não houve a identificação específica de cada autoridade coatora, que essa indicação seria imprescindível para fixar a competência do STF.

O voto do Ministro deixa claro que, segundo entendimento extraído do artigo 654, do Código de Processo Penal, o habeas corpus em sua petição inicial conterá o nome da pessoa que sofre ou está na iminência de sofrer violência ou coação, assim como o de quem exerce essa violência, coação ou ameaça e a declaração da espécie de constrangimento ilegal ao direito de locomoção, ou em caso de simples ameaça de coação, as razões em que se funda o seu temor.²³³

Neste momento, o voto conta com um comentário anotado referente ao artigo 654, do Código de Processo Penal, tem-se que, segundo entendimento de Eduardo Espínola Filho quando houver pluralidade de pacientes no habeas corpus, todos eles devem ser elencados e que, ainda, não existe tolerância para generalizações. O autor continua ao afirmar que a petição deve conter todos os requisitos de uma exposição suficientemente clara, com explanação e narração sobre violência, suas causas, sua ilegalidade.²³⁴

Ademais, o Ministro ressaltou que a decisão pretendida pela instituição DPU teria efeitos *erga omnes* e vinculantes, o que faria toda e qualquer decisão judicial que transfere os presos aos Presídios Federais, já proferidas ou que ainda vão ser, configuradas como sendo um constrangimento ilegal, sem análise de sua necessidade, motivação e razoabilidade apontada pelo respectivo juiz natural da causa.²³⁵

Ao decorrer da decisão monocrática, o Ministro Alexandre de Moraes,

²³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 148459, da 1ª Turma. Relator: Alexandre de Moraes, Brasília, DF, 19 fev. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5276220>. Acessado em: 20 mar. 2019.

²³³ *Ibidem*.

²³⁴ HC 148459, Relator: Min. Alexandre de Moraes, julgado em 19 fev. 2018, publicado em DJe-031 publicado em 21 fev. 2018, p. 5 APUD ESPINDULA, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado**. Atualizadores: José Geraldo da Silva e Wilson Lavorenti. Campinas: Bookseller, 2000, p. 275.

²³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 148459, da 1ª Turma. Relator: Alexandre de Moraes, Brasília, DF, 19 fev. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5276220>. Acessado em: 20 mar. 2019.

expressamente se refere que o habeas corpus não poderia ser conhecido, uma vez que segundo narra, novamente, não houve a suficiente demonstração individualizada do constrangimento ilegal passível de questionamento perante a Suprema Corte, nos termos do artigo 102, da Constituição Federal. E, de novo, cita que o caso exposto seria objeto de ações típicas do controle concentrado.²³⁶

Aduz, ainda, outros fundamentos referentes ao direito material ora pleiteado pela defesa, quanto a liberdade de ir e vir e sua relativização, quando das previsões normativas. Discorre sobre as finalidades das penas privativas de liberdade, o sistema disciplinar penitenciário isonômico e proporcional a todos e sobre sociedade e a criminologia, argumentos esses que não serão detalhados por não ser do enfoque da pesquisa.²³⁷

Assim sendo, demonstra o entendimento proferido pelo Ministro Alexandre de Moraes, que por essas razões posicionou pelo não seguimento do habeas corpus coletivo 148.459, do Distrito Federal.²³⁸

²³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 148459, da 1ª Turma. Relator: Alexandre de Moraes, Brasília, DF, 19 fev. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5276220>. Acessado em: 20 mar. 2019.

²³⁷ *Ibidem*.

²³⁸ *Ibidem*.

CONCLUSÃO

O habeas corpus, sendo uma ação constitucional, instituto libertário, democrático e caro a um Estado Democrático de Direito invoca para si a fundamentalidade de ser instrumento que promova justiça ao caso concreto, de maneira a sanar as coações ilegais que atingirem as liberdades dos indivíduos.

Importante ressaltar o caráter histórico e heróico do instituto, vez que esse é o remédio constitucional mais antigo presente nos ordenamentos jurídicos já conhecidos, a saber, a concepção do instituto se da no Direito romano, à época o Interdito de Homine Libero Exhiendo²³⁹ e sua presença, já como habeas corpus, na Magna Carta inglesa de 1215²⁴⁰.

Ademais, a evolução e integração da ação aos demais sistemas jurídicos representam um verdadeiro marco democrático a cada ordenamento, tendo em vista à proteção a liberdade individual em face de poder estatal absoluto.

Assim sendo, até os dias atuais, tem-se que o habeas corpus é um instrumento processual caro aos cidadãos, cuja natureza jurídica é de remédio constitucional com caráter assecuratório, haja vista garantir a liberdade de locomoção, ou seja, o ir, vir e ficar de todo e qualquer indivíduo, como direito fundamental, ora tutelado no artigo 5º, inciso LXVIII da Constituição Federal de 1988.

Ainda, é assegurado no âmbito internacional, como no artigo 8º, da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e na legislação infraconstitucional brasileira, nos termos do Código de Processo Penal de 1941 em seu artigo 647 e seguintes.

Por assim dizer, faz-se necessário destaque ao mencionado Código de Processo Penal, sendo a legislação infraconstitucional ora vigente um dos principais argumentos

²³⁹PINTO FERREIRA, Luís. **Teoria e prática do habeas corpus**. Capítulo histórico do habeas corpus. São Paulo: Saraiva, 1979.

²⁴⁰SABINO JÚNIOR, Vicente. **O habeas corpus e a liberdade pessoal**. São Paulo: RT, 1964, p. 20, “Dispunha a Magna Carta, em seu art. 48: ‘Ninguém poderá ser detido, prêso ou despojado de seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de julgamento de seus pares, segundo as leis do país’. Segundo consta do texto da Magna Carta: ‘Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur, aut disseisietur, aut ultragetur, aut exuletur, aut aliquo modo destratur de aliquo libero tenemento suo, vel libertatibus, vel liberis consuetudinibus suis, nec super eum in carcerem mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terae. Nulli vendemus, nulli negabimus, aut differemus rectum aut iustitiam.’”

utilizados por aqueles que entendem que a ordem jurídica brasileira não admite o instituto do habeas corpus coletivo. Ora, pois, dispõe o artigo 654, do Código de Processo Penal que a petição inicial conterà o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação, assim como o de quem exerce essa violência, coação ou ameaça e a declaração da espécie de constrangimento ilegal ao direito de locomoção, ou em caso de simples ameaça de coação, as razões em que se funda o seu temor.

No entanto, a presente pesquisa conclui que parece desarrazoado limitar a existência de um instituto que tem alto potencial de utilização e, por conseguinte, perspectivas positivas quanto ao seu resultado na sociedade brasileira, ideia essa que será embasada pelos fundamentos jurídicos que serão aduzidos a seguir.

É de conhecimento geral, daqueles a que parece possível o conhecimento do habeas corpus coletivo e aos que não entendem assim, que segundo consta do supracitado artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal, não existe qualquer menção quanto ao polo passivo da demanda. Melhor ainda, não existe nenhuma ressalva no que diz respeito ao *writ* ser impetrado por um indivíduo ou por uma coletividade.

Logo, em primeiro plano, faz-se necessária uma leitura constitucional do procedimento da referida ação, em uma perspectiva neoconstitucionalista e pós-positivista em que, segundo Ricardo Soares a crise do positivismo jurídico ensejou o movimento pós-positivista em que se superou o reducionismo do Direito a um sistema formal e fechado.²⁴¹

Ademais, pode-se citar a inconstitucionalidade em concreto de uma norma que, ao ser aplicada ao caso prático, não estaria em consonância com a Constituição Federal. Ora, pois, segundo a Constituição se vê possível o cabimento do habeas corpus coletivo, premissa essa que não poderia ser ofendida pela norma infraconstitucional supramencionada.

Especialmente, tem-se que a controvérsia se da em torno de um instrumento passível de tutelar direito fundamental, direito esse que quando ferido ofende diretamente as normas constitucionais. Sendo assim, o habeas corpus é mecanismo deveras capacitado, cuja finalidade é de resguardar a própria Constituição Federal da República e, por conseguinte,

²⁴¹SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Reflexões sobre o Pós-Positivismo Jurídico. Revista Formandos Direito.** Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA. – Vol. 7, n.11 (jul/dez. 2007), Salvador: UFBA, p. 226.

todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Tem-se como primordial manter o caráter pretendido pela Constituição, esse que reflete todo o contexto histórico a qual o habeas corpus encontra-se inserido, de instrumento processual, qual seja, uma garantia fundamental individual e coletiva, que se presta para viabilizar direitos fundamentais individuais e coletivos, nos exatos termos da Constituição Federal.

Diante de tal perspectiva, aclamada pelos tempos atuais em que se insere, é possível a impetração coletiva do habeas corpus.

Outro ponto a ser destacado é que a Corte Interamericana de Direitos Humanos sustenta a existência e a prática de inovações de mecanismos judiciais aptos a tutelar os direitos protegidos pelo Pacto de São José da Costa Rica, Convenção ora vigente no Brasil. De modo que, quando a sociedade demandar necessidades concretas quanto aos seus direitos fundamentais, deve, por conseguinte, se ter novas medidas judiciais cabíveis.

Ressalta-se a percepção de que a cada ofensa a direito fundamental seja garantida por instrumento judicial apto, ou seja, “simples, rápido e efetivo”²⁴², assim sendo, suficiente a enfrentar a violação suportada. Ademais, tem-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos apresenta um parâmetro de que lesões coletivas à liberdade fazem serem cabíveis as tutelas coletivas.

Em segunda análise, faz-se necessário ressaltar a plasticidade do habeas corpus amplamente pontuada em sua análise histórica, verificada desde o “Império do Brasil”, época essa em que já havia consolidado o entendimento da maleabilidade do habeas corpus, que não poderia contar com normas jurídicas rígidas e sem espaço para as particularidades, uma vez se tratar da tutela a liberdade.

Nesse passo, à época já não se via impasses que estreitassem o instrumento e sua aplicação, sendo atendida primordialmente a sua finalidade. Assim sendo, não se vê possível a fixação de parâmetros tão rígidos e inflexíveis, de modo a exigir os mesmos requisitos presentes na legislação desde o Código de Processo Criminal de 1832, qual seja o nome do

²⁴²Vide artigo 25. BRASIL. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Promulgado no Brasil em 6 de novembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 20 mar. 2019.

paciente.

Em terceira análise, deve se interpretar o habeas corpus nos moldes do processo coletivo, juntamente com todo o seu contexto de ultrapassar o consenso popular e inepto das demandas judiciais como sendo individualista e privatistas. Esse conceito já não mais se fundamenta na ordem jurídica, em uma ótica transindividual do Direito.

Nesse sentido, segundo Fredie Didier e Hermes Jr., a finalidade do processo coletivo é a promoção da garantia do acesso à justiça, a denominada “segunda onda de acesso à Justiça” por Mauro Cappelletti e, de igual maneira, a garantia da existência de economia e celeridade processual.²⁴³

Importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, que é a Corte Constitucional do país, chegou a julgar mais de 120.000 (cento e vinte mil) processos no ano de 2017²⁴⁴, número esse demasiadamente desproporcional se comparado com outras Cortes Constitucionais internacionais. Dessa maneira, a tutela coletiva seria meio capaz de promover benefícios mais rápidos e abrangentes, tanto para o Tribunal, quanto aos interessados.

Ademais, recaem sobre a tutela coletiva princípios que lhes são próprios, cujos quais abraçam por completo a possibilidade do cabimento habeas corpus coletivo na e fundamenta a existência do instituto na ordem jurídica pátria.

Nesse sentido, pode-se falar no princípio da não-taxatividade das ações coletivas, que aceita a defesa dos direitos e interesses coletivos *lato sensu*, por qualquer que seja o meio judicial eleito, “sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”²⁴⁵.

Fortemente ligado a essa sistemática coletiva, encontra-se o direito fundamental do acesso à Justiça, vide artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Ora, pois, admitir o uso de instrumentos coletivos, quando cabível, significa dar efetividade ao referido direito, é o que destaca a majoritária doutrina. Somado a isso, encontra-se a ideia da hipossuficiência

²⁴³ DIDIER, Fredie; ZANETTI, Hermes. **Curso de direito processual civil: Processo Coletivo**, v. 4: processo coletivo. 8. ed. Bahia: JusPODIVM, 2010, p.24.

²⁴⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Estatística, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=estatistica>. Acesso em 22 mar. 2019

²⁴⁵ Vide artigo 83, BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Promulgada em 3 de outubro de 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acessado em: 20 mar. 2019.

diretamente relacionada com os números de acesso à justiça, é o que concluiu a pesquisa do CNJ.²⁴⁶

Em se tratando de remédio constitucional cuja matéria de fundo versa sobre a seara penal, tem-se, ainda, que aos hipossuficientes em diversas vezes sequer é dada a ciência e a ideia de violação de seus direitos fundamentais, estando esses a mercê da custódia do Estado, cujo sistema prisional não consegue comandar.

Assim, se conclui que o habeas corpus coletivo pode significar a própria democratização do Poder Judiciário e o início do caminho para o fim de diversas ilegalidades flagrantes suportadas pelos cidadãos brasileiros.

Em outra perspectiva, faz-se necessário o devido discernimento do Poder Judiciário e sua função atual em resolução de controvérsias, pensada, também, naqueles sujeitos de direito que não detêm condições de comparecer pessoalmente para pleitear seus direitos, seja por condições econômicas e, ou, culturais. Aqui, se pode citar a conformação dada às ações coletivas pela Constituição Federal como direito fundamental, na inteligência dos artigos 5º, incisos XXXV, LXX, LXXIII e 129, inciso III²⁴⁷.

Assim sendo, a tomada de consciência, também, faz-se necessária para que sejam estabelecidas possibilidades de soluções para a solução de conflitos de maneira tempestiva, não se deixando afetar a morosidade do Poder Judiciário ante a violação dos direitos fundamentais. Bem assim, a doutrina sabe muito bem o quão prejudicial é uma justiça tardia que prejudica direitos e garantias, sendo, esse tipo de justiça, em verdade, uma negação do

²⁴⁶ BRASIL. **Panorama do acesso à Justiça no Brasil**. Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Brasília, jul. 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/69f08fa6be2b411e6566b84bdc1d4b5a.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2019.

²⁴⁷ Vide art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados; LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: 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;

próprio direito.²⁴⁸

Desse modo, se infere que deve ser superado o prisma individualista do habeas corpus por meio de uma leitura constitucional e sistêmica, sendo assim, possível o cabimento do habeas corpus coletivo, a, respeitando o direito fundamental que predominaria sobre a formalidade. Tem-se como certo que, a admissibilidade do habeas corpus coletivo pelo ordenamento jurídico brasileiro, por meio de interpretação à luz da dogmática constitucional, significa a continua evolução histórico de mais um capítulo da democracia da sociedade brasileira, que se reflete diretamente nos contornos do remédio constitucional.

²⁴⁸ TORRES, Jasson Ayres. **O Acesso à Justiça e Soluções Alternativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. pp. 40-49.

REFERÊNCIAS

- ASSAGRA DE ALMEIDA, Gregório. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: Um novo ramo do direito processual*. Editora Saraiva, São Paulo, 2003
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023: Informação e documentação – Referências - Elaboração**. Rio de Janeiro: ABNT, 2000.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6024: Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação**. Rio de Janeiro: ABNT, 2000.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 10520: Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação**. Rio de Janeiro: ABNT, 2002.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 14724: Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação**. Rio de Janeiro: ABNT, 2011.
- ARENHART, Sergio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BANDEIRA, Antonio Manoel. **A Carta Magna – Conceituação e antecedentes**. <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182020/000113791.pdf>
- BRASIL. **Código de Processo Criminal**. Promulgado em 29 de novembro de 1832.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**. Promulgado em 3 de outubro de 1941. Brasília: DF, Senado, 1941.
- BRASIL. **Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.
- BRASIL. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Promulgado no Brasil em 6 de novembro de 1992.
- BRASIL. **Decreto 23 de maio de 1821**. Promulgado em 23 de maio de 1821.
- BRASIL. **Panorama do acesso à Justiça no Brasil**. Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Brasília, jul. 2011.
- BRASIL. Procuradoria Geral da República. **Parecer nº 29570**. Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques. Brasília, DF, 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 143522**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 143641**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 2017.

BRASIL. **Lei do mandado de injunção e o mandado de injunção coletivo**. Brasília: DF, Senado, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI nº 20**. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal do Pleno. Brasília, DF, 1994.

BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo. V.4, 7. Ed., Salvador: JusPodivm, 2012.**

JR. CRETELLA, José. **Os writs na Constituição de 1988. Mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data e ação popular**. São Paulo: Forense, 1989, p. 1.

MASSAÚ, Guilherme Camargo. **A História do Habeas Corpus no Direito Brasileiro e Português**. Revista *Ágora*, Vitória/ES, nº. 7, 2008.

MIRANDA, Pontes de Miranda. **História e Prática do Habeas Corpus**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1951.

MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas corpus**. Tomo II, 7. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.65. In: JOSÉ AFONSO DA SILVA p. 411

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v.1, p. 29.

PASSOS, J. J. Camon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e habeas data**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p.7.

PIMENTA, José Roberto Freire. **A Tutela Metaindividual dos Direitos Trabalhistas: uma Exigência Constitucional. Tutela Metaindividual Trabalhista. A defesa coletiva dos Direitos dos Trabalhadores em Juízo**. 2009, Páginas 9 a 50. Material de Aula 1 da Disciplina: Tutela Coletiva e Processo do Trabalho, ministrada no Curso de Pós-Graduação Televirtual de Direito e Processo do Trabalho. Anhanguera- Uniderp/ Rede LFG, 2011.

PINTO FERREIRA, Luís. **Teoria e prática do habeas corpus**. São Paulo: Saraiva, 1979

POUND, Roscoe. **Desenvolvimento das garantias constitucionais da liberdade**. Trad. E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1965.

SABINO JÚNIOR, Vicente. **O habeas corpus e a liberdade pessoal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SIDOU, J.M. Othon. **Habeas data, Mandado de Injunção, Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Ação Popular**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Reflexões sobre o Pós-Positivismo Jurídico**. **Revista Formandos Direito**. Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA. – Vol. 7, n.11 (jul/dez. 2007), Salvador: UFBA, p. 226.

TORRES, Jasson Ayres. **O Acesso à Justiça e Soluções Alternativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ZAVASKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Trad. António Cabral de Moncada. 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1971.