

# HABEAS CORPUS COLETIVO: PONDERAÇÃO, ARGUMENTAÇÃO E ADMISSIBILIDADE

Vidal Serrano Nunes Júnior\*

Fernando Cerqueira Cardoso\*\*

Resumo: Reconhecida a insuficiência protetiva do Estado Liberal Absenteísta e do Estado Social Intervencionista, o Estado Democrático Social de Direito, impulsionado pelos fluxos neoconstitucionalistas da teoria dos princípios, surge com a missão de efetivar os direitos declarados, garantindo a aplicação daqueles que, embora implícitos, também reclamam a salvaguarda estatal. Para a consolidação do ideário, capaz de conjugar direitos liberais, sociais e solidários numa sociedade plural e massificada como a pós-moderna, a função jurisdicional foi especialmente fortalecida, porquanto, embora não lhe caiba a inventividade legislativa, deve incumbir-se da aplicação efetiva da lei no caso concreto. Para que isto ocorra, isto é, para que o conteúdo jurídico-político do Estado Brasileiro, consistente em valores de liberdade e igualdade, seja distribuído para a sociedade como um todo, indispensável é dispor de instrumentos processuais coletivos, aptos a vindicar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Não obstante a inexistência de regramento específico, o

---

\* Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1988), obteve os títulos de Mestre (1995), Doutor (2000) e Livre-docente (2008) em Direito pela mesma Universidade. É professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da PUC-SP. Exerce a função de Diretor da Faculdade de Direito da PUC-SP. É ainda Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.

\*\* Professor de Direito Constitucional, Direito Processual Constitucional e Teoria Geral do Estado no curso de Direito do Centro Universitário Adventista de São Paulo - UNASP. Doutorando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Metodista de Piracicaba, São Paulo. Especialista em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado.

habeas corpus coletivo tem sido utilizado como um dos instrumentos destinados ao cumprimento deste propósito, daí a necessidade de identificar, mediante ponderação, os fundamentos que legitimam o ingresso do instituto na ordem jurídica pátria.

Palavras-Chave: direitos fundamentais – tutela jurisdicional efetiva – tutela coletiva de direitos – direitos individuais homogêneos – habeas corpus coletivo – colisão de direitos fundamentais – ponderação

Abstract: Recognized the insufficiency of the Absentee Liberal State and the Interventional Social State, the Social Democratic State of Law, driven by the neoconstitutionalist flows of the theory of principles, appears with the mission of realizing the declared rights, guaranteeing the application of those that, although implicit, also demand state safeguard. For the consolidation of ideas, capable of combining liberal, social and solidary rights in a plural and massified society, the jurisdictional function has been especially strengthened, because, although it does not fit the legislative inventiveness, it must take care of the effective application of the law in the specific case. For this to happen, that is, for the legal-political content of the Brazilian State, consisting of values of freedom and equality, to be distributed to society as a whole, it is essential to have collective procedural instruments, able to vindicate the objective dimension fundamental rights. Notwithstanding the lack of specific rules, the collective habeas corpus has been used as one of the instruments intended to fulfill this purpose, hence the need to identify, by weight, the grounds that legitimize the entry of collective writ in the national legal order.

Keywords: fundamental rights – effective jurisdictional protection – collective rights protection – homogeneous individual rights – habeas corpus coletivo – fundamental rights collision -

weighting

## INTRODUÇÃO



Estado Democrático Social de Direito, consolidado no país a partir dos ciclos de redemocratização das décadas de 40 e 80 do século XX, trouxe à ordem jurídica a compreensão de que o direito não se restringe à lei, antes, frente o ineditismo e dinâmica da convivência humana, sua aplicação demanda contínuo exercício hermenêutico. Reconhecida a insuficiência protetiva do Estado Liberal Absenteísta e do Estado Social Intervencionista, o Estado Democrático Social de Direito, impulsionado pelos fluxos neoconstitucionalistas da teoria dos princípios, surge com a missão de efetivar os direitos declarados, garantindo a aplicação daqueles que, embora implícitos, também reclamam a salvaguarda estatal.

Para a consolidação do ideário, capaz de conjugar direitos liberais, sociais e solidários numa sociedade plural e massificada como a pós-moderna, a função jurisdicional foi especialmente fortalecida, porquanto, embora não lhe caiba a inventividade legislativa, deve incumbir-se da aplicação efetiva da lei no caso concreto. Para que isto ocorra, isto é, para que o conteúdo jurídico-político do Estado Brasileiro, consistente em valores de liberdade e igualdade, seja distribuído para a sociedade como um todo, indispensável é dispor de instrumentos processuais coletivos, aptos a vindicar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

A influência neoconstitucionalista e o reconhecimento da terceira dimensão de direitos contribuíram em grande medida para a paulatina materialização da proposta, pois, sob seu suporte técnico-normativo, inseriram na ordem jurídica, inclusive a brasileira, tanto a tutela de direitos difusos e coletivos, quanto a tutela coletiva de direitos, customizada para o trato de direitos

subjetivos, os chamados direitos individuais homogêneos. Ante a possibilidade, especialmente franqueada em seara pátria pelo diploma consumerista, se passou a examinar, sob a modalidade coletiva, a aplicação de institutos tradicionalmente individuais, como o mandado de segurança, o mandado de injunção e o habeas corpus.

Dentre estes, especial cognição recai sobre o habeas corpus, pois, para seu manejo, o intérprete não dispõe de específica disciplina legal. A fissura, considerada omissão legislativa por muitos, pode representar empecilho à prestação jurisdicional efetiva, sobretudo de grupos hipossuficientes. Porém, o contrário, consistente no manejo do instrumento, talvez atente contra a segurança jurídica, amparada por pressupostos de legalidade. Diante de um quadro como este, que aparentemente promove embate entre direitos fundamentais, a jurisprudência brasileira habituou-se a prolatar decisões sob amparo da técnica originada no Tribunal Constitucional Federal Alemão, largamente disseminada e aperfeiçoada, sob os termos de ponderação ou sopesamento, pelo jurista Robert Alexy (1997).

Para compor raciocínio propositivo, apto a lançar possibilidades resolutivas sobre a problemática, este artigo, formalmente dividido em três partes, fundou-se nas seguintes ordens investigativas: i) tutela coletiva e a função jurisdicional do Estado na contemporaneidade; ii) tutela da liberdade no microsistema coletivo brasileiro; e iii) habeas corpus coletivo e tutela dos direitos fundamentais. A pesquisa, amparada por farto material doutrinário e estudo da jurisprudência latino-americana, metodologicamente, aplicou raciocínio dedutivo, quando da apreciação das normas constitucionais; e raciocínio indutivo, quando da apuração de casos concretos.

Mais recentemente, com a admissão do habeas corpus coletivo pelo Supremo Tribunal Federal em caso emblemático (STF, HC n. 143.641, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Data do Julgamento: 20/02/2018, Data de

Publicação: DJe 22/02/2018), a matéria recebeu especial evidência, dada a necessidade de bem sopesar os argumentos expostos pela Corte Constitucional. Nesta quadra, sob a qual projeta-se o lastro lógico-normativo do Estado Democrático Social de Direito, não se considera apenas a admissibilidade propriamente dita do instituto coletivo, mas a cogente incidência de técnica interpretativa organizada e referenciada, apta a promover o controle intersubjetivo da prestação jurisdicional pelos cidadãos, legítimos detentores do poder soberano.

## 1. TUTELA COLETIVA E A FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO NA CONTEMPORANEIDADE

### 1.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS AÇÕES COLETIVAS

Um olhar desavisado sobre a matéria faz supor que as ações coletivas são um fenômeno contemporâneo, estritamente lastreado pelos movimentos de massa que emergiram a partir do século XVIII. Porém, revelam os estudiosos, que mesmo na antiguidade é possível identificar registros históricos da defesa de direitos metaindividuais. Em Roma, por exemplo, sob o império da *res publica*, mesmo as iniciativas individuais tinham alcance coletivo (Del Gaizo, 2015, p. 02; Silva, 1968, p. 16).

Dada a pulverização do poder que caracterizou o período medieval, com a conseqüente fragilização de uma consciência estável de classe, iniciativas da espécie foram em muito mitigadas. Porém, já na transição para a Idade Moderna, com o declínio do feudalismo e ascensão de monarquia absolutista patrocinada por capital burguês, o ideário é paulatinamente retomado, porquanto, a nova estruturação social, que demandava concentração de força de trabalho, atraiu multidões para os centros urbanos (Del Gaizo, 2015, p. 12).

É certo que, inicialmente, dado o individualismo radical que assentou as bases do Estado Liberal, a consciência de classe

ou grupo não recebeu estímulo, redundando na expressiva diminuição do ajuizamento de ações coletivas. Contudo, séculos mais tarde, os mesmos pressupostos individualistas incutidos no pensamento da época implicaram na apreciação de elementos que outrora não eram objeto de análise, como a representação do autor coletivo mediante consentimento dos representados e a suficiência da identificação dos interesses do autor com os interesses dos integrantes da classe, prescindindo-se de consentimento customizado (Leal, 1998, p. 29). Este panorama ensejou a retomada de reflexões sobre o conceito de classe, pressuposto indispensável ao estudo das ações coletivas (Del Gaizo, 2015, p. 14 - 15).

A centelha filosófica e sociológica foi especialmente alimentada pelas revoluções de massas que vieram na sequência, pois, enquanto as inovações da indústria inglesa ditavam novos termos para a economia (Revolução Industrial, 1780), da França emergiu o discurso político-ideológico que alcançou o mundo (Revolução Francesa, 1789). O abuso da força de trabalho nas indústrias compôs ambiente propício para o desenvolvimento da consciência de classe, sobretudo operária, ao passo que os privilégios conferidos a alguns poucos, igualmente sustentados pela classe trabalhadora, consolidou o dogma de que o poder nasce e se legitima a partir do povo, devendo todos os homens ser livres e iguais (Comparato, 2004, p. 51; Amaral, 2012, p.1303).

Especialmente a partir deste trecho histórico, a família deixou de ser o único grupo posicionado entre o indivíduo e o Estado (Mazzei, 2006, p. 264), pois, com o objetivo de vindicar melhores condições de trabalho e remuneração, surgem corpos intermediários, entes representativos dos quais pulsa a consciência de classe, fator determinante para a evolução da tutela dos direitos metaindividuais (Del Gaizo, 2015, p. 18).

A coletivização material passou a demandar coletivização processual, porquanto os regimes processuais vigentes, marcadamente individualistas (fases sincrética e autonomista), não

dispunham de mecanismos capazes de atender os novos reclamos sociais. Aos poucos, a taxatividade ritual cedeu passagem a prestação jurisdicional adequada, mais condizente com a flexibilidade exigida no trato de demandas coletivas (fase instrumentalista) - (Mazzei, 2006, p. 265).

No trânsito entre os séculos XIX e XX, eventos de ampla repercussão, a exemplo das guerras mundiais, potencializaram a consciência de classe inculcada na sociedade de massa, pois as mazelas que lhes foram imputadas careciam da intervenção estatal. A configuração liberal não supria estas necessidades, o que ensejou a constituição do Estado Social de Direito ou Estado do Bem-Estar Social, mormente concentrado em temáticas trabalhistas e previdenciárias (Mazzei, 2006, p. 264). Em igual medida, esta urgência por atender aos reclamos da sociedade, também trouxe à baila questões relacionadas aos direitos humanos, meio ambiente e patrimônio cultural, terreno fértil para o despertar dos direitos difusos (Del Gaizo, 2015, p. 22).

Desencadeou-se, a partir daí, o chamado “movimento de acesso à justiça”, que sobretudo na década de 70, sob a batuta do jurista italiano Mauro Capelletti, popularizou a ideia de três ondas renovatórias de acesso à justiça: i. garantia de assistência judiciária aos hipossuficientes; ii. garantia de representação do agente coletivo em juízo; e iii. desenvolvimento de técnicas adequadas à tutela dos direitos coletivos e difusos (Cappelletti et al., 1988, p. 31 - 74; Cintra et al. 2003, p. 43).

Desta busca por representatividade e desenvolvimento de técnicas coletivas, a proposta de completude, própria dos diplomatas oitocentistas, é colocada em xeque. Leis extravagantes, destinadas à regulação de relações específicas e regidas por princípios próprios emergem da ordem jurídica com o objetivo de minimizar os efeitos da dissonância entre a lei e a realidade social. São os chamados microssistemas (Mazzei, 2006, p. 266 - 267).

No Brasil, as feições do ideário são inicialmente

materializadas a partir da Lei n. 4.717/65 (ação popular) e da Lei n. 7347/85 (ação civil pública), porém, é apenas com a promulgação da Lei n. 8.078/90, que define e estabelece distinção entre interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, que o modelo, outrora calcado apenas na tutela de direitos coletivos, é especialmente potencializado com a possibilidade de tutela coletiva de direitos, inclusive passíveis de determinação e divisibilidade – posição que segue em eco pacífico no processo evolutivo da matéria (Araújo Filho, 2002, p. 363).

## 1.2. A TUTELA COLETIVA NO CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO BRASILEIRO

A organização da sociedade política sob a forma de um Estado Democrático de Direito convoca os cidadãos para o exercício da democracia participativa. É um indicativo de que o poder soberano não decorre da vontade imposta de um indivíduo ou de um grupo oligárquico, mas da vontade geral do povo, único capaz de conferir legitimidade e legalidade ao exercício da administração pública – poder legítimo é o poder consentido (Dallari, 2017, p. 53).

Esta vontade geral, ainda que fundada em balizas que sugerem transcendência, está sujeita a constante amoldamento, evidência de que o Estado, sociedade política organizada, não está fadado a determinismos, podendo de forma finalística e intencional, perscrutar e concretizar os interesses da coletividade que o legitima (Gurvitch, 1968, p. 27).

Sob esta lógica, o Estado de Direito do século XVIII, imerso no liberalismo político burguês, evoluiu para o Estado Democrático de Direito, e desta evolução, dois postulados firmaram-se com expressivo vigor: i. a equiparação normativa de princípios e regras; e ii. o compromisso com a efetivação dos direitos fundamentais, individuais e sociais, declarados nos séculos anteriores (Kim, 2013, p. 33).



O exercício do Estado Democrático de Direito, levado a cabo, neste caso, pelo Estado Brasileiro, ocorre por intermédio de uma democracia semidireta ou participativa, na qual se vislumbram manifestações diretas e representativas do poder popular soberano (Silva, 2001, 149 – 150). Na mesma medida, a luz do pluralismo partidário, fundamento da República (art. 1º, V, CF), estimula-se a participação dos corpos intermediários, agremiações alocadas entre o indivíduo e o Estado que bem podem traduzir a inclinação coletiva para a autoridade estatal (Grinover, 2000, p. 09 – 10). Intenciona-se, com isso, fazer com que o povo, legítimo titular do poder, promova a efetivação dos seus direitos, delineando, a cada novo traço circunstancial, o Estado Adequado, modelo apto a atender as contingências de cada momento.

É sob este panorama, representativo de direitos individuais e sociais, próprio de uma sociedade de cultura massificada e urbanizada, que se demanda a participação coletiva, inclusive em juízo, dos mais diversos segmentos da sociedade, divisíveis e indivisíveis (Pupin, 2012, p. 81). Isso significa que a execução do conteúdo jurídico-político do Estado Democrático de Direito, fundado em princípios de liberdade, igualdade e solidariedade, é passível de controle racional, técnico e empírico (Kim, 2018, 745). Sendo a tutela coletiva um dos instrumentos disponíveis para a proteção do ideário, mormente concentrado na efetividade, ainda que latente, dos direitos e garantias fundamentais.

A resistência de alguns juristas ao novo modelo processual, livre das amarras individualistas, redundou na promulgação do Código de Processo Civil de 1973, diploma que já nasceu velho. À época foram apontados óbices intransponíveis, sobretudo no que toca a coisa julgada, o que impediu a promulgação de codificação adequada (Roque, 2019, p. 42).

Felizmente, o período de redemocratização experimentado pelo país na década de 80 e a consagração do Estado Democrático Social de Direito pela Constituição de 1988, trouxe

ares mais favoráveis ao estudo e implementação da tutela coletiva, contribuindo com o desenvolvimento dos direitos coletivos e difusos.

Com a evolução, foi inaugurada uma nova cultura processual. Observou-se que a função jurisdicional, materializada no processo, não poderia voltar-se para si, atendendo apenas as finalidades internas e procedimentais. Como instrumento de pacificação social, cabia ao processo zelar pelos interesses da coletividade, identificando meios hábeis para alcançar ambiente extraprocessual, obviamente sujeito aos reflexos da prestação jurisdicional (Bedaque, 2009, p. 34).

A fase instrumentalista, eminentemente crítica, trouxe ao cenário processual brasileiro a missão de estruturar uma ciência de viés comunitário, habilitada para transformar a liberdade jurídica, própria da cultura individualista e liberal, em liberdade real e emancipatória, entregando benefício racional, comum a toda a coletividade (Pupin, 2012, p. 94 – 95). Afinal, se a realidade, empiricamente demonstrada, revela o caráter molecular da sociedade política, na feliz expressão de Kazuo Watanabe (1992, p.23), não faz sentido que a organização do Estado e dos Poderes, ou ainda, os instrumentos de acesso à justiça por estes franqueados, insistam em lógica processual atomizada.

O constitucionalismo do último século, que consagrou o Estado Democrático de Direito, consubstanciado no Estado Constitucional, irradia efeitos a toda ordem jurídica. As implicações do movimento fazem surgir uma soberania com novos contornos: a soberania social. Isto significa dizer, que embora a primazia governamental permaneça assentada sobre os fundamentos da democracia representativa, a soberania absoluta do povo, delegada ao Estado, deve ser limitada pela soberania social. É deste eixo que emergem os direitos de solidariedade, assim como a inevitável necessidade de tutela coletiva (Grinover, 2000, p. 09 – 10).

## 2. TUTELA DA LIBERDADE NO MICROSSISTEMA COLETIVO BRASILEIRO

### 2.1. DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS E A TUTELA COLETIVA DA LIBERDADE

Tradicionalmente, impera no Direito a chamada *summa divisio*, isto é, a divisão da ordem jurídica em Direito Público e Direito Privado. Sob esta perspectiva, as relações jurídicas são necessariamente verticais ou horizontais, a depender da substância preponderante no objeto da lide (Chequer, 2014, p. 16). Ocorre que os direitos transindividuais, próprios da terceira dimensão de direitos, colocaram em xeque a divisão clássica, pois alçaram ao cenário jurídico interesses e direitos que ficam a meio caminho entre o público e o privado, não sendo possível taxá-los sob um ou outro viés (Watanabe, 2001, p. 725).

Em que pese a Lei de Ação Civil Pública ter conferido amplo tratamento à temática, não se ocupou de firmar os contornos dos direitos difusos e coletivos. De igual forma, embora a Constituição de 1988 seja o principal paradigma transindividual, e sobre este tenha feito menção (art. 129, III), também não se aventurou a tracejá-lo. Foi apenas com o Código de Defesa do Consumidor que se constatou a necessidade irremediável de aclarar o conceito, sendo esta a forma efetiva de pacificar o tumulto instalado entre os doutrinadores e classificar o substrato híbrido, público e privado, dos direitos difusos e coletivos (Roque, 2019, p. 41).

Imbuído desta missão, o legislador não apenas conceituou as relações jurídicas transindividuais aplicáveis ao regime consumerista, como também criou canais de extensão, aptos a influenciar todo o microsistema coletivo (Roque, 2019, p. 51). O artigo 117 provocou o acréscimo do artigo 21 na Lei de Ação Civil Pública, espreado, a partir então, os dispositivos do Título III do regime consumerista. Sob este enquadramento,

delineou o artigo 81, seguido por parágrafo único: a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Sendo que, 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.

Além de utilitário, o texto também é vanguardista, pois trouxe a ordem jurídica duas novidades: i. a declaração de direitos individuais subjetivos, passíveis de tutela coletiva; e, por consequência, ii. a necessária distinção entre tutela de direitos difusos e coletivos e tutela coletiva de direitos individuais homogêneos (Andrade et al., 2020, p. 35 – 38). O texto reproduziu a classificação já confabulada pela doutrina, que propunha a distinção entre *direitos essencialmente coletivos* (difusos e coletivos em sentido estrito) e *direitos acidentalmente coletivos* (individuais homogêneos) – (Araújo Filho, 2002, p. 363 – 364).

Como se observa pela leitura do dispositivo, o legislador empregou ao menos dois critérios para distinguir as espécies de direitos transindividuais: o primeiro, atrelado ao objeto do direito, dispõe de dimensão objetiva; os outros dois, relacionados aos titulares do direito, acampa-se em dimensão subjetiva. Sob esta estrutura transindividual basilar, e com o intuito de identificar a natureza do direito e da tutela pleiteada com a impetração de habeas corpus coletivo, firmou-se ainda, três espécies de direitos, compostos a partir dos seguintes traços distintivos: i. (in) divisibilidade do objeto; ii. fator de agregação dos sujeitos (situação de fato ou relação jurídica em comum); e iii. (im)

possibilidade de identificar os seus titulares (Andrade et al., 2020, p. 22).

Os direitos difusos, primeira espécie da tríade transindividual, descrita no artigo 81, parágrafo único, inciso I, do diploma consumerista, caracterizam-se pela indivisibilidade do objeto. Isto significa que o bem tutelado não comporta fragmentação, todos são prejudicados com a ameaça ou lesão ao direito, sendo também beneficiados com sua preservação ou restauração. Como cada um dos prejudicados tem direito ao todo, e isto não depende de sua integração aos polos processuais, a coisa julgada tem efeitos *erga omnes*, o que significa extrapolar os lindes do processo, emanando eficácia para todos os (potencialmente) afetados, mesmo que não tenham qualquer participação nos atos processuais.

Outra característica dos direitos difusos, é que todos os seus titulares estão numa situação fática homogênea. Há uma situação de fato em comum, descrita na norma material, que os vincula. Diferente dos direitos coletivos, não há vínculo jurídico, o que há é vínculo fático. Em acréscimo, vale pontuar, os titulares dos direitos difusos são indeterminados e indetermináveis. O alcance protetivo é tão geral e amplo, que a identificação dos lesados pela violação de direitos, ou beneficiados com sua proteção e restauração, é tarefa despropositada (Watabane, 2001, p. 741 – 742).

Assim como os direitos difusos, os coletivos em sentido estrito, descritos no artigo 81, parágrafo único, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, são indivisíveis. Todos são prejudicados com a ameaça ou lesão ao direito, sendo também beneficiados com sua preservação ou restauração. Cada um dos prejudicados tem direito ao todo, porém, como há uma situação jurídica-base que os conecta entre si ou com a parte contrária, o efeito da coisa julgada é *ultra partes*. Também em razão desta relação jurídica predeterminada, os titulares dos direitos coletivos podem ser determinados (Mancuso, 2004, p. 60).

Os direitos individuais homogêneos, por sua vez, descritos no artigo 81, parágrafo único, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, detém natureza essencialmente distinta dos outros dois, sendo considerados por determinada vertente como direitos coletivos artificiais, trazidos à esfera transindividual, tão só, por praticidade tutelar (Zavascki, 2009, p. 34 – 35). Trata-se de direitos subjetivos individuais caracterizados pela homogeneidade de sua origem, condição que favorece, embora não obrigue, a tutela coletiva de direitos.

O principal traço distintivo dos direitos individuais homogêneos é a divisibilidade do seu objeto. Enquanto os direitos difusos e coletivos em sentido estrito não podem ser manejados em ações individuais, porquanto indivisíveis, os direitos individuais homogêneos dispõem desta prerrogativa, justamente em razão de sua natureza customizada. Na mesma medida, como se trata de direitos subjetivos individuais, seus titulares podem ser determinados, inclusive para que se apropriem da proteção ou restauração obtidas a partir de situação comum, fática ou jurídica (Watanabe, 2001, p. 745 – 746).

É sob esta passagem, franqueada pelo Código de Defesa do Consumidor com a normatização dos direitos individuais homogêneos, que emerge o *habeas corpus* coletivo, instrumento adequado à tutela da liberdade ambulatorial.

## 2.2. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E HABEAS CORPUS COLETIVO

Estabelecida conexão, a partir da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, entre os planos coletivo e individual de direitos, não há razão para impedir que a mesma lógica processual seja manejada em âmbito penal (Lima Neto et al., 2019, p. 82), sobretudo no que toca à tutela da liberdade ambulatorial. Assim como ocorre com os demais direitos individuais, a liberdade de ir e vir pode projetar-se não apenas sobre um

indivíduo, isoladamente considerado, mas sobre um amplo contingente de pessoas, causando-lhes lesões e ameaças a direitos (Sousa Filho, 2017, p. 295 – 296).

Exemplo disso ocorre quando o Estado impõe indevidas restrições coletivas à liberdade de presos encarcerados em determinado estabelecimento prisional ou quando ameaça de prisão todas as pessoas que queiram participar de uma manifestação pública de protesto contra o governo. Frente tais cenários, não é razoável exigir a impetração de habeas corpus individualizado, sendo o habeas corpus coletivo o instrumento processual adequado. Afinal, se sólida é a fundamentação que permite a tutela coletiva de direitos fundamentais individuais em seara cível, de maior razão se dispõe em seara penal, porquanto toda a questão que envolva a “liberdade ambulatorial é por definição urgente” (Sarmiento, 2018, p. 291 – 292; Lima Neto et al., 2019, p. 82).

Outra razão, atrelada ao objetivo de efetivar o acesso à justiça, consubstancia-se na necessidade de conferir igualdade de tratamento aos jurisdicionados, o que é viabilizado com o processamento unitário. Decisões díspares para demandas que emergem de origem comum contribuem para o descrédito do sistema de justiça, sobretudo do Poder Judiciário (Sarmiento, 2018, p. 291 – 292). Em âmbito penal, o braço do Estado tem um clientela bem definida. Expressivo é o número de tipos penais que corriqueiramente recaem sobre as camadas sociais subalternas e marginalizadas.

O fato traz a constatação que a Defensoria Pública é a principal sentinela do *status libertatis* dos necessitados (Sousa Filho, 2017, p. 298). Porém, com o aparelhamento precário que dispõe e o insuficiente número de agentes, a impossibilidade de promover a tutela coletiva de direitos representaria ainda maior alienação dos necessitados aos direitos fundamentais, que podem ser defendidos a partir da tutela coletiva de direitos que proteja a liberdade ambulatorial (Sarmiento, 2018, p. 291 – 292).

No Superior Tribunal de Justiça o entendimento sobre o

habeas corpus coletivo não é pacífico. No caso do “toque de recolher”, o tribunal admitiu a via multitudinária do habeas corpus e concedeu a ordem perseguida pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo (STJ, HC n. 207.720/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, Data de Julgamento: 01.12.2011, Data de Publicação: DJe 23.02.2012). Porém, no caso dos chamados “rolezinhos”, embora o Ministro Luís Felipe Salomão tenha concedido a ordem liminar de ofício, não conheceu do habeas corpus (STJ, HC n. 320.938/SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Data de Julgamento: 05.06.2015, Data de Publicação: DJ 09.06.2015). O habeas corpus coletivo não dispõe de tratamento legal. Daí a necessidade, ainda mais premente, de tutela jurisdicional capaz de fundamentar a variável multitudinária do instituto (Lima Neto et al., 2019, p. 82).

A redação do artigo 81 do CDC conferiu contornos didáticos à tutela coletiva de direitos. Nos dois primeiros incisos, lançou-se as bases dos direitos coletivos em sentido estrito, ambos indivisíveis e titularizados por grupos indeterminados (inciso I) ou determináveis (inciso II). O terceiro inciso, a seu turno, disciplinou direitos, que embora individuais, dada a homogeneidade e origem comum com os direitos e interesses de terceiros, também devem receber tutela jurisdicional coletiva (Sousa Filho, 2017, p. 294 – 295).

É sob este terceiro viés que a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo são manejados, devendo valer-se da mesma lógica na aplicação do habeas corpus coletivo. Isto obsta a compreensão de que o instituto desvirtuaria a natureza do direito ambulatorial, intrinsecamente individual e subjetiva. O que se faz, na mesma perspectiva aplicada à ação civil pública e ao mandado de segurança coletivo, é promover a tutela jurisdicional coletiva do direito (Sousa Filho, 2017, p. 293 – 295).

Ainda sob o crivo de argumento analógico, é possível estabelecer paralelo entre o habeas corpus coletivo e a ação civil pública, ou ainda, com o mandado de segurança coletivo, ambos



instrumentos de proteção de direitos individuais homogêneos. Este espelhamento de institutos, implica assentar, que a tutela jurisdicional coletiva não abarca apenas os direitos coletivos em sentido estrito, mas, em igual medida, alcança direitos individuais homogêneos, provenientes de origem comum. Neste caso, a coletivização do direito não decorre de sua natureza plural, mas da necessidade de conferir garantia processual coletiva a direitos que de outro modo não seriam substancialmente tutelados (Sousa Filho, 2017, p. 293 – 295).

O instrumento, configurado em moldes coletivos, assume substancial relevância em países como o Brasil, onde é evidente a desigualdade social. A informalidade e maleabilidade, próprias do habeas corpus, conjugado à variável multitudinária, são capazes de minimizar os efeitos da seletividade do sistema penal, historicamente destinado às camadas sociais subalternas (Sousa Filho, 2017, p. 290 – 291; Lima Neto et al., 2019, p. 82).

Não obstante as amplas possibilidades do habeas corpus coletivo, o instrumento tem sido utilizado de forma mais recorrente em âmbito penitenciário. Observadas as condições precárias dos estabelecimentos prisionais, muitos têm se valido da pretensão coletiva para pedir a transferência de presos para outras penitenciárias, ou ainda, a soltura imediata, caso não se identifique cárcere apto à preservação de sua dignidade (Lima Neto et al., 2019, p. 81 – 82; Sousa Filho, 2017, p. 297). Porém, o Superior Tribunal de Justiça, em mais de uma oportunidade, não conheceu destes habeas corpus, sustentando sua objeção a partir dos seguintes fundamentos: i. dado o caráter urgente do processamento do habeas corpus, a ponderação coletiva obstaría a constatação de ilegalidades, sendo necessário exame individualizado da execução penal e do histórico do paciente; ii. não caberia ao Judiciário, pela via do habeas corpus, compelir o Poder Executivo a cumprir suas atribuições em defesa das condições mínimas de sobrevivência digna nos presídios, pois o

instrumento não seria adequado (STJ, HC 91.462/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Data de Julgamento: 06.11.2014, Data de Publicação: DJe 24/11/2014).

Contudo, é preciso lembrar, que atento a esta realidade, o Código de Defesa do Consumidor, ao disciplinar o manejo dos direitos individuais homogêneos, prescreveu condenação genérica (artigos 95 e 97), fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados e deixando a satisfação de tais direitos ao encargo das vítimas e seus sucessores, mediante a propositura das ações de liquidação individual (Araújo Filho, 2002, p. 365).

Em âmbito coletivo, é declaratória a natureza da sentença que examina direitos individuais homogêneos, pois, tratando-se de direitos subjetivos, é necessário desdobramento executório individualizado. Mesmo que no transcorrer do manejo multitudinário original seja necessário reduzi-los a um núcleo genérico e impessoal, a rigor, a execução é customizada, cabendo ao titular do direito subjetivo, nos termos do art. 97 do CDC, a iniciativa executória. Ademais, o mesmo artigo 97 do CDC franqueia a execução capitaneada pelos legitimados listados no art. 82, o que, ainda assim, poderia representar precariedade executória, a depender da expressão de vontade do titular do direito subjetivo, porém, tratando-se de direito indisponível, a exemplo da liberdade ambulatoria, não é razoável aplicar lógica idêntica (Araújo Filho, 2002, p. 365 - 367).

Sob esta perspectiva, que identifica os direitos individuais homogêneos, inclusive os ambulatoriais, como passíveis de tutela coletiva, necessário se faz reconhecer o habeas corpus como o instrumento adequado ao exercício da prestação jurisdicional (Kim, 2012, p. 18 – 19). Esta constatação, que por si só fundamenta o manejo do instrumento, ainda é robustecida pela histórica plasticidade do instituto, essencialmente adaptável às necessidades de defesa e promoção dos direitos fundamentais. Como o habeas corpus coletivo não dispõe de previsão legal, o exame dos seus atributos, aliado ao cotejo com os direitos

individuais homogêneos, compõe a amálgama necessária à fundamentação da tutela coletiva da liberdade.

### 3. HABEAS CORPUS COLETIVO E TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

#### 3.1. DIREITO FUNDAMENTAL À EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

Vedada a autotutela e consolidado o império institucional, o Estado incumbiu-se da prestação jurisdicional. A opção pela distribuição impessoal de justiça visava conferir civilidade à apuração dos fatos, assegurando, ainda que em moldes inicialmente rudimentares, certa proporção e racionalidade ao desfecho das lides (Theodoro Junior, 2008, p. 40). Não por outra razão, à medida que a figura estatal se fundia ao ideário constitucionalista, que propunha a institucionalização dos direitos fundamentais, constituições de vários países acamparam em seu rol de direitos e garantias, o acesso à justiça, isto é, a prestação jurisdicional (Kim, 2015, p. 275).

Foi o que se deu, inclusive, com a Constituição de 1988, que firmou de forma categórica: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV). O postulado, que consagra a funcionalidade jurisdicional, também dá testemunho de sua essencialidade, determinante para a estabilidade de um governo soberano e democrático (Silva, 2001, p. 129 – 130). Porém, avocada a função para a esfera de ação estatal, cumpre indagar: qual o alcance e sentido do preceito firmado pelo poder constituinte originário? Com o que exatamente se comprometeu o Poder Público? A normatividade do dispositivo atende aos reclamos sociais e espelha a realidade?

No transcorrer deste trabalho narrou-se o percurso entre o Estado Moderno, originariamente liberal e absenteísta, e o Estado Democrático Social de Direito, dotado de caráter liberal,

social e especialmente atento à efetivação de direitos. Esta identificação da natureza do Estado é o ponto de partida para as reflexões sobre a tutela jurisdicional, sobretudo em seara pátria, pois pode indicar a densidade do preceito assegurado pelo poder soberano, oriundo da vontade popular. Caso a República Brasileira estivesse sob a égide do Estado Liberal de Direito, marcadamente positivista e comprometido com a distribuição de trato isonômico formal, a resposta para a questão seria mais simples. Afinal, nestes contornos, caberia ao Estado-juiz, tão só, viabilizar o acesso do cidadão ao procedimento legalmente instituído. O acesso à justiça, ou ainda, à prestação jurisdicional, equivaleria à observância do rito, não obstante a possibilidade de mitigação do direito, objeto da controvérsia.

No ordenamento jurídico brasileiro, porém, a opção do poder constituinte originário pelo Estado Democrático Social de Direito (Kim, 2013, p. 33), essencialmente vinculado à materialização de direitos no mundo fenomênico, obriga o intérprete a observar o direito fundamental à tutela jurisdicional sob perspectiva diversa, essencialmente centrada na efetividade e adequação da tutela jurisdicional. Isto significa dizer, que devidamente considerado o suporte epistemológico do texto constitucional, em hipótese alguma se pode permitir que a forma assumida primazia sobre a matéria, sob pena de total desvirtuamento do postulado assentado pelos constituintes. Assim deve ser, inclusive, porque as abstrações normativas vislumbradas pelo legislador, por óbvio, são incapazes de atender todas as variáveis emergentes da realidade social. Em certa medida, considerado este ângulo, sempre existirá um déficit normativo a ser suprido pelo intérprete. O contrário, que observa a lacuna como lapso insuperável, incorre em omissão atentatória dos direitos fundamentais (Marinoni, 2012, p. 14).

O procedimento não pode ser considerado um fim em si mesmo. Deve servir à tutela do direito material, objeto da apreciação jurisdicional. Para tanto, o contorno estrutural do

procedimento precisa ser capaz de efetivar a pretensão pleiteada, não apenas declarando, mas garantindo o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. No caso brasileiro, certamente este é o conteúdo jurídico que emerge do preceito elencado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição (Sarmiento, 2018, p. 297 - 298). A tutela efetiva e adequada é aquela lastreada pela vontade política do poder soberano, condizente com a realidade, capaz de adaptar-se às nuances sociais, e, sobretudo, apta a tutelar a pretensão conduzida à apreciação do Judiciário. Para que o intento seja possível, não desaguando nas raias de um teorismo inútil, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva não pode socorrer-se apenas de sua natureza prestacional, oriunda da segunda dimensão de direitos. O progresso para as conquistas do terceiro vértice, caracterizado por regime de governo democrático e adesão solidária dos indivíduos às demandas de ordem transindividual, é vital para a sobrevivência do conteúdo normativo (Marinoni, 2012, p. 12).

Desta conjugação democrática e solidária, propícia ao exercício da cidadania, pode emergir uma sociedade política regida pela efetivação dos direitos fundamentais. Neste cenário, os ritos processuais, que devem espelhar a realidade, franqueiam a participação cidadã na feitura dos seus contornos, inclusive entes intermediários, estruturalmente mais equipados para a marcha forense. Com isso objetiva-se delinear técnica processual adequada às necessidades do direito material, mesclando-se de forma assertiva e customizada os postulados de efetividade e adequação. A identificação de técnica efetiva representa um ganho individual e coletivo, pois otimiza os resultados da tutela estatal e minimiza os desgastes das partes diretamente envolvidas (Grinover, 2000, p. 09 - 10; Marinoni, 2012, p. 21).

Considerando-se este grau de utilidade para preservação e constituição de direitos, não há como negar que a prestação jurisdicional efetiva equivale a direito fundamental. Em realidade, trata-se de pedra angular para garantia de quaisquer

direitos. Com efeito, há lastro de fundamentalidade em todas as demandas que deságuam no Judiciário, pois, ainda que a tutela pretendida não seja composta por direitos fundamentais formais ou materiais, o direito fundamental a prestação jurisdicional efetiva sempre estará presente, velando para que o acesso dos cidadãos às instâncias judiciais seja substancial. Nestes moldes, “não basta uma sentença, mas sim a possibilidade de efetivação concreta da tutela buscada” (Marinoni, 2012, p. 23 e 35).

Também por esta razão, a tutela jurisdicional é dotada de natureza pública e alinha-se com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Seja qual for o objeto levado à apreciação do juízo, não se trata de interesse exclusivo das partes, dali também emerge o interesse público, atento ao cumprimento da ordem jurídica instituída e à incessante busca pela paz social. Esta forma de compreender o processo e a tutela jurisdicional é compatível com a fase instrumentalista, pacificamente aceita, inclusive em seara pátria. Nesta perspectiva, o processo não visa apenas garantir direitos, mas atender as necessidades dos jurisdicionados. Não se trata apenas dos polos processuais, pontualmente considerados, mas dos resultados que o instrumento público pode trazer para a comunidade (KIM et al., 2013, p. 42).

Ocorre que, franqueada a vereda para a efetividade e adequação da prestação jurisdicional, costumeiro questionamento emerge da comunidade jurídica: a customização da atividade jurisdicional ao caso concreto, capitaneada pelo Poder Judiciário, viola o princípio da separação de poderes? Considerando que a prestação jurisdicional efetiva, conforme assentado, é direito fundamental, as classificações tipológicas de renomada doutrina são úteis ao desenlace deste (aparente) nó górdio.

Evidências da vocação dos direitos a prestações para a customização de procedimentos podem ser observadas nos ensinamentos de Robert Alexy. Para o jurista alemão, tais direitos podem ser subdivididos em direitos a prestações em sentido estrito, atrelados às prestações sociais propriamente ditas; e direitos a

prestações em sentido lato, os direitos à proteção, à organização e ao procedimento. Pretende Alexy sustentar, que os direitos a prestações não englobam apenas as prestações fáticas de natureza social, mas, igualmente, direitos a prestações normativas, “tais como a proteção por meio de normas de direito penal (por exemplo) ou a edição de normas de organização e procedimentos” (ALEXY, 1997, p. 419 – 428).

Considerando que a prestação jurisdicional não pode se desincumbir de oferecer resposta apta a pacificar a lide e atender as necessidades dos indivíduos e da comunidade (Kim, 2018, p. 725 – 726), deve o magistrado, atendendo o direito de proteção (dever para o Estado), também de matriz prestacional, impulsionar o processo de forma a garantir prestação efetiva. O cumprimento do seu mister não implica na usurpação da prestação normativa, mas no exercício hermenêutico devotado à aplicação dos princípios constitucionais, inclusive os implícitos (Sarlet, 2012, p. 143; Marinoni, 2012, p. 36).

O dever de proteção não é de competência exclusiva do Estado-Legislador, cabe também ao Estado-Juiz zelar por sua efetividade. Como se trata de atribuição legítima, compartilhada por legisladores e magistrados, não seria o caso de violação do princípio da separação de poderes (Marinoni, 2012, p. 13). Verificada a omissão legislativa, ou ainda, a insuficiência do instrumental disponível, é dever do magistrado zelar pela proteção e efetivação dos direitos conduzidos à sua apreciação. Sua atividade não se limita ao procedimento posto, assim como não deve se estender às raias legislativas, a parte que lhe cabe, devidamente legitimada pela Constituição, vincula-se à interpretação dos princípios constitucionais, extraíndo, mesmo das regras, a sua máxima potencialidade (Sarmiento, 2018, p. 298).

Perfilhar esta compreensão equivale a zelar por um devido processo legal substancial, atento às nuances sociais e por isso comprometido com a promoção de isonomia na prestação jurisdicional. De fato, o procedimento linear, distribuído sem

qualquer consideração ao direito material pleiteado, e mesmo à condição dos litigantes, não atende a proposta epistemológica de um Estado Democrático Social de Direito (Kim et al., 2018, p. 139 – 172).

A República Federativa do Brasil, por exemplo, de forma categórica indicou a erradicação da pobreza, da marginalização e das desigualdades sociais, como objetivos fundamentais do Estado constituído (art. 3º, III, CF). Observado o propósito constitucional, que compõe perfeita amálgama com os princípios do devido processo legal e da isonomia, é inadmissível que se impeça o manejo de instrumentos processuais coletivos, hábeis para franquear amplo acesso dos cidadãos, inclusive desafortunados, às instâncias judiciais (Marinoni, 2012, p. 15 – 20).

Como se verá com maior detalhamento no tópico seguinte, esta é a lógica a ser aplicada no trato do habeas corpus coletivo. Ainda que não se disponha de disciplina legislativa específica sobre o instituto, a modalidade prestigia os postulados constitucionais, correspondendo à hermenêutica adequada para o trato da matéria.

## 3.2. PONDERAÇÃO, ARGUMENTAÇÃO E ADMISSIBILIDADE DO HABEAS CORPUS COLETIVO

### 3.2.1. APONTAMENTOS PRELIMINARES

Até aqui já restou demonstrada a imprescindibilidade da tutela coletiva de direitos subjetivos individuais homogêneos. A exposição da matéria em perspectiva ampliada traçou os fundamentos da prestação jurisdicional efetiva, e, por consequência, acabou por assentar os pressupostos primários da modalidade coletiva do habeas corpus. De todo modo, não obstante a extensão do direito fundamental apurado, fato é que o ordenamento jurídico brasileiro não disciplinou o habeas corpus coletivo de forma expressa, o que imputa ao intérprete, a obrigação de



exercitar ônus argumentativo com maior vigor.

É certo que a constatação não denota subjetivismo, invecionismo ou malabarismo judicial, mas reclama prática originalmente destacada pelo poder constituinte ao Judiciário, isto é, a missão de interpretar o texto constitucional, conferindo ao direito material e instrumental, hermenêutica alinhada com o poder soberano e a consciência cidadã. Isto significa dizer, que ao apurar os fatos ou as estruturas procedimentais conduzidas à sua apreciação, deve o Estado-Juiz ter em mente que seus atos e decisões observam a estrutura lógico-normativa de um Estado Democrático Social de Direito, que atento à proposta neoconstitucionalista apreçada nas últimas décadas, classifica princípios e regras, especialmente as que estão investidas de fundamentalidade, como normas cogentes e autoaplicáveis.

Perfilhando esta compreensão, devidamente amparada na teoria dos princípios, mote da teoria normativa neoconstitucionalista, a aplicação de instituto coletivo, tal qual o habeas corpus - que embora substancial, ergue-se das entrelinhas constitucionais -, demanda o exercício técnico e customizado de ponderação e argumentação. Sob este invólucro, juízos monocráticos e colegiados têm proposto respostas às demandas que lhe são apresentadas, não raro compostas por dualismos interpretativos. Porém, o que se observa nestas decisões é um sincretismo metodológico quase esquizofrênico, sujeito aos impulsos políticos e doutrinários da ocasião (Kim, 2018, 732). Sob esta ordem de atuação, os desdobramentos não poderiam ser outros: permanente ameaça de insegurança jurídica e inconstância da construção jurisprudencial dos tribunais superiores.

No caso que, de forma emblemática, ditou os rumos do habeas corpus coletivo (HC 143.641/SP), não obstante o acerto e relevância de todos os argumentos expostos, o método interpretativo utilizado pelo relator não é declarado de forma expressa. A inauguração do voto com o reconhecimento de que os argumentos a respeito da admissibilidade do instrumento

coletivo foram “bem sopesados”, sugere a aplicação da técnica proposta por Robert Alexy, porém, na sequência, não há o exercício correspondente. Talvez a intenção do relator tenha sido analisar o “direito fundamental em cotejo com a democracia participativa, o interesse público, a segurança jurídica, o interesse coletivo, a justiça social etc” (Kim, 2015, p. 293 - 294), porém, não é possível fazer esta declaração de forma categórica, dada a ausência de informes objetivos.

Fato é que, já há algumas décadas, quando se propõe o exercício de sopesamento na ordem jurídica brasileira, aguarda-se que o julgador se valha de alguma técnica, em especial, a originada no Tribunal Federal Constitucional alemão, recorrentemente associada aos ensinamentos de Robert Alexy (Barroso, 2014, p. 06). Esta padronização da estrutura lógico-interpretativa é sobretudo relevante para conferir segurança aos jurisdicionados. Por óbvio, não se quer com isso exigir que a corte constitucional adote padrão metodológico único, mas parece razoável que os destinatários das decisões possam ter consciência da proposta argumentativa utilizada. Deste modo, com mais propriedade, podem avaliar os resultados alcançados pelos julgadores.

O controle intersubjetivo das prestações estatais é nota característica do Estado Democrático de Direito, comprometido com a soberania social e a consciência cidadã. Sob esta perspectiva, a decisão que propõe o sopesamento de argumentos tendentes a admitir ou não admitir o habeas corpus coletivo, deve operar a partir de um ponto catalisador: o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. É este direito fundamental, o qual, com a devida vênia, considera-se regra sob a perspectiva prestacional dos direitos de segunda dimensão e princípio sob a perspectiva solidária dos direitos de terceira dimensão, que deve ser apurado pelo critério de proporcionalidade (Kim et al., 2012, p. 177 - 178), próprio da estrutura técnica do sopesamento.

Para cumprir este intento, no tópico seguinte, os principais argumentos arrolados para admissão do habeas corpus

coletivo pelo Supremo Tribunal Federal são amoldados à técnica da jurisprudência alemã. Esta, consistente em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Com isso, espera-se não apenas contribuir com a formatação de argumentos para admissão do instrumento coletivo, mas, em igual medida, pleitear o manejo referenciado das estruturas decisórias dos tribunais superiores, porquanto esta parece ser a prestação jurisdicional adequada à natureza do Estado Brasileiro, essencialmente democrático, solidário e dialógico.

### 3.2.2. TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA, HABEAS CORPUS COLETIVO E O CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE

Considerada a adesão da República Federativa do Brasil aos fluxos neoconstitucionalistas e à própria teoria dos princípios, importa compreender a admissão de instituto processual não disciplinado em lei por intermédio deste aporte teórico. No caso do habeas corpus coletivo, como seus contornos normativos não estão tracejados de forma expressa, a aplicação do instituto depende de justificação técnica, apurada à luz do critério da proporcionalidade e assentada em argumentação jurídica racional (Kim, 2015, p. 288).

Preliminarmente, cumpre pontuar, que os direitos fundamentais se projetam sob a natureza de princípios, devendo, por esta razão, ser aplicados como mandamentos de otimização, estruturas normativas abertas e devotadas à máxima efetividade. Tal busca, porém, não ocorre de modo intuitivo, como algo que consista na exclusiva iluminação cognitiva da autoridade pública ou do Estado-juiz. Trata-se da utilização de técnicas de interpretação passíveis de controle intersubjetivo, e por isso dependente de lastro argumentativo (Kim, 2015, p. 282).

Dada a exigência, própria de um regime democrático, quando questões dessa natureza são conduzidas à apreciação do

Estado, deve este ponderar à luz do critério de proporcionalidade (Pupin, 2012, p. 91). Assim o é, porquanto o ente público não pode afastar direitos fundamentais do seu raio de proteção, ainda que exista embate entre preceitos igualmente constitucionais. O exercício de ponderação autoriza a primazia de um princípio sobre o outro no caso concreto, mas não sua exclusão, cumprindo ao intérprete harmonizar os princípios em colisão (Kim, 2015, p. 282). É o caso do habeas corpus coletivo, que imprescindível à garantia de direitos fundamentais, tais como a liberdade e a igualdade, não dispõe de legislação específica, dependendo da adequada aplicação do princípio da tutela jurisdicional efetiva - observado o critério de proporcionalidade - para apropriar-se do espaço que lhe é destinado na ordem jurídica.

Mirando este objetivo, a aplicação do habeas corpus coletivo traz à baila o embate entre o princípio da tutela jurisdicional efetiva e o princípio da legalidade (reserva legal). Por um lado, a colisão decorre da necessidade de amoldar as normas processuais à tutela dos direitos materiais (Marinoni, 2012, p. 38), por outro, funda-se na estabilidade da ordem jurídica, regida a partir do produto democraticamente legislado (Kim, 2015, p. 297). Frente a ausência de lei sobre a matéria, se poderia dizer que o princípio da tutela jurisdicional efetiva não estaria em rota de colisão com qualquer preceito, o que afastaria a aplicação da técnica de ponderação. Porém, é preciso esclarecer, que a identificação de lacuna normativa não significa, necessariamente, omissão legislativa. Por vezes, a inexistência de disciplina a respeito de determinado instituto - o que se considera em nível de hipótese - configura-se como defesa do princípio da legalidade (reserva legal), seja da matéria legislada, seja da matéria não legislada, porquanto não se compreendeu como exigível ou necessária a atuação do Poder Legislativo.

De todo modo, ainda que assim o fosse, isto é, ainda que se considerasse a inexistência de colisão entre o princípio da tutela jurisdicional efetiva e o princípio da legalidade, o exercício

de sopesamento poderia ocorrer regularmente, considerados valores constitucionais antagônicos ou não, “como é o caso em que o intérprete deva analisar um direito fundamental em cotejo com a democracia participativa, o interesse público, a segurança jurídica, o interesse coletivo, a justiça social, etc” (Kim, 2015, p. 293 – 294; Marinoni, 2012, p. 43). No caso em análise, como se verá, a ausência de normas expressas a respeito do habeas corpus coletivo, de fato, representa omissão legislativa. Porém, mesmo para que se conclua neste sentido, é necessário apurar a colisão dos princípios envolvidos, vindicando-se a prestação de tutela efetiva ante a negligência do legislador. Apenas este percurso cognitivo, que identifica a insuficiência do direito positivado, será capaz de subjugar, no caso concreto, o princípio do *in dubio prolegislatore* (Kim, 2018, p. 732).

Considerando-se a natureza prestacional da tutela jurisdicional, preliminarmente compreendida como regra (Kim, 2015, p. 293), a ponderação de princípios sugerida poderia ser questionada. Porém, de antemão, basta dizer, que o direito à prestação jurisdicional efetiva não se trata de direito a prestação em sentido estrito, mas prestação em sentido lato, consistente em direitos a proteção, organização e procedimento (Alexy, 1997, p. 419). A par da natureza poliédrica dos direitos fundamentais, composta pela conjugação de todos os seus vértices, é possível dizer, sob a égide de um Estado Democrático Social de Direito, que o direito a tutela jurisdicional efetiva não se limita ao status de regra, mas apropriando-se das conquistas do terceiro vértice dimensional, concentrado na efetivação dos direitos declarados, amolda-se ao status de princípio, próprio dos mandados de otimização, aplicados em sua máxima potência.

Assumindo esta natureza, o direito à tutela jurisdicional efetiva bem pode ser considerado um superprincípio, pois ao passo que se efetiva com toda potencialidade, não está sujeito a restrições, próprias da incidência da teoria externa. A pavimentação de sua estrutura, que não parte apenas da terceira dimensão

de direitos, mas também da segunda, ainda que em sentido lato, o sujeita à aplicação da teoria interna, que não busca restringir (Kim, 2015, p. 293), mas identificar o conteúdo jurídico do preceito. Compreendido que, impreterivelmente, a eficácia do direito à tutela jurisdicional depende do adequado exercício do processo judiciário, e que cabe ao critério de proporcionalidade impor limites às restrições dos direitos fundamentais (limites aos limites), é relevante saber que no caso apreciado isto acontece com amparo na teoria interna, que não mitiga, mas identifica o conteúdo jurídico. Não no sentido de “delimitação do conteúdo do direito social”, mas otimização do conteúdo, o que se dá, como dito, em razão da conjugação do segundo e terceiro vértices dimensionais, medida customizada aos direitos a prestações em sentido lato.

Sob esta perspectiva, e considerando que na aplicação do habeas corpus coletivo o princípio da tutela jurisdicional efetiva deve prevalecer sobre o princípio da legalidade (reserva legal), por zelo democrático, é preciso cumprir exercício de ponderação, elegendo-se, para tanto, a técnica originada na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, o qual promove o embate dos princípios envolvidos sob o crivo de três balizas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (Kim, 2018, p. 730). Adotada esta lógica, e promovendo embate entre o princípio da prestação jurisdicional efetiva e o princípio da legalidade (reserva legal), simples é perceber que o primeiro, na qualidade de superprincípio, presente até mesmo em lides que não vindicam a aplicação de direitos fundamentais, prevalece nas três perspectivas, o que garante a inserção do habeas corpus coletivo no ordenamento jurídico pátrio.

Nestes moldes, a fim de promover o controle intersubjetivo e referenciado das técnicas decisórias utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal, a seguir, adequa-se os pressupostos de caso emblemático (STF, HC n. 143.641, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Data do Julgamento: 20/02/2018,

Data de Publicação: DJe 22/02/2018), que admitiu a defesa da liberdade ambulatorial mediante habeas corpus coletivo, à técnica de ponderação proposta pelo Tribunal Federal Constitucional alemão. Por intermédio de habeas corpus coletivo, garantiu-se a substituição de prisão preventiva por prisão domiciliar para mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei n. 13.146/2015). Embora, como dito, não exista intencionalidade declarada para utilização pontual da técnica de ponderação alemã, é possível identificar na linha argumentativa adotada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, relator do caso, a observância dos critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, balizas utilizadas para o exame de proporcionalidade.

Quanto ao critério de adequação, liame entre o fim perseguido e o instrumento empregado pela norma jurídica, entendeu a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, que o habeas corpus coletivo é cabível (STF, HC n. 143.641, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Data do Julgamento: 20/02/2018, Data de Publicação: DJe 22/02/2018, p. 02 e 05.), porquanto: i. se existe um direito fundamental violado, há de existir no ordenamento jurídico um remédio processual à altura da lesão; ii. quando o bem jurídico ofendido é o direto de ir e vir, quer pessoal, quer de um grupo de pessoas determinado, o instrumento processual para resgatá-lo é o habeas corpus individual ou coletivo; iii. não se está mais diante de um grupo de pessoas indeterminadas e indetermináveis como assentou a PGR, mas em face de uma situação em que é possível discernir direitos individuais homogêneos - para empregar um conceito hoje positivado no art. 81, parágrafo único, III, do Código de Defesa do Consumidor - perfeitamente identificáveis e “cujo objeto é divisível e cindível”, para empregar a conhecida definição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery.

Em sequência, no que toca à necessidade da impetração, isto é, apuração da exigibilidade da medida normativa, na qual se observa a existência de meio menos gravoso, igualmente capaz de alcançar o resultado (STF, HC n. 143.641, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Data do Julgamento: 20/02/2018, Data de Publicação: DJe 22/02/2018, p. 01), pontuou a relatoria: i. a ação coletiva emerge como sendo talvez a única solução viável para garantir o efetivo acesso destes à Justiça, em especial dos grupos mais vulneráveis do ponto de vista social e econômico; ii. na sociedade contemporânea, burocratizada e massificada, as lesões a direitos, cada vez mais, assumem um caráter coletivo, sendo conveniente, inclusive por razões de política judiciária, disponibilizar-se um remédio expedito e efetivo para a proteção dos segmentos por elas atingidos, usualmente desprovidos de mecanismos de defesa céleres e adequados; iii. a existência de outras ferramentas disponíveis para suscitar a defesa coletiva de direitos, notadamente, a ADPF, não deve ser óbice ao conhecimento deste habeas corpus. O rol de legitimados dos instrumentos não é o mesmo, sendo consideravelmente mais restrito nesse tipo de ação de cunho objetivo. Além disso, o acesso à Justiça em nosso País, sobretudo das mulheres presas e pobres (talvez um dos grupos mais oprimidos do Brasil), por ser notoriamente deficiente, não pode prescindir da atuação dos diversos segmentos da sociedade civil em sua defesa.

Por fim, num exame de proporcionalidade em sentido estrito, no qual se pondera o custo-benefício das variáveis interpretativas, apurando-se se o benefício decorrente da medida normativa é superior ao prejuízo (STF, HC n. 143.641, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Data do Julgamento: 20/02/2018, Data de Publicação: DJe 22/02/2018, p. 02, 03, 04 e 06), arrematou o julgado: i. como o processo de formação das demandas é complexo, já que composto por diversas fases - nomear, culpar e pleitear, na ilustrativa lição da doutrina norte-



americana, é razoável supor que muitos direitos deixarão de ser pleiteados porque os grupos mais vulneráveis - dentre os quais estão os das pessoas presas - não saberão reconhecê-las nem tampouco vocalizá-los; ii. considera-se fundamental, ademais, que o Supremo Tribunal Federal assumira a responsabilidade que tem com relação aos mais de 100 milhões de processos em tramitação no Poder Judiciário, a cargo de pouco mais de 16 mil juizes, e às dificuldades estruturais de acesso à Justiça, passando a adotar e fortalecer remédios de natureza abrangente, sempre que os direitos em perigo disserem respeito às coletividades socialmente mais vulneráveis. Assim, contribuirá não apenas para atribuir maior isonomia às partes envolvidas nos litígios, mas também para permitir que lesões a direitos potenciais ou atuais sejam sanadas mais celeremente. Ademais, contribuirá decisivamente para descongestionar o enorme acervo de processos sob responsabilidade dos juizes brasileiros.

Nesta trilha lógica, que devidamente organizada e referenciada, observa a lei da ponderação e a teoria da argumentação jurídica racional, sem qualquer prejuízo da lei como resultado do processo democrático, entende-se que o habeas corpus coletivo dispõe de espaço legítimo na ordem jurídica brasileira, devendo ser prontamente admitido.

## CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico brasileiro, formatado a partir de um Estado Democrático Social de Direito, aderiu à teoria neoconstitucionalista, valendo-se de regras e princípios, dotados de idêntica força normativa, para o cumprimento de prestação jurisdicional efetiva.

A efetivação normativa, ênfase da terceira dimensão de direitos, propõe a construção dialogada da ordem jurídica, conferindo primazia aos modelos participativos e decisórios inclusivos, capazes de atender as necessidades da comunidade,

mesmo quando do trato dos interesses individuais.

Para cumprimento do ideário, os instrumentos processuais coletivos assumem especial relevância, tanto para defesa de direitos difusos e coletivos, quanto para a tutela coletiva de direitos subjetivos, os chamados direitos individuais homogêneos.

Ante este cenário, o habeas corpus coletivo, mesmo não contando com específica disciplina legal, dispõe de lastro normativo na ordem jurídica brasileira. A missão de materializar direitos fundamentais, dentre os quais está a prestação jurisdicional efetiva, não pode conduzir o intérprete a entendimento diverso.

Ainda assim, dada a natureza do Estado Brasileiro, regido por balizas democráticas e cidadãs, o manejo de instituto com estas características deve ser submetido ao critério de proporcionalidade, medida apta a resguardar a legalidade e segurança jurídica, dogmas ininterruptamente vigiados pela norma positivada.

Cumprida esta trilha lógica, que devidamente organizada e referenciada, observa a lei da ponderação e a teoria da argumentação jurídica racional, sem qualquer prejuízo da lei como resultado do processo democrático, entende-se que o habeas corpus coletivo dispõe de espaço legítimo na ordem jurídica brasileira, devendo ser prontamente admitido.



## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- AMARAL, Thiago Bottino do. *Considerações sobre a origem e evolução da ação de habeas corpus*. Revista Brasileira de Ciências Criminais: Doutrinas Essenciais Processo

- Penal, São Paulo, v. 5, jun. 2012.
- ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Lando-  
lfo. *Interesses Difusos e Coletivos*. São Paulo: Método,  
2020, vol. I.
- ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações Coletivas: a tutela  
jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio  
de Janeiro: Forense, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *Grandes transformações do direito  
contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy*. Disponí-  
vel em: [https://www.conjur.com.br/dl/palestra-bar-  
roso-alexey.pdf](https://www.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-alexey.pdf). Acesso: 29/01/2020.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da consti-  
tuição: fundamentos de uma dogmática constitucional  
transformadora*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do  
Juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2009.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*.  
Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre:  
Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- CHEQUER, Lílian Nassara Miranda. *O direito de liberdade de  
locomoção à luz da nova summa divisio constituionali-  
zada dos direitos individuais e coletivos*. Dissertação,  
2014.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido  
Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do  
Processo*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direi-  
tos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Es-  
tado*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- DEL GAIZO, Flávia Viana. *Evolução histórica das ações cole-  
tivas: enfoque especial para o surgimento das ações cole-  
tivas passivas*, ano 2015, Disponível em:

- <https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/ARTIGO-1-flavia-viana.pdf>. Acesso em: 01/05/2023.
- GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover. *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*. Revista de Processo, n. 97, 2000.
- GURVITCH, Georges. *Determinismos Sociais e Liberdade Humana*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- KIM, Richard Pae. *A terceira margem da liberdade*. In: José Antônio Dias Toffoli. (Org.). 30 anos da Constituição Brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, v. 1.
- KIM, Richard Pae. *Separação de poderes e as teorias interna e externa dos direitos fundamentais: direitos sociais e a inaplicabilidade da teoria externa*. Revista de Direito Brasileira, v. 10, 2015.
- KIM, Richard Pae. *Titularidade dos Direitos Fundamentais Difusos e Coletivos*. In: Kim, Richard Pae; Barros, Sérgio Rezende de; Kosaka, Fausto K. M. (Org.). Direitos Fundamentais Coletivos e Difusos: questões sobre a fundamentalidade. 01 ed. São Paulo: Verbatim Editora, 2012, v. 01.
- KIM, Richard Pae; AMENT, Thiago Henrique. *A Efetividade da Justiça e os Poderes Instrutórios do Magistrado: a fundamentalidade, a dimensão organizatória e procedimental e os princípios norteadores*. Direitos Fundamentais & Justiça, v. 24, 2013.
- KIM, Richard Pae; BENASSI, Maria Cristina Kunze dos Santos. *O direito fundamental ao 'processo justo' e seu conteúdo jurídico*. Revista de Processo, v. 279, 2018.
- LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- LIMA NETO, Francisco Vieira; DEL PUPO, Thaís Milani. *Notas sobre o habeas corpus Coletivo: uma análise a partir*

- do HC 143.641/SP e do microsistema do processo coletivo*. Revista Magister de direito penal e processual penal, v. 15, n. 87, dez./jan. 2019.
- MAIOLINO, Eurico Zecchin. *Coisa julgada e as ações coletivas*, Revista de Processo, vol. 123, maio 2005.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos, conceito e legitimação para agir*. 6. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*, Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/04/prof-marinoni-marinoni-o-direito-%C3%80-tutela-jurisdicional-efetiva-na-perspectiva-da-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf>. Acesso em: 01/05/2020.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. *Ação popular e o microsistema do processo coletivo*. In: GOMES Jr., Luiz Manuel; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon (Coord.). *Ação popular aspectos relevantes e controvertidos*. São Paulo: RCS, 2006. (p. 15; p. 194 – 195; p. 390).
- PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*, São Paulo, Lejus, 1998.
- PUPIN, Ricardo Lorenzi. *Os direitos fundamentais sociais como elementos necessários de transformação e efetivação do Estado Democrático*, 2012.
- ROQUE, André Vasconcelos. *As ações coletivas no Direito brasileiro contemporâneo: de onde viemos, onde estamos e para onde vamos?* Revista Eletrônica de Direito Processual REDP. Volume XII. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ.
- SARMENTO, Daniel. *O cabimento do habeas corpus coletivo na ordem constitucional brasileira. Direitos, democracia e república: escritos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O habeas corpus coletivo: uma proposta para o direito brasileiro a partir da experiência jurisprudencial latino-americana*. Revista brasileira de ciências criminais, v. 25, n. 137, nov. 2017.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, vol. I, 2008, p. 40.
- WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. São Paulo: Forense Universitária, 2001.
- WATANABE, Kazuo. *Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense*, Revista de Processo, n. 67, jul./set. 1992.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.