

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

FILIPPE PEDROZA ANTUNES

**HABEAS CORPUS COLETIVO:
Uma análise a partir da teoria estruturante do direito.**

BRASÍLIA

2017

FILIPPE PEDROZA ANTUNES

**HABEAS CORPUS COLETIVO:
Uma análise a partir da teoria estruturante do direito.**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Escola de Direito de Brasília (EDB) como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Professor Dr. Gilmar Ferreira Mendes

**BRASÍLIA
2017**

FILIPPE PEDROZA ANTUNES

**HABEAS CORPUS COLETIVO:
Uma análise a partir da teoria estruturante do direito.**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Escola de Direito de Brasília (EDB) como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.
Professor Dr. Gilmar Ferreira Mendes.

Brasília/DF, ___ de _____ de 2017.

Professor Dr. Gilmar Ferreira Mendes.
Professor Orientador

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

HABEAS CORPUS COLETIVO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO

Filipe Pedroza Antunes

SUMÁRIO

Introdução; 1. O *habeas corpus* no direito brasileiro: uma breve introdução; 2. Hermenêutica constitucional e *habeas corpus*: a teoria estruturante do direito; 3. O programa da norma; 4. O âmbito da norma; Conclusão; Referências.

RESUMO

O presente trabalho analisa a existência do *habeas corpus* coletivo no sistema jurídico brasileiro. Para isso serve-se da teoria estruturante do direito de Friedrich Müller e de seus elementos constitutivos da norma jurídica, o programa da norma e o âmbito da norma. O trabalho parte da hipótese que a teoria estruturante do direito, por anexar à análise do texto normativo aspectos fáticos e linguísticos indispensáveis ao processo de concretização da norma constitucional, é ferramenta teórica apta a justificar a legalidade do *habeas corpus* em defesa de direitos coletivos. Com base neste marco teórico, o estudo identifica e conclui pela existência de uma ação de *habeas corpus* para tutela de direitos coletivos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito constitucional; Habeas corpus; Habeas corpus coletivo; Teoria estruturante do direito.

ABSTRACT

The present paper seeks to analyze the legality of the collective *habeas corpus* on the Brazilian legal system. To verify the existence of this collective action, the paper applies to the Brazilian Constitution, section 5º, LXVIII, the Structuring theory of law, by Friedrich Müller, and its elements, norm program and norm ambit. Based on this theoretical framework, the study identifies and concludes by the existence of a collective *habeas corpus* action to protect collective rights.

KEYWORDS: Habeas corpus; collective action; constitutional law; Structuring theory of law.

INTRODUÇÃO

O *habeas corpus* (HC) é uma garantia constitucional processual do cidadão em face de coações ilegais que restrinjam sua liberdade de locomoção. A Constituição Federal de 1988 elenca o HC como uma garantia fundamental de natureza processual cabível em situações de ilegalidade ou abuso de poder, conforme seu artigo 5º, LXVIII. No plano infraconstitucional, especificamente no art. 648 do Código de Processo Penal (CPP), estão as situações configuradoras da coação ilegal.

Uma análise *prima facie* revela ser o HC um direito fundamental de tutela exclusivamente individual, ou seja, havendo uma situação de coação ilegal, atribui-se ao cidadão o direito de ação contra a autoridade coatora responsável pelo ato.

Apesar disso, o poder judiciário vem sendo instigado a julgar situações concretas de restrição à liberdade de locomoção de uma coletividade.

Alguns casos exemplificativos merecem destaque, como o *habeas corpus* coletivo impetrado contra portaria expedida pelo juízo da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Cajuru-SP, que instituiu um “toque de recolher” na cidade. Também o Recurso Extraordinário nº 0855810, apelo oriundo de um *writ* coletivo impetrado em favor dos “flanelinhas” da Comarca de Volta Redonda-RJ, acusados de exercício ilegal de profissão. E por último, também envolvendo a contravenção penal de exercício irregular de profissão (art. 47 da Lei de Contravenções Penais), tem-se a situação dos motoristas do Uber de Brasília, autuados em flagrante pela prática de tal contravenção.

O debate acerca do *habeas corpus* coletivo surge dentro de um cenário de indefinição quando ao seu cabimento. Não há previsão constitucional ou ordinária a dispor expressamente sobre esta modalidade de ação, contudo a ocorrência de conflitos fáticos concretos envolvendo coações ilegais a uma coletividade ou grupo de pessoas, evidenciam a ausência de um instrumento processual adequado à proteção da liberdade de locomoção em situações de lesão transindividual a um grupo ou coletividade. Nessa perspectiva, faz-se essencial a utilização de um método hermenêutico adequado à solução

Em função da amplitude do tema *habeas corpus*, a pesquisa requer delimitação. O foco do estudo será o cabimento do HC em favor de uma coletividade de pacientes.

O objeto da pesquisa será investigar, a partir da teoria estruturante do direito de Friedrich Müller, se o *habeas corpus* pode ser impetrado em favor de coletividade.

O problema a ser discutido no trabalho, então, é o seguinte: em que medida é cabível o *habeas corpus* coletivo no sistema jurídico brasileiro?

A priori, a jurisprudência majoritária, com fundamento na ausência de expressa previsão legal e no art. 654, §1º “a” do CPP, opinam pela impossibilidade de tutela coletiva em HC.

A hipótese a ser trabalhada no presente trabalho diverge desse entendimento. A hipótese é de que, a partir da teoria estruturante do direito de Friedrich Müller – marco teórico eleito para este fim – é possível compreender a existência e o cabimento de uma ação de *habeas corpus* coletivo no sistema jurídico brasileiro. Assim, especificamente com os elementos do programa da norma e do âmbito da norma pretende-se desenvolver uma argumentação a favor do *habeas corpus* coletivo no sistema jurídico brasileiro.

A metodologia do trabalho terá a seguinte estrutura.

No primeiro tópico será realizada uma exposição sobre o HC no direito brasileiro. No segundo tópico serão expostos os pressupostos teóricos da hermenêutica constitucional e da teoria estruturante do direito. No terceiro tópico será analisado o eixo linguístico da concretização do programa normativo, a partir dos seus elementos constitutivos (literal, histórico, sistemático e teleológico). No quarto tópico será analisado o âmbito da norma. Por fim, no quinto e último tópico será exposto o resultado da aplicação da teoria estruturante ao caso.

1. O HABEAS CORPUS NO DIREITO BRASILEIRO

O termo latim *habeas corpus* (HC) significa “tome o corpo”, segundo Pontes de Miranda, originariamente o termo era utilizado como fórmula do mandado que os tribunais concediam àqueles que tivessem a guarda do detido. Pontes de Miranda acrescenta que “A ordem era do teor seguinte: ‘Toma (literalmente: tome, no subjuntivo, habeas, de habeo, habere, ter exhibir, tomar, trazer, etc.) o corpo dêste detido e vem submeter ao Tribunal o homem e o caso”.¹

No Brasil pré-constituição imperial de 1824, o Conde dos Arcos editou o Decreto 23 de maio de 1821, que primeiro versou sobre o *habeas corpus* em território brasileiro. O referido decreto buscou “antecipar-se” à Constituição liberal que viria a ser editada, e por isso proclama a proteção da liberdade em face de atos abusivos do poder público.

Já a Constituição Imperial de 1824 não fez expressa referência ao HC, seu texto traz apenas disposições gerais acerca do direito de liberdade. O cabimento da ação permaneceu, segundo Pontes de Miranda, implícito ao texto².

O Código criminal do Império de 1830, no Título I, da Parte III, instituiu no rol de crimes contra a liberdade individual, a criminalização de atos atentatórios ao HC, nos quais poderiam figurar como sujeitos ativos os juízes e oficiais de justiça (artigos 183 a 187)³. A

¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **História e prática do habeas corpus**. 3 ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1955. p. 23.

² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **História e prática do habeas corpus**. 3 ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1955. p. 129.

³ Art. 183. Recusarem os Juizes, á quem fôr 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 demorarem 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. Penas - de suspensão do emprego por um mez a um anno, e de prisão por quinze dias a quatro mezes. Art. 185. Recusar, ou demorar a pessoa, a quem fôr dirigida uma ordem legal de

natureza de direito material dessas normas implica reconhecer que a primeira regulamentação processual do HC brasileiro se deu com a edição do Código de processo penal de 1832. Segundo Pontes de Miranda, o Código Criminal criou a pretensão processual, já o Código do Processo criminal criou o remédio⁴.

Ainda segundo ele, a regulamentação dada ao remédio constitucional foi inspirada nos “*Habeas Corpus Acts*” ingleses de 1679 e 1816. Contudo, as singularidades como a legitimação de qualquer cidadão para a sua impetração (art. 340), o possibilidade de concessão *ex officio* e o detalhadamente quanto às hipóteses de ilegalidade da prisão, permite sua qualificação como um *habeas corpus* “*excelentemente nacional*”⁵. Com o advento da Lei nº. 2.033, de 20 de setembro de 1871, introduziu-se o cabimento do *writ* na modalidade preventiva e a concessão de legitimidade ao estrangeiro⁶.

A partir da Constituição Republicana de 1889 o H.C adquiriu status constitucional (art. 72, §22). O texto constitucional revela o rigor do constituinte quanto a proteção da liberdade individual, inclusive com a previsão de recurso de competência direta para o Supremo Tribunal Federal (STF), contra a decisão de juiz ou tribunal que não concedeu a ordem de *habeas corpus*. Segundo Carlos Bastide Horbach:

O *habeas corpus* podia ser requerido a qualquer juiz, chegando ao Supremo Tribunal Federal, como anteriormente visto, por via recursal — em que era autuado na classe processual de *habeas corpus* — ou originariamente, nos termos do artigo 47 do Decreto n. 848, de 1890. Assim, originariamente competia ao STF conhecer dos casos em que o pedido era dirigido contra ato de Juiz Federal, de Ministro de Estado ou do Presidente da República, além das situações em que, ante perigo iminente e verificada a impossibilidade de apreciação da matéria por outro juízo, o *writ* lhe era formalizado. Na ementa do **Habeas Corpus n. 3.969**, Relator para acórdão o Ministro Pedro Lessa, julgado em 17 de maio de 1916, ficou resumida a competência do Supremo na matéria: A regra é conhecer o Supremo

- habeas-corporis - e devidamente intimada, a remessa, e apresentação do preso no lugar, e tempo determinado pela ordem; deixar de dar conta circunstanciada dos motivos da prisão, ou do não cumprimento da ordem, nos casos declarados pela Lei. Penas - de prisão por quatro a dezasseis mezes, e de multa correspondente á metade do tempo. Art. 186. Fazer remessa do preso á outra autoridade; occultal-o, ou mudal-o de prisão, com o fim de illudir uma ordem de - habeas-corporis - depois de saber por qualquer modo que ella foi passada, e tem de lhe ser apresentada. Penas - de prisão por oito mezes a tres annos, e de multa correspondente á metade do tempo. Art. 187. Tornar a prender pela mesma causa a pessoa, que tiver sido solta por effeito de uma ordem de - habeas-corporis - passada competentemente. Penas - de prisão por quatro mezes a dous annos, e de multa correspondente á metade do tempo. Se os crimes, de que tratamos tres artigos antecedentes, forem commettidos por empregados publicos em razão, e no exercicio de seus empregos, incorrerão, em lugar de pena de multa, na de suspensão dos empregos; a saber: no caso do artigo cento oitenta e cinco, por dous mezes a dous annos; no caso do artigo cento oitenta e seis, por um a quatro annos; e no caso do artigo cento oitenta e sete, por seis mezes a tres annos.

⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **História e prática do habeas corpus**. 3 ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1955. p. 154.

⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **História e prática do habeas corpus**. 3 ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1955. p. 133.

⁶ Art. 18, §1º: Tem lugar o pedido e concessão da ordem de habeas-corporis ainda quando o impetrante não tenha chegado a soffrer o constrangimento corporal, mas se veja d'elle ameaçado. Art. 18, § 8º : Não é vedado ao estrangeiro requerer para si ordem de habeas-corporis, nos casos em que esta tem lugar.

Tribunal Federal de pedidos de *habeas corpus* em segunda instância. Excepcionalmente conhece o mesmo Tribunal originariamente de tais pedidos: a) quando se trata de violência ou crimes imputados ao Presidente da República e aos ministros de Estado; b) quando o constrangimento procede dos juízes seccionais; c) quando o caso é urgente e não há possibilidade de invocar outra autoridade judiciária.⁷

O art. 72, §22 da Constituição de 1889 atribuiu ao *habeas corpus* o papel de ação cabível para as hipóteses de: a) iminente perigo de sofrer violência; b) coação por ilegalidade; c) abuso de poder. Note-se facilmente que a linguagem vaga adotada confere ao instituto aptidão de tutelar judicialmente inúmeras pretensões processuais e incontáveis situações fáticas. Esta ampla regulamentação das hipóteses de cabimento culminou o desenvolvimento de três teorias quanto ao cabimento do HC. Grinover, Gomes Filho e Scarance Fernandes cotejam as posições na seguinte passagem:

Na verdade, três posições se firmaram com o advento da Constituição república: alguns, como Rui Barbosa, sustentavam que a garantia deveria ser aplicada em todos os casos em que um direito estivesse ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício por abuso de poder ou ilegalidade; em sentido oposto, afirmava-se que o *habeas corpus*, por sua natureza e origem histórica, era remédio destinado exclusivamente à proteção da liberdade de locomoção; e, finalmente, uma terceira corrente, vencedora no seio do Supremo Tribunal Federal, propugnava incluir na proteção do *habeas corpus* não só os casos de restrição da liberdade de locomoção, como também as situações em que a ofensa a essa liberdade fosse meio de defender outro direito. Assim, exemplificava Pedro Lessa: quando se ofende a liberdade religiosa, obstando que alguém penetre no templo, tem cabimento o *habeas corpus*, pois foi embaraçando a liberdade de locomoção que se feriu a liberdade religiosa; quando se ofende a liberdade religiosa, porque se arrasam as igrejas, ou se destroem os objetos do culto, não é possível requerer o remédio, porque aí não está em jogo a liberdade de locomoção das pessoas.⁸

Tal situação gerou a famosa doutrina brasileira do *habeas corpus*, episódio da história constitucional brasileira que é apontada por Elival da Silva Ramos como a primeira manifestação de ativismo judicial na história do Brasil⁹. Alberto Toron, cita alguns casos peculiares com base nos textos de Leda Boechat Rodrigues:

LEDA BOECHAT RODRIGUES, em trabalho clássico sobre o tema, destaca ter sido por meio do *habeas corpus* que: O Supremo garantiu a posse de governadores de Estado, senadores, deputados, vereadores, a liberdade de imprensa, de reunião e de religião, reconheceu o direito de greve, afirmou, durante os frequentes estados de sítio e intervenções

⁷ HORBACH, Carlos Bastide. **Memória jurisprudência**: Ministro Pedro Lessa. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007. p. 77.

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO, Antonio Magalhães Gomes; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 271.

⁹ RAMOS, Elival Da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 230.

federais, as imunidades parlamentares e o direito de senadores e deputados publicarem na imprensa diária seus discursos¹⁰

A reforma constitucional de 1926 restringiu o cabimento do HC apenas às situações de liberdade de locomoção, encerrando a tradição brasileira de amplo cabimento do *habeas corpus*. Sobre a Constituição de 1934, Alberto Toron aponta que nesse texto surgiu “a regra segundo a qual caberia ao STF conhecer e julgar *habeas corpus* originariamente ainda se houvesse perigo de se consumir a violência antes que outro Juiz ou Tribunal possa conhecer do pedido” (art. 76, I, letra h)”. Quanto às Constituições de 1937 e 1946, Toron sintetiza:

“Já a Carta de 1937, no seu art. 122, inc. 16, preceituava: Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer, ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal, na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar. O art. 101, I, letra g, também repetia a regra constante do art. 76, I, h da Constituição de 1934. A despeito disso, no Estado Novo (1937-1945), o País ficou sob o Estado de Emergência, isto é, com a suspensão das garantias constitucionais. Destes breves apontamentos históricos é importante ressaltar que o Código de Processo Penal de 1941, promulgado no Estado Novo getulista, de inspiração fascista, sob a égide da Carta de 1937, no seu art. 647, na linha da referida Carta refere-se à iminência da violência ou coação como requisito para a concessão da ordem em caráter preventivo. A regulação do *habeas corpus* pelo CPP de 1941 permanece praticamente intacta [...]. A partir da Constituição de 1946, já sob regime democrático, writ foi regulado de forma mais ampla e generosa, sendo suprimida a exigência da iminência da coação ou violência para a concessão do *habeas corpus* preventivo. O art. 141, §23, estabelecia: 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. Daí em diante passou-se a entender que “é admissível a tutela antecipada mesmo em situações em que a prisão constitua evento apenas possível a longo prazo”. Isso tem permitido [...] “que o *habeas corpus* seja, entre nós, um remédio extremamente eficaz para o controle da legalidade de todas as fases da persecução criminal”¹¹

A regulamentação do HC foi mantida pela Constituição de 1964, apenas com a promulgação do Ato Institucional nº 5, suspendeu-se a impetração da ação nos casos de crimes políticos contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular. Com o Ato institucional nº 6, vedou-se a sua utilização como substitutivo do Recurso Ordinário, disposição que com a Emenda n. 1, de 17 de outubro de 1969 foi incorporada ao texto constitucional (art. 119, II, “c”, da Constituição de 1964).¹²

¹⁰ RODRIGUES, Leda Boechat. História do Supremo Tribunal Federal. t. III/1910-1926. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. p. 34 apud TORON, Alberto Zacharias. **Habeas corpus**: controle do devido processo: questões controvertidas e de processamento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 43.

¹¹ TORON, Alberto Zacharias. **Habeas corpus**: controle do devido processo: questões controvertidas e de processamento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 44.

¹² TORON, Alberto Zacharias. **Habeas corpus**: controle do devido processo: questões controvertidas e de processamento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 45.

A CF de 1988 manteve a tradição de constitucionalização da ação, a qual possui estatura de garantia fundamental, nos moldes do art. 5º, LXVII e âmbito de proteção estritamente normativo, conforme os arts. 647 a 667 do CPP.¹³ Em relação ao atual regramento do *habeas corpus* brasileiro, algumas particularidades procedimentais devem ser mencionadas. Apesar de formalmente previsto no rol dos recursos processuais penais, trata-se de uma ação autônoma de impugnação¹⁴, com traços de ação popular, pois pode ser impetrada pelo Ministério Público (MP) ou por qualquer pessoa natural, inclusive estrangeiros.¹⁵ Sua particular função de defesa da liberdade caracteriza-o como meio de impugnação de atos que ameaçam ou restringem a liberdade de forma direta ou indireta (investigação ou processo sem justa causa), de forma preventiva ou liberatória¹⁶, mediante tutela declaratória, constitutiva ou mandamental.¹⁷

2. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E HABEAS CORPUS: A TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO

Finalizadas as considerações exordiais, cabe adentrar-se ao problema deste trabalho. A ciência jurídica, diferentemente das ciências exatas, não se utiliza de uma linguagem altamente formalizada¹⁸, pelo contrário, a linguagem do direito é produzida pelo legislador, que por sua vez se dirige ao cidadãos – que precisam compreender tais comandos¹⁹ – por meio da edição de normas jurídicas em linguagem corrente. No entanto, é exatamente a utilização desse tipo de linguagem dotada de inafastável vagueza e ambiguidade quanto ao conteúdo normativo o objeto de estudo da ciência positiva do direito. A linguagem jurídica é dotada de vagueza e porosidade, características denominadas por Hart de “textura aberta” das normas jurídicas, segundo ele

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: Estudos de direito constitucional. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 262.

¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO, Antonio Magalhães Gomes; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 267.

¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO, Antonio Magalhães Gomes; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 279.

¹⁶ GIACOMOLLI, NEREU JOSÉ. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 466.

¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 465.

¹⁸ JOTA. **Reflexão crítica: obstrução de investigação de organização criminosa**. Disponível em: <<https://jota.info/especiais/reflexao-critica-obstrucao-de-investigacao-de-organizacao-criminosa-03102016>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

¹⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 451.

Qualquer que seja a estratégia escolhida para a transmissão de padrões de comportamento, seja o precedente ou a legislação, esses padrões, por muito facilmente que funcionem na grande massa de casos comuns, se mostrarão imprecisos em algum ponto, quando sua aplicação for posta em dúvida; terão o que se tem chamado de *textura aberta*. Até aqui temos apresentado isso, no caso da legislação, como uma característica geral da linguagem humana; a incerteza nas zonas limítrofes é o preço a pagar pelo uso de termos classificatórios gerais em qualquer forma de comunicação referente a questões factuais. Usadas dessa forma, as línguas naturais, como o inglês, têm uma textura irredutivelmente aberta.²⁰

As proposições de direitos fundamentais – como não poderiam deixar de ser – são extremamente vagas, o que torna complexo o processo de averiguação da incidência e juridicização de um suporte fático concreto.

Neste contexto, o intérprete do direito exerce um papel fundamental através da hermenêutica jurídica, a ele compete trazer à compreensão o sentido de um texto que, em uma situação concreta, se mostre problemático²¹. Conforme Lenio Streck: “o intérprete sempre atribui sentido (Sinngabung) ao texto”²². Daí se pode afirmar, conforme a metáfora de Eros Grau, que o texto normativo é alográfico²³, pois “Não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A completude do texto somente é realizada quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete”²⁴.

Ante a estatura constitucional do HC, sua interpretação deve levar em conta algumas peculiaridades. A Constituição, por ser um documento amplo e aberto, constantemente apresenta problemas de interpretação²⁵, o que demanda a utilização de procedimentos hermenêuticos específicos, racionais e controláveis²⁶.

O primeiro método a ser destacado é o hermenêutico clássico. A CF, segundo os adeptos dessa corrente, é vista como uma lei comum, e por isso deve ser interpretada de acordo com as fórmulas clássicas de interpretação da lei desenvolvidas por Savigny: interpretação sistemática, histórica, lógica e gramatical²⁷.

Sucedem que a irrestrita aplicação desta tese apresenta falhas significativas. A primeira é que em geral as normas dos demais ramos do direito apresentam um “alto grau de densidade

²⁰ HART, H.L.A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 166.

²¹ LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Tradução de José Lamego. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 439.

²² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. 1 ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, p. 92.

²³ GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e dos princípios. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 36-37.

²⁴ GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e dos princípios. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 36.

²⁵ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**: São Paulo: Saraiva, 2009. p. 102.

²⁶ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**: São Paulo: Saraiva, 2009. p. 103.

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 91.

normativa²⁸, enquanto o texto constitucional é essencialmente dotado de princípios que precisam ser preenchidos e concretizados²⁹; a segunda é que a metodologia desenvolvida por Savigny não foi concebida para o direito público, mas sim para o direito privado³⁰, razão pela qual não se mostra adequado aos escopos deste trabalho.

Importa destacar ainda o método tópico, cuja análise foca no problema concreto a ser solucionado³¹, segundo Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco este “toma a Constituição como um conjunto aberto de regras e princípios, dos quais o aplicador deve escolher aquele que seja mais adequado para a promoção justa de um caso concreto”. E o método científico-espiritual, que trata a Constituição como um sistema axiológico/cultural de um determinado povo³². Estes também apresentam falhas relevantes. O primeiro supõe um consenso sobre o conteúdo da Constituição, o que dificulta sua operacionalidade em sociedades plurais e polarizadas³³; já o segundo torna o resultado da interpretação constitucional expressivamente flexível e cambiante³⁴. Essas dificuldades demonstram a inaptidão dos métodos tópico e científico-espiritual para a aplicação do texto constitucional.

Para a solução da controvérsia acerca do cabimento do HC coletivo no direito brasileiro, mostra-se adequado o método hermenêutico concretizador³⁵ – desenvolvido a partir da teoria estruturante do direito de Friedrich Müller –, o qual oferece um “procedimento estruturado e controlado para permitir soluções interpretativas com pretensão de validade científica”³⁶.

Aqui é preciso abrir um parêntese metodológico. De acordo com Eros Grau “a interpretação feita pela ciência jurídica não é autêntica. É pura determinação cognoscitiva do

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p. 91.

²⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993. p. 23. apud MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 91.

³⁰ Importa ressaltar que o presente trabalho não nega a utilidade dos cânones hermenêuticos, os quais serão explorados adiante, mas sim efetiva uma crítica quanto à sua utilização isoladamente. MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**: 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 47.

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.92. COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 142.

³² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 92.

³³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 92.

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 92.

³⁶ BLANCO DE MORAIS, Carlos. **Curso de direito constitucional**: Teoria da constituição em tempo de crise do estado social. T2, 2º V. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 624.

sentido das normas jurídicas. Não é criação jurídica”³⁷. A apreciação aqui realizada não se enquadra na interpretação autêntica de Kelsen³⁸, neste trabalho propõe-se uma exegese de natureza puramente acadêmica, como leciona Eros Grau:

Quem produz uma norma exerce um ato de poder. E é certo, ainda que não apenas o intérprete autêntico interpreta. Também o fazem os advogados, os juristas, o admirador público e os cidadãos, até o momento anterior ao da definição da norma de decisão. Ora, se as normas nascem da interpretação, também esses intérpretes não autênticos produzem normas. O homem faminto que, sem nenhuma moeda, ao passar por uma barraca de frutas não arrebatada uma maçã interpreta um texto de direito – o texto que coíbe o furto –, produzindo norma. Porque a interpretação do direito consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação [Gadamer 1991:401], o homem faminto, ao interpretar a lei desde o seu caso concreto, aplica-a. Não obstante, unicamente o intérprete autêntico cria direito. no sentido de definir normas de decisão.³⁹

Superada esta questão, urge retomarmos a aplicação do método concretista ao caso do *habeas corpus* coletivo. A teoria estruturante do direito de Friedrich Müller examina a norma jurídica a partir de uma perspectiva “pós-positivista”, o autor refuta a metodologia positivista, que segundo ele considera a norma e o texto da norma uma unidade, e que ao justapor os planos do “ser” e “dever-ser” afasta o direito da “realidade da vida”, gerando atos incontrolláveis de irracionalismo na prática jurídica⁴⁰. Segundo o professor da Universidade de Heidelberg:

[...] o positivismo legalista ainda não superado pela teoria e práxis refletidas, com sua compreensão do direito como sistema sem lacunas, da decisão como uma subsunção estritamente lógica, e com a sua eliminação de todos os elementos da ordem social não reproduzidos no texto da norma, é tributário de uma ficção que não pode ser mantida na prática⁴¹

Como enfatiza Hesse, a Constituição e a realidade não podem ser isolados⁴², :

O conteúdo de uma norma constitucional não pode, de ordinário, realizar-se apenas com base nas pretensões nela contidas (sobretudo expressadas na forma de um enunciado lingüístico) e isso tanto menos quanto mais geral, incompleto e indeterminado esteja redigido o texto da norma. Por isso, a fim de poder dirigir a conduta humana em cada situação, a norma, fragmentária em maior ou menor medida, necessita de “concretização”, o que só será possível quando se levem em consideração, nesse processo, junto com o contexto normativo, as singularidades das relações existenciais concretas sobre as quais a norma pretende incidir. A operação de realização da norma constitucional não pode desprezar essas singularidades, sob pena

³⁷ GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e dos princípios**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 54.

³⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**: tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 394.

³⁹ GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e dos princípios**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 47.

⁴⁰ MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**: 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 46.

⁴¹ MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**: 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 50.

⁴² HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**: São Paulo: Saraiva, 2009. p. 97.

de fracassar diante dos problemas suscitados pelas situações que a Constituição é chamada a resolver⁴³

Dentro desta perspectiva Müller propõe uma guinada metódica do direito constitucional, com foco na concretização da Constituição. A partir da teoria estruturante do direito, Müller desvincula a norma jurídica da proposição textual. Na metáfora por ele proposta, o teor literal é apenas a “ponta do iceberg”.

A teoria estruturante do direito propõe uma diferenciação estrutural entre texto e norma, o texto (teor literal) serve para a formulação do programa da norma, mas a identificação da norma não se esgota neste elemento, trata-se de um dos elementos mais importantes do processo de concretização, mas não é o único⁴⁴. O texto da norma não contém a normatividade, ele limita a atividade interpretativa e direciona as possibilidades de concretização⁴⁵.

O teor literal expressa o programa da norma, enquanto o âmbito da norma o “recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma ‘escolheu’ para si ou em parte para si como seu âmbito de regulamentação”⁴⁶. Portanto, a norma jurídica concretizada surge da combinação do programa da norma com o âmbito da norma⁴⁷, a norma é construída em um processo dialético a partir destes dois elementos, sempre em um caso concreto.

A solução concreta não é oferecida pelo autor da teoria estruturante do direito de modo irracional ou voluntarista, mas sim a partir de um procedimento sistemático desenvolvido em duas etapas. Müller refuta a execução deste processo em graus de interpretação, o autor adota a concepção de que a concretização dos dois elementos constitui um processo unitário, pontua Müller:

Em correspondência ao seu procedimento estruturante, essa metódica não fala de ‘graus’ ou ‘estágios’ da interpretação, mas de ‘elementos’ do processo de concretização. Savigny esclarece com a denominação ‘elementos’ que os aspectos de método não constituem ‘espécies da interpretação’ separáveis umas das outras, mas momentos de um processo unitário de interpretação, e que a sua relação somente pode ser determinada com vistas à estrutura material do caso jurídico individual⁴⁸

⁴³ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**: São Paulo: Saraiva, 2009. p. 98.

⁴⁴ MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 61.

⁴⁵ MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 57.

⁴⁶ MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 58.

⁴⁷ MÜLLER, Friedrich. **Interpretação e Concepções atuais dos direitos do homem**. Anais da XV Conferência Nacional dos advogados do Brasil, São Paulo. 1995. p. 541.

⁴⁸ MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 69.

As duas etapas consistem na análise do programa da norma e do âmbito da norma, na conjugação entre texto e realidade. O primeiro elemento oferece um conjunto de dados linguísticos extraídos do texto normativo e a análise deste elemento oferece um resultado provisório⁴⁹ - a primeira parte da norma⁵⁰ – alcançado a partir dos cânones clássicos de interpretação já mencionados (literal, sistemático, histórico e lógico) e dos princípios da hermenêutica constitucional (concordância prática, força normativa da Constituição, unidade da Constituição, máxima efetividade das normas constitucionais).

Já o segundo elemento é construído a partir do âmbito da norma, a realidade fática esculpida através dos dados sociais, políticos, econômicos e técnicos⁵¹. Segundo Müller, sendo estes fatos “(a) relevantes para a questão de direito em epígrafe e (b) compatíveis com o programa da norma elaborado, eles constituem a segunda parte integrante da norma jurídica, a área da norma. Ela contém, por conseguinte, os fatos que podem embasar legitimamente a decisão”⁵².

Exposta a metódica estruturante de Müller e o método hermenêutico concretizador, importa aplicarmos os seus pressupostos à solução do caso concreto, isto é, ao cabimento do cabimento do habeas corpus coletivo no sistema jurídico brasileiro.

3. O PROGRAMA NORMATIVO

Em concreto, temos duas posições hermenêuticas para a questão do HC coletivo: a primeira corrente defende o não cabimento do remédio constitucional em via coletiva, pela ausência de expressa previsão legal; a segunda advoga que *writ* coletivo é cabível no sistema jurídico brasileiro, pois conforme Ademir Borges, Daniel Sarmento e Camilla Gomes

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

⁴⁹ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 291.

⁵⁰ MÜLLER, Friedrich. **Interpretação e Concepções atuais dos direitos do homem**. Anais da XV Conferência Nacional dos advogados do Brasil, São Paulo. 1995. p. 541.

⁵¹ MÜLLER, Friedrich. **Interpretação e Concepções atuais dos direitos do homem**. Anais da XV Conferência Nacional dos advogados do Brasil, São Paulo. 1995. p. 541.

⁵² MÜLLER, Friedrich. **Interpretação e Concepções atuais dos direitos do homem**. Anais da XV Conferência Nacional dos advogados do Brasil, São Paulo. 1995. p. 541.

Tribunal Federal consagra a interpretação ampliativa de remédios constitucionais visando ao seu fortalecimento. A Corte Suprema reconheceu, mesmo sem previsão constitucional ou legal expressa, a possibilidade de impetração coletiva de mandado de injunção, em entendimento que pode ser estendido, por razões ainda mais robustas, ao *habeas corpus*. Diante do exposto, pode-se responder à Consultante afirmando que se afigura **plenamente admissível a impetração de *habeas corpus* coletivo no ordenamento jurídico brasileiro**.⁵³

Portanto, para os referidos autores três argumentos justificam a coletivização da demanda, quais sejam: I) a suposta flexibilidade do *habeas corpus*; II) a priorização pelo *habeas corpus* da tutela à liberdade de locomoção em detrimento de preocupações formais; III) a suposta jurisprudência ampliativa do STF quanto aos remédios constitucionais. É preciso analisar-se estas assertivas individualmente:

(I) como exposto no início deste trabalho, de fato, no Brasil houve uma certa flexibilidade quanto ao cabimento do *habeas corpus*, contudo esta assertiva, se isolada, pouco importa para a aplicação do atual HC brasileiro. Pois esta flexibilidade se deu – com o desenvolvimento da doutrina brasileira do *habeas corpus* que admitia via esta ação a tutela de direito conexos à liberdade de locomoção⁵⁴ – em um momento isolado da vivência institucional brasileira. Considerar este dado e aplica-lo de forma isolada ao atual texto constitucional, pouco contribui para o cabimento do *habeas corpus* coletivo sob a égide da CF de 1988.

(II) priorização, pelo *habeas corpus*, da tutela à liberdade de locomoção em detrimento de preocupações formais: Em tese, toda ação deve atender à instrumentalidade do processo e priorizar o direito material em face de preocupações formais⁵⁵, por ser uma garantia processual destinada à proteção da liberdade de locomoção, a situação quanto ao direito material em *habeas corpus* é notadamente mais sensível. Nesse ponto é correta a afirmação dos autores. Mas é preciso cautela, pois mesmo em uma ação na qual a primazia do direito material é tão evidente – a ponto de poder se concedida de ofício (art. 654, §2º) – é preciso delinear os limites do que se entende por liberdade de locomoção em detrimento de preocupações formais.

(III) Sarmento, Borges e Gomes mencionam a existência de uma “jurisprudência ampliativa dos remédios constitucionais” no STF, pois o tribunal entendeu cabível o Mandado de Injunção coletivo, a despeito da existência de expressa previsão legal. Segundo eles, por serem ações constitucionais, é possível traçar um paralelo entre *habeas corpus* e mandado de

⁵³ CLÍNICA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ. **Parecer em defesa de *habeas corpus* coletivo**. Disponível em: <http://uerjdireitos.com.br/wp-content/uploads/2015/05/uerjdireitos_habeas-corpus-coletivo-e-liberdade-re-8558101.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2017. p. 26-27.

⁵⁴ RAMOS, Elival Da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 235.

⁵⁵ Sobre a instrumentalidade do processo, confira-se: DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

injunção, aplicando o entendimento do STF quanto à coletivização desta ação àquela⁵⁶. No entanto, esquecem os autores que à época, o Mandado de Injunção sequer possuía lei regulamentadora – a Lei nº 13.300/2016 – diferentemente do habeas corpus, que possui âmbito de proteção marcadamente normativo delimitado pelo Código de Processo Penal. Assim, também resta inadequada qualquer construção argumentativa do *habeas corpus* coletivo com base na aplicação analógica de precedente relativo ao mandado de injunção.

A análise do HC coletivo deve levar em conta robustas premissas teóricas, calculáveis e seguras quanto aos limites de sua aplicação. Longe, portanto, da irracionalidade e do improvisado. É nítida a insuficiência dos critérios para a comprovação da legalidade da coletivização do HC, essa situação revela perfeitamente que os atores do direito constitucional brasileiro, por tratarem de valores tão vagos e sensíveis à sociedade, como dignidade da pessoa humana, liberdade, cidadania e igualdade, transformam-se em românticos, autores de belas obras literárias, mas pouco científicas e afastadas dos pressupostos teóricos do direito constitucional⁵⁷.

É necessário aplicar ao caso uma metódica que respeite adequadamente os limites da interpretação constitucional. Uma argumentação cientificamente adequada deve levar em consideração a “artéria interpretativa” concretizante da Constituição.⁵⁸

Como mencionado acima, a análise do programa normativo impõe a articulação do texto a partir de quatro estágios, os clássicos critérios interpretativos originariamente desenvolvidos por Savigny – (literal, lógico-sistemático, histórico e teleológico axiológico⁵⁹).

Os cânones clássicos de interpretação, embora não solucionem o problema da indeterminação da linguagem jurídica, diminuem o grau de indeterminabilidade⁶⁰. Ressalte-se que apesar das críticas elaboradas às técnicas clássicas de interpretação, Müller não descarta a sua importância⁶¹. Neste ponto é preciso delimitar o poder do intérprete, a ele não cabe escolher discricionariamente a solução que lhe convém, isolando um ou outro método. Os métodos

⁵⁶ CLÍNICA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ. **Parecer em defesa de habeas corpus coletivo**. Disponível em: <http://uerjdireitos.com.br/wp-content/uploads/2015/05/uerjdireitos_habeas-corpus-coletivo-e-liberdade-re-8558101.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2017. p. 25.

⁵⁷ FAIGMAN, David L. **Constitutional fictions: A unified theory of constitutional facts**. New York: Oxford University Press, 2008. p. 7

⁵⁸ A expressão é de Paulo Bonavides: BONAVIDES, Paulo. **Reflexões - política e direito**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 396.

⁵⁹ BLANCO DE MORAIS, Carlos. **Curso de direito constitucional: Teoria da constituição em tempo de crise do estado social**. T2, 2º V. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 630.

⁶⁰ HART, H.L.A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 164.

⁶¹ MAGALHÃES, Marco Túlio Reis. Hermenêutica constitucional: comparação das teorias de Konrad Hesse e Friedrich Müller. **Revista Jurídica Virtual - Brasília**, Brasília, v. 7, n. 75, out./nov. 2005.

devem ser “entrelaçados”⁶². A interpretação legal há de se desenrolar metodicamente, qualquer solução que fuja desses parâmetros mostrar-se-á abusiva.

3.1 Interpretação literal

Como aponta Larenz, a interpretação de um texto deve ter início a partir do sentido literal, ou seja, “o significado de um termo ou de uma cadeia de palavras no uso linguístico geral”⁶³. Müller, por sua vez, indica que a concretização da Constituição tem início com o teor literal da prescrição⁶⁴. A exegese literal de um preceito normativo há de ser efetivada com cautela. Trata-se de uma tarefa delicada que impõe ao intérprete máxima precisão a fim de evitar ilegalidades e modificações de sentido. O texto é o limite intransponível da legitimidade da interpretação literal. Segundo Larenz

O que está para além do sentido literal linguisticamente possível e é claramente excluído por ele já não pode ser entendido, por via da interpretação, como o significado aqui decisivo deste termo. Diz acertadamente MEIER-HAYOZ que o «teor literal tem, por isso, uma dupla missão: é ponto de partida para a indagação judicial do sentido e traça, ao mesmo tempo, os limites da sua atividade interpretativa». Uma interpretação que se não situe já no âmbito do sentido literal possível, já não é interpretação, mas modificação de sentido.

No caso do HC, o teor literal do art. 5º, LXVIII dispõe: “conceder-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”. Já o Código de processo penal prevê no art. 647: “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar”.

Em ambas as disposições normativas, nota-se que a dicção literal não faz referência a utilização do *writ* em situações exclusivamente individuais. Uma análise da estrutura normativa assegura a afirmação acima. Segundo Tércio Sampaio Ferraz uma norma jurídica é composta por um operador normativo; uma descrição da ação que é o seu argumento e uma descrição da condição da ação, assim “O operador determina o caráter normativo: norma obrigatório ou proibitiva ou permissiva; a descrição da ação constitui o conteúdo da norma; e a condição da ação é a sua condição de aplicação”⁶⁵. No caso dos artigos 5º, LXVIII da CF e 647 do CPP, o

⁶² MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 76.

⁶³ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 450.

⁶⁴ MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 71.

⁶⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 74.

operador normativo⁶⁶ contém uma obrigação; uma descrição da ação, “alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção”, e uma condição da ação “por ilegalidade ou abuso de poder”.

A situação normativa revelada isoladamente pelo cânone literal não oferece uma solução pertinente ao caso, pois deixa margem para variantes interpretações⁶⁷. Da situação aqui exposta importa a conclusão parcial de que a exegese literal/gramatical das regras atinentes ao HC não exclui sua impetração na modalidade coletiva.

3.2 Interpretação histórica

A interpretação histórica impõe uma visão “*ex tunc*” da norma⁶⁸. Os aspectos históricos constituem um importante subsídio ao intérprete⁶⁹, pois não há como compreender o atual HC brasileiro dissociado da evolução histórica do instituto no sistema jurídico pátrio, como afirma Karl Larenz o Direito apresenta a estrutura temporal da historicidade, assim:

Mantém-se durante mais ou menos tempo e encontra-se num processo contínuo de adaptação às variações do tempo histórico, quer dizer, do tempo que tem a marca do homem. Quem quiser compreender o Direito do presente no seu estágio actual tem também que ter em vista o seu devir histórico, bem como a sua abertura face ao futuro⁷⁰

Um olhar retrospectivo demonstra a utilização, em tempos remotos, do HC em favor de uma coletividade. Geraldo Prado disserta a partir do art. 340 do Código de Processo Criminal do Império, primeira regulamentação processual e sistemática do *writ* na história brasileira, que já naquela época impetrava-se o writ na modalidade coletiva em favor dos negros pós “*lei do ventre livre*”, época em que Manoel Godofredo d’Alencastro Autran afirmara que “O paciente da violência pode ser coletivo ou singular; e quer num, quer noutro caso lhe é indisputável o direito de usar do habeas-corpus”⁷¹, e, com base nesse trecho, Prado disserta:

[...] Volto ainda mais nos tempo, às lições de 1879, de Manoel Godofredo d’Alencastro Autran, citadas no preâmbulo deste parecer, para rememorar

⁶⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 74.

⁶⁷ LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Tradução de José Lamego. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 485.

⁶⁸ BLANCO DE MORAIS, Carlos. **Curso de direito constitucional: Teoria da constituição em tempo de crise do estado social**. T2, 2º V. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 641.

⁶⁹ FERRAZ, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: Técnica, decisão dominação. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 263.

⁷⁰ LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Tradução de José Lamego. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 263.

⁷¹ AUTRAN, Manoel Godofredo d’Alencastro. Do Habeas Corpus e seu recurso ou compilação das disposições legais, e decisões do Governo a respeito, em exposição simples e methodica, seguida de um formulário do respectivo processo, e de um índice alfabético. Rio de Janeiro: Garnier, 1879. p. 10-11. *Apud* PRADO, Geraldo. Habeas corpus coletivo. In: O direito penal e o processo penal no Estado de direito: análise de casos. Florianópolis: Empório do Direito, p. 261.

as circunstâncias em que, à luz do art. 340 do Código de Processo Criminal do Império, e depois do advento das leis que proscreveram o tráfico de escravos e promulgaram o “ventre livre”, a proteção de negros “suspeitos”, que perambulavam pela cidade do Rio de Janeiro, sem cometer crime algum, dependia do habeas corpus coletivo, que integrava uma das muitas formas das chamadas ações de liberdade⁷²

Além deste, merece destaque o *habeas corpus* coletivo impetrado por Rui Barbosa em favor dos cidadãos presos ilegalmente pelo decreto de estado de sítio assinado pelo Marechal Floriano Peixoto (1892). No mérito, buscava-se a declaração de inconstitucionalidade do estado de sítio e o reconhecimento da ilegalidade das prisões ocorridas, os aspectos materiais da demanda pouco importam ao caso. Contudo, observa-se que em sua petição, o impetrante catalogou os favorecidos pela ação em três categorias, isto é, três grupos distintos. Vejamos:

[...] Senhoras juizes, os cidadãos por quem se vos solicita habeas-corpus, distribuem-se em três categorias, cuja situação carece discriminadamente ser examinada: I Os presos antes de aberto o estado de sitio, II Os considerados como incursos em prisão pela declaração official que encerrou o estado de sitio III Os presos durante o estado de sitio⁷³

O STF negou seguimento à ação impetrada. Nada obstante, Rui Barbosa voltou a impetrar o *habeas corpus* em favor de uma coletividade. Em 1893 foram impetrados os habeas corpus 406 e 410 em favor dos cidadãos, passageiros e tripulantes a bordo do navio mercante “úpiter, cuja liberdade fora cerceada por ordem do Vice-Presidente da República Marechal Floriano Peixoto.

No mérito, a ordem foi concedida. Importante observar no caso acima a existência, mais uma vez, de uma coletividade de pacientes emparelhados por uma única situação jurídica. O STF julgou a questão e proferiu o seguinte acórdão:

Vista, exposta e discutida a matéria da petição junta de *habeas corpus*, impetrada pelo cidadão Ruy Barbosa, em favor dos presos David Ben Obill, Francisco da Silva, Américo Amaro da Silva e outros, em número de 48, em sua generalidade cidadãos brasileiros, além de quaisquer outros, nas mesmas condições, todos recolhidos às fortalezas de Santa Cruz e Lage, por ordem do Presidente da República, tendo sido apresentada pelo juiz relator a preliminar da incompetência do Tribunal para tomar conhecimento dela, por ser originária, não passou por maioria de votos; em seguida apresentada pelo mesmo relator nova preliminar, por não estar a petição nos termos do art. 341 § 2o do Código do Processo, a qual igualmente não passou por maioria de votos; e finalmente sendo discutida de *meritis* a matéria da petição, foi concedida a ordem impetrada em prol dos sobreditos pacientes e designada a sessão do dia 9 do corrente mês às

⁷² AUTRAN, Manoel Godofredo d’Alencastro. Do Habeas Corpus e seu recurso ou compilação das disposições legais, e decisões do Governo a respeito, em exposição simples e methodica, seguida de um formulário do respectivo processo, e de um índice alfabético. Rio de Janeiro: Garnier, 1879, p. 10-11. Apud PRADO, Geraldo. Habeas corpus coletivo. In: O direito penal e o processo penal no Estado de direito: análise de casos. Florianópolis: Empório do Direito, p. 265.

⁷³ BARBOSA, Ruy. **O estado de sítio**: sua natureza, seus fins, seus limites. Capital Federal: Companhia Impressora, 1892. p. 8.

10 horas da manhã para o comparecimento de todos os pacientes, e bem assim a apresentação das informações que o Governo entender dar, por intermédio do Ministério dos Negócios da Guerra, acerca dos motivos legais que autorizaram e obrigam a conservação deles nas prisões em que se acham. Pagas afinal as custas.⁷⁴

É certo que as demandas judiciais capitaneadas por Rui Barbosa constituem o embrião da doutrina brasileira do *habeas corpus*, que posteriormente foi encerrada com a reforma constitucional de 1926. Contudo, estas situações demonstram que não é nenhuma novidade – apesar de não receber a denominação de uma ação coletiva – falarmos em *habeas corpus* coletivo para a defesa da liberdade de locomoção de um grupo de pessoas no Direito brasileiro⁷⁵.

Estes dados são fundamentais para a delimitação do papel que o HC deve exercer na atualidade⁷⁶, a doutrina brasileira do *habeas corpus* foi superada com o intuito de reduzir a quantidade de processos desta classe, paradoxalmente, a ampliação do seu âmbito de proteção por meio da coletivização, por óbvio, tende a diminuir e dar maior efetividade ao sistema processual brasileiro.

3.3 Interpretação sistemática:

O terceiro momento da delimitação do programa normativo consiste na concretização lógico-sistemática, pelo qual se compara os aspectos de um determinado dispositivo com outras prescrições da mesma lei, ou de lei diversa⁷⁷, o que permite “uma concordância objectiva entre as disposições legais singulares”⁷⁸. Uma interpretação sistemática pressupõe a unidade do ordenamento jurídico⁷⁹ e “a conexão das normas do ordenamento num todo que culmina (e principia) pela primeira norma-origem do sistema, a Constituição”⁸⁰.

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr, “qualquer preceito isolado deve ser interpretado em harmonia com os princípios gerais do sistema, para que se preserve a coerência como um

⁷⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 406**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobrestfconhecstfjulgamentohistorico/anexo/hc406.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

⁷⁵ PRADO, Geraldo. **Habeas corpus coletivo**. In: O direito penal e o processo penal no Estado de direito: análise de casos. Florianópolis: Empório do Direito. p. 265.

⁷⁶ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 113.

⁷⁷ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 104.

⁷⁸ LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Tradução de José Lamego. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 458.

⁷⁹ FERRAZ, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: Técnica, decisão dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 256.

⁸⁰ FERRAZ, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: Técnica, decisão dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 256.

todo”⁸¹. Por conseguinte, importa efetivarmos a interpretação sistemática levando em conta o problema da existência do *habeas corpus* coletivo no ordenamento jurídico brasileiro.

Müller destaca que a concretização sistemática impõe a análise do âmbito normativo do direito fundamental. No caso do *habeas corpus*, trata-se de uma garantia constitucional com âmbito de proteção marcadamente normativo⁸², o que exige a análise das disposições contidas no capítulo X do CPP.

Preliminarmente é preciso explicar a inconsistência da decisão, fundamentada exclusivamente em pressupostos processuais adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual firmou entendimento no sentido de que não é cabível o *writ* coletivo⁸³, pois o sistema interno do CPP, em seu art. 654, §1º, “a”, dispõe que a petição de *habeas corpus* deve conter o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exercer a violência, coação ou ameaça. Exemplificativo de tal entendimento:

[...] III - Nos termos do art. 654, § 1o, alínea 'a', do Código de Processo Penal, a petição de habeas corpus deve indicar o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação na sua liberdade de locomoção. IV - A ausência de individualização da situação narrada na inicial torna insuscetível de conhecimento a impetração. Ausência de qualquer ilegalidade no v. acórdão recorrido. Precedentes deste eg. STJ (AgRg no RHC 40.334/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, DJe de 16/9/2013, v.g.) Recurso ordinário desprovido.⁸⁴

Acerca deste posicionamento, importa considerar alguns fatores. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, como princípio corolário do devido processo legal que é, impõe ao poder público o dever de garantir aos cidadãos a tutela jurisdicional adequada, seja em via individual ou coletiva. A aplicação deste princípio ao caso impõe uma concepção diferenciada do artigo 654, §1º, “a” do CPP, conforme Geraldo Prado:

A questão, portanto, a ser considerada no juízo de admissibilidade do habeas corpus, impetrado em favor dos membros de determinada coletividade, não nomeados previamente pelo impetrante, consiste em avaliar a plausibilidade da existência do coletivo, ainda que informal.[9] Como o habeas corpus está estruturado sobre a base de um procedimento de cognição sumária, a exigir a prévia demonstração dos fatos alegados pelo(s) impetrante(s), a admissibilidade do habeas corpus coletivo

⁸¹ FERRAZ, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: Técnica, decisão dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 257.

⁸² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 439.

⁸³ Nesse sentido, confira-se: RHC 51.301/BA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 07/04/2017; RHC 66.445/GO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 26/10/2016; AgRg no RHC 47.915/BA, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 10/08/2016, AgRg no RHC 41.627/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 25/08/2015.

⁸⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 46.988/BA. Relator Ministro Felix Fischer. Dje de 30.03.2015.

demandará que o autor da ação mandamental comprove a existência da ameaça àquela determinada coletividade. O que deve ser “determinado”, portanto, é a “coletividade” e não seus membros (a nomeação da totalidade das crianças e adolescentes de Cajuru[10] ou dos presos em Osasco[11] é desnecessária) e a plausibilidade dessa determinação da coletividade resulta da plausibilidade da própria ameaça à liberdade de locomoção dos membros da mencionada coletividade.⁸⁵

É preciso interpretar o artigo 654, §1º, “a” do CPP de acordo com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, o qual implica reconhecer o direito do jurisdicionado de obter a tutela jurisdicional adequada⁸⁶ ao direito material postulado em juízo, o titular de direito individual ou coletivo tem o direito constitucional de requerer ao Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada⁸⁷.

Portanto, o que importa é a possibilidade de determinação da coletividade, não a expressa e individualizada menção aos dados pessoais de cada um dos beneficiados,⁸⁸ a impossibilidade de menção ou indicação do nome do paciente na petição, seja ela exordial ou recursal, não é elemento capaz de afastar o cabimento do *writ* coletivo.

Superada esta questão, é preciso tratar da ação coletiva de *habeas corpus*. Segundo Didier e Zaneti, o que define a natureza coletiva de um processo é a relação jurídica:

O processo é coletivo se a relação jurídica litigiosa (a que é objeto do processo) é coletiva. Uma relação jurídica é coletiva se em um de seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se um grupo (comunidade, categoria, classe etc.; designa-se qualquer um deles pelo gênero *grupo*) e, se no outro termo, a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo. Assim, presentes o grupo e a situação jurídica coletiva, está-se diante de um processo coletivo. [...] coletivo é o processo que tem por objeto litigioso uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva de titularidade de um grupo de pessoas⁸⁹

Ainda segundo Zaneti e Didier a “Ação coletiva é a demanda que dá origem a um processo coletivo, pela qual se afirme a existência de uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva exigida para a tutela de grupo de pessoas”⁹⁰. Sendo o *habeas corpus* uma ação

⁸⁵ PRADO, Geraldo. **Habeas corpus coletivo**. In: O direito penal e o processo penal no Estado de direito: análise de casos. Florianópolis: Empório do Direito. p. 267-268.

⁸⁶ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 175.

⁸⁷ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 176.

⁸⁸ PRADO, Geraldo. *Habeas corpus coletivo*. In: O direito penal e o processo penal no Estado de direito: análise de casos. Florianópolis: Empório do Direito. p. 267.

⁸⁹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 29.

⁹⁰ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 30.

constitucional, pouco importando a natureza penal ou cível da relação jurídica atinente ao caso⁹¹, tais diretrizes lhe são plenamente aplicáveis.

A partir de uma adaptação do critério mencionado para o *habeas corpus* – objeto litigioso coletivo e tutela de um grupo –, o núcleo da discussão quanto ao cabimento de uma ação coletiva de HC deve levar em conta dois aspectos fundamentais: (a) uma coação ilegal constitutiva de uma relação jurídica de direito material coletiva passiva; e (b) existência de um grupo como paciente.

A coação ilegal, nos termos do art. 5º, LXVIII da CF, configura-se quando alguém sofre violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder. No plano infraconstitucional, o art. 648 do CPP especifica tais hipóteses⁹²

A depender da situação, é plenamente possível que um único ato coator, substanciado em qualquer das hipóteses previstas no art. 648 do CPP, atinja a liberdade de locomoção de uma coletividade. Aqui surge um ponto fundamental, se há uma coação ilegal constitutiva de uma relação jurídica material coletiva passiva, necessariamente há de ter-se no âmbito processual um direito subjetivo de ação adequado à proteção dessa coletividade. Até aqui a argumentação sistemática desenvolveu-se sob a ótica do ato coator, agora é preciso desenvolvê-la a partir do direito subjetivo.

Inicialmente é preciso distinguir direitos coletivos e defesa coletiva de direitos, pois segundo Teori Zavascki não é possível “conferir aos direitos subjetivos individuais, quando tutelados coletivamente, o mesmo tratamento que se dá aos direitos de natureza transindividual”⁹³. Ainda segundo Zavascki, direito coletivo é a designação genérica dada às modalidades de direito transindividuais: difuso e coletivo *stricto sensu*⁹⁴. Os quais são

⁹¹ Segundo Afrânio da Silva Jardim: “Costuma-se dizer que o Habeas Corpus é uma ação penal. Nem sempre. Se classificamos a ação tendo em vista o direito a ser aplicado para «satisfazer» a pretensão do autor, podemos ter um Habeas Corpus que tenha como escopo anular um decisão (sic) do juiz da vara de família que, em um processo civil, decorrente de uma ação de alimentos, determina a prisão do réu por prazo maior do que o previsto no Direito Civil. Este Habeas Corpus não é uma ação penal, evidentemente”. JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho De. O habeas corpus na perspectiva da teoria geral do processo. In: **Direito processual penal**: Estudos e Pareceres. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

⁹² “I - quando não houver justa causa; II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei; III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo; IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação; V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza; VI - quando o processo for manifestamente nulo; VII - quando extinta a punibilidade”.

⁹³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 38.

⁹⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 39.

“subjetivamente transindividuais (= sem titular individualmente determinado) e materialmente indivisíveis⁹⁵.

Já os individuais homogêneos são materialmente direitos subjetivos individuais, reunidos por uma situação de afinidade que permite a sua defesa coletiva⁹⁶. Como afirma Teori Zavascki, não se trata de uma nova espécie de direitos, mas sim de direitos individuais cuja tutela coletiva é permitida por razões instrumentais de efetividade jurisdicional⁹⁷, são os direitos previstos no art. 113 do Código de processo civil⁹⁸. Assim, “quando se fala, pois, em ‘defesa coletiva’ ou em ‘tutela coletiva’ de direitos homogêneos, o que se está qualificando como coletivo não é o direito material tutelado, mas sim o modo de tutelá-lo, o instrumento de sua defesa”⁹⁹.

No ordenamento jurídico brasileiro, são formalmente considerados direitos coletivos os direitos coletivos *stricto sensu*, os difusos e os individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, do Código de defesa do consumidor (CDC) e art. 21, parágrafo único, da lei 12.016/2009). Teori Zavascki elenca os fatores determinantes da distinção:

Segundo a definição dada pelo legislador, são interesses e direitos difusos os *transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato* (art. 81, parágrafo único, I); são interesses e direitos coletivos 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* (inc. II); e são direitos individuais homogêneos os *decorrentes de origem comum* (inc. III). A estes últimos poder-se-ia adicionar, para melhor compreensão, os qualificativos do art. 113 do CPC: direitos que tenham, entre si, relação de afinidade por ponto comum de fato ou de direito (inc. III). A esses últimos poder-se-ia adicionar, para melhor compreensão, os qualificativos do art. 113 do CPC: direitos que tenham, entre si, relação de afinidade *por ponto comum de fato ou de direito* (inc. III)¹⁰⁰.

É preciso delimitar as modalidades de direito subjetivo tuteláveis via *habeas corpus* coletivo. Seria a ação constitucional meio adequado para a tutela da liberdade de locomoção via direitos: (a) individuais homogêneos; (b) coletivos *stricto sensu* e (c) difusos? Entende-se que as hipóteses “a” e “b” são, enquanto a hipótese “c” não, pelas razões a seguir expostas.

⁹⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 39.

⁹⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 40.

⁹⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 40.

⁹⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 40.

⁹⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 40.

¹⁰⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 41

(a) em relação aos direitos individuais homogêneos, importa reafirmar, são direitos subjetivos essencialmente individuais, tutelados em conjunto por razões de semelhança quanto a uma situação fática ou jurídica, são “*direitos originados da incidência de um mesmo conjunto normativo sobre uma situação fática idêntica ou assemelhada*”¹⁰¹. Segundo Herman Benjamin, são transformados em estruturas moleculares por razões acesso à justiça, eficiência e economia processual¹⁰².

Assim, não há dúvida de que a liberdade de locomoção, quando restringida por uma coação ilegal que afete direitos individuais homogêneos, pode ser levada a juízo por *habeas corpus* em uma única demanda tendo como pacientes todos aqueles que foram – em litisconsórcio facultativo visto que não há imposição legal para a unificação da ação – afetados pela medida. Em verdade, não há novidade na utilização do *habeas corpus* nestes termos, a ação constitucional habitualmente é impetrada em favor de vários nas situações envolvendo delitos em concurso de agentes. Aliás, quando a práxis judicial assim não procede em casos de concurso de agentes, e não sendo os motivos de caráter exclusivamente pessoal, é comum a aplicação do art. 580 do CPP para concessão de pedidos de extensão dos efeitos da decisão.

Pelo exposto, conclui-se que o HC para a defesa da liberdade de locomoção em direito individual homogêneo não constitui uma ação ontologicamente transindividual, trata-se de uma tutela coletiva de direitos plenamente possível e cotidianamente exercida pelos órgãos jurisdicionais. A única novidade nesta hipótese é a “roupagem” coletiva à ação constitucional.

(b) Quanto aos direitos coletivos *stricto sensu*: são eles transindividuais, isto é, a titularidade não é de um indivíduo, mas de um grupo determinável de pessoas vinculadas por uma relação jurídica-base¹⁰³; e indivisíveis (pois não podem ser satisfeitos nem ofendidos senão em forma coletiva¹⁰⁴).

A liberdade de locomoção, apesar de direito fundamental individual, também pode ser lesionada na esfera transindividual. Se um determinado grupo ligado por uma relação jurídica-base sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, é legítima a impetração do *habeas corpus* para a tutela da liberdade de locomoção

¹⁰¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 152.

¹⁰² BENJAMIN, Antônio Herman V. **A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico**: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/8688>. p. 30.

¹⁰³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 70.

¹⁰⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 41.

transindividual. Desde que preenchidas as condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, interesse e legitimidade), é cabível a ação.

Nesta hipótese há efetiva tutela de direito coletivo, o que qualifica o *habeas corpus*, quando impetrado em defesa da liberdade de locomoção transindividual de uma coletividade ligada por uma relação jurídica-base, como uma ação constitucional de natureza coletiva. Observe-se que na situação “a” têm-se uma tutela coletiva de direitos, enquanto na situação “b” uma tutela de direitos coletivos.

Caso significativo de incidência desta hipótese em *writ* coletivo é ação impetrada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em favor dos advogados que desejavam participar das sessões de discussão da denominada “reforma da previdência” na Câmara dos deputados, cuja ordem foi parcialmente deferida pelo relator Ministro Edson Fachin¹⁰⁵.

(c) Por fim, segundo a definição dada pelo art. 81 do CDC¹⁰⁶, os direitos difusos são os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas ligadas por circunstâncias de fato.

São, segundo Didier e Zaneti, a determinabilidade e a coesão como grupo, categoria ou classe anterior à lesão, os elementos que diferenciam os direitos coletivos *stricto sensu* dos direitos difusos¹⁰⁷. Enquanto os direitos difusos não possuem titulares determinados e a coletividade está reunida por uma mera circunstância de fato, os titulares dos direitos coletivos são plenamente determináveis e estão ligados por uma relação jurídica progressiva.

Entende-se que esta hipótese de direito subjetivo transindividual não pode ser tutelada via *habeas corpus*, pelo simples motivo de que a liberdade de locomoção não pode se manifestar de forma difusa. Convém ressaltar – mais uma vez – que os direitos difusos não pertencem a uma pessoa ou grupo definido de pessoas, neles há uma “série indeterminada – e ao menos do ponto de vista prático, indeterminável – de interessados”¹⁰⁸, em termos pragmáticos, vincular uma pretensão desta natureza em sede de HC resultaria em uma tutela da liberdade de locomoção totalmente *in abstracto*.

Nesse sentido, destaca-se o *habeas corpus* coletivo impetrado pela Defensoria Pública do Estado do Paraná em favor da “Coletividade formada por todas as pessoas que desejarem exercer seu direito de manifestação na cidade de Curitiba”. Nesse caso há ausência de uma

¹⁰⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Medida Carutelar no Habeas Corpus 143.645/DF, Rel. Min. Edson FACHIN**. Dje DJE nº 121, divulgado em 08/06/2017.

¹⁰⁶ O art. 129 da CF não define os direitos difusos e coletivos.

¹⁰⁷ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p.70

¹⁰⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A proteção jurídica dos interesses coletivos**, in Temas de Direito Processual, Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 174.

relação jurídica básica entre os possíveis pacientes, em uma tutela difusa como tal, sequer é possível delimitar um grupo de pacientes, ter-se-ia, em verdade, uma situação de anonimato quanto aos pacientes da ação constitucional. Por isso é infalível a incidência da regra contida no art. 654 do Código de processo penal.

Há ainda as situações atípicas, nas quais não é possível identificar em qual hipótese se encaixa o direito coletivo. Assinala Teori Zavascki

[...] nem sempre os conceitos acima desenvolvidos – de direitos transindividuais e individuais homogêneos – se manifestam de modo claro no plano realidade. Há situações em que os direitos tuteláveis se apresentam como transindividuais ou como individuais homogêneos, ou ainda em forma cumulada de ambos, tudo a depender das circunstâncias de fato.¹⁰⁹

Em tais casos, segundo a orientação de Teori Zavascki, há de prevalecer a instrumentalidade das formas, cabendo ao magistrado criar a solução ao caso concreto com base nos princípios e recursos hermenêuticos oferecidos pelo sistema jurídico¹¹⁰.

3.4 Interpretação teleológica

O último dos cânones clássicos de interpretação a ser analisado no programa da norma atribui ao intérprete o dever de identificar e avaliar o propósito do texto normativo¹¹¹. No percurso até aqui os métodos já apresentados oferecem uma pré-compreensão satisfatória quanto a existência de uma ação de *habeas corpus* coletivo no direito brasileiro, Embora Larenz descarte a utilização deste método quando os demais proporcionam resultados satisfatórios¹¹², Müller, por sua vez, elenca a interpretação teleológica como um aspecto agregador de novos argumentos à concretização da norma constitucional¹¹³, no caso aqui analisado entende-se que o critério teleológico está intimamente ligado aos critérios expostos anteriormente. Em respeito à apropriada aplicação dos institutos da dogmática constitucional e ao pensamento doutrinário do professor da Universidade de Heidelberg, torna-se inevitável retomar argumentos já expostos.

¹⁰⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 44.

¹¹⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 45.

¹¹¹ FERRAZ, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: Técnica, decisão dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 265

¹¹² LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Tradução de José Lamego. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 486.

¹¹³ MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 77.

Sem mais delongas, o *habeas corpus*, desde as suas origens, é uma ação propositada à defesa da liberdade de locomoção. Em geral, definir qual é o propósito de determinada norma é tarefa árdua e complexa, o que não acontece com o *habeas corpus* visto tratar-se de uma ação constitucional direcionada à proteção imediata da liberdade e mediata do devido processo legal¹¹⁴, é este o intuito do art. 5º LXVIII da Constituição Federal. Sendo assim, conceber o *habeas corpus* como um instrumento de tutela da liberdade de um grupo de pessoas é uma concepção utilitária à maximização da proteção da liberdade, e, portanto, se trata de uma interpretação adequada à questão discutida neste trabalho.

3.5 Conclusão Parcial a partir dos cânones interpretativo

Esgotados os cânones de interpretação, é necessário articular o sentido extraído a partir da combinação de cada um deles, têm-se o seguinte quadro: Não é novidade a impetração do HC em favor de uma coletividade, haja vista os episódios históricos que apontam a sua utilização em tempos remotos (histórico). O texto normativo do *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII e art. 647 do CPP) não restringe a impetração da ação constitucional em favor de uma coletividade, tampouco traz expressa autorização nesse sentido (literal). A conformação infraconstitucional do art. 654 do CPP não é argumento suficiente para a vedar a legalidade do HC coletivo, deve-se levar em conta que o sistema jurídico brasileiro concebe como coletivos os direitos individuais homogêneos, coletivos *stricto sensu* e difusos; apenas o último não pode ser tutelado em *habeas corpus* (sistemática). A finalidade do *habeas corpus* é proteger a liberdade de locomoção, nesse sentido a coletivização da ação constitucional está plenamente de acordo com o seu escopo (teleológica).

3.6 Os princípios da interpretação constitucional

Ainda no eixo linguístico da concretização da norma constitucional, Müller aponta os princípios da interpretação constitucional como integrantes do processo de desenvolvimento do programa da norma. Hesse atribui-lhes a tarefa de de orientar o processo de coordenação dos

¹¹⁴ TORON, Alberto Zacharias. **Habeas corpus**: controle do devido processo: questões controvertidas e de processamento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 51.

pontos de vista necessários à solução do problema¹¹⁵, são portanto guias do processo interpretativo¹¹⁶.

Na situação aqui tratada, merece especial importância¹¹⁷ o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, que impõe ao intérprete a escolha do sentido que der maior eficácia ao texto constitucional.¹¹⁸ Trata-se de um consectário da força normativa da Constituição, que conforme Hesse

Dado que a Constituição pretende ver-se “atualizada” e tendo em conta que as possibilidades e condicionamentos históricos dessa “atualização” vão se alterando, será preciso dar preferência à solução dos problemas jurídico-constitucionais, sobretudo aos pontos de vista que ajudem as normas da Constituição a alcançar máxima eficácia nas circunstâncias de cada caso.

Em casos relativos a direitos fundamentais, a máxima efetividade da norma constitucional se converte em um postulado de máxima efetividade dos direitos fundamentais¹¹⁹, cuja aplicação ao *habeas corpus* agrega legitimidade à sua coletivização, sem alterar o conteúdo substancial dos artigos. 5º, LXVIII, da Constituição e 647 do CPP.

A incidência do postulado da máxima efetividade à hipótese discutida neste trabalho propicia inquestionável ampliação da eficácia da garantia constitucional do HC, além de manter o conteúdo central do dispositivo (art. 5º, LXVIII), qual seja, seja garantir a proteção judicial sempre que alguém estiver ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

Conclui-se que o programa normativo do *habeas corpus* autoriza-lhe ser impetrado a favor de uma coletividade. Por todas as razões anteriormente desenvolvidas, sob o prisma do programa normativo, não merece prosperar o argumento de impossibilidade de impetração do HC coletivo.

4. ÂMBITO DA NORMA

¹¹⁵ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**: São Paulo: Saraiva, 2009. p. 113.

¹¹⁶ Gilmar Mendes observa que não há hierarquia entre eles, e que muitas vezes podem entrar em conflito: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 93.

¹¹⁷ Konrad Hesse lista os seguintes princípios da interpretação constitucional: I) princípio da unidade da Constituição; II) princípio da concordância prática; III) princípio da força normativa da Constituição; IV) princípio da correção funcional; e V) princípio da eficácia-integradora. Por não possuírem maior relevância à argumentação desenvolvida neste trabalho, dispensa-se a aplicação dos demais: HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**: São Paulo: Saraiva, 2009, p. 113.

¹¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Lisboa: Coimbra, 2003. p. 1224.

¹¹⁹ MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 85.

Especificado o programa da norma, concentremo-nos no âmbito da norma. Como já mencionado, para a teoria estruturante do direito a norma jurídico resulta de um processo de concretização a partir da união do programa da norma e do âmbito da norma. O elemento ora em questão abarca a situação fática do caso, a partir da introdução de elementos pragmáticos à concretização¹²⁰, especificamente dados políticos, econômicos e sociais relevantes para a questão jurídica¹²¹. Para alcançar um resultado mais eficaz e preciso, também serão analisadas as situações fáticas discutidas em sede de *habeas corpus* impetrados em favor de um grupo.

Um primeiro aspecto fático a ser enfrentado é a questão do acesso à justiça e suas variadas dimensões. Um primeiro problema diz respeito à falta de união dos titulares de um direito, muitas vezes estes podem estar dispersos ou carecer de informações para postular em juízo¹²². Outro, é que o tempo é um dos principais obstáculos do acesso à justiça¹²³. Não é novidade que o sistema judiciário brasileiro se encontra abarrotado de processos, o que inclusive prejudica o trâmite do *habeas corpus*, ação que por determinação constitucional possui prioridade sobre todas as demandas judiciais. Aponta Badaró que “O volume de *habeas corpus* nos tribunais é tão grande que já não se observa uma tramitação prioritária”¹²⁴.

Por outro lado, grande parte dos pacientes de *habeas corpus* encontram-se recolhidos em unidades prisionais e sequer possuem aporte financeiro para constituir procuradores qualificados e apresentar argumentos de maneira eficiente¹²⁵. Essas pessoas geralmente necessitam da assistência da Defensoria Pública para que lhe seja garantido o devido processo legal, instituição que apesar de apresentar um qualificado quadro de profissionais também está abarrotada de processos.

É possível que a impetração de uma demanda coletiva de *habeas corpus*, em substituição a inúmeras ações individuais oriundas de um mesmo ato coator, reduza a quantidade de processos tramitando nos mais diversos órgãos e instâncias do poder judiciário

¹²⁰ NEVES, Marcelo. A Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs). Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 360.

¹²¹ MÜLLER, Friedrich. **Interpretação e Concepções atuais dos direitos do homem**. Anais da XV Conferência Nacional dos advogados do Brasil, São Paulo. 1995. p. 541.

¹²² Capelleti se refere aos direitos difusos, situação não abarcada pelo *habeas corpus* coletivo, contudo, o autor descreve uma circunstância social, plenamente amparada às situações de direitos coletivos *stricto sensu*. CAPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 30.

¹²³ CAPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 30.

¹²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 905.

¹²⁵ CAPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 21.

brasileiro, garantindo economia processual e celeridade, pressupostos fundamentais para o acesso à justiça. Como aponta Thais Lima

Numa sociedade de massa, os métodos tradicionais de solução de controvérsias, que preveem o ajuizamento de tantas ações quantas forem as pretensões, podem não atender de forma satisfatória a proteção dos direitos em jogo e ainda promover um asoerramento do Poder Judiciário com milhares de demandas que poderiam ser reunidas em apenas uma [...] Isso tem a potencialidade de gerar, pela concepção tradicional, milhares de impetrações de habeas corpus individuais quando o direito poderia ser protegido de forma mais eficaz através da impetração coletiva a beneficiar todos os presos na mesma situação¹²⁶

Ao voltarmos os olhos para a práxis jurídica brasileira, estão presentes circunstâncias fáticas que reforçam as razões justificadoras do *habeas corpus* coletivo, vejamos os seguintes casos exemplificativos.

O primeiro caso é o mandado de busca e apreensão “coletivo” determinado pelo juízo da 39ª Vara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no “Complexo da Maré”¹²⁷, o qual sequer discrimina um endereço ou domicílio específico. *In concreto*, percebe-se a ausência de justa causa (art. 648, I do CPP) – por violação direta aos art. 5º, XI da Constituição e art. 243 do CPP – e a lesão a um grupo de pessoas, quais sejam, os moradores do Complexo da Maré.

Há ainda o caso dos motoristas de Uber, grupo de pessoas ligadas por uma relação jurídica, presas em flagrante pela prática de exercício ilegal de profissão (art. 47 da Lei de contravenções penais), mais uma situação em que a liberdade de locomoção se mostra lesada em virtude de uma coação ilegal de natureza transindividual.

Por fim, têm-se a situação das mulheres, gestantes e mães de crianças de até 12 anos de idade sob sua responsabilidade encarceradas no sistema penitenciário nacional¹²⁸, caso peculiar no qual não se dispõe – salvo o habeas corpus coletivo – de um instrumento hábil à defesa de tais pacientes. Negar esta realidade, em verdade, significar esvaziar o devido processo legal de cidadãs que não possuem privilégios econômicos ou sociais e que se mantêm à margem da sociedade. Essa situação fática revela a necessidade de desenvolvimento de um instrumento processual digno da tutela coletiva da liberdade de locomoção.

¹²⁶ JOTA. **Ministros, precisamos falar sobre habeas corpus coletivo**. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/a-defesa/defesa-senhores-ministros-precisamos-falar-sobre-habeas-corpus-coletivo-22092016>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

¹²⁷ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo nº 0101343-46.2014.8.19.0001 – TJ/RJ. Dje 19/05/2014

¹²⁸ Por óbvio, desde que representem direitos coletivos *stricto sensu*.

5. A NORMA JURÍDICA DO HABEAS CORPUS COLETIVO CONCRETIZADA

A aplicação da metódica estruturante do direito de Müller ao problema deste trabalho revela, a partir da união do programa da norma e do âmbito da norma¹²⁹, a norma jurídica incidente ao caso concreto, cujo teor revelado pelo programa da norma e do âmbito da norma, permite afirmar a existência do *habeas corpus* coletivo no direito brasileiro. Para tanto, cumpridos os requisitos formais exigidos pela legislação infraconstitucional (arts. 647 a 667 do CPP), conclui-se pela legitimidade de tutela de direitos individuais homogêneos e coletivos *stricto sensu*. Os direitos difusos, por sua vez, não são passíveis de tutela via HC.

Seguindo o roteiro de Müller, já interligados o programa da norma ao âmbito da norma, chega-se ao último passo da concretização, no qual o jurista individualiza a norma jurídica na direção da norma de decisão¹³⁰. Têm-se o seguinte teor: **“É cabível o *habeas corpus* coletivo no direito brasileiro para a tutela judicial de direitos individuais homogêneos e coletivos *stricto sensu*”**.

CONCLUSÃO

1. O HC é uma garantia constitucional de natureza processual cuja particular função de defesa da liberdade de locomoção o torna o remédio constitucional mais efetivo do sistema jurídico brasileiro.

2. A questão quanto ao cabimento do HC coletivo no direito brasileiro possui duas correntes de pensamento antagônicas. A primeira entende que o HC coletivo não é cabível, a segunda entende que é cabível o HC coletivo no ordenamento jurídico brasileiro.

3. A questão deve ser analisada mediante critérios científicos, longe, portanto, de achismos constitucionais. Não se mostram adequados, para tanto, os métodos hermenêuticos clássico, tópico e científico-espiritual. A hermenêutica constitucional deve levar em conta o método hermenêutico-concretizador, aliado aos pressupostos teóricos da teoria estruturante do direito de Friedrich Müller, por dispor de critérios cientificamente adequados à solução do problema em questão.

¹²⁹ É preciso ressaltar que no presente trabalho, não foi identificado qualquer conflito entre os elementos do programa da norma e do âmbito da norma. Sobre a possibilidade de conflitos entre os elementos da concretização, confira-se: **Metodologia do direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 95-103.

¹³⁰ Como afirmado anteriormente, têm-se aqui um caso hipotético. MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

4. A solução para o problema do cabimento do HC coletivo no Brasil deve levar em conta a junção dos elementos “programa da norma” e “âmbito da norma”. O programa da norma envolve a análise linguística dos métodos clássicos de interpretação constitucional e o âmbito da norma a realidade sob a qual incide a disposição linguística. A normatividade (norma jurídica) se constrói com a junção desses elementos. A concretização do HC coletivo impõe no programa da norma a análise literal, histórica, sistemática e teleológica do art. 5º, LXVIII da CF e do art. 647 do CPP.

4.1. O critério literal, isoladamente, não é capaz de oferecer uma resposta ao caso, dele retira-se a conclusão parcial de que a exegese literal dos preceitos não exclui a sua impetração na modalidade coletiva.

4.2. O critério histórico anexa ao processo de concretização da norma constitucional dados temporais concernentes ao caso. *In concreto*, os precedentes históricos demonstram que não há inovação quanto à impetração do HC em favor de uma coletividade.

4.3. O critério sistemático analisa a disposição incidente ao caso de acordo com as demais disposições do sistema jurídico. Neste aspecto, leva-se em conta o conjunto de normas integrantes do âmbito normativo do direito fundamental.

4.4. O entendimento segundo o qual não é cabível o HC coletivo pela impossibilidade de identificação dos pacientes do writ, aplicado pelo STJ com fulcro no art. 654, §1º, “a” do CPP, não é apto a afastar o cabimento do HC coletivo. É preciso interpretar o HC coletivo com base nos princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional e do devido processo legal, os quais impõem a conclusão de que o que importa é a possibilidade de identificação da coletividade, não a individualizada menção aos dados pessoais de cada um dos possíveis beneficiados.

4.5. O que define o HC coletivo é a existência de uma coação ilegal constitutiva de uma relação jurídica de direito material coletiva passiva e a existência de um grupo como paciente. Quanto a coação ilegal, é plenamente possível que um único ato coator atinja a liberdade de locomoção de uma coletividade, atingindo de forma transindividual a liberdade de locomoção.

4.6. Os direitos individuais homogêneos são tuteláveis mediante HC coletivo, não há novidade na utilização deste instrumento processual quanto a esta espécie, a única novidade é a roupagem coletiva dada à ação constitucional.

4.7. Os direitos coletivos *stricto sensu* podem ser tutelados mediante HC coletivo, pois a liberdade de locomoção pode ser objeto de coação ilegal de natureza transindividual

4.8. Os direitos difusos não podem ser objeto de HC coletivo, pois a liberdade de locomoção não pode se manifestar nesta modalidade. Vincular uma pretensão processual desta

natureza em HC resultaria em uma tutela da liberdade de locomoção em abstrato, situação na qual é absolutamente impossível determinar os pacientes.

4.9. O critério teleológico orienta o intérprete a identificar a finalidade do texto normativo. No caso do HC, seu propósito é claramente a tutela da liberdade de locomoção. Conceber o HC como um instrumento processual de tutela da liberdade de locomoção de um grupo de pessoas é uma orientação que se adequa às finalidades desta garantia constitucional.

4.10. A aplicação do princípio da força normativa da Constituição e da máxima efetividade das normas constitucionais ao HC, impõem o reconhecimento da legalidade de sua impetração em modalidade coletiva.

5. No âmbito da norma deve-se levar em consideração a realidade fática incidente ao caso, especificamente os aspectos sociais, políticos e econômicos. Este elemento impõe o desenvolvimento de uma ação processual adequada à proteção de cidadãos atingidos por coações ilegais de natureza transindividual.

6. A partir da união entre programa da norma e âmbito da norma, constrói-se a normatividade. No caso concreto, os argumentos desenvolvidos comprovam o cabimento do HC coletivo no sistema jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

AUTRAN, Manoel Godofredo d'Alencastro. **Do Habeas Corpus e seu recurso ou compilação das disposições legais, e decisões do Governo a respeito, em exposição simples e methodica, seguida de um formulário do respectivo processo, e de um índice alfabético**. Rio de Janeiro: Garnier, 1879.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Reflexões - política e direito**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 10.06.2017.

_____. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 18.06.2017

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:
www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16.06.2017.

_____. Lei do Mandado de Segurança. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm. Acesso em: 18.06.2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em **Habeas Corpus nº 46.988/BA. Relator Ministro Felix Fischer**. Dje de 30.03.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 406**. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobrestfconhecastfjulgamentohistorico/anexo/hc406.pdf>>. Acesso em: 10.06.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar no Habeas Corpus 143.645/DF, Rel. Min. Edson FACHIN**. Dje DJE nº 121, divulgado em 08/06/2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Lisboa: Coimbra, 2003.

CAPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**: Tradução de ellen gracie northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CLÍNICA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ. **Parecer em defesa de habeas corpus coletivo**. Disponível em:
<http://uerjdireitos.com.br/wp-content/uploads/2015/05/uerjdireitos_habeas-corpus-coletivo-e-liberdade-re-8558101.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2017.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

FAIGMAN, David L. **Constitutional fictions: A unified theory of constitutional facts**. New York: Oxford University Press, 2008.

FERRAZ, Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Introdução ao estudo do direito: Técnica, decisão dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GIACOMOLLI, NEREU JOSÉ. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e dos princípios**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO, Antonio Magalhães Gomes; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HART, H.L.A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HORBACH, Carlos Bastide. **Memória jurisprudência: Ministro Pedro Lessa**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho De. **Direito processual penal: Estudos e Pareceres**. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

JOTA. **Ministros, precisamos falar sobre habeas corpus coletivo**. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/a-defesa/defesa-senhores-ministros-precisamos-falar-sobre-habeas-corpus-coletivo-22092016>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

JOTA. **Reflexão crítica: obstrução de investigação de organização criminosa**. Disponível em: <<https://jota.info/especiais/reflexao-critica-obstrucao-de-investigacao-de-organizacao-criminosa-03102016>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**: tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

MAGALHÃES, Marco Túlio Reis. Hermenêutica constitucional: comparação das teorias de Konrad Hesse e Friedrich Müller. **Revista Jurídica Virtual - Brasília**, Brasília, v. 7, n. 75, out./nov. 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: Estudos de direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAIS, Carlos Blanco De. **Curso de direito constitucional: Teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social**. T2, 2º V. 1 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

MÜLLER, Friedrich. Interpretação e Concepções atuais dos direitos dos homem. **Anais da XV Conferência Nacional dos advogados do Brasil**, São Paulo, set./jun. 2017.

_____. **Metodologia do direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Teoria estruturante do direito**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NEVES, Marcelo. **A Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito**. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs). **Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 360.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **História e prática do habeas corpus**. 3 ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1955.

RAMOS, Elival Da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RODRIGUES, Leda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. t. III/1910-1926. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. 1 ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

TORON, Alberto Zacharias. **Habeas corpus: controle do devido processo: questões controvertidas e de processamento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.