

Lílian Nássara Miranda Chequer

HABEAS CORPUS COLETIVO

**O direito de liberdade de locomoção à luz da nova *summa divisio*
constitucionalizada direitos individuais e coletivos**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Itaúna como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gregório Assagra de Almeida

Itaúna
2014

UNIVERSIDADE DE ITAÚNA

Lílian Nássara Miranda Chequer

HABEAS CORPUS COLETIVO

O direito de liberdade de locomoção à luz da nova *summa divisio* constitucionalizada direitos individuais e coletivos

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Itaúna como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em: ___/___/___

Orientador: Prof. Dr. Gregório Assagra de Almeida

Professor Membro: Prof. Dr. Carlos Alberto Simões de Tomaz

Professor Membro: Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Nota: ___

Itaúna
2014

Dedico este trabalho à minha família, que sempre me apoiou nos estudos e na vida profissional, ESPECIALMENTE aos meus pais, Faiçal e Dione, ao meu irmão, Faiçal Filho, pelo apoio e à minha irmã, Karen, por não me deixar desistir e por me ajudar a finalizar esse trabalho. Ao Enerson, pela paciência, incentivo e palavras de apoio, que foram essenciais para essa conquista. Dedico também aos colegas e amigos, professores e alunos da Universidade de Itaúna. E, por fim, aos amigos, em especial à Fabiane, que, apesar de não se encontrar mais entre nós, tenho certeza que, de onde ela estiver, me ajudou a ter perseverança e coragem para concluir este trabalho. À Michelle, pela ajuda e apoio, que foram essenciais nessa etapa da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pela coragem de estar sempre com ânimo para lutar por uma vida de paz e sabedoria.

Aos mestres que me apoiaram em mais esta trajetória acadêmica, em especial, ao Professor Lucas e às Professoras Susana e Cíntia.

Aos colegas e, especialmente, à Júlia, Ana Flávia, Ana Luíza e Grasielly, por mais um encontro de amizade e apoio mútuo.

Aos amigos, principalmente, Isabela, Mayana, Bárbara e Karine, pelo apoio infinito. À Michelle, por gastar horas de seu dia para me ajudar a concluir essa dissertação, bem como ao Enerson, pela paciência, compreensão e incentivo.

Ao meu pai, Faiçal, por ter me mostrado a importância desse curso e por ter acreditado que eu conseguiria. À minha mãe, pelo apoio incondicional.

Agradeço, ESPECIALMENTE, ao meu orientador, Prof. Gregório Assagra de Almeida, pelas sábias interferências e sugestões para a concretização deste trabalho, bem como pelo enorme incentivo e palavras de apoio, nos momentos em que não imaginava chegar até aqui. Meu agradecimento eterno e que Deus continue iluminá-lo.

“O *habeas corpus* foi um dos passos mais seguros e uma das armas mais eficientes para a salvação da civilização ocidental. É o “não”, que a Justiça diz, em mandamentos, à violência e à ilegalidade; e o “sim”, a quem confia nos textos constitucionais e nas leis.”

RESUMO

O objetivo geral deste estudo é fazer uma análise da garantia constitucional do *habeas corpus* à luz da nova *summa divisio* constitucionalizada, especialmente dos direitos ou interesses coletivos, amplamente considerados, como direitos fundamentais, demonstrando a possibilidade da proteção do direito de liberdade de locomoção de forma coletiva, a favor de seres humanos ou não, por meio de um estudo sistemático do *habeas corpus* e dos direitos coletivos, além da análise de casos concretos julgados por nossos Tribunais. Portanto, a pesquisa visa a fazer a sistematização dessa modalidade de ação coletiva, haja vista não ser devidamente utilizada em nosso ordenamento. Trata-se de um direito embasado nos direitos e garantias fundamentais, presentes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/1988), do atual paradigma de Estado Democrático de Direito. Metodologicamente, para este estudo, escolheu-se a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, de modo a delimitar o conhecimento científico acumulado sobre o tema proposto, com objetivo exploratório, utilizando as concepções de autores que o retratam em artigos, periódicos, livros, jornais, legislação e doutrina multidisciplinar, tendo como base a atual visão constitucionalizada dos direitos fundamentais. Foi utilizado o raciocínio indutivo, fazendo uma análise de casos concretos e ligando-os ao direito coletivo e ao instituto do *habeas corpus*, bem como o raciocínio dedutivo, subordinando as situações existentes às normas legais e, especialmente, ao modelo de garantias constitucionais fundamentais. Esses métodos utilizados foram essenciais para se chegar a um resultado razoável de utilização do *habeas corpus* coletivo. O estudo demonstra a necessidade de uma sistematização do *writ* coletivo, bem como a possibilidade de sua impetração e regulamentação. Finaliza, propondo uma nova visão desse instituto liberatório coletivo, haja vista as novas necessidades sociais, podendo ser a favor de seres humanos ou não, tendo em vista a nova concepção biocentrista, em que os direitos fundamentais não se limitam aos seres humanos. Espera-se, com o aprofundamento do estudo do *habeas corpus* à luz os direitos fundamentais, que, mesmo a passos lentos, torne-se realidade futura o reconhecimento e a proteção do direito de liberdade de locomoção de todos os seres vivos, seja de forma individual, como já ocorre, ou de forma coletiva, por intermédio do *habeas corpus*, garantia constitucional do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito – liberdade de locomoção - *habeas corpus* coletivo.

ABSTRACT

The aim of this study is to analyze fundamental rights according to the collective rights perspective, demonstrating the possibility of collectively protecting the right of moving, on behalf of human beings or not, making a systematic study of *habeas corpus* and collective rights in addition to an analysis of actual cases tried by our courts. Therefore, the research aims to make the systematization of this kind of collective action, once it's not correctly used in our system. It is a right based in rights and fundamental guarantees in the present Constitution of 1988 (FC/88) the current paradigm of democratic rule of law. Methodologically, for this study, we chose bibliographic research and jurisprudence, in order to delimit the scientific knowledge on the theme, with exploratory objective, using the concepts of the authors portray in articles, journals, books, newspapers, law and multidisciplinary teaching, based on the current view of fundamental constitutionalized rights. Inductive reasoning was used, making an analysis of individual cases and linking them to the collective right and the *habeas corpus* itself. It was used the deductive reasoning too, subordinating existing situations to legal standards and especially the fundamental constitutional guarantee style. These methods were essential to get a reasonable result for the use of collective *habeas corpus*. The study demonstrates the necessity of systematization of the collective writ as well as the possibility of its use and regulation. It has finished demonstrating the necessity of a new view of this collective institute because of the new social needs, and may be for humans or not, according to the new biocentrist design, and according to it fundamental rights are inherent to the life element. It is expected, as a deep study of *habeas corpus* in the conception of fundamental rights, that, even at a slow pace, the recognition and protection of the right to freedom of movement to all people, individually, as already occurs, or collectively, through *habeas corpus*, constitutional guarantee of the democratic rule of law become future reality.

Key words: democratic rule of law - freedom of movement - collective *habeas corpus*

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	09
2. A NOVA <i>SUMMA DIVISIO</i> CONSTITUCIONALIZADA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, SOCIEDADE DE RISCO E A LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO COMO DIREITO INDIVIDUAL E COLETIVO	14
2.1 Estado Democrático de Direito e a nova <i>summa divisio</i> constitucionalizada	14
2.2 Sociedade de Risco	18
2.3 Liberdade de Locomoção	20
2.4 <i>Habeas corpus</i> – garantia constitucional de proteção do direito de liberdade de locomoção	23
2.4.1 Natureza Jurídica	30
2.4.1.1 No plano do Direito Processual	30
2.4.1.2 No plano do Direito Constitucional	33
3. O ESTADO DA ARTE DO <i>HABEAS CORPUS</i> NA DOGMÁTICA JURÍDICA BRASILEIRA	36
3.1 A história do <i>Habeas corpus</i> no Brasil e sua consagração no Código de Processo Penal	36
3.2 O <i>Habeas corpus</i> na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988	45
3.3 Espécies de <i>Habeas corpus</i>	47
3.4 O <i>Habeas corpus</i> nas punições disciplinares	48
3.4.1 Outras hipóteses de impetração do <i>Habeas corpus</i>	49
3.4.1.1 Quando não houver justa causa (art. 648, I, CPP)	49
3.4.1.2 Quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei (art. 648, II, CPP)	50
3.4.1.3 Quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo (art. 648, III, CPP)	51
3.4.1.4 Quando houver cessado o motivo que autorizou a coação (art. 648, IV, CPP)	52
3.4.1.5 Quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza (art. 648, V, CPP)	52
3.4.1.6 Quando o processo for manifestamente nulo (art. 648, VI, CPP)	53
3.4.1.7 Quando extinta a punibilidade (art. 648, VII, CPP)	54
3.5 Principais aspectos processuais do <i>habeas corpus</i>	54

3.5.1 Legitimidade ativa e passiva	54
3.5.2 Competência	62
3.5.2.1 Competência do STF	63
3.5.2.2 Competência dos Tribunais Superiores (STJ, TSE, STM)	64
3.5.2.3 Competência dos tribunais de segundo grau	65
3.5.2.4 Competência das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Criminais.....	68
3.5.2.5 Competência do juiz de primeiro grau	69
3.5.3 Procedimento	69
3.5.3.1 Intervenção	74
3.5.3.1.1 Do Assistente	74
3.5.3.1.2 Do Ministério Público	76
3.5.3.1.3 Do querelante.....	77
3.5.3.2 Sentença, recurso e coisa julgada	78
3.6 Direito Processual Penal à luz dos Direitos Fundamentais	82
4. O <i>HABEAS CORPUS</i> COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DA LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO COLETIVA NA SOCIEDADE DE RISCO.....	84
4.1 Direitos difusos.....	86
4.2 Direitos coletivos em sentido estrito	87
4.3 Direitos individuais homogêneos.....	87
4.4 Conceito e legitimidade para a impetração do <i>Habeas corpus</i> Coletivo.....	88
4.5 Da possibilidade de tutela inibitória no <i>Habeas corpus</i> Coletivo e outros aspectos processuais.....	91
5. ANÁLISE DE ALGUNS CASOS CONCRETOS QUE PODERÃO ENSEJAR A IMPETRAÇÃO DO <i>HABEAS CORPUS</i> COLETIVO	96
5.1 Condomínios fechados em via pública.....	96
5.2 “Toque de recolher”.....	97
5.3 Manifestações populares.....	100
5.4 Análise das condições do preso	101
5.5 O <i>Habeas corpus</i> para além dos seres humanos, prospectando em um caso concreto do presente, um direito do futuro.....	103
6. CONCLUSÃO.....	109
REFERÊNCIAS	113

1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são os fundamentos e o núcleo essencial da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e, nesse contexto, podem ser entendidos como um conjunto de direitos e garantias básicos que protegem a vida e sua existência com dignidade, o que poderá ir além da vida humana ¹.

Para se ter uma vida com dignidade², a Constituição de 1988 estabelece diversos direitos fundamentais, essenciais e necessários para qualquer espécie de vida, devendo esses serem efetivados e protegidos pela ordem jurídica e pelas instituições de tutela jurídica.

Entre esses direitos básicos, convém destacar que está inserido o direito de liberdade com todas as suas dimensões, com destaque para as liberdades de expressão, de consciência e crença, de ir, vir e ficar, de associação, de reunião, entre outras.

No contexto da análise dessas garantias constitucionais, percebe-se que o direito de liberdade de locomoção é um dos mais primários e, talvez, o mais essencial, uma vez que, sem esse direito, não se pode sequer exercer os demais.

Visando à proteção integral de nossa liberdade de ir, vir e ficar, a Constituição brasileira, além de prever esse direito, traz um instituto capaz de restabelecê-lo e de protegê-lo quando verificada situação geradora de constrangimento ilegal³.

¹ NOGUEIRA, Vânia Márcia Damasceno. **Direitos fundamentais dos animais**: A construção jurídica de uma titularidade para além dos seres humanos. Belo Horizonte: Arraes, 2012.p. 280.

² Referindo-se à dignidade da pessoa humana, Antônio Augusto Cançado Trindade: “On the basis of this remarkable development lies the principle of respect for the dignity of the human person, irrespective of her existential condition. By virtue of this principle, every human being, independently of his situation and of the circumstances in which he finds himself, has the right to dignity. The whole remarkable development of the jusinternationalist doctrine in this respect along the twentieth century, finds its roots, and it could not be otherwise, in some reflections of the past, in the juridical as well as philosophical thinking, as exemplified, inter alia (to refer to one which goes far back in time), by the Kantian conception of the human person as an end in itself. This is ineluctable, as it reflects the process of maturing and refinement of the human spirit itself, which renders possible the advances in the human condition itself”. “Com base neste notável desenvolvimento reside o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, independentemente de sua condição existencial. Em virtude deste princípio, todo ser humano, independentemente da sua situação e das circunstâncias em que se encontra, tem o direito à dignidade. Todo o notável desenvolvimento da doutrina jusinternacionalista a este respeito ao longo do século XX, encontra as suas raízes, e não poderia ser de outra forma, em algumas reflexões do passado, no jurídico, bem como o pensamento filosófico, como exemplificado, entre outros (referindo-se a um de muito tempo atrás), pela concepção kantiana da pessoa humana como um fim em si mesmo. Isso é inevitável, uma vez que reflete o processo de maturação e refinamento do próprio espírito humano, o que torna possível os avanços na própria condição humana”. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **The historical recovery of the human person as subject of the law of nations**. Cambridge Journal Of International And Comparative Law. Cambridge, p. 8-59. jan. 2012. Disponível em:

<<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&ved=0CFwQFjAG&url=http://joomla.cjicl.org.uk/journal/issue/pdf/3&ei=IgomU-L1BNLJkAeHyoCgBg&usg=AFQjCNFFZu0P8v35FTLd-ovTnfpOQpzyYQ&bvm=bv.62922401,d.eW0>>. Acesso em: 16 mar. 2014.

³Art. 5, LXVIII da CF – “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”.

O *habeas corpus*, como garantia fundamental, é indisponível. Não é possível pensar em um modelo de Estado Democrático de Direito sem essa garantia constitucional. Logo, o *habeas corpus* constitui-se em uma das garantias constitucionais mais importantes, sendo reconhecido internacionalmente como instrumento de defesa do direito fundamental de liberdade de locomoção. É “o remédio jurídico processual mais eficiente, em todos os tempos”, como lecionava Pontes de Miranda⁴.

Como garantia constitucional, o citado *writ* deve ter eficácia plena, garantindo a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais relacionados com a liberdade de locomoção⁵, seja no âmbito individual ou coletivo.

Fazendo uma análise da evolução histórica desse instituto desde a Carta de 1215, da Inglaterra, percebemos sua abrangência, que, apesar de ter sido limitada na reforma constitucional de 1926 da Constituição Federal brasileira de 1891, renasce como, vulgarmente denominado, “remédio heroico”, fazendo valer seu status de garantia constitucional.

Por ser um instrumento essencial da democracia e possuir caráter multifuncional, ou seja, apesar de sua finalidade ser a proteção da liberdade de locomoção, ele funciona para trancar inquéritos policiais, ações penais, declarar nulidades processuais e outros. O *habeas corpus* é caracterizado pela ampla legitimidade ativa para sua impetração, que prescinde da capacidade civil ou postulatória do impetrante, podendo a garantia fundamental ser utilizada contra coação ilegal originária de particular ou de autoridade do Estado, mitigando formalidade em favor do alargamento das liberdades.

É nesse contexto que o problema levantado neste estudo incide sobre o seguinte questionamento: será possível a aplicação do instituto do *habeas corpus* no âmbito coletivo, para a proteção da liberdade de locomoção dos seres, tendo em vista a sua interpretação à luz da nova *summa divisio* constitucionalizada na sociedade de risco?

A importância do tema se justifica pelo fato do *habeas corpus* coletivo, não obstante estar relacionado diretamente com situações presentes na jurisprudência, prescindir de um estudo mais aprofundado e sistematizado, tendo em vista que os direitos coletivos, amplamente considerados, ainda não receberam uma abordagem que englobe, também, o direito de liberdade de locomoção.

Além do mais, o desconhecimento da matéria é um dos principais fatores que criam obstáculos para a efetividade ampliada dessa garantia constitucional para o âmbito coletivo,

⁴ MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas corpus**. 3 ed. Campinas: Bookseller, 2007. 1 v.p.27.

⁵ Art. 5, §1 da Constituição Federal de 1988.

fazendo com que muitos direitos e garantias fundamentais sejam violados, atentando frontalmente contra a própria Constituição.

Atualmente, podem ser identificadas várias situações em que a liberdade de locomoção é violada de forma coletiva. As manifestações passadas e as que ainda ocorrem no País, determinações judiciais de “toque de recolher”, a criação de condomínios fechados em área pública são exemplos em que a aplicabilidade do *habeas corpus* coletivo se torna a mais adequada, gerando uma decisão, em regra, uniforme, e evitando o aumento de demandas individuais com o mesmo objeto.

A partir do entendimento segundo o qual a Constituição adota uma nova *summa divisio* constitucionalizada no Título I, Capítulo I, da CR/1988⁶ e, fazendo uma análise dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, ficará demonstrada a possibilidade de tal ação constitucional ser impetrada coletivamente, funcionando como garantia mais ampla, rápida e adequada para efetivação dos direitos fundamentais que compõem a liberdade de locomoção.

A possibilidade da tutela inibitória, bem como o alargamento da legitimidade ativa dessa ação coletiva serão devidamente analisados, mostrando a necessidade de ampliação do conceito do *habeas corpus*, de modo a lhe conferir maior celeridade e eficácia no contexto da proteção dos direitos constitucionais fundamentais.

O objetivo geral deste estudo é, portanto, fazer uma análise dos direitos fundamentais à luz dos direitos coletivos, demonstrando a possibilidade da proteção do direito de liberdade de locomoção de forma coletiva, assim como para além dos seres humanos, por meio de um estudo sistemático do *habeas corpus*, dos direitos coletivos, e da análise de casos concretos julgados por nossos Tribunais. Portanto, a pesquisa visa à sistematização dessa modalidade de ação coletiva, haja vista não ser devidamente utilizada em nosso ordenamento. Trata-se de um direito embasado nos direitos e garantias fundamentais, presentes na Constituição Federal de 1988 (CF/88) do atual paradigma de Estado Democrático de Direito⁷.

Objetiva-se especificamente: afastar a ideia individualista do direito de locomoção e do instituto do *habeas corpus*; aprimorar o conhecimento do Direito Coletivo, evitando a improcedência dos *habeas corpus* coletivos; fornecer base jurídica para demonstrar a

⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 361-3.

⁷ A tutela jurídica no Estado Democrático de Direito é ampla e irrestrita a direitos individuais e coletivos, constituindo-se de um paradigma que não admite apenas a declaração dos direitos, mas a de transformar a realidade social com Justiça, tendo com principal meta a efetivação desses direitos. JÚNIOR, Antônio Borja de Almeida; COUTINHO, Francisco Seráfico da Nóbrega. A matriz teórica do direito ambiental: uma reflexão sobre o fundamento da necessidade de preservação do meio ambiente. **Direito e liberdade**, Natal, v. 3, n. 2, p. 71-82, 2006. p. 72

utilização do *writ* no campo coletivo, bem como refletir, de forma exploratória, sobre a possibilidade de utilização do *habeas corpus* individual ou coletivo para além dos seres humanos; desenvolver a possibilidade de tutela inibitória, com o fim de garantir a efetividade do direito de liberdade de locomoção; fazer uma interpretação ampla e irrestrita do direito fundamental de liberdade frente à *summa divisio* constitucionalizada.

Metodologicamente, para este estudo, escolheu-se a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, de modo a delimitar o conhecimento científico acumulado sobre o tema proposto, com objetivo exploratório, utilizando as concepções de autores que o retratam em artigos, periódicos, livros, jornais, legislação e doutrina multidisciplinar, tendo como base a atual visão constitucionalizada dos direitos fundamentais.

Foi utilizado o raciocínio indutivo, fazendo uma análise de casos concretos e inferindo, a partir deles, conclusões relativas ao direito coletivo e ao instituto do *habeas corpus*, bem como o raciocínio dedutivo, aplicando as normas legais e a teoria, história e evolução do *habeas corpus* às situações existentes atualmente, especialmente, no âmbito coletivo. Esses métodos utilizados foram essenciais para se chegar a um resultado razoável de utilização do *habeas corpus* coletivo⁸.

O trabalho é dividido em seis capítulos. No primeiro capítulo, é feita a introdução ao tema proposto.

O segundo capítulo faz uma análise da nova *summa divisio* constitucionalizada no Estado Democrático de Direito, trazendo algumas características desse modelo estatal frente à sociedade de risco. Faz uma abordagem do direito fundamental da liberdade de locomoção como um direito individual e coletivo, bem como analisa a natureza jurídica do *habeas corpus* e seu status de garantia constitucional de proteção do direito de locomoção.

O terceiro capítulo versa sobre o estado da arte do *habeas corpus* no Brasil e sua consagração do Direito Processual Penal, mostrando sua evolução história no ordenamento pátrio até a Constituição Federal de 1988. Traz também, um estudo sobre o *habeas corpus* preventivo e o repressivo, a vedação da sua aplicação nas punições disciplinares, algumas hipóteses de cabimento, estabelecidas pelo atual Código de Processo Penal Brasileiro, bem como uma descrição dos principais aspectos processuais do *habeas corpus*, tais como legitimidade, competência e procedimento. Por fim, faz uma análise do Direito Processual Penal à luz dos direitos fundamentais.

O quarto capítulo discorre sobre o *habeas corpus* como instrumento de garantia da

⁸ GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 22.

liberdade de locomoção coletiva na sociedade de risco, fazendo um estudo sobre o *habeas corpus* no campo coletivo, frente aos direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. Traz, ainda, o conceito do tema central deste trabalho, qual seja, *habeas corpus* coletivo, além de fazer uma análise da ampliação da legitimidade ativa, bem como da possibilidade de tutela inibitória.

O quinto capítulo faz a análise de alguns casos concretos que poderão ensejar a impetração do *habeas corpus* coletivo, além de demonstrar a possibilidade, em um futuro próximo, de sua aplicação para além dos seres humanos.

E, finalmente, no sexto capítulo, são apresentadas considerações finais sobre o tema, na esperança de se chegar às conclusões significativas desta pesquisa, de forma a servir de base para a devida sistematização do instituto do *habeas corpus* coletivo em nosso ordenamento jurídico, bem como para sua aplicação, garantindo, de forma mais adequada e eficaz, o direito de locomoção, tanto na esfera individual, quanto na coletiva.

Importante esclarecer, contudo, que o tema em discussão, por se tratar de direito coletivo, tema de estudo recente no País, não tem a possibilidade de ser esgotado neste trabalho, por ser vasto e complexo, mas pretende-se, nesta pesquisa, trazer uma nova visão do *habeas corpus* à luz da doutrina, da legislação e de alguns julgados, buscando refletir, de forma exploratória, sobre sua aplicação no âmbito coletivo e, inclusive, para seres vivos em sentido amplo.

2 A NOVA *SUMMA DIVISIO* CONSTITUCIONALIZADA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, SOCIEDADE DE RISCO E A LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO COMO DIREITO INDIVIDUAL E COLETIVO.

2.1 Estado Democrático de Direito e a nova *summa divisio* constitucionalizada

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, diferentemente das outras Constituições e de forma transformadora, constitui a consagração de várias conquistas sociais, políticas e jurídicas na história do País, o que se manifesta, expressamente, no compromisso com a transformação da realidade social com a criação de uma sociedade justa, livre, solitária (art. 3º), conforme objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil⁹.

A previsão de que a República Federativa do Brasil constitui Estado Democrático de Direito não constava nas Constituições anteriores, sendo que, diversamente do Estado Liberal de Direito, em que a tutela jurídica era de caráter individual, bem como no Estado Social de Direito, que tutelava alguns direitos sociais, o Estado Democrático de Direito constitui o Estado da Justiça material, da transformação da realidade social, da tutela jurídica ampla, dinâmica, aberta, de direitos individuais e coletivos. O Estado rompe com o dualismo que separava Estado da sociedade e se insere na sociedade, como representação da sua evolução e organização¹⁰.

Além do mais, a Constituição da República de 1988, em seu Título II, Capítulo I, traz uma grande novidade no cenário jurídico brasileiro ao inserir a tutela jurídica do direito coletivo na teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais, não encontrando precedentes nas Constituições brasileiras anteriores e nem nas Constituições de outros países¹¹.

⁹ Preâmbulo da CF/88: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a Justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

¹⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de; ALMEIDA, Flávia Vígatti Coelho de. Os Direitos ou Interesses Coletivos no Estado Democrático de Direito. In: SALIBA, Aziz Tuffi; ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Org.). **Direitos fundamentais e a função do Estado nos planos interno e internacional**: Coleção Direitos fundamentais individuais e coletivos. Belo Horizonte: Arraes, 2010. p. 209-245.

¹¹ Pelo Direito Comparado, não há previsão em mesmo sentido, ou seja, em incluir os direitos coletivos na categoria de direitos fundamentais, nas Constituições de outros países, tais como a Constituição Norte-americana de 1787 e suas respectivas emendas, a Constituição Alemã de 1949, a Constituição francesa de 1958, a Constituição italiana de 1947, a Constituição argentina de 1994. Nem mesmo a proposta de uma Constituição europeia insere o direito coletivo no plano das teorias dos direitos fundamentais. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, proclamada em Nice, em 7 de dezembro de 2002, igualmente não faz menção

Almeida e Almeida¹² lembram que a Constituição portuguesa de 1976, na parte I, referente aos direitos e deveres fundamentais, prevê em seu art. 12.2 que “as pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres compatíveis com a sua natureza”. As pessoas coletivas, nesse contexto, podem ser entendidas como organizações constituídas por um agrupamento de pessoas ou por um complexo patrimonial, tendo em vista o prosseguimento de um interesse comum determinado, e às quais a ordem jurídica atribui a qualidade de sujeitos de direito¹³.

Andrade¹⁴ ressalta que, na Constituição portuguesa, ao lado dos interesses individuais, privativos de cada homem, há os interesses de que compartilha uma pluralidade de indivíduos, uma massa de homens mais ou menos extensa, “que pode chegar a ser toda uma nação ou até a humanidade inteira, e determinada com precisão ou do modo mais ou menos vago, conforme circunstâncias.” Esses últimos interesses são denominados comuns ou coletivos.

Fazendo uma análise das demais constituições com a atual do Brasil, ficaram claros a inovação e o pioneirismo da Constituição brasileira de 1988 em dar status constitucional aos direitos massificados, “conferindo-lhes dignidade constitucional própria para uma nação democrática que pretenda transformar a realidade social”¹⁵, diferentemente da proteção predominantemente individualista que é própria de um Estado Liberal de Direito, em que as injustiças e as desigualdades sociais são presentes.

Assim, como direitos fundamentais que são, os direitos coletivos devem ter uma interpretação ampla, aberta, visando à maior efetividade e proteção desses direitos e a garantir a transformação social, base do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, Almeida¹⁶:

Constitui compromisso do Estado Democrático de Direito operacionalizar um verdadeiro rompimento com as concepções capitalistas, portanto burguesas, do Estado Liberal Individualista, ainda impregnadas no *Welfare State*. A sua finalidade é a transformação da realidade social com a implantação, em processo democrático dinâmico e constante, da igualdade material. Não é um rompimento com a

expressa ao direito coletivo como categoria dos direitos fundamentais. ALMEIDA, Gregório Assagra de; ALMEIDA, Flávia Vigatti Coelho de. Os Direitos ou Interesses Coletivos no Estado Democrático de Direito. In: SALIBA, Aziz Tuffi; ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Org.). **Direitos fundamentais e a função do Estado nos planos interno e internacional**: Coleção Direitos fundamentais individuais e coletivos. Belo Horizonte: Arraes, 2010. p. 209-245.p.228.

¹² *Ibidem.*, p. 209-245.p.229.

¹³ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**: Sujeitos e Objecto. Coimbra: Livraria Almeida, 2003. 1 v. p.45. Acrescentar o autor, exemplos de pessoas colectivas: concelhos (Cod. Administrativo, art. 14), as freguesias (Cód. Administrativo, art. 196, paragrafo único), as associações religiosas (Cód. Adm. Arts. 416 e 449), as sociedades comerciais (Cód. Com. Art. 108).

¹⁴ *Ibidem.*, p.46.

¹⁵ ALMEIDA, op. Cit., p. 209. Acrescentam os autores ainda que não há como transformar a realidade social, sem a eliminação das desigualdades e injustiças sociais, sem a proteção integral e efetiva dos direitos coletivos, amplamente considerados. A proteção predominantemente individualista é própria de um Estado Liberal de Direito, que se obriga a conviver com as injustiças e desigualdades sociais e permanece de mãos atadas.

¹⁶ *Idem.*, 2008.p. 173.

dominação político-ideológica da classe burguesa e com as estruturas do Estado Liberal, ainda impregnadas no Estado Social, que impedem a efetiva socialização do Direito e do Estado e a transformação da realidade social.

Diante da nova visão constitucional do sistema jurídico, conclui-se que a *summa divisio* clássica, Direito Público e Direito Privado, foi ultrapassada, tendo em vista ser incompatível com nossa Constituição da República de 1988, que, em seu capítulo I do Título II, trata dos Direitos e dos Deveres Individuais e Coletivos¹⁷.

A partir da nova *summa divisio* constitucionalizada, torna-se possível a construção de novos paradigmas, garantindo, assim, a maior efetividade dos direitos fundamentais.

Nesse novo constitucionalismo democrático, os direitos e as garantias constitucionais fundamentais contêm valores que devem espelhar todo o sistema jurídico e servir de base para a atuação do legislador constitucional, do legislador infraconstitucional, do administrador, da Justiça e até mesmo do particular.

O dualismo clássico (Estado e sociedade) não subsiste no Estado Democrático de Direito, diante da nova visão constitucionalizada, tendo em vista, como dito, ter como finalidade a transformação social. O Estado não tem mais toda a centralização do poder na mão de um soberano, como antigamente, havendo, hoje em dia, a participação mais ativa da população.

O Direito Coletivo e o Direito Individual formam duas partes do sistema jurídico brasileiro, que são integradas por vários ramos do Direito, estando o Direito constitucional acima, e sendo o ponto de união dessas partes. Dessa forma, a Constituição é composta tanto de normas, garantias e princípios de Direito Coletivo quanto de normas, garantias e princípios de Direito Individual.

No âmbito individualista, pode-se afirmar que cabe a cada um defender em juízo seus interesses e direitos. Em contrapartida, os direitos coletivos têm como objeto material todos os direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Ou seja, são direitos que abrangem uma certa coletividade, ultrapassando o individual.

Nos ensinamentos de Gregório Assagra de Almeida¹⁸, direito coletivo é uma parte integrante da teoria constitucional dos direitos fundamentais e se constitui pelo conjunto de “princípios, garantias e regras disciplinadoras dos direitos ou interesses difusos, dos direitos ou interesses coletivos em sentido restrito, dos direitos e interesses individuais homogêneos e dos interesses objetivos coletivos legítimos”.

¹⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.p. 361-3.

¹⁸ Ibidem.,p. 437.

Assim, observa-se que esses direitos transcendem o plano individual e possibilitam uma economia processual na resolução da lide, evitando, pois, decisões conflitantes. Com o fim de evitar maiores transtornos e dúvidas, o legislador¹⁹ achou por bem diferenciar as categorias de interesses coletivos²⁰.

Os denominados direitos difusos podem ser considerados como aqueles cujos titulares não são determináveis e, sim, indeterminados e indetermináveis.

Isso não quer dizer que uma pessoa em particular não esteja sofrendo a ameaça ou o dano, mas, sim, que se trata de uma espécie de direito que, apesar de atingir alguém em particular, merece especial atenção porque atinge simultaneamente a todos.

Por exemplo, como observa NUNES, Rizzatto²¹, “se um fornecedor veicula uma publicidade enganosa na televisão, o caso é típico de direitos difusos, pois o anúncio sujeita toda a população a ele submetido. De forma indiscriminada e geral, todas as pessoas são atingidas pelo anúncio enganoso”.

É importante lembrar que, quer se identifique um consumidor que foi violado no seu direito individual, quer não se encontre nenhum, trata-se sempre de direitos difusos. Sempre que surgir, ao mesmo tempo, questão que envolva direitos difusos e outra que envolva direito individual, ambas ligadas pelo mesmo objeto, ter-se-á dois tipos de direito em jogo, ambos protegidos pelo regime legal consumerista.

Quanto à relação jurídica existente entre os lesados em matéria de direitos difusos, esta não existe, sendo as circunstâncias de fato que estabelecem a ligação.

Os titulares do direito coletivo são também indeterminados, mas determináveis. Isto é, para a verificação da existência de um direito coletivo não há necessidade de se apontar concretamente um titular específico e real²².

Por fim, em relação aos direitos individuais homogêneos, os sujeitos são sempre mais de um e determinados. Não se trata de litisconsórcio e sim de direito coletivo. O

¹⁹ Código de Defesa do Consumidor- art. 81: Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

²⁰ CHEQUER, Lílian Nássara Miranda. **Breves comentários sobre as ações penais coletivas**. 2013.

²¹ NUNES, Rizzatto. **As ações coletivas e as definições de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no direito do consumidor**. São Paulo: Migalhas. 2011. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ABCdoCDC/92,MI128109,31047As+acoes+coletivas+e+as+definicoes+de+direitos+difusos+coletivos+e>>. Acesso em: 11 maio 2013.

²² *Ibidem*.

estabelecimento do nexos entre os sujeitos ativos e os responsáveis pelos danos, se dá numa situação jurídica — fato, ato, contrato etc. — que tenha origem comum para todos os titulares do direito violado²³.

É importante lembrar também que, nesse caso, o objeto é divisível. A origem é comum e atingiu a todos os titulares determinados dos direitos individuais homogêneos, mas o resultado real da violação é diverso para cada um, de tal modo que se trata de objeto que é divisível.

2.2 Sociedade de Risco

A sociedade moderna, tendo em vista o desenvolvimento e avanços tecnológicos e sociais trazidos pela sociedade industrial, se caracteriza pelo risco²⁴. A sociedade industrial foi marcada pelo crescimento das classes médias, difusão do consumo de massa e, conseqüentemente, da sociedade de massa, potencializando a produção de riscos, que passou a atingir o ser humano e o meio ambiente como um todo.

O conceito de sociedade de risco se cruza diretamente com o de globalização, tendo em vista que os riscos afetam nações e classes sociais diversas, sem respeitar fronteiras de nenhum tipo. A distribuição dos riscos não corresponde às diferenças sociais, econômicas e geográficas, atingindo a todos de forma uniforme.

Os riscos não são uma invenção moderna. Quem, como Colombo, segundo Ulrich Beck, saiu em busca de novas terras e continentes por descobrir assumiu riscos. O que se modificou foi o caráter individual dos riscos. Se antes eles eram mais individualizados, hoje assumem caráter global, surgindo para toda a humanidade. O risco tinha, “no contexto daquela época, um tom de ousadia e aventura, e não o da possível autodestruição da vida na Terra”²⁵.

Entre esses riscos, Beck inclui os riscos ambientais, ao falar do desmatamento de florestas, químicos e tóxicos, quando menciona a poluição do rio Tâmis, em Londres, e a

²³NUNES, Rizzatto. **As ações coletivas e as definições de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no direito do consumidor**. São Paulo: Migalhas. 2011. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ABCdoCDC/92,MI128109,31047As+acoes+coletivas+e+as+definicoes+de+direitos+difusos+coletivos+e>>. Acesso em: 11 maio 2013.

²⁴ Ulrich Beck afirma que o conceito de sociedade industrial ou de classes (na mais ampla vertente de Marx e Weber) gira em torno da questão de como a riqueza socialmente produzida pode ser distribuída de forma socialmente desigual e ao mesmo tempo legítima (BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: 34 Ltda, 2010. Tradução de: Sebastião Nascimento.p. 23).

²⁵Ibidem.,p. 25.

contaminação de alimentos, bem como nucleares e genéticos, produzidos industrialmente. Acrescenta o autor ainda²⁶:

Os riscos e ameaças atuais diferenciam-se, portanto, de seus equivalentes medievais, com frequência semelhantes por fora, fundamentalmente por conta da globalização de seu alcance (ser humano, fauna, flora) e de suas causas modernas. São riscos da modernização. São um produto de série do maquinário industrial do progresso, sendo sistematicamente agravados com seu desenvolvimento ulterior.

Neste contexto, Anthony Giddens²⁷ afirma que a ideia de risco tem sido sempre relacionada com a de modernidade. Era uma forma de manter o futuro sob o domínio do homem. Contudo, de forma diversa, a tentativa de controlar o futuro tende a voltar contra os próprios homens, confirmando a máxima de Thomas Hobbes, quando asseverava que o “homem é o lobo do homem”.

Os riscos, tendo em vista o caráter coletivo recentemente adquirido, acabam atingindo toda a humanidade, inclusive aqueles que, em um primeiro momento, deles se beneficiam, ou seja, aqueles que o produziram ou lucraram com eles. Os próprios atores da modernização ficam submetidos ao chamado efeito bumerangue. Nem os ricos e poderosos estão seguros diante deles. Os atores da modernização acabam, inevitável e bastante concretamente, entrando na ciranda dos perigos que eles próprios desencadeiam e com os quais lucram²⁸.

Anthony Giddens²⁹ salienta que na modernidade a confiança está relacionada ao conceito de risco, dado a dinâmica das relações sociais que se caracteriza pelo avanço tecnológico, capacidade de destruição de bens individuais e coletivos, pelo deslocamento das relações no tempo e no espaço, até mesmo pela mudança de valores. Nesse cenário, surge um ambiente de instabilidade crescente, pois as relações humanas estão cada vez mais distanciadas, não sendo possível qualquer tipo de controle da ação do outro, nem a garantia de correspondência entre expectativa e resultado.

A propagação do dano, bem como a ameaça de dano, especialmente de caráter coletivo, demonstram a necessidade de uma nova compreensão da função judicial na tutela

²⁶ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: 34 Ltda, 2010. Tradução de: Sebastião Nascimento.p. 26.

²⁷ GIDDENS. Anthony. **Um mundo desbocado: los efectos de la globalización em nuestras vidas**. Taurus. Madrid. 2000.p 15.

²⁸ Ulrich Beck continua: “Esse efeito socialmente circular de ameaça pode ser generalizado: sob a égide dos riscos da modernização, cedo ou tarde se atinge a unidade entre culpado e vítima. No pior, no mais inconcebível dos casos – o cogumelo atômico -, isto é evidente: ele aniquila inclusive o agressor. Torna-se claro, nesse caso, que a Terra se transformou num assento ejetável, que não mais reconhece diferenças entre pobre e rico, branco e preto, sul e norte, leste e oeste, o efeito, porém, só existe quando existir, e então ele não mais existirá, pois nada mais existirá.” BECK, op. cit.p. 44-45.

²⁹ GIDDENS. op. cit. p 15.

transindividual, e a transferência de toda a responsabilidade ao Poder Executivo, como se tem tornado frequente.

O Poder Judiciário tem um papel amplo e de extrema importância na sociedade de risco, uma vez que cabe aos julgadores verificarem os fatores que ameaçam direitos e adotarem, conseqüentemente, providências que evitem ou pelo menos diminuam os efeitos nocivos à coletividade, especialmente aqueles que afetam interesses gerais. Por isso, o instituto da tutela inibitória, se torna, muitas vezes, necessária para a efetivação dos direitos, sejam eles individuais ou coletivos.

Os direitos fundamentais, diante dessa sociedade de risco, acabam sendo, algumas vezes, ameaçados ou violados. A extensão desses riscos, que ultrapassa o individual, acaba por dar uma nova visão aos direitos fundamentais, previstos na Constituição da República de 1988. Hoje, é necessária uma interpretação ampla e irrestrita desses direitos, com o fim de efetivá-los, mudando a realidade social, finalidade essa, do Estado Democrático de Direito.

A liberdade de locomoção, frente a essa sociedade de risco, também tem suas dimensões ampliadas, uma vez que o risco de violação a esse direito pode ultrapassar o cenário individual, diante de um acontecimento de caráter coletivo.

Hoje o direito coletivo, em razão na mudança da própria sociedade, tem *status* constitucional, justamente por ter um papel fundamental nas atividades inerentes do Estado na busca do bem comum.

Dessa forma, percebe-se a importância das tutelas coletivas para consagrar a proteção desses valores constitucionalmente firmados. Por envolverem garantias constitucionais, as tutelas coletivas não devem sofrer restrições, ainda mais diante de uma legitimidade mais ampla que a presente na tutela individual, garantindo, assim, mais efetividade aos direitos coletivos.

As ações coletivas na sociedade de risco nada mais são que a concretização do Estado Democrático de Direito, que necessita constantemente satisfazer os interesses sociais, efetivando as garantias constitucionais, visto que, somente assim, poderá almejar a tão sonhada transformação social.

2.3 Liberdade de locomoção

A liberdade tem um caráter histórico, uma vez que depende do poder do homem sobre a natureza, a sociedade e sobre si mesmo em cada momento da história. “A liberdade se

amplia com a evolução da humanidade. Fortalece-se, estende-se, à medida que a atividade humana se alarga. Liberdade é conquista constante”³⁰.

A Declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789, em seu art. 4º, define liberdade como poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos³¹. Esses limites apenas podem ser determinados pela lei.

Em resumo, José Afonso da Silva define bem a liberdade humana, ao afirmar ser um “poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade”³².

A liberdade é um dos direitos mais cobiçados pelo homem, uma vez que, sem ele, os demais não serão exercidos de forma plena. A Constituição da República de 1988 trata de todas as liberdades, como, por exemplo, a de pensamento, de ação profissional e a de locomoção, sendo esta última, objeto do nosso trabalho.

Para Montesquieu, a liberdade consiste em poder fazer o que as leis permitem. A liberdade da Constituição é fundamento da liberdade do cidadão, como afirmou o estudioso: “a liberdade é o direito de fazer tudo quanto as leis permitem; e, se um cidadão pudesse fazer o que elas proibem, não mais teria liberdade, porque os outros teriam idêntico poder.”³³

A liberdade de locomoção está prevista no art. 5º, XV, da Constituição da República, o qual estabelece ser “livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”. Ou seja, consiste em assegurar ao indivíduo a movimentação e a permanência em qualquer parte do país, nele podendo entrar, permanecer ou dele sair com seus bens, resguardados os direitos de terceiros e da sociedade em geral.

Dessa forma, o *habeas corpus* visa a resguardar a liberdade física da pessoa, ou seja, aquela liberdade que “constitui a primeira forma de liberdade que o homem teve que conquistar”³⁴.

³⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p.232.

³¹ BARBERA, Augusto. **Un moderno “habeas corpus”?** 2013. Disponível em: <http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0413_barbera.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2014.

³² SILVA, op. cit. p.233.

³³ Montesquieu apud CHEVALLIER, Jean-jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1999. Tradução: Lydiá Cristina.p. 139.

³⁴ SILVA, op. cit. p.236.

José Afonso da Silva³⁵ define como “a possibilidade jurídica que se reconhece a todas as pessoas de serem senhoras de sua própria vontade e de locomoverem-se desembaraçadamente dentro do território nacional”.

O doutrinador faz, ainda, uma subdivisão no tema da liberdade de locomoção. Para ele, o direito de circulação ou liberdade de circulação é a manifestação da liberdade de locomoção, ou seja, o direito de circulação “consiste na faculdade de deslocar-se de um ponto a outro através de uma via pública ou afetada ao uso público. A utilização da via não constituirá uma mera possibilidade, mas um poder legal exercitável *erga omnes*”³⁶. Ou seja, independentemente do meio utilizado para se circular em uma via, as pessoas terão o direito de passagem e de deslocamento.

Quanto à eficácia do direito de locomoção, Alexandre de Moraes entende ser norma de eficácia contida. A norma constitucional referente à liberdade poderá sofrer limitações por lei ordinária, que delimitará sua amplitude, estabelecendo restrições referentes ao ingresso, saída, circulação interna de pessoas e patrimônio³⁷.

Além do mais, pode-se constatar na própria Constituição da República algumas limitações ao direito de locomoção, como, por exemplo, o art. 139, que prevê a possibilidade de, na vigência do estado de sítio decretado, ser fixada obrigação de as pessoas permanecerem em localidade determinada³⁸.

Dessa forma, nosso direito de locomoção, apesar de amplo, deverá, em determinadas situações, ser limitado, limitação essa que pode ser trazida por nossa Constituição ou até mesmo por legislação ordinária, fazendo com que possamos ter uma convivência social mais equilibrada.

³⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.237.

³⁶ Ibidem. p.239.

³⁷ MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação complementar**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

³⁸ Constituição Federal de 1988 - Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

I - obrigação de permanência em localidade determinada;

II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns;

III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;

IV - suspensão da liberdade de reunião;

V - busca e apreensão em domicílio;

VI - intervenção nas empresas de serviços públicos;

VII - requisição de bens.

Parágrafo único. Não se inclui nas restrições do inciso III a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa.

2.4 *Habeas corpus* – garantia constitucional de proteção do direito de liberdade de locomoção

Etimologicamente, *habeas corpus* deriva dos vocábulos *habeas* (de *habeo* - ter, tomar, andar com) e *corpus* (corpo), os quais, literalmente, significam "que tenhas o teu corpo", ou seja, que se tome a pessoa presa e apresente-a ao juiz para ser julgada³⁹. "Ter corpo, ou tomar o corpo, é uma metáfora, que significa a liberdade de ir e vir, o poder de locomoção, o uso dessa liberdade de locomoção livremente, salvo restrições legais a todos impostas indistintamente"⁴⁰.

É uma garantia constitucional outorgada em favor de quem sofre ou está na iminência de sofrer coação ou violência na sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder⁴¹, tratando-se de um remédio constitucional, ou seja, um instrumento colocado “à disposição dos indivíduos pela Constituição Federal, para proteger seus direitos fundamentais”⁴².

O *writ* pode ser considerado, ainda, “uma ação especial, para reclamar o estabelecimento de um direito fundamental violado, o remédio para o mal da prepotência que se manifesta eventualmente contra a liberdade física”⁴³.

Nos ensinamentos de Aury Lopes Jr.⁴⁴, esse instituto é uma ação de natureza mandamental com status constitucional, que cumpre com plena eficácia sua função de proteção da liberdade de locomoção dos cidadãos frente aos atos abusivos do Estado, sendo imprescindíveis que existam instrumentos processuais de fácil acesso, realmente céleres e eficazes, como o *habeas corpus*.

Segundo Pontes de Miranda⁴⁵, *habeas corpus* eram as palavras iniciais do mandamento do Tribunal para aqueles que tivessem em seu poder, ou guarda, o corpo do detido. Segundo o doutrinador, “a ordem era do teor seguinte: *Toma* (literalmente: *tome*, no subjuntivo, *habeas*, de *habeo*, *habere*, ter, exhibir, tomar, trazer etc.) o *corpo* deste detido e

³⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009.p.1019.

⁴⁰ FERREIRA, Pinto. **Teoria e prática do *habeas corpus***. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.p.06.

⁴¹ Nesse sentido: FREEDMAN, Eric M.. **Habeas corpus in three dimensions: Dimension I: Habeas corpus as a common Law Writ**. 2011. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 25 mar. 2014

⁴² PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da Constituição e direito fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.p.132.

⁴³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990. v. I.p.75.

⁴⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.1.329.

⁴⁵ MIRANDA, Pontes de. **História e Prática do *Habeas corpus***. 3 ed. Campinas: Bookseller, 2007. 1 v.p.47.

vem submeter ao Tribunal o homem e o caso”. O fim desse remédio constitucional era evitar, ou remediar, a prisão injusta, as opressões e as detenções excessivamente prolongadas.

Quanto à origem, apesar de certa divergência doutrinária sobre o exato momento do surgimento desse remédio constitucional, para uma melhor análise de sua origem nos reportamos aos ensinamentos de Mossin⁴⁶.

Segundo o mencionado autor, após o surgimento das escolas eleática e pitagórica do filósofo grego Heráclito, em que não havia diferenciação entre as leis humanas e o princípio do Cosmo, e a evolução dos direitos fundamentais dos homens, surge a concepção de Sócrates, o mestre da razão, na qual “nas leis existe um fundamento racional e não arbitrário”.

Contudo, apesar dessa concepção de Sócrates, nessa época não se indagava direito individual contra o Estado, que era soberano diante do indivíduo. O eventual direito individual existente estava ligado apenas em relação aos aspectos políticos, intelectuais e filosóficos.

Platão *apud* Mossin, em sua obra “O Político”, já afirmava que os governantes também deveriam se submeter às leis do Estado, abrangendo, assim, a obediência às normas legais⁴⁷.

O filósofo grego Aristóteles, criador da teoria da “Justiça Distributiva”, baseada na fundação da lógica formal e do direito em princípios éticos, admitia direitos do indivíduo frente ao Estado, afirmando que cada um deve receber honras e bens segundo seus méritos⁴⁸.

Percebe-se que, apesar de já haver uma pequena formação sobre a ideia de liberdade do homem, a concepção grega não concebeu um sistema de garantias dos indivíduos contra o Estado juridicamente institucionalizado, sendo que a aplicação do direito somente começou a se aprimorar com os romanos.

Vicente Greco Filho⁴⁹, ao discorrer sobre o assunto, afirma que “a preocupação romana, contudo, foi o relacionamento interindividual, alcançando o processo romano, como se sabe, alto grau de evolução ainda hoje admirado.” Ressalva, ainda, que, apesar do aprimoramento da aplicação do direito, nenhum mecanismo judicial foi devidamente estruturado para garantir o indivíduo contra a vontade do então imperador.

Ao longo da história da humanidade, o desenvolvimento da ideia de liberdade física do homem ganhou destaque com o cristianismo, que o valorizava por considerar como criação de

⁴⁶ MOSSIN, Heráclito Antônio. *Habeas corpus*: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 1995. p.15.

⁴⁷ *Ibidem*. p. 15.

⁴⁸ *Ibidem*. p. 15.

⁴⁹ FILHO, Vicente Greco. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 26.

Deus. Contudo, diante de um paradoxo visível, a própria Igreja se tornou uma grande violadora dos direitos humanos.

Pontes de Miranda⁵⁰ fez a seguinte observação:

A história humana somente há poucos séculos eliminou a desigualdade perante a lei e fez livres todos os homens. Em verdade, a extensão da liberdade de todos os homens implicou, nesse ponto, a igualdade perante a lei, mas a liberdade tornou-se de todos antes que se pudesse em toda a sua abrangência o princípio da igualdade perante a lei.

Feita essa análise do surgimento do interesse pela proteção da liberdade física do homem, que passa pelos gregos, romanos e pela concepção da igreja medieval, surgiram três correntes sobre a verdadeira origem do *habeas corpus*⁵¹.

A primeira sustenta que o *habeas corpus* surgiu no direito romano; a segunda, que se origina na Constituição da Inglaterra de 1215 (*Magna Charla Libertatum*), e a terceira, que possui menos adeptos, que o *habeas corpus* originou-se no *habeas corpus act*, editado no reinado de Carlos II, no século XVII, na Inglaterra.

Pinto Ferreira⁵², adepto da primeira corrente, coloca o instituto “*interdicto de homine libero*”, como o possível precursor do *habeas corpus*, pois permitia a todo cidadão o direito de reclamar a exibição do homem livre detido ilegalmente⁵³. No mesmo sentido, Sidou⁵⁴, ao afirmar que havia dois institutos nessa época, que, mesmo não tendo aplicabilidade em relação aos governantes, que eram considerados homens acima da lei, tinham finalidade similar ao *writ*, sendo o *interdicto de homine libero*, mencionado por Pinto Ferreira, e *interdictum de libiris exhibendis*, que servia para o paterfamilias reaver a mulher, filho ou pupilo que estivesse na posse de alguém que não os quisesse devolver.

Já a segunda corrente afirma que a origem do *habeas corpus* está no direito inglês, com a Magna Carta de 1215⁵⁵, outorgada pelo Rei João Sem Terra. Nesse documento, há a

⁵⁰ MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas corpus**. 3ª Campinas: Bookseller, 2007. 1 v.p.31.

⁵¹ SILVEIRA, Ludiana Martins. **Introdução e evolução da figura do habeas corpus no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <www.artigos.com>. Acesso em: 06 set. 2013.

⁵² Acrescenta o autor: “O *habeas corpus* nasceu historicamente como uma necessidade de contenção do poder e do arbítrio. Os países civilizados adotam-no como regra, pois a ordem do *hábeas corpus* significa, em essência uma limitação às diversas formas de autoritarismo”. FERREIRA, Pinto. **Teoria e prática de hábeas corpus**, São Paulo, Saraiva, 1982, 2ª ed. p. 13.

⁵³ No mesmo sentido Fernando Capez em sua obra Curso de Processo Penal, 19 ed. 2012. p.825.

⁵⁴ SIDOU, J.M. Othon. **Do mandado de segurança**. 3 ed. São Paulo:RT, 1999.p.8.

⁵⁵ A Magna Carta foi um documento de 1215 que limitou o poder dos monarcas da Inglaterra, em especialmente o do rei João, conhecido por João Sem Terra, que o assinou, impedindo o exercício do poder absoluto. Esta Carta resultou de desentendimentos entre João, o Papa e os barões ingleses acerca das prerrogativas do soberano. Segundo os termos da Magna Carta, João deveria renunciar a certos direitos e respeitar determinados procedimentos legais, bem como reconhecer que a vontade do rei estaria sujeita à lei. Considera-se a Magna Carta o primeiro capítulo de um longo processo histórico que levaria ao surgimento do constitucionalismo. Para uma visão histórica inglesa do assunto: IBEJI, Mike. **King John and the Magna Carta**. 2011. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/history/british/middle_ages/magna_01.shtml>. Acesso em: 16 mar. 2014.

previsão, em seu art. 39, de que nenhum homem poderia ser preso, ou sequer detido, sem a permissão das leis de sua terra ou o prévio julgamento de seus pares⁵⁶.

A corrente com menos adeptos é a terceira, que sustenta que, no século XVII, durante o mandato de Carlos II, em 1679, surgiu o *habeas corpus act*⁵⁷, utilizado somente quando se tratasse da pessoa acusada do crime, não sendo utilizado em outras hipóteses. Só se referia às pessoas privadas de liberdade por serem acusadas de crime, de sorte que não tinham direito de pedir *habeas corpus* as detidas por outras acusações⁵⁸.

Assim, embora alguns autores reconheçam traços do *habeas corpus* no direito romano clássico, a corrente mais aceita sobre a origem desse remédio constitucional é que sua melhor formulação só foi definida no direito inglês, no qual o *writ of habeas corpus* consistia em diversas espécies de mandados proferidos pelas cortes inglesas quando se questionava alguma prisão.

No direito inglês, o *habeas corpus* foi intitulado *habeas corpus ad subjiciendum*, que significa tomai o corpo do detido para submeter ao Tribunal o homem e o caso.

Com a morte de Ricardo I, seu irmão João, que ficou conhecido por João Sem Terra, assumiu o trono da Inglaterra.

Seu reinado foi marcado por grandes arbitrariedades, perversidade e má política, o que fez a nação, em todas suas camadas sociais, se revoltar⁵⁹.

Diante dessa situação, os barões e condes se reuniram e chegaram à conclusão de que era preciso obter do rei, mesmo sem sua vontade, uma carta de liberdades. Pontes de Miranda⁶⁰ relata esse momento ao mencionar que os revolucionários proclamaram-se exército de Deus, entraram em Londres, em 24 de maio de 1215, e quase um mês depois, em 19 de junho, o rei assinou, no campo de Runnymede, o “ato” a que chamaria de Magna Carta.

Esse pacto assinado tratava principalmente dos direitos de personalidade, sendo a primeira carta que a Inglaterra possuiu e marcando a “pedra inicial do novo estado de coisas, tanto para Inglaterra, quanto para as nações-filhas e o homem”⁶¹.

Pressionado a assinar a Magna Carta, João Sem Terra não se preocupou em segui-la, tendo várias e incontáveis vezes a violado. Em conluio com a Igreja, se fortaleceu e começou

⁵⁶ MIRANDA, Pontes de. **História e prática do *habeas corpus***. 3ª Campinas: Bookseller, 2007. 1 v.p 59.

⁵⁷ Sobre o tema AMARAL, Thiago Bottino do. Considerações sobre a origem e evolução da ação de *habeas corpus*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais: Doutrinas Essenciais Processo Penal**, São Paulo, v. 5, p.1303-1323, jun. 2012.

⁵⁸ MIRANDA, op. cit. p 71.

⁵⁹ Ibidem. p 35.

⁶⁰ Ibidem. p 37.

⁶¹ Ibidem.p 37.

uma perseguição aos barões e o povo e acabou por desencadear uma denúncia em Roma, da Magna Carta, que foi considerada um ato de rebelião⁶².

Apesar de o rei João ter se reconciliado com os barões, continuou a violar a Magna Carta, fazendo com que eles negociassem com Luís de França. Em 1216, João Sem Terra morre, sendo sucedido por Henrique III, que confirmou a Carta com algumas modificações em Bristol. Contudo, diante do que já se esperava, por ser um príncipe de apenas nove anos de idade, sem qualquer formação, seu reinado foi desastroso como o do seu pai. Assim, diante dos vários erros cometidos, continuou a revolução por liberdades e garantias, tendo a Magna Carta sido confirmada em 1255, em uma reunião de prelados convocados em Westminster, com expressa ameaça de “excomunhão contra quem a violasse”⁶³.

Dessa forma, nenhum homem livre podia ser preso, nem simplesmente detido, sem que fosse condenado por seus pares ou pelas leis do país, julgamento esse já utilizado pelos franceses⁶⁴.

A Carta estabelecia, ainda, três meios para o cidadão inglês livrar-se da prisão, conforme nos ensina Pontes de Miranda⁶⁵.

Segundo o doutrinador acima mencionado, existia o *Writ* de mão tomada, ou ordem de entregar o acusado a um de seus amigos, que assegurava o comparecimento dele perante o juiz e o tomava pela mão, simbolicamente. Existia, ainda, o *Writ de odio et atia*, ou breve *de Bono et malo*, que supunha estar a pessoa presa acusada de morte, sendo impossível a caução. Nesse caso, o xerife sindicava se o indivíduo era acusado de ódio ou malvadez, cabendo novo *writ (tradas in ballivum)*, se fosse caso de legítima defesa. E, por último, o *Writ de homine replegiando*, pelo qual se soltava o acusado mediante a caução derivada de *frank pledge*⁶⁶.

⁶² MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas corpus**. 3ª Campinas: Bookseller, 2007. 1 v.p 38.

⁶³ Ibidem.p 43.

⁶⁴ O art. 39 da Magna Carta de 1215 estabelecia que “Nenhum homem livre será molestado, ou aprisionado, ou despojado, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo aniquilado, nem nós iremos contra ele, nem permitiremos que alguém o faça, exceto pelo julgamento legal de seus pares ou pelo Direito da terra”. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro explica que a Magna Carta de 1215 assegurava que nenhum homem livre teria sacrificada sua liberdade ou sua propriedade, salvo na conformidade com a lei da terra. Tratava-se de uma garantia contra o arbítrio real e a consagração de um julgamento segundo as leis do país, de acordo com o costume assentado nas decisões proferidas pelos pares, os quais exprimiam o *Common Law*. RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. **Práticas processuais penais: Uma Contribuição para a Adequação Constitucional da Persecução Penal**. Belo Horizonte: del Rey, 2013.p.26.

⁶⁵ MIRANDA., op. cit. p 58.

⁶⁶ *Frank Pledge* era um sistema existente na Inglaterra Medieval em que todos, mas os maiores homens e suas famílias estavam unidos pela responsabilidade mútua para manter a paz. *Frankpledge* pode ser rastreada até as leis do rei Canuto II, o Grande, da Dinamarca e da Inglaterra (m. 1035), que declarou que todo homem, escravo ou livre, deve ser parte de uma centena, uma unidade local de governo, que poderiam colocar uma garantia em dinheiro para o seu bom comportamento. Até o século 13, no entanto, foram os homens sem liberdade e sem terra que estavam ligados. Enquanto uma terra de *freeholder* foi promessa suficiente, o *unfree* tinha que estar no sistema *Frankpledge*, geralmente uma associação de 12, ou o dízimo, uma associação de 10 chefes de família. *Frankpledge* existia mais comumente na área sob a Danelaw, de Essex para Yorkshire, enquanto que o dízimo

Contudo, esses meios não eram práticos e eficazes. Assim, para que uma pessoa presa de forma ilegal fosse solta o mais rápido possível, foi criado o *writ of habeas corpus*, instituto esse, mais prático, tornando-se o remédio da liberdade física⁶⁷.

Mossin⁶⁸ salienta que a Carta de 1215, sem dúvida, foi um grande marco para o homem e, via de consequência, para todo o corpo societário, já que, por meio dela, o respeito à liberdade física do indivíduo passou a ser uma realidade, “deixando para o passado esse sonho que sempre crepitou a alma humana”. A Magna Carta inglesa também fez nascer e proliferar uma nova era, consistente na conquista da liberdade, muitas vezes marcada pelo abuso, tirania e pelo despotismo. O estado liberatório que o homem conquistou nessa época foi o responsável por toda a atual estrutura jurídica que tende a tutelar e proteger o direito de ir, vir e ficar, através das Constituições de todos os países civilizados, como, por exemplo, a Constituição Brasileira de 1988.

Mesmo após a confirmação da Carta, não podemos olvidar que, com o passar dos anos, ela foi sendo esquecida, sendo retomada pelo povo, posteriormente no reinado de Carlos I, devido a sérias e graves opressões sofridas pela população, pois, conforme afirma Fernando Capez⁶⁹, “Carlos I pretendia governar sem leis e sem nobreza”.

Assim, a velha ambição de liberdade incendiou novamente os ânimos daquele povo, tornando Carlos I detestado e malquisto. A arbitrariedade durante seu reinado foi tão grande, que, além de dissolver o Parlamento por quatro vezes, impôs o *ship money*, imposto geral, o que desencadeou uma série de protestos da nobreza, que foram repelidos com violência e prisões ilegais⁷⁰.

Essa situação perdurou até que um movimento de oposição determinou a chamada *Petition of Rights* (Petição de Direitos), que nada mais era do que uma declaração formal que foi redigida por Thomas Wentworth, em que foram reafirmadas as liberdades fundamentais e o respeito às leis de *habeas corpus*⁷¹.

foi encontrado no sul e sudoeste da Inglaterra. Na zona norte de Yorkshire, o sistema não parecia ter sido imposto. O sistema começou a declinar no século 14 e foi substituído por policiais locais que operam sob os juízes de paz no século 15 - Encyclopedia Britannica, Dictionary. Disponível em: <http://www.britannica.com/>

⁶⁷ MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas corpus**. 3ª Campinas: Bookseller, 2007. 1 v.p 60.

⁶⁸ MOSSIN, Heráclito Antônio. **Habeas corpus: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 1995.p.18.

⁶⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p.825.

⁷⁰ MIRANDA, op. cit. p 71-72.

⁷¹ Nos dizeres de Pontes de Miranda: “A petição não continha, portanto, inovações. Era apenas nova confirmação, “solicitada”, das velhas liberdades inglesas; em certos artigos, o regime processual indispensável para melhor reconhecer e garantir, sob Carlos I, os mecanismos direitos dos reinados de Eduardo, Henrique I e da Magna Carta (*J. R. Green, Henry the Second, 2*). Todavia, foi considerado o único cometimento de que se podia ufanar o Parlamento, até então, *sole legislative achievement of which the Parliament could boast* (John Skelton, Charles I, 75)” - MIRANDA, op. cit. p.73

O rei viu-se forçado, afinal, a dar seu consentimento expresso à Petição em 7 de junho de 1628, o que foi uma grande conquista em defesa dos direitos individuais.

Contudo, apesar da *Petition of Rights*, as ordens de *habeas corpus* eram denegadas e até mesmo desobedecidas a cada momento, fazendo-se necessária a regulamentação processual desse remédio, não bastando apenas a sua proclamação na Magna Carta. Assim, surgiu o *Habeas corpus Act*, em 1679, denominado por muitos como a segunda Magna Carta, tendo em vista sua importância em relação a liberdade⁷².

Tourinho Filho, citando João Mendes de Almeida Júnior⁷³, sobre as inovações do *Habeas corpus Act*, destaca que “além da eficácia do *writ of habeas corpus* para a soltura da pessoa ilegalmente presa ou detida em uma prisão pública, sua influência, diz Blackstone, estende-se a fazer cessar toda a restrição injusta à liberdade pessoal”.

Por fim, surgiu o *Habeas corpus Act* de 1816, que visava sanar as imperfeições do de 1679, tendo a sua área de atuação ampliada, aumentando a possibilidade de defesa, inclusive contra ato de particular⁷⁴.

Assim, ante todo exposto, apesar das controvérsias, ficou evidenciado que o instituto do *habeas corpus* surgiu no direito inglês, sofrendo várias transformações no decorrer dos tempos, visando sempre a assegurar a liberdade do indivíduo quando essa fosse cerceada de forma arbitrária e ilegal⁷⁵.

⁷² MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas corpus**. 3ª Campinas: Bookseller, 2007. 1 v.p 77.

⁷³ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo penal**. v.04. 32.ed. São Paulo: Saraiva 2010.p.632.

⁷⁴ Leciona o doutrinador Pontes de Miranda: “Qualquer que seja a violação à liberdade física, cabe o remédio do *habeas corpus*. Assim, provada a ilegalidade da prisão, seja qual for a imputação, a Casa expede o writ. Dá-se *habeas corpus*, por exemplo: a indivíduo que continua preso, sem ordem legal do juiz; a criança detida fora de casa dos pais; a pessoa sã que tenham internado, como louco ou doente, em hospício, casa de saúde ou hospital; a freira que quer deixar o convento etc.” - MIRANDA, op. cit. p.99.

⁷⁵ Christopher S. Ford acrescenta que qualquer pessoa que tenha sua liberdade de locomoção violada tem o direito ao instituto do *habeas corpus*, independentemente de nacionalidade ou outra condição. O autor chega a essa conclusão ao analisar o caso *Boumediene versus Bush*, que foi um pedido de *habeas corpus* apresentado em 2008, em um Tribunal civil dos Estados Unidos em nome de Lakhdar Boumediene, um cidadão naturalizado da Bósnia, que estava detido na base militar de Guantánamo em Cuba. Esse *habeas corpus* ficou conhecido, por questionar a vedação que os presos de Guantánamo tinham em questionarem a legalidade de suas prisões. O governo dos EUA chegou até a afirmar que eles não tinham direito de sequer peticionarem à Justiça, por estarem presos em um local que não havia aplicação da lei americana e nem de Cuba. Contudo, esse argumento foi derrubado e Boumediene conseguiu sua liberdade perante Supremo Tribunal Americano. FORD, Christopher S.. **Rights and remedies under the constitution: extraterritorial application of the writ of habeas corpus**. 2011. . Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 25 mar. 2014. No mesmo sentido Brian Farrell, ressaltando a importância dos diplomas internacionais de direitos humanos, como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948: FARRELL, Brian R. **Access to Habeas corpus: a human rights analysis of U.S. Practices in the war on terrorism**. 2012. Disponível em: <<http://heinonline.org>> Acesso em: 25 mar. 2014.

2.4.1 Natureza Jurídica

2.4.1.1 No plano do Direito Processual

Uma das maiores controvérsias na doutrina acerca do *habeas corpus* é sobre sua natureza jurídica, tendo em vista algumas de suas finalidades ou características.

Apesar desse remédio constitucional estar previsto como recurso no Código de Processo Penal, no Capítulo X, do título II, de seu Livro III, intitulado de “Dos recursos em geral”, ele pode ser considerado uma ação constitucional que visa a evitar ou cessar violência ou ameaça na liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder.

Em uma análise histórica sobre o tema, foi possível verificar o quão é antiga essa discussão, sendo que uma das primeiras opiniões acerca do assunto foi do doutrinador José Antônio Pimenta Bueno, no ano de 1922, o qual afirmava que o *habeas corpus* constituía um verdadeiro recurso⁷⁶.

Posteriormente, já em 1930, Galdino Siqueira⁷⁷ entendeu que o *habeas corpus* era nada mais do que um recurso ordinário e, pelo seu processado, um recurso especial, pois tinha uma “marcha célere e pronta”. No mesmo sentido, Eduardo Espínola⁷⁸ aduz o sentido misto do instituto ao afirmar que constitui um recurso de caráter especial e objetivo específico.

Percebe-se, até o momento, que, para esses mestres e vários outros da época, o *habeas corpus* era um recurso, porém de natureza mista, pois seu processo era de recurso ordinário e seu procedimento e interpretação, de recurso especial⁷⁹.

Em posição contrária as já mencionadas, Rogério Lauria Tucci, citado por Mossin⁸⁰, defende que “em suma, é o *habeas corpus* ação pela qual se origina a instrução de um processo do mesmo nome, exteriorizado em procedimento sumaríssimo”.

⁷⁶Citado por MOSSIN, Heráclito Antônio. *Habeas corpus*: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 1995.p.63.

⁷⁷ Nas palavras de Siqueira: “O writ of *habeas corpus* é um recurso ordinário e, pelo seu processado, um recurso especial, pelo modo de sua interpretação e pela sua marcha processual; é assim que, em relação ao modo de sua interpretação, é ele facultado ao nacional ou estrangeiro, ao paciente ou a terceira pessoa, em seu favor; em relação à sua marcha processual, longe de seguir as fórmulas lentas e demoradas dos outros recursos, de seguir as regras gerais e comuns de competência, tem antes uma marcha célere e pronta, podendo ser renovado perante a mesma ou diversa autoridade.”.(SIQUEIRA, Galdino. **Curso de processo criminal**. 2ed. São Paulo: Magalhães, 1930.p.383-384).

⁷⁸ ESPÍNOLA, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado**. Rio de Janeiro:Rio, 1980, v.IV.p.47.

⁷⁹ No mesmo sentido, dando um caráter misto ao *habeas corpus*, ao afirmar ser tanto um recurso quanto uma ação, podemos citar MAGALHÃES Noronha em **Curso de direito processual penal**. 21ed. São Paulo: Saraiva, 1992.p.408.

⁸⁰ MOSSIN. op. cit .p.64.

Importante posicionamento que merece ser analisado é o do doutrinador Pontes de Miranda⁸¹. Vejamos:

O pedido de *habeas corpus* é pedido de prestação jurisdicional em ação [...]. A ação é preponderantemente mandamental. Nasceu assim o instituto. Os dados históricos no-lo provarão. Não se diga (a errônea seria imperdoável) que se trata de recurso. A pretensão não é recursal. Nem no foi, nem no é. É ação contra quem violar a liberdade de ir, ficar e vir. Talvez contra autoridade judiciária. Talvez contra Tribunal.

Contudo, o termo recurso, no entendimento deste estudo, não coaduna com *habeas corpus*, uma vez que sua amplitude não pode ser submetida ao rigor exigido pelos instrumentos recursais⁸².

Observando a essência do *habeas corpus*, fica claro que de recurso não se trata, pois os recursos pressupõem a existência de um processo e, ainda, de uma decisão judicial, não transitada em julgado, a ser reexaminada dentro de uma mesma relação processual, o que não é exigido pelo *habeas corpus*, que pode ser impetrado contra ato de autoridade administrativa ou ato de particular⁸³.

Além do mais, o instituto em análise possibilita sua impetração a qualquer momento, inclusive antes de existir, efetivamente, uma ação penal, diferenciando-se, mais uma vez, dos recursos.

Diante das razões acima expostas e fazendo uma análise de todo o instituto, fica claro que sua natureza jurídica é de uma ação autônoma de impugnação e não de recurso, nos clareando ainda mais sobre a afirmação dita por Tucci, quando afirmou que o *habeas corpus* é um procedimento próprio com ação de mesmo nome que se assemelha ao procedimento sumaríssimo.

Pellegrini, Magalhães e Scarance⁸⁴ reafirmam sua natureza jurídica ao entenderem cuidar o *habeas corpus* de uma ação que tem por objeto uma prestação estatal consistente no

⁸¹MIRANDA, Pontes de. **História e prática do *habeas corpus***. 3ª Campinas: Bookseller, 2007. 1 v.p. 10.

⁸² Mauro Cunha e Roberto Geraldo citando Sady Cardoso de Gusmão salientam a verdadeira abrangência do *habeas corpus*, demonstrando sua incompatibilidade com a solenidade dos recursos:“(...) é a tutela da liberdade em estado puro, protegido o indivíduo, antes de tudo, em seu corpo, em sua projeção, intrínseca (liberdade corporal, direitos corpóreos meros, injusta identificação, castigo corporal direto ou indireto, violência física etc.); mas, ainda, e necessariamente, em sua projeção extrínseca, abrangendo-se outrossim os direitos imanentes ou aderentes à liberdade de locomoção – de ir, permanecer e vir.” CUNHA, Mauro; SILVA, Roberto Geraldo Coelho. **Habeas corpus no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Aide, 1985. p 69.

⁸³ No mesmo sentido Tourinho Filho: “Ademais, o recurso é medida pela qual se impugna uma decisão. Por meio do *habeas corpus* por ser impugnada uma sentença, simples ato administrativo (prisão) e, até mesmo, como veremos mais adiante, atos restritivos da liberdade ambulatoria, cometidos por particulares. Para que haja recurso, indispensável se torna, de regra, a existência de um ato jurisdicional. Para o *habeas corpus*, bastará à simples ameaça de violência ou ameaça à liberdade de ir e vir.” (FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo penal**. V.04. 32.ed. São Paulo: Saraiva 2010.p.641)

⁸⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009.p.270.

restabelecimento da liberdade de ir, vir e ficar, ou, ainda, na remoção de ameaça que possa pairar sobre esse direito fundamental da pessoa. Acrescentam, ainda, os autores que a ordem de *habeas corpus* se consubstancia quando o judiciário reconhece a ilegalidade da restrição da liberdade e determina a providência destinada a sua cessação ou, então, declara antecipadamente a ilegitimidade de uma possível prisão⁸⁵.

É importante ressaltar que a ação de *habeas corpus* é de conhecimento, pois há a cognição completa e definitiva sobre a legalidade da restrição de liberdade de locomoção. E, como ação de conhecimento, o *habeas corpus* objetiva um provimento declaratório, constitutivo ou condenatório.

Como se sabe, a ação declaratória é aquela que visa a “declarar” a existência ou não de uma determinada relação e/ou situação jurídica entre as partes.

No *habeas corpus*, teremos a ação declaratória quando visar a declarar a inexistência de determinada relação jurídica ou o direito à liberdade do indivíduo, por exemplo, quando uma nova lei penal não mais considerar crime uma ação determinada, que foi imputada ao réu (*abolitio criminis*)⁸⁶.

Já a ação constitutiva, ou seja, aquela que visa a criar, modificar ou extinguir uma situação jurídica, em se tratando de *habeas corpus*, quando este tiver a finalidade de extinguir uma situação jurídica ilegal, fazendo cessar a coação ou sua ameaça contra a liberdade de locomoção do indivíduo dela decorrente, terá a natureza de ação penal constitutiva de *habeas corpus*, por exemplo, quando estiver ausente algum pressuposto processual, ou quando inexistir justa causa para o prosseguimento da *persecutio criminis*, evidenciando-nos o caráter de ação rescisória que este tipo de ação penal de *habeas corpus* pode obter.

⁸⁵ Ada Pellegrini et al. continua: “Observe-se que, mesmo se concedido pelo juiz ou Tribunal de ofício, quando, no curso de processo, verifique que alguém sofre ou está ameaçado de sofrer coação ilegal (art. 654, § 2º, CPP), o remédio não perde essa característica: ainda quando o juiz independe da iniciativa da parte para instaurar o processo, uma vez iniciado, a parte é investida dos poderes e faculdades que caracterizam o direito de ação. Na hipótese, a natureza do bem protegido e a urgência da tutela justificam plenamente o exercício espontâneo da jurisdição, sem que com isso se desnature o fenômeno da ação.” (GRINOVER, Ada Pellegrini; et. al. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009.p. 270)

⁸⁶ A respeito, Rogério Lauria Tucci: “É de ter-se vista, afinal, e ainda com o pedido de *habeas corpus*, mera declaração de que se encontre extinto o aludido ius puniendi, ou seja, de certeza sobre que esteja finda a relação jurídica processual consubstanciada no direito de punir (cf. art. 648, VII, do mesmo estatuto processual penal pátrio), antes da prolação de sentença pelo órgão jurisdicional competente; ou, noutro aspecto, implicativa do reconhecimento do Direito Penal de liberdade. Cuida-se, então, à evidência, neste último passo, do denominado *habeas corpus* preventivo, ou melhor, ação declaratória de *habeas corpus* positiva; e, no primeiro, de ação declaratória de *habeas corpus* negativa. De qualquer forma, em ambos os casos, mediante simples declaração, a tutela jurisdicional pleiteada, com o afirmar a inexistência do direito de punir ou o reconhecer o ius libertatis do interessado, implicará a cessação da coação ilegal enfrentada pela impetração da ordem de *habeas corpus* – indubitavelmente, uma das mais importantes instituições Direito Processual Penal.” (TUCCI. Rogério Lauria. **Habeas corpus, ação e processo penal**. São Paulo: Saraiva 1978.p.13).

Por fim, a ação de *habeas corpus* poderá objetivar um provimento condenatório, como por exemplo, no caso em que, ao lado de uma declaração de existência do direito de liberdade, se impõe à autoridade que agiu de má-fé ou abuso de poder a condenação nas custas (art. 653 do CPP)⁸⁷.

Em sentido contrário à possibilidade da existência de provimento condenatório, Paulo Rangel⁸⁸ salienta que, como o *habeas corpus* visa a uma pretensão de liberdade, um pedido condenatório não teria sentido. Para o autor, a possibilidade de a autoridade coatora ser condenada nas custas por ter agido de má-fé ou evidente abuso de poder não deve autorizar o operador do direito a identificar um provimento condenatório (cf. art. 653 e seu parágrafo único do CPP), pois o pedido é de liberdade e não de condenação em custas.

Assim, para o doutrinador acima mencionado, no *habeas corpus*, somente poderá haver um provimento declaratório e constitutivo.

2.4.1.2 No plano do Direito Constitucional

No plano constitucional, o *writ* se consagra como uma garantia constitucional, estando previsto no art. 5º, LXVIII, da Constituição da República.

Para se definir a natureza jurídica do *habeas corpus* no âmbito constitucional, é importante analisar os conceitos de direitos, garantias e remédios constitucionais.

As expressões direitos e garantias constitucionais são utilizadas, pela maioria da doutrina, de forma conjugada, mesmo porque é dessa forma que está no Título II da Magna Carta. Por sua vez, alguns doutrinadores fazem a distinção desses institutos, sendo que direitos seriam declaratórios e as garantias, assecuratórias, ou, ainda, os direitos asseguram certos bens e as garantias asseguram a fruição desses bens⁸⁹.

Percebe-se que, apesar dessa distinção, essas expressões não se separam, pois garantias também são espécies de direito, como bem assinala Paulo Bonavides, citando os critérios formais de caracterização dos direitos fundamentais de Carl Schmitt⁹⁰:

Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança, ou são 'imutáveis' (*unabänderliche*) ou pelo menos de mudança 'dificultada'

⁸⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; et. al. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009.p.271.

⁸⁸ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012.p.1029.

⁸⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4.ed.Lisboa: Coimbra, 2008, tomo IV, p. 95.

⁹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18.ed.,ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.p. 561.

(*eschwert*), a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição.

Já os remédios constitucionais podem ser definidos pela Constituição como sendo o *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII), o mandado de segurança (art. 5º, LXIX), o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), o *habeas data*, (art. 5º, LXXII), e a ação popular (art. 5º, LXXIII).

José Afonso da Silva⁹¹ define tais remédios como "espécies de garantias, que, pelo seu caráter específico e por sua função saneadora, recebem o nome de remédios, e remédios constitucionais, porque consignados na Constituição".

Verifica-se que a linha diferenciadora dos conceitos abordados é muito tênue. Os remédios constitucionais estampados na Constituição Brasileira representam o modo de atuação desses direitos e garantias quando violados, tendo caráter de ação judiciária e, sendo, também, uma espécie de garantia.

O *habeas corpus* é de suma importância, não apenas por constar na CF/88, mas, sobretudo, por se encontrar delimitado no rol dos direitos fundamentais. Por essa razão, apesar de muitos manuais de processo penal dividirem o *writ* em classes, como por exemplo, em liberatório e preventivo, essa classificação, diante de uma visão constitucional, pode ser considerada ultrapassada, tendo em vista uma nova concepção de *habeas corpus* que aparece como uma categoria mais ampla. Por essa razão, também existe uma ampla legitimidade ativa para a sua impetração, que prescinde de capacidade civil ou postulatória para o impetrante.

Na análise histórica do *habeas corpus* feita mais adiante, verificou-se que houve uma grande oscilação em relação a sua abrangência. Passou por um período em que sua aplicação era extremamente ampla (1981), com posterior limitação à tutela da liberdade física do indivíduo (1926), assim como está posto na Constituição de 1988.

Contudo, apesar da não alteração no Texto Constitucional em relação ao nosso foco de análise, a jurisprudência, seguida pela doutrina, tratou de acomodar o conceito e os critérios de utilização do *habeas corpus*⁹², de forma a abranger de forma ampla o direito constitucional de liberdade de locomoção.

⁹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.442.

⁹² "a jurisprudência tem sido muito liberal para admissão do *habeas corpus*. Evidente, em homenagem ao direito de liberdade. Deve-se, todavia, promover importante distinção. Em primeiro lugar, afastar a idéia de o Mandado de Segurança ser incompatível com o processo penal. Em segundo, exige-se 'pelo menos' ameaça ao direito de liberdade (não se confunde com possibilidade) de concretizar-se a ilegalidade. Rigorosamente, não faz sentido, via *Habeas corpus*, propugnar a nulidade da denúncia, se o réu não estiver preso, ou na iminência de ocorrer prisão. Como registrado, todavia, os Tribunais têm sido tolerantes. Sem exagero, muito tolerantes. Há, contudo, outras situações em que só em tese, por isso, apenas no âmbito da possibilidade caberia imaginar ocorrer ameaça ao direito de liberdade, de que é ilustração valer-se do *Habeas corpus* para dirimir conflito de competência, inexistindo qualquer ameaça concreta (probabilidade) ao direito de locomoção." (STJ, 6ª Turma, HC n. 7.920/RS, Rel. Min Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 14.12.98).

Apesar do esforço em manter essa ampliação do conceito de liberdade de locomoção, o Supremo Tribunal Federal, seguido pelos demais Tribunais, vem, atualmente, tentando diminuir a sua aplicabilidade. Em 7 de agosto de 2012, a maioria da 1.^a Turma do STF negou histórica jurisprudência do próprio Supremo ao deixar de admitir *habeas corpus* impetrado como substitutivo de recurso ordinário, alegando em síntese que a prática do *habeas corpus* substitutivo burlaria o sistema recursal previsto na Constituição⁹³.

Esse entendimento trazido pelo HC 109.956/PR já está sendo reproduzido pelas outras Turmas do Supremo⁹⁴, bem como pelo Superior Tribunal de Justiça.

Dessa forma, uma prática usual de impetrar *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, que dava maior celeridade na apreciação do pedido de cessação da ilegalidade que está afetando a liberdade de locomoção, passou a não ser admitida, o que acarretou uma lesão à proteção da garantia constitucional.

É preciso dar a elasticidade correta à admissão do *habeas corpus*. Não é razoável admitir mitigação da garantia fundamental, ainda mais que o *habeas corpus* vem sendo utilizado de forma recorrente em nosso cenário jurídico.

Assim, podemos afirmar, mesmo que de uma forma superficial, que essa vedação do STF fere, sim, a Constituição, uma vez que, como garantia constitucional que é o *habeas corpus*, essa não deve sofrer limitação⁹⁵.

⁹³ “É inadmissível impetração de *habeas corpus* quando cabível recurso ordinário constitucional. Com base nessa orientação e na linha do voto proferido pelo Min. Marco Aurélio no caso acima, a 1.^a Turma, por maioria, reputou inadequada a via do *habeas corpus* como substitutivo de recurso. Vencido o Min. Dias Toffoli, que se alinhava à jurisprudência até então prevalecente na 1.^a Turma e ainda dominante na 2.^a Turma, no sentido da viabilidade do writ. HC 109956/PR, rel. Min. Marco Aurélio, 7.8.2012. (HC-109956)”, publicado no informativo do STF n. 674.

⁹⁴ Por exemplo: HC 114.550/AC, DJe 27.08.2012e HC 114.924/RJ, DJe 27.08.2012.

⁹⁵ Ferreira Filho salienta que: “O *habeas corpus* não é rigorosamente uma garantia dos direitos fundamentais. É certo que muitos se referem a ele como uma garantia de direito constitucional. Esta alusão não é totalmente imprópria . é indubitável que o *habeas corpus* garante um direito fundamental, no caso, a liberdade física, a liberdade de locomoção. É bem de ver, entretanto, que, em termos rigorosos, as garantias dos direitos fundamentais são as limitações impostas pelo constituinte ao Poder Público. Desse modo, o *habeas corpus* não é, *stricto sensu*, uma garantia de direito constitucional, mas sim um remédio de direito constitucional. É ele uma ação especial, para reclamar o restabelecimento de um direito fundamental violado; o remédio para o mal da prepotência que se manifesta eventualmente contra a liberdade física”. FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990. 1 v.p.75)

3. O ESTADO DA ARTE DO *HABEAS CORPUS* NA DOGMÁTICA JURÍDICA BRASILEIRA

3.1 A história do *habeas corpus* no Brasil e sua consagração no Código de Processo Penal

Analisando o *habeas corpus* frente ao ordenamento jurídico brasileiro, fica evidenciado que o tema não foi devidamente tratado durante a colonização portuguesa, vindo a aparecer no Brasil logo após a partida de D. João VI para Portugal, referendado pelo Conde dos Arcos, no Decreto de 23 de maio de 1821.

Esse documento ficou conhecido como “nossa Magna Carta”, sendo um marco histórico, apesar de alguns séculos de atraso, do *habeas corpus* no Brasil.

Além da proteção da liberdade física do homem, o Decreto também estabeleceu o instituto da prisão em flagrante, como forma legal e justa de detenção individual, e, ainda, segundo Heráclito⁹⁶, “a proibição da prisão sem culpa formada; prazo para o término do processo e a publicidade da audiência, bem como a proteção aos direitos humanos do preso.”

Contudo, não podemos afirmar que o *habeas corpus* era desconhecido no Brasil. Apenas não era usado o nome que hoje define o instituto.

Nas Ordenações Afonsinas de 1446, por exemplo, a segurança à liberdade das pessoas e a proteção aos bens eram estabelecidas, principalmente, em seu Livro III, Título 80, §8⁹⁷. Além do mais, trazia a figura do que hoje conhecemos como *habeas corpus* preventivo⁹⁸.

Já as Ordenações Manuellinas de 1512 reproduziram, com algumas alterações, os textos afonsinos, trazendo a proteção à liberdade das pessoas. Da mesma forma, as Ordenações Filipinas de 1603.

Existiram, também, as cartas de seguro emanadas do rei, mas assinadas por magistrados ou alcaides e colocadas no “saco da Chancelaria”. Nesse caso, o Rei é que

⁹⁶ MOSSIN, Heráclito Antônio. *Habeas corpus*: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 1995.p.27.

⁹⁷ Livro III, Título 80, §8º das Ordenações Afonsinas: “E em tal apelaçam, ou protestaçam assy feita deve ser inserta, e declarada a causa verisimil e resoada, por que assy apelou, ou protestou, como dito He nas outras apelaçoens. Pode-se poer exemplo: Eu me temo de alguun, que me queira ofender na pessoa, ou me queira sem rezam ocupar, e tomar minhas cousas; se eu quero, posso requerer ao Juiz, que segure mim, e minhas cousas delle, a qual segurança me deve dar; e se depois della eu receber ofença do que fuy seguro, o Juiz deve hy tornar, e restituir todo o que for cometido, e atentado depois da dita segurança dada, e mais proceder contra aquelle que a quebrantou, e menos presou seu poderio.” - MIRANDA, Pontes de. **História e prática do *habeas corpus***. 3ª Campinas: Bookseller, 2007. 1 v. p. 154.

⁹⁸ Livro III, Título 80, §6º e das Ordenações Afonsinas: “no terceiro caso, honde tratamos dos autos nom começados, mais cominatorios, dizemos que a parte, que se teme ou recea ser aggravada, se pode socorrer aos Juizes da terra, improrando seu Officio, per que mandem prover como lhe nom seja feito tal agravo” - .Ibidem. p. 154.

segurava, sendo que, enquanto a carta permanecia na Chancelaria, qualquer prisão da pessoa “segurada” era afastada e, porventura, sua soltura, seria imediata e sem qualquer despesa⁹⁹.

Observa, ainda, Vicente de Paulo de Azevedo¹⁰⁰ que “(...) as cartas de seguro igualmente apresentavam a finalidade de permitir que certos réus se livrassem da prisão, para que soltos se livrassem, e soltos pudessem defender, ou recorrer, dentro do tempo por elas concedido”.

Tempos após, a Constituição Imperial de 1824, primeira constituição brasileira, apesar de não fazer menção ao *habeas corpus*, já tutelava o direito de ir, vir e ficar do cidadão¹⁰¹. Direito, esse, também considerado por Galdino Siqueira¹⁰² quando afirma que “muito embora inspirada em espírito liberal, a nossa Constituição de 1824 não se referia ao instituto do *Habeas corpus*. Como meio de recuperar a liberdade física, conhecia-se o *interdictum de liberis exhibendis* (...)”¹⁰³.

A expressão *Habeas corpus* somente apareceu em nosso ordenamento jurídico com o Código Criminal de 1830, em seus arts. 183-188, porém sem qualquer regulamentação. Somente com o Código de Processo Criminal de 29 de novembro de 1832 é que o instituto foi regulamentado, na forma do seu art. 340, o qual dispunha que “todo cidadão que entender que ele ou outrem sofre prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade tem direito de pedir ordem de *habeas corpus* em seu favor”¹⁰⁴.

O Código de Processo de 1832 também disciplinou como deveria ser o pedido de *habeas corpus*, o qual tinha que ser feito por meio de petição, devidamente fundamentada, pois era dever do requerente apresentar as razões em que se fundava a persuasão da ilegalidade da prisão¹⁰⁵.

⁹⁹ MIRANDA, Pontes de. **História e prática do *habeas corpus***. 3ª Campinas: Bookseller, 2007. 1 v.p. 156/157.

¹⁰⁰ AZEVEDO, Vicente de Paulo. **Curso de direito judiciário penal**. São Paulo: Saraiva 1958, p.374.

¹⁰¹ Art. 179, inc 8º: “Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados em lei; e nestes, dentro de vinte e quatro horas, contadas da entrada na prisão, sendo em cidades, vilas ou outras povoações próximas aos lugares da residência do juiz, e nos lugares remotos, dentro de um prazo razoável, que a lei marcará, atenta à extensão do território, o juiz por uma nota por ele assinada fará constar ao réu o motivo da prisão, o nome do acusador e os das testemunhas, havendo-as” - CUNHA, Mauro; SILVA, Roberto Geraldo Coelho. ***Habeas corpus no direito brasileiro***. Rio de Janeiro: Aide, 1985. p.34.

¹⁰² SIQUEIRA, Galdino. **Curso de processo criminal**. 2ed. São Paulo: Magalhães, 1930.p.381.

¹⁰³ Nesse sentido Eduardo Espínola: “...para assegurar essa garantia não foi, entretanto, introduzido o instituto do *habeas corpus*, que o direito português para aqui transportado, desconhecia; com o fim de garantir a inviolabilidade da liberdade humana, fazendo cessar o constrangimento resultante da prisão fora dos casos e sem as condições, de que cogita o preceito constitucional, era usado o *interdictum de liberis exhibendis*, da classe dos interditos exhibitórios, do direito romano”. ESPÍNOLA, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado**. Rio de Janeiro:Rio, 1980, v.IV.p.9.

¹⁰⁴ MOSSIN, Heráclito Antônio. ***Habeas corpus*: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 1995.p.29.

¹⁰⁵ Nesse sentido Pontes de Miranda: “2) A petição para tal ordem deve designar: a) o nome da pessoa que sofre a violência e o de quem é dela causa ou autor; b) o conteúdo da ordem por que foi metido na prisão ou declaração explícita de que, sendo requerida, lhe foi denegada; c) as razões em que se funda a persuasão da

Outro ponto importante que o Código de Processo Criminal estabelecia sobre o *habeas corpus* era que deveria ser explicitamente ordenado ao detentor ou carcereiro que, dentro de certo tempo e em certo lugar, viesse apresentar, perante o juiz ou Tribunal, o queixoso, e dar as razões do seu procedimento¹⁰⁶.

O instrumento jurídico de 1832 estabeleceu, em seu art. 344, inclusive, a possibilidade de o juiz, de ofício, mandar passar a ordem todas as vezes que, no curso do processo, o juiz verificasse, através de documentos ou testemunha juramentada, a ocorrência de uma prisão ilegal¹⁰⁷, que, segundo Heráclito Mossin¹⁰⁸, seria quando não houvesse uma justa causa; quando o réu estivesse na cadeia sem ser processado, por mais tempo do que marcava a lei; quando seu processo estivesse devidamente nulo; quando a autoridade que o mandou prender não tivesse direito de o fazer; quando já cessado o motivo que justificativa a prisão.

Diante dessas características do *habeas corpus* do Código de Processo Criminal de 1832, podemos concluir que “inspirou-se, como se vê, nos *Habeas corpus Acts* ingleses de 1679 e 1816, adquirindo, todavia, feitura característica – e por que não dizer? – excelentemente nacional”¹⁰⁹.

Mas esse diploma tinha um ponto falho. A decisão relativa ao pedido de *habeas corpus*, seja em caso de concessão ou denegação, era definitiva e irrecorrível, existindo apenas uma instância.

Algumas modificações nas leis de *habeas corpus* ocorreram entre 1832 e 1871. Contudo, foi com a lei n.º 261 de 3 de dezembro de 1841, que, ao reformar o Código de Processo Criminal, introduziu-se o recurso de ofício interposto pelo juiz de sua própria decisão, o qual foi considerado necessário pelo regulamento n.º 120 de 31 de janeiro de 1842¹¹⁰.

ilegalidade da prisão; d) a assinatura e juramento sobre a verdade de tudo quanto alega (art.341).” MIRANDA, Pontes de. **História e prática do *habeas corpus***. 3ª Campinas: Bookseller, 2007. 1 v.p.163/164.

¹⁰⁶ MOSSIN, Heráclito Antônio. ***Habeas corpus***: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 1995.p.29.

¹⁰⁷ CUNHA, Mauro; SILVA, Roberto Geraldo Coelho. ***Habeas corpus no direito brasileiro***. Rio de Janeiro: Aide, 1985.p.35.

¹⁰⁸ MOSSIN, op. cit. p.29.

¹⁰⁹ MIRANDA, op. cit. p.166.

¹¹⁰ Sobre a lei, Pontes de Miranda observa: “Uma dessas Alterações foi a introduzida pela Lei de 3 de dezembro de 1841, a lei de “Justiça russa”, como a denominava o Manifesto Político de 1869, “a velha árvore de Bernardo de Vasconcelos e do Visconde do Uruguai, a cuja sombra cresceu o Império(...)

(...) segundo essa lei, no art. 69, inciso 7º, dar-se-ai recurso de ofício da decisão concedendo soltura em virtude de *habeas corpus*, medida com que o liberalismo de nossos antigos homens públicos não conseguiu conformar-se...Pouco tempo depois, o Regulamento n.º 120 de 31 de janeiro de 1842, expressamente considerou necessário esse recurso, que estabelecia certa coerência com a organização judiciária e dava às decisões maior acatamento e austeridade (Art. 439, 1º). Fora, portanto, o mesmo critério de dignidade hierárquica, que inspirara a Lei de 3 de dezembro de 1841, ao estabelecer que somente poderia conceder o *habeas corpus* o juiz superior ao que

Foi somente no ano de 1871, porém, com a edição da Lei n.º 2.033 de 20 de setembro, que ocorreu a evolução do instituto no direito brasileiro, sendo criada a figura do *habeas corpus preventivo*¹¹¹.

Outras alterações importantes ocorreram com essa lei, como, por exemplo, a criação do Congresso do Império, a oportunidade para debater temas relevantes, como a necessidade e a Justiça ou inJustiça da prisão preventiva e da incomunicabilidade do preso, bem como a definição da expressão “todo cidadão”, não vedando ao estrangeiro requerer para si a ordem de *habeas corpus*. Assim, esse remédio constitucional passou a ser integralmente liberal, podendo ser usado tanto por nativo como por estrangeiro¹¹².

Pontes de Miranda¹¹³ salienta que o ponto mais atacado pela oposição da Lei n.º 2.033/1871 foi o §2º do art. 18¹¹⁴, relativo ao não se dar *habeas corpus* nos casos de pronúncia ou condenação, salvo se o juiz que a proferiu for incompetente. Esse tema foi bastante discutido pelo então Ministro da Justiça Saião Lobato, autor da emenda que acrescentou esse dispositivo e pelo senador José Tomás Nabuco de Araújo, que defendia a utilização irrestrita do remédio constitucional.

Proclamada a República, foi expedido pelo Governo Provisório, além de outros textos legais, o Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890¹¹⁵, que visava a organizar a Justiça

decretasse a prisão.” - MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas corpus**. 3ª Campinas: Bookseller, 2007. 1 v.p.167.

¹¹¹ Sobre o *habeas corpus preventivo*, Tourinho Filho: “Com as profundas alterações introduzidas com o Código de Processo Criminal de 1832, e isso decorrer do ano de 1871, estendeu-se o remédio heroico àquelas hipóteses previstas em que o cidadão se encontra simplesmente ameaçado na sua liberdade de ir e vir. Era a consagração do *habeas corpus preventivo*, sequer conhecido na Inglaterra. A tal ponto chegou o desenvolvimento do instituto entre nós que, logo após a República, quando se organizou a Justiça Federal, o Decreto n.º 848, de 11-10-1890, estabeleceu até recurso para a Suprema Corte, em todos os casos de denegação de ordem de *habeas corpus*”. FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo penal**. v.04. 32.ed. São Paulo: Saraiva 2010.p.633.

¹¹² CUNHA, Mauro; SILVA, Roberto Geraldo Coelho. **Habeas corpus no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Aide, 1985. p.37.

¹¹³ MIRANDA. op. cit. p.170. Destaca o autor, ainda, que: “Se o processo é nulo *ex causa efficiente*, isto é, por exemplo, se o juiz era incompetente, se a pessoa a que se refere a pronúncia ou a condenação é outra que o paciente, ou se o processo é nulo *ex causa materiali*, como se a lei não aponta o ato imputado como crime, cabe o *habeas corpus*. Se o ato é tido pela lei como crime, e apenas não houve prova, ou a classificação foi errônea, não cabe *habeas corpus* (Supremo Tribunal Federal, 11 de agosto de 1897). Se a nulidade do processo é *ex causa formali* e evidente, seria desacertado não se deferir pedido de *habeas corpus* (e.g., pronúncia sem ter havido testemunha, ou documento suficiente)” (pg. 179).

¹¹⁴ Art. 18 da Lei 2.033/1871: Os Juizes de Direito poderão expedir ordem de habeas-corpus a favor dos que estiverem ilegalmente presos, ainda quando o fossem por determinação do Chefe de Policia ou de qualquer outra autoridade administrativa, e sem exclusão dos detidos a titulo de recrutamento, não estando ainda alistados como praças no exercito ou armada.

A superioridade de grão na ordem da jurisdição judiciaria é a unica que limita a competencia da respectiva autoridade em resolver sobre as prisões feitas por mandado das mesmas autoridades judiciais.

§ 2º Não se poderá reconhecer constrangimento ilegal na prisão determinada por despacho de pronuncia ou sentença da autoridade competente, qualquer que seja a arguição contra taes actos, que só pelos meios ordinarios podem ser nullificados.

¹¹⁵ Rezava o art. 45: “O cidadão ou estrangeiro que entender que ele, ou outrem, sofre prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade, ou se acha ameaçado de sofrer um ou outro, tem direito de solicitar uma ordem de

Federal, textos esses que previam o *habeas corpus* e que foram a base do texto final das garantias que deveriam constar na Constituição Federal.

Além do mais, o decreto acima mencionado tomou o caminho oposto ao da lei de 3 de dezembro de 1841, admitindo recurso apenas da decisão denegatória do *habeas corpus*. Pontes de Miranda¹¹⁶ observa que, quanto aos embargos, esses nunca foram utilizados em relação às sentenças do instituto ora analisado.

Mauro Cunha e Roberto Geraldo¹¹⁷ salientam, ainda, que a redação final do art. 72, § 22¹¹⁸ adotada na Constituição de 1891, que erigiu em norma constitucional a garantia do *habeas corpus*, tornou esse instituto o mais amplo e abrangente de todo o mundo, uma vez que a norma constitucional não cuidava especificamente de prisão ou de constrangimento corporal.

Nesse momento, houve grande polêmica acerca da utilização desse *writ*. O doutrinador Pedro Lessa, citado por Mauro Cunha e Roberto Geraldo¹¹⁹, à época ministro do Supremo Tribunal Federal, entendia que o *habeas corpus* previsto na Constituição não pretendia amparar o gozo e o exercício de qualquer direito civil ou político, ainda que líquido e certo, mas somente a garantia da liberdade individual de locomoção, o direito de ir e vir¹²⁰.

Para essa corrente, a interpretação institucional das palavras do § 22 do art. 72 da Constituição de 1891 deveria ser feita de forma limitada. Para esses juristas, o *habeas corpus* continuava a ser, em nosso direito, sem qualquer variante ou acréscimos, a clássica instituição inglesa, que o Código Criminal de 1830, o Código de Processo Criminal e as demais leis do Império haviam consagrado no século XIX¹²¹.

Já a segunda corrente, que tinha Rui Barbosa como seu grande defensor e que chegou a ser adotada pelo Supremo, sustentava que, na norma constitucional, não se cuidava

habeas corpus, em seu favor ou de outrem” - CUNHA, Mauro; SILVA, Roberto Geraldo Coelho. *Habeas corpus no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Aide, 1985. p 37.

¹¹⁶ MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. 3ª Campinas: Bookseller, 2007. 1 v.p.207.

¹¹⁷ CUNHA, op. cit. p37.

¹¹⁸ Art. 72, §22 :”Dar-se à *Habeas corpus* sempre que o indivíduo sofre ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder.”

¹¹⁹ CUNHA, op. cit. p43.

¹²⁰ Pedro Lessa ainda argumenta: “Desde que apurada esteja a posição jurídica manifesta, a situação legal inquestionável, de quem é vítima de uma coação, que constitui o único obstáculo ao exercício de um direito incontestável, não é lícito negar o *habeas-corpus*.” - Ibidem. p. 43.

¹²¹ MIRANDA, op. cit. p.216. Acrescenta, ainda, o doutrinador: “Com o *habeas corpus*, ao parecer deles, só se pode amparar a liberdade de locomoção, e nada mais. Para eles, esse remédio processual mudou, e não podia mudar: as formas processuais são o que sempre foram. Garante-se o direito de ir, ficar e vir, sem que, sob esse pretexto, se possa abroquelar, além da faculdade de se mover, de entrar e de sair, o exercício de qualquer função. Falou-se em função, então, não cabe remédio!”

especificadamente de prisão ou de constrangimento corporal. Pontes de Miranda, citando Rui Barbosa¹²² em discurso de 22 de janeiro de 1915, observa:

A questão resolve-se pela evidencia literal dos textos. Se a Constituição de 1891 pretendesse manter no Brasil o *habeas corpus* com os mesmos limites dessa garantia durante o Império, a Constituição teria procedido em relação ao *habeas corpus* como procedeu relativamente à instituição do júri. A respeito do júri diz formalmente o texto constitucional: “É mantida a instituição do júri.

Percebe-se que, segundo essa corrente, a finalidade da Constituição de 1891 não era manter o que já existia, pois, se assim fosse, era necessário apenas consolidar o que já estava e não modificar a forma como o *habeas corpus* era tratado¹²³.

Mossin¹²⁴ salienta que não resta a menor dúvida de que a doutrina e a jurisprudência republicanas deram uma interpretação muito elástica ao preceito que elevou o *habeas corpus* à categoria de norma constitucional, dando-lhe uma verdadeira característica de instrumento protetor e tutelador de direito individual, superando a proteção exclusiva da liberdade física do indivíduo, que também era presente no direito inglês, inspiração embrionária do instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

O mencionado autor observa que, por outro lado, não há como se conceber possa o *habeas corpus* tutelar outros interesses individuais que não estejam vinculados à liberdade física do indivíduo, seja porque o *writ* é uma ação penal de caráter excepcional que somente é aceito quando há direito líquido e certo, o que se verifica através de um procedimento sumaríssimo, que via de regra, não admite dilação probatória, seja porque, havendo ação própria para a defesa de direitos relativos à liberdade em sentido amplo, a mesma deverá ser usada, já que em, tais casos, não fica caracterizada a liquidez de direito, sendo necessário um procedimento de caráter probatório¹²⁵.

Contudo, é importante destacar que, na época republicana, o *habeas corpus* era o único instrumento utilizado para a defesa da liberdade individual, uma vez que o instituto que hoje se conhece como mandado de segurança não existia. Por essa razão, o remédio constitucional ora estudado teve uma maior amplitude em seu campo de abrangência.

¹²² MIRANDA, Pontes de. **História e prática do *habeas corpus***. 3ª Campinas: Bookseller, 2007. 1 v.p.216.

¹²³ Sobre o tema continua Pontes de Miranda: “Noutros termos: o constrangimento corporal, e só ele, era a situação de violência ou ilegalidade, a que no antigo regime o *habeas corpus* devia socorrer. Se o legislador constituinte quisesse conservá-lo, em sua primitiva função e em suas limitações de outrora, não teria que se esmerar na redação clara, segura, jurídica, intencional, frisante em sua virgulação exata e expressiva, com que fez ressaltar, com amplitude inequívoca e sem referência alguma ao velho instituto, esse remédio inestimável. Teria apenas de dizer, como observou o constitucionalista brasileiro, o que assentara, *mutatis mutandis*, em relação ao júri: “Fica mantida a instituição do *habeas corpus*”. E isso bastaria a seu pretendido intuito.” - Ibidem. p.217.

¹²⁴ MOSSIN, Heráclito Antônio. **Habeas corpus: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 1995.p.41.

¹²⁵ Ibidem

A interpretação extremamente extensiva para a aplicação do *habeas corpus* contra qualquer tipo de violência ou coação acabou por permitir que o *writ* fosse usado de forma arbitrária e com fins políticos, fazendo com que o então Presidente Artur Bernardes tomasse a iniciativa de propor ao Congresso que se adotasse, na íntegra, o sistema norte-americano, o qual restringia o *habeas corpus* ao seu papel de garantir a liberdade¹²⁶.

Diante desse cenário, surge a reforma constitucional de 1926, que acabou acolhendo os reclamos do Presidente da República, restringindo por expressa disposição o emprego do *habeas corpus*, passando o § 22 a ter a seguinte redação: “Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção”¹²⁷.

Assim, a corrente liderada por Ruy Barbosa, tida como amplamente liberal, foi derrotada, pois a norma constitucional foi enfática ao trazer impresso a expressão liberdade de locomoção, afastando, dessa maneira, qualquer tendência de aplicação do *writ* em outras modalidades de liberdades, concepção essa defendida por Pedro Lessa.

Contudo, com a Revolução de 1930, todo o ordenamento constitucional foi sustado, passando o País a ser regulado por decretos emanados do poder revolucionário, sendo que, apenas com a Constituição de 1934, o regime democrático reapareceu¹²⁸.

A expressão locomoção foi novamente suprimida na Constituição de 1934, pois o art. 113, XXIII, dizia “...violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder”. Percebe-se, pois, que a Constituição de 34 adotou aquela mesma interpretação elástica

¹²⁶ CUNHA, Mauro; SILVA, Roberto Geraldo Coelho. *Habeas corpus no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Aide, 1985. p.43/44. No mesmo sentido acrescenta Mossin: “É o que consta na mensagem do então presidente, Sr. Artur Bernardes, em 3 de maio de 1924: a extensão dada ao instituto *habeas corpus*, desviado de seu conceito clássico, é outro motivo de excesso de trabalho no primeiro Tribunal da República. É tempo de fixar-se os limites do instituto, criando-se ações rápidas e seguras, que o substituam casos em que não sejam de ilegal constrangimento ao direito de locomoção e à liberdade física do indivíduo”. MOSSIN, Heráclito Antônio. *Habeas corpus: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 1995.p.42.

¹²⁷ Ibidem. p.44.

¹²⁸ Nesse sentido Pontes de Miranda observa: “Os anos de 1930-1932 foram anos de pesadelo político e jurídico. Todos os princípios estavam ameaçados, ou fletiam de vez. A característica de tal período é a de comissões secretas, compostas por advogados que se diziam, cá fora, liberais e democráticos, portanto contrários ao governo, mas encarregados dos decretos antiliberais e antidemocráticos. Não se pode dizer que havia *habeas corpus*. Funcionava ele apenas para os casos em que não havia interesse em que não se desse. A liberdade desaparecera; o remédio, que ficara, dependia de existirem restos de liberdade que ele protegesse. O estremecimento que representou a Revolução de São Paulo e a preparação para a reconstitucionalização do país trouxeram melhores dias; porém somente com a Constituição de 1934 se poderia falar, de novo, em regime democrático e em liberdades” - MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. 3ª Campinas: Bookseller, 2007. 1 v.p.286.

que foi utilizada na Constituição de 1891, abolindo a interpretação mais restrita utilizada na reforma de 1926¹²⁹.

Percebe-se que o *habeas corpus* era utilizado para proteger qualquer direito líquido e certo, o que ocasionou uma sobrecarga do instituto e uma necessidade de criação de um novo instituto. Então, nessa mesma época, com base no projeto apresentado pelo Deputado Gudestev Pires, a Constituição de 1934 instituiu o mandado de segurança, destinado a tutelar outras liberdades que não a física¹³⁰.

Já a Constituição de 1937 que foi outorgada, estava longe de aceitar a liberdade física e as demais liberdades como direitos do homem¹³¹. O dispositivo (art. 122, n.º16) em relação ao *writ* ficou com a seguinte redação: “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”¹³². Nota-se que, neste período histórico, da mesma forma como já tinha ocorrido na reforma de 1926, o *habeas corpus* foi instituído como protetor apenas da liberdade de locomoção do indivíduo.

Anos mais tarde, regressava ao País a normalidade democrática e o Congresso, em 18 de setembro de 1946, editava a nova Constituição Federal, cujo art. 141, § 23, dispunha: “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares, não cabe o *habeas corpus*”¹³³.

Salientam Mauro Cunha e Roberto Geraldo¹³⁴ que, apesar dessa Constituição ter sido discutida e livremente votada por uma Assembleia Constituinte, o instituto do *habeas corpus* se limitava a garantir a liberdade de locomoção, ressaltando punições militares. Além do

¹²⁹ CUNHA, Mauro; SILVA, Roberto Geraldo Coelho. *Habeas corpus no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Aide, 1985. p.45.

¹³⁰ Continua Heráclito Mossin: “Para constar e também para servir de parâmetro comparativo com o *habeas corpus*, o mandado de segurança naquela Constituição de 1934 recebeu a seguinte redação: “Dar-se-á mandado de segurança para a defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser ouvida a pessoa de direito público interessada” (art. 113, n.º33)”. MOSSIN, Heráclito Antônio. *Habeas corpus: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 1995.p.47.

¹³¹ Pontes de Miranda continua: “A regressão psicológica, que ela traduzia, não lhe permitia ver a dimensão da liberdade, como o resultado da evolução do homem ocidental, a começar de vinte e cinco séculos atrás.” MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. 3ª Campinas: Bookseller, 2007. 1 v.p.290.

¹³² SIDOU, José Maria Othon. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular*: As Garantias Ativas dos Direitos Coletivos. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.p.101.

¹³³ REPÚBLICA, Presidência da. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 18 set. 2013.

¹³⁴ CUNHA, Mauro; SILVA, Roberto Geraldo Coelho. *Habeas corpus no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Aide, 1985.p.47.

mais, essa Constituição permitiu que a coação não fosse iminente, adotando, pois, uma concepção mais liberal.

Em momento posterior, a redação dada ao instituto do *habeas corpus* na Constituição de 1946 foi a mesma dada na Constituição de 1967 (art. 150, §20) e na Emenda de 1969 (art. 153, § 20), tendo, nesse último caso, a novidade de não se poder mais impetrar o *habeas corpus* diretamente no Supremo Tribunal Federal, possibilidade essa tradicionalmente admitida em nosso direito¹³⁵.

É importante lembrar que, durante esse período de ditadura militar, essa garantia constitucional era bastante ameaçada. Um exemplo a ser citado foi o Ato Institucional n. 5 de 13 de dezembro de 1968, que, em seu art. 10, afirmava ser “suspensa a garantia do *habeas corpus* nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e a economia popular”¹³⁶.

Nossa Constituição da República atual, ou seja, de 1988, manteve o mesmo liberalismo da Constituição de 1967, estabelecendo em seu art. 5º, LXVIII que “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.” E, da mesma forma, vedou o instituto em relação às punições disciplinares militares, em seu art. 142, § 2º¹³⁷.

O instituto do *habeas corpus* é consagrado, de forma específica, em nosso Código de Processo Penal, nos artigos 647 ao 667, no Título II, referente aos recursos em geral. Como já explicado, apesar de estar inserido no CPP como recurso, o que prevalece é o entendimento de que esse remédio constitucional trata-se de uma ação autônoma, muito embora, algumas vezes, seja utilizado de maneira recursal.

Diante da nova *summa divisio* constitucionalizada que o Estado Democrático de Direito, que visa à transformação social na visão de Almeida¹³⁸, trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro, o *writ*, no Código de Processo Penal, deve ser interpretado de forma ampla, convergente com a Constituição Federal, ampliando o seu conceito, a sua abrangência e a sua aplicação, com o fim de garantir, de forma eficaz e adequada, a proteção ou o restabelecimento da liberdade de locomoção dos seres.

¹³⁵ CUNHA, Mauro; SILVA, Roberto Geraldo Coelho. *Habeas corpus no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Aide, 1985.p.47.

¹³⁶ REPÚBLICA, Presidência da. **Ato Institucional n.º 5 de 13 de dezembro de 1968**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em: 06 set. 2013.

¹³⁷ art. 142, §2º da CF: “Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares.”

¹³⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.p.173.

3.2 O *Habeas corpus* na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Brasil deixa de ser um Estado de Direito e passa a ser um Estado Democrático de Direito, sendo um marco histórico para a democracia e para o direito de ir, vir e ficar, que se tornou garantia fundamental.

O Estado Democrático de Direito, como dito, é um estado que visa a garantir o respeito às liberdades civis, aos direitos humanos e às garantias fundamentais, visando a uma transformação social. A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos do governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe, assim, o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não dependem apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente favorecer o seu pleno exercício¹³⁹.

Nesse contexto, o *habeas corpus* se tornou um remédio constitucional, com fim de proteger o direito de locomoção, e, por conseguinte, todos os demais que dele dependem. Por tratar-se de cláusula pétrea¹⁴⁰, o *habeas corpus* não poderá ser suprimido do ordenamento

¹³⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.p. 119-20.

¹⁴⁰ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

jurídico, em nenhuma hipótese, sendo um instrumento certo para fazer cessar a ameaça ou violação ao direito de ir, vir e ficar.

Como garantias constitucionais, tanto a liberdade como a sua proteção através do *writ*, possuem aplicabilidade imediata. Nesse sentido, a lição de Gregório Assagra de Almeida¹⁴¹, ao afirmar que a aplicabilidade imediata constitui princípio essencial no plano da teoria dos direitos fundamentais, sendo que não é compatível com a Constituição, a interpretação restritiva, devendo ser adotado, tanto em relação aos direitos individuais, como aos coletivos.

A aplicabilidade imediata nada mais é do que determinadas normas não dependerem de regulamentação prévia para que produzam seus efeitos. São, portanto, normas que não necessitam de regulamentação, sendo autoaplicáveis ou autoexecutáveis, como, por exemplo, os remédios constitucionais: mandado de segurança, *habeas corpus*, mandado de injunção, *habeas data*.

De acordo com o disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição Brasileira de 1988, os direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, vinculando os poderes públicos, independentemente do reconhecimento expresso por lei infraconstitucional, estando protegidos não apenas diante do legislador ordinário, mas também da ação do poder constituinte reformador, por integrarem o rol das denominadas cláusulas pétreas, (art. 60, § 4º, inc. IV, CF/88).

Levando-se em consideração o direito de liberdade de locomoção e o *habeas corpus*, como garantias primordiais constitucionais e o princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva, pode-se afirmar a aplicabilidade desse remédio constitucional, de forma ambivalente, ou seja, no âmbito individual e no coletivo, uma vez que são admitidos todos os tipos de ações, procedimentos, provimentos e medidas necessárias e eficazes para a tutela dos direitos coletivos.

Sendo assim, com a evolução histórica dos direitos fundamentais, o *habeas corpus* se tornou um instituto de grande importância no ordenamento jurídico, constituindo uma garantia constitucional irrevogável e possibilitando, aos cidadãos e titulares de direitos, a certeza da proteção de seu direito de liberdade de locomoção, não ficando à mercê de restrições arbitrárias e injustas.

¹⁴¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.p. 456.

3.3 Espécies de *Habeas corpus*

A utilização mais recorrente do *habeas corpus* é para atacar um ato ilegal já praticado ou que está em curso. Trata-se de *habeas corpus* liberatório ou repressivo. Essa ferramenta destina-se a afastar o constrangimento ilegal efetivado e a devolver a liberdade de ir, vir e ficar.

A amplitude conferida ao indivíduo pelo *habeas corpus* decorre da possibilidade de sua concessão em caráter preventivo, permitindo uma antecipação do Judiciário na apreciação da legalidade de uma prisão, antes que se concretize.

Essa modalidade de *habeas corpus*, de caráter preventivo, existe em nosso ordenamento jurídico desde a Constituição de 1871 e, segundo Aury Lopes Jr.¹⁴², a iminência do constrangimento ilegal deve ser valorada em grau de probabilidade, um juízo de verossimilhança, não podendo se exigir certeza, pois esta apenas será possível com a consumação do ato que se pretende evitar.

Salienta Pontes de Miranda¹⁴³ que não se pode confundir esse instituto com medidas cautelares. A cautelaridade não está, assim, ligada à cognição parcial ou adiantada. Há cognição plena, de modo que não se pode transferir para a doutrina do *habeas corpus* o que concerne às medidas cautelares, ditas preventivas, do processo civil.

Na tutela jurisdicional preventiva, o interesse não surge do dano e, sim, de um perigo de um dano. A tutela não atua a *posteriori* do dano, como um produto da lesão ao direito de locomoção e sim a *priori*, para evitar o dano, uma vez que esse é previsível, próximo e provável¹⁴⁴.

A ameaça ao cerceamento do direito de locomoção tem que ser alegada e provada, por quaisquer meios de prova, sendo possível até mesmo a oitiva do ameaçador. O simples receio e ameaças infundadas são o que não se pode utilizar nesse tipo de *habeas corpus*¹⁴⁵.

A concessão da ordem de *habeas corpus* preventivo gera a emissão de um mandamento judicial de salvo-conduto dirigido à autoridade apontada como provável autora da ilegalidade.

¹⁴² JUNIOR, Aury Lopes. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p. 1339.

¹⁴³ MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas corpus**. 3ª Campinas: Bookseller, 2007. 2 v.p.30.

¹⁴⁴ CALAMANDREI, Piero. **Introduzioni allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Pádova: CEDAM, 1936.p 16 e ss.

¹⁴⁵ Potes de Miranda ressalta ainda: “Para o *habeas corpus* preventivo basta que haja fundamento para se temer a ofensa. Não se exige prova completa: são suficientes “fundadas razões pra receá-la” (Tribunal de Justiça de Santa Catarina, 25 de julho de 1952)” (MIRANDA, op. cit. p.31).

Esse mandamento judicial nada mais é que uma segurança dada ao paciente para que não tenha seu direito de locomoção violado, uma vez que o *habeas corpus* preventivo atua no momento imediatamente anterior à efetividade da coação ilegal¹⁴⁶.

Assim, percebe-se que a nossa Constituição da República, em seu art. 5º, LXVIII¹⁴⁷, instituiu o *habeas corpus* de forma ampla, abrangendo, tanto a esfera repressiva quando a preventiva, demonstrando a importância da preservação de nosso direito de locomoção.

3.4 O *Habeas corpus* nas punições disciplinares

Antes de adentrar nas hipóteses legais de admissibilidade, mister ressaltar a vedação constitucional do *habeas corpus* em relação às punições disciplinares militares, conforme art. 142, §2º: “Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares”.

Essa vedação é justificada pelos princípios de hierarquia e disciplina presentes nas organizações militares, evitando qualquer discussão do mérito da punição por parte dos subordinados. Ou seja, em relação à legalidade do ato, essa poderá ser questionada através do remédio heroico. É uma vedação relativa, o que afasta a prática de abusos de poder e arbitrariedades¹⁴⁸.

Cunha¹⁴⁹, reafirmando esse entendimento, sustenta, ainda, que, da mesma forma que a Constituição traz essa vedação ao *habeas corpus*, ela também estabelece, em seu art. 5º, XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Portanto, fica claro que a punição militar só não será passível de *habeas corpus* se esta não exorbitar os seus limites legais.

¹⁴⁶ Um exemplo clássico de *habeas corpus* preventivo, trazido por Aury Lopes Jr., é sua utilização contra ato coator praticado em CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito), pois várias vezes, investigados de processo criminal são intimados a depor como informantes ou testemunhas em CPI que busca apurar os mesmos fatos pelos quais ele já responde. Assim, seus direitos de sujeito passivo são subtraídos, como o direito ao silêncio e a presença de um advogado, que quando invocados, geram a prisão em flagrante do informante ou testemunha. (JUNIOR, Aury Lopes. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p. 1340).

¹⁴⁷ Art. 5º, LXVIII da CF/88 - 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;

¹⁴⁸ Nesse sentido:RHC - *habeas corpus* - policia militar - sanção disciplinar -Admissibilidade - inteligencia do art. 142, par-2. Da constituição da republica - não cabe *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares. A restrição é limitada ao exame do mérito do ato administrativo, ou seja quanto ao juízo de oportunidade e conveniencia da sanção. A franquia constitucional é ampla relativamente aos vícios de legalidade, entre os quais se incluem a competencia do agente, a oportunidade de defesa ampla e análise das razões em que se apoiou a autoridade para exercer a discricionariedade. O art. 142, par-2. Da constituição da republica alcança a policia militar porque auxiliar e reserva do exercito(art. 144, par-5.) (STJ – RHC 1375/SP – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro – DJU 16.10.1991 p. 14488).

¹⁴⁹ CUNHA, Helvécio Damis de Oliveira. **Aspectos fundamentais do *habeas corpus* e a sua aplicabilidade na jurisdição estatal brasileira**. Revistas dos Tribunais, São Paulo, v. 869, p.488-508, mar. 2008.

3.4.1 Outras hipóteses de impetração do Habeas Corpus

O cabimento do *habeas corpus* é disciplinado pelos arts. 647 e 648 do Código de Processo Penal¹⁵⁰.

O art. 647 do CPP prevê que “dar-se *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”. Ou seja, a ação destina-se a garantir o direito fundamental à liberdade individual ou coletiva, sustentada nesse trabalho, de ir e vir.

Já no art. 648 do estatuto processual penal, o legislador elencou algumas hipóteses de cabimento que serão separadamente analisadas. Contudo, o rol apresentado não é taxativo e nem poderia ser, tendo em vista ser elencado em lei ordinária, sendo que a Constituição da República concede maior amplitude para sua impetração¹⁵¹.

3.4.1.1 Quando não houver justa causa (art. 648, I, CPP)

A justa causa não possui na doutrina um conceito definido, pois fica ao critério do juiz a sua apreciação, em cada caso concreto, restando como falta de justa causa quando a coação não tiver amparo na norma legal, por exemplo.

Assim, pode-se entender por justa causa um conjunto probatório mínimo para que seja possível o início da ação penal, vez que essa deve se fundar em provas que confirmam plausibilidade, viabilidade, seriedade ao pedido e não apenas mera suspeita¹⁵².

A justa causa pode ser considerada uma norma genérica de impetração do *habeas corpus*, uma vez que todas as demais hipóteses se enquadram nela, ou seja, quando alguma ação contraria uma lei, lhe faltará justa causa.

¹⁵⁰ 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.

Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:

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.

¹⁵¹ Nesse sentido GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁵² GOMES, Luiz Flávio. **O que é justa causa em processo penal**. 2007. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20070615150752717&mode=print>. Acesso em: 03 jan. 2014.

A palavra justa vem do latim *justus*, que significa razoável, sensato, adequado. E causa, do ponto de vista étimo, significa motivo, razão. Quanto à causa, não há maiores controvérsias, o problema está em se saber o que seria uma causa justa, por isso, tanta dificuldade em criar um conceito, o que amplia e muito, as possibilidades de falta de justa causa.

3.4.1.2 Quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei (art. 648,II, CPP)

Essa hipótese de cabimento refere-se a situações em que o preso encontra-se privado de sua liberdade por mais tempo do que o estabelecido em lei, ou seja, é o excesso de prazo no recolhimento do paciente à prisão, que pode ocorrer tanto na fase instrutória como na execução da pena.

O prazo processual penal sempre foi um tema bastante discutido na doutrina, pois alguns autores entendem que se deve levar em consideração cada prazo separadamente, pois, se o legislador processual penal fixou prazos para o cumprimento dos atos do processo, nada mais coerente que o descumprimento dele gere um constrangimento ilegal¹⁵³.

Contudo, o entendimento mais recente da doutrina e de nossos tribunais é o de que, para os processos de rito ordinário, o prazo seja de 81 dias para o término da ação penal e que, após esse prazo, ficará configurado o constrangimento ilegal¹⁵⁴. Ou seja, não se deve considerar os prazos separadamente e, sim, a soma deles.

Em sentido contrário, Pontes de Miranda¹⁵⁵, ao afirmar que “a ilegalidade deriva de cada excesso”.

A Emenda Constitucional 45/2004 introduziu na Constituição o inciso LXXVIII, no art. 5º, o qual prevê que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a

¹⁵³ MOSSIN, Heráclito Antônio. *Habeas corpus: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 1995.p. 92.

¹⁵⁴ “Dos mais sagrados direitos do réu é ver-se proibir cessar, rigorosamente, nos prazos que lhe assina a lei. Onde o haver fixado a Jurisprudência em 81 dias o prazo legal máximo para a formação da culpa de réu preso. Esse é o marco miliário que estrema a legalidade do arbítrio. ? Grave que lhe seja o crime e abjeto o caráter, nenhum réu decai nunca da proteção da lei, que todos iguala (art. 5ºda Const Fed). ? O escrúpulo de restituir à sociedade, sem julgamento, aquele de seus membros que fundamente a agravou cede ao dever que tem o Juiz de cumprir a lei e respeitar o direito, ainda em seu titular pese acusação grave. Os juizes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de habeas corpus, quando no curso do processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal" (art. 654, § 2º, do Cód. Proc. Penal). Passa por iniquidade manter preso, enquanto lhe tramita o processo, réu que poderá, no caso de condenação, ter cumprido já a máxima parte de sua pena. Ao demais, ninguém ignora que o cárcere é o pior lugar do mundo antes do cemitério, tendo-lhe Dostoiévski chamado, com propriedade de, a "casa dos mortos"(TJSP – HC 0027858-65.2007.8.26.0000 – Rel. Carlos Biasotti – DJU 21.01.2008)

¹⁵⁵MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. 3ª Campinas: Bookseller, 2007. 2 v.p.180/181.

razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Essa previsão constitucional fez com que o Judiciário acelerasse o julgamentos das ações penais, resguardando as garantias fundamentais do acusado.

A morosidade da prestação jurisdicional constitui um dos mais antigos problemas da administração da Justiça. Porém, ela pode ser fruto de vários motivos, como, por exemplo, a atuação do juiz, a complexidade do fato e o comportamento das partes.

Por essas razões, a jurisprudência pátria aceita a dilação do prazo para além dos 81 dias, levando em consideração o princípio da razoabilidade, a complexidade do feito, as peculiaridades da causa ou, até mesmo, a contribuição da defesa na protelação do processo¹⁵⁶.

Certo é que, estando o acusado ou sentenciado com a restrição da liberdade por mais tempo do que a lei determina, sem qualquer justificativa, ele terá o seu direito constitucional à liberdade restaurado através do *writ*¹⁵⁷, mesmo porque, “a liberdade física do indivíduo, que já cumpriu a pena imposta, é igual à de todos os outros”¹⁵⁸.

3.4.1.3 Quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo (art. 648,III, CPP)

O cerceamento da liberdade de locomoção de um indivíduo só pode ser decretado por ordem judicial emanada de um juiz competente para tal e em flagrante delito, sob pena de ilegalidade.

¹⁵⁶ *Habeas corpus*. penal. processual penal. mérito não debatido no STJ. supressão de instância. hipótese de não conhecimento. prisão preventiva. existência de pressupostos válidos. excesso de prazo. não caracterização. inexistência de inércia ou desídia do poder judiciário. interposição de diversos recursos. ausência de flagrante ilegalidade. julgamento próximo. impetração não conhecida. i – o impetrante não apontou o ato coator, apenas juntou uma decisão do stj que deixou de apreciar as questões ventiladas neste mandamus, o que impede o seu conhecimento, por indevida supressão de instância. ii - a prisão cautelar mostra-se devidamente fundamentada em elementos concretos que demonstram a necessidade da custódia para a garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal. iii – o prazo para julgamento da ação penal mostra-se dilatado em decorrência da interposição de diversos recursos, no Tribunal estadual, no stj e nesta corte. iv- a jurisprudência desta corte é firme no sentido de que não procede a alegação de excesso de prazo quando a complexidade do feito, as peculiaridades da causa ou a defesa contribuem para eventual dilação do prazo. precedentes. v – o juízo processante informou que “os autos serão incluídos na próxima pauta de julgamento, prevista para o dia 26/11/2013”. vi – impetração não conhecida. (STF – HC 118921/mg – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – data julgamento 06.11.2013 – dje 20.11.2013)

¹⁵⁷ *Habeas corpus* - prisão em flagrante delito - lesão corporal no âmbito doméstico - cárcere privado - excesso de prazo - demora não atribuível à defesa - relaxamento de prisão - constrangimento ilegal evidenciado. 01- em decorrência do princípio da razoabilidade, a prisão do paciente, que perdura por prazo excessivo e injustificado para o encerramento da instrução criminal, configura constrangimento ilegal. 02- Não sendo atribuível à defesa o excedimento do prazo para o encerramento da instrução criminal, caracterizada se mostra a ilegalidade da prisão processual. (TJMG – HC 1.0000.13.092324-6-000 – Rel.Des. Fortuna Grion – DJU 14.01.2014)

¹⁵⁸ MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas corpus**. 3ª Campinas: Bookseller, 2007. 2 v.p.184.

Apesar de haver outros mecanismos para arguir a incompetência, estes não excluem a impetração de *habeas corpus*, que, muitas vezes, será o caminho mais célere. Ninguém poderá ter seu direito de liberdade de locomoção violado por quem não tiver competência para fazê-lo.

3.4.1.4 Quando houver cessado o motivo que autorizou a coação (art. 648, IV, CPP)

A coação a liberdade de locomoção deverá estar legitimada juridicamente e, para isso, deverá preencher os requisitos legais, ter uma situação fática legítima. Portanto, desaparecendo esse suporte fático, cessa o motivo que autorizou a coação.

Aury Lopes Jr.¹⁵⁹ lembra que o *habeas corpus* é comumente utilizado nos casos de prisões cautelares que são “situacionais”. Significa dizer que, cessado o motivo, a causa de sua decretação, acaba a legitimidade da prisão. Além do mais, mesmo não desaparecendo por inteiro o motivo, mas o enfraquecendo, a substituição por outra medida cautelar é possível, tendo em vista que a prisão é a *ultima ratio*. Ou seja, se cessou a causa determinante da coação, embora processado devidamente, pronunciado ou condenado na forma legal, cabe o *habeas corpus*¹⁶⁰.

3.4.1.5 Quando alguém não for admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza (art. 648, V, CPP)

A denegação da fiança, nos casos em que a lei lhe permite a prestação, faz ilegal a prisão¹⁶¹.

Com a lei 12.403 de 2011, o instituto da fiança ganhou uma abrangência maior no ordenamento jurídico brasileiro, com valores substancialmente elevados, podendo chegar a 200 mil salários mínimos¹⁶².

¹⁵⁹ JUNIOR, Aury Lopes. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p. 1335.

¹⁶⁰ Acrescenta como exemplo, Pontes de Miranda: Exemplos: “...se foi já cumprida a pena: se lhe foi concedida a suspensão condicional da pena, ou o livramento da pena, ou o livramento condicional; se foi prestada a fiança; se foi provido o recurso contra a prisão preventiva, ou a pronúncia, ou se foi revogada aquela; ou se fora revogada a prisão assecuratória de direitos, ou se foi provido o recurso contra ela”. MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas corpus**. 3ª Campinas: Bookseller, 2007. 2 v.p.185.

¹⁶¹ Ibidem. p.207.

¹⁶² Art. 325 do CPP: O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites:

I - de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Dessa forma, Aury Lopes Jr.¹⁶³ ensina que a fiança deve ter uma leitura alargada, ou seja, o *habeas corpus* tem cabimento no caso em que a fiança não é oferecida (e cabível), mas também nos casos em que o valor arbitrado seja excessivo, equivalendo-se ao não oferecimento, uma vez que é necessária, como em qualquer medida cautelar, condições de possibilidade de ser cumprida¹⁶⁴.

3.4.1.6 Quando o processo for manifestamente nulo (art. 648,VI, CPP)

As nulidades do processo somente permitem a adoção do *habeas corpus* quando essas se apresentam “manifestas”, devendo ser negada a ordem quando não evidentes.

Mossin¹⁶⁵, denominando as nulidades suscetíveis de concessão da ordem, em substanciais, as define como “aquelas que defluem da falta de observância das formalidades exigidas para a feitura do ato processual e a exata aplicação da lei”.

Já Aury Lopes Jr.¹⁶⁶ ensina que manifestamente nulo é uma expressão “apontada pelo senso comum teórico como indicativo de que a nulidade deve ser evidente, clara, inequívoca, até porque a cognição sumária do HC não permitiria qualquer dilação probatória”.

Inúmeros são os fatos irregulares que podem tornar o processo manifestamente nulo, permitindo a interposição do *writ*. Contudo, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula 523 que estabelece que “no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”. Ou seja, somente será considerado algum ato nulo, se este causar prejuízo para a defesa ou para a acusação.

A prática de atos processuais defeituosos retira a legitimidade do exercício do poder estatal e pode surgir no curso do processo e ser prontamente impugnada pela ação constitucional, ora estudada, ou mesmo após o trânsito em julgado, na medida em que, sendo

§ 1o Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - dispensada, na forma do art. 350 deste Código; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - aumentada em até 1.000 (mil) vezes. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

¹⁶³ JUNIOR, Aury Lopes. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p. 1335.

¹⁶⁴ Continua o autor: “Portanto, uma fiança de valor desproporcional, impossível de ser cumprida pelo imputado, equipara-se a uma recusa injustificada em concedê-la. Ou seja, uma flagrante ilegalidade sanável pela via do HC, cabendo ao Tribunal readequá-la a patamares razoáveis”. Ibidem. p. 1335.

¹⁶⁵ MOSSIN, Heráclito Antônio. **Habeas corpus: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 1995.p. 115.

¹⁶⁶ JUNIOR, op. cit. p. 1336.

o defeito insanável, não há que se falar em preclusão ou convalidação, podendo o *habeas corpus* ser interposto a qualquer tempo¹⁶⁷.

Pontes de Miranda¹⁶⁸ ressalta, ainda, que nem toda nulidade manifesta pode ser motivo de concessão da ordem, pois que pode não ter determinado a coação.

3.4.1.7 Quando extinta a punibilidade (art. 648, VII, CPP)

O art. 107 do Código Penal e algumas leis especiais trazem as causas de extinção de punibilidade, que retiram o poder punitivo do Estado e, conseqüentemente, sua legitimidade para qualquer atuação.

Assim, se não há mais punibilidade, o constrangimento é ilegal¹⁶⁹. Se não existe mais o *ius puniendi* estatal, por estar extinta a punibilidade, faltará justa causa ou para a prisão ou para a ameaça à liberdade física do réu ou condenado, ao seu *ius libertatis*, dando margem à impetração do *habeas corpus*¹⁷⁰.

3.5 Principais aspectos processuais do *habeas corpus*

3.5.1 Legitimidade ativa e passiva

A Teoria do Direito frente a ideia de democracia por representação fez da legitimidade um dos institutos jurídicos mais analisados, uma vez que, muito embora o poder continuasse a emanar do povo ou grupo, seu exercício foi delegado a um determinado sujeito¹⁷¹.

Assim, pode-se afirmar ser a legitimidade, seja como instituto jurídico ou como um fenômeno social, não a qualidade do sujeito, mas, sim, de sua atuação.

Quanto à legitimidade ativa, de acordo com o Código de Processo Penal, em seu art. 654¹⁷², primeira parte, “o *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem”, justificando essa extensão não só pela importância do bem tutelado por esse remédio constitucional, como também por, geralmente, o interessado estar impossibilitado de pessoalmente impetrar o *Writ*.

¹⁶⁷ Ibidem.p. 1336.

¹⁶⁸ MIRANDA, Pontes de. **História e prática do *habeas corpus***. 3ª Campinas: Bookseller, 2007. 2 v.p.209.

¹⁶⁹ Ibidem.p.216.

¹⁷⁰ MOSSIN, Heráclito Antônio. ***Habeas corpus*: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 1995.p. 128.

¹⁷¹ LIMA, Leonardo Tibo Barbosa. **O conceito de legitimidade**. 2011. Acesso em: 20 mar. 2014.

¹⁷² Art. 654 do CPP. O *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.

Percebe-se, portanto, tratar-se de uma ação popular para a qual está legitimada qualquer pessoa, independentemente de outra qualificação especial¹⁷³.

Para a impetração de *habeas corpus*, não se exige advogado. Aliás, o próprio Estatuto da Advocacia (lei 8.906/94), reconhecendo a importância desse remédio constitucional, estabelece que “não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de *habeas corpus* em qualquer instância ou Tribunal” (art. 1º, §1º).

Contudo, Guilherme Nucci¹⁷⁴ ressalta a importância de ampla defesa desse instituto. Segundo o autor, “sendo o *habeas corpus* um instrumento constitucional de defesa de direitos individuais fundamentais, em especial o direito à liberdade, indisponível por natureza, o ideal é que, como impetrante, atue sempre um advogado”.

Logicamente que, se o *writ* não for impetrado por advogado, isso não acarretará nenhum prejuízo para a análise do pedido, contudo, pode enfraquecê-lo, pois os argumentos podem ser totalmente desconexos das normas jurídicas. Por isso, prevendo essa possibilidade, os Regimentos Internos do Supremo Tribunal Federal (art. 191, I) e do Superior Tribunal de Justiça (art. 201, I)¹⁷⁵ conferem ao relator a faculdade de nomear advogado para acompanhar e defender oralmente o *habeas corpus* impetrado por pessoa que não seja bacharel em Direito.

É justamente a amplitude dos legitimados ativos que demonstra o progresso em nossas leis relativas ao *habeas corpus*, pois, no Código de Processo Criminal de 1932, em seu art. 340, quem tinha o direito de impetrar *habeas corpus* eram apenas os cidadãos. Vejamos: “Todo o cidadão que entender, que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal, em sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de - *Habeas-Corpus* - em seu favor.”

Já a lei n.º 2.033 de 1871 permitiu ao estrangeiro requerer para si o referido mandado¹⁷⁶, sendo ampliado para poder requerer para outrem com a República, no Decreto n.º

¹⁷³ GRINOVER, Ada Pellegrini; et. al. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009.p.277.

¹⁷⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2011.p.1.132.

¹⁷⁵ Regimento Interno do STF: Art. 191. O Relator requisitará informações do apontado coator e, sem prejuízo do disposto no art. 21, IV e V, poderá:

I- sendo relevante a matéria, nomear advogado para acompanhar e defender oralmente o pedido, se o impetrante não for diplomado em direito;

Regimento Interno do STJ: Art. 201. O relator requisitará informações do apontado coator, no prazo que fixar, podendo, ainda:

I - nomear advogado para acompanhar e defender oralmente o pedido, se o impetrante não for bacharel em Direito;

¹⁷⁶ Art. 18 da lei 2.033 de 1871: Os Juizes de Direito poderão expedir ordem de *habeas-corpus* a favor dos que estiverem ilegalmente presos, ainda quando o fossem por determinação do Chefe de Polícia ou de qualquer outra autoridade administrativa, e sem exclusão dos detidos a título de recrutamento, não estando ainda alistados como praças no exercito ou armada.

848 de 11 de outubro de 1890, em seu art. 45¹⁷⁷, sendo essa regra confirmada pelas Constituições de 1891, 1934 e 1937, 1946 e 1967.

Assim, segundo o Código de Processo Penal, o *habeas corpus* pode ser interposto por qualquer pessoa, em seu benefício ou de outrem, bem como pelo Ministério Público. Aury Lopes Jr.¹⁷⁸ salienta, ainda, que “o HC é um atributo de personalidade, em que qualquer pessoa, independentemente de habilitação, capacidade política, civil, processual, sexo, idade, nacionalidade e, inclusive, estado mental, pode utilizar”.

É importante notar que, além da legitimidade ativa ser tão abrangente, não é exigido do impetrante, quando requer a concessão da ordem para outrem, qualquer interesse, pois o *habeas corpus* não trata de tutela jurídica do impetrante e, sim, do paciente.

Além do mais, o interesse na liberdade de alguém, apesar de algumas vezes ser pessoal, é sem sombra de dúvida interesse à proteção do direito fundamental de liberdade, solidariedade e de espírito social. Contudo, esse interesse de terceiro jamais poderá prejudicar o paciente. Nesse sentido, Guilherme Nucci¹⁷⁹ esclarece que, possuindo o paciente defensor constituído, é preciso que tenha conhecimento da impetração, manifestando-se a respeito, podendo optar pelo não conhecimento da ordem, porque o julgamento do *habeas corpus* lhe pode ser desinteressante¹⁸⁰.

Em relação à possibilidade de impetração por pessoa jurídica, esse tema divide a doutrina e a jurisprudência, ora incluindo-as como legitimadas, ora excluindo-as, por ausência de previsão constitucional.

Da análise do *caput* do art. 5º da CR¹⁸¹, entende-se que a pessoa jurídica deve usufruir de todos os direitos e garantias individuais compatíveis com sua condição. Contudo, só

A superioridade de grão na ordem da jurisdição judiciária é a única que limita a competência da respectiva autoridade em resolver sobre as prisões feitas por mandado das mesmas autoridades judiciais. § 8º Não é vedado ao estrangeiro requerer para si ordem de *habeas corpus*, nos casos em que esta tem lugar.

¹⁷⁷ Art. 45 do Decreto 848 de 1890. O cidadão ou estrangeiro que entender que elle ou outrem soffre prisão ou constrangimento illegal em sua liberdade, ou se acha ameaçado de soffrer um ou outro, tem direito de solicitar uma ordem de *habeas corpus* - em seu favor ou no de outrem.

¹⁷⁸ JUNIOR, Aury Lopes. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p.1130.

¹⁷⁹ O autor traz o seguinte exemplo: “Imagine-se uma ação penal instaurada contra certa personalidade, contra a qual ingresse o *habeas corpus* visando o seu trancamento. Se o paciente, que não deseja um pronunciamento precoce do Tribunal, não puder ser consultado, é possível que seus interesses terminem sendo prejudicados por um terceiro estranho, que pode até não pretender o seu benefício, mas justamente provocar a decisão de órgão jurisdicional superior, determinando o prosseguimento da demanda”. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2011.p.1.132.

¹⁸⁰ Os regimentos internos do Supremo Tribunal Federal (art. 192, §3º) e do Superior Tribunal de Justiça (art. 202, §1º) dispõem no sentido de não conhecer o pedido, quando houver oposição do paciente.

¹⁸¹ Art. 5º da CR/1988: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

poderá requerer o benefício em nome de uma pessoa física, porque só esta pode se beneficiar da ordem¹⁸².

Nesse sentido, desde o ano de 1916, Pontes de Miranda¹⁸³ observava que os doutrinadores que entendiam que a pessoa jurídica não podia impetrar para as pessoas físicas o remédio jurídico do *habeas corpus* foram superados, uma vez que era óbvio que uma pessoa jurídica pudesse impetrar *habeas corpus* em favor de pessoa natural, cuja soltura interessasse diretamente àquela, como nos casos de prisão ou ameaça de diretor, sócio, associado, confrade.

E, por fim, esse remédio constitucional também pode ser concedido de ofício pelos juízes e tribunais, quando verificarem, no curso de um processo, que alguém sofre ou está na iminência de sofrer uma coação ilegal¹⁸⁴. Essa providência se coaduna perfeitamente com o princípio da indisponibilidade da liberdade, sendo dever do magistrado zelar pela sua manutenção.

O paciente no *habeas corpus* é o indivíduo que sofre ou receia sofrer qualquer constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção, recebendo esse nome pelo fato desse instituto ser um remédio constitucional.

Antigamente, havia restrição em relação ao paciente pessoa física, ou seja, algumas pessoas não podiam ter em seu benefício o remédio constitucional¹⁸⁵. Contudo, tendo em vista o direito fundamental tutelado pelo *writ*, hoje não existe restrição, sendo tema polêmico na doutrina apenas a possibilidade ou não da pessoa jurídica ser paciente.

O entendimento majoritário é que há a impossibilidade da pessoa jurídica ser paciente no *habeas corpus*, uma vez que não possui o direito de locomoção¹⁸⁶.

Contudo, Aury Lopes Jr.¹⁸⁷ leciona em sentido inverso, tendo em vista as novas situações jurídico-penais criadas pela Lei n.º 9.605/98.

Segundo o mencionado autor, deve-se ser considerada a teoria da dupla imputação, segundo a qual é viável a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais

¹⁸² Tema divergente na doutrina.

¹⁸³ Observa ainda que: “Se há interesse da pessoa jurídica na proteção do coacto ou ameaçado de coação, não se poderia negar à pessoa jurídica a legitimação à tutela jurídica de alguma pessoa física. É o que acontece com a empresa, de que foi vítima de violência, ou ameaça, algum diretor, sócio, associado, confrade, pessoa de classe a que a empresa promete proteção ou protege, como sociedade de caridade, hospital, associação ou fundação com finalidade de defesa dos seres humanos, ou de determinados grupos ou famílias, ou raças, ou religiões”. MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas corpus**. 3ª Campinas: Bookseller, 2007. 2 v.p.46/47.

¹⁸⁴ Art. 654, § 2º do CPP: Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de hábeas corpus, quando no curso do processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

¹⁸⁵ MIRANDA, op. cit.p.48.

¹⁸⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**.10. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2011.p.1130.

¹⁸⁷ JUNIOR, Aury.Lopes. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p.1343.

desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou benefício¹⁸⁸.

Assim, segundo esse entendimento, se poderia o *writ* ser interposto somente em nome de pessoa física, mas, em sendo concedida a ordem, poderia se requerer extensão dos seus efeitos à pessoa jurídica. Portanto, nada mais coerente do que, por uma questão de lógica, autorizá-la desde logo a figurar como paciente.

O doutrinador continua afirmando que não têm coerência admitir que a pessoa jurídica figure no polo passivo de uma ação penal e, ao mesmo tempo, negar-lhe legitimidade para utilizar o *habeas corpus* como instrumento para fazer cessar uma coação ilegal¹⁸⁹.

Conclui o autor que, para responsabilizar penalmente uma pessoa jurídica, no cenário jurídico atual, é necessário um alargamento de alguns institutos criminais, sendo, portanto, possível a extensão da medida assecuratória do *habeas corpus* quando a pessoa jurídica for ré em processo-crime.

Em sentido contrário e de acordo com a doutrina majoritária, Guilherme Nucci¹⁹⁰ ressalta que o simples fato da lei n.º 9.605/98 prever ser possível pessoa jurídica ser autora de crime ambiental no Brasil não a legitima a ser paciente no *habeas corpus*. A falta de recurso próprio para o recebimento de uma denúncia, por exemplo, sem justa causa, contra uma pessoa jurídica, deve ser sanada por mandado de segurança, que é o instrumento constitucional adequado para coibir ilegalidade ou abuso de poder não amparado por *habeas corpus* (art. 5º, LXIX, CF).

Como já mencionado, o art. 654 do Código de Processo Penal confere legitimidade ao Ministério Público para impetrar *habeas corpus*, pois essa instituição representa a sociedade na persecução penal, além da “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”¹⁹¹. Essa legitimidade também está presente no inciso I do art. 32 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (lei 8625/93) que preceitua que o promotor de Justiça pode “impetrar *habeas corpus* e mandado de segurança e requerer correição parcial, inclusive perante Tribunais locais competentes”.

¹⁸⁸ Nesse sentido STF Rex 548181 de 06.08.2013.

¹⁸⁹ Nesse sentido: “Entendo viável a interposição de *habeas corpus* para sanar eventual ilegalidade ou abuso de poder originados de ação penal em que figure no polo passivo pessoa jurídica, sobretudo tendo em conta a falta de adequação do sistema processual à nova realidade apresentada pela criminalização das ações praticadas por tais entes”. HC 92.921-BA - Ministro Ricardo Lewandowski.

¹⁹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2011.p.1130.

¹⁹¹ Art. 127, caput, da CF/88.

Pellegrini, Magalhães e Scarance¹⁹² ressaltam a necessidade do Ministério Público evidenciar o interesse de agir, uma vez que sua qualidade de instituição representativa da sociedade não o exclui dessa condição¹⁹³.

Assim, o remédio constitucional ora analisado jamais pode funcionar como instrumento de tutela dos direitos do Estado e de interesse da acusação, sendo destinado, apenas, a salvaguardar o estado de liberdade do paciente.

Importante destacar, ainda, que o Ministério Público somente poderá impetrar o *writ* dentro do território em que funciona, ou fora dele, perante os juízes, independe da qualidade do cargo¹⁹⁴. Ou seja, somente estará apto a agir em nome da instituição o promotor que tiver conhecimento da ocorrência do constrangimento ou ameaça à liberdade em razão do exercício da função, bem como no limite de suas atribuições¹⁹⁵.

O Ministério Público exerce função extremamente relevante no plano da efetividade dos direitos fundamentais. Analisando Constituição de 1988, observa-se, nos seus artigos 127 e seguintes, que o Ministério Público foi concebido como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbido da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Além do mais, a Constituição da República estabeleceu ao Ministério Público várias atribuições fundamentais para a defesa dos serviços de relevância pública, do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros direitos e interesses difusos e coletivos, o que torna inquestionável a dimensão da importância dos compromissos constitucionais do Ministério Público, como instituição permanente, para a defesa dos direitos e garantias fundamentais.

¹⁹² GRINOVER, Ada Pellegrini; et. al. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009.p.279.

¹⁹³ Nesse sentido: “O remédio processual do *habeas corpus* não pode ser utilizado como instrumento de tutela dos direitos do Estado. Esse *Writ* constitucional há de ser visto e interpretado em função de sua específica destinação tutelar: a salvaguarda do estado de liberdade do paciente. A impetração de *habeas corpus*, com desvio de sua finalidade jurídico-constitucional, objetivando satisfazer, *ainda que por via reflexa*, porém do modo ilegítimo, os interesses da Acusação, descaracteriza a essência desse instrumento exclusivamente vocacionado à proteção da liberdade individual” (STF, Rel celso de Mello, *DJU* 01.07.1993).

¹⁹⁴ MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas corpus**. 3ª Campinas: Bookseller, 2007. 2 v.p.47.

¹⁹⁵ Nesse sentido Ada Pellegrini et al que acrescentam: “é certo que poderá fazê-lo individualmente, como qualquer pessoa, nos termos do art. 654, primeira parte, mas não como representante do *parquet*. Com o advento da Lei 8.625, de 12.02.1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) ficou superada a dúvida que existia sobre a possibilidade de impetração de *habeas corpus* por promotor de Justiça perante tribunais de segundo grau, diante de disposição da lei anterior, que estabelecia ser privativa dos procuradores de Justiça essa atuação (TJPR, *RT* 543/427; TJSC, *RT* 504/404; TAcrimSP, *RT* 544/351, JTAcimSP 68/165). É que, na nova lei, é expressa a atribuição dos promotores de Justiça para “impetrar *habeas corpus* e mandado de segurança e requerer correição parcial, inclusive perante os tribunais locais competentes”. A regra é reproduzida pela Lei Orgânica Estadual, em São Paulo (Lei Complementar 734, de 26.11.1993).

O Ministério Público é, constitucionalmente, um legítimo porta-voz de direitos indisponíveis do indivíduo e dos interesses sociais da comunidade e nesse contexto é garantidor do acesso à Justiça jurisdicional ou extrajurisdicional, conforme já sustentado por Gregório Assagra de Almeida, que tem sustentado a natureza constitucional do Ministério Público como garantia fundamental de acesso à Justiça.¹⁹⁶

Através do acesso à Justiça é que se faz possível a realização de forma adequada e eficaz, no plano fático, do direito material, muitas das vezes inviável de ser resolvido consensualmente.

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro¹⁹⁷ referindo-se ao processo penal salienta que em uma sociedade democrática não se deve contentar apenas em declarar direitos e assegurar garantias. Ela pressupõe, também, que todo o cidadão saiba como se comportar quando um direito for violado ou ameaçado, aumentando a responsabilidade do Ministério Público, que deve agir, segundo critérios legais, em todos e qualquer caso em que ocorra um fato-crime. É preciso que a atividade dos membros do Ministério Público não esteja condicionada a qualquer poder ou regra que de alguma forma embarace o seu acesso à via jurisdicional, garantindo, assim, o acesso à Justiça.

Dessa forma, a atuação do Ministério Público como garantidor do acesso à Justiça é fundamental e deve atender aos anseios de ricos e pobres, brancos e negros, sempre visando a igualdade substancial¹⁹⁸, com o fim de proteger e efetivar os direitos fundamentais, entre eles o direito de liberdade de locomoção, individual ou coletivo.

Em relação à legitimidade passiva das ações constitucionais, a doutrina diverge, pois alguns autores consideram parte a própria pessoa a que se atribuiu a violação do direito, enquanto outros sustentam que se trata de hipótese em que a legitimidade passiva é do órgão público a cujo quadro pertence o coator¹⁹⁹.

¹⁹⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direitos fundamentais e os principais fatores de legitimação social do Ministério Público no novo constitucionalismo. In: ALMEIDA, Gregório Assagra de Almeida; SOARES JÚNIOR, Jarbas (coordenadores). **Teoria geral do Ministério Público**. Coleção Ministério Público e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 26-7.

¹⁹⁷ RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. **Práticas processuais penais: Uma Contribuição para a Adequação Constitucional da Persecução Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.p.144 e 146.

¹⁹⁸ Ibidem., p.148.

¹⁹⁹ Pontes de Miranda define detentor ou coator, como sendo qualquer indivíduo, brasileiro ou estrangeiro, particular, recrutador ou comandante de fortaleza, agente de força pública, desde que detenha outrem em cárcere público ou privado, ou que esteja de vigia do paciente; ou lhe impeça o caminho, ou que, de alguma forma, viole ou ameace violar o direito de ir, ficar e vir de alguém. (MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas corpus**. 3ª Campinas: Bookseller, 2007. 2 v.p.61.)

Pellegrini, Magalhães e Scarance²⁰⁰ entendem que o legitimado passivo do *habeas corpus* é o coator, ou seja, a pessoa responsável pelo ato que restringiu ou ameaçou o direito de liberdade de locomoção²⁰¹.

Normalmente, o coator é a autoridade policial ou judiciária, mas a ordem pode ser plenamente concedida contra particular. Não podemos esquecer que a Constituição da República, ao contrário do que prevê em relação ao mandado de segurança (art. 5º, LXIX), não distingue, no polo passivo, a autoridade do particular, nos permitido impetrar o *habeas corpus* contra qualquer pessoa que constranja a liberdade de locomoção de outrem.

Assim, esse remédio jurídico constitucional pode ser o mais adequado em determinadas situações, como, por exemplo, nas internações irregulares em hospitais psiquiátricos, em que muitas vezes, o acionamento da polícia não resolverá²⁰².

Pellegrini, Magalhães e Scarance²⁰³ acrescentam, ainda, que muito já se discutiu na doutrina e na jurisprudência a respeito da possibilidade de concessão do *writ* contra violações da liberdade praticadas por particulares, pois, nessas situações, estaria ocorrendo crime contra a liberdade individual (Código Penal, arts. 146 e 149), sendo o mais prático acionar a polícia para restituir a liberdade da vítima.

Ocorre que, na maioria das vezes, acionar a polícia em determinados casos, como por exemplo, em situações que não evidenciam de forma clara a conduta criminosa, não será o caminho mais prático, mostrando, mais uma vez, a importância do *habeas corpus* em nosso ordenamento jurídico.

É importante, ainda, estabelecer uma distinção entre detentor e coator, embora, por vezes, possam ser a mesma pessoa.

Pellegrini, Magalhães e Scarance²⁰⁴ salientam que a identificação dessas duas figuras do *habeas corpus* é necessária, uma vez que o detentor não é parte no processo, mas “alguém que executa fisicamente um ato de responsabilidade de outrem”.

²⁰⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; et. al. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009.p.280.

²⁰¹Em sentido contrário, Frederico Marques citado por Guilherme Nucci ao afirmar que quando se tratar de autoridade, o verdadeiro sujeito passivo deverá ser o Estado. (NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2011.p.1.131).

²⁰² Nesse sentido Dante Bussana ao afirmar que: “A polícia pode não querer (ou não julgar prudente) intervir, como, por exemplo, nas hipóteses de internação indevida em manicômio ou outro estabelecimento destinado ao tratamento de moléstias mentais e razão não há para negar à pessoa internada sem motivo legal a proteção do remédio constitucional”. (BUSANA, Dante. **O habeas corpus no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009p.110)

²⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrini; et. al. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009.p.281.

²⁰⁴ Ibidem.p.280.

Assim, o coator pode ser o juiz, que determinou a prisão, enquanto o delegado ou diretor do presídio será o detentor, pois estará com o paciente recolhido.

3.5. 2 Competência

A matéria atinente à competência para conhecer o pedido de *habeas corpus* é bastante complexa, uma vez que é regulada pelas Constituições da República e Estadual, leis de organização judiciária, regimentos internos dos Tribunais e também por normas do Código de Processo Penal.

Alguns doutrinadores orientam a determinação da competência do *writ* por dois critérios: territorialidade e hierarquia²⁰⁵.

Em primeiro lugar, verificando-se o critério da territorialidade, de acordo com o art. 649 do Código de Processo Penal²⁰⁶, a competência para processar e julgar o pedido será do juiz em cuja jurisdição estiver ocorrendo a coação ou ameaça. Tratando-se de competência originária dos Tribunais, os limites serão os territoriais do respectivo Estado, Território ou Distrito Federal. Já quanto aos Tribunais Superiores e o Supremo Tribunal Federal, suas competências serão em todo o território nacional.

Em segundo lugar, analisando o critério da hierarquia, pode-se afirmar que a impetração do *habeas corpus* deve ser realizada perante o órgão judicial superior àquela de quem parte a coação, conforme determina o parágrafo primeiro do artigo 650 do Código de Processo Penal: “A competência do juiz cessará sempre que a violência ou a coação provier de autoridade judiciária de igual ou superior jurisdição”. No mesmo sentido é a súmula 606 do Superior Tribunal de Justiça: “Não cabe *habeas corpus* originário para o Tribunal Pleno de decisão de Turma, ou do Plenário, proferida em *habeas corpus* ou no respectivo recurso.”

Percebe-se, pois, que, como consequência dessa regra, nenhum juiz ou Tribunal pode conhecer de *habeas corpus* contra ato que praticou ou confirmou. Nesse sentido, se o juiz

²⁰⁵ Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini; et. al. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009.p.286. E Guilherme Nucci ao afirmar que: “...o primeiro critério a ser verificado é o territorial, buscando-se o lugar onde se dá a coação. Em seguida, analisa-se a qualidade da autoridade coatora, checando-se se possuiu foro privilegiado. Como exemplos: a) se alguém é detido para averiguação por delegado da Comarca X, deve ser impetrado *habeas corpus* ao magistrado da Vara Criminal competente da Comarca X. havendo mais de um, distribui-se o pedido. Se já houver investigação ou processo em andamento, cabe distribuição por prevenção ao juiz que fiscaliza o feito, competente para analisar o abuso ocorrido – até porque ele poderia conceder a ordem de ofício; b) se um indivíduo é detido por ordem de juiz ao paciente, elege-se o Tribunal competente (Tribunal de Justiça ou Tribunal regional Federal), conforme seja o delito de alçada estadual ou federal” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo penal comentado**.10. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2011.p. 1119).

²⁰⁶ Art. 649. O juiz ou o Tribunal, dentro dos limites da sua jurisdição, fará passar imediatamente a ordem impetrada, nos casos em que tenha cabimento, seja qual for a autoridade coatora.

percebe que praticou ato ilegal que importa em restrição ou ameaça ao direito de liberdade, poderá revogá-lo, se ainda não tiver esgotada sua jurisdição (como ocorre no caso de prolação de sentença), mas não poderá conceder *habeas corpus*, pois, sendo ele próprio o coator, competente será o Tribunal que lhe for imediatamente superior²⁰⁷.

3.5.2.1 Competência do STF

Segundo dispõe o art. 102, I, d, da Constituição da República, atualmente, cabe ao Supremo Tribunal Federal julgar, originalmente, o *habeas corpus*, sendo o paciente o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros, o Procurador-Geral da República, os Ministros de Estado, os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, os membros de Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente, bem como o *writ*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do STF, ou se tratando de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância²⁰⁸.

Percebe-se que a primeira hipótese de atribuição decorre da competência originária é por prerrogativa de função. Ou seja, é natural que o próprio órgão incumbido de processar e julgar em matéria criminal seja também o competente para conhecer o *habeas corpus*. Já na segunda hipótese, demonstra-se nada mais que respeito ao critério da hierarquia já mencionado.

É importante mencionar que, até a edição da Emenda Constitucional n. 22/99, a competência do STF para julgar esse remédio constitucional abrangia todos os casos em que a coação fosse atribuída a um Tribunal, incluindo-se tanto os Tribunais Superiores como os

²⁰⁷ Acrescentam Pellegrini, Magalhães e Scarance: “A mesma situação ocorrerá se o Tribunal, em grau de apelação, confirma uma condenação; eventuais nulidades, mesmo não expressamente apreciadas, somente poderão ser invocadas como causa petendi de *habeas corpus* perante o Tribunal imediatamente superior”. *Ibidem*.p.287.

²⁰⁸ Art. 102 da CF. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

d) o "habeas-corpus", sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o "habeas-data" contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 22, de 1999).

Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça dos Estados, Distrito Federal e Territórios, bem como os Tribunais Militares Estaduais. Contudo, depois da referida Emenda Constitucional, a competência, nos últimos casos, passou a ser do Superior Tribunal de Justiça, restando na competência do STF apenas as hipóteses de coação atribuída aos Tribunais Superiores, o que será melhor analisado a seguir.

3.5.2.2 Competência dos Tribunais Superiores (STJ, TSE, STM)

A Constituição da República de 1988, em seu art. 105, I, c, atribui ao Superior Tribunal de Justiça a competência originária para processar e julgar o *habeas corpus* quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas que, por prerrogativa de função, devem ser processadas e julgadas pelo próprio STJ, sendo: Governadores dos Estados e do Distrito Federal, desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante Tribunais. Trata-se, pois, de competência originária *ratione personae*.

A Constituição ainda dispõe que também cabe ao STJ o julgamento do *mandamus* quando o coator for Tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

Mossin²⁰⁹ observa que a regra constitucional é bastante clara em excluir da apreciação originária do STJ o *writ* derivante de matéria eleitoral, uma vez que, nesse caso, a competência será do Tribunal Superior Eleitoral. Observa, ainda, que, somente quando o Ministro de Estado for coator é que o predito Tribunal terá competência direta para julgar o pedido de *habeas corpus*, pois, se paciente for, a competência originária em razão da pessoa será do Supremo Tribunal Federal, de acordo com art. 102, inc. I, d, da Constituição da República.

Importante se faz uma análise da impetração contra ato de Tribunal. É importante fazer a distinção das hipóteses em que a coação resulta efetivamente de pronunciamento do

²⁰⁹ MOSSIN, Heráclito Antônio. *Habeas corpus: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 1995.p.192.

Tribunal daquelas outras em que, mesmo proferindo decisão no processo, o Tribunal não chega a assumir a posição de coator²¹⁰.

O Tribunal se tornará, sem qualquer dúvida, o responsável pela coação, quando proferir uma condenação em processo de sua competência originária, quando der provimento a recurso da acusação para condenar o réu, ou, ainda, ao julgar recurso da defesa, o Tribunal tiver apreciado a mesma matéria alegada no pedido de *habeas corpus*, rejeitando-a.

Todavia, se a questão suscitada na impetração não tiver sido objeto de decisão pelo órgão de segundo grau, este não se converterá em coator e continuará competente para julgar o *writ*.

Compete, ainda, ao Superior Tribunal de Justiça, de acordo com art. 105, II, a, da Constituição da República, o julgamento, em recurso ordinário, do *habeas corpus* decidido em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória²¹¹.

Por fim, o Superior Tribunal Militar, que tem competência para processar e julgar os crimes militares, definidos em lei, também será o competente para processar e julgar o *habeas corpus* relacionado a tais matérias, quando a coação provier de órgão jurisdicional especializado imediatamente inferior.

3.5.2.3 Competência dos tribunais de segundo grau

Semelhante ao que ocorre com o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores, os Tribunais Regionais Federais e de Justiça dos Estados e Distrito Federal, em princípio, têm competência para processar e julgar, originariamente, os *habeas corpus* em que for paciente ou coator autoridade sujeita à sua jurisdição em matéria criminal.

Pellegrini, Magalhães e Scarance²¹² esclarecem que tal entendimento se dá pelo fato de que a decisão de *habeas corpus* pode resultar afirmação da prática de ilegalidade ou de abuso de poder pela autoridade. Ao conceder a ordem, pode-se reconhecer, expressamente, que a autoridade praticou ilegalidade ou abuso de poder, o que poderá configurar algum crime comum. Dessa maneira, a mesma autoridade que julgar o *habeas corpus* será competente para

²¹⁰ Essa observação é feita por GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009.p.288.

²¹¹ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

II - julgar, em recurso ordinário:

a) os "habeas-corpus" decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória;

²¹² GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009.p.289.

o processo e julgamento do crime comum, eventualmente praticado pela autoridade impetrada.

Contudo, quando a autoridade coatora for Promotor de Justiça, divergência doutrinária existe. Apesar de, para a maioria da doutrina, ser, nesse caso, o Tribunal de Justiça o órgão competente para julgar o *writ*, pelas razões acima firmadas, alguns autores entendem ser competente o órgão jurisdicional de primeiro grau²¹³.

Um argumento utilizado por essa corrente minoritária é que a competência do Tribunal de Justiça é apenas para processar e julgar os membros do Ministério Público quando responderem ação penal, o que não é o caso, pois o *habeas corpus* não é ação em face do Promotor de Justiça, mas, sim, ação impetrada pelo paciente ou qualquer pessoa, em decorrência de ato praticado pelo Promotor de Justiça. Além do mais, todo ato praticado pelo Promotor de Justiça é levado ao conhecimento do juiz de primeiro grau, como, por exemplo, oferecimento de denúncia, requerimento de decretação de medidas cautelares, entre outros, não havendo, portanto, legalidade no requerido ou sendo infundado, será repellido pelo juiz²¹⁴.

Por fim, sustentando essa corrente minoritária, há o argumento de que não está no âmbito de competência dos tribunais apreciar *habeas corpus* tendo como autoridade coatora Promotor de Justiça, salvo no Estado do Rio de Janeiro, em que o regulamento interno do Tribunal, em seu art. 8º, I, a, estabelece ser competência do Tribunal apreciar pedido de *habeas corpus* contra ato abusivo de Promotor de Justiça²¹⁵.

Já quando a matéria afetar a Justiça Especializada, a competência para o HC impetrado contra ato de juiz é do órgão de segundo grau correspondente.

Em relação a alguma coação atribuída a juiz do trabalho, a Emenda Constitucional n.º 45/2004, dando uma nova redação ao art. 114 da Constituição da República, inclui, expressamente, na competência da Justiça do Trabalho o julgamento de “mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição”²¹⁶. Em relação à matéria criminal, a Justiça do Trabalho continua sem competência, sendo o Tribunal Regional Federal o competente para julgar. Dessa forma, a

²¹³ Nesse sentido RANGEL, Paulo; **Direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012.p.1037.

²¹⁴ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012.p.1038.

²¹⁵ Regimento interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro : Art.8º - Compete às Câmaras Criminais:

I - processar e julgar:

a) os *habeas corpus*, quando o coator for Juiz ou Tribunal Criminal de Primeira Instância, Turmas Recursais do Juizados Especiais Criminais ou membro do Ministério Público Estadual .

²¹⁶ Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

IV os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data* , quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Justiça do Trabalho somente poderia atuar no caso de prisão civil do depositário, o que hoje é vedado, esvaziando, assim, sua competência para julgar *habeas corpus*.

Outro ponto importante em relação à competência para processar e julgar o *mandamus* dos Tribunais de segundo grau é quando a autoridade coatora for turma recursal dos Juizados Especiais Criminais, uma vez que, até há pouco tempo relativamente, era competência do Supremo Tribunal Federal.

Como já analisado, a Constituição da República de 1988 não dispõe ser competência do STF processar e julgar o *habeas corpus* contra ato das turmas recursais dos Juizados Especiais Criminais. Contudo, a Corte Suprema se posicionou no sentido de que seria, sim, de sua competência a análise do *writ* impetrado contra constrangimento de Turma Recursal de Juizados Especiais, tendo em vista o silêncio da Lei Maior sobre tal situação.

Com base nesse entendimento, o STF publicou, em 09.10.2003, a súmula de n.º 690, cujo enunciado transcreve-se: “Compete originariamente ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de *habeas corpus* contra decisão de turma recursal de juizados especiais criminais”.

Diante dessa súmula, surgiram vários argumentos opostos. Primeiro, por não constar no rol taxativo de competências do Supremo na Constituição da República, que não deve ser interpretado de forma ampla e, sim, restritiva. Segundo, por ser ilógico o Supremo julgar *habeas corpus* referente a crimes de menor potencial ofensivo e os Tribunais de segunda instância julgarem crimes mais graves. Ademais, segundo Tourinho Filho²¹⁷, constitui “gritante aberração, monstruosidade jurídica mesmo, admitir *habeas corpus* das Turmas Recursais, constituídas de três juízes de primeira instância, para o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do nosso Poder Judiciário”, e, quando o coator for Tribunal Regional Federal, ou Tribunal de Justiça, o remédio heroico, ser dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, hierarquicamente inferior ao STF.

Diante desses argumentos, a partir do julgamento do HC 86.834/SP, esse entendimento foi alterado, para reconhecer a competência para o *habeas corpus* aos Tribunais de Justiça. Assentou-se, em síntese, que a estes compete o processo e julgamento dos juízes estaduais nos crimes comuns e de responsabilidade, além do que a competência originária e recursal do STF está prevista na própria Constituição da República, não havendo preceito que

²¹⁷FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Comentários à lei dos juizados especiais criminais**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.130.

leve à conclusão de competir ao Supremo a apreciação de HC ajuizados contra atos de turmas recursais criminais²¹⁸.

3.5.2.4 Competência das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Criminais

Como se sabe, os Juizados Especiais são regidos por lei própria que estabelece todas as diretrizes a serem seguidas quando versarem sobre assunto de sua competência.

A lei 9.099/95, em relação à competência recursal, estabelece que “da decisão de rejeição da denúncia ou queixa e da sentença caberá apelação que poderá ser julgada por turma composta de três Juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado”.

Embora delimitada a competência das referidas turmas, desde a vigência desta lei, entendeu-se ser possível o julgamento de outros recursos, tendo em vista a Constituição da República, que introduziu os Juizados em nosso sistema processual penal, mas também pela aplicação subsidiária do Código de Processo Penal.

Contudo, quando o assunto era julgamento de *habeas corpus* que tinha como coatora autoridade judiciária dos Juizados Especiais, dúvida existia.

Pellegrini, Magalhães e Scarance²¹⁹ possuíam uma visão mais restritiva, que também era adotada pela Comissão Nacional da Escola Superior da Magistratura, que entendiam ser de competência dos Tribunais Estaduais julgarem os *habeas corpus* e mandados de segurança quando coator for juiz especial.

Esse entendimento restritivo não durou muito tempo, tendo se firmado na jurisprudência, bem como em regulamentações das leis estaduais que disciplinam os Juizados, que compete às Turmas Recursais o julgamento do *writ* e do mandado de segurança contra ato jurisdicional. Essa interpretação foi consolidada com o fim de evitar decisões conflitantes a respeito de alguma questão que possa vir a ser suscitada nessas ações constitucionais e, posteriormente, no julgamento de apelação²²⁰.

²¹⁸ Informativos 413 e 437 do Supremo Tribunal Federal.

²¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009.p.290.

²²⁰ Ibidem. p.291.

3.5.2.5 Competência do juiz de primeiro grau

Por fim, quando a coação for atribuída a funcionário ou autoridade não compreendida entre as acima mencionadas e, até mesmo quando a coação for ato de particular, a competência para o processo e o julgamento do pedido do *habeas corpus* será do juiz da comarca ou circunscrição judiciária em cujos limites estiver ocorrendo a restrição ou ameaça ao direito de liberdade de locomoção, sendo que, no caso de existir mais de um juiz, a competência será determinada pela distribuição²²¹.

Assim, no caso de trancamento de inquérito policial, a competência será do juiz de primeiro grau, tendo em vista ser o delegado a autoridade coatora. Porém, importante ressaltar que a competência pode mudar quando o inquérito tiver sido requisitado por autoridade judiciária. Neste caso, será competente o Tribunal de segundo grau, de acordo com sua competência recursal, uma vez que o juiz não pode conceder a ordem sobre ato de autoridade judiciária do mesmo grau²²².

3.5.3 *Procedimento*

Tendo em vista a grande importância do bem jurídico tutelado pelo *habeas corpus*, qual seja, a liberdade de locomoção, seu procedimento deve ser célere e eficaz.

A simplicidade e a sumariada são as características mais marcantes e essenciais desse procedimento que visa à obtenção rápida da cognição judicial sobre a coação alegada²²³.

Além do mais, é mister destacar que, para interposição do *writ*, não há prazo, portanto, não há prescrição, sendo cabível, inclusive, contra decisão transitada em julgado.

O Código de Processo Penal disciplina o procedimento em seus arts. 654 e seguintes, prevendo normas complementares nos Regimentos Internos dos Tribunais.

²²¹ Art. 75 do CPP: A precedência da distribuição fixará a competência quando, na mesma circunscrição judiciária, houver mais de um juiz igualmente competente.

Parágrafo único. A distribuição realizada para o efeito da concessão de fiança ou da decretação de prisão preventiva ou de qualquer diligência anterior à denúncia ou queixa prevenirá a da ação penal.

²²²Pellegrini, Magalhaes e Scarance salientam ser “controvertida a questão sobre a determinação da competência para julgamento de *habeas corpus* em que se discute a legalidade da instauração de inquérito policial: entende-se, na jurisprudência, que somente nos casos de instauração da investigação por determinação judicial a competência será do Tribunal de 2º grau, pois coator é o próprio juiz (RT 639/294). O mesmo não sucede quando o juiz se limita a deferir diligências policiais requeridas pelo MP, por se tratar de ato meramente administrativo (TJSP, RT 654/295). Em sentido contrário, entendendo que o juiz que defere cota ministerial, determinando entre outras medidas o indiciamento do agente, assume a condição de coator (TACrimSP, RJDTACrimSP 1/164)”. GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009.p.291.

²²³ Ibidem.p.292.

O § 1º do art. 654 do Código de Processo Penal estabelece os requisitos da petição inicial, quais sejam: a) o nome da pessoa que sofre ou está na ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exercer a violência, coação ou ameaça; b) a declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que se funda o temor; c) a assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residências.

Segundo Mossin²²⁴, deverão ser mencionados na petição de *habeas corpus* os elementos subjetivos e objetivos que individualizam o pedido. Os elementos subjetivos dizem respeito a quem impetra a ordem, nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e a indicação da autoridade ou pessoa que está exercendo a violência, coação ou ameaça.

A petição inicial deverá ser em português, apesar de poder ser impetrada por estrangeiro, e deverá descrever a situação fática e apontar a coação ou a ameaça de coação ilegal e indicar o órgão a quem é dirigida, podendo ser até mesmo manuscrita.

Quando impetrado o *writ* por advogado, exige-se, em razão da própria função, que siga os requisitos mínimos de clareza e fundamentação de qualquer peça processual, o que não é exigido quando interposto pelo próprio paciente ou terceiro não bacharel em Direito.

A identificação dos sujeitos do *habeas corpus* também é um requisito de suma importância. Se o paciente não puder ser identificado pelo nome, será identificado por qualquer meio. A autoridade coatora também deve ser indicada e, como no caso do paciente, se o impetrante não souber o nome, poderá indicar o cargo que exerce ou o órgão em que trabalha. Já a identificação do impetrante exige, além de sua assinatura, a indicação de sua residência, não sendo admitida a impetração anônima em nosso ordenamento jurídico²²⁵.

Mossin²²⁶ observa, ainda, que a identificação exata da autoridade coatora não serve somente para determinar a competência, mas também para saber a quem, se for o caso, requisitar informações, bem como identificar, no caso de má-fé ou evidente abuso de poder, quem deve ser responsabilizado.

²²⁴ MOSSIN, Heráclito Antônio. *Habeas corpus*: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 1995.p.148.

²²⁵ Nesse sentido, Mirabete: “Não sabendo identificar o paciente pelo nome, o impetrante pode individualiza-lo por dados característicos físicos, profissão, residência etc. o impetrado deve ser mencionado por seu cargo ou pela função pública que exerce, não sendo necessária, portanto, sua designação pelo nome, só exigível quando se tratar de particular. Não se exige que conste da inicial a residência do paciente ou o local em que se encontra, mas por vezes tal será necessário para a demonstração de existência da coação” (MIRABETE, Julio Fbbrini. *Código de processo penal interpretado*, 4ª ed. Atlas, São Paulo, 1996.p.776)

²²⁶ MOSSIN, Heráclito Antônio. *Habeas corpus*: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 1995.p.149.

O Código de Processo Penal estabelece que seja feita a declaração da espécie de constrangimento. Assim, deve o impetrante indicar a ilegalidade do ato, sob pena de haver impossibilidade jurídica do pedido. Deve o impetrante se embasar numa das hipóteses permissivas do *writ*, constantes no art. 648 do CPP, além de buscar convencer da existência de coação efetivada ou das fundadas razões de sua efetividade iminente.

Apesar de nada dispor a lei, é aconselhável que o pedido de *habeas corpus* seja impetrado juntamente com todos os documentos necessários para demonstrar o constrangimento ilegal. Pellegrini, Magalhães e Scarance²²⁷ entendem ser conveniente que a petição de *habeas corpus* seja instruída por documentos aptos a demonstrar a ilegalidade da situação de constrangimento ou ameaça trazidos a conhecimento do órgão judiciário, apesar da omissão poder vir a ser suprida pelas informações do impetrado ou por outra diligência, determinada de ofício pelo juiz ou Tribunal, uma vez que é interesse do impetrante e do paciente que, desde logo, fique positivada a ilegalidade.

Por fim, verifica-se que a jurisprudência tem admitido que o requerimento seja feito por telex, telegrama, fax (ratificado posteriormente) ou radiograma, exigindo-se a autenticação da assinatura do impetrante no original. Até por telefone esse remédio constitucional já foi aceito, desde que reduzido a termo pela secretaria²²⁸.

Apesar da celeridade do procedimento de julgamento do *habeas corpus* e, embora desconhecida a figura da “liminar” na legislação referente a esse instituto, esta foi introduzida nesse remédio jurídico pela jurisprudência pátria, visando a atender casos excepcionais em que a cessação da coação ilegal exige pronta intervenção do judiciário.

Sempre que presentes os requisitos das medidas cautelares em geral, qual sejam, o “periculum in mora” ou perigo na demora, quando há probabilidade de dano irreparável e o “fumus boni iuris” ou fumaça do bom direito, quando os elementos da impetração indiquem a existência de ilegalidade, a liminar em *habeas corpus* será cabível, em analogia à previsão existente em relação ao mandado de segurança.

Vale ressaltar que o *leading case* a esse respeito foi em novembro de 1964, em que a auditoria da 4ª Região Militar decretou a prisão de Mauro Borges, então governador do estado de Goiás. Para o cumprimento da decisão, as tropas sediadas em Anápolis-GO já estavam indo em direção a Goiânia, quando impetrou-se o *habeas corpus*, que recebeu o número 41.296, distribuído ao relator, Ministro Gonçalves de Oliveira. Como naquele dia não havia

²²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009.p.285.

²²⁸ Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, RT 638/333.

sessão no STF, quer no Plenário, quer de suas Turmas, sua Excelência, o ex-Ministro Relator, concedeu a liminar, pois, do contrário, de nada adiantaria a apreciação do *habeas corpus*, pois a violência já estaria consumada²²⁹.

Na referida decisão, o relator observou que “se no mandado de segurança pode o Relator conceder a liminar até em casos de interesses patrimoniais, não se compreenderia que, em casos em que está em jogo a liberdade individual ou as liberdades públicas, a liminar, no *habeas corpus*, não pudesse ser concedida”.

Assim, a partir daí, os Tribunais passaram a conceder a referida “liminar”²³⁰.

Relevante destacar que o pedido de liminar, salvo em alguns casos, é inadmissível contra indeferimento de liminar em *habeas corpus* impetrado perante outro Tribunal, conforme enuncia súmula 691 do STF: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a Tribunal superior, indefere liminar”²³¹.

O Supremo Tribunal Federal tem admitido, excepcionalmente, a liminar contra indeferimento de outro pedido de liminar, como, por exemplo, quando as liminares sucessivamente indeferidas sufragaram decisão que colidia, frontal e claramente, com orientação adotada pelo Plenário da Corte, bem como, quando existir vício na fundamentação da decisão, situações essas que não infringem a súmula acima mencionada²³².

A apresentação do preso no julgamento de *habeas corpus* é disciplinada pelo art. 656 do Código de Processo Penal, que estabelece que “recebida a petição de *habeas corpus*, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar”. Em caso de desobediência, prescreve a lei que será

²²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009.p.294.

²³⁰ Em outra decisão o Ministro Celso de Melo destaca que: “A medida liminar, no processo penal de *habeas corpus*, tem o caráter de providência cautelar. Desempenha importante função instrumental, pois destina-se a garantir, pela preservação cautelar da liberdade de locomoção física do indivíduo, a eficácia da decisão a ser ulteriormente proferida quando do julgamento definitivo do *writ* constitucional. O exercício desse poder cautelar submete-se à avaliação discricionária dos juízes e tribunais, que deverão, no entanto, em obséquio À exigência constitucional inscrita no art. 93, IX, da Carta Política, motivar, sempre, as decisões em que apreciem o pedido liminar a eles dirigidos” (HC 70.177-9, DJU 10.05.1993, p.8.331).

²³¹ Nesse sentido GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009.p.294, que esclarecem, ainda, que o STJ também fixou orientação sobre a inadmissibilidade de pedido de *habeas corpus* contra o indeferimento de liminar em feito da mesma natureza, salvo se a negativa de liminar constituir manifesta ilegalidade (HC 7.555-SP, 6ª Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 13.10.1998; HC 6.327-SC, 6ª turma, Rel. Min. William Patterson, DJU 20.04.1998; HC 20.092-SP, 4ª Turma, rel. Min. Barros Monteiro, DJU 23.06.2003 etc.)

²³² STF - HC 85.185-SP, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU 09.12.2004, p.18 e STF - HC 85.186-0-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 07.12.2004, DJU 01.02.2005, p. 79.

expedido mandado de prisão contra o detentor, que será processado na forma da lei, e o juiz providenciará para que o paciente seja tirado da prisão e apresentado em juízo²³³.

Percebe-se que essa providência, além de ser uma faculdade do juiz, está em completo desuso, sendo que, na prática, recebida a petição do *writ*, o juiz requisita informações da autoridade coatora, dentro do prazo que fixar, e, somente após, se não for caso de deferimento da liminar, decide²³⁴.

Convém lembrar que a lei só fala em informações, quando a impetração se der perante Tribunal²³⁵. Contudo, essas informações são de extrema importância em qualquer hipótese, “salvo quando o constrangimento ficar positivado de plano”²³⁶.

Dessa forma, como no mandado de segurança, as informações representam uma defesa da autoridade coatora, que poderá demonstrar, através de argumentos e documentos, a legalidade do ato impugnado, evitando dilações desnecessárias.

O não oferecimento de informações por parte da autoridade coatora, ou seu retardamento em apresentá-las de forma injustificada, conduz à presunção de veracidade dos fatos apresentados pelo impetrante, reforçando, ainda mais, a possibilidade de concessão da ordem de *habeas corpus*²³⁷.

O pedido de informações feito ao coator possui sua importância em determinados casos. Uma vez impetrada a petição de *habeas corpus*, instruída com todas as peças necessárias à análise do possível constrangimento ilegal, sua requisição pelo julgador, ao invés deste proferir uma decisão de plano e dando celeridade ao processo, acaba por violar direitos do paciente, que muitas vezes, está com sua liberdade cerceada.

Percebe-se, então, que, na hora de decidir, o uso desmedido da possibilidade de requerer informações ao juízo coator se transforma em um instrumento apto a burocratizar e

²³³ Art. 656 do CPP. Recebida a petição de *habeas corpus*, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar. Parágrafo único. Em caso de desobediência, será expedido mandado de prisão contra o detentor, que será processado na forma da lei, e o juiz providenciará para que o paciente seja tirado da prisão e apresentado em juízo.

²³⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19ª São Paulo: Saraiva, 2012.p.836.

²³⁵ Art. 662 do CPP. Se a petição contiver os requisitos do art. 654, § 1º, o presidente, se necessário, requisitará da autoridade indicada como coatora informações por escrito. Faltando, porém, qualquer daqueles requisitos, o presidente mandará preenchê-lo, logo que lhe for apresentada a petição.

²³⁶ TACrimSP, JTACrimSP 43/114.

²³⁷ Nesse sentido: “A omissão ou retardamento injustificado das informações solicitadas em *habeas corpus* leva à concessão da ordem requerida” (TJSP, RT 477/335). “Omissa a autoridade coatora, que, nas informações apresentadas, não prestou qualquer esclarecimento quanto à prisão do paciente, que inclusive era mantido em situação de incomunicabilidade, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, deve ser preservado o bem maior que é a liberdade para manter-se a sentença concessiva do *writ* liberatório (TRF - 5ª Região, HC 219, RBCrim 1/235)”

dificultar a já lenta, morosa e tardia Justiça brasileira, sendo um entrave àquilo que o Poder Judiciário mais busca: celeridade, eficiência e Justiça.

Como já mencionado, evidentemente, a impetração do *writ* pode e deve ser instruída com documentos, certidões, que comprovem os fatos alegados na inicial, uma vez que, além do ônus da prova ser do impetrante, em respeito à suas características fundamentais como a simplicidade e a sumariedade, esse procedimento não possui uma fase de instrução probatória²³⁸.

Da mesma forma que cabe ao impetrante provar suas alegações, o coator, juntamente com as informações, também poderá juntar documentos que comprovem a inexistência da coação ou ameaça alegadas, bem como o próprio julgador poderá requisitar documentos e esclarecimentos que entender serem cabíveis.

Além disso, esclarecem Pellegrini, Magalhães e Scarance²³⁹ que a produção de outras provas não está excluída por completo. Até a testemunhal é possível, ainda mais quando se trata de pedido visando à concessão da ordem em *habeas corpus* preventivo, pois nessa situação é preferível dilatar o procedimento, para melhor esclarecimento dos fatos²⁴⁰.

3.5.3.1 Intervenção

3.5.3.1.1 Do Assistente

Em relação ao assistente, sua intervenção não encontra amparo legal, nem fundamento jurídico, uma vez que os sujeitos da relação processual penal na ação de *habeas corpus*, além do órgão judiciário competente para julgá-la, são, apenas, o impetrante, o paciente, a autoridade apontada como coatora e o Ministério Público.

²³⁸ “A ação de *habeas corpus* - que possui rito sumaríssimo - não comporta, em função de sua própria natureza processual, maior dilação probatória, eis que ao impetrante compete, na realidade - sem prejuízo da complementação instrutória ministrada pelo órgão coator - , subsidiar, com elementos documentais pré-constituídos, o conhecimento da causa pelo Poder Judiciário. A utilização adequada do remédio constitucional do *habeas corpus* impõe, em consequência, seja o writ instruído, ordinariamente, com documentos suficientes e necessários à análise da pretensão de direito material deduzida” (STF, HC, rel. Celso de Mello, DJU 21.02.1992, p. 1.694).

²³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009.p.296.

²⁴⁰ Nesse sentido: STF, HC, Rel. Celso de Mello, DJU 21.02.1992, p. 1694: “A ação de *habeas corpus* – que possui rito sumaríssimo – não comporta em função de sua própria natureza processual, maior dilação probatória, eis que ao impetrante compete, na realidade – sem prejuízo da complementação instrutória ministrada pelo órgão coator – subsidiar, com elementos documentais pré-constituídos, o conhecimento da causa pelo Poder Judiciário. A utilização adequada do remédio constitucional do *habeas corpus* impõe, em consequência, seja o writ instruído, ordinariamente, com documentos suficientes e necessários à análise da pretensão de direito material deduzida”.

Eles compõem o quadro dos elementos subjetivos essenciais da relação jurídico-processual do *habeas corpus*. São, por isso mesmo, os sujeitos processuais relevantes, principais e imprescindíveis da ação de *habeas corpus*²⁴¹.

As vítimas de infração penal ou aquelas pessoas mencionadas no art. 268 do Código de Processo Penal²⁴², mesmo quando habilitadas como assistentes da acusação, o que só ocorre nos crimes de ação penal pública²⁴³, não possuem qualidade nem dispõem de legitimação, por ausência absoluta de previsão legal, para intervir no procedimento judicial de *habeas corpus*.

A atividade processual do assistente do Ministério Público não se revela ampla nem ilimitada, especialmente no que concerne à sua participação no processo desse remédio constitucional, eis que são de direito estrito as faculdades jurídicas a ele outorgadas pelo ordenamento positivo²⁴⁴.

Sendo assim, o assistente do Ministério Público, conforme preceitua o art. 268 do Código de Processo Penal, somente pode intervir *ad coadjuvandum* no processo penal condenatório, cabendo-lhe, no plano estrito das ações penais de condenação, com as quais não se confunde a ação de *habeas corpus*²⁴⁵.

Vê-se, portanto, que a atividade processual do assistente do Ministério Público sofre explícitas limitações impostas pelo ordenamento positivo, “não podendo recorrer, extraordinariamente, de decisão concessiva de *habeas corpus*”²⁴⁶.

A inadmissibilidade da participação do assistente do Ministério Público na relação processual instaurada com a impetração do *habeas corpus* tem sido reconhecida por prestigiosa doutrina, como por Pellegrini, Magalhães e Scarance, que entendem que a participação do assistente nos processos de *habeas corpus* não encontra amparo legal, nem qualquer justificativa, pois sua admissão no processo penal é para coadjuvar a acusação,

²⁴¹ MIRANDA, Pontes de. **História e prática do *habeas corpus***. 3ª Campinas: Bookseller, 2007. 2 v.p.37.

²⁴² Art. 268 do CPP. Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no Art. 31.

²⁴³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de e FISCHER, Douglas, **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p 573.

²⁴⁴ Art. 271 do CPP. Ao assistente será permitido propor meios de prova, requerer perguntas às testemunhas, aditar o libelo e os articulados, participar do debate oral e arazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio, nos casos dos arts. 584, § 1o, e 598.

²⁴⁵ MARQUES, José Frederico, **Elementos de direito processual penal**, vol. 4. São Paulo: Forense, 1965. p.380-382.

²⁴⁶ Súmula 208 do STF.

estando circunscrita a “todos os termos da ação pública” (art. 268), não podendo estender-se ao *writ*, no qual nem sequer o assistido é parte²⁴⁷.

No processo penal do *writ*, o assistente da acusação não é parte nem ostenta a condição de litigante, sendo a parte contrária ao impetrante/paciente o próprio Estado²⁴⁸.

Além do mais, a circunstância de o Ministério Público poder intervir no processo de *habeas corpus*, nas condições referidas na legislação processual (CPP, art. 654, *caput*), não traduz, só por si, situação jurídica invocável pelo assistente da acusação para legitimar o seu ingresso na relação processual instaurada com a impetração do “*writ*”, pois, nesse procedimento, o Ministério Público desempenha a típica função institucional de *custos legis*. Ressalvada a hipótese legal de ser, ele próprio, o impetrante do *writ*, o Ministério Público atua como órgão interveniente, velando pela correta aplicação das leis, e não como parte acusatória.

Assim, como já mencionado, os sujeitos processuais do *habeas corpus* são, unicamente, o impetrante, o paciente, a autoridade coatora, o Ministério Público e o próprio Juiz.

3.5.3.1.2 Do Ministério Público

Na redação original do Código de Processo Penal não havia previsão da intervenção do Ministério Público no procedimento do *habeas corpus*. Somente com o Decreto-lei 552/69 é que a intervenção da Instituição tornou-se obrigatória, em seu procedimento perante os Tribunais federais ou estaduais, sendo-lhe concedido o prazo de dois dias para se manifestar²⁴⁹.

²⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009.p.297. No mesmo sentido: JESUS, Damásio E. de, **Código de processo penal anotado**, 23ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p.225; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de e FISCHER, Douglas, **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p 580; MIRABETE, Julio Fabrini, **Código de processo penal interpretado**, 7ª ed., São Paulo: Atlas, 1999, p.595. Em sentido contrário: HC 85629 ED-RS, Rel. Min. Ellen Gracie, 14.02.2006, inf 416).

²⁴⁸MARQUES, op. cit. p.406.

²⁴⁹Decreto-lei 552 de 25.04.1969: Art 1º Ao Ministério Público será sempre concedida, nos Tribunais Federais ou Estaduais, vista dos autos relativos a processos de " *habeas corpus* " originários ou em grau de recurso pelo prazo de 2 (dois) dias.

§ 1º Findo êsse prazo, os autos, com ou sem parecer serão conclusos ao relator para julgamento, independentemente de pauta.

§ 2º A vista ao Ministério Público será concedida após a prestação das informações pela autoridade coatora salvo se o relator entender desnecessário solicitá-las, ou se solicitadas, não tiverem sido prestadas.

§ 3º No julgamento dos processos a que se refere êste artigo será assegurada a intervenção oral do representante do Ministério Público.

Art 2º Êste Decreto-lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogados o artigo 611 do Código de Processo Penal e demais disposições em contrário.

Assim, não há necessidade do Ministério Público intervir no procedimento do *habeas corpus* em primeira instância, tendo em vista a falta de previsão legal. Contudo, nada impede que ele se manifeste, sendo, muitas vezes, em caso que não demande muita urgência, aconselhável sua oitiva, pois, como protetor da ordem jurídica e dos interesses individuais indisponíveis, cabe ao MP zelar pela legalidade das restrições à liberdade de locomoção, bem como repreender eventuais abusos contra essa mesma liberdade²⁵⁰.

Acrescenta, ainda, Pellegrini, Magalhães e Scarance²⁵¹ que o MP deverá ser intimado de qualquer decisão, seja concessiva ou denegatória, tendo em vista sua legitimidade e seu interesse para recorrer como fiscal da lei e na condição de órgão estatal incumbido da promoção da ação penal pública, reforçando, mais uma vez, a importância de sua manifestação em primeiro grau.

3.5.3.1.3 Do querelante

Tendo em vista o direito a persecução penal nas ações penais privadas serem da vítima ou seu representante legal, o querelante poderá intervir no procedimento de *habeas corpus*, uma vez que, apesar de não fazer parte da relação processual, a decisão proferida no *writ* poderá influenciar na própria ação penal. Assim, diferentemente do assistente do Ministério Público, que não é parte no processo da ação penal pública, o querelante, ainda que não seja o sujeito da pretensão punitiva deduzida, que será sempre estatal, é titular do direito de ação penal privada e parte na consequente relação processual²⁵².

Contudo, existem entendimentos em sentido contrário a possibilidade da intervenção do querelado no procedimento do *writ*, merecendo destaque uma decisão interlocutória proferida pelo Ministro Celso de Mello²⁵³.

Argumenta o julgador não ser possível a intervenção do querelante no processo de *habeas corpus*. O fato de este ser, por substituição e em casos excepcionais declarados em lei, titular da ação penal de iniciativa privada, não lhe confere legitimidade para ser assistente ou espécie de litisconsorte, em causa extraordinária prevista na Constituição da República para tutela específica da liberdade pessoal, que é o *habeas corpus*.

²⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009.p.297.

²⁵¹ Ibidem.

²⁵² STF, Tribunal Pleno, Pet-AgR 423/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Rel. p/ acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, DJU 13.03.1992, p. 2.921

²⁵³ STF, HC 83743-DF, Rel. Min. César Peluso, DJU 03.04.2006.

O querelante é considerado titular extraordinário da chamada ação penal, o que significa que ao suposto sujeito passivo do delito é apenas transferido o exercício do direito de agir e de acusar, continuando a titularidade do *ius puniendi*, pertencendo ao Estado.

No caso do *habeas corpus*, o titular do *ius puniendi*, é o Estado, representado pela autoridade tida por coatora. Tanto o é, que o Ministério Público, legitimado ativo para ação penal de iniciativa pública, funciona, no processo do *habeas corpus*, tão-somente como custos legis (nos casos em que não seja o próprio impetrante), razão por que tratamento diverso não pode ser admitido em favor de quem o substitui em caráter excepcional, o particular ofendido, titular da ação penal de iniciativa privada.

Assim, conclui o Ministro que, além de não ser justificável a intervenção do querelante, não há norma jurídica que o autorize.

3.5.3.2 Sentença, recurso e coisa julgada

O Código de Processo Penal, em seu art. 574, denomina a decisão que concede a ordem proferida no *habeas corpus* como sentença e a equipara ao ato que denega o pedido em seu art. 581, X.

Como se sabe, a sentença é o ato do juiz que soluciona a lide e põe fim ao processo, portanto, não há dúvidas que a decisão final proferida no *writ* se inclui nessa categoria.

Pellegrini, Magalhães e Scarance²⁵⁴ observam que o mesmo se aplica às hipóteses em que a competência é originária dos tribunais, sendo que a decisão final será proferida por um órgão colegiado através de um *acordão*, não sendo possível a apreciação do mérito em decisão monocrática²⁵⁵.

Sendo assim, a sentença nesse instituto deverá obedecer às exigências estabelecidas pelo Código de Processo Penal, em seu art. 381, referente às sentenças absolutórias e condenatórias, quais sejam: relatório, motivação e dispositivo.

A principal finalidade em um pedido de concessão de *habeas corpus* é a restauração da liberdade de locomoção ou a cessação da ameaça a este direito.

Após a análise das provas trazidas pelas partes, o julgador irá proferir sentença, com base na sua cognição. No *habeas corpus*, a cognição em relação à extensão é ampla, pois o juiz não está limitado às matérias trazidas pelas partes, podendo, inclusive, conceder a ordem

²⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009.p.299.

²⁵⁵ STF, 1ª Turma, HC 90.367, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, HC 93.401, Rel. Min. Carlos Britto.

de ofício. Já quanto à profundidade, esta é exauriente, pois depende da clara demonstração do constrangimento ilegal ou da ameaça, o que nos permite afirmar, se tratar de uma cognição *secundu eventum probationis*²⁵⁶.

Tanto com Código de Processo Penal, quanto a própria Constituição Federal estabelecem recursos para impugnar a decisão proferida.

O recurso de ofício disciplinado no art. 574, I do Estatuto Processual Penal é conferido ao juiz de primeiro grau que concede a ordem de *habeas corpus*. Apesar do nome, é importante lembrar que o recurso de ofício é uma condição de eficácia da sentença, que somente passa em julgado após a confirmação de segundo grau.

Pontes de Miranda²⁵⁷ lembra que o recurso de ofício foi criado com a Lei 1.748, de 17 de outubro de 1907, sendo que durante a discussão da mencionada lei no Senado Federal, a Comissão de Justiça e Legislação destacou a sua necessidade “como meio de melhor assegurar o acerto na aplicação da lei, evitar abusos e corrigir erros sempre possíveis”, não possuindo na época, efeito suspensivo. Já em 1921, com a Lei 4.381, o recurso necessário das decisões dos juízes seccionais que concediam a ordem do *writ*, foi abolido, sendo o Ministério Público e as partes intimadas da decisão, para que, querendo, recorram ao Supremo Tribunal Federal²⁵⁸.

A razão da previsão deste recurso é histórica e vem explicitada na Exposição de Motivos do Código. A justificativa está dirigida a evitar que, pela interpretação vigente à época, no sentido de não cabimento de recurso do MP, ficassem as decisões sem qualquer controle por parte dos Tribunais. Contudo, atualmente, diante da necessidade de intimação da sentença ao MP, a previsão caiu em desuso²⁵⁹.

Dessa forma, havendo a imposição legal, deverá o juiz de primeiro grau, após proferir sua decisão de concessão da ordem, a encaminhar ao Tribunal para o reexame.

O Código de Processo Penal, em seu art. 581, X, também admite o recurso em sentido estrito em relação à decisão que conceder ou negar a ordem de *habeas corpus*.

O interessante desse recurso é a possibilidade de retratação da decisão por parte do juiz. Caso isso não aconteça, o recurso será encaminhado ao Tribunal competente para julgá-lo. Havendo a reforma da decisão, a parte contrária poderá, por simples petição, recorrer da

²⁵⁶ GRINOVER. op. cit. p.300.

²⁵⁷ MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas corpus**. 3ª Campinas: Bookseller, 2007. 2 v.

²⁵⁸ Art. 12 da lei 4.381 de 5 de dezembro de 1921: Fica abolido o recurso necessario das decisões dos juizes seccionaes que concederem habeas-corporus. Destas decisões serão sempre intimados o Ministerio Publico e a parte contraria si a houver, que dellas poderão recorrer para o Supremo Tribunal.

²⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009.p.303.

nova decisão, desde que cabível o recurso, sendo vedado ao juiz modificá-la. Neste caso, independentemente de novos arrazoados, subirá o recurso nos próprios autos ou em traslado²⁶⁰.

A Constituição da República de 1988 também prevê a existência do recurso ordinário diante da decisão denegatória da ordem de *habeas corpus*, tendo em vista a importância da matéria a que ele se refere, ou seja, o direito a liberdade²⁶¹.

Assim, será cabível o recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal, quando o *writ* tiver sido julgado em única instância pelos Tribunais Superiores (art. 102, II, a, CF) ou ao Superior Tribunal de Justiça, quando a decisão proferida em única ou última instância for dos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal (art. 105, II, a CF).

Pellegrini, Magalhães e Scarance²⁶² salientam que com essa regra, somente será admissível um segundo exame do pedido por parte do STF, enquanto que ao STJ será admissível até mesmo um terceiro exame, quando a negação da ordem tiver sido proferida por um Tribunal de segundo grau em sede de recurso de ofício ou em recurso em sentido estrito.

A Constituição da República apenas prevê o recurso e sua competência, sendo seu processamento definido na lei 8.038/90, a qual estabelece o prazo de cinco dias para sua interposição²⁶³.

O recurso ordinário constitucional é um recurso exclusivo da defesa, devendo ser interposto pelo paciente através de seu advogado. Embora na ação de *habeas corpus* sua interposição não ser privativa de advogado, o recurso deverá ser subscrito por um²⁶⁴.

²⁶⁰ Art. 589 do CPP. Com a resposta do recorrido ou sem ela, será o recurso concluso ao juiz, que, dentro de dois dias, reformará ou sustentará o seu despacho, mandando instruir o recurso com os traslados que lhe parecerem necessários. Parágrafo único. Se o juiz reformar o despacho recorrido, a parte contrária, por simples petição, poderá recorrer da nova decisão, se couber recurso, não sendo mais lícito ao juiz modificá-la. Neste caso, independentemente de novos arrazoados, subirá o recurso nos próprios autos ou em traslado

²⁶¹ Segundo decisões do STF, também é cabível o recurso ordinário da decisão que não conhece ou julga prejudicado o pedido de *habeas corpus*: STF, RT 572/433, 640/385.

²⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009.p.304.

²⁶³ Art. 30 - O recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça, das decisões denegatórias de *Habeas corpus*, proferidas pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal, será interposto no prazo de cinco dias, com as razões do pedido de reforma.

Art. 31 - Distribuído o recurso, a Secretaria, imediatamente, fará os autos com vista ao Ministério Público, pelo prazo de dois dias.

Parágrafo único - Conclusos os autos ao relator, este submeterá o feito a julgamento independentemente de pauta.

Art. 32 - Será aplicado, no que couber, ao processo e julgamento do recurso, o disposto com relação ao pedido originário de *Habeas corpus*.

²⁶⁴ JUNIOR, Aury Lopes. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p. 1351.

Contudo, conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, não há necessidade de procuração²⁶⁵.

Até o ano de 2012, o recurso ordinário em sede de *habeas corpus* era bastante inutilizado, pois a interposição de outro *habeas corpus* era mais apropriado tendo em vista a urgência do instituto²⁶⁶.

Contudo, uma guinada jurisprudencial mudou esse entendimento. Em 7 de agosto de 2012, a maioria da 1.^a Turma do STF, negou histórica jurisprudência do próprio Supremo ao deixar de admitir *habeas corpus* impetrado como substitutivo de recurso ordinário, alegando em síntese que a prática do *habeas corpus* substitutivo burlaria o sistema recursal previsto na Constituição²⁶⁷.

Esse entendimento trazido pelo HC 109.956/PR já está sendo reproduzido pelas outras Turmas do Supremo²⁶⁸, bem como pelo Superior Tribunal de Justiça.

O Ministro Marco Aurélio, em seu voto, justifica a existência da jurisprudência anterior, que admitia o *habeas corpus* substitutivo, tendo em vista, que não havia sobrecarga do Judiciário. Realidade essa, que não existe mais, uma vez que o número de ações e mais especificadamente, de *habeas corpus*, aumentou consideravelmente²⁶⁹.

Além do mais, vários foram os argumentos apresentados pelos Ministros no julgamento *leading case*, para justificar a mudança jurisprudencial, estando entre eles, a falta de previsão constitucional, pois a Constituição Federal prevê o recurso ordinário e não o *writ* substitutivo, que estaria burlando o sistema recursal existente. O remédio constitucional tem suas hipóteses de cabimento restritas, não podendo ser utilizado em substituição a recursos processuais penais, a fim de discutir, na via estreita, temas afetos, como por exemplo, a apelação criminal, recurso especial, e outros de cognição mais ampla.

Sustentam, ainda, que o *habeas corpus* no Brasil estaria sendo utilizado de maneira desvirtuada, com seu objeto amplo demais, não atacando somente prisões, porém, diversos

²⁶⁵ "Habeas corpus . exigência de procuração para interposição do respectivo recurso ordinário. constrangimento ilegal reconhecido. desnecessidade do patrocínio por profissional da advocacia.

O Código de Processo Penal, em consonância com o texto constitucional de 1988, prestigia o caráter popular do *habeas corpus*, ao admitir a impetração por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem. Assim, não é de se exigir habilitação legal para impetração originária do writ ou para interposição do respectivo recurso ordinário. Precedentes (HC 73.455).*Habeas corpus* deferido." (STF - HC n.º 86.307- 8)

²⁶⁶JUNIOR, Aury Lopes. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p. 1352.

²⁶⁷ "É inadmissível impetração de *habeas corpus* quando cabível recurso ordinário constitucional. Com base nessa orientação e na linha do voto proferido pelo Min. Marco Aurélio no caso acima, a 1.^a Turma, por maioria, reputou inadequada a via do *habeas corpus* como substitutivo de recurso. Vencido o Min. Dias Toffoli, que se alinhava à jurisprudência até então prevalecente na 1.^a Turma e ainda dominante na 2.^a Turma, no sentido da viabilidade do writ. HC 109956/PR, rel. Min. Marco Aurélio, 7.8.2012. (HC-109956)", publicado no informativo do STF n. 674.

²⁶⁸ Por exemplo: HC 114.550/AC,DJe 27.08.2012e HC 114.924/RJ, DJe 27.08.2012.

²⁶⁹ STF – HC 109.956/PR

tipos de nulidades com reflexos no direito de ir e vir, o que acabou banalizando o instituto e abrindo possibilidades para má-fé processual²⁷⁰.

A mudança de jurisprudencial, apesar de um primeiro momento parecer prejudicar o paciente, por submeter a reforma da decisão a um procedimento mais lento, segundo o STF, não causaria prejuízo a qualquer paciente, pois continuaria possível a concessão da ordem, se for o caso, de ofício, nos remédios heroicos pendentes.

Dessa forma, hoje, não podemos falar de *habeas corpus* substitutivo, tendo ocorrido a sua racionalização a fim de preservar a coerência do sistema recursal e a própria função constitucional do writ, de prevenir ou remediar ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção²⁷¹.

Quanto à coisa julgada, a sentença proferida na ação de *habeas corpus*, após preclusa outras vias de impugnação, impede a propositura de pedido idêntico, entre as mesmas partes e com os mesmos fundamentos. Ou seja, a coisa julgada é limitada às provas que foram objeto de conhecimento do órgão judiciário²⁷².

3.6 Direito Processual Penal à luz dos direitos fundamentais

Atualmente, frente às mudanças sociais e conseqüentemente do direito e sua aplicação, há que se analisar o processo direcionando todo o seu contexto aos direitos fundamentais e a nova hermenêutica constitucional.

As necessidades das pessoas, os novos anseios da sociedade e a busca por soluções dos conflitos, fazem com que o direito esteja em constante mudança. Proporcionar a melhor maneira de colocar em harmonia os conflitos existentes em seu contexto, de estruturar as relações sociais e as relações entre particulares e o poder público, bem como dar soluções e

²⁷⁰ STF – HC 109.956/PR

²⁷¹ *Habeas corpus*. Agravo regimental. Sentença denegatória da ordem de *habeas corpus*. Reforma. Inadequação da via eleita. Recurso próprio. Indeferimento liminar. Agravo regimental improvido.

1. Impugnação de decisão que indeferiu liminarmente o presente *habeas corpus* por inadequação da via eleita.
2. Ratificados os fundamentos expendidos na decisão terminativa que indeferiu liminarmente o "*habeas corpus*", uma vez que nada de novo foi apresentado para alterar o entendimento.
3. O impetrante preferiu utilizar-se da via do *habeas corpus*, preterindo o instrumento previsto no ordenamento jurídico, qual seja, o Recurso em Sentido Estrito, desvirtuando o remédio heróico, como bem frisou o Ministro Gilson Dipp, quando do julgamento do HC n. 183.659/RJ. "Racionalização do *habeas corpus*". Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

4. Cabendo recurso próprio para a impugnação deduzida perante o MM. Juízo impetrado, revela-se inadequada a impetração de *habeas corpus* para o mesmo fim.

5. Agravo regimental improvido. (TRF - 3ª -1ª turma - HC 26732 SP 0026732-76.2012.4.03.0000 - Rel. Desembargador Federal Vesna Kolmar - 23/10/2012)

²⁷² Em homenagem ao direito comparado, ver o *habeas corpus* no sistema jurídico espanhol em MALABIA, Sergio González. **Natura giuridica dell'istituzione dell' *Habeas corpus* nell'ordinamento giuridico spagnolo**. 2002. Disponível em: <<http://www.diritto.it/materiali/transnazionale/malabia.html>>. Acesso em: 25 mar. 2014.

posicionamentos à própria mudança natural da sociedade, “servindo como fator influenciado e influenciador das relações sociais”, são os principais objetivos do direito²⁷³.

O Estado Democrático de Direito, como visto, tem por finalidade a transformação social. O direito processual é um instrumento utilizado para se chegar a essa transformação social, através do reconhecimento e a proteção a direitos fundamentais, tanto no âmbito individual quanto no coletivo, que se manifestam na organização de uma sociedade cada vez mais complexa.

Nesse contexto, o direito processual penal além de guardar correspondência com a Constituição, deve preocupar-se com as garantias do acusado e com a legitimidade do provimento final a que ele deve se sujeitar. “A ideia de processo num Estado de Direito vincula-se à de garantia de participação dos envolvidos em igualdade de condições, em cumprimento à *par conditio*²⁷⁴.

Ver o processo penal à luz da Constituição da República é respeitar os direitos fundamentais, através do devido processo legal²⁷⁵. O dever do Estado em punir deve estar relacionado ao direito do acusado se defender, de forma eficaz e plena²⁷⁶.

Todos os ramos do direito, inclusive o processo penal, devem evoluir para acompanhar as mudanças sociais. Uma visão restritiva dos direitos fundamentais, não pode ser aceita, diante da nova visão constitucional, que tem por finalidade a ampliação desses direitos. E dentro desse contexto que o *habeas corpus*, previsto constitucionalmente, mas regulamentado processualmente, ganha nova interpretação, devendo ser um instrumento utilizado de forma abrangente, com o fim de assegurar o direito de locomoção nas suas variadas dimensões.

²⁷³ LIRA, José Sandro Figueiredo. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. 2011. Acesso em: 25 mar. 2014.

²⁷⁴ RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. **Práticas processuais penais: Uma Contribuição para a Adequação Constitucional da Persecução Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.p. 1.

²⁷⁵ Sobre o devido processo legal e o *habeas corpus*, ver: GARRETT, Brandon L.. **Habeas corpus end due process**. 2013. Acesso em: 25 mar. 2014.

²⁷⁶ Nesse sentido Ada Pallegrine Grinover, apud Scarance Fernandes: “O importante não é apenas realçar que as garantias do acusado – que são, repita-se, garantias do processo e da jurisdição – foram alçadas a nível constitucional, pairando sobre a lei ordinária, a qual informam. O importante é ler as normas processuais à luz dos princípios e das regras constitucionais. É verificar a adequação das leis à letra e ao espírito da Constituição. É vivificar os textos legais à luz da ordem constitucional. É, como já se escreveu, proceder a interpretação da norma em conformidade com a Constituição. E não só em conformidade com sua letra, mas também com seu espírito. Pois a interpretação constitucional é capaz, por si só, de operar mudanças informais na Constituição, possibilitando que, mantida a letra, o espírito da lei fundamental seja acolhido e aplicado de acordo com o momento histórico em que se vive, a cada dia que passa, acentua-se a ligação entre Constituição e Processo, pelo estudo dos institutos processuais, não mais colhido na esfera fechada do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: é esse o caminho, já ensina Liebman, que transformará o processo, de simples instrumento de Justiça, em garantia de liberdade.” FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 4. ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.p16.

4 O *HABEAS CORPUS* COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DA LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO COLETIVA NA SOCIEDADE DE RISCO

O direito à liberdade de locomoção, que sempre foi tratado de forma individual, também tem seu caráter coletivo, ou seja, quando a ameaça ou coação a liberdade se referir a um grupo de pessoas, a uma coletividade, frente à sociedade de risco em que vivemos. Ela pode ser restaurada através do remédio constitucional *habeas corpus*, que neste caso, será denominado *habeas corpus* coletivo.

As ações constitucionais visam conceder proteção e eficácia plena aos direitos fundamentais, estando as ações e o direito intimamente ligados. Podemos afirmar que os direitos visam declarar situação subjetiva de seu titular, já as garantias, em especial as ações constitucionais, criam mecanismos para assegurar que o referido titular possa usufruir da situação subjetiva declarada.

O *habeas corpus* como já analisado neste trabalho, nada mais é que uma ação constitucional existente para coibir a ameaça ou coação ao direito de liberdade de locomoção. Nesse sentido Pelloni²⁷⁷:

Eh hábeas corpus resulta entonces un tipo de proceso que, a partir del acceso a la tutela judicial efectiva, se encamina sin más al respeto o la promoción de derechos fundamentales: es de iure el garantizador de estos últimos e históricamente, por cierto, ha tenido de fato mucho que ver con la positivización de una buena mayoría de ellos. Por esta razón su fuerza normativa no puede ni debe ser minimizada ni menos desconocida, ya sea por agentes estatales como por particulares que consientan esa delicada situación, imponiéndose como obligación principal de un miembro de la Convención. Siendo el derecho de los derechos, un atributo fundamental sui generis o simplemente un derecho-garantía, la dinámica de su evolución cruza toda la historiografía de cuanto se le reconoce a una persona por su condición de tal.

O *habeas corpus* coletivo possui a mesma essência do *writ* individual, contudo é utilizado quando uma coletividade está com seu direito de liberdade de locomoção ameaçado ou lesado, configurando um constrangimento ilegal.

A sociedade de risco é caracterizada pela distribuição igualitária dos riscos produzidos pela atividade humana, sem respeitar qualquer tipo de fronteiras. A distribuição dos riscos não

²⁷⁷ “O *habeas corpus* é, portanto, um tipo de processo que, a partir do acesso à tutela judicial efetiva, se destina sem obstáculo ao respeito ou à promoção de direitos fundamentais: é de direito o garantidor desses direitos e, historicamente, por certo, teve de fato muito a ver com a positivação de uma grande maioria deles. Por essa razão, sua força normativa não pode nem deve ser minimizada nem desconhecida, já que, seja por agentes estatais, seja por particulares que consintam essa delicada situação, impondo-se como obrigação principal de um membro da Convenção. Sendo o direito dos direitos, um atributo fundamental sui generis ou simplesmente um direito-garantia, a dinâmica de sua evolução cruza toda a historiografia de quanto se reconhece a uma pessoa por essa sua condição”. PELLONI, Fernando M. Machado. Hábeas Corpus: Derecho de los derechos. **Revista de Estudos Criminais**, Buenos Aires, p.87-124, dez. 2010.p.93.

corresponde às diferenças sociais, econômicas e geográficas, atingindo a todos de forma uniforme.

Diante dessa nova modalidade de sociedade, os direitos coletivos ganham força, haja vista sua extensão para além do individual, referindo-se às grandes massas sociais.

A propagação do dano, bem como a ameaça de dano, especialmente de caráter coletivo, demonstram a necessidade de uma nova compreensão da função judicial na tutela transindividual, devendo o Estado priorizar a máxima efetividade dos direitos fundamentais coletivos.

A liberdade de locomoção, frente a essa sociedade de risco, também tem suas dimensões ampliadas, uma vez que o risco de violação a esse direito fundamental pode ultrapassar o cenário individual, diante de um acontecimento de caráter coletivo.

Hoje o direito coletivo, em razão da mudança da própria sociedade, tem status constitucional, justamente por ter um papel fundamental nas atividades inerentes ao Estado na busca do bem comum.

Dessa forma, percebe-se a importância das tutelas coletivas para consagrar a proteção desses valores constitucionalmente firmados. Por envolverem garantias constitucionais, as tutelas coletivas não devem sofrer restrições, ainda mais diante de uma legitimidade mais ampla que a presente na tutela individual, garantindo, assim, mais efetividade aos direitos coletivos.

As ações coletivas na sociedade de risco nada mais são que a concretização do Estado Democrático de Direito, que necessita constantemente satisfazer os interesses sociais efetivando as garantias constitucionais, visto que somente assim, poderá almejar a tão sonhada transformação social.

A doutrina não tem se aprofundado sobre o tema, sendo o *habeas corpus* coletivo uma inovação que surgiu diante das novas necessidades da sociedade de risco em que vivemos, em resguardar o direito de ir, vir e ficar dos cidadãos. O direito de liberdade de locomoção, ou de ir, vir e ficar, que está sendo violado ou ameaçado é referente a uma coletividade, não sendo razoável, ou até mesmo viável, que cada pessoa atingida demandasse na Justiça individualmente, uma vez que estão submetidas a uma mesma situação.

A jurisprudência pátria, apesar de não aprofundar o tema, com o fim de garantir a máxima efetividade ao direito de liberdade de locomoção, já vem interpretando o remédio constitucional do *habeas corpus* no sentido de permitir a utilização na esfera coletiva. Ocorre que, muitas vezes, por desconhecimento do próprio direito coletivo, essa ação constitucional acaba sendo mal interpretada, prejudicando a sua finalidade.

A forma como é atualmente utilizado esse instituto, ou seja, quando existe uma pluralidade de sujeitos, não pode caracterizar, por si só, um *habeas corpus* coletivo. Não é apenas a natureza essencialmente coletiva do direito que faz com que determinada ação seja considerada como coletiva. Fato esse que pode ser comprovado através dos direitos individuais homogêneos, a seguir analisado, pois nesse caso os direitos ou interesses serão pertencentes a pessoas determinadas, sendo divisíveis. Constituem-se em direitos individuais, considerados coletivos somente no plano processual e recebem esse tratamento justamente em decorrência da origem comum que possuem²⁷⁸.

A doutrina e a jurisprudência têm se enganado ao tentarem classificar o direito segundo a matéria genérica. O ponto determinante de um direito difuso, coletivo ou individual homogêneo é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a ação. Nesse momento é que se aferirá o tipo de pretensão, já que um mesmo fato poderá dar ensejo a uma ação com base no direito difuso, coletivo, individual homogêneo e até mesmo de interesse puramente individual²⁷⁹.

Para entender a utilização do *habeas corpus* coletivo, devemos entender os direitos coletivos, assim divididos em difusos, coletivos e individuais homogêneos.

4.1 Direitos difusos

O art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, em seu parágrafo único, inciso I, define como direitos ou interesses difusos, como aqueles que são “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Etimologicamente difuso é aquilo que derrama, difunde, espalha²⁸⁰, sendo que no plano do direito significa um direito de dimensão coletiva, pertencente a uma comunidade de pessoas indeterminadas e indetermináveis, mas que é de um e de todos ao mesmo tempo²⁸¹.

Não existe prévia relação jurídica entre as pessoas, sendo que elas estão ligadas por circunstâncias fáticas.

²⁷⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo** — superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.p. 475.

²⁷⁹ JUNIOR, Nelson Nery. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**, 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.p. 159-60. Como exemplo o autor cita o acidente com o Bateu Mouche IV, ocorrido no Rio de Janeiro, em 1988.

²⁸⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009.

²⁸¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.p. 481.

Diante desse conceito percebemos que a liberdade de locomoção, garantia constitucional, poderá ser tutelada de forma difusa, pois nada impede que a coação ou ameaça de lesão a este direito tenha dimensão coletiva e que atinja uma comunidade de pessoas indeterminadas, criando a relação fáticas entre elas. A título de exemplo que será posteriormente analisado, podemos citar o “toque de recolher”, que está sendo implementado, cada vez mais, nas cidades brasileiras.

4.2 Direitos coletivos em sentido estrito

Definidos como sendo aqueles “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”²⁸².

Esses direitos pertencem a um grupo, categoria ou classe de pessoas indeterminadas, mas determináveis, que possuem uma relação jurídica base, previamente constituída.

Da mesma forma, a lesão ou ameaça ao direito de liberdade de locomoção poderá atingir um grupo, categoria ou classe, de forma indivisível, tendo em vista a relação jurídica base, devendo o *habeas corpus* coletivo ser usado para restabelecer a garantia de locomoção.

Atualmente, a lesão ou ameaça ao direito de ir, vir e ficar, de dimensão coletiva em sentido estrito é bastante evidente, diante das manifestações que ocorrem no País, feitas por grupo, categorias ou classe de pessoas, como por exemplo, “Movimento dos Sem Terra”, “Passe Livre”, Sindicatos, Associações entre outros, atingindo, o ato abusivo, todos de forma indivisível.

4.3 Direito individuais homogêneos

Já os direitos individuais homogêneos são, pela definição do Código de Defesa do Consumidor (art. 81, parágrafo único, inciso III), aqueles em decorrência de origem comum.

Os titulares desse direito são perfeitamente individualizados, que podem ser indeterminados, mas facilmente determináveis. O direito é divisível e pode ser distinguível entre seus titulares.

²⁸² Art. 81, parágrafo único, II, CDC.

A origem comum caracteriza quando tiver pontos de semelhança entre os direitos dos titulares, o que não significa que a solução seja, necessariamente para todos, uma vez que cada qual pode ver sua demanda acolhida e rejeitada por circunstâncias pessoais²⁸³.

Além do mais, a origem comum pode ser tanto de fato quanto de direito, não significando uma unidade factual e temporal²⁸⁴.

Situação que se encaixa na tutela coletiva do *habeas corpus*, com base em direitos individuais homogêneos, pode ser aquela dos presos de um presídio com superlotação, o que acaba fazendo com que vivam de forma humilhante, degradante, sem qualquer tipo de dignidade. Nesse caso, podemos falar que se trata de pessoas indeterminadas, mas facilmente determináveis, que possuem características individuais, em razão do crime cometido, regime prisional que foi imposto e natureza da prisão, mas que possuem uma origem comum, estado precário do local em que estão recolhidos, configurando um constrangimento ilegal aos seus direitos de liberdade de locomoção.

4.4 Conceito e legitimidade para a impetração do *Habeas Corpus* Coletivo

Pode-se conceituar o *habeas corpus* coletivo, como uma ação coletiva constitucional, com natureza de garantia constitucional fundamental, de aplicabilidade imediata e de interpretação ampliada, cabível para tutelar o direito de liberdade de locomoção em todas as suas dimensões, sejam difusas, coletivas ou situações individuais que hajam homogeneidade de questões de fato ou de direito, levando-se em consideração a *summa divisio* constitucionalizada, tendo em vista estar o *habeas corpus* previsto no art. 5º, LXVIII, no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos da Constituição da República de 1988.

Já a legitimidade ativa nas ações coletivas é estabelecida no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor e no art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, sendo: o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista, órgãos públicos sem personalidade jurídica, além das associações que estejam devidamente constituídas há pelo menos um ano, nos termos da lei civil, e que incluam ainda entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

²⁸³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.p. 485.

²⁸⁴ WATANABE, Kazuo et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 8 ed. rev. atual e ampl., 2004. p.806-11.

O cidadão, a princípio, somente estaria legitimado ativamente para propor ação coletiva, em regra, quando se tratar de ação popular²⁸⁵. Com o fim de ampliar o rol de legitimados, o Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América confere expressamente legitimidade ativa a qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato, bem como o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos²⁸⁶.

No mesmo sentido, os Anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos (art. 19, I e II, do Antiprojeto USP, 3ª versão, coordenada pela Professora Ada P. Grinover; e art. 9º, IV, do Antiprojeto UERJ e UNESA, coordenado pelo Professor Aluisio G. de Castro Mendes), amplia o rol de legitimados ativos, incluindo qualquer pessoa física para defesa dos interesses ou direitos difusos²⁸⁷.

Quando o assunto é legitimidade ativa para a propositura de *habeas corpus*, espécie de ação popular, dúvida não há que é a mais ampla possível. Primeiro porque quando o texto constitucional não estabelece a titularidade, como ocorre no caso do *habeas corpus*, deve-se entender que a titularidade da garantia pertence necessariamente aos titulares do respectivo direito²⁸⁸. Além do mais, o Código de Processo Penal, em seu art. 654²⁸⁹, primeira parte, dispõe que “o *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem”, justificando essa extensão não só pela importância do bem tutelado por esse remédio constitucional, como também, por geralmente o interessado estar impossibilitado de pessoalmente impetrar o *Writ*.

Além do mais, como já falado, a impetração de *habeas corpus* não exige capacidade postulatória, sendo que o próprio Estatuto da Advocacia (lei 8.906/94), estabelece que “não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de *habeas corpus* em qualquer instância ou Tribunal” (art. 1º, §1º). Além do mais, até ser concedido de ofício pelos juízes e

²⁸⁵ A lei 6.024/74, em seu art. 46, parágrafo único, admite que o credor possa ajuizar ação de responsabilidade em face dos responsáveis no caso de liquidação extrajudicial das instituições financeiras. O Estatuto da Cidade, lei 10.257/01 admite, em seu art. 12, I, que o possuidor individual possa ajuizar ação com pedido para declarar a usucapião especial coletiva de imóvel urbano, sendo essas duas modalidades de ação, espécies de ação civil pública.

²⁸⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações Constitucionais**. Belo Horizonte: del Rey, 2007.p. 133.

²⁸⁷ *Ibidem*.p. 134.

²⁸⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.p. 84.

²⁸⁹ Art. 654 do CPP. O *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.

Tribunais, eles podem ser, haja vista o princípio da indisponibilidade da liberdade, sendo dever do magistrado zelar pela sua manutenção.

O *habeas corpus* coletivo, apesar de ser uma ação coletiva, e via de regra, sujeitar-se à Lei da Ação Civil Pública e ao Código de Defesa do Consumidor, deve ter a legitimidade ativa ampla, pois se a própria Constituição Federal dispõe ser legitimado qualquer pessoa, quando for em caráter individual, mas lógico seria, essa amplitude, no âmbito coletivo.

O direito de liberdade de locomoção não pode sofrer abalos em sua proteção, através do remédio constitucional, pelo simples fato de ter que se sujeitar ao interesse de um legitimado, arrolado de forma taxativa.

Direito fundamental primordial, a liberdade deve ser garantida de todas as maneiras possíveis, de forma ampla e eficaz, através do *habeas corpus* coletivo, sem sequer exigir pertinência temática ou algo do tipo, uma vez que, quando se trata de uma ameaça ou coação a liberdade de locomoção, esta é presumida.

Diante de todos os argumentos acima demonstrados, devemos abrir nossa mente para a tutela coletiva através do *habeas corpus*, que, certamente, não fará milagres, mas guarda potencial para constituir-se em fator de diminuição no número de *habeas corpus* impetrados individualmente²⁹⁰. Não faz sentido algum, como visto, a jurisprudência pátria, em regra, repelir o uso do *habeas corpus* coletivo alegando principalmente que só as situações individuais seriam compatíveis ao remédio heroico o que, com todo o respeito, está errado do ponto de vista técnico na medida que em mesmo se tratando de tutela coletiva, seria possível o cumprimento individualizado de decisão coletiva de forma análoga ao que acontece no processo civil em ações coletivas de interesses individuais homogêneos²⁹¹.

²⁹⁰ Nesse sentido Castanheira Neves: “O Estado moderno não pode mais atuar simplesmente definindo e tutelando direitos, deve também intervir na ordem social fixando políticas que beneficiem a coletividade, reduzindo as desigualdades, interferindo diretamente em processos econômicos-sociais, pois somente assim estará cumprindo seu papel”. NEVES, Antônio Castanheira. O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, José Nelson de Miranda (Coord.). O direito e o futuro – o futuro do direito. Coimbra: Almedina, 2008, p. 28.

²⁹¹ Nesse sentido Zveibil: “Se a jurisprudência abandonasse ideias preconcebidas, bem como temores que são injustificados para quem ocupa um cargo que exige mesmo coragem, e experimentasse o *habeas corpus* coletivo, tal medida teria potencial para auxiliar na diminuição do número de impetrações individuais, além de semear, com o passar do tempo, um círculo virtuoso de maior respeito à jurisprudência e à atuação dos Tribunais Superiores no campo penal”. ZVEIBIL, Daniel Guimarães. Considerações sobre a “nova” vedação do *habeas corpus* substitutivo de recurso. **Tribuna Virtual IBBCRIM**, São Paulo, p.7-53, abr. 2013. Quinzenal. . Disponível em: <http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/pdf/Edicao03_01_daniel.PDF> Acesso em: 20 mar. 2014.

4.5 Possibilidade de tutela inibitória no *Habeas corpus* coletivo e outros aspectos processuais

Como já exaustivamente falado, o *habeas corpus* nada mais é que uma ação constitucional que visa a proteger a liberdade de locomoção dos seres.

Como direitos fundamentais que são, tanto a liberdade, como a garantia de sua proteção, o *habeas corpus*, devem ser assegurados pelo Estado, fazendo valer os direitos constitucionais.

A ação de *habeas corpus*, geralmente, visa apenas declarar um constrangimento ou ameaça ao direito de locomoção, sendo expedido alvará de soltura, salvo-conduto ou determinações de trancamento de ações e inquéritos policiais.

Ocorre, que, a finalidade desse instituto deve ir além de apenas declarar uma situação, dando maior amplitude aos direitos fundamentais e sua proteção, coadunando-se, pois, com o Estado Democrático de Direito.

A tutela inibitória, em sede de *habeas corpus* coletivo, é possível, bem como necessária, haja vista que o objeto dessa ação é a liberdade de ir, vir e ficar de uma coletividade, devendo ser estabelecidos limites de atuação da autoridade coatora.

Segundo Gregório Assagra de Almeida²⁹², a tutela inibitória tem origem no interdito proibitório do direito romano, recebendo, atualmente, uma nova sistemática para garantir tutela preventiva e eficaz dos denominados “novos direitos”, como os direitos dos idosos, crianças e adolescentes, consumidor e porque não o direito de liberdade de locomoção, necessário para a concretização de todos os demais direitos?

Como sabido, os direitos fundamentais devem ser interpretados de forma ampla e terem sua aplicabilidade imediata. Nesse sentido, quando o assunto for proteção das garantias constitucionais, a tutela inibitória será sempre possível e muitas vezes necessária, até mesmo em sede de *habeas corpus*.

A tutela inibitória visa atacar o ilícito, ou seja, toda conduta omissiva ou comissiva contrária ao direito, podendo ser em três dimensões: para evitar a sua prática, sua repetição e sua continuidade²⁹³. No âmbito do *writ*, podemos dizer que, nas duas primeiras hipóteses trata-se de *habeas corpus* preventivo e a terceira, *habeas corpus* liberatório.

²⁹² ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.p. 99.

²⁹³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.p. 100.

Essa proteção a mais que a tutela inibitória traz ao direito de locomoção pode ser positiva ou negativa, se o pedido for a fixação de obrigação de fazer ou obrigação de não fazer ou de se abster, respectivamente²⁹⁴.

Como o *habeas corpus* é um procedimento sumário, em que não se discute mérito e sim a ameaça ou violação ao direito de locomoção, o questionamento sobre a possibilidade de utilização da tutela inibitória pode surgir. Contudo, Marinoni e Arenhart²⁹⁵ explicam que não há necessidade de prova cabal do ilícito para o seu cabimento, sendo suficiente a demonstração apenas da probabilidade de ocorrência do ilícito, reforçando, ainda mais, a sua possibilidade de aplicação.

Além do mais, a tutela inibitória no *habeas corpus* coletivo também se fundamenta no princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva, uma das vertentes do princípio constitucional do acesso à Justiça aplicado à tutela coletiva, previsto expressamente no artigo 83, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90, art. 90)²⁹⁶ e aplicável na defesa de todos os direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos por força do artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85, art. 21)²⁹⁷. O CDC (Lei nº 8.078/1990) e a LACP (Lei nº 7.347/1985) compõem um microsistema de tutela jurisdicional coletiva comum, com normas de superdireito processual coletivo.

Esse princípio garante a possibilidade de utilização de todas as espécies de ações, procedimentos, medidas, provimentos, inclusive antecipatórios, desde que adequados para propiciar a correta e efetiva tutela do direito coletivo pleiteado. Todos os instrumentos processuais necessários poderão ser utilizados na tutela jurisdicional coletiva, propiciando a adequada e efetiva proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos tutelados e assegurados pela Lei da Ação Civil Pública. Dessa forma, toda e qualquer demanda, e, toda e qualquer espécie de tutela, são admissíveis no processo coletivo²⁹⁸.

Convém destacar que antes mesmo da alteração da da Lei da Ação Civil Pública pelo CDC, o artigo 212 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) já dispunha sobre a máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva: “Para defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações pertinentes”. No

²⁹⁴ Ibidem.p. 100.

²⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 2.ed.rev.atual.e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p. 476.

²⁹⁶ Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

²⁹⁷ Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor

²⁹⁸ ALMEIDA. Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 578.

mesmo sentido, posteriormente, o Estatuto do Idoso em seu artigo 82 também consagrou: “Para a defesa dos interesses e direitos protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações pertinentes”. Observa-se, assim, que os dois Estatutos congregam, de forma idêntica, o princípio previsto no artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor, reforçando a máxima amplitude da tutela coletiva como uma diretriz necessária para a atuação das Instituições incumbidas da defesa dos direitos ou interesses coletivos, amplamente considerados. No caso do *habeas corpus* coletivo, com o fim de proteger e de efetivar o direito de liberdade de locomoção coletivo e à luz do princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva, observa-se que não é somente cabível, mas também recomendável a tutela inibitória coletiva com a finalidade de combater a prática, a continuidade e a repetição de ilícitos que atendem contra a liberdade de locomoção de grupos ou coletividades de pessoas.

A utilização da tutela inibitória no *writ* coletivo se funda também pelo fato de o direito processual penal admitir como fonte a analogia. O art. 3º do Código de Processo Penal traz a possibilidade de utilização da analogia ao prever que “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”. Dessa forma, como o *habeas corpus* está disciplinado no Código de Processo Penal, essa garantia constitucional poderá ser utilizada com a aplicação analógica do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública. Além do mais, como esses institutos formam o microsistema coletivo, o *habeas corpus* coletivo, como espécie de ação coletiva que é, sempre poderá utilizá-los, quando adequados, garantindo, assim, a maior eficácia da tutela pretendida.

A imposição de algumas condições para o exercício da liberdade de locomoção em sede de *habeas corpus* também deve ser levada em consideração. Em determinados casos, conceder, de forma totalmente livre, o direito de locomoção, pode acabar por violar esse mesmo direito referente a outras pessoas, causando também um constrangimento ilegal em seu direito de ir, vir e ficar. As condições nesses casos funcionariam como um equilíbrio, uma harmonização dos direitos, essenciais à convivência humana.

As manifestações que ocorrem em todo país, são um exemplo da necessidade de imposição de condições para o exercício do direito de locomoção coletivo. Muitas vezes, parte da população que estava se manifestando acabava ferindo o direito de liberdade de locomoção de várias outras pessoas, que não conseguiam chegar em seus empregos, voltar para casa, utilizar uma rodovia, enfim, transitar de forma livre pelas vias públicas.

A utilização de *habeas corpus* coletivo preventivo, como se verá mais adiante, aumentou e muito durante esses movimentos sociais. Contudo, diante da falta de conhecimento do direito coletivo e até mesmo pela falta de sistematização do *habeas corpus* coletivo, ao concederem a ordem de forma livre, garantindo às pessoas de se manifestarem em via pública, os juízes também autorizam a violação do direito de locomoção de outra parte da sociedade que fica impedida de transitar em determinados locais que foram bloqueados pelos manifestantes.

Condicionar o exercício do direito de manifestação e por consequência da livre locomoção à, por exemplo, deixar parte da pista de uma rodovia livre, pra aqueles que não querem participar do evento poderem transitar, torna o exercício dos direitos fundamentais mais democrático. Além do mais, através de apenas uma decisão, a Justiça poderá evitar muitos outros transtornos decorrentes do conflito entre esses direitos.

O *habeas corpus*, apesar de ser um procedimento sumário e sem análise de mérito, pode utilizar-se dessas condições, uma vez que para impô-las, não há necessidade de dilação probatória. Assim, a imposição de condições para o exercício do direito de ir, vir e ficar é necessária e adequada para garantir o direito de livre locomoção a todos de forma equilibrada e isonômica, permitindo o convívio social pacífico.

O procedimento do *habeas corpus* coletivo segue, em primeiro plano, os princípios e diretrizes consagrados na Constituição da República de 1988, o Código de Processo Penal e, no que couber, do microssistema de direito processual coletivo (arts. 90 do CDC e 21 da LACP).

Em linhas gerais, o procedimento do *habeas corpus* coletivo segue o procedimento do *writ* individual. A simplicidade e a sumariedade também são as características mais marcantes e essenciais desse procedimento que visa à obtenção rápida da cognição judicial sobre a coação ilegal alegada. Aplica-se, portanto, o Código de Processo Penal quanto aos requisitos da petição inicial, como a identificação da autoridade coatora, a demonstração da ilegalidade ao direito de locomoção coletiva.

Contudo, haja vista seu caráter coletivo e a amplitude de seu objeto, possui algumas peculiaridades inerentes às ações coletivas.

Como acontece nas ações coletivas, o diálogo das fontes é importante na aplicação desse instituto liberatório coletivo. Esse diálogo visa uma interpretação de coordenação conciliadora que alcance a melhor eficácia social. É uma necessidade frente às plúrimas fontes legislativas e casos concretos existentes. No lugar de uma interpretação fechada de exclusão de determinada fonte, é necessária uma interpretação de conciliação que seja capaz

de alcançar a melhor carga de eficácia social dos direitos e garantias constitucionais fundamentais ²⁹⁹. Assim, principalmente quando se trata de direito coletivo, o diálogo entre as fontes tem que ser direcionado pela teoria dos direitos fundamentais, conferindo ao sistema a mobilidade necessária para garantir a proteção e a efetivação do direito tutelado, especialmente do direito de liberdade de locomoção.

No caso do *habeas corpus* coletivo, a utilização de normas constitucionais, processuais penais e do microssistema coletivo deve ser feita de forma simultânea e coordenada, a partir de uma interpretação que mais efetive o mandamento constitucional de proteção da liberdade de locomoção.

Por fim, convém destacar que o direito de liberdade de locomoção e o *habeas corpus* devem ter interpretação ampla e aplicabilidade imediata, por força do art. 5º, §§ 1º e 2º da Constituição da República ³⁰⁰. A aplicabilidade dos direitos e garantias constitucionais fundamentais está diretamente ligada ao direito de acesso à Justiça como método de pensamento e na condição de direito de acesso a uma ordem jurídica adequada, eficiente, efetiva e justa.

Como não há qualquer restrição no texto constitucional, não é compatível a interpretação que reduza o campo de incidência o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias constitucionais fundamentais, de forma que o direito de liberdade de locomoção e o *habeas corpus* possuem aplicabilidade imediata tanto no âmbito individual quanto no coletivo, interpretação a que se chega também com base no próprio Capítulo I, Título II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

²⁹⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.p.465.

³⁰⁰ Art. 5º § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

5 ANÁLISE DE ALGUNS CASOS CONCRETOS QUE PODERÃO ENSEJAR A IMPETRAÇÃO DO *HABEAS CORPUS* COLETIVO

Neste tópico, com o fim de elucidar o estudo do *habeas corpus* coletivo, será feita uma análise de alguns casos concretos que podem ensejar a sua utilização, tendo em vista a proteção da liberdade de locomoção em seu âmbito coletivo.

5.1 Condomínios fechados em via pública

Devido à crescente violência que vem atingindo o país nos últimos tempos, na tentativa de se criar ambientes mais seguros para se viver, outras vezes por mero capricho em busca de ambientes mais agradáveis aos olhos, uma prática tem se tornado cada vez mais comum: a criação de condomínios fechados para habitação.

No entanto, alguns desses condomínios têm se formado onde há bens públicos, como praças, por exemplo. E é este ponto que apresenta entraves, posto que o uso de tais bens deve se mostrar em consonância com o interesse público, sob pena de atingir diretamente o direito de ir e vir do cidadão.

O que ocorre é que a criação de tais condomínios não possui, até o momento, fundamentos capazes de autorizá-los em prejuízo ao interesse público, caracterizando-se verdadeiro desvio de finalidade quando autorizada a sua criação. Conforme assevera Diógenes Gasparini³⁰¹

Não se subsumindo tais "loteamentos" ao regime do Código Civil e não se submetendo aos ditames da Lei de Condomínio, não se tem como legalizá-los. O nosso ordenamento jurídico, pelo menos até o momento, não os acolhe e a atividade administrativa para autorizá-los não se legitima, dado que não está a presidi-la o princípio da legalidade.

Existem dois tipos de condomínios, quais sejam: os loteamentos especiais (ou horizontal, ou fechado), que são autorizados pela Lei n.º 4591/64, e estes em geral não possuem áreas públicas em seu interior, não interessando portanto ao presente estudo; já os condomínios abertos ou convencionais são regidos pela Lei n.º 6766/79, e são fechados por ato do loteador ou de uma associação de moradores. A estes se refere a presente indagação acerca da violação do direito de ir e vir presente na Constituição Federal brasileira.

Para viabilizar a privatização do patrimônio público, nessas formas de condomínio, há casos de prefeituras e câmaras municipais que aprovaram leis locais que contrariam a lei federal 6766/79. Ou seja, aprova-se uma legislação, a nosso ver, ilegal, uma vez que a

³⁰¹GASPARINI, Diógenes. **Loteamento em condomínio**, RDP, vol. 68,1983 p. 319.

utilização de áreas públicas desse loteamento seriam inconstitucionais por ferir o princípio da isonomia e da liberdade de ir e vir.

Dessa forma, o direito fundamental de locomoção constitui-se em permanente desafio para toda a sociedade tendo em vista o crescimento de condomínios fechados. Neste caso, ocorre a supressão de direitos fundamentais, visto que para garantir o privilégio a uma minoria, ocorre à violação do direito de locomoção e do princípio da isonomia contra toda uma coletividade.

A Constituição Federal prevê como remédio constitucional para assegurar a liberdade de locomoção o *habeas corpus*, que no caso analisado pode-se dizer ser o *habeas corpus* coletivo, haja vista tratar-se de violação do direito de liberdade de ir, vir e ficar, na sua forma difusa.

Contudo, deve-se destacar que contra tal prática abusiva geralmente é aplicado outro remédio constitucional chamado Ação Civil Pública, no qual visa proteger o patrimônio público de atos lesivos. Sobre a superioridade do *habeas corpus* e sua adequação no presente caso, como já salientado, por ser uma ação mais célere, sem formalidades e que visa precipuamente a liberdade de locomoção e não a proteção do patrimônio público, que neste caso ficaria em segundo plano, é o instrumento jurídico pertinente e eficaz para proteger ou restabelecer a violação desse direito fundamental³⁰².

5.2 “Toque de recolher”

Atualmente, é crescente o número de comarcas em que os juízes editam portarias criando o chamado “toque de recolher”, com base no Estatuto da Criança e do Adolescente, invocando, em regra, o princípio constitucional da proteção integral da criança e do adolescente.

Com o fim de garantir essa proteção, os magistrados acabam por editar atos normativos (portarias), gerais e abstratos, determinando o recolhimento e a devolução aos pais ou

³⁰² Agravo de instrumento - ação civil pública - condomínio fechado - restrição de acesso de pessoas não autorizadas pelo condomínio - discussão que demanda instrução probatória - perigo na demora que milita a favor dos moradores do condomínio - 'status quo' que deve ser mantido até julgamento final da ação civil pública, posto demandar adequações nas áreas internas do loteamento no caso de eventual perda da demanda - recursos providos. Inviável o deferimento de liminar em ação civil pública, cujo objeto é o livre acesso de pessoas no interior de condomínios fechados, porquanto, nestes casos, não desprezando o princípio da isonomia invocado pelo ministério público, para embasar tal medida, o perigo na demora, por certo, milita a favor dos moradores do loteamento fechado, que, por hora, não possui sistema de segurança adequado à abertura das cancelas, razão pela qual é razoável, senão justo, preservar o 'status quo' dos agravantes, até decisão final da ação civil pública, sobretudo quando se tem notícias que não há qualquer violação ao meio ambiente. Recursos providos.(TJMG – proc. 0388540-48.2006.8.13.0148 – Rel Des. José Domingues Ferreira Esteves – dj 03.10.2006)

responsáveis, pela polícia ou pelo conselho tutelar, de todas as crianças e adolescentes residentes ou em trânsito pela comarca que, por exemplo, saia na rua após determinado horário, desacompanhada de seus responsáveis; que independente do horário, esteja perto de prostíbulos e de pontos conhecido de venda e uso de entorpecentes; que estejam consumindo bebidas alcoólicas, entre outras restrições ao direito de locomoção³⁰³.

A intenção desses “toques de recolher” é boa, mas contraria todo o ordenamento jurídico e, como dito, viola o direito de liberdade de locomoção assegurado constitucionalmente.

A nossa Constituição Federal de 1988, em seu art. 227 e 228 estabelece a proteção integral as crianças e adolescentes, competindo ao Estado implantar programas de assistência integral, visando à saúde da criança e do adolescente, com atendimento especializado aos portadores de deficiência, através de treinamento para o trabalho e da convivência social, e a facilitação do acesso aos bens e serviços públicos coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos, bem como aplicar um percentual dos recursos públicos para os

³⁰³ Estatuto da criança e do adolescente. *habeas corpus*. toque de recolher. superveniência do julgamento do mérito. superação da súmula 691/STF. norma de caráter genérico e abstrato. ilegalidade. ordem concedida.

1. Trata-se de *Habeas corpus* Coletivo "em favor das crianças e adolescentes domiciliados ou que se encontrem em caráter transitório dentro dos limites da Comarca de Cajuru-SP" contra decisão liminar em idêntico remédio proferida pela Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

2. Narra-se que a Juíza da Vara de Infância e Juventude de Cajuru editou a Portaria 01/2011, que criaria um "toque de recolher", correspondente à determinação de recolhimento, nas ruas, de crianças e adolescentes desacompanhados dos pais ou responsáveis: a) após as 23 horas, b) em locais próximos a prostíbulos e pontos de vendas de drogas e c) na companhia de adultos que estejam consumindo bebidas alcoólicas. A mencionada portaria também determina o recolhimento dos menores que, mesmo acompanhados de seus pais ou responsáveis, sejam flagrados consumindo álcool ou estejam na presença de adultos que estejam usando entorpecentes.

3. O primeiro HC, impetrado no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, teve sua liminar indeferida e, posteriormente, foi rejeitado pelo mérito.

4. Preliminarmente, "o óbice da Súmula 691 do STF resta superado se comprovada a superveniência de julgamento do mérito do *habeas corpus* originário e o acórdão proferido contiver fundamentação que, em contraposição ao exposto na impetração, faz suficientemente as vezes de ato coator (...)" (HC 144.104/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 2.8.2010; cfr. Ainda HC 68.706/MS, Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 17.8.2009 e HC 103.742/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 7.12.2009).

5. No mérito, o exame dos consideranda da Portaria 01/2011 revela preocupação genérica, expressa a partir do "número de denúncias formais e informais sobre situações de risco de crianças e adolescentes pela cidade, especificamente daqueles que permanecem nas ruas durante a noite e madrugada, expostos, entre outros, ao oferecimento de drogas ilícitas, prostituição, vandalismo e à própria influência deletéria de pessoas voltadas à prática de crimes".

6. A despeito das legítimas preocupações da autoridade coatora com as contribuições necessárias do Poder Judiciário para a garantia de dignidade, de proteção integral e de direitos fundamentais da criança e do adolescente, é preciso delimitar o poder normativo da autoridade judiciária estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em cotejo com a competência do Poder Legislativo sobre a matéria.

7. A portaria em questão ultrapassou os limites dos poderes normativos previstos no art. 149 do ECA. "Ela contém normas de caráter geral e abstrato, a vigorar por prazo indeterminado, a respeito de condutas a serem observadas por pais, pelos menores, acompanhados ou não, e por terceiros, sob cominação de penalidades nela estabelecidas" (REsp 1046350/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 24.9.2009).

8. *Habeas corpus* concedido para declarar a ilegalidade da Portaria 01/2011 da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Cajuru (STJ - HC 207720 SP 2011/0119686-3- Ministro Herman Benjamin - 01/12/2011 - T2 - segunda turma - DJe 23/02/2012)

cuidados com a saúde na assistência materno-infantil³⁰⁴. Ou seja, dotam as crianças e adolescentes de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

Nesse sentido o art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece:

Art. 3º - A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Pode-se afirmar que o Estado deve criar possibilidades de exercício dos direitos inerentes aos menores e não privá-los para, teoricamente, protegê-los.

O Estatuto das Crianças e dos Adolescentes ao regular o exercício da liberdade da criança e adolescente, aponta a necessidade/dever de o Estado respeitar e fazer respeitar, nos limites da lei, os direitos individuais dessas pessoas:

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais.

Além do mais, o art. 149 do mesmo diploma estabelece limites a atuação judicial sobre os direitos da criança e do adolescente, vedando qualquer determinação de caráter geral³⁰⁵. O que se deve buscar é tomar medidas que promovam os direitos da criança e do adolescente, e não privá-los de sua liberdade de locomoção por meio de portarias ou normas que, ilegalmente, determinem seu recolhimento forçado.

Não se pode determinar o recolhimento dos menores fora das hipóteses legais, quais sejam, quando flagrado cometendo ato infracional ou quando sua apreensão for determinada

³⁰⁴ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTR, 1999. p.45.

³⁰⁵ ECA - Art. 149. Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará:

I - a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável, em:

- a) estádio, ginásio e campo desportivo;
- b) bailes ou promoções dançantes;
- c) boate ou congêneres;
- d) casa que explore comercialmente diversões eletrônicas;
- e) estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão.

II - a participação de criança e adolescente em:

- a) espetáculos públicos e seus ensaios;
- b) certames de beleza.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, a autoridade judiciária levará em conta, dentre outros fatores:

- a) os princípios desta Lei;
- b) as peculiaridades locais;
- c) a existência de instalações adequadas;
- d) o tipo de frequência habitual ao local;
- e) a adequação do ambiente a eventual participação ou frequência de crianças e adolescentes;
- f) a natureza do espetáculo.

§ 2º As medidas adotadas na conformidade deste artigo deverão ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral.

por ordem judicial fundamentada³⁰⁶, fato esse que demonstra, mais uma vez a ilegalidade desses “toques de recolher” que determinam o recolhimento independentemente da prática de qualquer ato infracional.

Vários órgão já se manifestaram sobre a edição dessas portarias que atingem de forma difusa o direito de locomoção dos adolescentes e crianças da comarca ou em transito nela, como por exemplo o Ministério Público de Minas Gerais³⁰⁷, ao afirmar que “o procedimento imposto pelo “toque de recolher” submete crianças e adolescentes a constrangimento desnecessário, prática expressamente vedada pelo art. 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente.”

Dessa forma, demonstrado o constrangimento ilegal ao direito fundamental dos menores, sendo submetidos a essas condições, será cabível o *habeas corpus* coletivo, a fim de que seja restabelecida a integral liberdade de locomoção destas pessoas, mediante o manejo de uma única ação constitucional, célere e efetiva.

5.3 Manifestações populares

O *habeas corpus* coletivo ganhou destaque em meados de 2013, tendo em vista as manifestações ocorridas em todo o Brasil. Os manifestantes, em síntese, entraram com o pedido para garantir o direito de ir e vir nas vias da cidade, na forma de realização de caminhadas pacíficas, sem a interferência da Polícia. Neste caso foram impetrados em primeira instância vários *habeas corpus* coletivos preventivos, o que garantiu a livre manifestação, sem a interferência abusiva da polícia³⁰⁸.

Neste caso, tanto os direitos coletivos como os difusos podem ser objeto de proteção por *habeas corpus* coletivo, de acordo com a dimensão da manifestação e seus integrantes.

Em relação a estas manifestações, foram noticiadas várias vezes pela mídia a forma de atuação da polícia, sendo muitas vezes criticada, tendo em vista a falta de preparo para atuar neste contexto. Por isso, a tutela inibitória proferida em sede de *habeas corpus* é importante, pois limita a atuação do Estado frente as manifestações.

³⁰⁶ Art. 106 do ECA - Nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

³⁰⁷ Nota Técnica do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Infância e Juventude (CAO-IJ), do. Belo Horizonte : Ministério Público de Minas Gerais, 2009. Não paginado.

³⁰⁸ DIÁRIO CATARINENSE: **Juiz concede habeas corpus preventivo a manifestantes do dia 20.** Florianópolis, 19 jun. 2013. . Disponível em: <<http://wp.clicrbs.com.br/moacirpereira/2013/06/19/juiz-concede-habeas-corpus-preventivo-a-manifestantes-do-dia-20/?topo=67,2,18,,,67>>.. Acesso em: 20 jan. 2014.

Ao expedir um salvo-conduto para a realização das manifestações, garantindo o direito de locomoção dos participantes, o estabelecimento de condições de atuação e até mesmo multa em razão do descumprimento, seriam capazes de diminuir e muito os problemas de repressão ocorridos nesses eventos. A polícia teria mais segurança em seus atos, pois estariam de acordo com a determinação judicial, bem como a população, que estaria a salvo de sofrer um constrangimento ilegal em seu direito constitucional de ir, vir e ficar.

Ou seja, o Judiciário com apenas uma decisão, além de garantir a livre locomoção de um grupo de manifestantes determinados ou não, colocaria limites à atuação do Estado, gerando um economia processual e a maior efetividade dos direitos fundamentais coletivos em jogo, sendo inviável a necessidade da impetração individual e coadunando-se com a nova *summa divisio* constitucionalizada.

5.4 Análise das condições do preso

A propositura do *habeas corpus* coletivo vem sendo feita para fazer cessar a ameaça ou constrangimento ilegal ao direito de liberdade de locomoção de presos que se encontram em presídios, cadeias, delegacias em situação degradante, com superlotação ou durante a execução criminal³⁰⁹.

Nesses casos, a denegação da ordem é a regra, justificando os julgadores que o *habeas corpus* precisa ser a favor de pessoa determinada e que a situação de cada preso deve ser individualizada, o que não coaduna com o entendimento desse trabalho³¹⁰.

³⁰⁹ Nesse sentido: “*habeas corpus* – regime semiaberto – inexistência de estabelecimento penal adequado – colônia penal – forçosa a colocação dos reeducandos no regime menos gravoso – domiciliar – até que sejam disponibilizadas vagas no local adequado na forma da lei de execuções penais – ordem concedida a fim de que sejam colocados no regime domiciliar todos os encarcerados do regime semiaberto que cumprem pena do presídio de dois irmãos do buriti. No caso vertente, a execução da pena no regime que lhes foi designado – semiaberto - é direito inegociável, e, a inexistência de estabelecimento penal adequado, não enseja ao Estado a possibilidade de manter os encarcerados em regime mais gravoso. Imperativa a colocação em regime domiciliar. Os artigos 91 e 92 da Lei de Execução Penal, especificam o estabelecimento referente a cada modalidade de cumprimento de pena, estipulando no caso do regime semiaberto. Doutrina :A Colônia Penal deve ser “estabelecimento penal de segurança média, onde já não existem muralhas e guardas armados, de modo que a permanência dos presos se dá, em grande parte, por sua própria disciplina e senso de responsabilidade. É o regime intermediário, portanto, o mais adequado em matéria de eficiência.” - O Poder Judiciário não pode ser conivente com o descumprimento da lei pelo Poder Executivo, quando não providencia os estabelecimentos adequados aos reeducandos, conforme prevê o ordenamento jurídico.” (TJ/MS – 1ª Turma Criminal – HC 2009.032499-0/0000-00 –Relato: Des. Dorival Moreira dos Santos – Jul.: 12/01/2010, v.u.)

³¹⁰ *Habeas corpus*. Coletivo. Alegada superpopulação carcerária na delegacia de polícia de Novo progresso. Ausência dos pressupostos exigidos para sua concessão. Situação Processual de cada paciente é única. Ordem denegada. Decisão unânime.

I A superpopulação é um grave problema do sistema penal brasileiro, mas não pode ser solucionada de forma indiscriminada e irresponsável pelo Poder Judiciário na via eleita.

II In casu, a situação de cada paciente é única, alguns pacientes foram presos em flagrante delito, outros já foram

Alexandre de Moraes³¹¹ nos ensina que o *habeas corpus* “é o meio idôneo para garantir todos os direitos do acusado e do sentenciado relacionados com sua liberdade de locomoção”, sendo assim legítima a sua propositura no âmbito individual como coletivo.

Se ficar claro que existe uma coletividade que está em uma mesma situação, como, por exemplo, presos de um presídio com condições inadequadas, todos, independente do crime cometido ou da pena imposta, farão jus a pagar sua pena em um local adequado, sob pena de constrangimento ilegal ao seu direito de locomoção.

Fazendo uma análise com o direito comparado, podemos mencionar o *habeas corpus* coletivo n.º A114111 do Primeiro Distrito da Califórnia, Estados Unidos da América, de 21 de julho de 2008, que foi impetrado a favor de presos que tinham suas audiências de liberdade condicional realizadas após o prazo estabelecido na legislação, ferindo, assim, o direito de locomoção³¹². Apesar de não ser concedida a ordem, esse *habeas corpus* representou um marco no cenário jurídico norte-americano.

Assim, não faz sentido a jurisprudência pátria ter como regra repelir o uso do *habeas corpus* coletivo alegando principalmente que só as situações individuais seriam compatíveis com o remédio constitucional, mesmo porque se trata de um direito coletivo, daquele grupo de pessoas. Além do mais, nada impediria o cumprimento individualizado da decisão coletiva de forma análoga ao que acontece no processo civil em ações coletivas de interesses individuais homogêneos³¹³. Importante lembrar, ainda, que a utilização do *habeas corpus* coletivo nesse caso também tem potencial para auxiliar na diminuição do número de impetrações individuais, que seria em grande escala³¹⁴.

condenados, o que afasta a ilegalidade patente na custódia dos mesmos.

III Writ denegado. Decisão unânime. (tjpa – HC 2011.3.011421-2 – data da publicação 13/07/2011)

³¹¹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p 140.

³¹² APPEAL, The California Blog Of. **A habeas class action**: Case n.º A114111. Disponível em: <<http://www.calblogofappeal.com/tag/case-no-a114111-1st-dist-july-21/>>. Acesso em: 16 mar. 2014.

³¹³ Código de Processo Penal - Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

³¹⁴ Podemos acrescentar, a título de curiosidade, mais um exemplo de *habeas corpus* coletivo no Direito Norte-americano. No estado do Texas, nos Estados Unidos da América, algumas testemunhas foram colocadas em um local distinto e isolado, tendo seus direitos de liberdade de locomoção violados, sem a presença de advogados, no ao de 1985, sendo utilizado o *writ* coletivo para o restabelecimento da liberdade. LEAGLE. **In re action application for habeas corpus on behalf of all material witnesses i western district of Texas**. Disponível em: <http://leagle.com/decision/19851552612FSupp940_11414.xml/IN_RE_CLASS_ACTION_APPLICATION_FOR_HABEAS_CORPUS>. Acesso em 20.03.2014.

5.5 O *habeas corpus* para além dos seres humanos, prospectando em um caso concreto no presente, um direito do futuro³¹⁵.

No dia 18 de outubro de 2013, um grupo de ao menos cem manifestantes ligados aos direitos dos animais invadiu, por volta das 2h da manhã, o Instituto Royal na cidade de São Roque, São Paulo, e retirou cerca de 178 cães do local, além de coelhos³¹⁶.

A invasão desses ativistas ao laboratório se deu pelo fato da Royal realizar pesquisas, mediante maus-tratos, com animais, entre eles, cães da raça *beagle* e coelhos.

Várias denúncias já haviam sido feitas ao Ministério Público no ano de 2012, ocorre que até a data da invasão, em 2013, as investigações não haviam sido concluídas.

Após a invasão, foram encontrados vários animais mutilados e mortos, o que confirmou a forma inadequada em que o Instituto Royal praticava seus testes dos produtos.

Assunto bastante polêmico no cenário jurídico brasileiro, os direitos fundamentais dos animais, suas capacidades de serem sujeitos de direitos e os mecanismos para sua proteção, são temas de extrema importância, haja vista as mudanças de pensamento da sociedade, bem como esse tipo de acontecimento em prol de animais, que vêm acontecendo.

Nossa Carta Magna estabelece em seu art. 225 que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Prevê, ainda, o mencionado artigo, em seu § 1º, inciso VII, que para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”.

Ao analisarmos esse dispositivo constitucional, verifica-se que os animais podem sim ter reconhecidas suas condições de sujeitos de direitos. Além do mais, os direitos humanos são considerados, por muitos, direitos morais, podendo “estender esses direitos aos animais, uma vez que, no campo moral, a positivação de direitos não é pré-requisito”³¹⁷. O que está faltando é o reconhecimento expresso como sujeitos de direito para evitar, que as demandas

³¹⁵ NEVES, Antônio Castanheira. O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, José Nelson de Miranda (Coord.). **O direito e o futuro – o futuro do direito**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 28.

³¹⁶ ALTO, Patas Ao. **Mais de 200 animais, entre beagles e coelhos, são resgatados de laboratório em São Roque**. 2013. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/blogs/patas-ao-alto/mais-de-200-animais-entre-beagles-e-coelhos-sao-resgatados-de-laboratorio-em-sao-roque/2013/10/18/>> Acesso em 20.03.2014.

³¹⁷ DUTRA, Valéria de Souza Arruda. **Animais, sujeitos de direitos ou sujeitos-de-uma-vida?** In: Encontro preparatório para o congresso nacional do CONPEDI, XVII., 2008.

judiciais em que o magistrado reconhece a titularidade de direitos dos animais, se torne um caso emblemático.

A concepção baseada no antropocentrismo clássico, que restringe ao ser humano, de modo absoluto, a titularidades de direitos, não mais se sustenta e não consegue sequer atender as necessidades do próprio ser humano³¹⁸. E esse rompimento com o antropocentrismo clássico, vem ocorrendo, mesmo que timidamente, como por exemplo, por intermédio da Resolução n. 37/7, de 28 de outubro de 1982, proclamada pela sua Assembleia Geral³¹⁹:

Toda forma de vida é única e merece ser respeitada, qualquer que seja a sua utilidade para o homem, e, com a finalidade de reconhecer aos outros organismos vivos este direito, o homem deve se guiar por um código moral de ação.

Almeida³²⁰, defendendo a visão biocentrista, esclarece que para e construir uma teoria geral da cidadania coletiva solidarista biocentrista, é necessário o rompimento com o antropocentrismo clássico. Impõe-se uma compreensão do Direito por intermédio de uma visão ampla que permita a tutela e o respeito a todo tipo de vida, seja animal, vegetal ou humana, atendidas as necessidades relativas à sobrevivência das espécies.

Nesse sentido, Vânia Nogueira³²¹ salienta que o reconhecimento dos direitos fundamentais dos animais e seu direito processual de livre acesso ao judiciário, é um processo que demanda urgência. Para a autora, não há sustentação filosófica ou jurídica que possa manter o *status quo* e que a demora no reconhecimento, acaba por fazer sofrer esses seres vulneráveis diante da humanidade.

O *habeas corpus*, como já analisado, é o remédio constitucional que visa resguardar o direito de locomoção, estando previsto no art. 5º, LXVIII, da Constituição que prevê: “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”.

O direito de locomoção é um direito fundamental essencial ao exercício dos demais direitos. É o direito que possibilita o indivíduo de guiar sua própria vida, dentro dos limites legais e morais. E por que não ser inerente aos animais?

Da mesma forma que o *habeas corpus* visa proteger esse direito de locomoção do ser humano quando estiver ameaçado de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de

³¹⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.p. 596.

³¹⁹ Ibidem.p. 596.

³²⁰ Esclarece ALMEIDA, Gregório Assagra de: “Essa teoria geral da cidadania coletiva solidarista do tipo biocentrista impõe a constituição de um modelo teórico de cidadão coletivo que não se limite às fronteiras territoriais de cada nação, mas que adquira caráter e dimensão mundial em sintonia com a casa comum, habitat de todos: o Planeta Terra”. Ibidem. p. 593-594.

³²¹ NOGUEIRA, Vânia Márcia Damasceno. **Direitos fundamentais dos animais**: A construção jurídica de uma titularidade para além dos seres humanos. Belo Horizonte: Arraes, 2012.p. 315.

poder, ele poderá resguardar a liberdade de ir, vir e ficar dos animais e, quem sabe dos vegetais.

Como acima mencionado, o texto constitucional utiliza o vocábulo “alguém” para indicar o sujeito passível do *writ*. Poderia o animal ser considerado um “alguém”? Lamentável são os juristas do século atual fazerem qualquer tipo de interpretação restritiva sobre os direitos fundamentais, principalmente em relação ao direito de liberdade, pois “quando se trata de pedir a liberdade de um animal, certamente é porque ele está correndo risco de vida...”³²²

A utilização do *habeas corpus* em favor de animais já ocorreu e vem ganhando força em nosso ordenamento jurídico. Já nos Estados Unidos há um considerável número de ações em que os animais figuram como autores, como por exemplo, o caso da espécie ameaçada de extinção *Palila v. Hawaii Dept. of Land and Natural Resources*, no qual foi reconhecida sua qualificação jurídica para integrar a lide, junto à corte federal, como autor por direito próprio³²³.

Em 2006, outro caso em que um animal era a parte autora, foi julgado em Nova York. Tratava-se de uma *restraining order*, ou seja, medida judicial que determina a impossibilidade de aproximação de uma pessoa em relação à outra, em favor de um cachorro que tinha sido agredido por seu guardião. O juiz concedeu a tutela inibitória, baseando-se em uma nova lei protetiva, que estende aos animais a proteção judicial que já existia em favor das vítimas de violência doméstica³²⁴.

O *lead case* brasileiro foi o HC 833085-3/2005, julgado na 9ª Vara Criminal de Salvador – BA, pelo MM. Juiz Edmundo Lúcio da Cruz, em favor da macaca Suíça (chimpanzé), por um grupo de defensores da causa animal, liderados pelos promotores de Justiça Heron José Santana e Luciano Rocha Santana.

A macaca Suíça se encontrava aprisionada numa jaula inapropriada para sua locomoção, devido ao seu tamanho, no jardim zoológico de Salvador. O local inapropriado vinha causando uma situação de estresse do animal, o que acabou por interferir em sua saúde. Os impetrantes defenderam o cabimento do *writ* ao ser não humano e justificaram seu uso alegando que o motivo principal não era evitar dano ao meio ambiente, ou proteção ao interesse difuso da sociedade na preservação da fauna, mas sim possibilitar a liberdade

³²² Ibidem.p. 324/325.

³²³ SUNSTEIN, Cass R. Os animais podem processar. In: MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos**: uma discussão necessária. Belo Horizonte: Forum, 2008.p. 451-472.

³²⁴ LOURENÇO, Daniel Braga. **Direito dos Animais**: fundamentação e novas perspectivas. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. p. 525-526.

ambulatorial da macaca. Pugnaram pelo reconhecimento moral dos animais, mostrando a grande semelhança genética entre os primatas e o ser humano³²⁵.

O caso se tornou emblemático e ganhou destaque no cenário jurídico mundial, apesar de indeferimento da concessão da liminar e extinção do feito pela perda do objeto, em razão da morte da macaca logo após a impetração, uma vez que o magistrado reconheceu a importância do tema a ser debatido e aceitou o debate com o animal no polo ativo da demanda. O caso é citado como o primeiro *habeas corpus* do mundo no qual um animal é reconhecido como sujeito de direito³²⁶.

Atualmente, outros *habeas corpus* foram impetrados a favor de animais no Brasil. No Estado do Rio de Janeiro, foi impetrado o *writ* a favor da chimpanzé Jimmy em Niterói, sob o n.º0002637-70.2010.8.19.0000, o qual foi denegada a ordem. E em São Paulo a favor das chimpanzés Lili e Megh, o qual, em fase recursal, também não foi conhecido o pedido pelo Superior Tribunal de Justiça por entender ser incabível a impetração de *habeas corpus* em favor de animais, admitindo-se, apenas, para seres humanos³²⁷.

Dessa forma, percebe-se uma resistência do judiciário em aceitar a impetração do *writ* em favor de animais. Contudo, os direitos fundamentais, diante da atual visão constitucional, devem ter uma interpretação ampla, a fim de garantir a maior efetividade possível, sendo completamente aceitável a utilização desse remédio heroico para garantir a liberdade de locomoção dos animais.

No do resgate dos cachorros *beagle* no laboratório Royal, acima analisado, diante da violação da liberdade de locomoção dos animais, de forma totalmente ilegal e inaceitável, não seria uma medida mais adequada a utilização do *habeas corpus* coletivo em prol dos animais?

A visão limitada, restritiva que o direito ainda tem em relação aos direitos fundamentais dos animais, acaba por incentivar condutas extremas, tida como ilícitas, por parte da população que vê no animal, algo a mais que um simples objeto. Os vê como um sujeito de direitos, devendo o Estado, a sociedade, protegê-los das atitudes inconsequentes e arbitrárias do ser humano.

³²⁵ SANTANA, Heron José de. **Trecho do *habeas corpus***. Disponível em <<http://www.animallaw.info/nonus/cases/cabrsuicaeng2005.htm>>. Acesso em 26 dez. 2013.

³²⁶ Nas palavras do magistrado: “Estou certo de que com a aceitação do debate, chamou a atenção dos juristas de todo o país, trazendo o assunto à discussão. Direito Processual Penal não é estático, e sujeito a constantes mudanças e novas decisões têm de se adaptar aos novos tempos. Eu acredito que, mesmo com a morte “da Suica” o assunto continuará a ser discutido, especialmente nas aulas de faculdade de direito, como muitos colegas, advogados, estudantes e entidades manifestaram as suas opiniões, querendo fazer aqueles prevalecer”. Em *Animal Legal e Historical Center*. Ibidem.

³²⁷ STJ – HC 096344 – Rel. Min. Castro Meira. Data da publicação: 07.12.2007.

A sociedade de risco em que vivemos é tão democrática em relação à distribuição dos riscos, que tanto humanos quanto seres não humanos sofrem com as condutas descontroladas do homem frente ao meio em que vive. E se assim o é, não tem lógica nem justificativa plausível para se excluir os animais da proteção do Estado.

A própria Constituição, em seu art. 225, garante a proteção dos animais, o que reforça, ainda mais, a possibilidade de serem sujeitos de direitos. O que falta é uma visão biocentrista do sistema, que visa a garantir o princípio da dignidade. Não apenas da dignidade da pessoa humana, pois a vida que requer dignidade, seja ela humana ou não³²⁸.

Levando em consideração a vida e não sua forma, deve-se analisar o *habeas corpus* em prol não apenas dos animais, mas também dos vegetais. Em um primeiro momento pode parecer estranha essa análise, haja vista que o *habeas corpus* visa resguardar o direito de locomoção.

Mas o que é o direito de locomoção? Quando se trata desse assunto as pessoas imaginam o seu deslocamento, o seu direito de ir e vir. Ocorre que o direito de locomoção é o direito de ir, vir e ficar, podendo os vegetais se encaixarem nessa última modalidade.

O direito de ficar é o direito de permanecer em determinado lugar e faz parte do direito de locomoção, sendo, portanto, resguardado através do *habeas corpus*. Dessa forma, quando um vegetal, tendo como exemplo, uma árvore, está ameaçada de ser cortada, ser removida de determinado lugar, o *habeas corpus*, diante da visão biocentrista, também poderá ser utilizado garantido o direito de ficar da árvore.

Nesses casos, o *habeas corpus* por ser um instrumento mais célere poderá ser mais útil e adequado na proteção do direito de locomoção dos vegetais. Não se trata aqui de proteção do meio ambiente, mas a proteção da liberdade de locomoção de uma forma de vida.

O direito de ficar é esquecido pela doutrina e pela jurisprudência o que acaba, na prática, reduzindo a utilização do *writ* para protegê-lo. Os vegetais, como forma de vida que são, devem ser levados em consideração pelo Direito não apenas como parte do meio ambiente, mas como sujeito de direitos.

Assim, na certeza da evolução do Direito frente a esses seres sem voz no cenário jurídico atual, parafraseando Castanheira Neves³²⁹, espera-se que, diante dos acontecimentos

³²⁸ NOGUEIRA, Vânia Márcia Damasceno. **Direitos fundamentais dos animais:** A construção jurídica de uma titularidade para além dos seres humanos. Belo Horizonte: Arraes, 2012.p. 355.

³²⁹ NEVES, Antônio Castanheira. O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, José Nelson de Miranda (Coord.). **O direito e o futuro – o futuro do direito.** Coimbra: Almedina, 2008, p. 28.

do presente, em que a preservação dos direitos fundamentais dos animais e vegetais se torna impositiva, surja um direito do futuro.

6 CONCLUSÃO

O direito de liberdade é uma construção de lutas históricas da humanidade. O seu conteúdo e exercício têm sido ampliados com a evolução da humanidade e sua civilização.

A liberdade, e, de forma específica, a liberdade de locomoção, é um dos direitos mais genuínos dos seres humanos, uma vez que, sem ele, os demais direitos não serão exercidos de forma plena.

Tendo em vista essa amplitude do direito de liberdade de locomoção, foi necessária a criação de um instituto capaz de protegê-lo, surgindo, então, o *habeas corpus*.

Fazendo uma análise desse mecanismo constitucional, desde a sua criação na Carta Magna de 1215 da *Inglaterra*³³⁰, sua evolução história, e seu surgimento no direito brasileiro com o Código de Processo Criminal de 1832, percebe-se a importância dessa ação liberatória, em relação à proteção do direito de liberdade de locomoção e, por consequência, dos demais direitos fundamentais, impossíveis de serem exercidos sem o direito de liberdade de ir, vir e ficar.

Essa proteção ao direito de ir, vir e ficar, como garantia constitucional que é, indisponível em seu conteúdo, deve receber interpretação ampla, abrangente, irrestrita, como todo direito fundamental, visando sempre à efetividade do direito de liberdade de locomoção, razão essencial da existência do próprio Estado Democrático de Direito, como Estado da Justiça Material e da transformação social.

A atual sociedade, claramente uma sociedade de riscos, o individual perde um pouco de sentido, dada a complexidade das relações sociais, o que confere um caráter coletivo aos direitos, deveres e riscos. Assim, a atual Constituição brasileira foi inovadora e pioneira ao dar *status* constitucional aos direitos massificados, “conferindo-lhes dignidade constitucional própria para uma nação democrática que pretenda transformar a realidade social”³³¹, diferentemente da proteção predominantemente individualista, própria de um Estado Liberal de Direito, em que as injustiças e desigualdades sociais são presentes ante a realidade social massificada.

³³⁰ Posicionamento da doutrina majoritária.

³³¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de; ALMEIDA, Flávia Vigatti Coelho de. Os Direitos ou Interesses Coletivos no Estado Democrático de Direito. In: SALIBA, Aziz Tuffi; ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Org.). **Direitos fundamentais e a função do estado nos planos interno e internacional**: Coleção Direitos fundamentais individuais e coletivos. Belo Horizonte: Arraes, 2010. p. 209-245.p.229. Acrescentam os autores ainda que não há como transformar a realidade social, sem a eliminação das desigualdades e injustiças sociais, sem a proteção integral e efetiva dos direitos coletivos, amplamente considerados. A proteção predominantemente individualista é própria de um Estado Liberal de Direito, que se obriga a conviver com as injustiças e desigualdades sociais e permanece de mãos atadas.

Nesse contexto, a *summa divisio* clássica, Direito Público e Direito Privado, foi ultrapassada, tendo em vista ser incompatível com nossa Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que tem nos direitos e nas garantias constitucionais fundamentais os horizontes metodológicos principais para sua interpretação e concretização. Nesse contexto, o Constituinte de 1987 e 1988, inseriu expressamente no Título II, Capítulo I, que os direitos e deveres constitucionais são individuais e coletivos, consagrando, com isso, uma nova dicotomia constitucionalizada, tornando possível, assim, a construção de novos paradigmas e padrões de comportamentos sociais e institucionais que garantam, de fato, maior efetividade aos direitos fundamentais.

O Direito Coletivo e o Direito Individual formam, como bem descrito por Gregório Assagra de Almeida³³², duas grandes partes e dimensões do sistema jurídico brasileiro, que são integradas por vários ramos do Direito, estando o Direito constitucional, como núcleo da ordem jurídica, no topo dessa união como ponto de união dessas partes. Dessa forma, a Constituição é composta tanto de normas, garantias e princípios de Direito Coletivo quanto de normas, garantias e princípios de Direito Individual.

O direito de liberdade de locomoção, diante dessa realidade social e da transformação do direito, passa a ter uma dimensão também coletiva. Com isso, surge a necessidade de que esse mecanismo constitucional fundamental de garantia do direito de liberdade de ir, vir e ficar, também abranja o direito de liberdade coletiva de locomoção, sendo denominado, para tanto, de *habeas corpus* coletivo.

O *habeas corpus* coletivo pode ser conceituado, assim, como uma ação coletiva constitucional, com natureza de garantia constitucional fundamental, de aplicabilidade imediata e de interpretação ampliativa, cabível para tutelar o direito de liberdade de locomoção em todas as suas dimensões da tutela coletiva, sejam difusas, coletivas ou situações individuais em que haja homogeneidade de questões de fato ou de direito. Para tanto, leva-se em consideração a *summa divisio* constitucionalizada (Título II, Capítulo I, da CR/1988), o que impõe interpretação concretizadora para todas as garantias constitucionais, com destaque, aqui, para o *habeas corpus* previsto no art. 5º, LXVIII, no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Assim, o *habeas corpus* coletivo possui a mesma essência do *writ* individual, contudo deve ser utilizado quando uma coletividade ou agrupamento estiver com seu direito de liberdade de locomoção ameaçado ou lesado em situação configuradora de constrangimento

³³² Idem. 2008.p. 596/600.

ilegal. Com base na analogia, admitida no Código de Processo Penal, o procedimento em geral do *habeas corpus* coletivo deve ser analisado tanto à luz da Constituição da República de 1988, do Código de Processo Penal, aplicando-se, também, no que for compatível, o microsistema do direito processual coletivo (art. 90 do CDC e art. 21 da LACP).

A simplicidade e a sumariedade também são as características mais marcantes e essenciais do procedimento do *habeas corpus*, que visa a obtenção rápida da cognição judicial sobre o constrangimento ilegal alegado. Com base no diálogo entre as fontes, a interpretação sistemática deverá ser coordenada para se garantir a melhor carga de eficácia social.

No caso do *habeas corpus* coletivo, a utilização de normas constitucionais, processuais penais e do microsistema de tutela coletivo acima mencionado deve ser feita de forma simultânea e coordenada, a partir de uma interpretação que mais efetive o mandamento constitucional de proteção da liberdade de locomoção na suas dimensões individual e coletiva (Título II, Capítulo I e art. 5º, inciso LXVIII, da CR/1988).

Apesar de ter sido feita menção a denominação, *habeas corpus* coletivo, na doutrina e na jurisprudência, esse instituto não foi devidamente sistematizado e estudado no contexto brasileiro, o que vem causando prejuízos e violações ao direito fundamental de liberdade de locomoção coletivo e isso, de certa forma, dificulta a construção de orientação jurisprudencial adequada ao tema.

Situações atuais e corriqueiras, como as manifestações populares realizadas no País, as determinações de “toque de recolher”, a criação de condomínios fechados em via públicas, entre outras situações analisadas nesse trabalho, demonstram a necessidade de estudos de sistematização e, até de regulamentação, desse instituto, pois o *habeas corpus* coletivo é o instrumento mais adequado e eficaz para o restabelecimento da liberdade de locomoção de grupos massificados.

Além do mais, diante dessa visão ampliativa inerente aos direitos fundamentais, restou demonstrada a adequação da tutela inibitória em sede de *writ*, com a imposição de multa pelo descumprimento de obrigações de fazer ou não fazer, visando unicamente à efetivação desse direito constitucional, o que se justifica pela aplicabilidade do princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva (art. 83 do CDC) e da previsão de tutela preventiva para combater ilícitos (art. 84 do CDC), aplicáveis a todos os modelos de tutela dos direitos ou interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos por força do art. 21 da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985).

Por fim, reforçando o desenvolvimento necessário das relações sociais e as novas necessidades da sociedade diante das suas complexidades e riscos, com o surgimento de situações fáticas diversas, tem-se como possível a utilização do *habeas corpus*, seja no plano individual seja no coletivo, em favor de pacientes não humanos, que recebem proteção constitucional, devendo ser considerados sujeitos de direitos.

Dessa forma, embora sem esgotar o tema e as questões a ele pertinentes, o presente estudo demonstrou a possibilidade, bem como a necessidade, de sistematização dessa ação constitucional coletiva, em prol de humanos e não humanos, justificada não só por todos os argumentos analisados, mas também pelo princípio da não taxatividade e da não limitação do Direito Coletivo, que decorre da própria natureza de direito fundamental que a Constituição confere aos direitos ou interesses coletivos, amplamente considerados (art. 5º, § 2º, da CR/1988). Como se extrai da nova hermenêutica constitucional, a interpretação dos direitos fundamentais é aberta e flexível, de forma a não ser admitida qualquer espécie de limitação não prevista constitucionalmente, o que deve incidir e orientar a interpretação do instituto do *habeas corpus* como garantia constitucional no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro, um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direitos fundamentais e os principais fatores de legitimação social do Ministério Público no novo constitucionalismo. In: ALMEIDA, Gregório Assagra de Almeida; SOARES JÚNIOR, Jarbas (coordenadores). **Teoria geral do Ministério Público**. Coleção Ministério Público e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

ALMEIDA, Gregório Assagra de; ALMEIDA, Flávia Vigatti Coelho de. Os Direitos ou Interesses Coletivos no Estado Democrático de Direito. In: SALIBA, Aziz Tuffi; ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Org.). **Direitos fundamentais e a função do Estado nos planos interno e internacional**: Coleção Direitos fundamentais individuais e coletivos. Belo Horizonte: Arraes, 2010. p. 209-245.

ALTO, Patas Ao. **Mais de 200 animais, entre beagles e coelhos, são resgatados de laboratório em São Roque**. 2013. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/blogs/patas-ao-alto/mais-de-200-animais-entre-beagles-e-coelhos-sao-resgatados-de-laboratorio-em-sao-roque/2013/10/18/>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

AMARAL, Thiago Bottino do. Considerações sobre a origem e evolução da ação de *habeas corpus*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais: Doutrinas Essenciais Processo Penal**, São Paulo, v. 5, p.1303-1323, jun. 2012.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**: Sujeitos e Objecto. Coimbra: Livraria Almeida, 2003. 1 v.

APPEAL, The California Blog Of. **A habeas class action**: Case n.º A114111. Disponível em: <<http://www.calblogofappeal.com/tag/case-no-a114111-1st-dist-july-21/>>. Acesso em: 16 mar. 2014.

AZEVEDO, Vicente de Paulo. **Curso de direito judiciário penal**. São Paulo: Saraiva 1958.

BARBERA, Augusto. **Un moderno “habeas corpus”?** 2013. Disponível em: <http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0413_barbera.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2014.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: 34 Ltda, 2010. Tradução de: Sebastião Nascimento.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18.ed.,ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Presidência da República. **Ato institucional n.º 5 de 13 de dezembro de 1968**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em: 06 set. 2013.

BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 06 set. 2013.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 18 set. 2013.

BUSANA, Dante. **O habeas corpus no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009.

CALAMANDREI, Piero. **Introduzioni allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Pádova: CEDAM, 1936.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHEQUER, Lílian Nássara Miranda. **Breves comentários sobre as ações penais coletivas**. 2013. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=11892>. Acesso em: 20 dez. 2013.

CHEVALLIER, Jean-jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1999. Tradução: Lydia Cristina.p. 139.

CUNHA, Helvécio Damis de Oliveira. **Aspectos fundamentais do habeas corpus e a sua aplicabilidade na jurisdição estatal brasileira**. *Revistas dos Tribunais*, São Paulo, v. 869, p.488-508, mar. 2008.

CUNHA, Mauro; SILVA, Roberto Geraldo Coelho. **Habeas corpus no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Aide, 1985.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Biblioteca da Universidade de São Paulo. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014. Não paginado. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9>

1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html - declaração dos direitos do homem e do cidadão. Acesso em 20 01 2014.

DIÁRIO CATARINENSE: **Juiz concede habeas corpus preventivo a manifestantes do dia 20**. Florianópolis, 19 jun. 2013. Disponível em: <<http://wp.clicrbs.com.br/moacirpereira/2013/06/19/juiz-concede-habeas-corpus-preventivo-a-manifestantes-do-dia-20/?topo=67,2,18,,,67>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DUTRA, Valéria de Souza Arruda. **Animais, sujeitos de direitos ou sujeitos-de-uma-vida?** In: Encontro preparatório para o congresso nacional do CONPEDI, XVII., 2008. Anais...Salvador: Conpedi, 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/valeria_de_souza_arruda_dutra-2.pdf> Acesso em: 26 dez 2013.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado**. Rio de Janeiro:Rio, 1980, v.IV.

FARRELL, Brian R.. **Access to habeas corpus: a human rights analysis of U.S. Practices in the war o terrorism**. 2012. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 25 mar. 2014.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FREEDMAN, Eric M.. **Habeas corpus in three dimensions: Dimension I: Habeas corpus as a common Law Writ**. 2011. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 25 mar. 2014

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009.

FERREIRA, Pinto. **Teoria e prática de habeas corpus**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

FERREIRA, Pinto. **Teoria e prática do habeas corpus**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Comentários à lei dos juizados especiais criminais**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.130.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo penal**. V.04. 32.ed. São Paulo: Saraiva 2010.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990. 1 v.

FORD, Christopher S.. **Rights and remedies under the constitution: extraterritorial application of the writ of *habeas corpus***. 2011. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 25 mar. 2014..

GARRETT, Brandon L.. ***Habeas corpus* end due process**. 2013. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 25 mar. 2014.

GASPARINI, Diógenes. **Loteamento em condomínio**, RDP, vol. 68,1983.

GIDDENS. Anthony. **Un mundo desbocado: los efectos de la globalización em nuestras vidas**. Taurus. Madrid. 2000.p 15.

GOMES, Luiz Flávio. **O que é justa causa em processo penal**. 2007. Disponível em:<http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20070615150752717&mode=print>. Acesso em: 03 jan. 2014.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GREGO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

IBEJI, Mike. **King John and the Magna Carta**. 2011. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/history/british/middle_ages/magna_01.shtml>. Acesso em: 16 mar. 2014.

JESUS, Damásio E. de, **Código de processo penal anotado**, 23.ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

JÚNIOR, Antônio Borja de Almeida; COUTINHO, Francisco Seráfico da Nóbrega. A matriz teórica do direito ambiental: uma reflexão sobre o fundamento da necessidade de preservação do meio ambiente. **Direito e liberdade**, Natal, v. 3, n. 2, p. 71-82, 2006.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUNIOR, Nelson Nery. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**, 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LEAGLE. **In re action application for habeas corpus on behalf of all material witnesses i western district of Texas**. 1985. Disponível em: <http://leagle.com/decision/19851552612FSupp940_11414.xml/IN RE CLASS ACTION APPLICATION FOR *HABEAS CORPUS*>. Acesso em: 16 mar. 2014

LIMA, Leonardo Tibo Barbosa. **O conceito de legitimidade**. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19278/o-conceito-de-legitimidade>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

LIRA, José Sandro Figueiredo. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. 2011. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6245/Processo-e-hermeneutica-na-tutela-penal-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 25 mar. 2014.

LOURENÇO, Daniel Braga. **Direito dos animais: fundamentação e novas perspectivas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

MALABIA, Sergio González. **Natura giuridica dell'istituzione dell' *habeas corpus* nell'ordinamento giuridico Spagnolo**. 2002. Disponível em: <<http://www.diritto.it/materiali/transnazionale/malabia.html>>. Acesso em: 25 mar. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 2.ed.rev.atual.e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES, José Frederico, **Elementos de direito processual penal**, vol. 4. São Paulo: Forense, 1965. p.406.

MENDES Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MIRABETE, Julio Fbbrini. **Código de processo penal interpretado**, 4. ed. Atlas, São Paulo, 1996.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4.ed.Lisboa: Coimbra Editora, 2008.

MIRANDA, Pontes de. **História e prática do *habeas corpus***. 3.ed. Campinas: Bookseller, 2007. 1 v.

MIRANDA, Pontes de. **História e prática do *habeas corpus***. 3.ed. Campinas: Bookseller, 2007. 2 v.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação complementar**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOSSIN, Heráclito Antônio. ***Habeas corpus*: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 1995.

NEVES, Antônio Castanheira. O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, José Nelson de Miranda (Coord.). **O direito e o futuro – o futuro do direito**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 28.

NOGUEIRA, Vânia Márcia Damasceno. **Direitos fundamentais dos animais: A construção jurídica de uma titularidade para além dos seres humanos**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

NORONHA, Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 21ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

NOTA TÉCNICA do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Infância e Juventude (CAO-IJ). Belo Horizonte: Ministério Público de Minas Gerais, 2009. Não paginado Disponível em: <http://www-antigo.mpmg.mp.br/portal/public/noticia/index/id/10894>. Acesso 20.01.2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2011.

NUNES, Rizzato. **As ações coletivas e as definições de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no direito do consumidor**. São Paulo: Migalhas. 2011. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ABCdoCDC/92,MI128109,31047As+acoes+coletivas+e+as+definicoes+de+direitos+difusos+coletivos+e>>. Acesso em: 11 maio 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de e FISCHER, Douglas, **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PELLONI, Fernando M. Machado. Hábeas Corpus: Derecho de los derechos. **Revista de Estudos Criminais**, Buenos Aires, p.87-124, dez. 2010.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da Constituição e direito fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.p.132.

RANGEL, Paulo; P. **Direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. **Práticas processuais penais: Uma Contribuição para a Adequação Constitucional da Persecução Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SANTANA, Heron José de. **Trecho do *habeas corpus***. Disponível em <<http://www.animallaw.info/nonus/cases/cabrsuicaeng2005.htm>>. Acesso em 26 dez. 2013.

SIDOU, José Maria Othon. ***Habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular: As Garantias Ativas dos Direitos Coletivos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SIDOU, José Maria Othon. **Do mandado de segurança**. 3 ed. São Paulo:RT, 1999.p.8.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SILVEIRA, Ludiana Martins. **Introdução e evolução da figura do *habeas corpus* no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <www.artigos.com>. Acesso em: 06 set. 2013.

SIQUEIRA, Galdino. **Curso de processo criminal**. 2ed. São Paulo: Magalhães, 1930.

SUNSTEIN, Cass R. Os animais podem processar. In: MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos: uma discussão necessária**. Belo Horizonte: Forum, 2008.p. 451-472.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **The historical recovery of the human person as subject of the law of nations**. Cambridge Journal Of International And Comparative Law. Cambridge, p. 8-59. jan. 2012. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&ved=0CFwQFjAG&url=http://joomla.cjicl.org.uk/journal/issue/pdf/3&ei=IgomU-L1BNLJkAeHyoCgBg&usg=AFQjCNFFZu0P8v35FTLd-ovTnfpOQpzxYQ&bvm=bv.62922401,d.eW0>>. Acesso em: 16 mar. 2014.

TUCCI. Rogério Lauria. ***Habeas corpus*, ação e processo penal**. São Paulo: Saraiva 1978.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTR, 1999.

WATANABE, Kazuo et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária 2004.

ZVEIBIL, Daniel Guimarães. Considerações sobre a “nova” vedação do *habeas corpus* substitutivo de recurso. **Tribuna Virtual IBBCRIM**, São Paulo, p.7-53, abr. 2013.

Quinzenal. Disponível em:

<http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/pdf/Edicao03_01_daniel.PDF>. Acesso em: 20 mar. 2014.