XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL II

BARTIRA MACEDO MIRANDA

PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

C928

Criminologias e política criminal II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Bartira Macedo Miranda Santos

Paulo César Corrêa Borges – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-769-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL II

Apresentação

O XXVIII Encontro Nacional do Conpedi, realizado na Universidade Federal de Goiania, teve por tema "CONSTITUCIONALISMO CRÍTICO, POLÍTICAS PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO INCLUSIVO" e, dentre os grupos de trabalho, houve o "GT 3. Criminologias e política criminal II", com apresentações de trabalhos que contemplaram temas concernentes à crise do sistema punitivo e o estado de coisas inconstitucional; as políticas penais restritivas do acesso à Justiça; a política da intolerância; audiências de custódia; reconhecimento da diversidade étnica na execução penal; a seletividade e a ausência de cientificidade na tipificação de organização criminosa; limitação do poder punitivo estatal, no âmbito da aplicação de medidas de segurança; a vitimização indireta do feminicídio; castração química; a ressignificação da punição; justiça restaurativa; e a teoria dos diálogos institucionais.

Foram feitas as seguintes apresentações no GT 3:

1 – Roberto Carvalho Veloso – A crise do sistema punitivo: Uma análise do panóptico sob a visão de Jeremy Bentham e Foucault e o Pós-panóptico de Bauman;

2 – José Cristiano Leão Tolini e Rogério Pereira Leal – Habeas corpus – À contradição entre o proclamado acesso à Justiça e as políticas restritivas do Judiciário;

3 – Taise Rabelo Dutra Trentin – Audiência de custódia: Benefícios e dificuldades na sua implementação;

4 – Waldilena Assunção – Direitos culturais na execução penal: Entre políticas hegemônicas e reconhecimento à diversidade étnica;

5 – Gabriel de Castro Borges Reis – Da tipificação de organização criminosa: Uma criminalização não científica e seletiva;

6 – Wanessa Oliveira Alves – O sistema prisional Brasileiro: A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, do Conselho Nacional de Justiça e a terceirização com a finalidade de reverter o estado de coisas inconstitucional;

7 – Laís Freire Lemos – A limitação do Supremo Tribunal Federal no julgamento de mérito em face do princípio da separação dos poderes: Uma análise do recurso especial 580.252/MS;

8 – Marcelo Matos de Oliveira e Sérgio Henriques Zandona Freitas – A medida de segurança e os direitos humanos: A periculosidade à luz da lei 10.216/2001 e da necessidade de limitação do poder punitivo do Estado;

9 – Valdir Florisbal Jung – Órfãos do feminicídio: Vítimas indiretas da violência contra a mulher;

10 – Andressa Tanferri Sentone – A política da intolerância e os discursos repressivos justificadores da pena;

11 – William Rosa Miranda Vitorino – Castração química no Brasil: Uma abordagem epistemológica;

12 – Alanna Caroline Gadelha Alves – Entre o castigo e a penitência: Fundamentos comportamentais para uma ressignificação da punição no sistema prisional brasileiro;

13 – Victor Fernando Alves Carvalho – Que consenso é esse? Problematização da Justiça Criminal "consensual" na perspectiva da justiça restaurativa; e,

14 – Débora Gonçalves Tomita – O fracasso da prisão: ADPF 347 e a teoria dos diálogos institucionais.

Os debates foram intensos e com grande profundidade, tanto no recorte da criminologia, quanto no da política criminal. Ganhou destaque a crise do sistema prisional brasileiro, sendo mesmo destacado se efetivamente está em crise ou se está cumprindo seu papel. Os referenciais teóricos apresentados pelos participantes representavam uma gama de pesquisadores que garantiram profundidade aos textos elaborados e às apresentações realizadas. As pesquisas desenvolvidas pelos participantes são das mais relevantes para a sociedade contemporânea, principalmente no que concerne ao tema central do Encontro do Conpedi, quanto à criminologia e às politicas criminais.

Goiânia, 28 de junho de 2019.

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges – UNESP

Prof. Dra. Bartira Macedo Miranda Santos – UFG

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

HABEAS CORPUS – À CONTRADIÇÃO ENTRE O PROCLAMADO ACESSO À JUSTIÇA E AS POLÍTICAS RESTRITIVAS DO JUDICIÁRIO

HABEAS CORPUS - THE CONTRADICTION BETWEEN THE PROCLAMED ACCESS TO JUSTICE AND THE JUDICIARY'S RESTRICTIVE POLICIES

José Cristiano Leão Tolini
Rogério Pereira Leal

Resumo

A presente pesquisa visa analisar o uso dos direitos e das garantias fundamentais do habeas corpus, estabelecendo uma linha entre a Constituição Federal de 1988 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem se é possível um Estado Parte suspender a utilização do habeas corpus mesmo em tempo de ameaça a paz social e a política, em detrimento a uma pessoa ameaçada de prisão. Cuida-se de um estudo comparativo acerca de uma possível proibição da impetração de habeas corpus durante o estado de sítio conforme os artigos 138 e 139 da Carta Magna, ocorrido durante a vigência do AI-5

Palavras-chave: Habeas corpus, Corte interamericana de direitos humanos, Liberdade, Garantias, Constituição federal

Abstract/Resumen/Résumé

The present study aims at analyzing the use of habeas corpus rights and guarantees, establishing a line between the Federal Constitution of 1988 and the Inter-American Court of Human Rights, and whether it is possible for a State Party to suspend the use of habeas corpus even in time of threat to social peace and politics, to the detriment of a person threatened with arrest. A comparative study is being carried out on a possible prohibition of habeas corpus during the state of siege under Articles 138 and 139 of the Constitution, which occurred during the period of AI-5

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Habeas corpus, Inter-american court of human rights, Freedom, Warranties, Federal constitution

1. INTRODUÇÃO

O Brasil ao subscrever a Convenção Americana de Direitos Humanos, se comprometeu a propiciar um recurso simples e rápido para tutelar os direitos fundamentais (art. 25), inclusive os de caráter processual penal, não pode deixar o cidadão ao desabrigo da proteção judicial eficaz.

O *habeas corpus* tem sido historicamente o grande instrumento que resguarda o cidadão de abusos praticados por agentes do sistema penal, de policiais, passando por membros do ministério público a juízes, todos representantes legais do Estado.

Buscar regular a aplicação do *habeas corpus* não pode ser sinônimo de sua emasculação. Sem desconsiderar o aumento da atividade repressiva no país, demonstra que a principal causa de aumento das impetrações tem a ver com o descumprimento pelos Tribunais de Justiça e juízes da orientação jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos e de abusos de autoridades em desrespeitar a aplicação da legislação.

A ditadura militar foi um período de governo autoritário no Brasil, e essa pesquisa foi elaborada no intuito de apresentar um recorte do habeas corpos na ditadura militar, demonstrando as consequências que trouxeram no âmbito mundial, e principalmente para os operadores do direito, após a criação do Ato Institucional nº 5, o AI-5**,** avaliado como um golpe dentro do golpe, estimulando o poder autoritário dos militares. A pesquisa pautou-se na análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos humanos, da doutrina, legislação, Constituição Federal, Código de Processo Penal e vários artigos científicos que tratam sobre o tema.

A presente pesquisa é dividida em três seções. A primeira parte apresenta o histórico e o conceito de *habeas corpus*. O objetivo é fornecer ao leitor um breve parâmetro a respeito do habeas corpus, do seu desdobramento e sua história. A segunda seção analisa o *habeas corpus* e o direito comparado. O intuito é fornecer o conhecimento de como funciona o *habeas corpus* no direito em outras partes do mundo. A terceira e última parte, não menos importante, vem demonstrar o desdobramento do habeas corpus no regime militar e a opinião consultiva 08/87 solicitada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

2. ORIGEM HISTÓRICA E CONCEITO DO *HABEAS CORPUS*

Há muito tempo, em alguns momentos históricos, o cidadão e os direitos humanos, não eram respeitados, nem mesmo resguardados. Durante épocas esses direitos praticamente nem existiam, as penas eram previstas como cruéis totalmente desprovidas de qualquer proporcionalidade em relação á gravidade do crime ora cometido.

Ademais, na época do Estado Absolutista, não existia ponderação na liberdade, nem mesmo garantias processuais. Nessa época não existia ao menos o direito a liberdade de locomoção, logo, o individuo não tinha o livre arbítrio de ir e vir, conforme sua vontade. Assim, surgi os avanças das garantias fundamentais do cidadão, ou seja, veio o habeas corpus.

O Habeas corpus tem sua origem no Direito Romano, era o meio por qual toda pessoa podia reivindicar a exibição do homem livre apreendido ilegalmente através de uma ação privilegiada denominada de interdictum de libero homine exhibendo (Moraes, 2018).

Segundo Moraes (2018), diversos autores apontam que é a Magna Carta que deu origem ao habeas corpus, em seu capítulo XIX, na qual, devido as pressões sofridas pelos barões, foi outorgada pelo Rei João Sem Terra no ano de 1215, nos campos Runnymed, na Inglaterra.

"Historicamente, foi a primeira garantia de direitos fundamentais, concedida por "João Sem Terra", monarca inglês, na Magna Carta, em 1215, e formalizada, posteriormente, pelo *Habeas Corpus Act*, em 1679" (Lenza, 2012).

Além disso, outros autores descrevem que a origem do habeas corpus foi no reinado de Carlos II, vindo a ser editada a *Petition of Rights* que alcançou com o *Habeas Corpus Act* de 1679. Porém, o formato do habeas corpus, não tinha sido finalizado, assim, até então apenas era utilizado nos casos que se tratasse de pessoas acusadas de crime, não sendo cabíveis em outras hipóteses (Moraes, 2018).

Segundo Moraes: "Em 1816, o novo Habeas Corpus Act inglês ampliou o campo de atuação e incidência do instituto, para colher a defesa rápida e eficaz da liberdade individual".

No Brasil o primeiro habeas corpus ocorreu em maio de 1821, realizado através de um documento escrito por D. Pedro I, com objetivo de resguardar o direito a liberdade que fazia parte dos dispositivos da Constituição da Monarquia Portuguesa

e das Ordenações do Reino, igualmente ordenar o arbítrio, a prisão ilegal e injusta (Assunção, 2000).

Assim, pode-se afirmar, com segurança, que o momento legislativo a provocar o aparecimento do habeas corpus no Brasil foi o Decreto de 23 de maio de 1821, que sobreveio à partida de D. João VI para Portugal, referenciado pelo Conde dos Arcos. Pela importância histórica desse decreto e pelo seu conteúdo de direito, que serviu de modelo para as atuais legislações, eis que vários dogmas constitucionais atuais nele estão calcados, aliado que seja ao espírito democrático que o norteou, merece ser transcrito o seguinte excerto, compilado da obra de Pontes de Miranda (1979):

> *Vendo que nem a Constituição da Monarquia Portuguesa nem as disposições expressas da Ordenação do Reino, nem mesmo a Lei da Reformação da Justiça de 1582, com todos os outros alvarás, cartas régias e decretos de meus augustos avós, têm podido afirmar, de modo inalterável, como é de direito natural, a segurança das pessoas; e constando-me que alguns governadores, juízes criminais e magistrados, violando o sagrado depósito da jurisdição que se lhes confiou, mandam prender por mero arbítrio e antes da culpa formada, pretextando denúncias em segredo, suspeitas veementes e outros motivos horrorosos à humanidade, para impunemente conservar em masmorras, vergados com os pesos de ferros, homens que se congregavam por os bens que lhes oferecera a instituição das sociedades civis, o primeiro dos quais é sem dúvida a segurança individual; e sendo do meu primeiro dever e desempenho de minha palavra promover o mais austero respeito à lei e antecipar quando se possa os benefícios de uma Constituição liberal; hei por bem excitar pela maneira mais eficaz e rigorosa a observância da sobre mencionada legislação, ampliando-a e ordenando, como por este Decreto ordeno: 1º) que desde sua data em diante nenhuma pessoa livre no Brasil possa jamais ser presa sem ordem por escrito do juiz ou magistrado criminal do território, exceto somente o caso do flagrante delito, em que qualquer do povo deve prender o delinquente; 2º) que nenhum juiz ou magistrado criminal possa expedir ordem de prisão sem proceder culpa formada por inquirição sumária de três testemunhas, duas das quais jurem contestes, assim o fato que em lei expressa seja declarado culposo, como a designação individual do culpado; escrevendo sempre sentença interlocutória que obrigue à prisão e livramento, a qual se guardará em segredo até que possa verificar-se a prisão do que assim tiver sido pronunciado delinquente; 3º) que, quando se acharem presos os que assim forem indiciados criminosos, se lhes faça imediata e sucessivamente o processo, que deve findar dentro de quarenta e oito horas peremptórias, principiando-se, sempre que isso possa ser, pela confrontação dos réus com as testemunhas que os culpavam, e ficando abertas e públicas todas as provas que houverem, para assim facilitar os meios de justa defesa, que a ninguém se deve dificultar ou tolher, excetuando-se por ora das disposições deste parágrafo os casos que, provados, merecerem pelas leis do Reino pena de morte acerca dos quais se procederá infalivelmente nos termos dos §§ 1º e 2º do Alvará de 31 de março de 1742; 4º) que em caso nenhum, possa alguém ser lançado em segredo em masmorra estreita, escura ou infecta, pois que a prisão deve só servir para guardar as pessoas e nunca para as adoecer, e flagelar, ficando implicitamente abolido para sempre o uso de correntes, algemas, grilhões e outros quais ferros inventados para martirizar homens ainda não julgados a sofrer qualquer pena aflitiva por sentença final, entendendo-se, todavia, que*

> *os juízes e magistrados criminais poderão conservar por algum tempo em casos gravíssimos incomunicáveis os delinquentes, contanto que seja em casas arejadas e cômodas, e nunca manietados ou sofrendo qualquer espécie de tormento; 5º) determino, finalmente, que a contravenção, legalmente provada, nas disposições do presente decreto seja irremissivelmente punida com perdimento do emprego e inabilidade perpétua para qualquer outro em que haja exercício de jurisdição.*

Portanto, verte do decreto transcrito o primeiro passo dado no Brasil no sentido da tutela da liberdade individual, que era sempre transgredida e desrespeitada pelo abuso e pelo arbítrio. O despotismo e a tirania do homem que enverga certos poderes e que não sabe exercê-los com democracia sempre foram os responsáveis diretos do surgimento de qualquer que seja o writ. Isso se deu, como visto, na Inglaterra e na América do Norte, além de outros países. Assim é que a sociedade, no correr da progressão social, sempre se vê obriga-da a se armar de certos institutos aptos e capazes de tutelar as liberdades em sentido amplo.

Todavia, "a terminologia "habeas corpus" só apareceria em 1830, no Código Criminal" (Lenza, 2012). Lenza esquematiza a evolução histórica do habeas corpus no constitucionalismo brasileiro, descrevendo o seguinte:

> *Decreto n. 114, de 23.05.1821: Antes da Constituição de 1824, referido decreto fixava providências para a garantia da liberdade individual, proibindo prisões arbitrárias (Alvará de D. Pedro I). Constituição de 1824 Não havia previsão expressa da garantia do HC na Constituição do Império de 1824. Constituição de 1824, muito embora não houvesse previsão expressa da garantia do HC, a Constituição de 1824 tutelou a liberdade de locomoção (art. 179, VI, VIII e IX) e também vedou qualquer hipótese de prisão arbitrária. Código Criminal, de 16.12.1830 (arts. 183-188). Pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro tivemos a previsão expressa da terminologia Habeas Corpus. Código de Processo Criminal de Primeira Instância (Lei n. 127, de 29.11.1832 arts. 340-345) Previsão expressa da garantia do HC. Lei n. 2.033, de 20.09.1871 (art. 18). Ampliou ao assegurar a impetração de HC também para beneficiar estrangeiros. Constituição de 1891 (art. 72, § 22) Pela primeira vez tivemos a constitucionalização do HC: "Dar-se-á o habeas corpus sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder". EC n. 1, de 03.09.1926, à CF/1891 (restrição da "Teoria Brasileira do HC": nova redação ao art. 72, § 22, restringindo o remédio à liberdade de locomoção) "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." Constituição de 1934 (art. 113, n. 23) "Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer, ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não cabe o habeas corpus." Também restrito à liberdade de locomoção, muito embora não expressa, já que é na CF/34 que surge, pela primeira vez, o mandado de segurança individual. Constituição de 1937 (art. 122, n. 16) "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." Constituição de 1946 (art. 141, § 23) "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." Constituição de 1967 (art. 150, § 20) (redação idêntica à CF/46) "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 caberá habeas corpus." AI-5, de 13.12.1968 (art. 10) (perdurou até a sua revogação pela EC n. 11, de 17.10.1978) "Fica suspensa a garantia de habeas corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular." EC n. 1/69 (art. 153, § 20) (redação idêntica à da Const./67) "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 caberá habeas corpus." Constituição de 1988 (art. 5.º, LXVIII) "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." Constituição de 1988 (art. 142, § 2.º) "Não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares.*(LENZA, 2012)

Verifica-se, pelos dizeres desse texto legal, que urgia o aparecimento de um mecanismo jurídico capaz de tutelar a liberdade física do indivíduo quando o texto constitucional fosse maculado.

Conforme Eduardo Espínola (1980):

> *Para assegurar essa garantia, não foi, entretanto, introduzido o instituto do ha- beas 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 co-gita o preceito constitucional, era usado o interdictum de liberis exhibendis (gama coelho, Habeas corpus, 1900, p. 7 e 34; galdino siqueira, Curso de pro- cesso criminal, 2.ed. 1930, p. 381), da classe dos interditos exibitórios do direito romano.*

Desse modo, é possível perceber a grande evolução que teve esse remédio constitucional denominado de habeas corpus, passou a ser uma ferramenta presente na Constituição da República, deixando um pouco de lado o modelo do império.

Após a vida, a liberdade é o direito mais importante de um indivíduo. Desde muito tempo, a liberdade do corpo ocupa um espaço significativo nas garantias fundamentais tuteladas pelo Direito.

O habeas corpus é um remédio jurídico que visa garantir a liberdade ambulatória do cidadão, na qual o objetivo é fazer cessar violência ou coação da liberdade, resultante de abuso de poder e de ilegalidade (Assunção, 2000). Ademais, é prevista como uma ação autônoma de impugnação, resguardada constitucionalmente, à preservação do direito líquido e certo de locomoção.

A princípio, o habeas corpus foi criado para ser utilizado como remédio para garantir à liberdade física e também os demais direitos que continham pressuposto básico a locomoção. Era chamada de “teoria brasileira de habeas corpus”, que percorreu até a chegada da Reforma Constitucional de 1926, atribuindo a garantia apenas nos casos de lesão ou ameaça de lesão à liberdade de ir e vir (Lenza, 2012).

Embora previsto no Código de Processo Penal nos artigos 647 a 667, o Habeas corpus integra remédio amplo, também é previsto na Constituição Federal como garantia a liberdade de locomoção em seu art. 5º, XV e LXVIII.

> *Art. 5º 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:*
> *XV - é 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;*
> *LXVIII - 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. (BRASIL, 2018)*

Entende-se por um instrumento que visa remediar e prevenir todo indivíduo que se encontre em situação de restrição ilegal ou abusiva que restringe sua liberdade de locomoção de ir e vir e ficar.

O habeas corpus também visa atacar atos judiciais, bem com administrativos e atos de particulares “como no clássico exemplo de hospital psiquiátrico que priva o paciente de sua liberdade de ir e vir, ilegalmente” (Lenza, 2012). Por fim, o habeas corpus é bastante utilizado com o intuito de trancar a ação penal e inquérito policial.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada em 10 de dezembro de 1948, estabeleceu no seu art. 8º que “Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”. Assim, é possível perceber que o habeas corpus tem a função de amparo.

3. *HABEAS CORPUS* NO DIREITO COMPARADO

É interessante compreender como a garantia do habeas corpus é desdobrada pelo direito em outras partes do mundo. Todavia, é importante o uso do direito comparado, principalmente em relação ao direito português, pois historicamente

influenciou o desenvolvimento do Brasil. Segundo Mossin (2005), o habeas corpus surgiu pela primeira vez na Constituição Portuguesa em 1911, em seu art. 3º, n. 31, na qual descreve:

> *A Constituição garante a portugueses e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade nos termos seguintes: 31. Dar-se-á habeas corpus sempre que o indivíduo sofrer ou se encontrar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder. A garantia do habeas corpus só se suspende nos casos de estado de sítio por sedição, conspiração, rebelião ou invasão estrangeira. Uma lei especial garantirá a extensão desta garantia o seu processo.*

Nesse caso, se comparado ao direito do texto da Constituição Portuguesa é possível perceber a aparência com o que prevê a Constituição Federal Brasileira de 1988, no seu art.5º, LXVIII.

Igualmente, a legislação portuguesa e a espanhola que também abrange o instituto do habeas corpus na sua Constituição, como uma ferramenta que visa proteger os indivíduos que são apreendidos ilegalmente. Já na Constituição espanhola segundo Mossin (2005, p.22), descreve:

> *O habeas corpus surge como garantia fundamental da liberdade física do cidadão, quando a pessoa sofrer prisão arbitrária ou, quando na manutenção de sua privação de liberdade, não se tiverem cumprido as formalidades legais ou quando permanecer retido por prazo superior a 72 horas, como as que ocorrerem em situação de prisão legal ou não sejam respeitados os direitos que a Constituição e as leis processuais garantam a todas as pessoas encarceradas. O habeas corpus também terá incidência quando em situações de tortura, maus-tratos e relativamente aos que ilicitamente ou contra sua vontade tenham sido internados em qualquer estabelecimento ou lugar, como clínicas, sanatórios psiquiátricos, colônias, residências, asilos etc.*

Observando-se tal comentário, é notório o resguarde de que a liberdade é um valor fundamental para a Constituição espanhola, bem como ocorre na Constituição brasileira de 1988. Ademais, o referido texto também demostra a preocupação em sempre resguardar e respeitar a dignidade da pessoa humana do indivíduo que se encontra detido.

Relembrando, com o absolutismo dos reis, na Idade Média, é historicamente reconhecido como um dos males mais visíveis à liberdade individual em todos os seus aspectos. A cobrança abusiva de impostos, muitos dos quais possuíam nítido caráter confiscatório, associada ao poder de prender qualquer pessoa, desprovida do devido processo legal, evidenciada esse totalitarismo, que, sem dúvida, desagradou à própria

elite de vários lugares. Particularmente, na Inglaterra, emergiu a Magna Carta, imposta pelos barões ao Rei João Sem Terra, par que respeitasse as liberdades mínimas dos cidadãos. (NUCCI, 2014, p. 16)

Assevera Thiago Bottino do Amaral que: "a aristocracia inglesa, vitoriosa com a Magna Carta, mas em luta constante por sua afirmação, percebeu a necessidade de uma regulamentação que afirmasse a força do habeas corpus, enunciando, mais de quatrocentos anos depois, o Habeas Corpus Act, em 1679." Com o Ato, a força do habeas corpus se revelou, então, com toda sua eficácia e energia ao se instituir um novo rito, mais célere, com previsão com previsão de multas e outras penalidades àqueles que o descumprissem, prazo para a apresentação do preso perante a Corte, proibição de transferência do preso de uma prisão para a outra sem consentimento da autoridade competente, além da proibição de que a pessoa que fosse posta em liberdade por meio de uma ordem de habeas corpus fosse presa novamente pelo mesmo motivo. O habeas corpus Act de 1816 supriu a ausência para o sujeito que não estivesse sendo acusado da prática de um crime. Garantiu-se a liberdade de locomoção a qualquer um. (NUCCI, 2014, p. 17)

4. *HABEAS CORPUS* NA DITADURA MILITAR E A OPINIÃO CONSULTIVA Nº 08/87 DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A ditadura militar durou entre 1964 a 1985, e foi nessa época que houve restrições aos direitos fundamentais, veio à elaboração dos Atos Institucionais. Ademais, o período da ditadura militar expressou a ausência da democracia, a eliminação dos direitos constitucionais, banimento da censura, revogação daqueles que se posicionavam contra o regime militar. Nesta época, várias prisões ilegais sucederam e não havia nenhuma informação em relação aos presos, nem os locais de detenção. A ditadura militar foi um período de governo autoritário no Brasil.

Sob a ditadura de 1964, o habeas corpus só veio a ser estreitado em 1968 com a promulgação do Ato Institucional número 5, de 13 de dezembro de 1968. O artigo 10 deste diploma determinou: "Fica suspensa a garantia do habeas corpus, nos casos de crimes políticos contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular." De fato, apesar da clara disposição legal, só mesmo nos crimes políticos, ofensivos à segurança nacional, é que se restringiu o emprego do habeas

corpus. Nos demais casos, desde que não houvesse repercussão à segurança nacional, o habeas corpus tinha trâmite livre.

Veio o AI-6, de 1º de fevereiro de 1969, que se mudou o cotidiano da garantia constitucional em estudo. O habeas corpus foi atingido no seu processamento. Das decisões denegatórias proferidas em habeas corpus pelos Tribunais de Justiça dos Estados e pelo Tribunal Federal de Recursos (vale lembrar-se que os Regionais Federais só vieram com a Constituição Federal de 1988) era perfeitamente possível impetrar-se habeas corpus originário substitutivo do Recurso Ordinário Constitucional (ROHC). Com isso, ganhava-se em termos de celeridade. Todavia, com o AI-6 introduziu-se um complemento ao disposto no art. 114, inciso II, a, da Constituição Federal, vedando o manejo da impetração substitutiva do recurso.

O dispositivo passou a ter a seguinte redação:

> *Art. 114. Compete ao Supremo Tribunal Federal:*
> *II – julgar, em recurso ordinário:*
> *a) os habeas corpus decididos, em única ou última instância, pelos Tribunais locais ou Federais quando denegatória a decisão, não podendo o recurso ser substituído por pedido originário.*

Posteriormente, com a Emenda número 1, de 17 de outubro de 1969, a regra em foco passou a integrar o art. 119, II, letra c, da Constituição Federal. Com a vedação da utilização do habeas corpus substitutivo do ROHC, a tramitação do remédio heroico passou a ser mais lenta, pois interposto o recurso no Tribunal de origem, haveria de se aguardar as contrarrazões do Ministério Público, o despacho do presidente da Corte de origem, sua publicação e, só depois, a remessa dos autos à Capital Federal, coisas ainda hoje, comummente demoradas. Vale destacar que, por meio do AI-6, nos termos da redação proposta para o art. 113 da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal voltou a ter somente onze ministros.

O regime militar, estabelecido pelo golpe de 1964, significou pela duradoura repressão aos adversários políticos do governo. Logo, surgiu um aparato jurídico para conferir legitimidade às ações do Estado brasileiro, qual foi o robusto AI-5 em 13 de dezembro de 1968, que dentre outras medidas, interrompeu a garantia do habeas corpus em relação aos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, ordem social e econômica (SPIELER e QUEIROZ, 2013). Ademais, com AI-5 “teve início um período na história do país em que os civis, que foram presos por supostamente terem cometido esses tipos de crimes, não tinham mais a garantia constitucional

contra o constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção" (SPIELER e QUEIROZ, 2013). O AI-5 tinha as medidas severas da ditadura, sobretudo por ter alavancado a repressão para quem se manifestava contra o regime militar.

Dessa forma, foi nesse momento que os advogados resolveram buscar alternativas não previstas em lei, para resolver a situação das adversidades processuais, ato esse conhecido como por advocacia-arte. "Verifica-se, assim, que os advogados e advogadas daquela época utilizavam instrumentos não previstos em lei para localizar pessoas desaparecidas" (SPIELER E QUEIROZ, 2013). Foram várias estratégias e lutas por parte dos operadores do direito durante anos para resolver esse problema de restrições do habeas corpus em um momento repressivo.

Segundo Gaspari (2004), o presidente da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) proclamava em 1977:

> *O habeas corpus não é só uma reclamação da sociedade civil, mas uma necessidade do próprio governo, pois a boa autoridade só pode vigiar a má autoridade pelo controle das prisões, proporcionado pelo habeas corpus.*
> *Nós fixamos no habeas corpus como medida imediata, pois entendemos que a garantia da liberdade física leva à libertação do medo. Este é o primeiro passo para que se obtenha um consenso da nação que é o pressuposto do estado de direito e da legitimidade das instituições.*

Dessa forma, depois de muitas tentativas de regulamentar essa questão do habeas corpus em tempos repressivos, em 1978 época em que veio praticamente o fim da AI -5.

Por fim, após anos de luta, chegou o fim da ditadura militar, e com isso veio à redemocratização do país e a regulamentação do habeas corpus na Constituição federal de 1988.

Em relação a Opinião Consultiva nº 08 de 30 de janeiro de 1987, trata especificamente sobre a suspensão do habeas corpus, e foi solicitada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a respeito do posicionamento da Corte IDH sobre a suspensão da garantia judicial exercida por meio do habeas corpus em tempos de exceção e de emergência.

A intenção da Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi de formular uma questão: se o habeas corpus cujo fundamento jurídico se encontra nos artigos 7.6 e 25.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, é uma garantia judicial que, de acordo com a parte final do parágrafo 2º do artigo 27, não podem ser suspensas por um Estado parte da CADH, tal questionamento foi desenvolvido na

solicitação do pedido em diversas argumentações da CIDH.

É importante observar que, mesmo nos ordenamentos constitucionais e democráticos, os Estados partes que autorizam expressamente ou implícita a suspensão dos procedimentos de habeas corpus, mesmo em situações de emergência ou estado de sítio, devem considerar que é incompatível com as obrigações internacionais que assumiram em cumprir e defender junto as Convenções.

5. A ABRANGÊNCIA DO HABEAS CORPUS CONTRA ATO DO PARTICULAR

Diante de todo o estudo, verifica-se que o *remedium iuris* do habeas corpus não se projeta exclusivamente no campo penal ou processual penal, porquanto é ele cabível também na área extra *persecutio criminis*, visando a tutelar o direito de liberdade corpórea do indivíduo quando esta estiver sendo lesada ou ameaçada de sê-lo abusivamente por qualquer pessoa, aqui incluindo-se o particular, embora a matéria não seja pacífica.

Nada mais curial e evidente que, quando o ato do particular implica em coação ou ameaça de coação ao direito de ir, vir e ficar do indivíduo, o habeas corpus é o instrumento de direito constitucional a ser usado para fazer cessar aquele ato de constrangimento ou não permitir que ele seja consumado.

A possibilidade de aplicação do writ sobre ato do particular que revela constrangimento ilegal ou sua ameaça é plena e irrefutável. Nos ensinamentos de Pontes de Miranda (1979),

> *se o particular exerce a coação, ou ameaça, na falsa qualidade de autoridade pública, é inegável a admissibilidade do habeas corpus. Resta o problema da coação ou da ameaça que o particular exerce sem se dizer autoridade, como se o fazendeiro proíbe a retirada dos lavradores, ou criadores, se não solvem as dívidas. A solução é no sentido de se não preexcluir a cognição do habeas corpus e o seu julgamento [...] assim pode ser dado habeas corpus contra hospital, hospí-cio, colégio, cinemas (sem razão, a Seção Criminal do Tribunal de São Paulo, a 9 de maio de 1949, Revista dos Tribunais, 181, 81), circos, campos de futebol, corridas de cavalo, donos e administradores de fazendas (Câmaras Criminais Conjuntas do Tribunal de Justiça de São Paulo, 24 de junho de 1941, Revista dos Tribunais, 138, 517, de 2 de setembro de 1941, 143, 474, 17 de abril de 1945, 159, 526; Seção Criminal, 10 de julho de 1945, 159, 534, e Câmaras Criminais Conjuntas, 13 de agosto de 1951), usinas, engenhos de açúcar, fábricas e armazéns.*

Ainda, comungando com o posicioamento da corrente doutrinária que admite o uso do writ contra ato ilegal do particular que redunda na constrição da liberdade física do indivíduo ou sua ameaça, o professor Vicente Greco Filho (1999) leciona:

> *O writ nasceu para reparar a violação da liberdade de ir e vir praticada por au-toridade, por agente público, e, normalmente, é ela que figura como coatora. Todavia, a jurisprudência e a doutrina têm admitido a impetração contra ato do particular que esteja causando restrição da liberdade de outrem. Ainda que tecnicamente tal solução seja discutível, porque contra ato de particular é ad-missível a ação policial ou administrativa, na prática convém admitir o habeas corpus contra o particular, desde que seja esse o meio mais rápido e eficiente para obter a cessação da coação.*

É importante frisar que o remédio constitucional ganhou um espaço único na história do direito do Brasil durante a Primeira República, pela garantia as liberdades dos indivíduos em um contexto social de abusos de poder, de uma autonomia e cidadania recém implantadas por uma Constituição de influência liberal em um República que trazia novas ideias para aquela sociedade.

É possível, assim, compreender toda a conexão existente entre a realidade social, o direito, a atuação do Judiciário e as demandas da população por meio dos processos de habeas corpus. Ou seja, o habeas corpus foi fruto de uma legislação que o definiu enquanto uma garantia constitucional para a proteção das liberdades individuais e se estabeleceu enquanto uma doutrina dogmática nos primeiros anos republicanos.

Em que pese o lustro daqueles que defendem a não pertinência do writ of habeas corpus contra ato ilegal do particular, a verdade é que sua aplicação em tais circunstâncias é plenamente válida. Basta uma leitura atenta do texto constitucional para se chegar a essa inarredável conclusão. Com efeito, o legislador, ao fazer menção à ilegalidade, não especifica se deve ela provir de autoridade constituída ou do particular.

Todo esse espaço alcançado pelo habeas corpus só se deu devido a uma necessidade daquela população em ter uma proteção de suas liberdades, devido ao contexto social da época, um período em que se verificava uma série de abusos de poder e de instabilidade política. Dessa forma, acreditamos que o estudo aqui desenvolvido também contribuirá para o desenvolvimento da história do direito no Brasil que tanto necessita de trabalhos que analisem a importância do Direito e do Judiciário para uma maior compreensão da realidade social.

Não bastasse isso, considerando-se o bem interesse tutelado pela norma constitucional, que é a liberdade física ou corpórea do indivíduo, é de evidência cristalina que a interpretação daquele preceito deve ser a mais liberal possível, distanciando-se de exegeses que procuram distinção onde o legislador não distingue.

Desse modo, o writ sob consideração é instrumento constitucional lídimo para ser utilizado em oposição ao ato ilegal do particular que se traduza em coação ou sua ameaça ao direito de ir, vir e ficar do indivíduo.

6.CONSIDERAÇÕES FINAIS

De início foi explanado o contexto histórico e conceito de habeas corpus, trazendo para a presente pesquisa uma abordagem do mesmo em outras partes do mundo. Visando resguardar uma das mais importantes garantias constitucionais previstas, o direito á liberdade.

Foi possível observar que o instituto do habeas corpus não tinha as mesmas garantias e eficácia de hoje. Ficando notório o desenvolvimento de antes e hoje do mesmo. E, em meio aos processos estatais, resguardar a dignidade humana é atributo crucial para diferenciar o regime democrático de um regime autoritário.

O habeas corpus na época da ditadura não foi bem recepcionado, pois após a construção do AI-5, com esse advento o habeas corpus foi suspenso, com isso várias prisões foram realizadas e as tortura se tornaram constantes. A partir desse momento o poder executivo já se encontrava com os militares, energizando a repressão à resistência contra o regime. O AI-5 parecia permanente, mas foi extinto 11 anos depois da decretação.

Contudo, o habeas corpus visa proteger e resguardar a garantia fundamental do cidadão, qual seja, à liberdade, o direito de ir, vir e ficar. Dessa forma, o habeas corpus tem como propósito tanto evitar um desrespeito à liberdade do cidadão, no seu direito de ir e vir, quanto à ameaça dessa liberdade. Além disso, é preciso que o sistema do judiciário torne esse remédio constitucional cada vez mais eficaz, para atender os indivíduos a que venham tratar desse direito, que é a liberdade.

Nos períodos mais difíceis, quando os direitos e garantias individuais são mais afetados, deveria haver o enaltecimento do habeas corpus, com medida utilitária para coibir abusos e ilegalidades, porem, ocorre justamente o contrário, visualizando-se a imposição de restrições ao remédio heroico, senão por lei, mas pela própria

interpretação estreita do Poder Judiciário.

A título de ilustração com o AI-5, no Brasil, há alguns anos quando se instalou na prática o Regime Disciplinar Diferenciado, para isolar no regime fechado os chefes de organizações criminosas, de maneira rigorosa, em presídios especiais, inexistia lei para dar lastro a essa situação. Entretanto, em face dos acontecimentos, que demonstravam a atuação criminosa dos sentenciados, comandando ataques variados a grandes centros urbanos, não havia outra medida a não ser acolher o RDD, cuja criação se deu por medida administrativa. Por isso, inúmeros habeas corpus foram denegados, por variados Tribunais, não permitindo que se considerassem ilegais as inserções no regime disciplinar diferenciado. No entanto, é fundamental considerar que, antes do advento da Lei 11.792/2003, que implementou o RDD, na Lei de Execução Penal, os detidos nesse regime estavam sofrendo constrangimento ilegal, pois tais modalidades de prisão não estavam previstas em lei.

O fato é que, em momentos de crise, com ou sem leis, o habeas corpus pode não ser formalmente restringido, mas na prática, com certeza, as ordens são denegadas, em prol do bem comum ou da segurança pública.

Uma das soluções propostas seria impor aos sistemas constitucionais dos países a submissão a Convenções de Direitos Humanos, como na América Latina, a Convenção Americana dos Direitos Humanos, impedindo restrições internas ao habeas corpus. Entretanto, mais parece utópica essa visão, pois submeter a Constituição Federal de um país a uma Convenção Internacional, para muitos, significa abrir mão da própria soberania. Dessa forma, na prática, inclusive no Brasil, esse modelo não teria sido acolhido.

Finalizando, a resposta dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva nº 08/87, foi convergente na posição de que as garantias judiciais essenciais e indispensáveis não podem ser suspensas, nem em estados de emergências. Logo, toda e qualquer supressão destas garantias judiciais é uma violação à CADH.

REFERÊNCIAS

ASSUNÇÃO, Antonio Zetti. **HABEAS CORPUS -Teoria Legislação, Jurisprudência e Prática**. 1° Edição. Editora Lawbook, 2000.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao. Acesso em 04 de dezembro de 2018.

_____, Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.html. Acesso em: 04 de Dezembro de 2018.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Código de Processo Penal brasileiro anotado**. Rio de Janeiro, Rio, 1980.

GASPARI, Elio. **A ditadura encurralda**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. Disonível em : http://southsouthscience.org/blog/wp-content/uploads/2017/02/14_ROSANA_LAURA_RAMIRES_-EVANDRO_PEREIRA_GOMES_-EDUARDO_MANUEL_VAL.pdf e em https://nidh.com.br/as-opinioes-consultivas-oc-08-87-e-oc-09-87-da-corte-idh-a-suspensao-de-habeas-corpus-e-de-outras-garantias-judiciais-em-estados-de-emergencia/

GRECO FILHO, Vicente. **Manual De Processo Penal**. 6.ed. São Paulo, Saraiva, 1999.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MALHEIROS FILHO, Arnaldo. ***Habeas Corpus: estorvo ao estado policial***. Boletim do IBCCrim. Ano 18, ago. 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 34. ed. - São Paulo : Atlas, 2018. MOSSIN, Heráclito Antônio. Habeas corpus. 7. ed. São Paulo: Manole, 2005.

MOURA, Maria Thereza de Assis. ***Habeas corpus na reforma do Código de Processo Penal.*** Revista do Advogado: Associação dos Advogados de São Paulo. Ano XXXI, n. 113, setembro de 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. ***Habeas corpus***. Rio de Janeiro, ed. Forense, 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. ***História e prática do habeas corpus***. 8ª ed. São Paulo, Saraiva, 1979.

SPIELER, Paula, QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **Advocacia em tempos difíceis: ditadura militar 1964-1985**. Curitiba: Edição do Autor, 2013.

STASZAK, SARAH L. **No day in court: access to Justice and the Politics of Judicial retrenchment**. Nova Iorque, Oxford University Press, 2015. Especificamente sobre as restrições ao habeas no Brasil ver o meu: "Habeas corpus está sendo amesquinhado", disponível em www.conjur.com.br, 20/5/2010.